Thème 6

Le nouveau droit des sociétés anonymes

Responsable:

Rudolf Züger, KPMG Fides Peat, Zürich

Rapporteur:

Prof. Dr. Peter Forstmoser, Zürich

Table des matières

I. Nécessité d'une réforme du droit suisse des sociétés anonymes
II. Marche des travaux de réforme, renvoi à leur caractère problématique
III. Directions de la réforme
IV. Protection des actionnaires et des créanciers
V. Remaniement de la base des fonds propres
VI. Renforcement et amélioration du fonctionnement des organes
VII. L'introduction du nouveau droit
VIII. Appréciation

Le 4 octobre 1991, la révision du droit des sociétés anonymes a été décrétée définitivement par le parlement sans voix contraire. Un référendum n'a pas été saisi et le nouveau droit est entré en vigueur le 1er juillet 1992.

Le résultat de décades de travaux de réformes est donc maintenant cimenté et cela paraît le moment propice pour reprendre une fois de plus le sujet »Réforme du droit des sociétés anonymes«. J'aimerais le faire sous la forme d'une *rétrospective* comme aussi d'une *perspective* d'avenir:

- en jetant un regard sur le passé, j'aimerais rappeler pourquoi le droit suisse des sociétés anonymes, qui a fait ses preuves, devait somme toute être révisé (Ch. I), quelle a été la marche des travaux de réforme (Ch. II) ainsi que leur direction (Ch. III).
- avec une vue sur l'avenir, j'aimerais présenter quelques changements particulièrement importants (Ch. IV–VI) et traiter brièvement aussi de l'entrée en vigueur du nouveau droit (Ch. VII).

* Version élargie de l'exposé présenté au Congrès de la Chambre fiduciaire du 10 octobre 1991. Cet exposé – complété et modifié – a également été publié dans Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (ZGRG) 1991 p. 78 ss et dans la Revue de Droit suisse (ZSR) 1992 p. 1 ss.

I. Nécessité d'une réforme du droit suisse des sociétés anonymes

La nécessité d'une réforme du droit suisse des sociétés anonymes est incontestée, bien qu'il n'y ait pas d'inconvénients à faire valoir, du moins de ceux auxquels il faudrait palier avec des mesures juridiques.

Les raisons sont multiples:

- Au cours des dernières décennies, la SA s'est développée comme la forme *d'organisation dominante* en Suisse. Les chiffres le démontrent de façon impressionnante: en 1955 il y avait en Suisse 26'000 sociétés anonymes[1] contre à peine 14'000 sociétés en nom collectif et en commandite[2] et 12'509 sociétés coopératives. Jusqu'à fin 1990, le nombre des sociétés anonymes a sextuplé[3], alors que les sociétés de personnes n'ont augmenté que d'un tiers[4] et que le nombre des sociétés coopératives est resté presque constant[5].
  L'importance croissante de la SA n'a cependant pas seulement un aspect quantitatif, mais aussi un aspect *qualitatif:* quoique le législateur de 1936 ait eu en vue la société publique, il en est devenu une forme légale pour toutes sortes d'activités économiques, une «bonne à tout faire». De Nestlé et Ciba-Geigy jusqu'au comptable qui crée sa propre SA et par cela veut limiter ses risques, de l'entreprise productrice jusqu'au holding inactif, la SA sert de forme d'organisation, accessoirement aussi pour des sociétés im mobilières qui, en principe, ne sont rien d'autre que des bien-fonds avec la propre personnalité juridique.
- L'ordre en vigueur ne comporte *pas de réglementation pour des besoins légitimes*. La pratique a souvent dépassé le texte et le sens de la loi, elle a créé des solutions de remplacement dont l'admissibilité légale n'est pas toujours sans équivoque. A mentionner par exemple le bon de participation comme moyen de financement, dont la base légale est le bon de jouissance d'une conception légale totalement différente. On peut penser à l'institution des actions en réserve dont la légalité a cependant été récemment confirmée par le Tribunal Fédéral quasi comme point final du droit en vigueur[6].
- La réglementation insuffisante permet aussi *d'éluder* ouvertement la loi, comme par exemple nommer un organe de contrôle totalement dépendant de l'administration d'une SA ou de son actionnaire unique et qui peut-être n'a aucune notion de comptabilité.

1 Fin 1955: 26'189.
2 10'069 sociétés en nom collectif, 3'620 sociétés en commandite.
3 Effectif à fin 1990:160'541.
4 15'423 sociétés en nom collectif, 3'349 sociétés en commandite.
5 13'858.
6 Arrêté Canes/Nestlé du 25 juin 1991, cf. ATF 117 II 290 ss.

– Enfin il est incontesté que sous le droit actuel, les *petits actionnaires et les minoritaires ne sont pas suffisamment protégés*. Cela d'autant plus qu'une jurisprudence très restrictive a encore resserré les rudiments de protection des minorités contenus dans la loi[7].

II. Marche des travaux de réforme, renvoi à leur caractère problématique

a) Ce besoin incontesté de réforme n'a cependant pas du tout conduit à une allure rapide des travaux de réforme, non pas en dernier lieu par manque d'un lobby puissant[8].
La réforme du droit suisse des société anonymes a duré *presque un quart de siècle,* ce qui, pour la Suisse, ou les meules du législateur broyent par tradition lentement, représente quasiment un record: à la suite d'initiatives parlementaires, une première commission d'experts a été constituée au début des années 1960, qui a présenté en 1972 un rapport intérimaire et formulé les premières propositions. Le chemin à suivre a été tracé à ce moment là: bien que le mandat de la commission ne fusse en aucune manière limitée, le groupe de travail a déclaré franchement qu'il «ne dégagera aucun principe général qui préside à l'élaboration des divers projets»[9] et qu'il «n'a pas envisagé son rôle comme celui d'un réalisateur de tendances nouvelles ou d'un promoteur des principes modernes»[10]. Le résultat fut un ramassis hétérogène de recommandations ici et là qui, dans la perplexité générale, ont été envoyées en procédure de consultation.

7 En 1956 déjà, F.W. Bürgi déplorait que (traduction) «les droits au dividende, au contrôle et à l'information, en tant que dispositions théoriques de protection des minorités les plus efficaces ... étaient de plus en plus limités» (Das Problem des Minderheitenschutzes im schweizerischen Aktienrecht, SAG 29, 1956/57, 81 ss, 84). La déclaration, fortement critiquée, du Tribunal Fédéral dans ATF 99 II 55 ss, 62, que l'actionnaire, par son entrée dans la société, se soumet à la volonté de la majorité et reconnaît, «dass diese auch dann bindend entscheidet, wenn sie nicht die bestmögliche Lösung trifft und ihre eigenen Interessen unter Umständen denjenigen der Gesellschaft und einer Minderheit vorgehen lässt ...» et que le juge ne peut intervenir que si les actionnaires majoritaires ont abusé de leur pouvoir «im Hinblick auf entgegengesetzte Interessen der Minderheitsaktionäre offensichtlich missbraucht haben» est très illustratrice. D'autres arrêtés vont dans le même sens, comme ATF 104 II 32 ss .

8 Malgré les défauts mentionnés, il est possible de bien vivre avec le droit actuel très libéral. C'est pourquoi la réforme a moins été exigée par les représentants des sociétés anonymes que par les journalistes financiers, les professeurs et réviseurs.

9 Rapport intérimaire du président et du secrétaire du Groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes sur la proposition d'une révision partielle du droit des sociétés anonymes (Berne 1972) 20.

10 Rapport intérimaire (cité rem. 9) 20.

Un projet préliminaire fut présenté publiquement en 1975 qui, de nouveau, fit l'objet d'une procédure de consultation copieuse.
Une nouvelle commission d'experts commença son travail en 1978 et elle provoqua un changement de direction: on restait toujours avec une révision partielle, mais le droit des sociétés anonymes fut revu dans son ensemble et les changements prévus mis dans un contexte général.
En 1983 finalement, le projet et le message du Conseil fédéral furent publiés (cette fois-ci sans nouvelle procédure de consultation).
Le projet a été discuté une première fois en 1985 par le Conseil National d'abord et en 1988 par le Conseil des Etats. Le traitement par les chambres, qui s'est prolongé jusqu'en été 1991, a apporté encore des modifications essentielles, comme spécialement la question des restrictions de transferts, qui a dominé les discussions politiques des dernières années.
Comme mentionné, le droit est entré en vigueur le 1er juillet 1992.

b) Cette allure, dans son ensemble très nonchalante, a été interrompue par des *moments de précipitation*. Comme déjà mentionné, aucune procédure de consultation n'a eu lieu avant le publication du projet du Conseil Fédéral, malgré les modifications radicales prévues par la dernière commission d'experts. Des changements non négligeables ont été apportés lors des délibérations parlementaires des dernières années et mois et même par la commission de rédaction, sans que les cercles intéressés eussent pu prendre position officiellement[11].

c) Cette *douche écossaise du farniente à la fébrilité* a laissé des traces dans le projet.

aa) Bien que toute bonne chose demande son temps, une telle *durée de réforme* d'un projet législatif ne lui fait pas de bien, et cela parce que d'une part, le point central du dialogue politique et d'autre part, les opinions prévalantes se modifient.
Alors que durant la première décennie de la réforme, les réserves latentes étaient au centre des discussions[12], vers la fin de la réforme tout se tournait autour de la question des *restrictions de transfert.*
Et le traitement du problème des restrictions de transfert d'actions est un bel exemple du changement des opinions au cours du temps.

11 A retenir en particulier les nouvelles stipulations sur les restrictions de transfert permises, cf. ci-après IV. 3.

12 Le droit en vigueur permet la création et la dissolution de réserves latentes de manière presque illimitée. Le résultat présenté par les sociétés anonymes suisses ne montre souvent au mieux que la tendance de la marche des affaires, par contre, le résultat effectif même pas dans son ordre de grandeur. Il est vrai qu'au cours des dernières années la force d'expression des comptes, avant tout des sociétés publiques, s'est fortement améliorée, non pas en dernier lieu à cause des pressions de la presse financière et eu égard au marché des capitaux (suisse et international).

Le *rapport intérimaire de 1972* contient déjà une proposition restrictive: le rejet d'acquéreurs ne pouvait plus être possible «sans indication de motifs»[13], mais uniquement pour des raisons importantes ou pour des raisons spécifiquement mentionnées dans les statuts. Alors que la stipulation était rédigée de façon générale, on pensait – l'exposé des motifs le montre[14] – avant tout aux sociétés privées avec peu d'actionnaires. Une «possibilité de sortie» facile par l'aliénation des actions devait être concédée ici à la minorité. L'opinion générale pensait que la liberté de la vente en bourse était suffisante pour les sociétés publiques. Dans le *rapport préliminaire de 1975,* on retourna par conséquent à la libre restriction de transfert d'actions cotées. Le *projet du Conseil Fédéral de 1983* prévoyait à nouveau des entraves pour toutes les sociétés, mais cependant avec un statut conçu pour les sociétés privées. Durant la première lecture au Conseil National (octobre 1985) les possibilités de restrictions de transfert furent aussi limitées en général. Le maintien du caractère suisse de la société et l'exclusion de l'acquisition d'actions par des concurrents devraient être des raisons de refus d'enregistrement même s'ils n'étaient pas mentionnés dans les statuts – un élargissement par rapport au droit en vigueur.

Les délibérations au Conseil des Etats en septembre 1988 – après la dispute Sulzer/Tettamanti[15] et non pas en dernier lieu en raison des appels accrus en faveur d'une solution européenne – ont provoqué un changement d'opinion. Un partage entre une réglementation pour les sociétés publiques et une autre pour les sociétés rattachées à des personnes fut prévu, les possibilités de restriction de transfert étant fortement limitées pour les sociétés publiques.

bb) La fébrilité temporaire des travaux de réforme n'était pas non plus sans problèmes: à mon avis ce fut une erreur d'envoyer le projet du Conseil Fédéral, dans le cadre des travaux législatifs une pièce centrale, au parlement sans procédure de consultation: de nombreux défauts auraient pu être évités, si l'on avait profité des expériences de tous les milieux

13 Ainsi art. 686 II du droit en vigueur.

14 Le besoin de conserver le caractère suisse de sociétés publiques est cependant mentionné incidemment. Le rapport intérimaire s'occupe d'une manière approfondie avant tout «du désavantage choquant de la minorité» dans «les petites sociétés ou sociétés de famille», cf. Rapport intérimaire (cit. rem. 9) 162 ss.

15 En 1987, M. Tito Tettamanti essaya de reprendre la société publique d'ancienne souche «Gebrüder Sulzer SA» à Winterthur. Avec un charme tessinois et beaucoup de PR, il réussit non seulement à placer le caractère problématique d'une reprise dans la lumière des projecteurs, mais à faire de l'acquéreur – jusqu'alors généralement regardé d'un mauvais oeil comme «raider» – un joueur reconnu, ayant la cote de la presse.

touchés[16]. Ces faiblesses ont été éliminées aussi bien que possible par les commissions parlementaires et même en partie par les Chambres. Le parlement n'est cependant pas le bon endroit pour du menu travail juridique.

L'activisme durant la procédure d'apuration au parlement a eu aussi des effets négatifs: des défauts sont sporadiquement restés[17] et à ce stade, le manque d'une revue critique par des professionnels s'est également fait ressentir[18].

d) Malgré la conception d'une révision partielle, la réforme du droit des sociétés anonymes *a touché la plus grande partie des articles* du droit existant et l'a élargi d'au moins 50%. Dans l'abondance des stipulations révisées et nouvelles, on ne rencontre pas seulement des nouveautés nécessaires et utiles, mais isolément aussi des nouveautés problématiques ou inutiles.

Lorsque des *articles et paragraphes sont simplement déplacés* – sans l'intention d'un changement matériel – cela devient problématique. Le droit révisé offre à ce sujet plusieurs exemples. Ainsi, les exigences de nationalité et de domicile selon l'art. 711 I et IV du droit actuel se retrouvent inchangées à l'art. 708 III et IV. La possibilité de prendre des décisions par voie circulaire ne se trouve dorénavant plus à l'art. 716 CO, mais à l'art 713 II avec des termes identiques. De tels changements sont inopportuns – même s'ils peuvent convaincre de par leur systématique – car ils rendent le travail avec la jurisprudence et la littérature abondantes à disposition inutilement difficile.

16 Ainsi par exemple, pour les restrictions de transfert, une réglementation a été proposée qui n'aurait pas fonctionnée en bourse, une faute qui aurait certainement été découverte lors d'une procédure de consultation.

17 Evident à l'art. 685d ss, ou les restrictions de transfert pour les actions nominatives cotées en bourse sont réglées: dans la note marginale de l'art. 685d et au § I, il est question «d'actions nominatives cotées en bourse» également aux art. 685e et 685f. Par contre, l'expression «actions nominatives traitées en bourse» a été conservée à l'art. 685d III. Plus tard, cette erreur a été corrigée lors de la rédaction.

18 Par exemple le Conseil des Etats avait introduit un droit de souscription prioritaire des actionnaires lors de l'émission d'emprunts convertibles ou à options, qui selon la version définitive peut être limité ou supprimé «s'il existe pour cela un juste motif» (CO rév. 653c). Cet ordre ne tient pas compte de la réalité économique – la vente de ces emprunts dans l'espace de quelques heures, bien avant l'expiration du délai officiel d'émission – ni du fait qu'un tel droit de souscription préférentiel ne pourrait être utile qu'aux actionnaires importants: par suite de la faible quantité de nouvelles actions, le droit de souscription serait accordé par exemple pour un nouveau titre pour 50 déjà existants. Les petits actionnaires n'en profiteraient pas, car ils ne pourraient pas faire valoir les droits de souscription (manque du nombre d'actions), ni les monnayer (comme le prix d'émission correspond régulièrement au prix du marché au moment de la fixation, un droit de souscription ne devrait avoir pratiquement pas de valeur). Un droit préférentiel de souscription ralentirait et compliquerait donc l'émission d'emprunts à options et convertibles et mènerait à des conditions plus mauvaises pour la société sans procurer à l'actionnaire des avantages significatifs.

De plus, il n'est pas toujours avantageux lorsque, à contenu inchangé, il est procédé à des *adaptations et modernisations linguistiques*. Ici également il existe une série d'exemples: les administrateurs deviennent le conseil d'administration[19], les contrôleurs des réviseurs[20]. Avec de légères modifications, CO 754 I correspond à CO rév. 754 I et 755; CO 755 à CO rév. 756 I; CO 756 à CO rév. 757 I et II; CO 757 à CO rév. 758, mais aussi CO 718 I à CO rév. 718a[21] ou CO 717 I à CO rév. 718 III[22].
Un point d'interrogation doit être mis à de telles améliorations linguistiques, car il n'est pas clair si avec le changement linguistique il n'était pas prévu un changement matériel.

e) Ces remarques critiques doivent cependant être corrigées par la constatation que de par la réforme, un *grand nombre de détails ont été améliorés* et également des changements structurels bienvenus apportés. Nous allons étudier cela de plus près dans les pages qui suivent.

III. Directions de la réforme

Vu la longue durée des travaux de réforme, mais aussi eu égard aux buts très restreints fixés au début à la réforme, il n'est pas étonnant qu'il ne soit pas possible de tirer des prescriptions révisées un élément conducteur uniforme.

Toujours est-il, qu'en regardant de plus près, il est possible de discerner des directions déterminées, dont trois sont à relever:

- Il y a la tendance prononcée de *renforcer la protection des actionnaires* et des *créanciers*. Le mot magique est ici «transparence» qui s'est concrétisée particulièrement dans des prescriptions nettement plus sévères, quoique encore insuffisantes, pour les sociétés publiques concernant la présentation des comptes. Il faut ajouter à cela les efforts de renforcement de la révision.
- *La base des fonds propres* a de plus été remaniée et cela avec deux buts en visée: d'une part, on a voulu renforcer la base des fonds propres des sociétés et réduire les possibilités de supercherie[23]. D'autre part, on s'est efforcé d'introduire un ordre plus flexible[24].

19 CO rév. 718 III, jusqu'ici CO 717 I.
20 Cf. CO rév. 727 ss.
21 Pouvoir de représentation.
22 Qualité de représentation d'au moins un membre du conseil d'administration.
23 Ainsi par des exigences plus élevées pour la fondation et l'augmentation de capital, mais aussi par une revalorisation du bon de participation.
24 Ceci par exemple avec les nouvelles formes de capital autorisé et conditionnel.

- Finalement, la *structure et les capacités de fonctionnement* des trois *organes* – l'administration, l'assemblée générale et la révision – devaient être améliorées.

De chacun de ces trois groupes, nous présentons par la suite quelques innovations importantes.

IV. Protection des actionnaires et des créanciers

1. Amélioration de la transparence

L'amélioration distincte de la transparence, qui ne peut être présentée ici que d'une façon sommaire, est dans l'intérêt des actionnaires et créanciers:

- En général, la présentation des comptes est améliorée par des prescriptions imposées sur la *structure minimale* du bilan[25] et du compte de profits et pertes[26]. A cela s'ajoute une annexe[27] qui, entre autres, doit renseigner sur des engagements incertains, les dettes découlant de contrats de leasing et spécialement aussi sur la dissolution de réserves latentes, «si le résultat économique est ainsi présenté d'une façon sensiblement plus favorable»[28]. La création de réserves latentes est par contre toujours encore possible: pécher par le bas est permis, par contre il faut couper court à l'imposture.
- Ensuite, le nouveau droit prescrit l'établissement de comptes annuels consolidés (comptes de groupe), seules quelques sociétés et sous-groupes peu importants, mais dans tous les cas aucune société cotée en bourse[29], étant dispensés de ce devoir.
- Des informations sur certains faits déterminés peuvent être obtenues par l'intervention d'un contrôleur spécial, une sorte d'agent fiduciaire entre la SA et l'actionnaire, par lequel l'opposition entre la sauvegarde du secret de la société et l'intérêt de l'actionnaire au dévoilement doit être surmontée[30]. Il ne

25 CO rév 663a.
26 CO rév 663.
27 CO rév 663b.
28 CO rév 663b ch. 8.
29 CO rév. 697h en relation avec 663e.
30 Cf. CO rév. 697a ss. La condition requise pour l'introduction d'un contrôle spécial est que l'élucidation de faits déterminés soit nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire et qu'il ait déjà usé de son droit à être renseigné ou à consulter les pièces. Si l'assemblée générale ne donne pas suite à l'introduction d'un contrôle spécial, des actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de Fr. 2 mio. peuvent demander au juge la désignation d'un contrôleur spécial, s'ils

faut cependant pas placer de trop grands espoirs dans cette nouvelle institution[31].

- Finalement, les sociétés dont les actions sont cotées en bourse sont tenues d'annoncer[32] les actionnaires importants ou groupes d'actionnaires[33] qui leurs sont connus.

2. Renforcement du droit de souscription préférentiel

Le nouveau droit renforce aussi le droit de souscription des actionnaires: selon CO rév. 652b, le droit de souscription préférentiel ne peut être supprimé que dans le cadre d'une décision d'augmentation du capital[34] et en outre seulement «pour de justes motifs». En ce qui concerne les justes motifs, il est à remarquer que les exemples mentionnés[35] montrent que cette notion n'est pas du tout utilisée dans le même sens que dans d'autres endroits de la loi[36]. Le critère semble être plus proche de celui du motif objectif demandé par la doctrine et la pratique[37].

Lorsque le nouveau droit insiste sur le fait que par la suppression du droit de souscription préférentiel «nul ne doit être avantagé ou désavantagé de manière non fondée»[38], il ne fait, à mon avis, que reprendre la doctrine et pratique actuelles.

rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires.
Le contrôleur spécial a droit à être renseigné sur tous les faits importants. Il rend compte du résultat de son contrôle tout en sauvegardant le secret des affaires.

31 Cf. sur cette nouvelle institution dans le droit suisse Andreas Casutt: Die Sonderprüfung im künftigen Schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1991 = SSHW 136).

32 CO rév. 663c.

33 Plus de 5% de toutes les voix ou une limite en pour-cent de la propriété en actions nominatives déterminée par les statuts.

34 Et donc plus généralement par les statuts.

35 Acquisition d'entreprises, participation des travailleurs.

36 «Juste motif» dans le droit des contrats de travail, dans le droit du bail à loyer et dans le droit des sociétés actuel signifie «qui ne peut pas être exigé», conditions qui rendent impossible la continuation des relations contractuelles (ATF 89 II 153, cf. aussi ATF 61 II 193 f., 71 II 197).

37 Cf. Gaudenz Zindel: Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1984 = SSHW 78) 237 ss.

38 CO rév. 652b II. Cette exigence résultait déjà jusqu'à présent de la maxime de l'égalité de traitement comme principe non écrit du droit des sociétés anonymes. Cf. ATF 102 II 265 ss et en particulier concernant le droit de souscription préférentiel Zindel (cité rem. 37) 240 ss.

3. Allégement de la transmissibilité d'actions

a) Comme mentionné plus haut, la question des restrictions de transfert des actions a été au centre des discussions de politique juridique. Le résultat est un éloignement clair du droit actuel, et l'allégement légal de la transmissibilité sur le dos de la liberté des sociétés anonymes et de leurs administrations de déterminer elles-mêmes la composition de leur actionnariat.
On s'est écarté par cela, dans le nouveau droit, également de la conception plus qu'usée de l'unité du droit des sociétés anonymes, et à l'avenir des réglementations différentes seront valables pour les sociétés anonymes privées et les sociétés anonymes publiques.

b) Les *améliorations* apportées au *commerce des actions nominatives traitées en bourse* sont particulièrement radicales:
La clause usuelle passe-partout et prévue expressément par la loi, par laquelle un acquéreur d'actions peut être refusé «sans indication de motifs» est remplacée dans les sociétés publiques par une *clause de pourcentage*[39]:

«La société ne peut refuser comme actionnaire l'acquéreur d'actions nominatives cotées en bourse que si les statuts prévoient une limite en pour-cent des actions nominatives jusqu'à laquelle un acquéreur doit être reconnu comme actionnaire, et que cette limite est dépassée.»

Provisoirement encore, une deuxième clause d'agrément sera permise, à savoir une clause camouflée contre étrangers qui cependant, dans le cadre du rapprochement à l'Europe, devrait éventuellement disparaître et qui, pour cette raison, n'est mentionnée que dans les dispositions finales[40].
Au moins les citoyens suisses avec domicile en Suisse et, dans un avenir pas très éloigné, également les étrangers pourront acquérir, sans conditions préalables, des actions nominatives traitées en bourse jusqu'à un certain pourcentage fixé statutairement.
Le commerce avec les actions nominatives est par cela adapté aux standards étrangers, sans enlever aux sociétés les possibilités de prévoir des dispositifs de défense appropriés contre des raiders.

39 CO rév. 685d I.

40 La stipulation avec la note marginale «Refus des propriétaires d'actions nominatives» a pour termes: «En complément à l'article 685d, 1er alinéa (c-à-d la clause de pourcentage mentionnée à la remarque 39), la société peut, en vertu d'une disposition statutaire, refuser des acquéreurs d'actions nominatives cotées en bourse, pour autant et aussi longtemps que leur acceptation pourrait empêcher la société de produire la preuve exigée par la législation fédérale relative à la composition du cercle des actionnaires.» Cette preuve est notamment exigée par la loi Friedrich et la loi sur les banques, ainsi que par quelques autres lois fédérales, s'agissant par cela sans exception de la prédominance suisse.

c) La limitation légale va moins loin pour les *actions nominatives non cotées*. La société pourra à l'avenir également refuser le transfert d'actions «en invoquant un juste motif prévu par les statuts», la notion de «juste» concordant ici également avec la raison «objective». A cela s'ajoute une soit-disant clause échappatoire: aussi à l'avenir les sociétés anonymes pourront refuser le transfert sans indication de raisons mais seulement si elles offrent de reprendre les actions en vente «à leur valeur réelle au moment de la requête»[41]. La SA privée conserve donc la possibilité d'empêcher l'entrée à des tiers indésirables, jusqu'à la limite de l'arbitraire, pour des raisons quelconques. Effectivement on crée une sorte de «droit de sortie».

d) Le nouveau droit prévoit aussi des mesures contre la division entre les droits sociaux attachés à l'actionnariat[42] d'une part et les droits patrimoniaux[43] de l'autre. Cette division[44] avait comme conséquence, de plus en plus critiquée ces dernières années, que des personnes qui avaient aliéné leurs actions depuis des mois ou des années déjà, pouvaient voter à l'assemblée générale[45]. Le nouveau droit veut si possible empêcher cette division[46] en introduisant une *conception différente* pour les actions cotées que pour les autres actions nominatives: pour *les actions nominatives cotées*, les droits sont transférés à l'acquéreur avant la reconnaissance par la société (lors de l'achat en bourse par le transfert, lors de l'achat hors bourse lorsque l'acquéreur a présenté une demande de reconnaissance en tant qu'actionnaire). Cependant jusqu'à la reconnaissance, ni le droit de vote, ni les autres droits attachés au droit de vote ne peuvent être exercés, cf. CO rév. 685f II. Cependant pour les *actions nominatives non cotées*, «la propriété des actions et tous les droits en découlant restent à l'aliénateur»[47] jusqu'à ce que la société ait donné son approbation (une attitude passive durant trois mois étant considérée comme une approbation[48]).

41 CO rév 685b I.
42 Et par cela en particulier le droit de participer à l'assemblée générale et le droit de vote.
43 Notamment le droit au dividende déclaré et le droit au résultat d'une liquidation éventuelle.
44 Cf. à ce sujet ATF 83 II 297 ss, 90 II 235 ss, 109 II 130 ss, la notion de «division» mais non pas le contenu de la théorie de la division étant rejetée dans cet arrêté.
45 Une inconvénience pratique résidait aussi dans le fait que l'aliénateur – aussi longtemps qu'un successeur n'était pas enregistré dans le registre des actionnaires – devait encore être invité à l'assemblée générale.
46 Cela ne réussit pas entièrement: en cas d'acquisition d'actions non cotées par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée, «la propriété du titre et les droits patrimoniaux passent immédiatement à l'acquéreur, les droits sociaux seulement au moment de l'approbation par la société». CO rev. 685c II.
47 CO rév.685c I.
48 CO rév. 685c III.

4. Droits d'intenter des actions en justice

Aujourd'hui déjà, les actionnaires possèdent théoriquement de forts droits d'actions en justice: chaque actionnaire, même avec une seule action, est autorisé à attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts[49]. Chaque actionnaire est de plus autorisé à porter plainte de façon indépendante pour les dommages subis par la société à la suite de manquements à leur devoir des organes.

L'envers de la médaille de ces actions – du point de vue du petit actionnaire – réside dans le risque des frais qui, par rapport aux chances est disproportionné; car le montant total de la plainte pour la société respectivement la totalité du montant des dommages-intérêts, lors de procès en responsabilité servant de base pour déterminer les frais de procès et l'indemnité à la partie gagnante[50].

Le nouveau droit veut amener ici des allégements en ce sens que si la plainte est rejetée, le juge peut imposer tout ou partie des frais à la société[51].

Il ne faut cependant pas surestimer l'efficacité de cet nouvelle réglementation, car le petit actionnaire court toujours un risque de frais hors de proportion à l'intérêt économique[52]. D'un point de vue dogmatique, – cela dit en passant – la nouvelle réglementation pour la plainte en responsabilité reste assez aventureuse: la société peut pour cela être appelée à payer dans une procédure où elle-même ne participe pas, au mépris de la règle d'airain selon laquelle, dans un procès, seuls les droits et devoirs des parties en cause sont jugés[53].

49 CO 706. Ainsi, dans l'arrêté Canes/Nestlé déjà cité (cf. rem. 6), une association d'actionnaires, qui ne disposait que d'une seule action Nestlé a attaqué en justice plusieurs décisions de l'assemblée générale adoptées avec grande majorité. L'action en justice est restée sans succès – à part une bagatelle – mais l'intérêt et le droit à l'action en justice ont été expressément confirmés par le Tribunal Fédéral.
50 A laquelle l'actionnaire ne participe économiquement qu'avec une fraction, puisque l'action est dirigée contre la société.
51 CO rév. 706a III et CO rév. 756 II.
52 Est également critiqué: Jacques-André Reymond, Les réformes relatives à l'administration, dans: Révision du droit des sociétés anonymes (Zürich 1984 = Publication de la Chambre Suisse des Sociétés fiduciaires et des Experts comptables, vol. 60) 59 ss, 67.
53 Doit-on au-moins lui donner la possibilité de prendre position? Dans l'affirmative: d'office ou seulement sur sa demande? Sur tout l'objet du procès ou uniquement sur la répartition des frais? Dans quelle capacité? En tant qu'intervenant secondaire? Et avec quels droits? Question sur question.

V. Remaniement de la base des fonds propres

Un deuxième point important de la réforme réside dans la réorganisation de nombreuses prescriptions concernant les fonds propres.

1. Flexibilisation du capital-actions

La *base des fonds propres* et par cela l'autofinancement sont rendus plus flexibles par l'introduction du capital conditionnel et du capital autorisé comme possibilités nouvelles et supplémentaires d'augmentation de capital.

- Avec le *capital autorisé,* l'assemblée générale décide uniquement de la possibilité d'une augmentation de capital, laissant par contre la décision sur l'augmentation en soi, le moment, les conditions et le montant dans les cadres des limites de l'autorisation au conseil d'administration. «Dans les limites de l'autorisation, le conseil d'administration peut procéder à des augmentations du capital-actions»[54]. Il peut créer des actions dont il a besoin dans le cadre d'une reprise.
- Avec l'augmentation *conditionnelle* du capital, par contre, la décision si et dans quelle mesure le capital-actions doit être augmenté est mis dans la main de tiers – porteurs d'obligations convertibles ou à option ou également travailleurs: le capital-actions doit être augmenté dans la mesure où des porteurs d'obligations convertibles ou à option resp. des travailleurs décident de souscrire à de nouvelles actions.

Ces nouvelles formes du capital social ou – comme il s'appellera à l'avenir – capital-*actions* couvrent les besoins qui sont satisfaits aujourd'hui avec les soi-disant *actions en réserve*. Il faut cependant remarquer que la flexibilité de l'ordre actuel ne sera plus atteint: le Tribunal Fédéral a, dans un récent arrêté[55], expressément autorisé les actions en réserve et donc la suppression nécessaire du droit de souscription préférentiel et cela également pour la forme la plus flexible par laquelle de telles actions sont à la libre disposition du conseil d'administration «pour des buts dans l'intérêt de la société». Une telle liberté n'existe plus dans le nouveau droit: avec le capital autorisé le droit de souscription préférentiel ne peut être supprimé que pour de justes motifs[56]. Le capital conditionnel ne peut

54 CO rév. 651 IV.

55 Canes contre Nestlé du 25 juin 1991, cf. rem. 6.

56 Auquels appartiennent selon CO rév. 652b II notamment «l'acquisition d'une entreprise, ou de parties d'entreprise ou de participations à une entreprise ainsi que la participation des travailleurs». La question si la notion des «justes motifs» ne doit simplement pas être mise au même pied que la «raison objective» reste ouverte, cf. à ce sujet rem. 36. Si cela est le cas, alors les conditions requises pour la supppression ne diffèrent pas essentiellement de celles valables aujourd'hui. Il reste cependant une restriction supplémentaire, car, dans le nouveau droit, la suppression doit être décidée par l'assemblée générale alors que selon la pratique actuelle protégée par le Tribunal Fédéral, la décision peut être déléguée au conseil d'administration.

être utilisé que pour des obligations d'emprunt ou semblables (liées en principe à une souscription en priorité des actionnaires[57]) ainsi que pour la participation des travailleurs.

Il est regrettable que le nouveau droit ne mentionne pas l'augmentation du capital avec prise ferme des nouvelles actions par un agent fiduciaire, comme c'est la règle aujourd'hui et certainement aussi à l'avenir, pour les sociétés publiques[58]. La prise ferme pose d'importantes questions légales, car la souscription directe auprès de la société et l'acquisition d'actions par l'entremise d'une banque agissant comme agent fiduciaire ne sont pas la même chose. Les questions qui se posent ici resteront encore irrésolues et leur solution devra être laissée à la pratique.

Nous mentionnons en marge que le capital minimum sera à l'avenir de Fr. 100'000.– les société fondées avant 1985 n'ayant pas besoin d'adapter leur capital[59].

57 Cf. CO rév. 653 I, 653c II. Cette souscription en priorité ne sera en règle générale ni judicieuse ni pratique, cf. rem. 18. Il est donc fort probable que dans le cas normal elle soit ignorée, à l'encontre de l'idée du législateur.

58 Le droit en vigueur exige que l'augmentation du capital soit clôturée par une décision de constatation de l'assemblée générale. Afin d'éviter la nécessité de deux assemblées générales, il est coutume dans la pratique – spécialement chez les sociétés publiques – de faire souscrire et libérer les nouvelles actions par un agent fiduciaire déjà avant la décision sur l'augmentation du capital. Par cela, il est possible de constater, immédiatement après la décision d'augmentation et par la même assemblée, que l'augmentation a été exécutée avec succès.
L'ordre nouveau renonce avec raison à la constatation par l'assemblée générale, celle-ci étant un organe inapte à cela. Mais cette tâche n'a pas été confiée à l'organe de révision – ce qui aurait été facile à concevoir – mais au conseil d'administration. Par cela, les anciens problèmes de déroulement ont été remplacés par d'autres: pour les sociétés publiques avec des conseils d'administration composés de nombreux membres, la convocation à une séance du conseil d'administration n'est pas toujours facile. Et pour les petites sociétés, le fait qu'il n'y ait pas en principe de possibilité de représentation aux séances du conseil d'administration est un désavantage: alors qu'aujourd'hui un seul actionnaire – ou bien aussi un tiers – peut tenir l'assemblée générale pour l'augmentation du capital à l'aide d'une procuration, à l'avenir tout le conseil d'administration devra se rendre chez le notaire et tenir une séance là! On essayera certainement à l'avenir de se tirer d'affaire avec une seule séance, ce qui signifie que, pour les sociétés publiques, les prises fermes au préalable des nouvelles actions à émettre seront nécessaires.

59 De nombreuses sociétés auront donc encore toujours un capital de Fr. 50'000.– seulement, parce que presque la moitié de toutes les sociétes anonymes se contentent de ce capital minimum. (Comme le capital-actions ne doit pas représenter un certain pourcentage des fonds propres d'une société, il n'existe pas de nécessité d'augmenter le capital, même si la société prend de l'importance avec le temps. Ainsi, Hoffmann-La

2. Réorganisation du droit des bons de participation

Un accent important de la réforme et un vrai progrès se situent dans la réglementation légale du droit des *bons de participation* (BP).

Comme on sait, le BP s'est développé à partir du bon de jouissance et est soumis aujourd'hui encore à son droit[60]. Par cela, la différence économique fondamentale entre les deux papiers est négligée: le bon de jouissance est un titre d'assaisissement qui doit et qui peut aussi[61] être façonné de manière aussi flexible que possible[62]. Cette base ne se prête pas au BP comme instrument de financement: le participant comme investisseur attend une «action sans droit de vote» et l'ordre actuel ne tient pas compte du tout de cela.

Tout autre est le nouveau droit, qui régit le BP de façon détaillée et qui en fait réellement une action sans droit de vote. Le participant obtient en principe les mêmes droits patrimoniaux que l'actionnaire, mais par contre pas le droit de vote et les droits qui y sont rattachés[63]. En cela, le nouveau droit s'oriente sur deux principes:

- celui de *l'égalité,* les bons de participation devant au point de vue du droit patrimonial être assimilés à une catégorie d'actions[64] et
- celui de la *communauté de fortune,* car les actionnaires peuvent en effet, par décision de l'assemblée générale, détériorer la situation des participants, mais seulement s'ils sont d'accord d'accepter les mêmes conséquences pour eux-mêmes[65].

De façon générale, le nouveau droit apporte une revalorisation marquante du BP, et il reste à voir si cela ne se reflètera pas sur les cours[66].

Cependant, le principe de la communauté de fortune conduit à une détérioration de la situation légale du participant: selon art. 657 IV du droit en vigueur, une renonciation à tout ou partie des droits «ne peut être imposée au porteur de bons de jouissance et donc au participant que si la majorité en capital resp. la

Roche – une des plus importantes sociétés pharmaceutiques au monde – avait jusqu'en 1989 un capital-actions du montant minimum de Fr. 50'000.–.)
Le doublement de la somme minimale du capital-actions ne représente qu'une fraction de la dépréciation de la monnaie depuis l'entrée en vigueur du droit actuel (1937). Vu le développement, esquissé au début, de la SA comme la forme juridique pour l'activité économique, il est juste, à mon avis, de ne pas imposer des exigences trop élevées.

60 Cf. ATF113 II 529 E. 3.

61 En cas de catastrophe, il n'est pas possible d'imposer des conditions minimales élevées.

62 On exige régulièrement du possesseur de bons de jouissance de renoncer aux droits de créancier resp. actionnaire. C'est pourquoi il doit étudier ces offres de très près.

63 CO rév. 656f I et 656c I.

64 CO rév. 656f II.

65 CO rév. 656f III.

66 Une suppression précipitee des BP par conversion en actions ne semble pas opportune au vu du nouveau droit des sociétés anonymes.

majorité numérique de tous les bons de jouissance resp. bons de participation se déclare d'accord«. A l'avenir, une telle renonciation peut être imposée sans consultation des participants, à condition seulement que les actionnaires prennent sur eux le même sacrifice.

3. Allégements lors de changements dans la structure du capital

Les *changements de la structure du capital* seront facilités dans le nouveau droit:

- Un obstacle qui tombera à l'avenir vient d'être nommé: la nécessité d'une approbation majoritaire des participants au cas où ils doivent renoncer à des droits. En cela réside souvent dans le droit en vigueur un obstacle insurmontable pour des changements de la structure du capital, car il est pratiquement impossible de réunir une majorité des participants d'une société publique avec des BP au porteur[67].
- un autre allègement – qui devrait avoir des conséquences lors de fusions – réside dans le fait qu'à l'avenir la valeur nominale minimale des actions ne se montera qu'à Fr. 10.–[68].

VI. Renforcement et amélioration du fonctionnement des organes

Finalement, le projet prévoit des changements pour tous les trois organes, modestes pour l'assemblée générale, plus radicaux pour le conseil d'administration et fondamentaux pour l'organe de contrôle resp. organe de révision selon la nouvelle terminologie.

1. Amélioration du fonctionnement de l'assemblée générale

Nous ne traitons que brièvement des changements relatifs à l'assemblée générale:

67 Une réduction du capital d'Alusuisse avec aussi une réduction correspondante du capital BP a été rendue possible il y a quelques années, uniquement parce que le Tribunal Fédéral avait décidé qu'une réduction symétrique de la valeur nominale de tous les papiers ne représentait pas une diminution des droits. cf. ATF 113 II 533 E. 5.

68 CO rév. 622 IV. Jusqu'à présent Fr. 100.–.

a) Comme on sait, le droit actuel connaît des quorums obligatoires, qui se calculent en fonction de la *totalité du capital-actions*[69]. Ils empêchent parfois, dans des sociétés publiques, de décider des changements de structure appropriés et absolument non contestés[70].
Le nouveau droit renonce d'une manière conséquente à de tels quorums orientés sur le capital. Il est vrai que la résolution concernant des «décisions importantes» sera aussi à l'avenir plus difficile à passer, mais le quorum se mesure de façon conséquente aux voix resp. valeurs nominales à chaque fois *représentées*[71]. Des aggravations statutaires pour la prise de certaines décisions ne peuvent être introduites qu'à la majorité prévue pour une telle adoption[72]. Par cela il ne sera plus possible d'adopter des clauses pétrifiantes, des aggravations donc que l'assemblée générale ne pourra plus jamais éliminer, parce que le quorum nécessaire n'est pas atteint.

b) L'assemblée générale doit de plus être revalorisée par la réglementation de la représentation par un dépositaire et par un organe de la société.
Les banques ou les gérants de fortune professionnels, qui veulent exercer les droits de vote (ou d'autres droits sociaux liés aux actions déposées chez eux) doivent demander des instructions au déposant avant chaque assemblée générale[73] pour exercer son droit de vote. Si le temps est trop court pour cela et s'il manque une instruction générale, le représentant dépositaire exerce le droit de vote selon les propositions du conseil d'administration[74]. Cet ordre précise et renforce la pratique du représentant dépositaire comme elle a été suivie jusqu'à présent non pas exclusivement mais régulièrement sur la base des directives de l'Association suisse des banquiers de 1967/80. Même si l'on approuve fondamentalement la réglementation légale, il y a lieu de critiquer certains détails:

69 Ainsi en particulier CO 648: deux tiers au moins du capital social doivent se déclarer d'accord lors de transformation de but, de la suppression de clauses statutaires qui aggravent les conditions sous lesquelles l'assemblée générale peut prendre une décision ou de l'introduction des actions à droit de vote privilégié. Cf. de plus CO 636 (apports en nature et reprises de bien; le quorum est également valable de façon analogue lors de l'augmentation de capital qualifiée, cf. CO 650 II).

70 Ainsi, une simplification de capital incontestée a échoué il y a quelques années chez la Banque Leu, parce que seulement 65,7% du capital-actions étaient représentés à l'assemblée générale.

71 CO rév. 704: deux tiers des voix représententées et majorité absolue des valeurs nominales représentées.

72 CO rév. 704 II.

73 Les exigences sont donc plus sévères que dans le droit allemand: selon AktG 135 II, une procuration peut être donnée pour 15 mois et donc pour deux assemblées générales ordinaires.

74 CO rév. 689d.

- la demande d'instructions avant *chaque* assemblée générale, donc également lorsque seul un ordre du jour routinier et incontesté sera traité devrait déprécier cette demande de précisions et donc avoir un effet contre productif. A mon avis, il aurait été plus approprié d'introduire le devoir de la demande de précisions uniquement pour un ordre du jour important (à définir par la loi) ou controversé.
- Le devoir de voter selon les *propositions du conseil d'administration* lorsque les instructions manquent, n'est pas indiqué: jusqu'à présent le droit général du mandat était en vigueur – faute de dispositions spéciales – et le représentant dépositaire devait voter de bonne foi dans l'intérêt et selon la volonté présumée du mandant[75], donc au besoin également contre une proposition du conseil d'administration. Ce devoir naturel de la représentation des intérêts sera à l'avenir interdit au représentant dépositaire.

Les sociétés publiques offrent régulièrement de *s'occuper elles-mêmes de la représentation par le dépositaire*. L'exercice des droits de vote a lieu alors chaque fois conformément aux propositions de l'administration. Le nouveau droit veut ici également rendre le processus de formation d'une opinion plus effectif: une société qui propose aux actionnaires de les faire représenter à une assemblée générale par un membre de ses organes ou par une autre personne dépendant d'elle doit aussi désigner une personne indépendante que les actionnaires peuvent charger de les représenter[76].
Finalement, il est veillé à ce que les droits de vote soient exercés avec plus de *transparence*. Alors que jusqu'à présent on ne pouvait que conjecturer sur le volume des actions votées par les banques et les membres d'un organe des sociétés chargés de la représentation[77], à l'avenir les organes, les représentants indépendants et les représentants dépositaires devront communiquer à l'assemblée générale le nombre total des actions qu'ils représentent, au besoin subdivisé selon les sortes, valeurs nominales et catégories. L'omission de ce devoir représente une cause d'annulabilité[78].

75 CO 397f.

76 CO rév. 689c.

77 Il est tout de même connu que dans de nombreuses sociétés publiques, la majorité des voix se trouve régulièrement parmi les représentants de dépôts ou un membre d'un organe de la societé chargé de la représentation. Des indications sur l'importance du droit de vote d'actions en dépots se trouvent dans le rapport de la commission de cartel «Die Konzentration im schweizerischen Bankengewerbe», «Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission, Heft 1/2, Zürich 1979, 74 ss».

78 CO rév. 689e.

2. Réorganisation des dispositions sur le conseil d'administration

a) L'incroyable diversité des formes sous lesquelles se présente le droit des sociétés anonymes, que l'on ne rencontre nulle part à l'étranger, est possible uniquement parce que le droit suisse des sociétés anonymes est façonné d'une manière entièrement flexible. Et cette flexibilité sera aussi maintenue à l'avenir:

- Si rien de particulier n'est prévu, alors le *conseil d'administration dans son ensemble* est l'organe de gestion. Cet ordre se prête pour de petites structures liées à des personnes, donc pour des petites sociétés avec peu de membres qui sont tous actifs dans l'entreprise.
- Mais la gestion et la représentation peuvent aussi être déléguées à certains membres du conseil d'administration; de cette manière, le conseil d'administration peut être divisé en membres externes, à temps partiels et en membres internes, à plein temps, chargés de la gestion. Par là, nous nous approchons du *«Board System»* américain.
- Par une délégation conséquente de la gestion et de la représentation à des directeurs qui ne font pas partie du conseil d'administration, il est possible de copier le *«Aufsichtsratssystem»* allemand (partage en un «Vorstand» qui gère et un «Aufsichtsrat» qui surveille).
- Enfin, il est possible d'accorder des pouvoirs étendus à un délégué du conseil d'administration à qui on assigne simultanément la fonction de président du conseil d'administration. Cela correspond environ au système français du *«Président Directeur Général»*.

Il ne sera donc toujours pas difficile, même à l'avenir, pour les sociétés anonymes – grandes ou petites, actives comme inactives, se rapportant à des personnes ou à des capitaux – de trouver la forme d'organisation appropriée.

b) Bien entendu, les possibilités ne vont pas aussi loin jusqu'à éliminer totalement la conception juridique de base: le conseil d'administration est l'exécutif où du moins l'exécutif «supérieur». Pour protéger les tiers de bonne foi, qui font confiance au conseil d'administration d'exercer une fonction de direction, le nouveau droit des sociétés anonymes exige que l'organe exécutif n'abdique pas entièrement. A cet égard – et en cela réside un mérite important de la réforme – la crédibilité de l'ordre légal est renforcée, en ce sens que certaines tâches fondamentales sont attribuées au conseil d'administration de façon *intransmissible et inaliénable*. En résumé et en gros, la *haute direction* de la société, la fixation de son *organisation*, la *planification* (en particulier des moyens financiers), les *décisions de personnel* les plus importantes et le *rapport aux actionnaires* sont devenus des tâches intransmissibles du conseil d'administration[79]. Cela devrait mettre fin aux membres d'affiche des conseils d'administration, ce qui est à saluer.

c) Les membres du conseil d'administration doivent – ainsi le formule le nouveau droit – «exercer leurs attributions avec toute la diligence nécessaire», ils doivent «veiller fidèlement aux intérêts de la société» et ils doivent «traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation». Tout cela est déjà valable aujourd'hui sur la base de la jurisprudence[80]. La codification sert à la clarification.
Nouveau est que le droit de *renseignement et de consultation* des membres du conseil d'administration est réglé de façon explicite et ample. Chaque membre «a le droit d'obtenir des renseignements sur toutes les affaires de la société», et ce droit ne peut être restreint par les statuts. Il faut espérer que ces mesures mettront un verrou aux mauvaises habitudes toujours encore valables aujourd'hui, de fournir au conseil d'administration aussi peu d'informations que possible.

d) Le nouveau droit règle en détail dans quelles limites – à savoir sous réserve des attributions intransmissibles mentionnées ci-dessus et sur la base des statuts selon un règlement d'organisation – les compétences du conseil d'administration peuvent être *déléguées*. En même temps il est précise que la délégation libère de la responsabilité en dommage, dans la mesure ou «en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances» ont été pris[81]. Mais même avec la délégation permissible il existe cependant une *responsabilité résiduelle,* car entre choix, instruction et surveillance attentifs il y a action réciproque: plus la personne chargée d'une tâche est qualifiée, moins elle a besoin d'instruction et de contrôle, moins le choix est fait de façon attentive plus faut-il consacrer d'attention à la formation et au contrôle.

79 Cf. en détail l'énumération définitive dans le nouvel art. 716a.
80 Le principe de traitement égal n'est pas ancré de façon explicite dans le droit en vigueur, cf. rem. 40.
81 CO rév. 754 II. Que les soins commandés par les circonstances ont été pris, doit être prouvé par l'organe, cf. Arthur Hunziker: Neuerungen in der Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, dans: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 89 ss, 103.

3. Renforcement de la révision

Les innovations les plus marquantes touchent certainement l'organe de contrôle des sociétés anonymes, organe de révision dans la nouvelle terminologie.

a) Le *droit actuel* de l'organe de contrôle est à bien des égards insatisfaisant:
   - aucune exigence professionnelle n'est ancrée dans la loi[82]
   - les prescriptions sur l'indépendance des réviseurs sont totalement insuffisantes[83]
   - abstraction faite de la phase de constitution, il n'y a aucune garantie qu'un organe de révision ait été nommé
   - finalement, l'activité des réviseurs est confinée à la révision ordinaire, si l'on fait abstraction de l'exception lors de la réduction de capital.

b) Sur tous ces points, le *nouveau droit* prévoit des améliorations marquantes:
   - L'exigence d'avoir les *qualifications* professionnelles nécessaires à l'accomplissement de leur tâche de révision est ancrée dans la loi, même si elle est formulée de façon flexible[84]. Afin que cette prescription soit respectée, la loi donne à tout actionnaire ou créancier, par une action contre la société, le droit de demander la révocation d'un réviseur[85].
   - L'indépendance est prise au sérieux. A l'avenir, les réviseurs doivent être indépendants du conseil d'administration, mais aussi d'un actionnaire majoritaire[86], et, de plus, sur exigence d'un actionnaire ou d'un créancier indépendants des sociétés qui appartiennent au même groupe de sociétés[87]. Il leur est aussi interdit d'exécuter des travaux pour la société à contrôler qui seraient incompatibles avec le mandat de révision.

82 Une exception existe pour l'organe de contrôle externe selon CO 723: les sociétés économiquement importantes (capital social de Fr. 5 mio. ou plus, obligations d'emprunt, annonce publique d'acceptation d'argent de tiers) sont tenues de faire examiner le bilan par des experts-comptables étrangers à la gestion de la société.

83 Est exclu selon CO 727 II uniquement que les contrôleurs soient ou administrateurs ou employés de la société. Par contre, l'organe de contrôle ne doit pas être indépendant d'un actionnaire principal, et jusqu'à il y a quelques années on rencontrait la mauvaise habitude – juridiquement incontestable – de faire vérifier les comptes de sociétés par une filiale dépendante.

84 CO rév. 727a; des qualifications professionnelles particulières, qui seront spécifiées par ordonnance, sont exigées des réviseurs des sociétés économiquement importantes (CO rév. 727b: societés débitrices d'emprunts par obligations, ou dont les actions sont cotées en bourse ou négociées avant bourse ou qui ont atteint une certaine grandeur (deux des grandeurs suivantes doivent être dépassées pendant deux exercices consécutifs: total du bilan de Fr. 20 mio., chiffre d'affaires de Fr. 40 mio., 200 travailleurs en moyenne annuelle).

85 CO rév. 727e III.

86 CO rév. 727c.

87 CO rév. 727c II.

   - De plus, il a été pris des garanties à ce que la *fonction de réviseur* soit *pourvue:* tout comme les membres du conseil d'administration, les réviseurs doivent à l'avenir être inscrits au registre du commerce[88]. Si l'organe de révision manque, le préposé au registre du commerce et, à sa requête, le juge doivent intervenir [89].
   - Finalement, les *tâches* des réviseurs sont nettement *élargies*. Sont à mentionner avant tout les cas supplémentaires de révision, comme par exemple lors de la fondation qualifiée ou augmentation de capital[90], lors de la réévaluation d'immeubles ou de participations[91] et lors de la perte du capital[92, 93]. Nous rappelons, dans ce contexte, l'institution du contrôle spécial, qui représente pour le droit suisse une nouveauté[94].
   - Nouveau est le devoir imposé au réviseur, en cas de surendettement manifeste, d'en *aviser le juge*[95], si le conseil d'administration reste passif, une compétence et une tâche peu aimées et à l'encontre du système, mais à mon avis appropriées.

4. Réorganisation de la responsabilité

Pour les membres du conseil d'administration, mais aussi spécialement pour les réviseurs, la réorganisation du droit de la responsabilité individuelle est d'une importance primordiale.

Le droit actuel de la responsabilité possède – un regard sur la pratique le montre bien – un caractère assez arbitraire: d'une part une négligence grave reste trop souvent sans conséquences, et d'autre part, ceux qui sont poursuivis en justice doivent souvent supporter des effets d'une sévérité extraordinaire et inéquitable. Les raisons de cela sont, entre autres, d'une part les difficultés pour les actionnaires d'introduire une action en justice (informations insuffisantes,

88 CO rév. 641 chiff. 10.

89 CO rév. 727f.

90 Cf. CO rév. 635a, 652f. Le contrôle a lieu indirectement: les fondateurs resp. – lors d'une augmentation de capital – le conseil d'administration doivent rendre compte dans un rapport écrit du bien-fondé de l'évaluation des apports en nature ou reprises de biens et du bien-fondé des avantages particuliers accordés à des fondateurs actionnaires ou à d'autres personnes. Un réviseur resp. – lors d'une augmentation de capital – l'organe de révision doit vérifier ce rapport de fondation resp. d'augmentation de capital et attester «qu'il est complet et exact».

91 CO rév. 670 II.

92 CO rév. 725 II.

93 Ces travaux de révision et d'autres également doivent en partie être exécutés par un réviseur particulièrement qualifié, cf. CO rév. 653f I, 653i, 731a I, 732 II, 745 III.

94 Cf. à ce sujet les commentaires ci-devant IV. 1.

95 CO rév. 729b II.

risque démesuré de frais), d'autre part la pratique du Tribunal Fédéral, selon laquelle les membres des conseils d'administration et les organes de contrôle sont entièrement responsables du dommage survenu, même en cas de légère négligence.

La révision apportera d'utiles améliorations dans les deux sens:

- *L'action en justice d'actionnaires et créanciers* est facilitée par l'amélioration de la qualité de leur information. Les risques de procès pour les actionnaires sont de plus réduits par la possibilité d'imposer les frais de procès à la société, selon l'appréciation du juge.
- Par contrecoup, il est tenu compte des *intérêts légitimes des organes* en ce sens qu'ils peuvent se prévaloir, à l'avenir, d'une faute légère et obtenir ainsi une réduction de leur devoir de compensation. Il faut cependant apporter une réserve à cette amélioration: à cause d'une pratique excessivement dure dans le droit des assurances sociales (qui ne sera pas éliminée par la révision du droit des sociétés anonymes), le risque des membres du conseil d'administration reste encore toujours important.

VII. L'introduction du nouveau droit

1. Concrétisation au niveau de l'ordonnance

Les nouvelles dispositions légales demandent une concrétisation dans deux domaines:

a) *L'ordonnance sur le registre du commerce* doit être adaptée, par exemple, en ce qui concerne les nouvelles dispositions sur les fondations et augmentations de capital, et aussi en relation avec les obligations supplémentaires d'inscription[96]. Il sera alors judicieux de clairement définir les devoirs et droits de vérification des registres et préciser les documents, ainsi que leur contenu, nécessaires à un enregistrement, afin de supprimer les différences cantonales existantes, très ennuyeuses dans la pratique.

b) Le Conseil Fédéral doit ensuite définir les exigences professionnelles des *«réviseurs particulièrement qualifiés»*[97] qui sont prévus à différents endroits dans la loi[98].

96 Par exemple inscription des réviseurs, CO rév. 641 chiff. 10.
97 Cf. CO rév. 653f, 653i, 727b, 731a, 732 II, 745 III.
98 CO rév. 727b II: à en croire, à part les personnes possédant le diplôme fédéral d'expert-comptable, des personnes avec une autre formation et une pratique de la révision de plusieurs années seraient également admises.

c) Une ordonnance pour concrétiser la réglementation transitoire avait été prévue[99], mais la mention correspondante dans les dispositions finales a été biffée par la commission de rédaction.

2. Droit transitoire

a) En ce qui concerne l'introduction du nouveau droit, il faut distinguer entre trois groupes de règles:

- Dans sa majorité le nouvel ordre entre en vigueur, en bloc, au 1er juillet 1992.
- Une période transitoire de 5 ans est prévue pour l'adaptation des statuts[100, 101].
- Enfin, il existe également des cas de soi-disant *Grandfathering,* pour lesquels l'ordre ancien, quoique en contradiction avec le nouveau droit, peut être conservé, par exemple en ce qui concerne le montant du capital-actions ou le volume du capital-participation, pour les sociétés fondées avant 1985[102], et en général pour les actions à droit de vote privilégié, lorsque le droit de vote privilégié par rapport à la valeur nominale dépasse la limite légale de 10:1.

b) Une fois de plus, malheureusement, tout le soin nécessaire n'a pas été apporté aux dispositions transitoires:

- Ainsi, aucune période transitoire n'est prévue pour l'introduction de comptes de groupe, alors que tout le monde sait que des comptes de groupe ne peuvent pas être créés d'une année à l'autre[103].

99 Procédure d'adaptation des statuts et de dissolution éventuelle de sociétés qui ne s'adaptent pas dans les délais prévus, prolongation du délai d'adaptation.
100 Dispositions finales 2 II. Durant ce délai, par exemple, les dispositions statutaires sur les restrictions de transferts, qui sont en contradiction avec le nouveau droit, sont encore toujours valables. L'effet de la restriction de transfert et par cela la situation juridique lors d'un refus d'approbation d'un acquéreur d'actions par la société se règle cependant déjà durant la période transitoire selon le nouveau droit.
101 La nouvelle réglementation du droit des bons de participation entre en vigueur immédiatement, malgré des dispositions statutaires ou d'émission contraires. Dispositions finales 3 I.
102 Dispositions finales 2 II.
103 Le Conseil fédéral veut probablement assurer une période d'adaptation adéquate, en ce sens qu'il ne mettra en vigueur les dispositons relatives – CO rév. 663e ss – qu'un an plus tard.

- Il n'y a également pas de période transitoire pour la présentation générale des comptes. On pourrait donc se placer sur le point de vue que déjà les comptes à fin 1992 (à établir déjà sous le nouveau droit) doivent suffire aux dispositions du nouveau droit des sociétés anonymes. Cela conduirait à une application anticipée du nouveau droit, puisque les écritures comptables de tout un exercice servent de base pour établir les comptes annuels. L'opinion officielle est donc que seuls les comptes annuels à la fin du premier exercice entièrement sous le nouveau droit doivent suffire à ces dispositions. Il a été oublié que dans le droit des Sàrl et des coopératives, souvent il est renvoyé au droit des sociétés anonymes. Il est donc incertain si ces renvois se réfèrent à l'ancien ou au nouveau droit.
- Il faut tout de même mentionner avec éloge l'art. 6 des dispositions finales concernant l'élimination des prescriptions statutaires sur les majorités qualifiées pour des décisions de l'assemblée générale: comme on sait, il se trouve souvent dans les statuts des exigences de quorum qui ont été copiées de la loi[104]. L'élimination mentionnée[105] des majorités qualifiées, qui se mesurent à l'ensemble du capital-actions, n'aurait dans ce cas aucune influence, puisque l'ordre légal actuel serait encore toujours valable en tant que réglementation statutaire[106]. Une norme a été insérée en dernière minute dans les dispositions finales, par laquelle de telles dispositions reproduisant la loi peuvent être éliminées[107] dans l'année qui suit l'entrée en vigueur du nouveau droit à la majorité absolue des voix représentées – donc avec le quorum général selon le dispositif légal[108].

104 Les statuts servent par cela comme à une sorte de check-list.

105 Ci-devant rem. 69.

106 Cf. Brigitte Tanner, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1987 = SSHW 100) 168 s.; Peter Forstmoser, Schweizerisches Aktienrecht I/1 (Zürich 1981) § 7 N 34. Des dispositions statutaires qui correspondent à des clauses obligatoires du présent droit doivent être regardées comme délibérément voulues et ne deviennent pas sans effet à la suite d'une modification de la loi, ZR 48 (1949) No. 155 p. 306 ss.

107 Sans cette règle d'exception, une exigence de majorité qualifiée ne pourrait être éliminée qu'avec la majorité prévue par elle-même, cf. Tanner (cit. rem. 106) 185 et Forstmoser (cit. rem. 108 § 7 N 95).

108 CO et CO rév. 703.

VIII. Appréciation

Au total, le nouveau droit des sociétés anonymes amène de véritables progrès cela doit être accentué une fois de plus après les nombreuses remarques critiques dans cet exposé. Il est vrai que les innovations ne devraient pas suffire. Pour des motifs tant internes qu'externes, une reprise prochaine des travaux de réforme s'impose certainement:

- Pour des raisons de la consistance de l'ordre légal, le droit de la *Sàrl et* de la *coopérative* doivent être adaptés le plus rapidement possible au nouveau droit des sociétés anonymes[109]. Ensuite, il faut que le droit prenne connaissance de façon conséquente de la réalité des *interdépendances* croissantes à *l'intérieur de groupes,* le rapport intermédiaire de 1972 ayant déclaré avec raison que «l'élaboration d'un droit pour groupes devait être prise en mains rapidement»[110].
- Finalement, les *tendances européennes à l'unification* devront être plus fortement considérées, peu importe que la Suisse se décide à faire marche seule, que le EEE se réalise ou qu'elle aspire à une adhésion à la CEE.

Le droit révisé des sociétés anonymes devra bientôt être révisé à nouveau.

109 Là où il s'agit de la réglementation adéquate d'une activité économique – par exemple les prescriptions sur la présentation des comptes ou sur la protection de la base du capital – une concordance légale s'impose entre la SA, la Sàrl et la coopérative. Actuellement, ce postulat n'est pas réalisé et avec l'introduction du nouveau droit les divergences vont s'accroître. Cf. sur ce problème Peter Forstmoser, Das Genossenschaftsrecht, das Recht der GmbH und die Teilrevision des Aktienrechts, SAG 48 (1976) 46 ss.

110 Rapport intermédiaire (cit. rem. 9) 18. Avec l'argument «qu'une révision totale du droit des sociétés anonymes durerait plusieurs dizaines d'années» (Rapport intermédiaire 18), il a éte renoncé à une telle réforme plus approfondie. La réglementation sur les groupes s'est donc arrêtée à mi-chemin: Par l'obligation de consolidation et de présentation de comptes groupes, il est tenu compte, en ce qui concerne le patrimoine, de la réalité économique des sociétés dépendantes. Pour le reste, le droit suisse des sociétés anonymes part de la fiction des sociétés totalement indépendantes, gérées seulement dans leur propre intérêt.

Band 111 der Schriftenreihe
der Treuhand-Kammer

Volume 111 des publications
de la Chambre fiduciaire

Kammertagung 1991
Congrès de la Chambre 1991

Luzern

Für die in dieser Schrift vertretenen Auffassungen sind ausschliesslich die Verfasser verantwortlich.

Cette brochure reproduit l'opinion des groupes de travail et des auteurs.

Treuhand-Kammer, Zürich

Chambre fiduciaire, Zurich

1992