Olivier Hari
(Herausgeber /
éditeur)

# Aktuelle Anwaltspraxis La pratique de l'avocat

2017

# Neues bei der AG und GmbH / Nouveautés en droit de la SA et de la Sàrl

Isabelle Chabloz* / Olivier Hari** / Loïc Pfister*** / Irène Schilter****

## Inhaltsvertzeichnis / Table des matières

I. Rechtsprechung / Jurisprudence 299
**1.** Ausgewählte Aspekte der Aktionärsrechte und – pflichten / Aspects choisis des droits et obligations des actionnaires 299
a) Informationsrechte / Droit à l'information 299
b) Einberufungs- und Traktandierungsrecht / Droits de convocation et d'inscription à l'ordre du jour 300
aa) Einberufungsgesuch vs. Organisationsmangelverfahren / Convocation v. carence dans l'organisation 300
bb) Gerichtlicher Prüfungsumfang / Pouvoir d'examen du juge 301
cc) Einberufungsrecht / Droit à la convocation 302
c) Vermögensrechte / Droits patrimoniaux 303
aa) Rückerstattungsklage / Répétition de l'indu 303
bb) Gewinnausschüttung / Distribution des bénéfices 304
d) Verfahrensrechtliche Fragen / Questions procédurales 305
aa) Gültigkeit von statutarischen Schiedsklauseln / Validité des clauses statutaires d'arbitrage 305
bb) Vertretung der AG im Prozess / Représentation de la SA dans le procès 306
cc) Keine Vertretung durch ein faktisches Organ / Pas de représentation par un organe de fait 307
dd) Kostenauflage an Dritte bei Nichtigkeit von GV-Beschlüssen / Mise à la charge d'un tiers des frais en cas de nullité des décisions de l'AG 307

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Professorin bei der FernUni Schweiz, Konsulentin bei Froriep Legal AG und Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister
** Prof. Dr. iur., avocat (Schellenberg Wittmer SA) et professeur (Université de Neuchâtel), chargé d'enseignement (ECAV, Université de Genève)
*** Dr. iur., avocat, associé (LPPV avocats, Lausanne)
**** Dr. iur., Rechtsanwältin bei Froriep Legal AG, Zürich

ee) Substantiierungspflicht bei Kostenauflage an Dritte / fardeau de l'allégation en cas de mise à la charge d'un tiers des frais 308
ff) Streitgenössische Nebenintervention / Intervention accessoire indépendante 309
e) Varia / Varia 310
aa) Angebotspflicht und Opting-Out / Obligation de présenter une offre et opting-out 310
bb) Übertragung von Inhaberaktien / Transfert d'actions au porteur 311
**2.** Responsabilité des administrateurs / Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates 312
a) Devoir de diligence et de fidélité ainsi que solidarité différenciée / Sorgfalts- und Treuepflichten sowie differenzierte Solidarität 312
b) Devoir de diligence de l'administrateur, en particulier en cas d'avis de surendettement / Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats, insbesondere bei der Überschuldungsanzeige 313
c) Preuve du dommage et expertise privée / Schadensbeweis und Privatexpertise 314
d) Etablissement du dommage de poursuite d'exploitation et devoir de l'expert-réviseur agréé dans le cadre d'une transformation / Substantiierung des Fortführungsschadens bei einer Umwandlung der Gesellschaft und die Pflichten des zugelassenen Revisionsexperten im Rahmen einer solchen Umwandlung 315
e) Etablissement du dommage dans le cadre d'une assurance responsabilité civile professionnelle de l'administrateur / Schadenssubstantiierung im Rahmen eines Haftpflichtsversicherungsfalles des Verwaltungsrats 316
f) Rapport de causalité entre la violation d'un devoir et le dommage / Kausalzusammenhang zwischen einer Pflichtverletzung und einem Schaden 317
g) Légitimation active selon le dommage subi / Aktivlegitimation je nach erlittenem Schaden 318
aa) Légitimation active en cas de dommage direct de la société et du créancier / Aktivlegitimation bei unmittelbarem Schaden des Gläubigers und der Gesellschaft 318

bb) Légitimation active en cas de dommage direct du créancier uniquement / Aktivlegitimation bei einzigem und unmittelbarem Schaden des Gläubigers 319
h) Autre aspects procéduraux (compétence) / Andere prozessuale Aspekte (Kompetenz) 320
aa) Compétence internationale et locale pour l'action en responsabilité du droit des sociétés / Internationale und örtliche Zuständigkeiten für die Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeitsklage 320
bb) Frais de l'appel en cause / Kosten der Streitverkündung 320
3. Carences dans l'organisation / Organisationsmängel 321
II. Gesetzgebung / Législation 322
1. Neue Transparenzvorschriften / Nouvelles règles de transparence 322
2. Neues Firmenrecht / Nouveau droit des raisons de commerce 323
3. Modernisierung des Handelsregisters / Modernisation du registre du commerce 323
4. Laufende Aktienrechtsrevision / Révision en cours du droit de la société anonyme 324

## I. Rechtsprechung / Jurisprudence

### 1. Ausgewählte Aspekte der Aktionärsrechte und – pflichten / Aspects choisis des droits et obligations des actionnaires

#### *a) Informationsrechte / Droit à l'information*

Gemäss Art. 696 Abs. 1 OR kann jeder Aktionär verlangen, dass der Geschäfts- und Revisionsbericht ihm zugestellt werden. Dieses Recht gilt auch noch ein Jahr nach Abhaltung der Generalversammlung fort, bei welcher der Geschäfts- und Revisionsbericht genehmigt wurden (Art. 696 Abs. 3 OR). Werden keine Angaben über das Datum der Generalversammlung, an welcher die Geschäfts- bzw. Revisionsberichte genehmigt wurden, gemacht, so ist die einjährige Frist gemäss Art. 696 Abs. 3 OR in jedem Fall als noch gewahrt zu betrachten.

In diesem Sinne hat das Bundesgericht im Urteil 4A_646/2014 vom 14. April 2015 entschieden. Die Beschwerdeführerin A-AG verfügte über ein Aktienkapital von CHF 100'000. Am 1. Oktober 2007 wurde B als Geschäftsführer der A-AG eingestellt. Dabei wurde im Arbeitsvertrag vorgesehen, dass B

34% der Aktien an der A-AG zu einem Kaufpreis von CHF 34'000 erwirbt. Gleichzeitig hat sich die B-AG, Holdinggesellschaft der A-AG, im Falle einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Rückkaufsrecht gegenüber B vorbehalten. Je nach Beendigungsgrund des Arbeitsverhältnisses wurde ein unterschiedlicher Rückkaufspreis definiert. Der Kaufpreis von CHF 34'000 wurde von B zu diesem Zeitpunkt noch nicht bezahlt.

Am 13. Oktober 2009 wurde dem B fristlos gekündigt und gleichentags eine Generalversammlung abgehalten, wonach ihm die Zeichnungsberechtigung für die A-AG entzogen wurde. Beim anschliessenden Verfahren vor dem Arbeitsgericht in Genf wurde festgehalten, dass B zwar Aktionär der A-AG wurde mit einem Anteil von 34% der Aktien, jedoch von ihm noch der Kaufpreis von CHF 34'000 zu bezahlen war. Am 13. Dezember 2012 hat B die CHF 34'000 überwiesen. Gleichentags erklärte die B-AG von ihrem Rückkaufsrecht Gebrauch machen zu wollen.

Mit Gesuch vom 1. März 2013 ersuchte B um Einsicht in die Revisions- / Geschäftsberichte der A-AG für die Periode nach Oktober 2009 bis 2012. Da der Rückkauf der Inhaberaktien noch nicht vollzogen war, fungierte B weiterhin als Aktionär der A-AG (E. 3). Weil die Beschwerdegegnerin keine Angaben zum Datum der Generalversammlung(en), an welchen die Geschäfts- bzw. Revisionsberichte für die Jahre 2009 bis 2012 genehmigt wurden, machte, war gemäss Bundesgericht die einjährige Frist nach Art. 696 Abs. 3 OR für sämtliche Unterlagen noch nicht als abgelaufen zu betrachten und dem B wurde das Einsichtsrecht gewährt (E. 4). Denn wer die Verspätung eines Ge- suchs geltend macht, hat i.S.v. Art. 8 ZGB dies zu beweisen (E. 4.2).

*b) Einberufungs- und Traktandierungsrecht / Droits de convocation et d'inscription à l'ordre du jour*

aa) Einberufungsgesuch vs. Organisationsmangelverfahren / Convocation v. carence dans l'organisation

Fehlt es einer Aktiengesellschaft an einem Verwaltungsrat, so handelt es sich um einen Anwendungsfall eines Organisationsmangels gemäss Art. 731b OR. In einem solchen Fall ist es nicht zulässig, die richterliche Einberufung einer Generalversammlung mit dem Traktandum einer Neuwahl des Verwaltungsrates gemäss Art. 699 Abs. 4 OR zu beantragen. Bei der Beurteilung des Einberufungsgesuchs gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR ist jeweils zu prüfen, ob die formellen Voraussetzungen gemäss Art. 699 Abs. 3 OR erfüllt sind. Voraussetzung ist dabei insbesondere, dass vorgängig ein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde. Erst wenn diesem Begehren vom Verwaltungsrat nicht entsprochen wurde, kann der Aktionär den Richter anrufen. Fehlt es an einem Verwaltungsrat, so kann diese formelle Voraussetzung für

das Einberufungsgesuch per se nicht erfüllt werden, weshalb in jedem Fall nach Art. 731b OR zu verfahren ist.

So hat das Bundesgericht im Urteil 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015 entschieden. Die B-AG verfügte seit dem 26. Juni 2014 aufgrund einer Pattsituation im Aktionariat weder über einen Verwaltungsrat noch über eine Revisionsstelle. Am 14. Juli 2014 beantragte die Aktionärin A-AG beim Bezirksgericht Hochdorf die richterliche Einberufung einer Generalversammlung gemäss Art. 699 Abs. 4 OR mit dem Begehren auf eine Neuwahl des Verwaltungsrats wie auch der Revisionsstelle. Mit Eingabe vom 16. Juli 2014 reichte die A-AG ebenfalls beim Bezirksgericht Hochdorf ein Gesuch um Beseitigung des Organisationsmangels durch Einsetzung eines unabhängigen Sachwalters gestützt auf Art. 731b OR ein. Gleichzeitig beantragte die A-AG das Gesuch zur Besei- tigung des Organisationsmangels bis zum Entscheid über das Gesuch um rich- terliche Einberufung der Generalversammlung, zu sistieren.

Zur Begründung führte die A-AG (Beschwerdeführerin) an, dass es aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nicht zweckmässig sei, den Richter in die Organisation eingreifen zu lassen (E. 2.1.4). Dem Aktionär soll vielmehr eine letzte Möglichkeit eingeräumt werden, selber die Organe neu zu bestellen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin wendete das Bundesgericht ein, dass die Massnahmen gemäss Art. 731b OR nicht zwingend einschneidender seien als die richterliche Einberufung der Generalversammlung (E. 2.1.6). Der Richter ist bei der Auswahl der anzuordnenden Massnahme an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden. Zudem lagen die Voraussetzungen für ein Einberufungsgesuch gemäss Art. 699 Abs. 4 OR nicht vor, da es an einem vorgängigen Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat fehlte (E. 2.1.7). Beim vorliegenden Sachverhalt handelte es sich nach Ansicht des Bundesgerichts um einen Anwendungsfall für das Organisationsmangelverfahren gemäss Art. 731b OR.

bb) Gerichtlicher Prüfungsumfang / Pouvoir d'examen du juge

Den Aktionären, welche mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, steht gemäss Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR das Recht zu, die Einberufung der Generalversammlung zu verlangen. Ferner können Aktionäre, die Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. vertreten, die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen (Art. 699 Abs. 3 Satz 2 OR).

Das Bundesgericht musste im Urteil 4A_296/2015 vom 27. November 2015 (publiziert BGE 142 III 16) entscheiden, ob ein Aktionär, welcher Eigentümer von 50% des Aktienkapitals von gesamthaft CHF 100'000 war, ebenfalls einen Traktandierungsanspruch hatte, obwohl er nicht Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. vertrat. Das Bundesgericht ist der herrschenden Lehre ge- folgt, wonach es sich beim Gesetzeswortlaut von Art. 699 Abs. 3 OR um ein

*gesetzgeberisches Versehen* handeln muss (E. 2.3. mit Hinweisen zur Lehre) und hat ein Traktandierungsrecht an die Aktionäre, die mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, bejaht.

Zusätzlich war im Rahmen dieses Entscheides auch zu beurteilen, inwieweit der Richter, welcher gemäss Art. 699 Abs. 4 OR die Einberufung der Generalversammlung anordnet, die entsprechenden Anträge materiell zu prüfen hat. Eine materielle Prüfungspflicht des Richters wurde vorliegend vom Bundesgericht verneint. Bei einem Einberufungsgesuch nimmt der Richter nur eine *formelle Prüfung* vor (E. 3.1). Die Frage, ob die Beschlüsse der Generalversammlung gültig sind, wird erst später im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gemäss Art. 706 ff. OR überprüft.

cc) Einberufungsrecht / Droit à la convocation

Dem Gesuch auf richterliche Einberufung einer Generalversammlung gemäss Art. 699 Abs. 4 OR wird nur dann stattgegeben, falls die verlangte Generalversammlung nicht bereits stattgefunden hat. Das Abhalten einer «Scheinversammlung» steht einem solchen Ersuchen jedoch nicht entgegen.

Über einen solchen Fall musste das Bundesgericht im Urteil 4A_507/2014 vom 15. April 2015 entscheiden. Die B-AG verfügte über ein Aktienkapital von CHF 100'000 eingeteilt in 100 Inhaberaktien. Einziger Verwaltungsrat war C. Beschwerdeführer A war Eigentümer von 85% der Inhaberaktien. Im Jahr 2005 schloss der Beschwerdeführer A mit C einen Vertrag, wonach dem C beim Abschluss von Projekten eine Kommission zugestanden wurde. Im Jahre 2010 erstelle C in seiner Funktion als Verwaltungsrat drei Inhaber- Aktienzertifikate (über 50, 49 sowie 1 Aktie). In den Jahren 2009/2010 ent- standen vermehrt Differenzen zwischen A und C. Am 17. Dezember 2010 verlangte A die Aushändigung seiner Aktienzertifikate. Da A gewisse Kommissionsforderungen des C nicht bezahlen wollte, machte A an den Aktienzertifikaten ein Retentionsrecht geltend und übergab diese an einen Notar zur Verwahrung.

Seit dem 11. November 2011 beantragte A mehrmals ohne Erfolg beim Verwaltungsrat, eine Generalversammlung einzuberufen. Am 30. Januar 2013 reichte er deshalb beim Bezirksgericht Sion ein Gesuch um richterliche Einberufung einer Generalversammlung ein (Art. 699 Abs. 4 OR). Nach Einleitung des Gerichtsverfahrens hatte auch C am 28. Februar 2013 zu einer Generalversammlung eingeladen, wobei er feststellte, dass sich der Vertreter von A nicht als Inhaber der Aktienzertifikate ausweisen konnte und deshalb nicht zur Stimmabgabe an der Generalversammlung zugelassen wurde.

In seinem Entscheid hielt das Bundesgericht vorab fest, dass es fraglich sei, ob C anfangs 2013 überhaupt noch Verwaltungsrat der B-AG war. Das Ver-

waltungsratsmandat von C war auf ein Jahr befristet. Eine Erneuerungswahl fand nicht statt. Von einer stillschweigenden Verlängerung des Mandates durfte nicht ausgegangen werden, da es ja gerade der C war, der die Einberu- fung der Generalversammlung verhinderte.

Im Weiteren erläuterte das Bundesgericht, dass dem Gesuch auf Einberufung einer Generalversammlung nur stattgegeben werden kann, falls die verlangte Generalversammlung nicht bereits stattgefunden hat. Es fand am 28. Februar 2013 eine Generalversammlung statt, dabei handelte es sich aber nach An- sicht des Bundesgerichts nur um eine «Scheinversammlung» (E. 5.8). Das Bundesgericht hielt fest, dass gemäss Art. 689a Abs. 2 OR die Mitgliedschaftsrechte an Inhaberaktien grundsätzlich durch diejenige Person ausgeübt wird, welche sich durch Vorlage der Aktien als Besitzerin ausweist. Dass der Beschwerdeführer respektive sein Vertreter dies vorliegend nicht konnte, war demgegenüber nicht relevant, denn entscheidend ist ausschliesslich die materielle Berechtigung, welche unter Umständen von der formellen Legitimation abweichen kann (E. 5.5). Schliesslich hielt das Bundesgericht fest, dass das Gesuch um Einberufung gemäss Art. 699 Abs. 4 OR nicht das formell korrekte Instrument war (richtig wäre ein Gesuch infolge Organisationsmangel gemäss Art. 731b OR gewesen, siehe Urteil 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015). Eine Abweisung der Beschwerde aus diesem Grund erachtete das Bundesgericht aber als übermässiger Formalismus, weshalb es die Beschwerde letztlich guthiess (E. 5.10).

Siehe dazu auch die Urteilbesprechung von SÉBASTIEN BETTSCHART, GesKR 2015, S. 429 ff.

*c) Vermögensrechte / Droits patrimoniaux*

aa) Rückerstattungsklage / Répétition de l'indu

Obwohl die Gewährung eines Darlehens an einen Aktionär dem Verbot der Einlagerückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR widerspricht, kann sich der betreffende Aktionär nicht der Rückzahlung des Darlehens durch Anrufung von Art. 66 OR (Ausschluss der Rückforderung infolge Gesetzeswidrigkeit) entziehen.

In diesem Sinne entschied das Bundesgericht im Urteil 4A_666/2015 vom 26. April 2016. Dabei gewährte die E-AG im Jahre 2008 an die A-GmbH ein Darlehen in der Höhe von CHF 1.5 Mio. Inhaber sowie Geschäftsführer der A-GmbH waren die Eheleute H.X. und F.X. Zur Sicherung des Darlehens wurde eine Garantie an den Aktien der Z-AG gewährt. Aktionär sowie Verwaltungsrat der Z-AG war wiederum H.X. Im März 2010 wurden diese Aktien im Sinne einer Exekution der Garantie zum Preis von CHF 2 Mio. an die E-AG verkauft. Gemäss Revisionsbericht vom 3. November 2010 verfügte

die Z-AG über ein Darlehen gegenüber H.X. In der Folge forderte die Z-AG den H.X. auf, seine Darlehensschuld zurückzuerstatten. H.X. weigerte sich demgegenüber, indem er einwendete, dass Art. 680 Abs. 2 OR es einer Aktiengesellschaft verbietet, eigenen Aktionären ein Darlehen zu gewähren. Demgemäss sei der Vertrag gemäss Art. 20 Abs. 1 OR gesetzeswidrig und somit der Darlehensbetrag gemäss Art. 66 OR auch nicht zurückzuerstatten.

Dieser Argumentation folgte das Bundesgericht nicht. Denn obwohl der Darlehensvertrag gemäss Art. 680 Abs. 2 OR grundsätzlich als unzulässig zu betrachten war, so war der Darlehensbetrag in jedem Fall zumindest i.S.v. Art. 62 ff. OR als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuerstatten. Es kann wohl gemäss Art. 66 OR nicht zurückgefordert werden, was in Absicht eines rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolgs herbeigeführt wurde. Das Bundesgericht erwägte jedoch, dass gemäss seiner Rechtsprechung die Rückforderung nach Art. 66 OR nur ausgeschlossen ist, wenn die Leistungen zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens erfolgten (BGE 134 III 438 E. 3.2) und nicht, wenn, wie im konkreten Fall, sie nur zum Vollzug vom gesetzwidrigem Vertrag erfolgt sind (Urteil 4A_666/2015 vom 26 April 2015 E. 3.3).

bb) Gewinnausschüttung / Distribution des bénéfices

Im Urteil 4A_16/2015 vom 2. Juni 2015 hat das Bundesgericht festgehalten, dass wenn die Hälfte des einbezahlten Kapitals durch allgemeine Reserven gedeckt ist, bei der Auszahlung einer sogenannten Superdividende keine weiteren Reserven gebildet werden müssen.

So sieht das Gesetz gemäss Art. 671 OR vor, dass

- 5% des Jahresgewinnes der allgemeinen Reserve zugewiesen werden, bis 20% des einbezahlten Aktienkapitals erreicht sind;
- nach Erreichen der 20%-Schwelle allgemeine Reserven bis zu 5% Grundividende (in Bezug auf das einbezahlte Kapital) ausbezahlt werden können, ohne dass weitere Reserven gebildet werden müssten (vorbehaltlich Art. 671 Abs. 2 OR, z.B Agio etc.);
- auf weitergehende Dividenden, d.h. Dividenden über diese 5% hinaus (sog. Superdividenden), wiederum auf den ausbezahlten Betrag 10% allgemeine Reserven gebildet werden müssen.

Weiter darf gemäss Art. 671 Abs. 3 OR die allgemeine Reserve, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals nicht übersteigt, nur zur Deckung von Verlusten oder für Massnahmen verwendet werden, die geeignet sind, in Zeiten schlech- ten Geschäftsganges das Unternehmen durchzuhalten, der Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken oder ihre Folgen zu mildern.

So war im Urteil 4A_16/2015 vom 2. Juni 2015 die Angemessenheit der Gewinnausschüttung der S-AG vom Bundesgericht zu entscheiden. Die S-AG mit X als einzigen Verwaltungsrat verfügte über ein Aktienkapital von CHF 50'000, welches in 50 Aktien zu je CHF 1'000 eingeteilt war. 16 dieser Aktien waren als Nutzniessung dem K zugeteilt und 34 Aktien an L. Am 14. Oktober 2010 hatte die Generalversammlung über die Jahresrechnung für das Geschäftsjahr 2009 zu entscheiden, wobei diese genehmigt wurde. Umstritten war demgegenüber der anschliessende Beschluss über die Gewinnverwendung. Der Jahresgewinn betrug CHF 186'953 bei allgemeinen Reserven von CHF 29'000. Entgegen der Opposition von K entschied die Generalversammlung, CHF 185'000 des Gewinnes in Form von Dividenden auszubezahlen. Der Verwaltungsrat X sowie K erhoben gegen diesen Entscheid am 24. Dezember 2010 eine Anfechtungsklage gemäss Art. 706 Abs. 1 OR.

Vom Bundesgericht war nun zu klären, ob bei der Auszahlung der Superdividende noch hätten vorab allgemeine Reserven gebildet werden müssen oder ob die einbezahlten CHF 29'000 ausreichten. Bereits in BGE 140 III 533 E. 5 hatte sich das Bundesgericht mit einer ähnliche Frage auseinanderzusetzen. Bei diesem Entscheid hatte das Bundesgericht festgelegt, dass obwohl gemäss Art. 671 As. 2 OR das Agio materiell kraft gesetzlicher Zuweisung den allgemeinen Reserven zugewiesen werden muss, aufgrund des Wortlauts von Art. 671 Abs. 3 OR *e contrario* dieses später aber wieder ausgeschüttet wer- den darf, sofern die allgemeinen Reserven die Hälfte des Aktienkapitals be- reits überschritten haben. Im vorliegenden Entscheid war nun zu klären, ob die Argumentation des Bundesgerichts in Bezug auf das Agio auch auf die Superdividende gemäss Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR angewendet werden kann. Dies hat das Bundesgericht bestätigt, wobei im Rahmen von diesem Ent- scheid nicht nur die spätere Auszahlung gebildeter Reserven bewilligt wurde, sondern vielmehr festgehalten wurde, dass, sobald die allgemeinen Reserven die Hälfte des einbezahlten Kapitals überschreiten, bei den Superdividenden schon gar kein Abzug für die allgemeinen Reserven gemacht werden müsse, d.h. nichts mehr in die allgemeinen Reserven einbezahlt werden muss (E. 3).

### *d) Verfahrensrechtliche Fragen / Questions procédurales*

#### aa) Gültigkeit von statutarischen Schiedsklauseln / Validité des clauses statutaires d'arbitrage

Anders als das frühere Konkordatsrecht enthält der 3. Teil der ZPO zur Gültigkeit von statutarischen Schiedsklauseln keine besonderen Bestimmungen. Daher ist Art. 358 ZPO anwendbar, wonach die Schiedsvereinbarung für deren Verbindlichkeit schriftlich oder in einer anderen Form zu erfolgen hat, die den Nachweis durch Text ermöglicht.

Im Urteil 4A_492/2015 vom 25. Februar 2016 (publiziert BGE 142 III 220) hat sich das Bundesgericht in einem *obiter dictum* zur Gültigkeit statutarischer Schiedsklauseln geäussert (E. 3.4.2 f.). Das Bundesgericht hält dabei vorab fest, dass heute sowohl in Bezug auf das IPRG als auch zur ZPO mehrheitlich die Meinung vertreten wird, dass statutarische Schiedsklauseln zunächst die Gründungsmitglieder binden, welche die Statuten unterzeichnet haben. Im Weiteren gilt die Schiedsklausel aber auch für neu eintretende Mitglieder *eo ipso* mit dem Erwerb der entsprechenden Mitgliedschaftssrechte, und dies ohne dass beim Erwerbsakt ausdrücklich auf die Statuten verwiesen werden muss (siehe die zitierte Literatur in E. 3.4.3). Bedenken gegen diese Ansicht finden sich mehrheitlich in der aktienrechtlichen Literatur (siehe die zitierte Literatur in E. 3.4.3). Das Bundesgericht scheint im vorliegenden Entscheid die Ansicht der zivilprozessualen Literatur zu teilen (E. 3.4.3). Dabei verweist das Bundesgericht auch auf die aktuell laufende Aktienrechtsrevision. Wenn die Statuten es nicht anders bestimmen, soll gemäss Art. 697n Abs. 1 revOR (respektive Art. 697l Abs. 1 Vorentwurf) die Schiedsklausel die Gesellschaft, die Organe der Gesellschaft, die Mitglieder der Organe sowie die Aktionäre binden. Im konkreten Fall brauchte das Bundesgericht die Frage jedoch nicht abschliessend zu beantworten, da die Schiedsklausel in einer Nutzungs- und Verwaltungsordnung der Miteigentümer enthalten war und diese ausdrücklich und in Textform von den Parteien angenommen wurde (E. 3.4.4).

bb) Vertretung der AG im Prozess / Représentation de la SA dans le procès

Im Urteil 4A_415/2014 vom 12. Januar 2015 (publiziert BGE 141 III 80) hat sich das Bundesgericht zur Frage geäussert, welche Personen befugt sind, für eine AG rechtsgeschäftlich zu handeln und vor Gericht zu erscheinen. Es erwägte vorab, dass es sich dabei um eine Frage der Prozessfähigkeit und somit eine Prozessvoraussetzung handelt (Art. 59 Abs. 2 Bst. c ZPO). Primär sind es die Mitglieder des Verwaltungsrates, welche je einzeln die Gesell- schaft vertreten dürfen, sofern die Statuten oder das Organisationsreglement nicht etwas anderes bestimmen (Art. 718 Abs. 1 OR). Weiter kann die Vertre- tung nach Art. 718 Abs. 2 OR auch an Delegierte oder Direktoren übertragen werden. Prokuristen (Art. 458 OR) und Handlungsbevollmächtigte i.S.v. Art. 462 OR, soweit sie zur Prozessführung ausdrücklich ermächtigt wurden (Art. 462 Abs. 2 OR), können die Gesellschaft ebenfalls im Prozess vertreten. Die zur Vertretung befugten Personen müssen ihre Stellung mit einem Han- delsregisterauszug oder mit der Ermächtigung zur Prozessführung ausweisen (Art. 63 Abs. 3 ZPO).

Im Verfahren werden diese Vertreter als Partei (Art. 159 ZPO i.V.m. Art. 163 - 164 und Art. 191 - 192 ZPO) und nicht als Zeugen angehört (Art. 169 ff

i.V.m. Art. 165 - 167 ZPO). Sie dürfen Kontakt mit dem Anwalt der Aktiengesellschaft pflegen und bei der Anhörung von Zeugen dabei sein.

cc) Keine Vertretung durch ein faktisches Organ / Pas de représentation par un organe de fait

Gemäss Art. 204 Abs. 1 ZPO müssen die Parteien persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen. Entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis gilt diese Pflicht auch für juristische Person (BGE 140 III 170). Juristische Personen haben sich dabei an der Schlichtungsverhandlung durch ein Organ oder durch eine mit einer (kaufmännischen) Handlungsvollmacht ausgestatteten und zur Prozessführung befugten Person vertreten zulassen (siehe oben BGE 141 III 80). Dagegen erfüllt ein faktisches Organ die Voraussetzungen von Art. 204 Abs. 1 ZPO nicht.

Einen solchen Sachverhalt hatte das Bundesgericht im Urteil 4A_530/2014 vom 17. April 2015 (publiziert BGE 141 III 159) zu beurteilen. Im konkreten Fall erschien die Mutter vom einzigen Mitglied des Verwaltungsrates der B-AG an der Schlichtungsverhandlung. Die Beklagte machte in der Berufung geltend, dass die Klagebewilligung ungültig sei, da die Mutter die B-AG nicht vertreten könne. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft wies die Berufung ab, weil die Mutter faktisches Organ der B-AG sei. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde in Zivilsachen teilweise gut, da ein faktisches Organ die Voraussetzungen von Art. 204 Abs. 1 ZPO nicht erfülle. In der Erwägung wurde festgehalten, dass die Schlichtungsbehörde an der Schlichtungsverhandlung in der Lage sein müsse, rasch und einfach zu prüfen, ob die Voraussetzung des persönlichen Erscheinens nach Art. 204 Abs. 1 ZPO erfüllt sei (E. 2.4 ff.). Da ein faktisches Organ gerade nicht im Handelsregister eingetragen ist, lässt sich dessen Stellung innerhalb der juristischen Person nur schwer verifizieren. Das gilt auch, wenn die Person eine bürgerliche Bevollmächtigung vorlege, da diese nicht als kaufmännische Handlungsvollmacht nach Art. 462 OR zu verstehen ist (E. 3.3). Aus Gründen des Vertrauensschutzes könnte ausnahmsweise eine Vertretung als gültig erachtet werden, wenn die Mutter des Verwaltungsratsmitglieds tatsächlich als Handlungsbevollmächtigte nach Art. 462 OR handelte und dies auch der Gegenpartei bekannt gewesen wäre (E. 3.4).

dd) Kostenauflage an Dritte bei Nichtigkeit von GV-Beschlüssen / Mise à la charge d'un tiers des frais en cas de nullité des décisions de l'AG

Die Prozesskosten werden gemäss Art. 106 ZPO grundsätzlich nach Massgabe des Unterliegens zwischen den Prozessparteien aufgeteilt. Gemäss Art. 107 ZPO kann das Gericht aber von diesem Verteilungsgrundsatz unter gewissen Umständen abweichen und die Prozesskosten nach eigenem Ermes-

sen verteilen. Diese Bestimmung bezieht sich jedoch nur auf Personen, welche auch am Verfahren beteiligt waren. Art. 108 ZPO sieht demgegenüber vor, dass unnötige Prozesskosten zu bezahlen hat, wer sie verursacht. Unter Anrufung dieser Bestimmung können unter gewissen Umständen auch Drittpersonen Prozesskosten auferlegt werden.

Im BGE 141 III 426 musste das Bundesgericht zur Kostenauflage an Dritte Stellung nehmen. Anlässlich einer von A am 15. August 2011 abgehaltenen ausserordentlichen Generalversammlung (Universalversammlung) der B-AG wurde C als Verwaltungsrat abgewählt und A als einziger Verwaltungsrat gewählt. C klagte am 17. April 2012 beim Kantonsgericht Nidwalden gegen die B-AG auf Feststellung der Nichtigkeit, eventualiter auf Aufhebung der Generalversammlungsbeschlüsse vom 15. August 2011. Das Kantonsgericht stellte fest, dass die Beschlüsse der Generalversammlung nichtig waren, da A im Moment des Beschlusses nicht Aktionär der Gesellschaft war. Die Gerichtskosten wie auch eine Pflicht auf Parteientschädigung auferlegte es A unter Verweis auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO. Das Obergericht wies eine Beru- fung von A gegen den Entscheid des Kantonsgerichts mit der Begründung ab, dass er mit seinem Verhalten den ganzen Prozess zu verantworten habe. A machte unter anderem geltend, dass die Vorinstanz Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO verletzt habe, da er im erstinstanzlichen Verfahren nicht Partei gewesen sei und die genannte Bestimmung eine Kostenauflage an Dritte nicht zulasse.

In seiner Begründung hält das Bundesgericht fest, dass die Kostenverteilung gemäss Art. 106 ZPO grundsätzlich unter den Prozessparteien nach ihrem Obsiegen und Unterliegen zu verteilen sind. Ungeachtet dessen erlaubt die Bestimmung von Art. 107 ZPO jedoch unter besonderen Umständen vom Prinzip, der unterliegenden Partei die Kosten aufzuerlegen, abzuweichen. Dabei gibt es weder im Wortlaut von Art. 107 ZPO noch aufgrund der systematischen Stellung des Artikels Hinweise, dass diese Bestimmung auch auf Drittpersonen angewendet werden soll. Konsequenterweise erachtete das Bundesgericht die materielle Begründung zur Kostenverteilung der Vorinstanz als falsch. Trotzdem hiess das Bundesgericht die Beschwerde dagegen nicht gut, da nach Ansicht des Bundesgerichts die von der Vorinstanz vorgenommene Kostenauferlegung zu Lasten von A auf die Bestimmung von Art. 108 ZPO gestützt werden konnte (E. 2.4.5).

ee) Substantiierungspflicht bei Kostenauflage an Dritte / fardeau de l'allégation en cas de mise à la charge d'un tiers des frais

Das Bundesgericht hatte im Urteil 4A_420/2015 vom 15. März 2016 die Gelegenheit, seine in BGE 141 III 426 entwickelte Praxis (siehe oben) anzuwenden und zu präzisieren, indem ein Gericht Art. 108 ZPO nicht von Amtes wegen anwenden darf, sondern es von den Parteien substantiierte Angaben

dazu bedarf. Am 26. November 2012 hatte der Präsident des Handelsgerichts St. Gallen Organisationsmängel der A-AG festgestellt und einen Sachwalter eingesetzt, um die Neuwahl des Verwaltungsrates zu organisieren. Bevor der Entscheid rechtskräftig wurde, führte C, damals noch Verwaltungsratspräsident der A-AG, eine ausserordentliche Generalversammlung durch. Mit Klage vom 3. Dezember 2012 beantragte eine Aktionärin der A-AG (die B-AG) die Beschlüsse der Generalversammlung für ungültig zu erklären. C ersuchte dagegen im Namen der A-AG die Abweisung der Klage. Nachdem der Sachwalter tätig wurde (und statt C im Namen der Gesellschaft handeln konnte), verzichtete dieser auf einen Antrag zur Sache und beantragte, die Prozesskosten seien C aufzuerlegen. Das Handelsgericht entschied zugunsten der B-AG und verpflichtete die A-AG zur Bezahlung der Kosten, da sie bzw. ihr Sachwalter sich nicht gegen die Klage zu Wehr gesetzt hatten.

Das Bundesgericht bestätigte in diesem Entscheid (E. 3), dass gestützt auf Art. 107 Abs. 1 ZPO keine Prozesskosten an Ditte auferlegt werden können (siehe oben BGE 141 III 426). Es wiederholt (E. 4.1), dass Art. 108 ZPO extensiv auszulegen sei und erlaubte unnötige Prozesskosten an einen Dritten aufzuerlegen, wenn dieser die Kosten unnötig verursacht habe, und zwar unabhängig davon, ob diese Kosten innerhalb oder ausserhalb des Prozesses angefallen sind (siehe oben BGE 141 III 426). Das Bundesgericht präzisiert aber seine Rechtsprechung insofern, als dass das Gericht die Kosten nicht von Amtes wegen gestützt auf Art. 108 ZPO verteilen darf (E. 4.5). Es braucht dafür substantiierte Angaben, die darlegen, dass das ganze Verfahren ausschliesslich aufgrund der Drittperson verursacht wurde (E. 4.5). Im konkreten Fall wurde C mangels Substantiierung keine Kosten auferlegt.

### ff) Streitgenössische Nebenintervention / Intervention accessoire indépendante

Gemäss Art. 74 ZPO kann eine Person, die ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zugunsten der einen Partei entschieden werde, im Prozess jederzeit als Nebenpartei intervenieren und zu diesem Zweck beim Gericht ein Interventionsgesuch stellen. Der Nebenintervenient macht dabei keine eigenen Ansprüche geltend, kann jedoch zur Unterstützung der Hauptpartei alle Prozesshandlungen vornehmen, die nach dem Stand des Verfahrens zulässig sind. Dies gilt jedoch nur so lange, als diese nicht mit den Prozesshandlungen der Hauptpartei im Widerspruch steht (Art. 76 Abs. 2 ZPO). Im Urteil 4A_166/2016 vom 1. September 2016 (pu- bliziert BGE 142 III 629) musste das Bundesgericht entscheiden, ob Art. 76 Abs. 2 ZPO auch anwendbar sei, wenn das Urteil materiellen Rechts nicht nur gegenüber den Hauptparteien, sondern auch gegenüber dem Nebeninterve- nienten direkte Wirkungen zeitigt, die nicht nach Art. 77 ZPO beseitigt oder

wenigstens abgefedert werden können. Es stellte fest, dass Art. 76 Abs. 2 ZPO in solchen Konstellationen keine Anwendung findet.

Aufgrund einer Pattsituation im Aktionariat war die Gesellschaft C-AG ohne Verwaltungsrat. In der Folge stellten die Aktionäre D und E beim Gericht ein Gesuch um Behebung des Organisationsmangels (Art. 731b OR). Die beiden übrigen Aktionäre A und B traten dem Prozess als Nebenintervenienten bei. In der Folge wurde der Prozess mittels Vergleich zwischen den Hauptparteien abgeschlossen, welcher vorsah, dass die Aktien unter den Aktionären der C-AG versteigert werden sollen. Die Nebenintervenienten A und B waren mit diesem Vergleich nicht einverstanden, weshalb sie gegen den Abschreibungsentscheid eine Beschwerde erhoben. Die beiden Hauptparteien D und E vertraten die Ansicht, dass die Nebenintervenienten aufgrund von Art. 76 Abs. 2 ZPO nicht zur eigenständigen Erhebung eines Rechtsmittels befugt sind. Das Bundesgericht war demgegenüber anderer Meinung. Obwohl heute in der eidgenössischen Zivilprozessordnung nicht mehr ausdrücklich geregelt, sieht das materielle Zivilrecht immer noch das Rechtsinstitut der streitgenössischen Nebenintervention vor. Diese unterscheidet sich von der gewöhnlichen Nebenintervention darin, als dass der streitgenössische Nebeninterveniente den Prozess unabhängig von den Hauptparteien führen kann, so dass auch eigenständige Prozesshandlungen der Nebenintervenienten wirksam und beachtlich sind. Voraussetzung für die Annahme einer streitgenössichen Nebenintervention ist, dass das zwischen den Hauptparteien und der Gegenpartei ergehende Urteil auch in Bezug auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zur Gegenpartei direkt wirksam ist (E. 3.3.6). Dies ist gerade bei einem Verfahren aus Organisationsmangel gemäss Art. 731b OR der Fall (E. 3.3.7), weshalb die beiden Nebenintervenienten A und B zur Erhebung einer Beschwerde gegen den Abschreibungsentscheid ermächtigt waren.

*e) Varia / Varia*

aa) Angebotspflicht und Opting-Out / Obligation de présenter une offre et opting-out

Die Statuten der Sika AG enthalten eine Opting-out-Klausel gemäss welcher ein Erwerber von Aktien der Gesellschaft nicht zu einem öffentlichen Kaufangebot nach Art. 32 und Art. 52 aBEHG (heute: Art. 135 und Art. 163 FinfraG) verpflichtet ist. Die Sika AG wird durch die Schenker-Winkler Holding AG (SWH) kontrolliert, deren Aktien wiederum durch Mitglieder der Familie Burkard gehalten werden. Im Urteil B-3119/2015 vom 27. August 2015 hat das Bundesverwaltungsgericht bestätigt, dass der Verkauf der Ak- tien der SWH an die Compagnie Saint-Gobain von der Opting-out-Klausel abgedeckt ist und daher keine Angebotspflicht auszulösen vermag.

Alle drei Instanzen (UEK, Finma und Bundesverwaltungsgericht) sind zum gleichen Schluss gekommen, dass die Opting-out-Klausel nicht auslegungsbedürftig sei und sich an alle Aktionäre und nicht nur an die Familie Burkard richte. Das heisst, dass die Opting-out-Klausel nicht als eine selektive Klausel anzusehen ist und sie nicht in Verbindung mit der Vinkulierungsklausel interpretiert werden darf. Schlussendlich kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass St-Gobain sich auf diese berufen könne, auch wenn die Verkäuferin direkt oder indirekt gegen die börsenrechtliche Lauterkeitspflicht (Art. 1 aBEHG bzw. heute Art. 1 FinfraG) respektive das Marktmissbrauchsverbot (Art. 33f I/a aBEHG bzw. heute Art. 143 Ia FinfraG) verstossen hätte.

bb) Übertragung von Inhaberaktien / Transfert d'actions au porteur

Die Abtretung von Namens- wie auch Inhaberaktien kann einerseits durch die Übertragung eines Wertpapiers erfolgen oder aber mittels Forderungsabtretung (Zession) i.S.v. Art. 164 OR. Die Abtretung von nicht verbrieften Aktien (Zession/Forderungsabtretung) setzt gemäss Art. 164 OR sowohl ein Schriftformerfordernis voraus wie auch, dass das Dokument explizit den Willen des Zedenten manifestiert, die Aktien zu übertragen. Die Bezeichnung des Dokuments als «Forderungsabtretung», respektive «Zession», ist demgegenüber nicht notwendig. In jedem Fall notwendig ist jedoch, dass der Zedent zur Verfügung überhaupt ermächtigt war (Verfügungsmacht). Dies setzt eine *lückenlose Zessionskette* seit Gründung der Gesellschaft voraus. Ist die Zessionskette einmal unterbrochen, so kann diese nicht mehr geheilt werden. Eine Heilung aus gutem Glauben gibt es nicht (E. 4.2.2).

In diesem Sinne entschied das Bundesgericht im Urteil 4A_314/2016 vom 17. November 2016. Darin wurden mit dem Mitarbeiter Z durch die beiden Verwaltungsräte A und B namens der X-SA ein «sale and call option agreement» über 30 Aktien abgeschlossen, wobei zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Aktien noch gar nicht ausgegeben waren (E. 4.2.3). Den vereinbarten Kaufpreis zahlte Z im Anschluss, eine Übertragung der Inhaberaktien fand demgegenüber nie statt. Eine lückenlose Zessionskette konnte von Z nicht belegt werden. Ferner wurde es vom Bundesgericht auch nicht als rechtsmissbräuchlich (Art. 2 ZGB) erachtet, dass sich die X-SA auf diesen Umstand berief, obwohl es gerade sie war, welche diesen Umstand verursachte (E. 5). Dem Z musste es gemäss Bundesgericht zum Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts bewusst gewesen sein, dass das Verfügungsgeschäft gerade eben noch nicht stattgefunden hat. Aus diesem Grund konnte sich Z auch bloss auf eine Schadenersatzpflicht aus Nichterfüllung gemäss Art. 97 OR berufen und nicht auf seine Eigentumsrechte an den Aktien.

Siehe dazu auch die Urteilsbesprechung von CHRISTOPH LANG/FLORIAN SCHNYDER, GesKR 2017, S. 101 ff.

## 2. Responsabilité des administrateurs / Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

### *a) Devoir de diligence et de fidélité ainsi que solidarité différenciée / Sorgfalts- und Treuepflichten sowie differenzierte Solidarität*

Dans un arrêt 4A_259/2016 du 13 décembre 2016 (la procédure 4A_259/2016 a été réunie à la procédure 4A_267/2016 portant sur la même décision du tribunal cantonal de Schwyz), le Tribunal fédéral a dû principa- lement trancher la question de savoir si les administrateurs d'une société ano- nyme avaient manqué à leur obligation de diligence et de fidélité dans le cadre de la conclusion et de l'exécution d'une série de contrats commerciaux.

Notre Haute Cour rappelle que, conformément à la jurisprudence relativement récente, le juge doit faire preuve de retenue dans l'appréciation *ex-post* du bien-fondé de décisions commerciales lorsque ces décisions sont prises au cours d'un processus décisionnel irréprochable, reposant sur une base d'informations adaptée et sans conflit d'intérêts. Dans ce cas, le juge n'inter- viendra que si la décision commerciale paraît insoutenable. Dans le cas con- traire, le juge procédera à un examen libre et entier de la décision commer- ciale concernée (consid. 5.1).

S'agissant de la violation du devoir de diligence et de fidélité, le Tribunal fédéral opère une distinction entre fardeau de la preuve et présomption fac- tuelle d'une violation. Fort de cette distinction, il considère qu'un conflit d'intérêts ne renverse pas le fardeau de la preuve mais fait présumer (au ni- veau des faits) qu'il y a eu violation d'un devoir. Ainsi, le défendeur à l'action en responsabilité n'a pas à apporter la preuve du contraire («*Beweis des Gegenteils*») mais la contre-preuve («*Gegenbeweis*»). Autrement dit, il ne revient pas au défendeur de prouver qu'il n'a pas violé ses obligations; il doit plutôt prouver que les reproches de la demanderesse sont inexacts. Le Tribunal fédéral prend par ailleurs ici la peine de préciser que l'existence d'un conflit d'intérêts n'est pas en soi un manquement à un devoir (consid. 5.2).

Cet arrêt du 13 décembre 2016 reprend ainsi les principes déjà présentés dans un arrêt 4A_219/2015 du 8 septembre 2015 (consid. 5.2) dans lequel le Tribunal fédéral était amené à trancher la même question dans le cadre d'une restructuration d'une entreprise qui impliquait la vente d'une installation de mise en bouteille prétendument vendue à un prix trop bas à l'un des membres du conseil d'administration.

Dans l'arrêt 4A_259/2016 du 13 décembre 2016, le Tribunal a également dû se prononcer sur la question de la solidarité différenciée (consid. 7), un administrateur faisant valoir en substance qu'il avait été moins impliqué que les autres et qu'il s'était de bon droit fié aux qualifications des autres administra-

teurs directement impliqués dans les affaires sociales et aux rapports du réviseur qui ne faisaient état d'aucune irrégularité.

Notre Haute Cour s'est ralliée aux considérations de l'instance précédente considérant qu'il n'existait aucune délégation valable de compétences de sorte que les administrateurs ne pouvaient se prévaloir de la limitation de responsabilité prévue à l'art. 754 al. 2 CO, qu'une limitation de la responsabilité en raison de la faute concurrente d'un tiers ne devait être acceptée qu'avec grande retenue dans le cadre de l'art. 759 al. 1 CO (solidarité différenciée) et que le recourant n'établissait pas à satisfaction les faits dont il se prévalait. Le Tribu- nal fédéral considère encore que le fait que l'administrateur n'exerçait pas de «fonction» au sein du conseil d'administration, qu'il n'était pas tenu au courant et que l'ensemble des décisions étaient prises et exécutées sans qu'il n'en soit informé ou qu'il n'y participe ne permet pas de limiter son devoir de réparer le dommage. Ce comportement passif ne se concilie en effet pas avec une exécution conforme des attributions légales relevant d'un administrateur et ne l'exonère ainsi pas de sa responsabilité (consid. 7).

*b) Devoir de diligence de l'administrateur, en particulier en cas d'avis de surendettement / Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats, insbesondere bei der Überschuldungsanzeige*

Dans un arrêt 4A_373/2015 du 26 janvier 2016, le Tribunal fédéral s'est principalement penché sur la question de savoir si un administrateur avait violé son devoir de diligence en n'avisant pas le juge du surendettement de la socié- té.

Notre Haute Cour rappelle d'abord sa jurisprudence selon laquelle le conseil d'administration ne viole pas ses devoirs en renonçant à l'avis immédiat au juge lorsqu'il existe des perspectives d'assainissement concrètes, réalisables à court terme, à l'exclusion d'expectatives exagérées ou irréalistes, ou encore de vagues espoirs (consid. 3.1).

Notre Haute Cour consacre également un intéressant développement à l'exigence de diligence requise des membres du conseil d'administration et des tiers qui s'occupent de la gestion, cette exigence s'appliquant à l'exécution concrète de tous les autres devoirs de l'administrateur. A ce titre notamment, certaines circonstances, en particulier liées au statut ou à la compétence de l'administrateur, sont impropres à le soustraire à toute responsabilité, plus précisément, sont impropres à écarter toute violation de ses devoirs. Ainsi, celui qui se voit proposer une fonction dans une société anonyme sans être en mesure d'accomplir correctement sa tâche en raison de son état ou de son manque de connaissances doit y renoncer (en déclinant le mandat). Il en va de même d'un administrateur qui se sent incapable de résister à un administrateur influent de la société. En effet, celui qui se déclare prêt à assumer un mandat

d'administrateur tout en sachant qu'il ne peut pas le remplir consciencieusement viole son obligation de diligence. Quant au fait que l'administrateur ne soit pas rémunéré pour son mandat, il ne permet pas d'écarter sa responsabilité. La gratuité de l'activité de l'administrateur représente en revanche une circonstance prise en compte, si la responsabilité est établie, au moment de fixer l'étendue de la réparation (consid. 3.1 et 3.2). Enfin, la démission, inter- venue ultérieurement à une violation d'un devoir, en l'occurrence d'aviser le juge, ne saurait exonérer l'administrateur de toute responsabilité (con- sid. 4.1.3).

Voir: ISABELLE CHABLOZ, Responsabilité des administrateurs dans la faillite: état des lieux sur la base de quelques arrêts récents, *in* Pascal Pichonnaz/ Franz Werro (édit.), La pratique contractuelle 5 – Symposium en droit des contrats, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 101, spec. p. 115.

*c) Preuve du dommage et expertise privée / Schadensbeweis und Privatexpertise*

Dans les développements consacrés au dommage de l'arrêt 4A_373/2015 du 26 janvier 2016 (voir section précédente), le Tribunal fédéral rappelle, que les déclarations contenues dans une expertise privée sont considérées comme des allégations d'une partie et non comme un moyen de preuve (principe confirmé en rapport avec l'art. 168 CPC: ATF 141 III 433, consid. 2.5 p. 436). Il appartient dès lors à la partie adverse de les contester, sous peine de voir les faits correspondants considérés comme établis. S'il est convoqué comme témoin, l'expert privé, qui se prononce sur son rapport, ne saurait conférer, par ses déclarations orales, une valeur de preuve aux allégations contenues dans son rapport. On peut toutefois attribuer foi à une déclaration d'un expert privé qui serait susceptible d'être faite également par un «témoin lambda» n'ayant aucune connaissance technique (consid. 3.4.3).

En l'espèce, même si le Tribunal fédéral considère que la violation du devoir d'avis est patente, il estime que la preuve du montant du dommage n'a pas été apportée, l'expertise privée fournie ne valant pas expertise judiciaire et ayant été valablement contestée en procédure par le défendeur. La partie demanderesse n'a en outre pas fourni les éléments utiles à l'estimation du dommage de sorte qu'elle ne peut bénéficier de la preuve facilitée prévue à l'art. 42 al. 2 CO (consid. 4.3.2). Il ne suffit en effet pas au demandeur de présenter l'évolu- tion des fonds étrangers de la société faillie, en particulier en se fondant sur les créances admises à l'état de collocation (consid. 3.4.1; pour un cas dans lequel l'instance de première instance a recouru à un expert judiciaire et con- clu qu'il n'y avait pas de dommage de poursuite d'exploitation: arrêt 4A_418/2015 du 6 janvier 2016, consid. 3.1).

*d) Etablissement du dommage de poursuite d'exploitation et devoir de l'expert-réviseur agréé dans le cadre d'une transformation / Substantiierung des Fortführungsschadens bei einer Umwandlung der Gesellschaft und die Pflichten des zugelassenen Revisionsexperten im Rahmen einer solchen Umwandlung*

Dans un arrêt 4A_574/2015 du 11 avril 2016 rendu suite à la transformation d'une Sàrl en une SA, le Tribunal fédéral s'est principalement penché sur la question du dommage de poursuite d'exploitation («*Fortführungsschaden*») et du rôle de l'expert-réviseur agréé.

Notre Haute Cour a tout d'abord rappelé qu'il n'appartenait pas à l'expert-réviseur agréé mandaté dans le cadre d'une transformation (art. 62 LFus) de procéder à l'avis de surendettement prévu à l'art. 728c al. 3 CO; en revanche, elle laisse ouverte la question de savoir si un rapport de vérification positif malgré un prétendu surendettement constitue une violation fautive des devoirs du réviseur, les demanderesses à l'action en responsabilité ne prouvant de toute façon pas à satisfaction le dommage (consid. 5).

Le Tribunal fédéral reprend ensuite sa jurisprudence selon laquelle l'augmentation de l'endettement est pertinente pour la détermination du dommage même lorsque la société était déjà massivement surendettée au moment où la faillite aurait dû été prononcée si la défenderesse n'avait pas manqué à ses devoirs. Il précise que ce dommage de poursuite d'exploitation pourrait être retenu, peu importe qu'il résulte d'un retard dans l'avis de surendettement ou, comme dans le cas d'espèce, de l'établissement d'un rapport de vérification positif de la transformation, à défaut duquel la société existante aurait, selon les recourants, été liquidée (consid. 6.2).

S'agissant de l'établissement du dommage, le Tribunal fédéral considère, à l'inverse de l'instance inférieure, qu'il ne peut être reproché aux demande- resses à l'action en responsabilité contre l'expert-réviseur de se baser sur le bilan établi au 31 décembre 2008 alors que l'éventuel dommage ne remonte- rait qu'au 23 juin 2009. En effet, l'éventuelle violation d'un devoir de l'expert- réviseur n'est pas constituée par un retard de l'avis de surendettement mais par l'établissement d'un rapport de transformation positif (consid. 6.5.1). Pareil- lement, et à l'inverse de l'instance précédente, le Tribunal fédéral considère qu'il ne peut être reproché aux demanderesses de n'avoir pas prouvé les modi- fications patrimoniales entre le 31 décembre 2008 et le 23 juin 2009 dans la mesure où il appartenait notamment à l'expert-réviseur agréé de clarifier si des modifications importantes étaient intervenues durant cette période, les- quelles auraient impliqué l'établissement d'un rapport intermédiaire (art. 58 al. 1 LFus). Faisant référence à une règle générale mentionnée par une partie de la doctrine, le Tribunal fédéral considère qu'un bilan intermédiaire s'im-

pose lorsque les actifs nets ont perdu au moins 10% de leur valeur depuis le dernier bilan annuel (consid. 6.5.2).

Le Tribunal fédéral considère néanmoins qu'un dommage de poursuite d'exploitation doit être établi à partir de valeurs de liquidation, ce qui fait défaut en l'espèce, les demanderesses n'alléguant par ailleurs pas suffisamment d'éléments pour évaluer le dommage conformément à l'art. 42 al. 2 CO (consid. 6.5.3). S'agissant d'autres dommages allégués résultant en une augmentation des passifs, le Tribunal fédéral considère qu'ils ne sont pas suffisamment établis (consid. 6.6).

L'arrêt 4A_574/2015 du 11 avril 2016 confirme la jurisprudence constante selon laquelle seule la valeur de liquidation entre en ligne de compte dans le calcul du dommage, une présentation de l'évolution des fonds étrangers de la société faillie, en particulier en se fondant sur les créances admises à l'état de collocation, ne suffisant pas. Le Tribunal a encore eu l'occasion de l'affirmer dans un arrêt 4A_270/2016 du 7 octobre 2016 dans lequel il s'est penché principalement sur le calcul du dommage de poursuite d'exploitation et la période pertinente pour ce calcul (consid. 2.3 et 2.4; également arrêt 4A_611/2015 du 19 avril 2016, consid. 3.2; arrêt 4A_418/2015 du 6 janvier 2016, consid. 3.1; arrêt 4A_214/2015 du 8 septembre 2015, consid. 3.2).

Dans un arrêt 4A_271/2016 du 16 janvier 2017 (destiné à la publication; la procédure 4A_271/2016 a été réunie à la procédure 4A_291/2016 portant sur la même décision du tribunal de commerce de Zurich, voir ci-dessous section «frais de l'appel en cause»), le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence stricte quant à l'établissement du dommage de poursuite d'exploitation. Le dommage doit être calculé en fonction des valeurs de liquidation, aux dates précises déterminantes, soit en l'espèce le jour auquel le juge aurait dû être avisé et le jour du prononcé de faillite (consid. 3). L'art. 42 al. 2 CO ne per- met pas au demandeur de se contenter d'une présentation approximative, re- posant en l'espèce sur une expertise privée, et censée rendre la description plus simple et plus compréhensible (consid. 4, sur un cas d'application de l'art. 42 al. 2 CO, voir aussi not. arrêt 4A_214/2015 du 8 septembre 2015, consid. 3.3).

*e) Etablissement du dommage dans le cadre d'une assurance responsabilité civile professionnelle de l'administrateur / Schadenssubstantiierung im Rahmen eines Haftpflichts-versicherungsfalles des Verwaltungsrats*

Dans un arrêt 4A_697/2015 du 21 septembre 2016, le Tribunal fédéral devait trancher la question de savoir si l'assureur ayant conclu une responsabilité civile professionnelle couvrant l'activité d'un administrateur devait prendre en

charge un montant prévu dans une transaction extrajudiciaire conclue entre l'administrateur et la masse en faillite, et ce en dépit de son opposition.

Dans ses considérants, le Tribunal fédéral distingue deux questions: Dans un premier temps, il se penche sur la preuve des faits qu'il incombe à l'administrateur assuré d'apporter pour établir que toutes les conditions de sa responsabilité sont réalisées. Dans un second temps, il s'intéresse à la démonstration par l'assuré que les conditions découlant de la relation contractuelle nouée avec l'assureur sont remplies, si tant est que la charge de la preuve lui revient (consid. 2.2.2).

Tout en doutant que l'administrateur ait amené la preuve de sa propre responsabilité, le Tribunal fédéral laisse (dans un premier temps) cette question ouverte, se contentant de considérer que l'assuré a de toute façon violé le contrat conclu avec l'assureur en signant la transaction extrajudiciaire (con- sid. 2.3). Le Tribunal estime en outre que l'on ne peut pas considérer que l'accord transactionnel n'a aucun effet défavorable pour l'assureur, le dom- mage personnellement imputable à l'administrateur n'étant pas établi dans l'arrêt entrepris (consid. 2.5.2). Le Tribunal réforme l'arrêt cantonal attaqué en ce sens que l'administrateur est débouté de toutes ses conclusions à l'égard de l'assureur.

*f) Rapport de causalité entre la violation d'un devoir et le dommage / Kausalzusammenhang zwischen einer Pflichtverletzung und einem Schaden*

Dans un arrêt 4A_236/2015 du 15 septembre 2015, le Tribunal fédéral devait principalement trancher la question de savoir s'il existait un lien de causalité entre l'omission par l'organe de révision d'aviser la société de l'existence d'une perte de capital et le dommage de poursuite d'exploitation.

Dans une première décision, l'instance inférieure avait considéré que l'organe de révision aurait dû découvrir l'existence d'une perte de capital et que le défaut d'avis constituait dès lors une violation de l'ancien art. 729b al. 1 CO (correspondant en substance à l'actuel art. 728c al. 1 et 2 CO; consid. 3.1).

Dans une seconde décision, l'instance inférieure est arrivée à la conclusion que l'omission d'avis de l'organe de révision ne présentait aucun lien de causa- lité naturelle avec le dommage de poursuite d'exploitation dans la mesure où un tel avis n'aurait pas conduit le conseil d'administration ou les actionnaires de la société faillie à agir autrement (consid. 3.2); seul le conseil d'administra- tion est d'ailleurs responsable de prendre des mesures d'assainissement, et non l'organe de révision (consid. 2.3).

Le Tribunal fédéral considère que la question de la causalité naturelle est une question relative aux faits de sorte qu'elle ne peut être revue que si les faits

ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 LTF), ce qui n'est pas le cas en l'espèce (consid. 3.3 à 3.5; pour un autre cas d'application de l'art. 97 LTF dans un cas de responsa- bilité: arrêt 4A_675/2014 du 9 mars 2015, consid. 3).

*g) Légitimation active selon le dommage subi / Aktivlegitimation je nach erlittenem Schaden*

aa) Légitimation active en cas de dommage direct de la société et du créancier / Aktivlegitimation bei unmittelbarem Schaden des Gläubigers und der Gesellschaft

Dans un arrêt du 12 janvier 2015 publié aux ATF 141 III 112, le Tribunal fédéral a dû principalement trancher la question de la légitimation active du créancier à l'action en responsabilité lorsque tant la société que le créancier ont subi un dommage direct. Cette affaire concernait une société qui avait conclu un contrat d'assurance collective d'indemnités journalières mais dont les primes n'avaient pas été versées, l'assureur refusant alors d'indemniser l'employé.

Le Tribunal fédéral reprend son ancienne conception (not. ATF 132 III 564, consid. 3 p. 568) sur les trois types de dommages et les différentiations en résultant:

1. Le dommage direct du créancier que ce dernier peut faire valoir directement contre le responsable selon le chef de responsabilité pertinent;
2. Le dommage direct de la société uniquement, ce dommage pouvant léser par ricochet le créancier en cas d'insolvabilité de la société; en cas de faillite, le créancier peut alors agir pour faire valoir le dommage de la communauté des créanciers sur la base de l'art. 757 al. 2 et 3 CO;
3. Le dommage direct qui intervient, dans de rares cas, tant auprès de la société que du créancier, le créancier ne pouvant toutefois agir que s'il peut fonder son action sur un acte illicite, une *culpa in contrahendo* ou une norme du droit des sociétés conçue exclusivement pour protéger les créanciers.

Selon notre Haute Cour, le fait que les administrateurs ont déduit des cotisations sur le salaire de l'employé – en particulier celles de l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie – pour les utiliser à d'autres fins permet d'affirmer que ces organes ont adopté un comportement dont l'employé est la victime, ce qui confirme que l'employé a subi un dommage direct. La société, engagée contractuellement vis-à-vis de son employé, s'est également appauvrie en raison du comportement illicite de ses propres administrateurs, puisque son passif s'est accru d'une obligation de réparer le préjudice de l'employé (consid. 5.3.2).

Le Tribunal fédéral considère être ici confronté au troisième type de situation décrit ci-dessus. S'agissant du délicat problème de concurrence entre l'action sociale (respectivement de la masse) et l'action du créancier, le Tribunal fédéral ne le résout pas, estimant que cette concurrence n'est plus d'actualité puisque la faillite de la société a déjà été prononcée, clôturée, que l'administration de la faillite n'a pas intenté l'action en responsabilité et, enfin, qu'aucun créancier n'en a demandé la cession. Il estime toutefois qu'il n'est pas douteux que le créancier a en l'occurrence la légitimation active puisqu'il fonde son action sur un acte illicite (consid. 5.3.3; voir consid. 6 non publié).

Cette jurisprudence fait renaître le problème de la concurrence entre l'action sociale (respectivement de la masse) et l'action du créancier, ainsi que de délicates questions de distinction entre dommage direct et indirect.

Voir: MIRJAM VOEGELI, Klage dess Gesellschaftsgläubigers gegen Verwaltungsräte bei gleichzeitig unmittelbarem Schaden bei ihm und der Gesellschaft, Besprechung von BGER 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015 (BGE 141 III 112), *in* ius.focus 2015 N° 66; FELIX BUFF/HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, RSDA 2015, p. 269; ISABELLE CHABLOZ, Responsabilité des administrateurs dans la faillite: état des lieux sur la base de quelques arrêts récents, *in* Pascal Pichonnaz/Franz Werro (édit.), La pratique contractuelle 5 – Symposium en droit des contrats, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 101, spec. p. 110.

bb) Légitimation active en cas de dommage direct du créancier uniquement / Aktivlegitimation bei einzigem und unmittelbarem Schaden des Gläubigers

Dans un arrêt du 10 décembre 2015 publié aux ATF 142 III 23 et rendu dans le cadre de la déconfiture de Swissair, le Tribunal a dû principalement tran- cher la question de savoir si l'administration du concordat (ou de la faillite) était légitimée à faire valoir, par une action en responsabilité de l'art. 757 CO, le préjudice subi par les créanciers en raison de l'exécution de paiement à l'égard de tiers peu avant le dépôt d'une demande de sursis concordataire.

Notre Haute Cour a considéré que la discrimination subie par les créanciers ne conduit pas à une diminution du patrimoine de la société, mais uniquement des créanciers désavantagés, lesquels peuvent seuls faire valoir leur dommage direct. Le Tribunal fédéral est ainsi revenu sur la jurisprudence «Raichle» (arrêt 5C.29/2000 du 19 septembre 2000, consid. 4.1) selon laquelle l'admi- nistration du concordat pouvait faire valoir le dommage de la communauté des créanciers résultant d'une diminution des actifs de la société.

Voir: OLIVIER BAUM/HANS CASPAR VON DER CRONE, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, RSDA 2016, p. 232; ISABELLE

CHABLOZ, Responsabilité des administrateurs dans la faillite: état des lieux sur la base de quelques arrêts récents, *in* Pascal Pichonnaz/Franz Werro (édit.), La pratique contractuelle 5 – Symposium en droit des contrats, Genève/Zurich/ Bâle 2016, p. 101, spec. p. 106.

*h) Autre aspects procéduraux (compétence) / Andere prozessuale Aspekte (Kompetenz)*

aa) Compétence internationale et locale pour l'action en responsabilité du droit des sociétés / Internationale und örtliche Zuständigkeiten für die Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeitsklage

Dans un arrêt 4A_36/2016 du 14 avril 2016, le Tribunal fédéral a dû principalement trancher la question de savoir si les tribunaux suisses du domicile d'un administrateur étaient compétents pour connaître d'une action en responsabilité déposée par un actionnaire ayant son siège aux Pays-Bas lorsque la société avait elle-même son siège en Suisse (mais dans un autre canton).

Notre Haute Cour a considéré que l'action en responsabilité revêtait un caractère international au sens de l'art. 2 CPC dans la mesure où une des parties, en l'espèce l'actionnaire demandeur, était sans conteste domicilié à l'étranger. Les règles de la LDIP doivent ainsi s'appliquer sous réserve de traités internationaux. La Convention de Lugano est en l'espèce applicable à la question de la compétence des autorités judiciaires. Cette dernière se détermine, sous réserve de dispositions contraires, en fonction du domicile de la personne attraite (art. 2 ch. 1 CL), le juge interprétant la notion de domicile selon sa loi interne, en l'occurrence la LDIP (art. 59 ch. 1 CL, consid. 3.1 à 3.4).

Le Tribunal fédéral considère ensuite que seule la compétence internationale est déterminée par la Convention de Lugano, le droit suisse (la LDIP) étant applicable à la compétence locale. Le Tribunal fédéral procède alors à une interprétation de l'art. 151 al. 2 LDIP. Il en conclut qu'il ne s'applique pas seulement aux sociétés ayant leur siège à l'étranger, mais également aux sociétés ayant leur domicile en Suisse. Ainsi, une action en responsabilité du droit des sociétés peut être intentée devant les tribunaux au siège de la société (art. 151 al. 1 LDIP) ou devant les tribunaux au domicile, subsidiairement, à la résidence habituelle du défendeur (art. 151 al. 2 LDIP, consid. 3.5).

bb) Frais de l'appel en cause / Kosten der Streitverkündung

Dans un arrêt 4A_271/2016 du 16 janvier 2017 (destiné à publication; la procédure 4A_271/2016 a été réunie à la procédure 4A_291/2016 portant sur la même décision du tribunal de commerce de Zurich), le Tribunal fédéral s'est principalement penché sur la question de savoir qui, lorsque l'action princi- pale est rejetée, devait supporter les frais relatifs à l'appel en cause du précé-

dent réviseur par le nouveau réviseur qui était rendu responsable du dommage de poursuite d'exploitation.

Notre Haute Cour a considéré que, faute de réglementation spéciale, les principes généraux s'appliquent à la répartition des frais de l'appel en cause (consid. 5.2). S'écartant de l'argumentation de l'instance précédente, le Tribunal fédéral considère ensuite que l'appel en cause en tant que tel est inconditionnel et indépendant; seules les prétentions récursoires de l'appelant en cause sont conditionnelles et dépendent du sort de l'action principale. Partant, si l'action principale est rejetée, l'appel en cause ne devient pas sans objet au sens de l'art. 107 al. 1 let. e CPC, mais doit être également rejeté. Par consé- quent, le Tribunal considère que les frais doivent être mis à la charge de la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC), soit l'appelant en cause. Celui qui se décide librement à former un appel en cause devant en effet supporter le risque du procès qui y est lié (consid. 5.3).

Voir: EMILIE JACOT-GUILLARMOD, Les frais de l'appel en cause en cas de rejet de l'action principale, in: www.lawinside.ch/390.

### 3. Carences dans l'organisation / Organisationsmängel

Dans un arrêt 4A_370/2015 du 16 décembre 2015, le Tribunal fédéral a précisé que la notion de carence au sens de l'art. 731b CO ne s'applique pas au cas où le nombre minimum de sociétaires d'une société coopérative descendait au-dessous de sept, en l'occurrence à quatre. Ainsi, une nomination des membres d'une société coopérative par le juge sur la base de l'art. 731b et 831 al. 2 CO ne peut pas être envisagée. Le Tribunal fédéral n'a pas répondu à la question de savoir si l'assemblée générale d'une société coopérative qui comptait moins de sept membres pouvait elle-même prendre une décision de dissolution et de liquidation en raison du nombre insuffisant de membres ou devait nécessairement requérir une dissolution judiciaire.

En revanche, constitue selon le Tribunal fédéral une carence *stricto sensu* le fait pour une société de ne pas disposer des organes obligatoires (conseil d'administration), le fait qu'un organe de révision ne soit pas indépendant ou ne soit pas désigné alors qu'il doit l'être, mais également lorsqu'un organe existant ne peut plus agir (situation de blocage par exemple). Dans l'arrêt 4A_717/2014 du 29.06.2015, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion qu'une situation de conflit d'intérêts au sein du conseil d'administration peut également fonctionnellement conduire à une carence au sens de l'art. 731b CO. Le fait qu'un administrateur est actionnaire de la société, et que les autres administrateurs sont administrateurs d'une autre société avec laquelle la première a conclu un contrat (conduisant à l'ouverture d'une procédure pénale contre ces autres administrateurs) est caractéristique d'une carence organisa-

tionnelle, tous les membres du conseil d'administration suivant des intérêts propres ou contraires.

Dans un arrêt 4A_237/2016 du 30 juin 2016, le Tribunal fédéral a jugé que l'administrateur, désigné par le juge sur la base de l'art. 731b CO, doit assumer toutes les tâches que la loi et les statuts assignent au conseil d'administration. Il n'a pas à satisfaire à des attentes plus étendues. L'on ne saurait en particulier lui reprocher le fait que l'assemblée générale, qui est un autre organe, ne peut pas prendre de décisions en raison d'une situation de blocage. Le fait que l'assemblée générale de la société anonyme souffre d'un dysfonctionnement (blocage) ne constitue pas un juste motif au sens de l'art. 731b al. 3 CO permettant de révoquer un autre organe social et de nom- mer en remplacement un commissaire. Le Tribunal fédéral laisse par ailleurs ouverte la question de savoir si la qualité pour agir peut-être reconnue à l'actionnaire de la société (et non la société elle-même) pour introduire une requête sur la base de l'art. 731b al. 3 CO (consid. 7).

S'agissant de la contestation d'une décision de dissolution judiciaire et d'une mise en liquidation selon les règles de la faillite d'une société sur la base de l'art. 731b al. 1 ch. 3 CO, le Tribunal fédéral a jugé dans l'ATF 141 III 43 que seule la voie du recours est ouverte contre la décision de dissolution et de mise en liquidation selon les règles de la faillite. Il n'est en revanche pas pos- sible de contester indirectement la décision précitée en requérant la révocation de la faillite en application de l'art. 195 LP. En effet, les règles du droit de la faillite ne font que régir l'exécution de la procédure de liquidation. En revanche, cette liquidation conduite selon les règles applicables à une faillite découle d'un jugement qui n'est pas un jugement de faillite, mais une décision judiciaire de dissolution d'une société en situation de carence organisationnelle. La nature de cette décision s'oppose à sa révocation fondée sur l'art. 195 LP.

Voir: OLIVIER HARI, Carences dans l'organisation d'une société (art. 731b CO) et liquidation forcée en application des règles du droit de la faillite, GesKR 02/2015, p. 272-277.

## *II.* Gesetzgebung */ Législation*

### 1. Neue Transparenzvorschriften / Nouvelles règles de transparence

Im Sinne einer Umsetzung der Vorgaben der «Groupe d'action financière» (GAFI) und des Global Forum der OECD wurden am 1. Juli 2015 die Art. 697i – 697m OR mit entsprechenden Übergangsbestimmungen einge- führt (AS 2015 1389; auf Französisch RO 2015 1389).

Die sogenannten «GAFI»-Bestimmungen sehen verschiedene Meldevorschriften vor (die gelten sowohl für die nicht kotierten AG wie auch für die GmbH, ausser wenn die Aktien als Bucheffekten mit Verwahrungsstelle in der Schweiz ausgestaltet sind):

- Einfache Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien (Art. 697i OR);
- Qualifizierte Meldung des wirtschaftlich Berechtigten bei Gesellschaften mit Namenaktien beim Erwerb von 25% des Kapitals oder der Stimmrechte (Art. 697j OR);
- Nachträgliche Meldepflicht bei Änderung (Art. 697i Abs. 3 OR; Art. 697j Abs. 2 OR).

Was die Formalitäten betrifft, hat die Meldung innerhalb eines Monates nach dem Erwerb der Aktien (inkl. Originärer Erwerb) an die Gesellschaft zu erfolgen.

Am 7. Dezember 2016 hat die GAFI den vierten Länderbericht zur Schweiz veröffentlicht. Gemäss Medienmitteilung vom Finanzdepartment schneidet die Schweiz insgesamt gut ab. Eine Reihe von Empfehlungen wurden im Bericht doch gemacht zur Verbesserung der Schweizer Rechtsvorschriften.

## 2. Neues Firmenrecht / Nouveau droit des raisons de commerce

Am 1. Juli 2016 ist das revidierte Firmenrecht in Kraft getreten (AS 2016 1507; vgl. auf Französisch RO 2016 1507). Neu gelten für alle Gesellschaften dieselben Vorschriften zur Firmenbildung. So dürfen neu auch die Einzelunternehmen, Personengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften den Kern ihrer Firma frei bestimmen. Die neuen Bestimmungen erleichtern somit die Unternehmensnachfolge und sichern die Kontinuität des Firmennamens. Zudem soll neu die Rechtsform aus dem Firmennamen direkt erkennbar sein.

Siehe auch die Anleitung und Weisung an die Handelregisterbehörden für die Bildung und Prüfung von Firmen und Namen vom. 1. Juli 2016 (auf Französisch: Directive à l'attention des autorités du registre du commerce concernant la formation et l'examen des raisons de commerce et des noms du 1er juillet 2016).

## 3. Modernisierung des Handelsregisters / Modernisation du registre du commerce

Ständerat und Nationalrat haben am 17. März 2017 der Revision des Handelsregisterrechts zugestimmt.

Siehe: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20150034.

Gegenstand der Revision sind die folgenden Eckpunkte:

- Schaffung einer zentralen Datenbank für das Handelsregisterwesen (das Führen des Handelsregisters obliegt demgegenüber weiterhin den kantonalen Handelsregisterämter);
- Systematische Verwendung der AHV-Nummer im Handelsregister zur Identifikation von natürlichen Personen (Erleichterung für die Identifikation der natürliche Personen, in welcher Funktion diese bereits eingetragen sind);
- Abschaffung der Stampa-Erklärung als separater Beleg.

Beide Räte waren sich lange nicht über die Umsatzschwelle (CHF 100'000 oder 500'000) einig, d.h. ab wann ein Eintrag im Handelsregister Pflicht sein soll. Im Rahmen der aktuellen Revision verbleibt die Umsatzschwelle bei CHF 100'000. Gleichzeitig sollen jedoch die Folgen einer Erhöhung des Schwellenwertes im Rahmen eines Postulates für eine mögliche spätere Revision vertieft abgeklärt werden

Siehe: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20173115.

## 4. Laufende Aktienrechtsrevision / Révision en cours du droit de la société anonyme

Am 23. November 2016 verabschiedete der Bundesrat den Entwurf (BBl 2017 683; vgl. auf Französisch FF 2017 625) sowie die Botschaft (BBl 2017 399; vgl. auf Französisch FF 2017 353) zur laufenden Aktienrechtsrevision.

Im Rahmen der aktuellen Vorlage sollen folgende fünf Themenschwerpunkte umgesetzt werden:

- Verbesserung der Corporate Governance (Aktionärsrechte, Generalversammlung, Verwaltungsrat etc.);
- Vereinfachung und Flexibilisierung (Gründung, Kapital und Reserven);
- Rechtliche Klarstellung und Verbesserungen (Kapital, Rechnungslegungsvorschriften);
- Erfüllung von Verfassungsaufträgen (Vergütung von VR und GL, Vertretung der Geschlechter im VR und GL etc.);
- Regelung der Transparenz bei wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen, die in der Rohstoffförderung tätig sind.