
Droit d'information de l'actionnaire dans le nouveau droit de la SA

Entre tradition et innovations

WALTER A. STOFFEL

Professeur ém. de droit économique, de droit international privé et de droit de l'exécution forcée à l'Université de Fribourg, LL.M. (Yale), avocat

DAMIANO CANAPA*

Professeur à l'Université de Lausanne, LL.M. (Bruges), LL.M. (Yale)

Table des matières

I. Généralités.....	111
A. L'information des actionnaires.....	111
1. Un droit au service d'autres droits	111
2. L'affaire Bülach	112
B. Les innovations du nouveau droit.....	113
II. Droit aux renseignements et à la consultation	115
A. Renseignements à fournir spontanément.....	115
1. Étendue des renseignements	115
2. Mise en œuvre.....	116
B. Renseignements sur demande.....	116
1. Renseignements à fournir oralement lors de l'AG.....	116
2. Renseignements à fournir sur demande écrite	117
3. Droit à la consultation	118
4. Égalité de traitement	120
5. Conditions matérielles à l'exercice du droit aux renseignements et à la consultation.....	120
III. L'examen spécial	122
A. Principe.....	122
B. Qualité pour agir.....	123
1. Devant l'AG.....	123

* Les auteurs remercient Madame Axelles Baillargues, BLaw, assistante étudiante auprès du CEDIDAC, pour son aide dans la finalisation des aspects formels de leur manuscrit, ainsi que Monsieur Julian Bader, graphiste auprès du *Centre de soutien à l'enseignement* de l'Université de Lausanne, pour son aide s'agissant de la mise en forme des différents schémas.

2. En cas de refus de l'AG	123
C. Objet (art. 697d al. 2 CO).....	125
D. Conditions matérielles	125
1. Violation de la loi ou des statuts	125
2. Violation de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires.....	126
3. Examen de faits nécessaires à l'exercice des droits des actionnaires	126
4. Délai d'action	127
IV. Droit d'action	128
A. Mise en œuvre judiciaire	128
1. Décision de la société.....	128
2. Procédure judiciaire	128
3. Action aux frais de la société	129
B. Procédure arbitrale.....	130
1. Le principe	130
2. Les modalités de la clause arbitrale	131
V. Conclusions	132
VI. Bibliographie.....	133

Le droit de la SA prévoit trois modalités de transmission d'informations, qui sont successivement analysées dans cette contribution en mettant l'accent sur les changements introduits par la révision du droit de la SA du 19 juin 2020. Ces modalités mettent en jeu des intérêts opposés, qui doivent être équilibrés : permettre l'exercice de leurs droits par les actionnaires, tout en garantissant la sauvegarde des secrets d'affaires de la société. En premier lieu, certaines informations doivent être fournies de manière spontanée par la société (II). Deuxièmement, les actionnaires peuvent demander des informations de manière expresse (III). Troisièmement, ils peuvent requérir la désignation d'un expert indépendant, qui sera chargé d'examiner des faits relatifs à la société (IV). La société a dorénavant la possibilité de soumettre les litiges relatifs au droit d'information à l'arbitrage (V).

I. Généralités

A. L'information des actionnaires

1. Un droit au service d'autres droits

L'information est au cœur de l'exercice de tous les droits des actionnaires. Mais puisque les actionnaires n'ont pas de devoir de fidélité vis-à-vis de la société et qu'un tel devoir ne saurait leur être imposé statutairement (art. 680 al. 1 CO), ils n'ont pas accès aux secrets d'affaires de la SA (art. 697 al. 4 ; 697a al. 3 CO), contrairement au CA (art. 717 al. 1 CO)¹.

Il existe donc un conflit potentiel entre le droit des actionnaires de sauvegarder leurs intérêts et le droit de la société (et du CA) de conserver ses secrets d'affaires. La loi tranche ce conflit en statuant que les actionnaires doivent pouvoir obtenir les informations dont ils ont besoin pour exercer leurs droits, sans compromettre les secrets d'affaires. Le droit à l'information des actionnaires est donc mesuré à l'aune de la nécessité de l'information pour l'exercice de leurs droits.

La position juridique des actionnaires à l'intérieur de la société est déterminée par l'ensemble des droits sociaux et patrimoniaux dont ils disposent. À ce sujet, on mentionnera notamment :

- Les droits sociaux de l'actionnaire (votes sur l'approbation des comptes, la répartition des bénéfices, la décharge, les élections) ;
- Les droits patrimoniaux (vote sur le dividende à verser, détermination de la valeur des actions) ;
- Les droits de contrôle (élection des réviseurs, contrôle spécial, annulations des décisions de l'AG, actions en responsabilité et en restitution) ;
- Les principes généraux, surtout l'égalité de traitement (pas d'information ciblée pour un groupe d'actionnaires seulement) ;
- Le principe de proportionnalité (c'est rarement « *tout ou rien* », mais plutôt « *combien* » d'information).

Le droit d'information est ainsi un droit instrumentaliste : l'information à laquelle l'actionnaire peut prétendre n'est pas une fin en soi, mais elle est au service d'un autre droit. Par exemple, l'actionnaire a droit aux informations sur les éléments de fait pertinents pour prendre ses décisions en toute connaissance de cause au sein de l'AG². Le droit aux renseignements et à la consultation se distingue ainsi des droits d'information purs, tels que le *non-financial reporting* (art. 964a ss CO) et les indications sur la représentation des sexes dans les

¹ Sur la notion de secret d'affaires : cf. ATF 82 II 216, consid. 2 ; cf. ég. FF 2017 353, p. 489 s.

² TF, 4A.129/2013, consid. 5.1.

organes (art. 734f CO), qui poursuivent un but de transparence, ou encore des registres GAFI (art. 697j ss CO), qui visent principalement à renseigner les autorités.

2. *L'affaire Bülach*

La jurisprudence concernant le droit aux renseignements et à la consultation n'est pas très abondante. Cela dit, l'affaire *Bülach*³ a mis en évidence plusieurs enjeux. Elle concernait une société holding, qui était détenue par deux actionnaires à raison de 47 % et 53 % des droits de vote. Les deux actionnaires étaient représentés au CA jusqu'au jour où le majoritaire a éjecté le minoritaire. Ce dernier, privé de toute information, a fait valoir son droit aux renseignements au cours de procédures multiples, qui ont été portées jusqu'au Tribunal fédéral⁴. Notre Haute Cour a été appelée à statuer sur trois questions en particulier, à savoir (1.) l'existence éventuelle d'un délai pour faire valoir le droit à l'information, (2.) l'étendue du droit aux renseignements, et (3.) le pouvoir d'appréciation dont disposaient les organes de la société pour décider du droit à la consultation.

1. Sur le premier point, la société faisait valoir le non-respect, par la demanderesse, d'un *délai* de deux mois après l'AG, par analogie à l'action en contestation des décisions de l'AG (art. 706 al. 3 CO). Statuant contre la société, le TF a rejeté l'argument, notamment car l'intérêt de la sécurité juridique, déterminant dans le droit à l'annulation d'une décision de l'AG, fait défaut dans le cadre d'une action visant à obtenir des informations⁵.
2. S'agissant de *l'étendue du droit aux renseignements*, le TF a d'abord relevé que ce droit couvre tous les droits de l'actionnaire. Lorsque l'exercice judiciaire d'un droit d'actionnaire est en jeu, il suffit de démontrer la pertinence des informations demandées par rapport audit droit pour bénéficier d'une présomption naturelle selon laquelle les informations demandées sont effectivement nécessaires, compte tenu des besoins d'un actionnaire moyen raisonnable. Une fois cette preuve apportée, il incombe à la

³ Pour plus de détails, cf. les commentaires de TERCIER/STOFFEL, 2004, p. 420 ss ; TERCIER/STOFFEL, 2005, p. 312 ss ; TERCIER/STOFFEL, 2006, p. 427 ainsi que CARBONARA/VON DER CRONE, p. 88 ss.

⁴ L'affaire « *Bülach* » a donné lieu à trois décisions du TF (dont deux publiées dans le RO), à savoir : **1.** TF, 4 juin 2003, 4C.234/2002, 4C.246/2001 (A. AG contre B. AG), Pra 2004, p. 390-403 (avec commentaire D. SCHWANDER ; **2.** TF, 12 octobre 2004, 4C.386/2002 (A. AG contre B. AG), ATF 131 III 38 ; **3.** TF, 2 novembre 2005, 4C.81/2005 (A. AG contre B. AG), ATF 132 III 71.

⁵ 1^{er} arrêt *Bülach*, Pra 2004, p. 390-403, consid. 3.

société de démontrer en quoi l'intérêt de l'actionnaire doit céder le pas dans le cas concret aux intérêts de la société de protéger ses secrets d'affaires⁶.

Dans le cas particulier, les informations demandées concernaient *d'abord* un *prêt* accordé par une filiale et portant sur des aspects tels que le montant, les conditions et l'identité de l'emprunteur. Pour le TF, ces éléments n'étaient pas protégés par le secret d'affaires et devaient être fournis. La société ne pouvait pas non plus refuser de fournir les renseignements en vertu de l'accord de confidentialité conclu avec l'emprunteur ; en effet elle ne saurait, par un tel accord, vider de son contenu le droit à l'information de l'actionnaire⁷.

En *plus*, les informations recherchées concernaient *l'évaluation* de différents postes du bilan. Le TF a maintenu la décision de refus du CA à cet égard, qui estimait qu'une éventuelle sous-évaluation des actifs ou surévaluation des passifs constituait un secret d'affaires selon le droit comptable, qui admet la constitution de réserves latentes (art. 960a al. 3 CO et art. 960^e al. 4 CO)⁸.

Les appréciations matérielles sur les deux points conservent leur intérêt sous le nouveau droit.

3. Sous le droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2022, le droit à la *consultation* était soumis à une décision du CA, voire de l'AG. La décision d'octroi ou de refus était donc laissée à la libre appréciation de ces organes. Le juge, saisi sur la base de l'art. 697 al. 4 aCO, devait uniquement examiner si la décision de refus était objectivement défendable ou non, ce qui revenait à un contrôle de l'arbitraire. Dans l'affaire *Bülach*, le TF a ainsi estimé que le refus de donner accès à tous les documents relatifs au prêt n'était pas arbitraire⁹.

B. Les innovations du nouveau droit

La révision du droit de la SA du 19 juin 2020 visait à améliorer la gouvernance de la société en renforçant les droits des actionnaires pour atteindre un équilibre fonctionnel entre les différents organes. C'est à juste titre que le CF a souligné que la *transparence*, à travers la divulgation d'informations qui ne compromettent pas des intérêts sociaux dignes de protection,

⁶ 1^{er} arrêt *Bülach*, Pra 2004, p. 390-403, consid. 4.3.1.

⁷ 1^{er} arrêt *Bülach*, Pra 2004, p. 390-403, consid. 4.3.3.2.

⁸ 1^{er} arrêt *Bülach*, Pra 2004, p. 390-403, consid. 5-5.2.

⁹ 1^{er} arrêt *Bülach*, Pra 2004, p. 390-403, consid. 6.4.2 ; ég. le 3^e arrêt *Bülach* ATF 132 III 71.

constitue un élément essentiel de cette gouvernance¹⁰. Le nouveau droit ne bouleverse pas le système existant, mais le précise et le renforce quelque peu.

Le nouveau droit modifie la *systématique* du droit aux informations. La loi ne fait plus référence à l'information qui doit être fournie spontanément et à celle qui doit être fournie sur demande. Il suffit maintenant de parler du droit aux informations qui vont au-delà de celles fournies spontanément, à savoir aux « *renseignements sur les affaires de la société* » selon les termes de la loi (art. 697 CO). Le droit à l'information fournie automatiquement et inconditionnellement n'est plus mentionné, l'art. 696 aCO ayant été abrogé, et les informations à fournir spontanément découlent dorénavant des règles topiques sur la comptabilité et l'AG, et de l'obligation générale de rendre accessible le rapport de gestion (art. 699a CO).

Les *trois nouvelles dispositions* traitent la mise en œuvre du droit aux renseignements et à la consultation (art. 697, 697a et 697b CO), le principe demeurant inchangé. Davantage que l'étendue de ce droit dans le cas concret, ce sont souvent les modalités de sa mise en œuvre ainsi que la rapidité de la réponse qui posent problème en pratique. Au surplus, le nouveau droit donne dorénavant à la société la possibilité de soumettre à l'arbitrage les litiges y relatifs par une disposition statutaire qui lie la société, le conseil d'administration et les actionnaires (art. 697n CO).

S'agissant de l'institution du *contrôle spécial* (art. 697a s. aCO), celle-ci est remplacée par l'*examen spécial*, qui remplit essentiellement les mêmes fonctions¹¹, tout en étendant les droits des actionnaires. Le législateur a souhaité améliorer l'efficacité du contrôle spécial, qui était peu utilisé¹². La jurisprudence et la doctrine se référant au contrôle spécial restent applicables, sous réserve des modifications introduites par la nouvelle du 19 juin 2020. L'*expert indépendant* – nouvelle dénomination du contrôleur spécial – demeure un intermédiaire entre la société et les actionnaires, chargé d'agrèger des informations couvertes par le secret professionnel et de présenter aux actionnaires une vue d'ensemble de la situation¹³.

La *cascade* qui prévalait sous l'égide du contrôle spécial demeure inchangée. Il reste nécessaire, avant de requérir du tribunal l'examen spécial (art. 697d CO), d'avoir préalablement fait usage de son droit d'être renseigné ou de son droit à

¹⁰ FF 2017 353, p. 408 et 497 ; v. déjà, FF 2008 1407, p. 489. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40, N 149.

¹¹ Selon, FF 2017 353, p. 491, la nouvelle dénomination vise à « *mieux souligner la nature de cette institution juridique et [à] éviter toute confusion avec les activités de l'organe de révision* ».

¹² HEINZMANN, p. 118 s.

¹³ CASUTT, Das Institut der Sonderprüfung, p. 575 ; PAULI, p. 22 & 168.

la consultation des documents¹⁴, et d'avoir, en cas de refus ou de réponse incomplète, déposé une demande d'examen spécial devant l'AG (art. 697c CO).

II. Droit aux renseignements et à la consultation

Comme indiqué *supra*¹⁵, l'art. 697 aCO a fait place à trois nouvelles dispositions (art. 697 CO, droit aux renseignements ; art. 697a CO, droit à la consultation ; et art. 697b CO, conséquences du refus). La systématique est logique et utile. Matériellement, l'ancienne distinction entre les informations fournies spontanément et les renseignements supplémentaires conserve toute son utilité analytique. (1.) Les renseignements de base doivent être fournis spontanément et sans condition ; ils continuent de constituer la base de l'information de l'actionnaire. (2.) Les renseignements supplémentaires, auxquels se réfèrent les art. 697 ss CO, sont livrés uniquement sur demande et seulement si certaines conditions sont réunies.

A. Renseignements à fournir spontanément

1. Étendue des renseignements

S'agissant de l'information à fournir spontanément, les éléments de l'art. 696 aCO sur la communication du *rapport de gestion* et des *états financiers* ont partiellement été repris et précisés dans le nouvel art. 699a CO. Le moyen de la mise en œuvre est le *financial reporting* conformément aux exigences légales, et la mise à disposition de ces informations à temps¹⁶.

Les dispositions sur la comptabilité commerciale et la présentation des comptes s'appliquent (art. 957 ss CO). Les états financiers doivent être à la *disposition* des actionnaires au moment de la convocation de l'AG ordinaire, à savoir 20 jours au plus tard avant sa date (art. 700 al. 4 CO). Normalement, ces informations suffisent à l'actionnaire pour se former une opinion.

¹⁴ VON DER CRONE, N 824.

¹⁵ Cf. *supra* I.B.

¹⁶ Sur les raisons économiques expliquant la nécessité de prévoir une information spontanée, cf. ENRIQUES *et al.*, *Corporate Law and Securities Markets*, p. 246 ss.

2. *Mise en œuvre*

La loi ne prévoit pas de sanction spécifique si les informations sont fournies tardivement, sans respecter le délai de 20 jours, ou si elles sont incomplètes. De tels manquements peuvent être sanctionnés indirectement par le juge, en cas d'action en annulation de la décision de l'AG sur l'approbation des comptes (et du dividende ; art. 706 CO). Il doit alors exister un rapport de causalité entre les manquements dans la mise à disposition des informations et la décision prise, ce qui est le cas si les actionnaires n'ont pas pu former leur opinion en toute connaissance de cause.

Ce qui précède vaut surtout pour les *sociétés privées*. Pour les *sociétés cotées*, en revanche, une surveillance administrative existe. Celle-ci est exercée d'office par la bourse et la FINMA, selon le Règlement de cotation, y compris l'information événementielle. L'existence de cette surveillance est la raison pour laquelle la disposition concernant les renseignements sur demande par écrit (art. 697 al. 2 CO) ne s'applique qu'aux sociétés privées.

B. Renseignements sur demande

1. *Renseignements à fournir oralement lors de l'AG*

Les informations sur demande, qui sont appelées « *renseignements* » par le nouvel art. 697 CO¹⁷, sont d'abord celles que tout actionnaire peut solliciter lors de l'AG. Il dispose d'un droit individuel à cet égard, indépendamment de la taille de la société et du nombre d'actions qu'il détient.

Cette institution a été entièrement reprise de l'ancien droit. Les renseignements requis doivent concerner les affaires de la société, à l'exclusion des informations de type général (art. 697 al. 1 CO). Le CA et éventuellement les réviseurs doivent répondre à la demande de l'actionnaire lors de l'AG. L'actionnaire n'est selon la loi pas tenu d'annoncer sa requête au préalable. Tout actionnaire peut dès lors poser sa question pendant l'AG, en demandant la parole. Mais normalement, l'actionnaire a intérêt à annoncer au préalable sa demande afin de donner au CA la possibilité de se préparer et de fournir une réponse circonstanciée. L'actionnaire, sera mieux informé et il sera plus difficile pour le CA de se dérober à son obligation de répondre sous le prétexte de devoir s'informer d'abord à l'interne.

¹⁷ La modification ne concerne que le texte français. Les termes allemand (*Auskunft*) et italien (*ragguagli*) sont restés inchangés.

2. Renseignements à fournir sur demande écrite

Une requête de renseignements peut aussi être formulée *par écrit et en dehors de l'AG* (art. 697 al. 2 CO). Il s'agit d'un *nouveau* droit, dans la mesure où l'art. 697 al. 1 aCO ne connaissait que le droit de l'actionnaire de poser des questions lors de l'AG. Le CA doit répondre par écrit dans les quatre mois qui suivent le dépôt de la requête (art. 697 al. 3 CO) et il doit motiver par écrit un éventuel refus (art. 697 al. 4 CO). À défaut, l'actionnaire peut saisir le juge dans le trente jours (art. 697b CO). La loi ne le dit pas expressément, mais la forme écrite est la seule conforme dans le contexte d'une procédure écrite, pas seulement pour un refus, mais aussi pour la réponse elle-même. Elle constitue, en plus, une condition nécessaire permettant au CA de mettre à disposition la réponse donnée à tous les actionnaires (art. 697 al. 3 CO)¹⁸.

Les quatre mois dont dispose le CA pour donner sa réponse et les trente jours dans lesquels le juge doit être saisi sont les seuls délais contenus dans la loi. La question d'un éventuel délai pour *formuler* la demande, litigieuse dans l'affaire *Bülach*¹⁹, est devenue sans objet. La requête écrite de renseignements peut être faite à tout moment.

La requête de renseignements par écrit n'est pas un droit individuel, mais un *droit des minorités* : des actionnaires représentant 10 % du capital ou des droits de vote peuvent exercer ce droit. La référence au capital comporte un élément de protection des minorités dans les sociétés qui ont émis des actions à droit de vote privilégié.

Le *seuil de 10 %* est élevé. Alors que le CF avait proposé un seuil de 5 %, les chambres ont augmenté ce pourcentage à 10 %. Le CF voyait dans sa proposition un renforcement des droits des minorités²⁰, mais les chambres ne l'ont pas suivi, par crainte des charges administratives occasionnées par une multiplication des requêtes de renseignement écrites, et par un souci d'aligner les conditions permettant d'exercer le droit aux renseignements à celles donnant le droit de faire convoquer une AG (art. 699 al. 3 ch. 2 CO)²¹.

Le *but* de renforcer les droits des minorités est atteint dans les (très) petites sociétés, mais pas forcément dans les sociétés de taille moyenne. Il est vrai que l'instauration d'un droit de formuler des questions par écrit innove par rapport à l'ancien droit et fournit un instrument utile aux minoritaires, mais le seuil de

¹⁸ Cf. *infra* II.B.5.

¹⁹ Cf. *supra* I.A.2.

²⁰ FF 2017 353, p. 488.

²¹ Il s'agit bien du droit de faire convoquer une AG, et non pas de celui de faire inscrire un point à l'ordre du jour (art. 699b al. 1 ch. 2 CO) : BO CN 2018, 1133 ss (Mazzone).

10 % peut restreindre sensiblement l'accès à ce droit dans les sociétés d'une certaine importance, où il serait peut-être particulièrement nécessaire.

3. *Droit à la consultation*

En complément au droit aux renseignements, les actionnaires disposent d'un droit de consulter « *les livres et les dossiers* ». Ce droit n'est pas nouveau, mais il constituait, jusqu'au 31 décembre 2022, un droit largement *discrétionnaire*, soumis à une autorisation « *expresse* » du CA ou de l'AG (art. 697 al. 3 aCO). Le contrôle judiciaire se limitait dès lors à l'arbitraire²².

Le droit à la consultation est dorénavant un *droit à part entière*. La loi y consacre la deuxième des trois nouvelles dispositions (art. 697a CO). Le terme « *correspondance* » de l'ancien art. 697 al. 3 CO a été remplacé par le terme « *dossiers* », qui est aligné sur les notions de « *Akten* » et « *atti* » introduites dans les textes allemand et italien²³, incluant ainsi les livres (*Geschäftsbücher*), la correspondance, les actes et les dossiers.

Cette notion *large* correspond à l'interprétation faite par la jurisprudence et la doctrine. Les dossiers visés comprennent les pièces comptables, correspondances, notes de toutes sortes, contrats et tous autres documents, indépendamment de leur support physique ou électronique, qui sont en possession de la société²⁴. Même des documents à priori internes, tels que le registre des actionnaires ou les registres GAFI (en particulier le registre des ayants droit économiques), ne sont pas exclus du droit à la consultation en vertu de leur nature²⁵. La seule condition pour y avoir accès est qu'ils doivent être nécessaires à l'actionnaire pour exercer ses droits tels qu'invoqués dans la requête²⁶.

Le droit à la consultation est dès lors plus incisif pour la société et va plus loin que le droit aux renseignements. Le CA doit mettre à disposition des requérants une copie des documents pertinents, éventuellement caviardés, ou leur donner l'accès aux « *dossiers* » afin qu'ils puissent les consulter dans les locaux de la

²² Cf. *supra* I.A.2.

²³ Les « *Geschäftsbücher und Korrespondenzen* » deviennent les « *Akten* », les « *libri* » et « *corrispondenza* » deviennent les « *atti* ».

²⁴ 1^{er} arrêt *Bülach*, Pra 2004, p. 390-403, du 4 juin 2003, consid. 6.2 ; 3^e arrêt *Bülach*, ATF 132 III 71, consid. 1.2, et les références citées (BSK OR II-WEBER, Art. 697, N 16 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 40, N 194 ; HORBER, S. 190 ff. ; FORSTMOSER, S. 85 ff. & 100 ; KUNZ, Das Informationsrecht, S. 883 ff. & 891 ; ZK OR-BÜRGI, Art. 697a, N 21 [version actuelle : ZK OR-DRUEY, Art. 697a, N 23 ss]).

²⁵ D'un avis plus strict, en tout cas pour l'ancien droit, CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 686, N 40.

²⁶ Cf. *infra* II.B.5.

société. Dans les deux hypothèses, le CA ou des employés de la société sont nécessairement impliqués pour remettre les documents recherchés.

La situation ne pose pas de problème majeur si les documents à consulter sont clairement identifiés. S'ils sont vaguement décrits, la répartition entre documents accessibles et documents protégés par le secret d'affaires risque d'être délicate. Le CA doit alors être en droit d'exiger une description précise des livres et des dossiers dont la consultation est demandée. C'était le cas dans l'affaire *Bülach*, les documents recherchés concernaient les états financiers des sociétés filles, documents clairement désignés et couverts par la demande d'accès²⁷.

Le droit de consulter les livres doit être accordé dans le même délai que la réponse écrite à la requête de renseignements, à savoir dans les quatre mois, et un éventuel refus doit être motivé par écrit (art. 697 al. 4 et 697a al. 3 CO). En revanche, malgré son caractère plus intrusif dans la vie sociale et plus lourd sur le plan administratif, le seuil pour exercer le droit à la consultation est moins élevé que dans le cas de la demande écrite de renseignements, puisque 5 % des droits de vote ou du capital suffisent pour exercer ce droit. La différence manque de cohérence et il n'est pas exclu que ce soit par mégarde que le législateur ait laissé intouchée la proposition du CF lorsqu'il a modifié le pourcentage nécessaire au dépôt d'une requête écrite de renseignements²⁸.

Finalement, la loi ne subordonne pas le droit de consulter les livres à l'exercice préalable du droit aux renseignements. Le droit de consulter les livres peut donc être exercé en même temps que le droit aux renseignements. Il appartient au CA de donner suite aux deux demandes. Sous réserve de l'abus de droit, il paraît normal de fournir la réponse écrite avant d'ouvrir les livres à la consultation. Mais l'inverse est aussi possible, notamment lorsque la demande de renseignements manque de clarté.

La « retenue *Bülach* » par rapport à un contrôle limité à l'arbitraire d'une décision de refus²⁹ n'a plus lieu d'être depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. La compétence du CA et de l'AG d'accorder ou non le droit à la consultation a été abolie et le droit à la consultation est aujourd'hui soumis aux mêmes conditions matérielles que le droit aux renseignements.

²⁷ 3^e arrêt *Bülach*, ATF 132 III 71, consid. 1.3.2.

²⁸ Lorsqu'ils ont opté pour un seuil plus élevé pour le droit aux renseignements par écrit (cf. *supra* II.B.2), les parlementaires n'ont pas fait mention du droit à la consultation : BO CN 2018, 1133 ss (Mazzone).

²⁹ Cf. *supra* I.A.2.

4. *Égalité de traitement*

Tant les renseignements à fournir sur demande écrite que la consultation des livres et des dossiers soulèvent la question de l'égalité de traitement des actionnaires. Les informations doivent être mises à disposition de tous les actionnaires et non des seuls actionnaires demandeurs. À défaut, les actionnaires demandeurs seraient avantagés par rapport aux autres. Ce danger n'existe pas pour les demandes faites lors de l'AG, puisque la demande et la réponse sont alors « *publiques* ». En revanche, il existe pour la consultation des documents. Il convient dès lors d'appliquer par analogie à ce cas de figure l'obligation prévue expressément pour les renseignements écrits, selon laquelle le CA doit informer les autres actionnaires (art. 697 al. 3 CO).

La loi ne se prononce que partiellement sur les *modalités* de la mise à disposition de l'information. Elle impose au CA de mettre la réponse « *à disposition des actionnaires pour consultation au plus tard lors de l'[AG] suivante* » (art. 697 al. 3 CO). Il s'agit là d'une exigence minimale. Il peut être problématique d'attendre l'AG suivante pour la communication³⁰, par exemple lorsque le CA sait ou doit savoir que certains actionnaires se préparent à vendre leurs titres et que l'information fournie est susceptible d'avoir une influence sur leur prix.

Les circonstances peuvent dès lors commander au CA d'envoyer sa réponse simultanément aux requérants et à tous les actionnaires, ou à mettre à disposition sa réponse sur le site internet de la société en informant les actionnaires de ce fait. C'est sans doute la façon la plus correcte de procéder.

5. *Conditions matérielles à l'exercice du droit aux renseignements et à la consultation*

Le droit aux renseignements et celui à la consultation sont subordonnés à une double condition :

- Le renseignement ou la consultation doivent être nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire ; et
- Ils ne doivent pas compromettre « *le secret des affaires ni d'autres intérêts sociaux dignes de protection* ».

Cette formulation – qui se retrouve aux art. 697 al. 4 et 697a al. 3 CO et qui est identique à celle de l'ancien droit (art. 697 al. 2 et 3 aCO) – exige une double démarche.

³⁰ VON DER CRONE, N 811.

1. Elle requiert d'abord une démonstration de la *pertinence* de l'information pour l'exercice des droits des actionnaires³¹. L'actionnaire requérant doit faire le premier pas en *rendant plausible* que l'information se trouve dans un rapport général avec l'exercice de son droit, mais sans preuve spécifique liée à sa situation individuelle. Si tel est le cas, il existe une présomption naturelle en faveur de l'actionnaire. Par contre, si la requête d'information sort de ce cadre, l'actionnaire doit *démontrer* son intérêt individuel en apportant la preuve de circonstances concrètes correspondantes. Un exemple permet d'illustrer la situation :
 - Si l'actionnaire pense que la consultation du registre des actionnaires ou des registres GAFI lui est être nécessaire pour examiner le bien-fondé d'une action en annulation d'une décision de l'AG ou pour déterminer si des personnes sans droit de vote auraient participé à l'AG, il doit démontrer cette nécessité par rapport à la situation concrète de sa demande.
 - Il ne serait pas suffisant qu'un actionnaire souhaite être mieux renseigné sur la composition de l'actionnariat, à l'instar de l'actionnaire dans l'affaire *Bülach*, qui ne pouvait pas simplement exiger plus d'informations, mais qui devait démontrer en quoi les informations contenues dans les états financiers des sociétés filles lui auraient permis de mieux exercer ses droits, par rapport aux informations pouvant être déduites des comptes consolidés, dont il disposait³².
2. Il appartient ensuite au *CA de démontrer* que les renseignements ou la consultation d'un document requis risquent de compromettre les secrets d'affaires de la société, étant rappelé que les actionnaires n'ont pas un devoir de fidélité envers la société.

L'affaire *Bülach* a décrit la pesée des intérêts à opérer en matière de droit aux renseignements, qui demeure inchangée et continue d'être fondée sur des arguments de proportionnalité sous le nouveau droit, qui l'étend au droit à la consultation (*supra* I.A.2). Le TF a jugé que les informations demandées en lien avec le prêt accordé à un proche des majoritaires à des conditions trop favorables devaient être fournies³³, contrairement aux informations sur la valeur réelle de certains actifs prétendument sous-évalués, puisque la rétention

³¹ Cf. *supra* I.A.2. La description précise des démarches dans l'arrêt TF, 4 juin 2003, 4C.234/2002, 4C.246/2001 (A. AG contre B. AG), Pra 2004, p. 390-403, est toujours d'actualité.

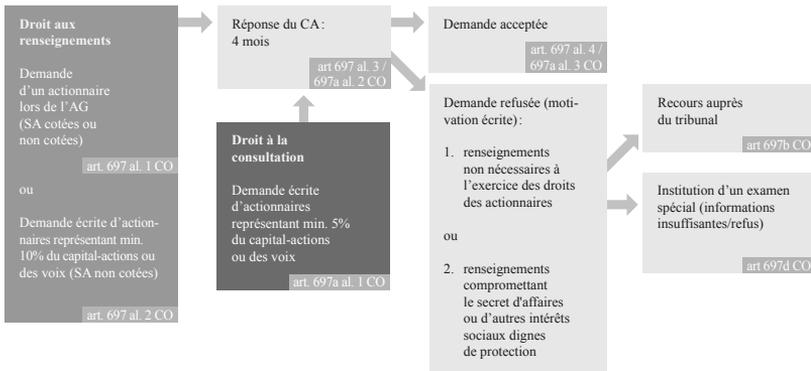
³² 3^e arrêt *Bülach*, ATF 132 III 71, consid. 1.3.1.

³³ Et ce malgré une clause de confidentialité contenue dans le contrat de prêt (*supra* I.A.2) ; la distinction entre un secret relatif, qui appartient à la seule société, et un secret absolu, qui appartient (aussi) à un tiers (TF, 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 4.3.3.1), n'est guère utile (VON DER CRONE, N 801 & 806).

de ces informations était autorisée par le droit comptable, qui admet la constitution de réserves latentes.

On se trouve par conséquent en présence d'une *pesée d'intérêts*. L'intérêt de l'actionnaire à recevoir l'information et l'intérêt de la société à ne pas divulguer des secrets d'affaires sont tous les deux dignes de protection. L'actionnaire doit disposer des informations demandées pour exercer ses droits, mais le CA peut néanmoins avoir de bonnes raisons de ne pas les fournir. Les deux intérêts ont la même importance et se situent au même niveau³⁴.

Un arbitrage est dès lors inévitable. Le CA doit le faire dans le cas concret et selon les circonstances du cas d'espèce, en tenant compte du principe de la *proportionnalité*³⁵. Si le secret d'affaires prévaut malgré tout, l'actionnaire dispose du droit d'exiger l'institution d'un examen spécial.



III. L'examen spécial

A. Principe

L'examen spécial complète les droits d'information examinés précédemment³⁶ en permettant une analyse par un expert indépendant et neutre d'éléments de gestion de la société « *qui ne sont pas ou seulement partiellement et rapidement examinés dans le cadre de contrôles réguliers* »³⁷.

³⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16, N 281.

³⁵ VON DER CRONE, N 815.

³⁶ CR CO II-PAULI PEDRAZZINI, art. 697a, N 2.

³⁷ CR CO II-PAULI PEDRAZZINI, art. 697a, N 3.

Comme indiqué ci-dessus³⁸, la cascade qui prévalait sous l'égide du contrôle spécial demeure inchangée.

B. Qualité pour agir

1. Devant l'AG

L'examen spécial est *subsidaire* aux autres droits d'information (art. 697c al. 1 CO)³⁹. L'examen spécial étant une procédure qui peut s'avérer longue et coûteuse, le CA doit d'abord avoir la possibilité, pour des motifs d'efficacité, de fournir l'information suivant une demande expresse de l'actionnaire⁴⁰.

Devant l'AG, la possibilité de proposer l'institution d'un examen spécial est un droit *individuel* de tout actionnaire qui a précédemment exercé son droit aux renseignements ou à la consultation des documents⁴¹. La proposition d'examen spécial n'a pas à figurer à l'ordre du jour de l'AG (art. 704b CO). L'examen spécial doit porter sur des faits inconnus : le demandeur doit rendre vraisemblable que le CA n'a pas répondu à sa demande ou qu'il a donné une réponse incomplète ou fautive⁴².

Si l'AG accepte d'instituer un examen spécial (art. 703 CO), la société ou tout actionnaire (et pas uniquement l'actionnaire ayant déposé la proposition) a la possibilité, dans les trente jours suivant la décision (délai péremptoire⁴³), de requérir la *désignation du ou des experts indépendants* qui exécuteront l'examen spécial (art. 697c al. 2 CO). Cette procédure vise à garantir l'indépendance et la neutralité de l'expert indépendant⁴⁴.

2. En cas de refus de l'AG

Si l'AG refuse d'ordonner un examen spécial, si le CA refuse de soumettre la proposition d'examen spécial à l'AG – ce qui s'apparente à un refus de l'AG⁴⁵ –, ou encore si cette dernière ne procède pas au vote sur la

³⁸ Cf. *supra* I.B.

³⁹ ATF 133 III 453, consid. 7.2 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 35, N 50.

⁴⁰ VON DER CRONE, N 827.

⁴¹ Il n'est pas nécessaire que l'actionnaire ait agi en justice (art. 697b CO) pour obtenir le renseignement ou le droit de consultation, cf. BÖCKLI, § 14, N 42.

⁴² ATF 123 III 261, consid. 3.a.

⁴³ ROTH PELLANDA, p. 302.

⁴⁴ CASUTT, *Die Sonderprüfung*, p. 32 ; PAULI, p. 22 & 168.

⁴⁵ ATF 138 III 252, consid. 3.1.

proposition⁴⁶, un ou plusieurs actionnaires peuvent *demandeur au tribunal* d'ordonner un examen spécial dans un délai de trois mois (suivant la décision de l'AG, art. 697d al. 1 CO). Ce droit demeure donc un droit des actionnaires minoritaires, comme sous l'égide du contrôle spécial⁴⁷. Ces derniers ne doivent pas avoir fait usage de leur droit aux renseignements ou à la consultation et ils n'ont pas à être à l'origine de la proposition d'examen spécial devant l'AG⁴⁸, mais ils doivent par contre prouver, le degré la preuve étant la certitude⁴⁹, que le droit aux renseignements ou à la consultation a bel et bien été exercé⁵⁰.

L'examen spécial peut être demandé par des actionnaires⁵¹ qui, dans les SA cotées en bourse, détiennent 5 % du capital-actions ou des voix ou, dans les sociétés privées, 10 % du capital-actions ou des voix (art. 697d al. 1 CO), sans considération de la valeur nominale (contrairement à la situation qui prévalait sous l'ancien droit, art. 697b al. 1 aCO). La nouvelle réglementation vise à favoriser l'exercice du droit à l'institution d'un examen spécial, mais l'abolition du seuil de la valeur nominale de 2 millions de francs ne change pas profondément la donne, en tout cas pour les SA dont le capital-actions est inférieur à CHF 40'000'000.— En revanche, les seuils pour les sociétés cotées ont été réduits et une distinction a été introduite entre sociétés cotées et sociétés non cotées s'agissant des seuils à atteindre, tenant compte des réalités économiques, mais relativisant un peu plus encore le principe d'unité du droit de la SA. Enfin, les actions à droit de vote privilégié – dont la valeur nominale peut être jusqu'à dix fois inférieure à celle des actions ordinaires (art. 693 al. 2 CO) – comptent avec tout leur poids dans le calcul des seuils.

Selon l'art. 2 des *dispositions transitoires* de la révision du 19 juin 2020, les sociétés disposent d'un délai de deux ans pour adapter leurs statuts au nouveau droit (al. 1) et les dispositions statutaires et réglementaires qui ne seraient pas conformes à celui-ci restent en vigueur jusqu'à leur adaptation, mais au plus tard pendant deux ans après l'entrée en vigueur de la modification (al. 2). Passé ce délai, les nouveaux seuils légaux doivent s'appliquer pour autant qu'ils soient *plus favorables* aux actionnaires. Une société cotée qui n'aurait pas adapté d'ici au 31 décembre 2024 une clause statutaire qui prévoirait, par hypothèse, la possibilité de requérir du juge un contrôle spécial pour les actionnaires détenant 1 % du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de 1 million de francs devrait rester valable, mais des actionnaires

⁴⁶ KUNZ, Der Minderheitenschutz, § 12, N 69.

⁴⁷ ATF 133 III 133, consid. 3.2.

⁴⁸ ATF 140 III 610, consid. 2.2.

⁴⁹ ATF 140 III 610, consid. 4.

⁵⁰ ATF 140 III 610, consid. 2.2.

⁵¹ Sur le moment où la qualité d'actionnaire doit être présente, cf. ATF 133 III 180, consid. 3.2. En cas d'action par plusieurs actionnaires, ceux-ci forment une consorité nécessaire, CR CO II-PAULI PEDRAZZINI, art. 697b, N 5.

détenant 5 % des voix devraient avoir la possibilité, pour le surplus et en application de la réglementation légale, de demander un examen spécial au juge, puisqu'elle est plus favorable aux actionnaires.

C. Objet (art. 697d al. 2 CO)

Peut être l'objet de la requête d'examen spécial, comme précédemment avec le contrôle spécial, toute question qui a fait l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation.

Au surplus, l'examen spécial peut aussi – *nouveauté* introduite par la révision du 19 juin 2020 et qui déroge à la jurisprudence qui prévalait jusqu'alors⁵² – être demandé pour toute question soulevée *durant* les débats de l'AG concernant la proposition d'institution d'un examen spécial, notion qui doit être interprétée largement⁵³. La réponse à la question soulevée doit être nécessaire aux actionnaires pour exercer leurs droits, ce qui signifie que l'objet de la demande devrait pouvoir faire l'objet d'une demande de renseignement ou de consultation⁵⁴.

D. Conditions matérielles

1. Violation de la loi ou des statuts

Comme c'était le cas en matière de contrôle spécial (art. 697b al. 2 aCO), la ou les personnes requérant un examen spécial devant le juge doivent, suivant l'art. 697d al. 3 CO, rendre *vraisemblable*⁵⁵ une violation de la loi ou des statuts par les fondateurs ou les organes, à savoir un acte qui va à l'encontre d'un devoir ou d'une obligation légale ou statutaire⁵⁶.

⁵² ATF 138 III 246, consid. 3.3 ; ATF 123 III 261, consid. 3a.

⁵³ Du même avis : VON DER CRONE, N 829.

⁵⁴ FF 2017 353, p. 492.

⁵⁵ CR CO II-PAULI PEDRAZZINI, art. 697b, N 10.

⁵⁶ BSK OR II-WEBER, art. 697b, N 6 ; CR CO II-PAULI PEDRAZZINI, art. 697b, N 12 ss, spéc. 14.

2. *Violation de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires*

L'innovation la *plus importante* introduite par la nouvelle est qu'il est désormais suffisant que la violation de la loi ou des statuts soit de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires, ne fût-ce que dans le futur. Un actionnaire n'a plus besoin d'avoir subi un préjudice avéré du fait de la violation de la loi ou des statuts pour demander au tribunal d'ordonner un examen spécial⁵⁷.

Cet aspect constituait l'un des derniers points de divergence entre le Conseil national et le Conseil des États⁵⁸. L'issue des débats est à saluer, aussi car l'accès aux informations facilite l'évaluation des chances de succès d'une éventuelle action en responsabilité⁵⁹.

3. *Examen de faits nécessaires à l'exercice des droits des actionnaires*

Tout comme le contrôle spécial, l'examen spécial ne peut servir qu'à clarifier des *faits* (art. 697a al. 1 aCO/art. 696c al. 1 CO)⁶⁰. Cela signifie, *a contrario*, qu'il ne saurait servir à apprécier la portée juridique de faits donnés, ni à formuler des jugements de valeur ni enfin à juger la politique de gestion du CA ou de la direction⁶¹.

D'autre part, de manière similaire au droit aux renseignements et à la consultation⁶², les faits à clarifier doivent permettre aux actionnaires *d'exercer leurs droits*⁶³, le lien entre les faits à clarifier et l'exercice des droits devant être prouvé (et non uniquement rendu vraisemblable) par le requérant⁶⁴. L'examen spécial ne saurait ainsi servir de base à une *fishing expedition*⁶⁵ : l'actionnaire doit indiquer clairement les éléments de faits qu'il souhaite clarifier et ne

⁵⁷ FF 2017 353, p. 492. À titre d'exemple, une requête d'examen spécial a été rejetée par le TF à l'arrêt TF, 4A/260/2013 du 6 août 2013, consid. 4.2, notamment car la demanderesse n'avait pas démontré l'existence d'un dommage actuel.

⁵⁸ BO CE 2020, 32 ; BO CN 2020, 591.

⁵⁹ ARMOUR/HANSMANN/KRAAKMAN, p. 38 ss ; v. aussi : VOGT/SCHIOW/WIEDMER, p. 1365.

⁶⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 35, N 26 ; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 942.

⁶¹ VON DER CRONE, N 833.

⁶² Cf. *supra* II.B.5.

⁶³ FF 2017 353, p. 408, 479 ; v. aussi, s'agissant de la publicité pouvant donner lieu à une action en restitution de prestations pour cause de prestation avec soi-même, ARMOUR/HANSMANN/KRAAKMAN, p. 38 s. ; ENRIQUES *et al.*, Related-Party Transactions, p. 147 ss.

⁶⁴ ATF 132 III 71, consid. 1.3. La preuve stricte peut toutefois se limiter à la démonstration que la relation est donnée pour un actionnaire moyen.

⁶⁵ ATF 140 III 610, consid. 2.2.

saurait se contenter d'exiger des informations ayant un caractère général et qui ne seraient pas nécessaires à l'exercice de ses droits. Cette limitation fonctionnelle doit apparaître clairement au tribunal⁶⁶.

4. *Délai d'action*

Les actionnaires disposent, comme sous l'égide du contrôle spécial⁶⁷, d'un délai de *trois mois* suite de la décision de l'AG refusant l'examen spécial pour s'adresser au juge (art. 697d al. 1 CO). Il s'agit d'un délai péremptoire, qui doit permettre à l'actionnaire-demandeur de trouver d'autres actionnaires prêts à demander l'institution d'un examen spécial⁶⁸.

Si le délai échoit sans qu'une demande d'examen spécial n'ait été déposée devant le juge, les actionnaires doivent soumettre une *nouvelle* demande d'examen spécial à l'AG. Il n'est alors pas nécessaire de faire une nouvelle fois usage du droit aux renseignements ou à la consultation, sous réserve de l'abus de droit.

Afin de permettre aux actionnaires d'utiliser les résultats de l'examen spécial dans le cadre des actions visant à exercer leurs droits, le délai pour intenter l'action en responsabilité après la décharge (art. 758 al. 2 2^e phr. CO), le délai de prescription de l'action en responsabilité (art. 760 al. 1 CO) et le délai de prescription pour intenter l'action en restitution (art. 678a al. 1 CO) sont *suspendus* durant la procédure visant l'institution d'un examen spécial et l'exécution de celui-ci.

Par ailleurs, afin de résoudre le problème rencontré sous l'ancien droit, où l'action en responsabilité était souvent périmée avant le terme de l'examen spécial⁶⁹, le délai dont disposent les actionnaires pour intenter l'action en responsabilité suite à la décharge de l'AG a été porté de six à *douze mois* (art. 758 al. 2 CO).

Ces mesures, bien que louables, ne rendent pas l'action en responsabilité ou l'action en restitution intentées par un actionnaire hors faillite (art. 756 CO) – seules hypothèses dans lesquelles l'examen spécial, et par conséquent la suspension des délais, jouent un rôle⁷⁰ – plus attractives : les risques financiers

⁶⁶ VON DER CRONE, N 836 ; PAULI, p. 249 s.

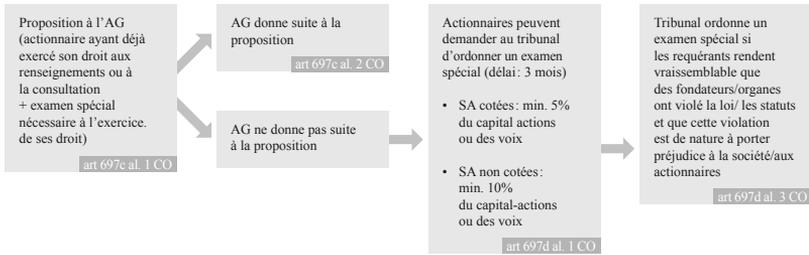
⁶⁷ ROTH PELLANDA, p. 302.

⁶⁸ FF 1983 II 757, p. 935 s.

⁶⁹ FF 2017 353, p. 546.

⁷⁰ BÖCKLI, § 146, N 86.

encourus par les actionnaires demandeurs subsistent et ces derniers continuent de ne retirer aucun profit direct de l'action⁷¹.



IV. Droit d'action

A. Mise en œuvre judiciaire

1. *Décision de la société*

Comme indiqué *supra*⁷², le CA dispose d'un délai de *quatre mois* pour répondre ou accéder à la demande de l'actionnaire et il est obligé de motiver par écrit un éventuel refus. En cas de refus, l'actionnaire a le droit de saisir le juge, qui tranchera le litige en procédure sommaire, dans les 30 jours à compter de la date du refus (art. 697b CO).

On doit *ajouter* à ce cas de refus exprimé sans équivoque deux comportements qui valent refus implicite. Il s'agit d'abord de l'écoulement du délai de quatre mois durant lequel le CA est resté passif, et ensuite de la situation dans laquelle les informations ont été fournies, mais de façon incomplète.

2. *Procédure judiciaire*

La saisine du juge qui suit un tel refus ainsi que la requête d'un examen spécial doivent être traitées rapidement par la justice. La requête auprès du tribunal doit dès lors être examinée par une instance cantonale *unique* (art. 5 al. 1 let. g CPC) et elle est soumise à la procédure *sommaire* (art. 250 let. c ch. 7 [obligation de renseigner les actionnaires] et 8 [examen spécial] CPC).

L'objectif de *célérité* est motivé, d'une part, par le fait que l'obligation de renseigner les actionnaires n'est pas une fin en soi, mais un moyen qui doit

⁷¹ CHABLOZ, Actionnaires dans les sociétés cotées, N 960 ss.

⁷² Cf. *supra* II.B.2 ; II.B.3.

permettre aux actionnaires de déterminer s'ils souhaitent ensuite exercer leurs droits par l'intermédiaire d'une autre action. D'autre part, il convient d'éviter le préjudice qui pourrait être causé par la violation de la loi ou des statuts sur laquelle l'examen spécial est basé⁷³.

3. Action aux frais de la société

L'art. 697h^{bis} al. 1 CO dispose que les *coûts* induits par l'exécution de l'examen spécial sont à la charge de la *société*, qui est tenue de procéder aux éventuelles avances de frais, que l'examen spécial ait été voté par l'AG ou ordonné par le juge⁷⁴. Mais le tribunal peut mettre l'ensemble ou une partie des frais à la charge des requérants si des circonstances particulières le justifient (art. 697h^{bis} al. 2 CO)⁷⁵, à savoir dans le cas d'une utilisation abusive du moyen⁷⁶.

La prise en charge des coûts par la société concerne uniquement les frais de l'examen spécial proprement dit, à l'exclusion des frais de la procédure judiciaire visant à l'institution de celui-ci. Les coûts de la procédure judiciaire visant à la désignation d'un expert indépendant, en particulier les avances de frais (art. 98 CPC), sont répartis selon les règles générales du droit de la procédure civile⁷⁷.

La règle est reprise de l'ancien droit et elle est toujours la *bienvenue*. Elle réduit l'effet dissuasif des coûts⁷⁸, du moins en partie (puisque'elle ne s'applique pas à la procédure judiciaire). Elle devrait aussi encourager la société à livrer des informations utiles à l'actionnaire pour exercer ses droits plutôt que de provoquer un examen spécial qui s'avèrerait long et coûteux⁷⁹. Mais il est peu probable que l'institution de l'examen spécial soit utilisée plus souvent que par le passé.

⁷³ FF 2017 353, p. 492.

⁷⁴ FF 2017 353, p. 493.

⁷⁵ La disposition est reprise de l'art. 697h al. 1 aCO, mais sans l'al. 2 ; on doit toutefois admettre qu'une mise des frais à la charge des requérants continue à être exclue si l'AG a consenti à l'examen spécial.

⁷⁶ FF 2017 353, p. 493. VON DER CRONE, § 16, n. 241, mentionne l'hypothèse d'un examen spécial qui serait requis pour des motifs querulents (« *im Falle einer querulatorischen Einleitung der Sonderuntersuchung* »). Ce cas semble néanmoins peu imaginable une fois que le juge a ordonné l'examen spécial, si ce n'est dans l'hypothèse où les parties l'auraient délibérément induit en erreur au moment de la requête d'examen spécial.

⁷⁷ CHABLOZ, Les nouveaux droits des actionnaires, p. 586.

⁷⁸ BSK OR II-WEBER, Art. 697g, N 1.

⁷⁹ CHABLOZ, Les nouveaux droits des actionnaires, p. 587 ; VON DER CRONE, N 875.

B. Procédure arbitrale

I. Le principe

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit, la société peut soumettre à l'arbitrage les « différends relevant du droit des sociétés » par une disposition statutaire correspondante, qui lie la société et les actionnaires (art. 697*n* al. 1 CO). Si une telle disposition existe, le requérant peut et doit ouvrir une procédure arbitrale en lieu et place d'une saisine du juge.

Cette voie est intéressante pour plusieurs raisons. Elle offre la possibilité à toute société soucieuse de renforcer les droits de ses actionnaires minoritaires et de favoriser un climat de transparence en son sein de mettre sur pied une procédure plus rapide et plus souple. Elle peut en même temps décharger le CA de la tâche délicate de peser les intérêts entre les droits des actionnaires et les secrets d'affaires. Il importe toutefois que la société prenne le soin de formuler une base statutaire adéquate et adaptée à la situation concrète, y compris de sa structure de capital⁸⁰.

L'Association suisse de l'arbitrage (ASA) a d'ores et déjà formulé un modèle – assez complexe – de dispositions statutaires⁸¹. Malencontreusement, l'ASA recommande d'exclure de l'arbitrage les litiges relevant du droit à l'information au motif que ces litiges sont soumis à la procédure sommaire. L'argument n'emporte pas la conviction : ce n'est pas la forme de la procédure étatique (évincée par une clause arbitrale) qui est déterminante, mais l'arbitrabilité de la cause. Or, celle-ci ne fait guère de doute : le droit à l'information est au centre des affaires qui relèvent du droit des sociétés et l'on se trouve en présence d'un litige « *relevant du droit des sociétés* » au sens de la disposition légale⁸². L'ASA ne nie d'ailleurs pas l'arbitrabilité de ce type de litiges⁸³. Son conseil est motivé par un souci d'opportunité.

⁸⁰ Cf. *infra* IV.B.2.

⁸¹ Swiss Arbitration, Règlement suisse supplémentaire pour les différends relevant du droit des sociétés, Genève 2023 (disponible sous : <<https://www.swissarbitration.org/centre/arbitration/arbitration-rules/>>, consulté le 26.03.2023).

⁸² ATF 129 III 301, consid. 1.2.2 : le TF qualifie expressément la procédure judiciaire visant à ordonner un examen spécial de contentieuse. Dans le même sens, CR CO II-PAULI PEDRAZZINI, art. 697*a*, N 26, en se fondant sur l'art. 250 let. c ch. 7 et 8 CPC.

⁸³ Les « [c]ontenus recommandés » de la clause compromissoire type de *Swiss Arbitration* mentionnent que « [t]out différend relevant du droit des sociétés à l'exclusion des questions soumises aux procédures sommaires en vertu de l'[art.] 250(c) du Code de procédure civile suisse [...], sera résolu par arbitrage [...] » (italique ajouté).

2. Les modalités de la clause arbitrale

Or, c'est précisément l'opportunité d'une procédure arbitrale qui peut faire pencher la balance : celle-ci est moins contraignante et plus rapide que la procédure étatique, même en la forme sommaire. Encore faut-il que la société la fasse de cette manière. Outre les clauses usuelles (siège, procédure applicable, etc.), les statuts devraient préciser les points suivants :

- Prévoir une procédure rapide pour la nomination d'un(e) arbitre. On peut songer à dresser une liste des personnalités entrant en ligne de compte, à revoir périodiquement par l'AG – voire même à désigner nommément la ou les arbitre(s) (facile, mais pas sans risque) –, ou à confier cette tâche à un organe neutre (cette solution, très répandue, ajoute une étape supplémentaire, mais les instances usuelles en Suisse s'acquittent de la tâche dans des délais très courts).
- Régler la question du coût et des avances. C'est le point crucial. On peut s'inspirer de la solution du projet de révision⁸⁴, mettre les coûts à la charge de la société, sous réserve des abus, ou laisser au tribunal arbitral la compétence de répartir en équité le coût et les avances.
- Imposer des délais courts à l'arbitre et aux parties. Ce point est essentiel, lui aussi : le droit de l'arbitrage permet des solutions faites sur mesure.
- Pour le surplus, le règlement de l'ASA contient un grand nombre de dispositions, qui règlent un grand nombre de détails, mais qui risquent d'effrayer les praticiens du droit des sociétés⁸⁵. D'autres textes, élaborés dans des domaines juridiques proches, sont plus simples⁸⁶. De façon générale, la société sera bien inspirée de laisser au tribunal arbitral le soin de fixer les détails procéduraux.

Du point de vue du développement jurisprudentiel du droit des SA, le bémol de la voie arbitrale concerne la publicité des sentences. En droit des sociétés, les questions juridiques soulevées dépassent le cadre purement synallagmatique, coutumier à la procédure arbitrale. La confidentialité des procédures doit dès lors être adaptée. Le tribunal arbitral devrait ainsi se voir offrir par les statuts la possibilité de publier ses sentences, entièrement ou partiellement, s'il le juge approprié ou s'il le faut en vertu de la loi (art. 679n al. 3 CO). Il serait regrettable que les évolutions de jurisprudence telles que celle de l'affaire *Bülach* perdent leur caractère public.

⁸⁴ Cf. *supra* IV.A.3.

⁸⁵ Le règlement comporte pas moins de 19 alinéas répartis en 6 articles.

⁸⁶ Comco, 18 novembre 2002, ETA SA Fabriques d'Ebauches, DPC 2002/4, p. 593 ss & p. 604 s. (ch. 6 du dispositif).

Indépendamment de ce qui précède, le CA devra informer les actionnaires au plus tard lors de l'AG suivante si la procédure arbitrale le condamne à fournir des renseignements aux requérants (art. 697 al. 3 CO, *supra* II.B.4).

V. Conclusions

La révision du droit de la SA du 19 juin 2020 avait pour but de renforcer le droit d'information des actionnaires et de faciliter l'exercice de leurs droits. La révision apporte quelques avantages à cet égard, dont une nouvelle structure, plus claire, des droits d'information, mais elle comporte aussi des restrictions qui relativisent les avantages. Dans l'ensemble, les avantages l'emportent avec une légère avance.

1. On mentionnera un nouveau droit des actionnaires de sociétés non cotées à obtenir des *renseignements par écrit*, pour autant qu'ils représentent au moins 10 % du capital ou des droits de vote.
2. Le droit de *consulter* les livres et les dossiers est renforcé, puisqu'il ne dépendra plus d'une autorisation (discrétionnaire) de la société, mais sera soumis aux mêmes conditions que le droit aux renseignements ; il est relativisé dans la mesure où les actionnaires requérants doivent représenter au moins 5 % du capital ou des droits de vote.
3. Le CA doit répondre aux demandes dans les quatre mois et il doit communiquer sa réponse de façon appropriée aux actionnaires au plus tard lors de l'AG suivante. Les *conditions matérielles*, à savoir le besoin des informations pour l'exercice des droits des actionnaires, d'un côté, et la protection des secrets d'affaires, de l'autre, sont restés les mêmes, si bien que la jurisprudence à cet égard reste pertinente. Toutes les informations et tous les documents (aussi, par exemple, le registre des actionnaires et les registres GAFI) peuvent faire l'objet de ces demandes, mais leur connaissance doit être nécessaire pour l'exercice des droits des actionnaires.
4. Le contrôle spécial s'appelle maintenant *examen spécial*. Il peut être requis auprès du juge par des actionnaires qui réunissent 10 % du capital ou des droits de votes si les violations de la loi ou des statuts sont susceptibles de causer un dommage pour l'actionnaire ; il n'est plus nécessaire de démontrer l'existence d'un dommage subi. Le risque financier de la procédure judiciaire est inchangé pour l'actionnaire requérant, même si l'exécution de l'examen spécial reste, en principe, à la charge de la société.
5. Le *seuil* des 10 % (où 5 % dans les sociétés cotées) du capital ou des droits de vote pour les droits à l'information et l'institution d'un examen spécial est une innovation. Le législateur a supprimé la référence à la valeur nominale des titres. Les actions à droit de vote privilégié comptent dès lors

entièrement dans le calcul du seuil, ce qui ne favorise pas les actionnaires minoritaires, mais constitue une fleur pour les actionnaires privilégiés.

6. La procédure *judiciaire* pour faire valoir ces droits reste la même que par le passé. Mais la société peut dorénavant prévoir une clause compromissoire dans les statuts, qui permet de soumettre les différends relevant du droit des sociétés à un tribunal *arbitral*. À condition de formuler de façon judicieuse la base statutaire, l'arbitrage peut permettre aux sociétés qui souhaitent améliorer la transparence pour leurs actionnaires de mettre sur pied une procédure efficace et relativement facile d'accès.

VI. Bibliographie

Littérature/Doctrine

John ARMOUR/Henry HANSMANN/Reinier KRAAKMAN, Agency Problems and Legal Strategies, in Kraakman REINIER *et al.* (éds), *The Anatomy of Corporate Law : A Comparative and Functional Approach*, 3^e éd., Oxford 2017, p. 29 ss ; Peter BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 5^e éd., Zurich 2009 ; **Antonio CARBONARA/Hans Caspar VON DER CRONE**, Aushängung von Jahresabschlüssen. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.9/2003 (BGE 129 III 499) vom 4. April 2003 i.S. X. AG (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen A. (Kläger und Berufungsbeklagter), RSDA 2004, pp. 88-95 ; **Andreas CASUTT**, *Das Institut der Sonderprüfung*, ECS 65/1991, p. 574 ss (cité : CASUTT, *Das Institut der Sonderprüfung*) ; **Andreas CASUTT**, *Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht*, Zurich 1991 (cité : CASUTT, *Die Sonderprüfung*) ; **Isabelle CHABLOZ**, *Les nouveaux droits des actionnaires en matière de restitution et d'accès à l'information*, RSDA 2021, p. 575 ss (cité : CHABLOZ, *Les nouveaux droits des actionnaires*) ; **Isabelle CHABLOZ**, *Actionnaires dans les sociétés cotées : actions légales et gouvernance : étude comparée : Suisse, Australie, Allemagne*, thèse d'habilitation Genève, Zurich/Bâle 2012 (cité : CHABLOZ, *Actionnaires dans les sociétés cotées*) ; **Hans Caspar VON DER CRONE**, *Aktienrecht*, Berne 2020 ; **Luca ENRIQUES *et al.***, *Related-Party Transactions*, in Kraakman REINIER *et al.* (éds), *The Anatomy of Corporate Law : A Comparative and Functional Approach*, 3^e éd., Oxford 2017, p. 145 ss (cité : ENRIQUES *et al.*, *Related-Party Transactions*) ; **Luca ENRIQUES *et al.***, *Corporate Law and Securities Markets*, in Kraakman REINIER *et al.* (éds), *The Anatomy of Corporate Law : A Comparative and Functional Approach*, 3^e éd., Oxford 2017, p. 243 ss (cité : ENRIQUES *et al.*, *Corporate Law and Securities Markets*) ; **Peter FORSTMOSER**, *Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs*, in Alain HIRSCH/Peter NOBEL/Peter BÖCKLI/Peter FORSTMOSER/Jean Nicolas DRUEY (éds), *Rechtsfragen um die Generalversammlung*, Zurich 1997, p. 85 ss ; **Peter FORSTMOSER/Arthur MEIER-HAYOZ/Peter NOBEL**, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996 ; **Lukas HANDSCHIN/Peter JUNG**, *Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre*, Art. 660-697m OR, Zürcher Kommentar, 2^e éd., Zurich 2021 (cité : ZK OR-AUTEUR/E, Art. X, N Y) ; **Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Rolf WATTER**, *Obligationenrecht II*: Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SCHI AG, Art. 1-11 Übest GmbH, Basler Kommentar, 5^e éd., Bâle 2016 (cité : BSK OR II-AUTEUR/E, art. X, N Y) ; **Felix HORBER**, *Die Informationsrechte des Aktionärs: eine systematische Darstellung*, Zurich 1995 ; **Peter V. KUNZ**, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen*

Aktienrecht, Berne 2001 (cité KUNZ, Der Minderheitenschutz) ; **Peter V. KUNZ**, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, PJA 8/2001, p. 883 ss (cité : KUNZ, Das Informationsrecht) ; **Arthur MEIER-HAYOZ/Peter FORSTMOSER/Rolf SETHE**, Schweizerisches Gesellschaftsrecht: Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12^e éd., Berne 2018 ; **Bianca PAULI**, Le droit au contrôle spécial dans la société anonyme : Portée et limites après la première décennie, Zurich 2004 ; **Katja ROTH PELLANDA**, Q&A zur Klage auf Durchführung einer Sonderprüfung nach Art. 697a ff. OR, GesKR 3/2007, p. 294 ss ; **Pierre TERCIER/Marc AMSTUTZ/Rita TRIGO TRINDADE** (éds), Code des obligations II : Art. 530-1186 CO, art. 20-33 LB, avec des introductions à la L Fus, à l'ORAb, à la LTI et à la loi sur la mise en oeuvre des recommandations du GAFI, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CR CO II-AUTEUR/E, art. X, N Y) ; **Pierre TERCIER/Walter A. STOFFEL**, Le droit des sociétés 2003/2004, RSDA 2004, pp. 420-433 (cité : TERCIER/STOFFEL, 2004) ; **Pierre TERCIER/Walter A. STOFFEL**, Le droit des sociétés 2004/2005, RSDA 2005, pp. 311-328 (cité : TERCIER/STOFFEL, 2005) ; **Pierre TERCIER/Walter A. STOFFEL**, Le droit des sociétés 2005/2006, RSDA 2006, pp. 435-451 (cité : TERCIER/STOFFEL, 2006) ; **Hans-Ueli VOGT/Emanuel SCHIWOW/Karin WIEDMER**, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten: Bestandsaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, PJA 2009, p. 1359 ss ; **Roland von BÜREN/Walter A. STOFFEL, Rolf H. WEBER**, Grundriss des Aktienrechts: mit Berücksichtigung der laufenden Revision, 3^e éd., Zurich 2011.

Documents officiels

Conseil fédéral, Message du 23 novembre 2016 concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme), FF 2017 353 (cité : FF 2017 353) ; **Conseil fédéral**, Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable ; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407 (cité : FF 2008 1407) ; **Conseil fédéral**, Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF 1983 II 757 (cité : FF 1983 II 757).