



Chapitre de livre

2019

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Quand l'annulation est une sanction excessive

Trigo Trindade, Rita

How to cite

TRIGO TRINDADE, Rita. Quand l'annulation est une sanction excessive. In: Vers les sommets du droit : Liber amicorum pour Henry Peter. Rita Trigo Trindade, Rashid Bahar et Giulia Neri-Castrane (Ed.). Genève : Schulthess éditions romandes, 2019. p. 251–264. (Collection genevoise. Recueils de textes)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:146527>

Quand l’annulation est une sanction excessive

Sommaire	Page
Introduction	252
I. <i>De lege lata : exclusion de la sanction dans des cas « mineurs »</i>	253
A. La causalité dans la jurisprudence du TF	253
B. Causalité(s) et principe de pertinence	254
II. <i>Pistes de réflexion de lege ferenda</i>	257
A. Sanctions alternatives à l’annulation.....	258
B. Remédier aux vices	260
Conclusion.....	262
Bibliographie	263

* Professeure à l’Université de Genève.

Introduction

Dans le commentaire romand, HENRY PETER, avec FRANCESCA CAVADINI, a remarquablement commenté l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale d'une société anonyme.¹ Cette action, prévue à l'art. 706 CO, permet à chaque actionnaire d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts et, comme son nom l'indique, elle tend à l'annulation des décisions de l'assemblée générale. La présente contribution, qui se focalise sur la sanction à laquelle aboutit l'action, à savoir l'annulation, est dédiée à HENRY PETER.

L'action en annulation joue un rôle important en droit de la société anonyme. D'une part, en effet, en concédant à chaque actionnaire le droit de faire supprimer par le tribunal le fruit de la formation de la volonté sociale, le législateur ne se contente pas de permettre à chaque associé d'une SA de défendre ses propres droits de manière égoïste, mais il lui confère également une position de procureur veillant au respect des règles du droit de la société anonyme, position qui profite à l'ensemble des actionnaires. D'autre part, l'action ne sert pas seulement à sanctionner des comportements inadéquats au sein d'une société donnée ; la menace de la sanction doit déjà agir préventivement et inciter les organes de toutes les sociétés anonymes à se conformer aux règles légales applicables. Il s'agit donc d'un instrument de *corporate governance* fondamental.

Malgré ces vertus, et pour des raisons qui n'ont pas réellement été explorées mais qui pourraient tenir à des facteurs aussi divers que la complexification des règles applicables aux sociétés anonymes, une plus grande propension des actionnaires à saisir les tribunaux ou encore une meilleure intégration du principe de proportionnalité dans le sentiment de justice, il y a en droit de la société anonyme une perception de plus en plus marquée que l'arme mise entre les mains de l'actionnaire par l'art. 706 CO s'avère quelquefois trop lourde.

Pour parer au problème perçu, deux approches – mises en évidence par JENS KOCH² – sont fondamentalement concevables. La première consiste à introduire dans le droit de la société anonyme des filtres qui permettent de séparer les « actionnaires valeureux » auxquels il faut conférer le droit d'agir de ceux qui ne méritent pas de pouvoir intenter action.³ La présente contribution se focalise sur

¹ CR CO II-PETER, HENRY / CAVADINI, FRANCESCA.

² KOCH, JENS, p. F 23 ss.

³ Font partie des filtres liés à la *personne de l'actionnaire* la question de savoir si ce dernier a un intérêt personnel à l'annulation. On se demandera ici si l'action est susceptible de changer

la seconde approche, qui s'intéresse aux filtres permettant de séparer les « bonnes décisions » pour la société anonyme, méritant d'être protégées d'une cassation par les tribunaux, des « mauvaises décisions » qui doivent être annulées. Elle vise à explorer divers moyens – de *lege lata* et de *lege ferenda* – pour éviter des actions inutiles ou des sanctions disproportionnées par rapport aux vices qui peuvent frapper une décision.

I. *De lege lata* : exclusion de la sanction dans des cas « mineurs »

A. La causalité dans la jurisprudence du TF

Pour éviter le blocage des activités de l'entreprise, la tenue d'assemblées générales et la répétition des activités liées à l'adoption d'une décision lorsqu'il est certain que le résultat du vote reste identique si les dispositions procédurales sont prises en compte,⁴ plusieurs arrêts relativement récents de notre Haute Cour⁵ excluent l'annulation d'une décision viciée lorsque la violation invoquée est sans incidence sur le résultat de la décision. Le Tribunal fédéral, suivi en cela par une partie de la doctrine,⁶ semble ainsi étendre à toutes les violations des règles de procédure, le principe de causalité, lequel figure expressément à l'art. 691 al. 3 CO où il règle le cas d'une participation induite à une décision de l'assemblée générale.

Même si le résultat de l'application de cette nouvelle condition – qui n'est pas mentionnée à l'art. 706 CO⁷ – n'est choquant dans aucun des cas traités par le Tribunal fédéral, on ne saurait nier que dite condition a pour « effet [comme le relèvent à très juste titre PETER/CAVADINI de limiter considérablement les cas

sa situation juridique, si l'actionnaire a précédemment approuvé la décision prise ou encore s'il poursuit des buts qui n'ont rien à voir avec le droit des sociétés (p.ex. obtenir un paiement de la société pour le retrait de l'action).

⁴ Arrêt 4C.88/2000 du 27.06.2000 C. 3b reprenant ATF 122 III 279 C. 3ccc.

⁵ Arrêts 4A_516/2016, 4A_197/2008, 4A.43/2007, 4C.88/2000 du 27.06.2000 C. 3b et ATF 122 III 279 C. 3ccc.

⁶ Notamment : ZK-TANNER, BRIGITTE ad art. 706 CO n° 136 ss ; CR CO II- PETER, HENRY/CAVADINI, FRANCESCA ad art. 706 CO n° 23 ; VON DER CRONE, HANS CASPAR, § 9 N 191. Plus nuancé BÖCKLI, PETER, § 12 n° 506 (excluant le cas où il y a discussion sur la qualité d'actionnaire et le droit de participer au vote) et § 16 n° 108 (sous la forme d'une question avec indication de la tendance judiciaire allant vers l'admission de l'exigence de causalité).

⁷ Ce fait est relevé en particulier par SCHENKER, URS, p. 38-39, qui y voit un silence qualifié de la loi.

d'annulation des décisions de l'assemblée générale ».⁸ C'est précisément dans sa généralité – qui est la conséquence de l'effet préventif de l'action en annulation – que l'affirmation du Tribunal fédéral devient hautement contestable. En effet, dans les sociétés dans lesquelles il y a une majorité stable, la jurisprudence a pratiquement pour effet de transformer l'ensemble des règles de procédure en règles à la disposition de ladite majorité.⁹ Or, en droit de la société anonyme, les règles de procédure jouent un rôle trop important pour la protection de la société elle-même en général et celle des actionnaires minoritaires en particulier pour que l'on puisse s'accommoder de cet effet.

B. Causalité(s) et principe de pertinence

Pour atténuer l'effet indésirable d'une application pure et simple du principe de causalité prévu par l'art. 706, SCHOTT propose de distinguer deux types de causalité qui, selon lui, conditionnent les décisions de l'assemblée mais avec des champs d'application différents.¹⁰

Le premier type de causalité, désigné *causalité de résultat*, fait référence à l'effet qu'a pu avoir la violation de la norme procédurale sur le résultat de la décision (approbation ou rejet).¹¹ Selon BERTRAND SCHOTT, l'annulation des décisions de l'assemblée générale est soumise à condition dite de la causalité de résultat lorsque le vice invoqué « ne touche pas à la formation de la volonté de l'actionnaire ». ¹² Pour cet auteur, le vice invoqué « ne touche pas à la formation de la volonté de l'actionnaire » lorsqu'il s'agit d'une participation sans droit à l'assemblée (telle que prévue par l'art. 691 al. 3 CO) ou lorsque le vice est en relation avec le décompte des voix. Tel sera le cas, en particulier, lorsque des quorums ou des règles de majorité ont été mal appliqués ou lorsque des voix ayant participé au vote n'ont pas été comptées comme elles auraient dû l'être, p.ex. parce qu'une interdiction de vote a été admise alors qu'elle n'était pas applicable ou que l'on a ignoré dans un cas particulier la suspension du privilège de vote prévu par l'art. 693.¹³ Dans tous ces cas, le Tribunal annulera seulement la décision si la violation a modifié le résultat du vote, *i.e.* si le vice a conduit la société à admettre l'approbation d'une décision, alors qu'elle aurait dû constater que la décision a

⁸ CR CO II-PETER, HENRY / CAVADINI, FRANCESCA ad art. 706 n° 23.

⁹ Critique aussi SCHENKER, URS, p. 37.

¹⁰ SCHOTT, BERTRAND, § 3 n° 21 ss. La distinction est reprise par BSK OR II- DUBS, DIETER / TRUFFER, ROLAND ad art. 706 CO n° 9a.

¹¹ SCHOTT, BERTRAND, § 3 n° 21.

¹² *Idem*, § 3 n° 24.

¹³ *Idem*.

été rejetée ou, au contraire, si le vice a conduit la société à admettre le rejet d'une décision alors qu'elle aurait dû constater que la décision a été admise.¹⁴ Lorsque le vice affectant la participation sans droit à l'assemblée ou le décompte des voix n'a pas influencé le résultat du vote tel que constaté par la société, le juge doit s'abstenir d'annuler la décision de l'assemblée générale. Il n'y a, de ce point de vue, pas de distinction avec la jurisprudence du Tribunal fédéral mentionnée ci-dessus.

En présence des autres vices de procédure – notamment ceux qui sont de nature à affecter la formation de la volonté sociale par les actionnaires, i.e. les violations du droit de participer à l'AG et du droit à l'information des actionnaires –, SCHOTT propose de soumettre l'annulabilité des décisions à la condition de la *causalité dite normative*.¹⁵ Cette causalité est donnée, selon cet auteur qui trouve son inspiration dans l'ancienne jurisprudence allemande,¹⁶ lorsque la violation intervenue était de nature à influencer le comportement de vote d'un actionnaire « objectivé »¹⁷ (il s'agit là d'une figure comparable à celle de l'actionnaire raisonnable placé dans les mêmes circonstances). Lorsque le respect de la norme violée n'amènerait pas un actionnaire raisonnable placé dans les mêmes circonstances à altérer son vote, la violation ne justifie pas l'annulation de la décision par le juge.

La proposition de BERTRAND SCHOTT est convaincante en tant qu'elle applique la condition de la causalité de résultat aux cas de participation sans droit et en tant qu'elle l'étend aux problèmes de décompte de voix, lesquels présentent une parenté certaine avec les cas de participation sans droit. En effet, dans ces cas, le fait qu'un tribunal n'annule pas une décision qui n'aurait pas été différente si l'on n'avait pas inclus dans le décompte des voix celles de personnes qui n'étaient pas autorisées à voter ou si l'on n'y avait pas omis les voix de personnes habilitées à exprimer leur voix, n'est pas de nature à procurer un avantage aux organes sociaux qui négligent d'appliquer les règles de procédure qui s'imposent.

Comme indiqué ci-dessus, la généralisation de la condition de causalité de résultat à toutes les décisions de procédure (comme le fait le Tribunal fédéral) n'est pas satisfaisante. Dès lors, il convient aussi de suivre BERTRAND SCHOTT en tant qu'il exclut l'application de la condition de causalité de résultat en présence de vices de

¹⁴ En cas de rejet, il y aura lieu de combiner l'annulation de la décision avec une constatation de la décision prise.

¹⁵ SCHOTT, BERTRAND, § 3 n° 75.

¹⁶ BGHZ 36, 121, 139/140 ; BGHZ 107, 296, 306/307 ; BGHZ 119, 1, 18/19 ; BGHZ 122, 211, 238/239.

¹⁷ SCHOTT, BERTRAND, § 3 n° 53, reprend ici la terminologie allemande du « objektiv urteilender Aktionär » (voir p.ex. BGHZ 107, 296, 307).

procédure autres que la participation sans droit ou les vices liés aux décomptes de voix.

Dans la perspective d'une limitation de la sanction de l'annulation des décisions de l'assemblée générale aux seules décisions qui « méritent » d'être annulées, le résultat de la théorie de BERTRAND SCHOTT qui permet de laisser sans sanction des vices de procédure qui n'affecteraient pas un actionnaire moyen placé dans les mêmes circonstances est aussi satisfaisant.

Sur le plan dogmatique, cependant, il m'apparaît plus cohérent – en présence de tels vices de procédure qui ne concernent pas le décompte de voix – d'appliquer la *théorie dite de la pertinence (Relevanztheorie)* vers laquelle ont évolué les tribunaux allemands.¹⁸ Cette théorie, qui ne devrait pas conduire à des résultats très différents de ceux auxquels aboutit l'application de la condition de la causalité normative, abandonne toute idée d'une pseudo-causalité¹⁹ pour s'interroger sur la pertinence de la norme violée pour l'exercice des droits sociaux de l'actionnaire, et, en particulier, pour sa participation à la formation de la volonté sociale.²⁰ Elle rappelle qu'il y a une certaine hiérarchie dans les droits des actionnaires : certains sont fondamentaux pour les actionnaires, d'autres peuvent être supprimés à certaines conditions, d'autres enfin – qui incluent les règles procédurales qui n'ont guère d'importance pour le sociétariat et la participation de l'actionnaire à la formation de la volonté sociale – ne méritent pas de protection particulière.²¹ L'application de la théorie de la pertinence permet aux tribunaux de ne pas sanctionner la violation de règles – appelées *règles d'ordre* – qui ne méritent pas de protection particulière (sous le droit de 1991, le TF disait que les actionnaires

¹⁸ Voir en particulier BGHZ 149, 158, 164 ss ; BGHZ 160, 385.

¹⁹ La causalité normative vise à se poser la question du comportement d'un actionnaire « raisonnable placé dans les mêmes circonstances », qui existe seulement dans l'esprit des juristes, dans un cas qui ne s'est pas réalisé, à savoir celui où le vice ne se serait pas produit.

²⁰ Dans les mots du BGH : « *Maßgebend ist [...] die Relevanz des Verfahrensverstößes für das Mitgliedschafts- bzw. Mitwirkungsrecht des Aktionärs im Sinne eines dem Beschluss anhaftenden Legitimationsdefizits, das bei einer wertenden, am Schutzzweck der verletzten Norm orientierten Betrachtung die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit [...] rechtfertigt* » (BGH 160, 385, C. 2 b aa).

²¹ La théorie des droits acquis, en vigueur avant la révision du droit de la société anonyme, mettait en évidence cette hiérarchie en distinguant les droits acquis absolus, les droits acquis relatifs et les droits simples. La hiérarchie entre les droits des actionnaires subsiste, même si la théorie des droits acquis n'a pas été reprise dans le droit d'après 1991 (voir au sujet de l'abandon de cette théorie CR CO II-PETER, HENRY / CAVADINI, FRANCESCA ad art. 706 n° 2 et les références citées).

n'avaient pas un droit [acquis] à une caractéristique particulière de la société, p.ex. le maintien du capital,²² ou à une prestation de la part de celle-ci²³).

La théorie de la pertinence a ceci de satisfaisant que les sociétés ayant pris des décisions en violation de règles d'ordre n'ont pas à encourir les coûts disproportionnés qu'entraîne une annulation d'une décision de l'assemblée générale. Elle évite aussi que les actionnaires ne viennent encombrer les tribunaux avec des cas bagatelle. Inversement, elle assure que des violations de règles qui sont importantes pour la protection du sociétariat et la participation des actionnaires à la formation de la volonté au sein de la société ne restent pas sans sanction et, ce faisant, découragent les organes des sociétés anonymes à faire fi de telles règles.

II. Pistes de réflexion *de lege ferenda*

Il n'est pas certain que la seule application du principe de pertinence, telle que suggérée ci-dessus, soit en mesure d'éliminer complètement le sentiment que l'action en annulation est susceptible de tuer des moineaux avec des boulets de canon. Le blocage de l'activité sociale ainsi que les coûts liés à la répétition du processus législatif qui résultent de l'annulation d'une décision de l'assemblée peuvent en effet parfois paraître disproportionnés par rapport à la violation invoquée.

Cela étant, comme le système des *checks and balances* qui est à la base d'un bon *corporate governance* s'accommode assez mal de ce que les droits des actionnaires minoritaires puissent être systématiquement bafoués, il convient de trouver des solutions n'impliquant pas « l'impunité » des sociétés qui prennent des décisions contraires à la loi ou aux statuts. C'est l'objet des propositions qui suivent : vu le format de la présente contribution, il ne peut s'agir que d'esquisses.

²² Arrêt Ringier, ATF 99 II 55/JT 1973 I 618, 623 : « *L'actionnaire n'a un droit acquis au maintien du capital social [...] ni un droit incommutable à ce que l'importance relative de sa participation ne se modifie pas* ».

²³ Arrêt Knie, ATF 88 II 98, Chapeau d'arrêt : « 3. Art. 652 CO. Les actionnaires n'ont pas un droit à la reprise d'actions que la société a acquises et veut revendre ».

A. Sanctions alternatives à l'annulation²⁴

En réaction à la prolifération d'actionnaires faisant métier d'intenter des actions en annulation contre les décisions d'assemblées générales des sociétés anonymes allemandes, le droit allemand a notamment introduit – pour les décisions de modification du capital et de restructuration – une procédure, désignée *Freigabeverfahren*, qui dans certains cas permet à la société d'imposer l'inscription de telles décisions au registre du commerce malgré leur contestation.²⁵ Cette réglementation marque une césure importante dans le *Beschlussmängelrecht* allemand.²⁶ En effet, pour s'assurer que la décision est maintenue même si le juge constate qu'elle était viciée (*Bestandesgarantie*),²⁷ la loi attribue à l'actionnaire privé de sa possibilité d'obtenir l'annulation de la décision, le droit d'obtenir des sanctions alternatives, à savoir des dommages-intérêts²⁸ et un jugement constatant l'existence d'une violation.²⁹ Le droit allemand est encore en évolution : récemment, le 72ème *Deutscher Juristentag* a adopté deux résolutions ayant pour objectif d'élargir le cercle des sanctions alternatives à la cassation pour les décisions de l'assemblée générale viciées, comportant notamment l'annulation de la décision avec effet ex nunc, l'attribution de dommages-intérêts et la constatation de la violation, et ce pour toutes les décisions de l'assemblée générale.³⁰

²⁴ Compte tenu de l'importance du principe de l'autonomie de la personne morale en droit suisse, j'ai volontairement omis de présenter ici une solution permettant au juge de modifier lui-même les décisions viciées de l'assemblée générale pour les rendre conformes au droit.

²⁵ § 246a AktG. Cette disposition a été introduite en 2007 avec une loi modifiant le Umwandlungsgesetz (UMAG), puis modifiée en 2009, dans le sens d'une réglementation plus restrictive pour les actionnaires demandeurs, avec la loi mettant en œuvre la directive européenne concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées (ARUG).

²⁶ Voir en ce sens KOCH, JENS, p. F 13 : « *Das Beschlussmängelrecht konnte über 100 Jahre grob gerastert auf folgende Kurzformel gebracht werden : Wenn ein Beschluss mit einem nicht ganz unerheblichen Fehler behaftet ist, ist er gerichtlich aufzuheben. Diese Einheitslösung ist im Jahr 2005 aufgegeben worden* ».

²⁷ § 246a AktG al. 4, 2e phrase.

²⁸ § 246a AktG al. 4, 1e phrase.

²⁹ Voir p.ex. KOCH, JENS, p. F13 : « *Unter bestimmten Voraussetzungen führt ein Mangel nicht zur Kassation sondern wird auf andere Weise geahndet, namentlich durch Schadenersatzansprüche und Feststellung der Rechtswidrigkeit* ».

³⁰ Voir Document « 72. Juristentag, Leipzig 2018, Beschlüsse », disponible sous <https://www.djt.de/die-tagungen/72-deutscher-juristentag>, rubrique « Beschlüsse » (consulté le 21.07.2019), p. 27, résolution 2 : « *Die Anfechtung fehlerhafter Beschlüsse sollte nicht alternativlos zur Kassation des Beschlusses führen; stattdessen sollten alternative Rechtsfolgen zur Verfügung stehen, die jedenfalls die Möglichkeit zu einer Aufhebung mit ex-*

Même si la plaie des actionnaires agissant à titre professionnel pour obtenir des avantages indus des sociétés ne s'est pas répandue en Suisse comme elle l'avait fait en Allemagne,³¹ il conviendrait d'explorer s'il ne faut pas, en droit suisse aussi, abandonner le principe de la sanction unique pour l'action de l'art. 706 CO. Il me semble souhaitable ici d'inclure dans la loi un catalogue de sanctions alternatives à l'annulation, comprenant en particulier celles qui sont jugées prometteuses en droit allemand. Plus encore, pour que la proposition puisse pleinement déployer ses effets, le catalogue ne doit pas être exhaustif et il convient d'aménager au juge le pouvoir de déterminer la sanction la mieux appropriée au cas d'espèce, en tenant compte de l'ensemble des circonstances.³²

Pour illustrer le propos, voici deux exemples pour lesquels une alternative à la solution du tout ou rien pourrait s'avérer convaincante. (1) L'annulation pure et simple d'une élection d'administrateur peut quelquefois paraître disproportionnée parce qu'elle implique qu'il n'a jamais été élu, n'a pas pu valablement agir en cette qualité ni être rémunéré pour ses efforts ; cela étant, il ne se justifie pas nécessairement de devoir attendre la fin de la période pour laquelle il a été nommé, qui peut durer jusqu'à six ans dans les sociétés non cotées, avant d'organiser une nouvelle élection de sorte qu'une annulation avec effet *ex nunc* paraîtrait plus appropriée. (2) Dans une grande société, pour laquelle le blocage de décisions et l'organisation du processus décisionnel sont particulièrement lourds, les tribunaux hésiteront peut-être à prononcer l'annulation de décisions en présence de violation de normes qui ne sont ni tout à fait insignifiantes, ni fondamentales, en les rangeant dans la catégorie des règles d'ordre. Permettre aux tribunaux de procéder à un *naming and shaming* créera ici une incitation forte à faire respecter de telles règles par ces sociétés, tout en déchargeant les tribunaux de la responsabilité d'avoir freiné l'activité sociale.

nunc-Wirkung, die Gewährung von Schadenersatz und die Feststellung der Rechtswidrigkeit umfassen sollten » et résolution 4 : « *Der mögliche Ausschluss der Kassationswirkung sollte nicht auf strukturverändernde Beschlüsse begrenzt sein, sondern auf alle Beschlüsse erstreckt werden* ».

³¹ La Suisse n'a pas été complètement préservée comme le montre la procédure ayant donné lieu à l'ATF 135 III 603, qui a probablement mis un frein à la pratique des demandeurs professionnels en leur imposant une avance des frais. Voir l'arrêt de l'OG schaffhousois du 23.01.2009 reproduit in SJZ 105/2009 p. 576 ainsi que MAURER, MATTHIAS / VON DER CRONE, HANS CASPAR, p. 83 ss.

³² L'octroi de tels pouvoirs s'inscrirait dans une tendance plus générale, que l'on peut aussi constater aux art. 736 ch. 4 CO et 731b CO, de conférer plus de pouvoir d'appréciation aux tribunaux pour qu'ils puissent prononcer la solution la plus en adéquation avec la situation particulière.

B. Remédier aux vices

Une autre piste de réflexion pour limiter les sanctions inutiles de décisions de l'assemblée générale viciées pourrait se concentrer sur les décisions frappées par une irrégularité réparable. Dans ce contexte, on pense immédiatement à l'art. 107 LFus, applicable aux seules décisions relevant de la LFus, qui enjoint au juge, lorsqu'il peut être remédié à une irrégularité, d'accorder aux sociétés concernées un délai pour ce faire.

Cette disposition n'est déjà pas toute simple au niveau procédural, puisqu'elle suppose que le juge procède en deux phases.³³ Lors d'une première phase, le tribunal doit examiner les conditions de recevabilité de l'action, l'existence de violations de la loi ou des statuts et le caractère réparable desdites violations ; si ces différents éléments sont donnés, il fixe un délai à la société pour y remédier, étant précisé qu'il y a controverse sur la nature juridique de la décision prévoyant ce délai.³⁴ Lors de la deuxième phase, le juge doit vérifier si la société a guéri le vice dans le délai qui lui était imparti.

La principale difficulté de l'art. 107 LFus – qui est aussi décisive pour distinguer les vices réparables de ceux qui ne le sont pas – consiste cependant à savoir ce qui doit se passer pendant le délai imparti, c'est-à-dire à déterminer ce qu'il y a lieu d'entendre par « guérir le vice ». HANS CASPAR VON DER CRONE et al. excluent toute guérison impliquant une nouvelle décision de l'assemblée générale qui viendrait remplacer la décision viciée.³⁵ En d'autres termes, selon ces auteurs, si le vice ne peut être guéri sans la répétition du processus législatif, le juge doit prononcer l'annulation. D'autres auteurs sont au contraire d'avis que les sociétés, qui disposent d'une grande marge de manœuvre pour guérir les vices, peuvent répéter des actes de fait et des actes juridiques, et en particulier tenir une nouvelle

³³ SHK-SCHENKER, FRANZ ad art. 107 LFus n° 18 et les références citées.

³⁴ Sur la controverse et les différents points de vue CHK- HOFFMANN-NOWOTNY, URS ad art. 107 LFus n° 7.

³⁵ VON DER CRONE, HANS CASPAR / GERSBACH ANDREAS / KESSLER, FRANZ J. / VON DER CRONE, BRIGITTE / INGBER, KARIN, n° 1222 : « *Ein sogenannter behebbarer Mangel, der korrigiert werden kann, ohne dass der angefochtene Beschluss aufgehoben werden muss, dürfte in der Praxis eher selten sein. Liegt der Mangel in der Beschlussfassung selber oder in ihrer Vorbereitung, kann er ohnehin nur korrigiert werden, nachdem der mangelhafte Beschluss aufgehoben worden ist. Liegt der Mangel dagegen in der Transaktion, beispielsweise im Transaktionsvertrag oder -plan, so kann der Mangel im Dokument zwar relativ -einfach behoben werden; allerdings wird die Korrektur eine erneute Beschlussfassung der Gesellschafter erfordern, sofern sie einen genehmigungsbedürftigen Vertragspunkt betrifft. Ist der Mangel nicht ohne erneute Beschlussfassung der Gesellschafter behebbbar, muss der Richter den angefochtenen Beschluss aufheben (Art. 107 Abs. 2 FusG).* » (je souligne).

assemblée générale conforme au droit.³⁶ Certains d'eux précisent que l'assemblée générale appelée à guérir le vice devrait aussi décider de l'abrogation de la décision viciée, rendant sans objet l'action en annulation de la décision initiale de restructuration.³⁷

La position des auteurs qui admettent la reprise du processus législatif a ceci de séduisant qu'elle ouvre un large champ d'application aux décisions remédiables. Cela étant, on ne voit pas réellement ce qu'apporte une solution dans laquelle on demande à la société de faire elle-même ce qu'elle ne veut pas que le juge fasse, à savoir supprimer la décision initiale. Par ailleurs et surtout, des incertitudes subsistent : la décision de remplacement rétroagit-elle au jour de la décision à abroger ou prend-elle effet au jour de la nouvelle décision ? est-elle à son tour sujette à contestation ?

On peut résoudre la contradiction consistant à demander à la société de faire ce qu'elle ne veut pas que le juge fasse et la question d'un éventuel effet rétroactif de la décision en proposant à la société non pas de remplacer sa décision viciée par une décision nouvelle, mais plutôt de confirmer sa décision antérieure, en prenant une nouvelle décision prise après avoir réparé les violations qui avaient vicié la décision d'origine. L'institution de la décision de confirmation est bien connue en Allemagne, où elle fait l'objet du § 244 AktG.³⁸

Cela étant, sous le droit en vigueur, la question de la contestabilité de la décision de confirmation – ainsi que celle de l'effet de la prise d'une décision de confirmation sur une décision de l'assemblée générale en cours de contestation – restent trop incertaines.

Le législateur pourrait apporter une contribution significative à la possibilité d'éviter l'annulation des décisions de l'assemblée générale en permettant aux sociétés de remédier aux vices frappant lesdites décisions en étendant la règle prévue par l'art. 107 LFus à l'action de l'art. 706 CO et en réglementant la décision de confirmation. Il faudrait, selon moi, réserver cette institution aux procédures dans lesquelles le tribunal a invité la société à remédier à la décision viciée, reconnaître que la décision de confirmation est de nature à supprimer les vices frappant la décision d'origine et attribuer la seule compétence de se prononcer sur la validité de la décision de confirmation au tribunal qui doit se prononcer sur l'action initiale et, plus particulièrement, sur le point de savoir si le vice a pu être

³⁶ Voir Comm. LFus-BAHAR, RASHID ad art. 107 n° 6 et les références citées à la note suivante.

³⁷ ZK-MEIER-DIETERLE, FELIX C. ad art. 107 LFus n° 3 et 4, suivi par CHK- HOFFMANN-NOWOTNY, URS ad art. 107 LFus n° 4.

³⁸ Pour des détails concernant les décisions de confirmation du droit allemand, voir KLAMARIS, KANELLOS, *passim*.

guéri par la société, excluant ainsi tout recours indépendant contre la décision de confirmation.

Conclusion

Il arrive que la sanction de l'annulation d'une décision de l'assemblée générale prévue par l'art. 706 CO soit excessive.

Cela étant, le mécanisme qui a actuellement été mis en place par le Tribunal fédéral pour atténuer cet effet – à savoir l'exigence de causalité de résultat pour que les décisions souffrant d'un vice de procédure puissent être annulées – ignore l'utilité de l'action en annulation pour un bon *corporate governance*.

De lege lata, il faut réserver l'exigence de causalité de résultat à l'état de fait visé par l'art. 691 al. 3 CO et à des états de fait apparentés. S'agissant des autres vices de procédure, ils doivent être sanctionnés, à moins que l'on ne soit en présence de cas bagatelle.

De lege ferenda, les tribunaux devraient être autorisés à prendre des sanctions mieux adaptées au vice qui frappe la décision de l'assemblée générale. En présence de vices réparables, ils devraient aussi pouvoir octroyer un délai à la société pour ce faire ; les violations devraient pouvoir être guéries au moyen de la confirmation de la décision initialement invalide, confirmation qui devrait être réglementée par la loi.

Bibliographie

- BAHAR, RASHID, Commentaire ad art. 107 LFus, in Commentaire LFus, Genève et al. 2005, (cité Comm. LFus-BAHAR, RASHID ad art. 107 LFus n° ...)
- BÖCKLI, PETER, Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4e éd., Zurich et al. 2009
- DUBS, DIETER/TRUFFER ROLAND, Commentaire ad art. 706 CO, in Basler Kommentar - Obligationenrecht II, 5e éd, Bâle 2016 (cité BSK OR II - DUBS, DIETER/TRUFFER, ROLAND ad art. 706 CO n° ...)
- HANDSCHIN, LUKAS (éd.), Zürcher Kommentar, Art. 698-726 und 731b OR - Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, 3e éd., Genève et al. 2018 (cité ZK - AUTEUR ad art. ... CO n° ...)
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (éd.), Basler Kommentar - Obligationenrecht II, 5e éd, Bâle 2016 (cité BSK OR II - AUTEUR ad art. ... CO)
- KLAMARIS, KANELLOS, Die Bestätigung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse, Baden-Baden 2018
- KOCH, JENS, Empfiehlt sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht? Gutachten F zum 72. Deutschen Juristentag, Munich 2018
- MAURER, MATTHIAS/VON DER CRONE, HANS CASPAR, Prozesskostentragung bei der Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG - Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 135 III 603 (BGer 4A_100/2009 vom 15. September 2009) i.S. A. und B. (Beschwerdeführer) gegen Z AG und X AG (Beschwerdegegnerinnen), RSDA 2010 p. 77 ss
- MEIER-DIETERLE, FELIX C., Commentaire ad art. 107 LFus, in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2e éd., Genève et al. 2012, (cité ZK-MEIER-DIETERLE, FELIX C. ad art. 107 LFus n° ...)
- HOFFMANN-NOWOTNY, URS, Commentaire ad art. 107 LFus, in Handkommentar zum schweizerischen Privatrecht, 3e éd., Genève et al. 2016 (cité CHK-HOFFMANN-NOWOTNY, URS ad art. 107 LFus n° ...)
- PETER, HENRY/CAVADINI, FRANCESCA, Commentaire ad art. 706 ss CO, in Commentaire romand - Code des obligations II, 2e éd., Bâle 2017 (cité CR CO II- PETER, HENRY/CAVADINI, FRANCESCA ad art. ... CO n° ...)
- SCHENKER, FRANZ, Commentaire ad art 107, in Stämpfli Handkommentar Fusionsgesetz, 2e éd., Berne 2015 (cité SHK-SCHENKER, FRANZ ad art. 107 LFus n° ...)
- SCHENKER, URS, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Berne 2015

- SCHOTT, BERTRAND, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zurich/St.Gall 2009
- TANNER, BRIGITTE, Commentaire ad art. 706 CO in Zürcher Kommentar, Art. 698-726 und 731b OR - Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, 3e éd., Genève - Zurich - Bâle 2018 (cité ZK - TANNER, BRIGITTE ad art. 706 CO)
- TERCIER, PIERRE/AMSTUTZ, MARC / TRIGO TRINDADE, RITA (éd.), Commentaire romand - Code des obligations II, 2e éd., Bâle 2017. (cité CR CO II- AUTEUR ad art. ... CO)
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Aktienrecht, Berne 2014
- VON DER CRONE, HANS CASPAR / GERSBACH, ANDREAS / KESSLER, FRANZ J. / VON DER CRONE, BRIGITTE / INGBER, KARIN, www.fusg.ch, 2e éd., Zurich 2017