

Révision et modernisation du droit de la société anonyme suisse

Jean-Luc Chenux^(*) et Marina Joos Castelli^{(**)(***)}

I. Introduction

La réforme du droit suisse de la société anonyme, initiée en réponse à divers scandales financiers et à l'évolution de la législation au plan international⁽¹⁾, a connu de nombreuses péripéties avant d'aboutir au projet de loi publié le 23 novembre 2016⁽²⁾, accompagné du message⁽³⁾ y relatif du Conseil fédéral suisse.

Engagée en 2007, la révision tendait au renforcement des principes de gouvernement d'entreprise, à l'amélioration de la protection des actionnaires minoritaires, à l'assouplissement de la structure du capital ainsi qu'à la modernisation des règles de l'assemblée générale⁽⁴⁾. Les travaux liés à cette révision ont dû être suspendus et adaptés à la suite du dépôt, en 2008, de l'initiative constitutionnelle contre les rémunérations abusives (*"initiative Minder"*). Cette initiative visait en substance à soumettre à l'approbation obligatoire de l'assemblée générale les rémunérations des dirigeants de sociétés anonymes cotées en Suisse et à interdire certaines formes de rémunération, à l'exemple des parachutes dorés⁽⁵⁾. L'initiative Minder

a finalement été acceptée par le peuple et les cantons suisses le 3 mars 2013⁽⁶⁾, puis mise en œuvre de manière transitoire sous la forme d'une Ordonnance fédérale contre les rémunérations abusives⁽⁷⁾, en vigueur depuis le 1er janvier 2014⁽⁸⁾.

Dans l'attente du vote populaire relatif à l'initiative Minder, le législateur suisse s'est borné à adopter le 23 décembre 2011 une révision du droit comptable, entrée en vigueur le 1er janvier 2013⁽⁹⁾. Le 28 novembre 2014⁽¹⁰⁾, le Conseil fédéral a repris la révision globale du droit de la société anonyme. Après avoir mis en consultation un avant-projet de modification du CO⁽¹¹⁾, le Conseil fédéral a pris acte des résultats de la consultation et publié un nouveau projet de loi le 23 novembre 2016⁽¹²⁾. Ce nouveau projet intègre les éléments non contestés du projet de loi de 2007⁽¹³⁾. Il prend en compte les développements législatifs intervenus depuis lors, en harmonisant notamment le droit de la société anonyme avec le nouveau droit comptable et en transposant les nouvelles règles sur les rémunérations abusives dans une loi formelle⁽¹⁴⁾. Plus largement, le projet aborde des thèmes relevant

* Professeur à l'Université de Lausanne, avocat.

** Avocate.

*** Les auteurs tiennent à remercier M. Guy Beroud, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, pour son précieux concours à la mise au point de cette contribution.

1. FF 2008 1407, p. 1416 ss et p. 1452. Référence est notamment faite à l'introduction aux Etats-Unis du *"Sarbanes-Oxley Act"*.

2. FF 2017, 625 ss.

3. Message du Conseil fédéral concernant la modification du Code des obligations (droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016 (FF 2017, 353) (ci-après le Message).

4. Cf. Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 (pCO-2007), FF 2008, 1407. Pour un aperçu des publications relatives au premier projet, Peter FORSTMOSER/Marcel KÜCHLER, Die Aktienrechtsreform von der letzten Etappe ? Teil I, RSJ 113/2017, p. 73 ss, p. 74.

5. FF 2008, 2325. Cf. ég. FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 75.

6. FF 2013, 2759. Le contre-projet indirect proposé par les Chambres fédérales (pCO-2012) le 16 mars 2012 a ainsi été écarté (10.443 Contre-projet indirect à l'initiative populaire *"contre les rémunérations abusives"*).

7. ORAb, RS 221.331.

8. Le texte de l'initiative exigeait que le Conseil fédéral édicte, dans un délai d'une année après son acceptation, soit avant le 3 mars 2014, une ordonnance d'exécution provisoire (art. 33 ORAb).

9. FF 2012, 59.

10. Communiqué de presse du Conseil fédéral du 28 novembre 2014.

11. Disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vorentw-f.pdf>.

12. Communiqués de presse du Conseil fédéral du 4 décembre 2015 et du 23 novembre 2016. Pour plus de précisions sur les étapes du processus législatif, cf. Karin POGGIO/Florian ZIHLER, Entwurf zur Revision des Aktienrechts als dritter Meilenstein, EF 1/17, p. 91 ss.

13. Message, p. 355; communiqué de presse du Conseil fédéral du 4 décembre 2015.

14. Message, p. 355 ss.

de la politique sociale, à savoir la promotion d'une parité hommes-femmes au sein des conseils d'administration et des directions de sociétés cotées, ainsi que l'amélioration de la transparence des flux financiers dans le secteur des matières premières⁽¹⁵⁾.

II. Modernisation du droit de la société anonyme

A. En général

Le projet de 2016 modernise le droit de la société anonyme en assouplissant les dispositions sur le capital, promeut la gouvernance d'entreprise et la transparence, et renforce les droits des actionnaires. Le projet allège également les règles relatives à la tenue des assemblées générales en prenant en compte les nouveaux modes de communication.

B. Structure du capital, modification du capital et distributions

1. Fixation du capital-actions

Selon le projet, il sera possible pour la société anonyme de fixer son capital-actions dans la monnaie étrangère la plus importante au regard de son activité⁽¹⁶⁾. La même monnaie devra être utilisée pour la comptabilité commerciale et la présentation des comptes⁽¹⁷⁾. Cette modification met fin à l'incohérence existant actuellement entre le droit ordinaire des sociétés et le nouveau droit comptable, en vigueur depuis le 1er janvier 2013, et renforce la sécurité juridique⁽¹⁸⁾.

Le projet autorise un abaissement de la valeur nominale minimum de l'action, qui est actuellement de 1 centime, en exigeant que la valeur nominale soit supérieure à zéro⁽¹⁹⁾. Cette modification devrait permettre aux sociétés de rendre leurs actions plus liquides sur le marché boursier⁽²⁰⁾ et faciliter la mise en place de plans d'intéressement⁽²¹⁾.

2. Fondation et libération du capital-actions

a) Remarque préliminaire

Afin d'alléger le processus de fondation, le projet introduit une forme simplifiée de constitution de la société. Le projet clarifie les formes dites qualifiées, en codifiant en particulier les pratiques concernant la libération par apport en nature et par compensation de créance. La proposition la plus critiquée concerne la suppression de la forme qualifiée de la reprise de biens.

b) Forme simplifiée de fondation

Le projet supprime l'obligation de la forme authentique, soit notariée, pour les sociétés dont la structure est réputée "simple", en vue d'alléger les charges administratives et d'accélérer le processus de création⁽²²⁾. La structure est simple lorsque les statuts se limitent au minimum prescrit par la loi, que le capital-actions est fixé en francs suisses et que les apports sont entièrement libérés en francs suisses⁽²³⁾.

15. Communiqué de presse du Conseil fédéral du 4 décembre 2015; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 79.

16. Message, p. 382; art. 621 al. 1 P-CO. Regrettant le maintien d'un montant minimum de CHF 100'000, Dieter GERICKE/Andreas MÜLLER/Daniel HÄUSERMANN/Nina HAGMANN, Aktienrechtsentwurf 2016 : Verbesserungen, aber Schwachstellen, RSDA 2017, p. 25 ss, p. 27.

17. Art. 621 al. 1 P-CO.

18. Alors que le nouveau droit comptable autorise la tenue de la comptabilité dans une monnaie étrangère, la monnaie nationale reste, à l'heure actuelle, la valeur de référence, pour les questions du droit de la société anonyme, telles que la constatation d'une perte de capital ou d'un surendettement. En pratique, cette incohérence a mené à des distorsions significatives, susceptibles de transformer un bénéfice en une perte annuelle lors de l'établissement des comptes annuels et de la conversion de devises (du fait notamment de l'application du principe de la prudence au moment de la conversion). Cf. Message, p. 382 ss; Hans Caspar VON DER CRONE/Luca ANGSTMANN, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, RSDA 2017 p. 3 ss, p. 4; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 93. Cf. ég. Markus R. NEUHAUS/Daniel SUTER, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5e éd., Bâle 2017 (ci-après BSK-OR II), N 12 et 16 ad art. 958d; Hanspeter Wüstiner, BSK-OR II, N 18 ad art. 725.

19. Art. 622 al. 4 P-CO. Le projet renonce à l'introduction d'actions sans valeur nominale; le Conseil fédéral lui préfère l'abaissement de la valeur nominale, combinée avec la marge de fluctuation de capital (cf. infra II.B.3.e), afin d'accorder plus de flexibilité aux sociétés dans la fixation et la modification de leur capital. Cf. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 4; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 81; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 94; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 27.

20. Message, p. 384 s., et 435; Carlo LOMBARDINI, Commentaire Romand Code des Obligations II, Bâle 2008 (ci-après CR CO-II), N 28 ss ad art. 622. La valeur nominale minimale des titres des sociétés anonymes suisses était initialement fixée à CHF 100, avant d'être réduite à CHF 10 en 1991, puis à CHF 0,1 en 2000. Cf. ég. Peter BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zurich/Genève/Bâle 2009, 4e édition, § 4 N. 21 ss; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 27.

21. Message, p. 384 et 385; BÖCKLI, op. cit. n° 20, § 4 N. 30.

22. Message, p. 390 ss; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 95.

23. Art. 629 al. 1 P-CO.

S'il faut saluer cet allègement des coûts et de la forme, on peut regretter que le projet n'ait pas élargi le champ d'application de la forme écrite⁽²⁴⁾. En effet, la forme notariale restera souvent nécessaire en pratique : il suffit que les fondateurs optent pour des restrictions statutaires au transfert d'actions (sous la forme d'actions nominatives liées) ou encore pour une clause autorisant la délégation de la gestion, pour que la structure s'écarte du minimum légal autorisant la voie simplifiée⁽²⁵⁾.

c) Forme qualifiée de l'apport en nature

Après que le droit suisse a introduit la définition de la notion d'actif⁽²⁶⁾, le projet le codifie *“la pratique dominante depuis 2001 selon laquelle un actif peut avoir qualité d'apport en nature si, cumulativement, (1) il peut être porté à l'actif du bilan et s'il est (2) transférable, (3) disponible et (4) réalisable”*⁽²⁷⁾. Bien que critiquée, cette précision contribuera à renforcer la sécurité juridique en la matière⁽²⁸⁾.

d) Forme qualifiée de la compensation

Le projet traite de la libération de capital par compensation de créance *“que le droit actuel ne règlemente que de façon lacunaire”*⁽²⁹⁾ et met notamment fin à la question longtemps controversée de la libération de capital par compensation de créance dans un but

d'assainissement⁽³⁰⁾. Il est vrai que le Tribunal fédéral avait déjà reconnu implicitement la conversion possible d'une créance postposée, renonçant ainsi à l'application de la théorie allemande de la *Werthaltigkeit*⁽³¹⁾. Selon le projet, une libération par compensation de créance est expressément autorisée même si la créance à compenser n'est pas couverte par les actifs sociaux⁽³²⁾. Il faut saluer cette proposition car le *“Debt-Swap”* est un outil intéressant d'assainissement de la société⁽³³⁾. Il faut relever toutefois que dans un souci constant de constitution effective du capital initial, le Conseil fédéral veut exclure la compensation avec des créances dépréciées lors de la fondation de la société⁽³⁴⁾.

e) Forme qualifiée de la reprise de biens

Malgré l'opposition d'une large partie de la doctrine⁽³⁵⁾, le projet propose de renoncer purement et simplement à l'institution de la reprise de biens comme forme qualifiée de fondation ou d'augmentation de capital⁽³⁶⁾. De l'avis du Conseil fédéral⁽³⁷⁾, cette modification permet de mettre fin à l'insécurité juridique existante et résultant du champ d'application flou du régime de la reprise de biens, tout en conservant un niveau de protection suffisant du capital⁽³⁸⁾.

La notion juridique de reprise de biens n'est en effet pas définie clairement, en dépit des sanctions importantes qui y sont attachées⁽³⁹⁾. A la différence du droit

-
24. Message, p. 390 ss et 440 ss; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 27, pour qui cette forme serait réservée aux sociétés à actionnaire unique. Sceptique également quant à la portée de cette modification, Peter BÖCKLI, *Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016*, GesKR 2/2017, p. 133 ss, p. 134.
25. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 27.
26. Art. 959 al. 2 CO.
27. Art. 634 P-CO. Sur la pratique actuelle : cf. Communication de l'Office fédéral du registre du commerce du 15 août 2001 concernant les apports en nature et la reprise de biens, REPRAX 2/01, p. 66 ss; ATF 119 IV 319; BÖCKLI, op. cit. 20, § 1 N. 20, p. 128.
28. Message, p. 441. Critiques quant à la fixation de critères légaux, GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 28.
29. Message, p. 443.
30. Art. 634a al. 1 P-CO; Message, p. 443. Arthur MEIER-HAYOZ/Peter FORSTMOSER, *Droit suisse des sociétés*, Berne 2015, § 16 N. 98a; *contra* BÖCKLI, op. cit. n° 20, § 2 N. 127 ss. Saluant la clarification de cette pratique, VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 5.
31. ATF 138 III 204. Cf. au sujet de la controverse : Lukas GLANZMANN, *Verrechnungsliberierung - Absage an die Werthaltigkeitstheorie*, GesKR 2008, p. 15; Gaudenz G. ZINDEL/Peter R. ISLER, BSK-OR II, N 4 ad art. 652c; *contra* BÖCKLI, op. cit. n° 20, § 2 N 143 ss. Cf. ég. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 27; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 5.
32. Message, p. 443; Peter FORSTMOSER/Marcel KÜCHLER, *Schweizer Aktienrecht 2020*. EF 1-2/2016, p. 86 ss, p. 92.
33. Message, p. 443; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 5.
34. Message, p. 444.
35. BÖCKLI, op. cit. n° 24, p. 140 s.; Peter BÖCKLI, *Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision*, GesKR 2015, p. 1 ss, p. 2; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 4 s., critiques au sujet de la suppression de la forme qualifiée de la reprise de biens sans aménagement d'un *“safe harbor”*; *contra* POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 94, pour qui le mécanisme de restitution des prestations et la responsabilité des administrateurs garantissent la protection du capital et justifient cette suppression.
36. Message, p. 386.
37. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 27, associant cette suppression à la fin de la menace d'une épée de Damoclès; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 94.
38. Message, p. 386 s.; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 27; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 94.
39. La notion de reprise de biens est consacrée par l'art. 628 CO. Le non-respect des exigences légales en matière de reprise de biens emporte des conséquences civiles et pénales : sur le plan civil, une violation de ces exigences peut non seulement engager la responsabilité des fondateurs (art. 753 CO), mais également entraîner la nullité absolue de la transaction, voire une action en dissolution de la société; sur le plan pénal, la violation peut fonder l'infraction de faux dans les titres au sens de l'art. 251 ou d'obtention frauduleuse d'une constatation fautive au sens de l'art. 253 du Code pénal suisse (RS 311.0, CP), Carlo LOMBARDINI/Caroline CLEMETSON, CR CO-II, N 29 ad art. 628; Franz SCHENKER, BSK-OR II, N 13 ad art. 628; BÖCKLI, op. cit. n° 20, § 1 N 375.

européen, le droit suisse ne définit en particulier pas la durée critique après la constitution de la société⁽⁴⁰⁾. Aussi, en pratique, il est souvent difficile de déterminer si un acte conclu postérieurement à la constitution de la société était envisagé au préalable⁽⁴¹⁾.

A notre sens, la critique⁽⁴²⁾ du projet tirée du détournement des règles sur l'apport en nature n'est pas fondée. En effet, la réglementation protectrice en cas d'apport en nature se justifie en raison du conflit d'intérêts entre la société en formation et l'actionnaire⁽⁴³⁾. Ce risque de conflit d'intérêts n'est pas le même en cas de reprise de biens, qui relève de la compétence du conseil d'administration après la constitution de la société. De plus, le droit des sociétés prévoit d'autres mécanismes de protection efficaces du capital, dont l'interdiction de restitution des apports et l'action en restitution de prestations⁽⁴⁴⁾. Enfin, la problématique de la reprise de biens doit s'inscrire dans le cadre d'une réflexion plus large sur les transactions avec des parties liées (*"Related Party Transactions"*)⁽⁴⁵⁾. A l'instar du droit européen, le législateur suisse devrait mettre en place une règle de comportement générale, claire et prévisible, applicable aux sociétés en cas de transactions avec des parties liées, assurant un niveau de protection équivalent de la société, des actionnaires minoritaires et des travailleurs⁽⁴⁶⁾. Une telle réglementation existe en Angleterre⁽⁴⁷⁾ et en France⁽⁴⁸⁾, et est actuellement en cours de révision au niveau de l'Union européenne⁽⁴⁹⁾.

3. Modifications du capital-actions

a) En général

Les nouvelles dispositions sur le capital visent à permettre aux sociétés anonymes d'adapter le montant de leur capital-actions avec plus de souplesse, ainsi qu'à instaurer une réglementation homogène des différents mécanismes d'augmentation et de réduction du capital⁽⁵⁰⁾. Le projet n'apporte que des améliorations ponctuelles à la réglementation applicable en cas d'augmentation de capital, lesquelles visent principalement à renforcer la protection des actionnaires contre le risque de dilution⁽⁵¹⁾. Il consacre une réglementation plus claire et complète de la réduction du capital-actions, qui fait actuellement l'objet de normes rudimentaires⁽⁵²⁾. La modification principale tient à l'introduction d'une marge de fluctuation de capital, qui remplace l'augmentation autorisée du capital-actions⁽⁵³⁾.

b) Augmentation du capital-actions

En cas d'augmentation du capital-actions, le droit actuel limite, de manière impérative, la possibilité pour la société de supprimer ou de limiter le droit de souscription préférentiel des actionnaires existants⁽⁵⁴⁾. La suppression du droit de souscription préférentiel implique une décision de l'assemblée générale prise à la majorité qualifiée (art. 704 al. 1 ch. 6 CO), l'existence d'un juste motif et le respect de l'égalité entre les actionnaires⁽⁵⁵⁾. Sous réserve d'abus, la société

40. BÖCKLI, op. cit. n° 20, § 1 N 387 et 389.

41. Carlo LOMBARDINI/Caroline CLEMETSON, CR CO-II, N 12 ad art. 628; BÖCKLI, op. cit. n° 20, § 1 N. 389.

42. Cf. références n° 35.

43. Carlo LOMBARDINI/Caroline CLEMETSON, CR CO-II, N 11 ad art. 628.

44. Message, p. 387. L'action en restitution, consacrée par l'art. 678 al. 2 CO, permet d'obtenir la restitution de toute prestation faite en disproportion manifeste par la société en vue d'une reprise de biens d'un actionnaire ou d'un de ses proches. L'interdiction pour les actionnaires de réclamer la restitution de leurs apports en capital est sanctionnée de nullité (art. 680 CO). Parmi ces mécanismes figure également l'action en responsabilité contre les administrateurs consacrée par l'art. 754 CO (en lien avec l'art. 717 CO). Cf. Jean-Luc CHENAUX, CR CO-II, N 16 ss ad art. 680; Jean-Luc CHENAUX, CR CO-II, N 28 ss ad art. 678; Bernard CORBOZ, CR CO-II, N 1 ss ad art. 754.

45. Une réglementation relative aux *Related Party Transactions* implique (i) de définir un ratio qualitatif permettant de déterminer les transactions visées (transactions importantes), (ii) d'appliquer un régime de transparence à ces transactions, comprenant une obligation de publier la transaction, sa valeur ainsi que toute information permettant son évaluation et (iv) enfin, le cas échéant, la fixation des modalités d'un rapport externe destiné à établir le caractère équitable et raisonnable de la transaction : cf. Résolution législative du Parlement européen du 14 mars 2017 sur la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et la Directive 2013/34/UE en ce qui concerne certains éléments de la déclaration sur la gouvernance d'entreprise (en particulier art. 9 quater); BÖCKLI, op. cit. n° 24, p. 143 s.

46. Cf. ég. BÖCKLI, op. cit. n° 24, p. 143 s.

47. Règles de cotation du London Stock Exchange relatives aux *"Related Party Transactions"*, N. 11, mars 2016.

48. Art. 225-38 du Code de commerce, version consolidée du 1er juillet 2017.

49. Cf. Résolution législative du Parlement européen, op. cit. 45.

50. Message, p. 447 ss; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 95.

51. Message, p. 455 ss; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 95.

52. Message, p. 388.

53. Message, p. 448; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 7 ss; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 94.

54. Art. 652 CO.

55. Cf. BÖCKLI, op. cit. n° 20, § 2 N 251 ss; Silvio VENTURI/Marie-Noëlle ZEN-RUFFINEN, CR CO-II, N 15 ss ad art. 652b; Gaudenz G. ZINDEL/Peter R. ISLER, BSK-OR II, N 4 ad art. 652b.

reste toutefois libre, selon une jurisprudence critiquée mais récemment confirmée du Tribunal fédéral⁽⁵⁶⁾, de fixer le prix d'émission des nouvelles actions en deçà de la valeur réelle des actions.

Selon le projet, *“nul ne doit être avantagé ou désavantagé de manière non fondée par la suppression du droit de souscription préférentiel ou par la fixation du prix d'émission”*⁽⁵⁷⁾. Ainsi, la suppression du droit de souscription préférentiel et la fixation du prix d'émission seront désormais soumises aux mêmes conditions⁽⁵⁸⁾. Cette modification, qui vise à instaurer une plus grande protection de l'actionnaire contre le risque de dilution, doit être saluée dans son principe⁽⁵⁹⁾.

Le projet vise également à alléger et assouplir la procédure⁽⁶⁰⁾. Dans les cas simples, il sera possible de procéder à l'augmentation de capital sans passer devant notaire⁽⁶¹⁾. Le conseil d'administration disposera au surplus d'un délai plus long de six mois, au lieu de trois, afin de requérir l'inscription de l'augmentation du capital-actions au registre du commerce⁽⁶²⁾.

Le régime de l'augmentation conditionnelle du capital-actions ne fait l'objet que de quelques précisions. Le projet codifie la pratique libérale existante et élargit le cercle des bénéficiaires potentiels de droits d'options ou de conversion, qui ne se limite plus dé-

sormais aux seuls créanciers sociaux et travailleurs de la société ou d'une société affiliée⁽⁶³⁾. On peut regretter que le projet ne clarifie pas le rôle de la banque, qui demeure incertain en pratique⁽⁶⁴⁾.

c) Réduction du capital-actions

Les nouvelles règles de la réduction ordinaire du capital ont le mérite d'être claires et d'apporter une plus grande souplesse. Ainsi, l'assemblée générale décide et fixe le montant de la réduction ordinaire du capital-actions dans une décision unique⁽⁶⁵⁾. Comme pour l'augmentation de capital, un délai de péremption de six mois pour requérir l'inscription de la réduction du capital-actions est applicable⁽⁶⁶⁾. Il est en outre désormais expressément précisé que la réduction ordinaire du capital-actions n'est pas autorisée si la société présente une perte reportée⁽⁶⁷⁾.

La protection des créanciers est préservée mais le régime est assoupli⁽⁶⁸⁾. Le conseil d'administration bénéficie en effet d'une plus grande marge de manœuvre dans l'organisation de la réduction du capital⁽⁶⁹⁾. Il a le choix de procéder à l'appel aux créanciers et d'obtenir l'attestation du réviseur agréé⁽⁷⁰⁾ avant ou après la décision de l'assemblée générale de réduire le capital⁽⁷¹⁾. De plus, le projet se contente d'une seule publication dans la Feuille officielle suisse du commerce⁽⁷²⁾. Les créanciers sociaux

56. ATF 99 II 55 et 102 II 265. Cf. ég. arrêt du Tribunal fédéral du 15 janvier 2008, 4A_43/2007, consid. 5.

57. Art. 652b al. 4 P-CO.

58. Message, p. 449. Ainsi, en cas de fixation abusive des modalités d'exercice du droit de souscription préférentiel ou du prix d'émission, la décision de l'assemblée générale pourra faire l'objet d'une action en annulation.

59. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 6.

60. *Contra* : GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 30, pour qui la révision n'apporte en pratique aucun allègement.

61. Selon l'art. 650 al. 4 P-CO, un cas est simple lorsque (i) les statuts se limitent au contenu minimum légal exigé par l'art. 626 al. 1 P-CO, tant avant qu'après l'augmentation, (ii) le capital-actions est fixé en francs suisses et (iii) les apports sont entièrement libérés en espèces et en francs suisses. Pour plus d'information, cf. Message, p. 448. Cf. ég., FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 82.

62. En effet, le délai de péremption de trois mois, au-delà duquel la décision d'augmentation perd sa validité, s'est révélé trop court en pratique, Message, p. 447 s.

63. Art. 653 al. 1 P-CO. Le texte actuel de la loi limite le cercle des bénéficiaires potentiels aux créanciers et aux travailleurs, alors qu'en pratique de tels droits sont fréquemment octroyés aux actionnaires, aux membres du conseil d'administration, voire à certains consultants de la société ou d'une autre société du groupe, cf. Message, p. 452 s. Appelant à une clarification du texte légal : GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 31.

64. Jean-Luc CHENAUX/Lise DUMMERMUTH, les plans d'intéressement, CEDIDAC vol. 91, Lausanne 2014, p. 14; Silvio VENTURI/Marie-Noëlle ZEN-RUFFINEN, CR CO-II, N 4 ad art. 653e.

65. Cf. art. 653j P-CO. En précisant que la réduction est décidée dans une décision unique (et non pas dans deux décisions distinctes), le projet met ainsi fin à une controverse doctrinale de longue date, cf. BÖCKLI, op. cit. n° 20, § 2 N 342; Manfred KÜNG/Niklaus SCHOCH, BSK-OR II, N 43 ad art. 732-735.

66. Cf. Message, p. 456; art. 653j al. 3 P-CO. Jugeant cette limite temporelle inutile compte tenu de l'absence d'abus en pratique, GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 31.

67. Cf. art. 677a P-CO; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 101. Craignant que cette disposition ne soit dommageable pour les sociétés en croissance, GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 33.

68. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 6.

69. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 6 s.; inquiets de ce que la disposition ne contienne pas une obligation de vérification de la couverture des dettes par les actifs, GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 31 s.

70. Message, p. 458; art. 653m al. 2 P-CO.

71. Message, p. 456; art. 653k P-CO. En termes de transparence envers les actionnaires, il est préférable que l'appel aux créanciers et le contrôle de l'expert-réviseur soient accomplis avant de statuer sur la réduction de capital, afin de permettre aux actionnaires de prendre une décision informée, Message, p. 456 s.

72. Message, p. 456, l'exigence de publier trois fois l'avis aux créanciers ne se justifie plus au vu du fait qu'il est possible de consulter les publications faites dans la Feuille Officielle Suisse du Commerce (FOSC) en ligne.

disposent d'un délai raccourci de trente jours, en lieu et place de deux mois, pour exiger que leurs créances soient garanties par la société⁽⁷³⁾. En cas de production de créances, la société peut se libérer de son obligation de garantir une créance produite si elle l'exécute ou démontre que la réduction du capital-actions ne compromet pas son exécution⁽⁷⁴⁾. Cette solution est inspirée de celle applicable dans le cadre de fusions de sociétés⁽⁷⁵⁾.

d) Formes spéciales de réduction du capital

Le projet règle deux formes spéciales de réduction du capital, qui bénéficient d'un régime allégé par rapport à la réduction ordinaire. La première est celle de la réduction dite déclarative du capital, c'est-à-dire la réduction en cas de bilan déficitaire en vue de supprimer tout ou partie d'un excédent de passif constaté au bilan et résultant de pertes⁽⁷⁶⁾. La réduction déclarative est déjà prévue par le droit en vigueur⁽⁷⁷⁾. Le projet y apporte toutefois des allègements bienvenus⁽⁷⁸⁾. Ainsi, la société peut procéder à une réduction déclarative sans avis préalable aux créanciers et sans devoir désintéresser ou garantir ces derniers⁽⁷⁹⁾. Cette procédure alléguée n'est applicable que s'il est attesté par un expert-réviseur agréé que le montant de la réduction du capital ne dépasse pas celui de l'excédent passif à supprimer⁽⁸⁰⁾. L'expert-réviseur agréé doit également vérifier que le bilan est bien déficitaire⁽⁸¹⁾.

La deuxième forme spéciale de réduction est celle dite de "l'accordéon", soit la réduction du capital-actions suivie d'une augmentation simultanée d'un montant au moins équivalent et sans réduction des apports effectués⁽⁸²⁾. Tout comme la réduction décla-

rative, cette forme spéciale de réduction bénéficie d'un régime allégé : les dispositions régissant la réduction du capital et qui concernent la protection des créanciers ainsi que l'attestation de vérification ne sont pas applicables⁽⁸³⁾. Le conseil d'administration n'est pas tenu de modifier les statuts lorsque le nombre et la valeur nominale des actions ainsi que le montant des apports effectués restent inchangés⁽⁸⁴⁾.

e) Marge de fluctuation du capital

(1) Contexte et objectifs

Le projet consacre une nouvelle institution visant à assouplir les procédures d'augmentation et de réduction du capital-actions⁽⁸⁵⁾. Il s'agit de la marge de fluctuation du capital, qui remplacera l'augmentation autorisée du capital⁽⁸⁶⁾.

En principe, l'assemblée générale est compétente en droit de la société anonyme suisse pour décider de la structure du capital de la société⁽⁸⁷⁾. Le droit suisse connaît une exception à la règle : celle de l'augmentation de capital autorisée⁽⁸⁸⁾. En cas d'adoption d'une augmentation autorisée de capital, le conseil d'administration est habilité à décider d'augmenter le capital-actions, mais il n'en a pas l'obligation⁽⁸⁹⁾. En adoptant une marge de fluctuation du capital, l'assemblée générale sera à même d'autoriser le conseil d'administration non seulement d'augmenter, mais également de réduire, le capital-actions, dans une fourchette fixe et pendant une durée n'excédant pas cinq ans⁽⁹⁰⁾. La marge de manœuvre et la compétence du conseil d'administration pourront ainsi être significativement étendues afin de lui permettre d'adapter facilement le capital-actions de la société selon les

73. Message, p. 456.

74. La société doit respecter le principe d'égalité de traitement des créanciers et veiller à ne pas désavantager les autres créanciers en exécutant une créance, Message, p. 457.

75. Cf. l'art. 653k al. 3 P-CO et l'art. 25 al. 3 de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (RS 221.301, LFus).

76. Art. 653p P-CO.

77. Art. 735 CO.

78. Art. 653p P-CO; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 7.

79. Message, p. 456 s.

80. Art. 653p al. 1 P-CO.

81. Message, p. 460. Le bilan est déficitaire lorsque l'actif social ne couvre plus entièrement le capital-actions, cf. Manfred KÜNG/Niklaus SCHOCH, BSK-OR II, N 10 ad art. 732. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 7.

82. Message, p. 461.

83. Art. 653q al. 1 P-CO.

84. Art. 653q al. 3 P-CO. La libération partielle est ainsi possible; cf. ég. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 7.

85. Message, p. 462.

86. Cf. les articles 653 ss P-CO s'agissant de la marge de fluctuation et les articles 651 ss P-CO s'agissant de l'augmentation autorisée; Message, p. 389 et 462.

87. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 6 s.

88. Art. 651 CO; cf. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 7 s.; BÖCKLI, op. cit. 20, § 2 N 83a ss; Gaudenz G. ZINDEL/Peter R. ISLER, BSK-OR II, N 2 ad art. 651.

89. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 7 s.

90. Message, p. 389, 462 ss; art. 653s al. 1 P-CO. Cf. ég. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 8.

besoins de cette dernière, l'évolution des circonstances et le marché⁽⁹¹⁾. L'assemblée générale pourra, si elle le souhaite, restreindre la marge de manœuvre du conseil d'administration en ne l'autorisant, par exemple, qu'à augmenter le capital-actions ou encore en assortissant l'autorisation d'augmenter ou de réduire le capital de charges et de conditions⁽⁹²⁾.

(2) Mise en œuvre de la marge de fluctuation

Aux termes du projet, la marge de fluctuation doit être décidée par l'assemblée générale des actionnaires à la majorité qualifiée⁽⁹³⁾ et une limite supérieure et inférieure de fluctuation fixée dans les statuts⁽⁹⁴⁾. La limite supérieure de la fluctuation ne peut excéder un montant équivalent à 50 % du capital-actions inscrit au registre du commerce⁽⁹⁵⁾. La limite inférieure ne peut être inférieure à la moitié du capital-actions et doit, en tout état de cause, respecter le capital minimum légal⁽⁹⁶⁾.

Le conseil d'administration est compétent pour décider des augmentations et des réductions effectives du capital-actions dans le cadre de la marge de fluctuation⁽⁹⁷⁾. Il édicte les dispositions nécessaires, procède aux constatations requises par acte authentique et modifie les statuts de manière correspondante⁽⁹⁸⁾.

Le système prescrit une protection anticipée des créanciers⁽⁹⁹⁾. L'appel aux créanciers doit avoir lieu avant la décision de l'assemblée générale d'instituer une marge de fluctuation⁽¹⁰⁰⁾. Il en va de même de l'attestation d'un expert réviseur agréé certifiant que les créances sociales demeurent entièrement couvertes après une éventuelle réduction du capital⁽¹⁰¹⁾. Par la suite, le conseil d'administration n'est pas tenu de renouveler l'avis au créancier ou de se faire délivrer une nouvelle attestation de vérification⁽¹⁰²⁾. En

vertu de son devoir de diligence, il devra toutefois s'assurer, au moment de procéder à la réduction du capital, que l'exécution des créances sociales ne s'en trouve pas compromise, sous peine d'engager la responsabilité de ses membres⁽¹⁰³⁾. Par conséquent, il pourrait être avisé, le moment venu et selon les circonstances, pour le conseil d'administration, de renouveler l'avis au créancier ou d'obtenir une nouvelle attestation de vérification⁽¹⁰⁴⁾.

Le nouveau système de protection des créanciers n'est applicable que lorsque la marge de fluctuation est décidée après la constitution de la société et qu'elle autorise une réduction dont la limite inférieure se trouve en deçà du capital-actions inscrit au registre du commerce⁽¹⁰⁵⁾. Ainsi, aucun avis ne doit être donné aux créanciers en cas de création d'une marge de fluctuation au moment de la constitution de la société, ou encore en cas de marge de fluctuation n'autorisant pas une réduction du capital en deçà du capital-actions inscrit au registre du commerce⁽¹⁰⁶⁾. Afin de garantir une protection effective des créanciers sociaux, les sociétés ayant renoncé au contrôle restreint de leurs comptes annuels ne peuvent valablement autoriser une réduction de capital dans le cadre du système de la marge de fluctuation⁽¹⁰⁷⁾.

(3) Lien avec l'augmentation de capital autorisée et conditionnelle

Le projet prévoit la suppression de l'augmentation autorisée du capital⁽¹⁰⁸⁾, qui sera rendue obsolète par le système de la marge de fluctuation du capital. Les augmentations autorisées du capital-actions décidées avant l'entrée en vigueur du projet resteront toutefois valables et continueront à être régies par le droit actuel⁽¹⁰⁹⁾.

91. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 8; jugeant le législateur généreux dans la marge de manœuvre laissée au conseil d'administration, FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 80.
92. Message, p. 389 et 463; art. 653s al. 3 P-CO.
93. Art. 704 al. 1 ch. 5 P-CO.
94. Message, p. 462.
95. Message, p. 463.
96. Message, p. 463.
97. Art. 653u P-CO.
98. Message, p. 465; art. 653u al. 2 et 3 P-CO.
99. Message, p. 465; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 9; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 79.
100. Message, p. 465; art. 653w P-CO, en lien avec l'art. 653k P-CO p.a.
101. Message, p. 465; art. 653w P-CO, en lien avec l'art. 653m P-CO p.a.
102. Message, p. 465. Jugeant cette réglementation insatisfaisante, GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 29.
103. Art. 653w al. 3 P-CO, en lien avec les art. 717 et 754 CO. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 9, critiques quant à l'efficacité du "keine Gefährdung-Test", GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 27.
104. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 9; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 31 s.
105. Art. 653w P-CO.
106. Message, p. 465.
107. Art. 653s al. 4 P-CO.
108. Cf. art. 651 ss CO; Message, p. 389 et 462.
109. Art. 3, dispositions transitoires; Message, p. 682. Les décisions de l'assemblée générale y relatives ne pourront toutefois être prorogées ou modifiées.

Alors que l'augmentation de capital autorisée disparaît, l'augmentation conditionnelle continue d'exister aux côtés de la marge de fluctuation. L'articulation de ces deux mécanismes n'est toutefois pas aisée⁽¹¹⁰⁾. Le projet précise que, pendant la durée de validité de la marge de fluctuation du capital, l'assemblée générale des actionnaires reste libre de décider d'une augmentation conditionnelle⁽¹¹¹⁾. Dans un tel cas, la marge de fluctuation du capital devient toutefois automatiquement caduque pour des questions de sécurité juridique⁽¹¹²⁾. Ainsi, si l'assemblée générale des actionnaires souhaite maintenir une marge de fluctuation aux côtés d'un capital conditionnel, elle n'aura d'autre choix que de décider à nouveau de l'instauration d'une marge de fluctuation⁽¹¹³⁾. En ce qui concerne les augmentations au moyen d'un capital conditionnel décidé avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, celles-ci resteront valables et continueront d'être régies par le droit actuel⁽¹¹⁴⁾.

Enfin, si l'assemblée générale des actionnaires décide, pendant la durée de validité de la marge de fluctuation, d'une augmentation de capital ordinaire, d'une réduction du capital ou encore d'une modification de la monnaie dans laquelle le capital-actions est fixé, la marge de fluctuation devient automatiquement caduque dans ces cas également⁽¹¹⁵⁾.

f) Dividendes intermédiaires

Au contraire d'autres pays (tels que les Etats-Unis)⁽¹¹⁶⁾, le droit positif ne prévoit pas la possibilité de versement de dividendes intermédiaires, ce qui n'est pas sans poser problème en pratique⁽¹¹⁷⁾. La doctrine dominante admet la pratique à certaines conditions, notamment l'adoption de comptes intermédiaires

audités⁽¹¹⁸⁾. Selon le projet, les sociétés anonymes pourront dorénavant procéder à des distributions intermédiaires de dividendes selon une base légale claire⁽¹¹⁹⁾. Ainsi l'assemblée générale pourra décider de verser un dividende intermédiaire dans la mesure où les statuts le prévoient explicitement et où des comptes intermédiaires ont été établis, puis révisés au préalable⁽¹²⁰⁾. Ce changement permettra de répondre à des besoins pratiques concrets, tels que la redistribution de liquidités à l'intérieur d'un groupe de sociétés, et créera enfin la sécurité juridique nécessaire en la matière⁽¹²¹⁾.

C. Modernisation du droit de l'assainissement

Selon le projet, le conseil d'administration d'une société anonyme devra agir plus tôt en cas de difficultés financières et disposera de moyens supplémentaires afin d'assainir la société en amont d'une éventuelle procédure concordataire⁽¹²²⁾. Un "système d'alerte précoce" est en effet aménagé en vue de rendre le conseil d'administration "plus attentif aux liquidités et à la couverture de capital, en élargissant sa marge de manœuvre et en précisant ses obligations"⁽¹²³⁾. Aucun délai légal fixe n'est imparti au conseil d'administration pour prendre les mesures nécessaires en cas d'enclenchement du "système d'alerte"⁽¹²⁴⁾. La loi se limite en effet à prescrire, en cas d'insolvabilité, de perte de capital et de surendettement, que le conseil d'administration, respectivement l'organe de révision, doit agir avec célérité⁽¹²⁵⁾.

La première sonnette d'alarme proposée par le projet est déclenchée en cas de menace sérieuse d'insolvabilité⁽¹²⁶⁾. Le droit positif de la société anonyme ne consacre pas d'obligation d'agir du conseil d'adminis-

110. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 9 s.; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 29.

111. Art. 653v P-CO.

112. Art. 653v P-CO. Critiques à cet égard en raison des contraintes subséquentes, GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 30.

113. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 9; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 29.

114. Art. 3, dispositions transitoires P-CO; Message, p. 682. Les décisions y relatives de l'assemblée générale ne pourront toutefois être prorogées ou modifiées.

115. Art. 653v P-CO.

116. BÖCKLI, op. cit. n° 20, § 12 N 532.

117. BÖCKLI, op. cit. n° 20, § 12 N 532 ss.

118. BÖCKLI, op. cit. n° 20, § 12 N 533 et 544; Jean-Luc CHENAUX, CR CO-II, N 24 ad art. 675; Hans-Ueli VOGT, BSK-OR II, N 37 ad art. 675.

119. Message, p. 475.

120. Message, p. 475; art. 675a al. 1 P-CO. POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 95. Cf. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 33, pour qui les exigences d'une base statutaire et l'établissement de comptes révisés devraient être abandonnés.

121. Message, p. 475. FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 155; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 33, toutefois critiques quant aux conditions préalables au versement d'un dividende intermédiaire.

122. Message, p. 415.

123. Message, p. 415; art. 725 ss P-CO.

124. Art. 725 ss P-CO *a contrario*.

125. Art. 725 ss P-CO.

126. BÖCKLI, op. cit. n° 35, p. 5; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 22; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 82 s.; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 100. Critiques quant à l'application de ce critère notamment pour les start-up, GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 41.

tration en cas d'insolvabilité⁽¹²⁷⁾. Une obligation d'assainissement ou d'avis au juge n'existe en l'état qu'en cas de menace de perte de capital ou de surendettement⁽¹²⁸⁾. Le conseil d'administration devra à l'avenir surveiller de près la solvabilité de la société et, en cas de menace d'insolvabilité, établir un plan de trésorerie contenant une estimation prospective des flux de trésorerie durant la période déterminante de six ou douze mois et prendre toute autre mesure nécessaire en vue de maintenir la solvabilité de la société⁽¹²⁹⁾.

En cas de perte de capital, le projet pousse le conseil d'administration à agir plus tôt. Ainsi, le seuil d'alerte actuel, lorsque la perte équivaut à la moitié du capital⁽¹³⁰⁾, est remplacé par celui du découvert équivalent à un tiers du capital-actions⁽¹³¹⁾. Il y a perte de capital "lorsqu'il ressort du dernier bilan annuel que les actifs, après déduction des dettes, ne couvrent plus deux tiers de la somme du capital-actions, de la réserve légale issue du capital et de la réserve légale issue du bénéfice"⁽¹³²⁾. Dans ce cas, le conseil d'administration doit procéder à une évaluation de la situation économique de la société et prendre les mesures propres à épurer et contenir la perte de capital⁽¹³³⁾. Si la société n'a pas d'organe de révision, les derniers comptes annuels devront être soumis à un contrôle restreint par un réviseur agréé avant leur approbation par l'assemblée générale, à moins qu'une demande de sursis concordataire ne soit déposée⁽¹³⁴⁾.

Comme en droit positif, le conseil d'administration doit immédiatement établir des comptes intermédiaires à la valeur d'exploitation et de liquidation lorsqu'il y a des

raisons sérieuses d'admettre que les dettes de la société ne sont plus couvertes par les actifs⁽¹³⁵⁾. S'il ressort des comptes intermédiaires que la société est surendettée, tant aux valeurs de continuation que de liquidation, le conseil d'administration en avise aussitôt le tribunal⁽¹³⁶⁾.

Aux termes de l'art. 725b al. 4 P-CO, le conseil d'administration peut renoncer à aviser le tribunal du surendettement dans deux cas de figure, qui existent déjà en droit actuel⁽¹³⁷⁾. Le projet y apporte toutefois plusieurs modifications et clarifications :

- Le conseil d'administration peut, comme sous l'égide du droit actuel, renoncer à aviser le tribunal en cas de postposition suffisante de créances⁽¹³⁸⁾. Par postposition suffisante de créance, il faut entendre l'accord d'un ou de plusieurs créanciers d'ajourner leurs créances et de les placer à un rang inférieur à celui de toutes les autres dettes sociales, et ce dans la mesure de l'insuffisance de l'actif⁽¹³⁹⁾. Le projet précise toutefois que la postposition de créances ne permet de renoncer à l'avis au tribunal que dans la mesure où elle porte également sur les intérêts dus pendant toute la durée du surendettement⁽¹⁴⁰⁾. Il n'indique hélas rien sur la marge de sécurité que doit contenir la postposition⁽¹⁴¹⁾. Rectifiant une jurisprudence critiquée en matière de responsabilité des organes⁽¹⁴²⁾, le projet précise que les créances postposées ne rentrent pas dans le calcul du dommage⁽¹⁴³⁾.

- Le conseil d'administration peut renoncer à aviser le tribunal lorsqu'il existe des raisons sérieuses d'ad-

127. Art. 725 ss CO *a contrario*.

128. Art. 725 CO. Jean-Luc CHENAUX/Loïc PFISTER, Aspects juridiques de l'assainissement, CEDIDAC n° 86, Lausanne 2010, p. 95 ss.

129. Selon l'art. 725 al. 1 P-CO, une menace d'insolvabilité existe lorsqu'il y a "des raisons sérieuses d'admettre que la société deviendra insolvable dans les six mois à venir, ou lorsque la société est soumise au contrôle ordinaire, dans les 12 mois à venir". Cf. é.g. Message, p. 521.

130. Art. 725 al. 1 CO.

131. Art. 725a al. 1 P-CO; Message, p. 522.

132. Art. 725a al. 1 P-CO.

133. Message, p. 523.

134. Art. 725a al. 2 et 3 P-CO.

135. La société pourra renoncer à établir des comptes intermédiaires à la valeur de liquidation lorsqu'elle envisage de poursuivre l'exploitation et que les comptes intermédiaires ne laissent pas apparaître de surendettement (art. 725 al. 1 P-CO). En outre, l'établissement de comptes intermédiaires à la valeur de liquidation sera suffisant lorsque la poursuite de l'exploitation n'est plus envisagée (art. 725 al. 1 P-CO). Critiques : GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 41.

136. Art. 725 al. 3 P-CO. L'avis au tribunal peut se faire sous forme de demande de sursis concordataire provisoire ou de requête d'ouverture de faillite.

137. Art. 725a. 2 CO.

138. Art. 725b al. 4 ch. 1 P-CO.

139. Henry PETER/Francesca CAVADINI, CR CO-II, N 50 ss ad art. 752.

140. Art. 725b al. 4 ch. 1 P-CO.

141. Cf. à ce sujet, Jean-Luc CHENAUX, Postposition et responsabilité, in : Economie ENVIRENEMENT éthique : de la responsabilité sociale et sociétale : liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Genève 2009, p. 114.

142. Art. 757 al. 4 P-CO, cf. arrêts du Tribunal fédéral 4A_91/2011 et 4A_277/2010 et les critiques de Rico A. CAMPONOVO/Andreas C. BAUMGARTNER, Wird der Rangru"cktritt unbrauchbar ?, ECS 2011/12, p. 1036 ss; CHENAUX, op. cit. n° 128, p. 113 s.; Alain HIRSCH, Responsabilité de l'organe de révision - Portée d'une "postposition de créance" pour l'évaluation du dommage, RSDA 2007, p. 414; Philippe JACQUEMOUD/Aurélien PASQUIER, Postposition (subordination), RSDA 2013, p. 292 ss, p. 297; Philippe JACQUEMOUD/Aurélien PASQUIER, Responsabilité du conseil d'administration avant et après le surendettement, SJ 2013 II p. 271 ss, p. 290.

143. Message, p. 546; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 83. Critiques sur la formulation jugée trop large de cette disposition, GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 44 et Peter FORSTMOSER, Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht ?, EIZ 171/2016, p. 185 ss, p. 209.

mettre qu'il est possible de supprimer le surendettement en temps utile et que celui-ci ne s'aggravera pas sensiblement durant la période concernée⁽¹⁴⁴⁾. Cette disposition met en œuvre la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral sur le délai de grâce⁽¹⁴⁵⁾. Il le précise en limitant ce délai à 90 jours au maximum à compter de l'établissement des bilans intermédiaires constatant le surendettement⁽¹⁴⁶⁾. En consacrant un délai maximum, le projet contribue à renforcer la sécurité juridique⁽¹⁴⁷⁾. Cela dit, l'obligation de diligence du conseil d'administration, qui doit veiller à ce que le surendettement ne s'aggrave pas sensiblement, restera déterminante dans la mise en œuvre de cette exception à l'avis de surendettement⁽¹⁴⁸⁾.

III. Corporate Governance et protection accrue des actionnaires

A. Généralités

Le projet propose d'abaisser les seuils applicables à l'exercice de certains droits sociaux des actionnaires,

tout en différenciant le cas de figure de la société cotée et non cotée. Le projet vise également à étendre le droit à l'information des actionnaires. Les modalités de tenue des assemblées générales sont en outre assouplies et prennent en compte les nouveaux modes de communication. Enfin, les moyens judiciaires sont renforcés par des règles matérielles et procédurales spécifiques, ainsi que par l'élargissement du champ d'application de l'action en restitution et de l'action en responsabilité.

B. Abaissement des seuils

Le projet propose d'abaisser les seuils applicables à l'exercice de certains droits sociaux des actionnaires minoritaires, en abolissant tout seuil lié à la détention d'une valeur nominale minimale (par exemple, "actions totalisant une valeur nominale de 1 million de francs"⁽¹⁴⁹⁾⁽¹⁵⁰⁾ :

	Droit en vigueur	Projet	
		Sociétés cotées	Sociétés non cotées
	Toutes sociétés	Sociétés cotées	Sociétés non cotées
Droit de convocation de l'AG	10 % du capital-actions	5 % du capital-actions ou des voix	10 % du capital-actions ou des voix
Objet à l'ordre du jour	10 % du capital-actions ou valeur nominale de 1 million de francs	1 % du capital-actions ou des voix	5 % du capital-actions ou des voix
Droit aux renseignements	–	–	5 % du capital-actions ou des voix
Consultation des livres	Aucun seuil	5 % du capital-actions ou des voix	
Contrôle spécial	10 % du capital-actions ou valeur nominale de 2 millions de francs	3 % du capital-actions ou des voix	10 % du capital-actions ou des voix
Dissolution	10 % du capital-actions	10 % du capital-actions ou des voix	10 % du capital-actions ou des voix

144. Art. 725b al. 4 ch. 2 P-CO.

145. ATF 127 IV 110.

146. Message, p. 525.

147. Sur les incertitudes actuelles : cf. Handelsgericht ZH du 7 mars 2013 (HG100052-O), consid. 3.3.28, admettant un délai de grâce de plus de huit mois; Peter FORSTMOSER, Der Richter als Krisenmanager ?, in : FORSTMOSER et al. (éds), FS Hans Peter Walter, Berne 2005, p. 263 ss. FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 83, proposent toutefois un prolongement du délai légal avec l'accord des créanciers principaux.

148. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 24.

149. Art. 699 al. 3 CO.

150. Message, p. 409 s. et 610; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 10; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 35; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 97 s. Jugeant les nouveaux seuils bas en comparaison internationale : GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 35.

C. Droit au renseignement, à la consultation et à l'examen spécial

1. Droit au renseignement et à la consultation

Les actionnaires de sociétés anonymes suisses non cotées ne disposent que de faibles moyens pour obtenir des informations régulières, hors de l'assemblée générale, sur la marche des affaires de la société⁽¹⁵¹⁾. De l'avis du Conseil fédéral, le droit de demander des renseignements est garant d'une transparence souhaitable au sein de la société et doit permettre à tout actionnaire de se forger une opinion fondée pour la prise de décisions importantes : il s'agit en particulier de l'approbation des comptes, de l'utilisation du bénéfice, des élections, de la décharge, de l'institution d'un contrôle spécial, de la contestation d'une décision de l'assemblée générale, de l'introduction d'une action en responsabilité ou encore de la vente d'actions⁽¹⁵²⁾. L'intérêt de l'actionnaire doit naturellement être mis en balance, dans chaque cas particulier, avec l'intérêt de la société au maintien du secret des affaires⁽¹⁵³⁾.

Le projet étend le droit aux renseignements de l'actionnaire d'une société non cotée. Si le droit aux renseignements durant l'assemblée reste, comme en droit actuel, un droit appartenant à tout actionnaire, le droit à requérir des renseignements en dehors des assemblées générales est toutefois conçu en tant que droit des actionnaires minoritaires⁽¹⁵⁴⁾. Ainsi, tout actionnaire détenant 5 % du capital-actions ou des voix de la société pourra, seul ou de concert avec d'autres actionnaires, requérir par écrit des informations hors de l'assemblée générale⁽¹⁵⁵⁾. Le conseil d'administration devra répondre dans un délai de quatre mois au plus et motiver tout refus par écrit⁽¹⁵⁶⁾. Afin de respecter l'égalité de traitement des actionnaires, les réponses fournies en dehors de l'assem-

blée générale devront être mises à la disposition de tous les actionnaires au plus tard lors de l'assemblée générale suivante⁽¹⁵⁷⁾. Le conseil d'administration pourra refuser de fournir les renseignements demandés s'ils compromettent le secret des affaires ou d'autres intérêts prépondérants de la société⁽¹⁵⁸⁾. En cas de refus total ou partiel de la demande de renseignements, les actionnaires concernés pourront faire appel au juge⁽¹⁵⁹⁾.

En ce qui concerne le droit de consulter les livres sociaux, le projet semble limiter ce droit plutôt que l'étendre, et ce malgré la volonté exprimée du Conseil fédéral de renforcer la transparence et la protection de l'actionnaire⁽¹⁶⁰⁾. En effet, l'art. 697a al. 1 P-CO, qui s'applique aux sociétés tant cotées que non cotées, substitue au droit individuel existant un droit de l'actionnaire minoritaire (seuil minimum de 5 % du capital-actions ou des voix)⁽¹⁶¹⁾. En cas de refus, l'assemblée générale ne pourra plus se prononcer sur une demande de consultation⁽¹⁶²⁾. Ce changement doit être salué vu l'absence de devoir de fidélité de l'actionnaire vis-à-vis de la société⁽¹⁶³⁾. En cas de refus total ou partiel de la demande de consultation des livres et dossiers sociaux, les actionnaires concernés pourront alors faire appel au juge dans un délai de 30 jours⁽¹⁶⁴⁾.

2. Droit à l'institution d'un examen spécial

Le projet vise à améliorer l'efficacité de l'institution actuelle du contrôle spécial, rebaptisé examen spécial⁽¹⁶⁵⁾. La condition nécessaire à l'institution d'un examen spécial reste l'exercice préalable du droit au renseignement ou à la consultation⁽¹⁶⁶⁾. Tout actionnaire peut proposer à l'assemblée générale l'institution d'un examen spécial, tendant à faire analyser par des experts indépendants des faits détermi-

151. Message, p. 408.

152. Message, p. 408 et 488; Rolf H. WEBER, BSK-OR II, N 7 ad art. 697.

153. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 11; WEBER, BSK-OR II, N 8, 9 et 11 ad art. 697; cf. ég. Claude LAMBERT, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, thèse Berne 1992, p. 41 ss.

154. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 11.

155. Message, p. 408 et 488; art. 697 P-CO; Peter FORSTMOSER/Marcel KÜCHLER, Die Aktienrechtsreform von der letzten Etappe ? Teil II, RSJ 113/2017, p. 153 ss, p. 153 s.; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 35.

156. Art. 697 al. 3 et 4 P-CO.

157. Message, p. 489; art. 697 al. 3 P-CO.

158. Art. 697 al. 4 P-CO.

159. Message, p. 490 s. Les actionnaires doivent dans ce cas faire appel au juge dans un délai de 30 jours à partir de la date du refus ou de l'échéance du délai de quatre mois (art. 697b P-CO). Cette disposition rompt avec la jurisprudence du TF considérant une action intentée six mois après le refus comme recevable et non constitutive d'un abus de droit, 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 3.

160. Message, p. 489 ss; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 11.

161. Cf. ég. BÖCKLI, op. cit. n° 24, p. 135; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 11.

162. Message, p. 490; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 11.

163. Message, p. 490.

164. Message, p. 490 s.; art. 697b P-CO.

165. L'examen spécial est consacré par les articles 697b ss P-CO; Message, p. 491; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 12; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 37.

166. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 12. Pour le droit positif, cf. Bianca PAULI, CR-CO II, N 9 ad art. 697b.

nés⁽¹⁶⁷⁾. En cas de refus, le droit de faire appel au juge pour que celui-ci ordonne un examen spécial est toutefois conçu en tant que droit des actionnaires minoritaires⁽¹⁶⁸⁾. Le seuil applicable à l'exercice de ce droit diffère pour les actionnaires de sociétés cotées (3 % du capital-actions ou des voix) et non cotées (10 % du capital-actions ou des voix)⁽¹⁶⁹⁾.

A l'instar du droit positif, les requérants doivent rendre vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont enfreint la loi ou les statuts⁽¹⁷⁰⁾. En revanche, selon le projet, il n'est plus nécessaire pour le requérant de rendre vraisemblable un préjudice effectif⁽¹⁷¹⁾. Il suffit que la violation soit de nature à porter préjudice⁽¹⁷²⁾. Ce changement suit l'opinion exprimée par une partie de la doctrine⁽¹⁷³⁾ et renforcera l'efficacité de l'institution. En effet, l'examen spécial permettra dorénavant à une minorité d'actionnaires d'agir à titre préventif, c'est-à-dire avant la survenance d'un préjudice⁽¹⁷⁴⁾.

Le projet étend en outre le champ d'application de l'examen spécial. Celui-ci pourra ainsi porter non seulement sur toute question qui a fait l'objet d'une demande de renseignement ou consultation, mais également sur tout objet qui a été discuté durant l'assemblée générale⁽¹⁷⁵⁾.

Enfin, l'accès à la justice et la possibilité effective d'exercer le droit à l'institution d'un examen spécial sont renforcés. En sus de l'abaissement à 3 % du seuil applicable dans le cas des sociétés cotées, les frais de l'examen spécial incombent à la société⁽¹⁷⁶⁾. La procédure judiciaire est accélérée et le tribunal devra statuer en procédure sommaire⁽¹⁷⁷⁾.

D. Renforcement de la démocratie actionnariale, assemblées générales virtuelles et utilisation des moyens de communication électronique

1. Remarque préliminaire

Le projet souhaite conférer aux sociétés anonymes une plus grande marge de manœuvre et flexibilité dans l'organisation et la tenue de leurs assemblées générales, en particulier par l'utilisation de médias électroniques⁽¹⁷⁸⁾. Ces changements tendent à renforcer la démocratie actionnariale, en particulier en cas d'actionnariat dispersé ou international, et à moderniser le droit de la société anonyme, en prenant en compte les nouvelles technologies⁽¹⁷⁹⁾.

2. Recours aux médias électroniques et assemblées générales virtuelles

Le conseil d'administration pourra, tout d'abord, recourir aux médias électroniques dans l'organisation de l'assemblée générale : il pourra non seulement choisir de rendre les rapports de gestion et de révision accessibles électroniquement⁽¹⁸⁰⁾, mais également convoquer l'assemblée générale sous forme électronique, lorsque cette forme est prévue par les statuts⁽¹⁸¹⁾.

S'agissant de la tenue et du déroulement d'une assemblée générale, le conseil d'administration pourra, à sa discrétion, autoriser les actionnaires à exercer leurs droits de vote par voie électronique⁽¹⁸²⁾. La tenue d'une assemblée générale virtuelle, c'est-à-dire sous forme électronique et sans lieu de réunion physique, ne sera quant à elle possible qu'à condition de reposer sur une base statutaire⁽¹⁸³⁾. Le concept d'assemblée générale virtuelle a suscité des résistances et des interrogations au sein de la doctrine et des milieux intéressés, en particulier sur les plans de l'accessibilité, de la

167. Art. 697c CO; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 12; Rofl H. Weber, BSK-OR II, N 33 ad art. 697a.

168. Message, p. 491 et 492; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 12.

169. Art. 697d al. 1 P-CO.

170. Message, p. 492. Pour le droit positif, cf. Bianca PAULI, CR-CO II, N 10 s. ad art. 697b.

171. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 37.

172. Message, p. 492.

173. Daniel JENNY, Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfung nach Art. 697b CO, GesKR 4/2013, 596 ss, p. 600; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 12.

174. Message, p. 492.

175. Message, p. 492; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 12.

176. Message, p. 493; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 12. L'abus de droit est réservé : dans un tel cas, les frais devront être supportés par le requérant. Critiques à ce sujet, GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 37.

177. Message, p. 493.

178. Message, p. 400.

179. Message, p. 503 ss.

180. Message, p. 498; art. 699a P-CO.

181. Message, p. 436 s. et 500 s.; art. 626 al. 1 ch. 7 P-CO.

182. Message, p. 506; art. 701c P-CO. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 13.

183. Message, p. 506; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 13.

sécurité et de la technique⁽¹⁸⁴⁾. La digitalisation des assemblées générales constitue en effet une dérogation au principe fondamental de l'immédiateté⁽¹⁸⁵⁾. Cette facilité présente toutefois les avantages d'un accès élargi, dans un contexte grandissant de globalisation, et d'une réduction des coûts d'organisation et de participation⁽¹⁸⁶⁾. Ainsi, et en dépit des avis et réserves exprimés, le Conseil fédéral a non seulement opté pour l'introduction d'une assemblée générale virtuelle, mais également renoncé à prescrire une diffusion par le son et par l'image⁽¹⁸⁷⁾.

S'agissant des conditions et modalités de recours aux médias électroniques, le projet se limite à en prescrire les conditions minimales et renonce à la mise en place d'une réglementation détaillée⁽¹⁸⁸⁾. Ce faisant, le projet laisse une marge de manœuvre suffisante au conseil d'administration pour s'adapter aux futures technologies de communication⁽¹⁸⁹⁾. En substance, le conseil d'administration devra s'assurer que les actionnaires auront les mêmes possibilités d'intervenir et d'interagir dans le cadre de la formation de la volonté sociale que lors d'une assemblée générale traditionnelle⁽¹⁹⁰⁾. Dans ce cadre, le respect du principe de l'égalité de traitement des actionnaires jouera un rôle primordial, en particulier dans la mise en œuvre d'une assemblée générale virtuelle, voire hybride⁽¹⁹¹⁾.

L'utilisation de médias électroniques comporte le risque de survenance de problèmes techniques, susceptibles de perturber, voire d'interrompre, le déroulement de l'assemblée générale et ainsi la formation de la volonté sociale⁽¹⁹²⁾. L'art. 701f P-CO règle cette pro-

blématique de manière pragmatique. En cas de problèmes techniques, toute décision prise avant la survenance des incidents reste valable⁽¹⁹³⁾. En revanche, l'assemblée générale doit être convoquée à nouveau si des problèmes techniques encourus l'empêchent de se dérouler ou de se terminer dans les normes⁽¹⁹⁴⁾. A cet égard, le projet distingue les problèmes techniques subis par la société de ceux rencontrés par les actionnaires⁽¹⁹⁵⁾. Dans la première hypothèse, le droit de chaque actionnaire d'exiger une nouvelle convocation s'applique pleinement lorsque l'interface électronique utilisée par la société ne présente pas la sécurité et la stabilité nécessaires⁽¹⁹⁶⁾. Lorsque des problèmes techniques sont encourus par des actionnaires, le droit d'exiger une nouvelle convocation de l'assemblée générale ne trouvera en principe pas application⁽¹⁹⁷⁾. L'actionnaire est en effet responsable de s'assurer que les moyens techniques à sa disposition sont adaptés et fonctionnels⁽¹⁹⁸⁾. Est réservé toutefois le cas où une entreprise importante de télécommunication encourt des problèmes de grande envergure susceptibles d'influencer la participation de la majeure partie des actionnaires⁽¹⁹⁹⁾.

La réglementation de la digitalisation des assemblées générales doit être saluée, bien que le développement de cyber-assemblées ne devrait à notre avis pas entraîner en soi une augmentation significative de la participation directe des actionnaires ou encore une intensification des débats⁽²⁰⁰⁾. Concrètement, le succès des assemblées virtuelles dépendra de la possibilité technique pour la société de garantir à la fois un échange suffisant d'informations avec l'actionnaire et un enregistrement sûr et efficace des résultats⁽²⁰¹⁾.

184. Cf. nt Karin POGGIO/Florian ZIHLER/Adrian TAGMANN, Résultats de la consultation sur l'avant-projet du 28 novembre 2014 de modification du code des obligations (droit de la société anonyme), Berne, 17 septembre 2015, p. 18; Prise de position des cantons - Prise de position des notaires de Neuchâtel ad art. 701d ap-CO, p. 10, disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/stgn-kantone.pdf>.

Cf. ég. à cet égard (qui exprime un avis en faveur de la digitalisation des assemblées générales), Jean-Luc CHENAUX, Le principe d'immédiateté au sein de l'assemblée générale : Vestige ou nécessité, RSDA 216, p. 477 ss, p. 484.

185. Message, p. 506; CHENAUX, op. cit. n° 184, p. 484-485.

186. CHENAUX, op. cit. n° 184, p. 484.

187. Message, p. 507. Selon certains avis, la digitalisation des assemblées générales ne respecte le principe d'immédiateté que si elle s'accompagne d'une diffusion par le son et par l'image. Cf. Kaspar THEILER, Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, PJA 2012 69, p. 74 ss; Sascha D. PATAK, Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht, Zurich 2005, p. 75 et 95.

188. Message, p. 507.

189. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 14.

190. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 13.

191. Cf. ég. : VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 13; critiques quant au régime différencié entre l'assemblée générale purement virtuelle et l'assemblée générale hybride, Joel FISCHER/Jonas BORNHAUSER, Elektronische Board Portal : Hosted in Switzerland als neuer rechtlicher Qualitätsstandard, RSDA 2016, p. 425 ss, p. 431.

192. Message, p. 507 s.

193. Art. 701f al. 2 P-CO.

194. Message, p. 507; art. 701f al. 2 P-CO. Il sied de relever que le délai de convocation consacré par l'art. 700 al. 1 P-CO ne s'applique toutefois pas dans un tel cas. Il suffit en effet qu'une majorité d'actionnaires puisse y participer. Cf. ég. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 13.

195. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 13 s.

196. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 13 et 14.

197. Message, p. 507 s.; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 13 s.

198. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 13.

199. Message, p. 508; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 14.

200. CHENAUX, op. cit. n° 184, p. 485.

201. CHENAUX, op. cit. n° 184, p. 484.

3. Autres assouplissements à la tenue des assemblées générales

Le projet prévoit d'autres assouplissements à la tenue des assemblées générales⁽²⁰²⁾. En particulier, il introduit la possibilité, interdite en droit actuel, pour l'assemblée générale des actionnaires, de prendre une décision par voie de circulation, c'est-à-dire par écrit, sur papier ou sous forme électronique, et sans tenir de réunion ou de discussion⁽²⁰³⁾. Cette nouvelle facilité sera utile pour les groupes de sociétés ou les sociétés comptant peu d'actionnaires⁽²⁰⁴⁾. Elle ne sera disponible à la société qu'à condition que l'ensemble des actionnaires y consentent⁽²⁰⁵⁾.

Au surplus, le projet prévoit qu'une assemblée générale pourra avoir lieu simultanément dans différents endroits, que ce soit en Suisse ou à l'étranger (assemblée générale dite multi-sites)⁽²⁰⁶⁾. Dans un tel cas, toute intervention devra être transmise simultanément par moyens audiovisuels à l'ensemble des sites de réunion⁽²⁰⁷⁾. Une assemblée ne pourra avoir lieu à l'étranger que si les statuts ne l'interdisent pas, si le conseil d'administration désigne un représentant indépendant dans la convocation et si le lieu choisi n'empêche pas *de facto* une grande partie des actionnaires d'y participer⁽²⁰⁸⁾.

E. Représentation au sein de l'assemblée générale

Le projet met fin à l'institution de la représentation des actionnaires par un membre d'un organe de la société⁽²⁰⁹⁾, jugée inconciliable avec le principe de parité⁽²¹⁰⁾. Le Conseil fédéral autorise en outre le recours à la représentation par un dépositaire aux

seules sociétés dont les titres ne sont pas cotés⁽²¹¹⁾. Quant à la réglementation relative au représentant indépendant pour les sociétés ouvertes au public, elle est unanimement saluée par la doctrine⁽²¹²⁾. La possibilité laissée aux actionnaires de sociétés privées de demander la désignation d'un représentant indépendant suscite en revanche des réticences, notamment au vu des coûts liés pour les petites structures⁽²¹³⁾.

F. Absence de réglementation des actions "dispo"

Phénomène propre aux sociétés dont les titres nominatifs sont cotés en bourse, les actions "*dispo*" sont des actions nominatives dont les acquéreurs n'ont pas demandé à être inscrits au registre des actions⁽²¹⁴⁾. Si l'acquéreur non inscrit est privé de ses droits sociaux⁽²¹⁵⁾, il jouit en pratique de ses droits patrimoniaux, en recevant les dividendes par l'intermédiaire de la banque dépositaire. La doctrine est partagée sur la légalité de ce système, du fait notamment de son incidence potentielle sur la formation de la volonté sociale⁽²¹⁶⁾. Ce système est toutefois reconnu au titre de droit coutumier⁽²¹⁷⁾.

Bien que conscient des problèmes liés à l'existence de ces actions "*dispo*", qui représentent une part significative des capitalisations boursières⁽²¹⁸⁾, le Conseil fédéral a finalement renoncé à proposer une réglementation sur la question⁽²¹⁹⁾. Il considère que le maintien des actions "*dispo*" est une concession à la négociabilité souhaitée des actions nominatives cotées en bourse, tout en précisant que l'existence des actions "*dispo*" n'est pas nécessairement "*le reflet d'un dysfonctionnement de la société*"⁽²²⁰⁾. Le Conseil fédéral n'a donc retenu aucune des propositions

202. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 39, qui s'interrogent sur la pertinence de certains aménagements au vu du risque accru d'invalidation des décisions de l'assemblée générale, compte tenu des nouvelles prescriptions en matière de convocation, et de l'obligation de désigner un représentant indépendant selon le type d'assemblée générale.

203. Message, p. 503; art. 701 al. 3 P-CO.

204. Message, p. 503. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 39, regrettant toutefois que le droit de veto prévalant en droit de la Sàrl n'ait pas été repris tel quel.

205. Message, p. 503; art. 701 al. 3 P-CO.

206. Message, p. 504; art. 701a et 701b P-CO.

207. Message, p. 504.

208. Message, p. 504.

209. Art. 689b al. 2 P-CO.

210. Message p. 481; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 156.

211. Message p. 482; art. 689b al. 2 *in fine*. FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 156.

212. Message, p. 482; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 156; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 38.

213. Dans ce sens GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 38.

214. Art. 686 al. 4 CO.

215. Art. 685F al. 2 et 3 et 689a al. 1 CO.

216. Message, p. 394.

217. Message, p. 394; Peter FORSTMOSER, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften, in : Waldburger, Robert/Sester, Peter/Peter, Christoph/Baer, Charlotte M., Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Berne 2015, p. 157 ss, p. 163, note 25.

218. Hans Caspar VON DER CRONE/Tiffany ENDER, Dispoaktien und Nominee-Modell - Eine Standortbestimmung, SSHW 2010, p. 135 ss, p. 137.

219. Message, p. 394 s. et 400.

220. Message, p. 399.

émises par la doctrine, telle que le modèle de l'actionnaire fiduciaire ou encore des dividendes de fidélité⁽²²¹⁾. On ne peut que regretter cette position. En effet, quand bien même aucune solution ne semble, a priori, pouvoir régler parfaitement ce qui semble relever de la quadrature du cercle⁽²²²⁾, l'introduction d'une réglementation de droit dispositif, prévoyant un *opting out*, voire un *opting in*⁽²²³⁾, aurait selon nous offert une solution intéressante aux sociétés désireuses d'aménager un canal d'information avec les titulaires d'actions "*dispo*"⁽²²⁴⁾.

G. Accès facilité de l'actionnaire à la justice

1. Remarque préliminaire

L'un des objectifs principaux de la révision du droit de la société anonyme est de renforcer la protection des actionnaires. A cette fin, le projet propose de faciliter la mise en œuvre en justice des droits des actionnaires. Il instaure une règle spéciale de répartition des frais de justice pour les actions du droit de la société anonyme. Il tend également à élargir le champ d'application de l'action en restitution de prestations indues et des actions en responsabilité du droit de la société anonyme⁽²²⁵⁾. Au surplus, le projet propose d'autoriser l'adoption de clauses d'arbitrage statutaires.

2. Règle de répartition des frais

Le droit suisse de la société anonyme ne prévoit pas de mécanisme procédural adapté permettant une mise en œuvre effective de la responsabilité des administrateurs⁽²²⁶⁾, et de l'action en restitution⁽²²⁷⁾. Bien que chaque actionnaire puisse, à titre individuel,

agir au nom et pour le compte de la société (*actio pro socio*) dans les deux cas de figure, la mise en œuvre de ces actions reste rare en pratique au vu des risques procéduraux et financiers qui y sont liés⁽²²⁸⁾. En effet, la loi ne prévoit pas de règles spéciales concernant la répartition des frais. L'actionnaire agissant en justice doit seul avancer et, en cas d'issue défavorable, supporter les frais judiciaires liés à l'action en responsabilité ou en restitution de prestations. Inversement, en cas d'issue favorable, l'actionnaire n'en bénéficie que de manière indirecte dès lors que la société perçoit tout dédommagement ou restitution⁽²²⁹⁾. Au surplus, les frais judiciaires sont calculés sur la base de la valeur litigieuse totale, rendant ainsi le coût d'accès à la justice souvent prohibitif, notamment pour des actionnaires minoritaires⁽²³⁰⁾.

Afin de remédier à cette carence, le projet propose d'adopter une règle autorisant le tribunal à répartir, selon son appréciation, les frais entre la société et l'actionnaire⁽²³¹⁾. Le droit en vigueur n'autorise le tribunal, dans un tel cas, à déroger à la règle générale de la mise à charge des frais de la partie succombante que de manière restreinte, soit lorsque "*des circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable*"⁽²³²⁾. La solution proposée a le mérite de limiter le risque pour l'actionnaire de devoir supporter l'ensemble des frais judiciaires. Elle apparaît toutefois minimaliste et ne permet pas la mise en place d'un mécanisme clair et prévisible⁽²³³⁾. La question de l'allocation des frais ne sera en particulier tranchée qu'à l'issue de la procédure, ce qui pourrait avoir un effet dissuasif⁽²³⁴⁾. L'avance de frais et le risque procédural devront ainsi toujours, en définitive, être supportés par l'actionnaire⁽²³⁵⁾.

L'ancienne règle spéciale de répartition des frais, qui était applicable dans le cadre de l'action en responsa-

-
221. Pour un aperçu des critiques à l'égard de ces modèles, cf. POGGIO/ZIHLER/ TAGMANN, op. cit. n° 184, p. 25. Cf. ég. CHENAUX, op. cit. n° 184, p. 483 s.
222. Hans Caspar VON DER CRONE, Vernehmlassungseingabe zur Revision des Aktienrechts du 13 mars 2015, UNIZH, p. 10.
223. Daniel M. HÄUSERMANN, Dispoaktien : Ein 250-Milliarden-Problem ?, GesKR 2/2012, p. 220 ss, p. 229.
224. CHENAUX, op. cit. n° 184, p. 484.
225. Art. 678 al. 2 CO.
226. Art. 754 CO.
227. Art. 678 al. 2 CO. Bernard CORBOZ, CR CO-II, N 19 ss ad art. 756; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 154; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 17 s.
228. Jean-Luc CHENAUX, CR CO-II, N 63 ss ad art. 678; Bernard CORBOZ, CR CO-II, N 5 ss et 19 ss ad art. 756; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 17 s.; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 154.
229. Art. 106 ss du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272); Jean-Luc CHENAUX, CR CO-II, N 76 ad art. 678; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 17 s.; FORSTMOSER, op. cit. n° 143, p. 198; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 154.
230. Art. 91 ss et 96 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272, CPC); FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 154; Bernard CORBOZ, CR CO-II, N 19 ss ad art. 756.
231. Message, p. 574; art. 107 al. 1bis P-CPC. Au vu des critiques émises face aux risques d'abus déjà connus aux Etats-Unis, le Conseil fédéral a renoncé, tel qu'initialement envisagé aux termes de l'avant-projet 2014, à mettre en œuvre une règle claire d'attribution des frais à charge de la société. Cf. ég. FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 154; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 17 s.
232. Art. 107 al. 1 lett. f CPC; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 18.
233. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 18.
234. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 17 s.
235. Cf. ég. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 17 s.; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 154.

bilité et qui a été abrogée en 2013 suite à la révision du droit de la procédure civile, semblait plus adaptée⁽²³⁶⁾. Cette disposition appelait le juge à statuer *ex ante* sur les frais et dépens⁽²³⁷⁾ : le juge devait ainsi analyser la situation de fait et de droit, telle qu'elle se présentait à l'actionnaire au moment où il avait intenté l'action⁽²³⁸⁾. Si le juge concluait que l'actionnaire avait de bonnes raisons d'agir, il devait alors répartir, selon sa libre appréciation, les frais et dépens (ne pouvant être mis à charge du défendeur) entre l'actionnaire et la société⁽²³⁹⁾. Une solution similaire à l'ancienne règle spéciale de répartition de l'art. 756 al. 2 CO, aurait permis non seulement une meilleure prévisibilité mais aurait également eu pour effet d'encourager la résolution de litiges à l'amiable lors de l'appréciation initiale des chances de succès par le juge⁽²⁴⁰⁾. Une alternative afin de réduire les risques et l'incertitude liés à la nouvelle règle de répartition des frais⁽²⁴¹⁾, aurait été de prévoir une allocation préférentielle du produit du procès à l'actionnaire agissant en justice, similaire à celle applicable en cas de faillite⁽²⁴²⁾.

3. Elargissement du champ d'application de l'action en restitution (678 CO)

L'action en restitution de prestations⁽²⁴³⁾ - qui tend à la protection des fonds propres de la société et vise la répétition des prestations effectuées indûment par la société à ses actionnaires, à ses administrateurs ou aux personnes qui leur sont proches⁽²⁴⁴⁾ - fait l'objet de controverses doctrinales⁽²⁴⁵⁾. Le projet vise à y apporter des améliorations ponctuelles et à faciliter sa mise en œuvre⁽²⁴⁶⁾.

Le projet renonce au critère de la situation économique de la société pour déterminer le caractère disproportionné de la prestation⁽²⁴⁷⁾, ainsi qu'à l'exigence de la mauvaise foi du bénéficiaire⁽²⁴⁸⁾. En lieu et place de l'exigence de la mauvaise foi, le projet propose d'appliquer la solution existante en cas d'enrichissement illégitime⁽²⁴⁹⁾. Ainsi, le bénéficiaire d'une prestation pourra se libérer d'une obligation de restitution au sens de l'art. 678 CO en établissant qu'il n'est plus enrichi au moment de la répétition après s'être dessaisi de bonne foi de la prestation⁽²⁵⁰⁾. Le projet maintient l'exigence d'une disproportion "*manifeste*", au motif que cette notion fait déjà l'objet d'une jurisprudence étendue et bien établie⁽²⁵¹⁾. Au surplus, le projet précise que les prestations visées par l'action en restitution comprennent les "*rémunérations*"⁽²⁵²⁾. S'agissant de la légitimation passive, le projet prévoit expressément que l'action en restitution pourra non seulement être dirigée contre les organes statutaires mais également de fait, ce qui est cohérent au vu du champ d'application personnel de la responsabilité des administrateurs⁽²⁵³⁾.

Le droit positif ne reconnaît pas le droit aux créanciers d'agir en restitution⁽²⁵⁴⁾. Le projet entend élargir la légitimation active de l'action en restitution aux créanciers de la société lorsque la prestation a été effectuée en faveur d'une société du même groupe⁽²⁵⁵⁾. Selon le Conseil fédéral, l'élargissement de ce droit d'action est justifié au motif que la société mère est souvent seule actionnaire de la filiale dont les liquidités auraient été indûment transférées⁽²⁵⁶⁾. Cette solution est fortement et à juste titre critiquée par la doctrine dans la mesure où elle offre aux

-
236. Cf. Hans Caspar VON DER CRONE/Olivier BAUM, *Aktienrechtliche Verfahren : Klagemöglichkeiten und Klagerrisiken*, GesKR 2016, p. 278 ss, p. 295 s.
237. L'ancien art. 756 al. 2 CO a été abrogé avec l'entrée en vigueur le 1er janvier 2011 du Code de procédure civile suisse. Cette disposition ne s'appliquait qu'aux frais et dépens ne pouvant être mis à charge du ou des défendeurs, cf. Bernard CORBOZ, CR CO-II, N 20 ad art. 756.
238. Bernard CORBOZ, CR CO-II, N 21 ad art. 756.
239. Bernard CORBOZ, CR CO-II, N 20 s. ad art. 756.
240. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 17 s.
241. Art. 107 al. 1bis P-CPC.
242. Art. 757 al. 2 CO. Cf. é.g., à cet égard, FORSTMOSER, op. cit. n° 143, p. 203.
243. Art. 678 CO.
244. Cf. Jean-Luc CHENAUX, CR CO-II, N 1 s ad art. 678.
245. Jean-Luc CHENAUX, CR CO-II, N 1 s. ad art. 678; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 20 s.
246. Message, p. 412 et 477 s.; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 19.
247. Art. 678 al. 2 P-CO. GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 34. L'exigence d'une disproportion manifeste avec la situation économique de la société est largement rejetée par la doctrine. La doctrine est en effet d'avis que l'enrichissement indu d'un actionnaire ou d'un administrateur au détriment de la société doit être sanctionné indépendamment de la situation financière de celle-ci. Pour plus de détails à cet égard et au sujet des divergences d'interprétation : cf. Jean-Luc CHENAUX, CR CO-II, N 41 ad art. 678 CO.
248. Message, p. 478.
249. Articles 62 s. CO. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 20; Jean-Luc CHENAUX, CR CO-II, N 55 s. ad art. 678 CO; Hans-Ueli VOGT, BSK-OR II, N 27 ad art. 675.
250. Art. 64 CO. Benoît CHAPPUIS, CR-CO I, N 35 ss ad art. 64 CO.
251. Message, p. 478.
252. Pour plus de détails à cet égard, cf. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 20.
253. Message, p. 477 s.; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 20.
254. Art. 678 CO, *a contrario*.
255. Message, p. 478 s.
256. Message, p. 479.

créanciers une voie de droit traditionnellement réservée aux cas de faillite, leur offrant dès lors une protection contre un risque non réalisé⁽²⁵⁷⁾. L'élargissement de la légitimation active aux créanciers sociaux semble d'autant plus injustifié du fait que les transactions intragroupes effectuées en amont d'une faillite sont déjà visées par l'action paulienne du droit des poursuites et faillites⁽²⁵⁸⁾.

4. Actions en responsabilité de la SA

Le principal changement apporté par le projet en matière d'actions en responsabilité⁽²⁵⁹⁾ concerne la règle de solidarité en cas de pluralité de responsables du dommage causé à la société⁽²⁶⁰⁾. A l'heure actuelle⁽²⁶¹⁾, l'action en responsabilité des administrateurs cède souvent le pas à celle ouverte à l'encontre des réviseurs. En effet, ces derniers disposent de moyens financiers plus importants ("*deep pockets*") et ce bien que leur faute soit souvent plus faible en comparaison⁽²⁶²⁾. Il en résulte que le risque de responsabilité effective des administrateurs reste largement théorique et que l'art. 754 CO se trouve ainsi privé d'effet dissuasif réel⁽²⁶³⁾.

Afin de corriger cette situation, le projet propose de préciser le régime différencié de solidarité⁽²⁶⁴⁾ : lorsque les réviseurs causent un dommage par négligence, ils ne peuvent être tenus solidairement responsables du dommage qu'à concurrence du montant auquel ils seraient tenus dans le cadre d'une action récursoire⁽²⁶⁵⁾. Bien que cette nouvelle règle doive être saluée, les difficultés liées à sa mise en œuvre ne sauraient toutefois être sous-estimées⁽²⁶⁶⁾.

En cas d'action intentée contre l'organe de révision uniquement, le tribunal sera en effet amené à examiner, de manière préliminaire et hypothétique, la responsabilité des autres organes, et ce sans que ceux-ci ne soient parties à la procédure⁽²⁶⁷⁾. Il pourra toutefois être remédié à ces difficultés en faisant recours, entre autres, au mécanisme de l'appel en cause⁽²⁶⁸⁾.

Le projet règle également la question de la prise en compte des créances postposées dans le calcul du dommage causé à la société⁽²⁶⁹⁾. Selon une jurisprudence critiquée du Tribunal fédéral⁽²⁷⁰⁾, les créances postposées doivent être prises en compte dans le calcul du dommage, augmentant ainsi significativement le risque de responsabilité des administrateurs en cas d'échec de l'assainissement et d'ouverture tardive d'une faillite⁽²⁷¹⁾. Le projet veut mettre fin au débat en prévoyant expressément que les créances postposées ne seront pas prises en compte dans le calcul du dommage⁽²⁷²⁾. A notre avis, l'assimilation des créances postposées à des quasi-fonds propres doit être saluée. La portée de l'art. 757 al. 4 P-CO est toutefois jugée trop large par certains auteurs au regard du but visé⁽²⁷³⁾.

Au surplus, d'autres changements bienvenus sont proposés par le projet, dont la prolongation et, à certaines conditions, la suspension, du délai pour intenter l'action en responsabilité des administrateurs après l'octroi de la décharge⁽²⁷⁴⁾, l'aménagement du délai de prescription, et la possibilité pour l'assemblée générale des actionnaires de décider d'intenter une action en responsabilité et de choisir de charger le conseil d'administration ou un représentant indé-

-
257. Dans le même sens : BÖCKLI, op. cit. n° 26; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 19 s.; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 154 s.; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 34 s.; POGGIO/ZIHLER, op. cit. 12, p. 97 s.
258. Art. 285 s. et notamment art. 288 al. 2 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes de faillite du 11 avril 1989 (RS 281.1, LP); VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 21.
259. Art. 752 ss CO.
260. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 21.
261. Pour plus de détails, cf. Bernard CORBOZ, CO-RO II, N 11 ss ad art. 759.
262. Message, p. 547; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 22; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 159; FORSTMOSER, op. cit. n° 143, p. 188 s. et 209 s.
263. Message, p. 547 s.; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 21; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 159; FORSTMOSER, op. cit. n° 143, p. 188 s. et 197.
264. Art. 759 al. 1 CO.
265. Message, p. 546 ss; art. 759 al. 2 P-CO. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 21; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 159.
266. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 22; FORSTMOSER, op. cit. n° 143, p. 214 s.
267. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 22.
268. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 22.
269. Art. 754 CO.
270. Cf. références op. cit. n° 14.
271. Message, 545 s.; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 83.
272. Message, 546; art. 757 al. 4 P-CO.
273. Message, 546; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 21; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 83; FORSTMOSER, op. cit. n° 143, p. 208-209, pour qui une réduction de la portée par interprétation téléologique s'imposerait si le texte ne devait pas être modifié.
274. Bien que cette modification doive être saluée vu qu'elle permet à l'actionnaire de mieux préparer une action en responsabilité, elle comporte le désavantage de prolonger davantage la durée moyenne des procès en responsabilité, qui sont en pratique déjà trop longs. Cf. ég., à cet égard, VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 21; FORSTMOSER, op. cit. n° 143, p. 205 s.

pendant de la conduite du procès⁽²⁷⁵⁾. Enfin, les actionnaires disposeront de meilleurs moyens dans la préparation d'une action en responsabilité du fait de l'élargissement des droits d'information des actionnaires, tel qu'examiné ci-avant.

5. La clause d'arbitrage statutaire

L'admissibilité des clauses d'arbitrage est controversée en droit actuel⁽²⁷⁶⁾. Le droit suisse interdit de limiter le droit des actionnaires de faire recours aux tribunaux étatiques⁽²⁷⁷⁾. Le projet propose d'autoriser l'adoption de clauses d'arbitrage statutaires applicables aux litiges relevant du droit des sociétés entre la société, ses organes, les membres de ses organes et ses actionnaires⁽²⁷⁸⁾. Lors de la consultation, cette proposition avait été accueillie favorablement⁽²⁷⁹⁾. Or une clause d'arbitrage pourra, aux termes du projet, être introduite dans les statuts par une décision de l'assemblée générale à la majorité qualifiée⁽²⁸⁰⁾. Ainsi, et contrairement à ce qui est avancé par le Conseil fédéral⁽²⁸¹⁾, l'adoption de clauses d'arbitrage statutaires ne permettra pas de protéger davantage les intérêts des actionnaires minoritaires⁽²⁸²⁾. Bien au contraire, les actionnaires minoritaires pourraient se voir privés, à l'encontre de leur volonté, de l'accès à la justice étatique⁽²⁸³⁾. L'adoption de clauses d'arbitrage statutaires semble également peu souhaitable au vu de l'intérêt public clair à ce que les décisions de résolution de litiges relevant du droit de la société anonyme suisse soient publiquement accessibles⁽²⁸⁴⁾. En effet, toute décision rendue par un tribunal arbitral en matière de droit des sociétés sera confidentielle, au détriment d'une jurisprudence transparente et cohérente⁽²⁸⁵⁾.

IV. Règles sur la rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction des sociétés cotées

La rémunération des administrateurs et hauts dirigeants de sociétés cotées a fait l'objet en Suisse, comme ailleurs, d'un vif débat, clos par l'acceptation, en date du 3 mars 2013, de l'initiative populaire "*contre les rémunérations abusives*". Cette initiative a été mise en œuvre de manière transitoire sous la forme d'une Ordonnance fédérale contre les rémunérations abusives⁽²⁸⁶⁾, en vigueur depuis le 1er janvier 2014⁽²⁸⁷⁾. Les règles "*contre les rémunérations abusives*" visent en substance à soumettre à l'approbation obligatoire de l'assemblée générale les rémunérations des dirigeants de sociétés anonymes cotées en Suisse et à interdire certaines formes de rémunération, à l'exemple des parachutes dorés ou encore des rémunérations anticipées, sous peine de sanctions pénales⁽²⁸⁸⁾. Le projet vise à transposer ces règles dans une loi formelle et ne s'écarter du régime en vigueur que de manière ciblée et ponctuelle, privilégiant ainsi la sécurité juridique et la stabilité pour la place économique suisse⁽²⁸⁹⁾.

Afin d'aménager une certaine flexibilité, le projet se limite tout d'abord à consacrer les conditions cadres du vote des rémunérations par l'assemblée générale⁽²⁹⁰⁾. Pour le reste, il laisse le soin aux sociétés cotées suisses de régler les modalités de vote, selon leurs besoins spécifiques⁽²⁹¹⁾. La possibilité pour l'assemblée générale d'approuver les différents éléments de rémunération par un vote prospectif (portant sur la rémunération d'une activité future des organes concernés) ou rétrospectif (portant sur la rémunéra-

-
275. Selon la doctrine et la jurisprudence dominante, l'assemblée générale des actionnaires est déjà compétente pour décider d'intenter une action en responsabilité. Le projet le prévoit expressément et étend la compétence de l'assemblée générale en l'autorisant à désigner un tiers indépendant pour la conduite du procès. Pour plus de détails, cf. FORSTMOSER, op. cit. n° 143, p. 196.
276. Message, p. 494. BÖCKLI; op. cit. 26, § 12 N 359; Franz SCHENKER, BSK-OR II 2017, N 16 ss ad art. 627; Markus VISCHER, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichtschscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR 2017, p. 81 ss. Cf. ég. ATF 95 II 555.
277. Art. 706b al. 1 CO; Henry PETER/Francesca CAVADINI, CR CO-II, N 11 ad art. 706b CO.
278. Message, p. 493 s.; art. 697n al. 1 P-CO. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 19 s.
279. Message, p. 494; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 155; GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 28. *Contra* BÖCKLI, op. cit. n° 24.
280. Art. 704 al. 1 ch. 12 P-CO; VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 19.
281. Message, p. 493 s.
282. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 19.
283. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 19.
284. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 19.
285. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 19.
286. ORAb, RS 221.331.
287. Le texte de l'initiative exigeait que le Conseil fédéral édicte, dans un délai d'une année après son acceptation, soit avant le 3 mars 2014, une ordonnance d'exécution provisoire (art. 33 ORAb).
288. FF 2008, 2325. Cf. ég. FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 4, p. 75; art. 95 al. 3 lett. d Cst : soit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles.
289. Message, p. 400 et 530. FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 159 ss; POGGIO/ZIHLER, op. cit. 9, p. 95 s.
290. Message, p. 539; art. 735 al. 3 P-CO.
291. Message, p. 538.

tion d'une activité déjà accomplie par les membres desdits organes), voire par le biais d'une combinaison de ces deux modèles, est maintenue⁽²⁹²⁾. Les sociétés concernées seront ainsi à même d'aménager au mieux leurs obligations en matière de rémunération avec les normes impératives du droit du travail suisse et, en particulier, le droit de tout employé au salaire⁽²⁹³⁾. En pratique, un système de vote rétrospectif se révèle mieux adapté pour la fixation des éléments de rémunération variables et discrétionnaires⁽²⁹⁴⁾. Le projet précise au surplus qu'en cas de vote prospectif sur les rémunérations variables, le rapport de rémunération doit être soumis au vote consultatif de l'assemblée générale de l'année suivante⁽²⁹⁵⁾.

Le projet s'écarte du droit actuel en étendant la liste des indemnités interdites aux primes d'embauche qui ne visent pas à réparer un désavantage financier établi⁽²⁹⁶⁾, ainsi qu'aux indemnités découlant d'une interdiction de faire concurrence, lorsqu'elles ne sont pas justifiées par l'usage commercial ou qu'elles excèdent la rémunération moyenne des trois dernières années⁽²⁹⁷⁾.

Les dispositions pénales consacrées par le projet⁽²⁹⁸⁾ restent très proches du droit en vigueur⁽²⁹⁹⁾. Conformément à la solution actuelle⁽³⁰⁰⁾, ces infractions seront poursuivies d'office. Or au vu des nombreux autres instruments⁽³⁰¹⁾ qui sont à disposition, en particulier des actionnaires, pour s'assurer du respect de l'interdiction des rémunérations excessives, la

question se pose de savoir si le droit pénal ne devrait pas punir les pratiques récalcitrantes qu'en dernier recours et, par conséquent, uniquement sur plainte.

Enfin, le projet renonce à régler certaines questions qui mériteraient pourtant une solution légale claire. Le Conseil fédéral a en particulier renoncé à prescrire la procédure à suivre lorsque les actionnaires refusent la somme globale de rémunération soumise à approbation obligatoire⁽³⁰²⁾. Le Message se limite à préciser que, dans un tel cas, la société reste libre de convoquer une assemblée générale extraordinaire ou d'organiser un nouveau vote sur les rémunérations lors de l'assemblée générale ordinaire suivante⁽³⁰³⁾.

V. Thèmes particuliers

A. Représentation des sexes au conseil d'administration et à la direction de sociétés cotées ("comply or explain")

L'opportunité et la nécessité de quotas minimaux pour atteindre une parité hommes-femmes au sein des conseils d'administration et des directions de sociétés cotées fait l'objet de vifs débats en Suisse, et ce depuis plusieurs années⁽³⁰⁴⁾. Cette question est également à l'ordre du jour sur le plan international⁽³⁰⁵⁾ et en particulier au sein de l'Union européenne⁽³⁰⁶⁾. Alors que des efforts significatifs et une évolution notable ont été constatés ces dernières années dans plusieurs pays européens, la Suisse se classe 56e sur

292. Message, p. 538; art. 735 P-CO. Cf. ég. Edgar PHILIPPIN, la mise en œuvre de l'initiative "contre les rémunérations abusives", SJ 2014 II p. 261 ss, p. 274.

293. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 14 s.; PHILIPPIN, op. cit. n° 292, p. 291.

294. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 14 s.; PHILIPPIN, op. cit. n° 292, p. 291.

295. Cf. Message, p. 539 s. : Ceci permet de laisser un pouvoir décisionnel suffisant en la matière aux actionnaires; le conseil d'administration devant revoir sa politique de rémunération pour le futur, en cas de rejet du rapport de rémunération lors du vote consultatif de l'assemblée générale. Cf. ég. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 14 s.; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 96.

296. Art. 735c ch. 5 P-CO. Message, p. 401 : Une indemnité d'embauche ne pourra ainsi être versée que si la compensation porte sur un désavantage financier effectivement subi, c'est-à-dire une perte de prétentions chiffrable à l'égard de l'ancien employeur ou mandant, que le nouvel administrateur ou directeur aurait pu exercer, s'il n'avait pas changé d'entreprise (par exemple, la participation à un plan d'options). Jugeant cette mesure contreproductive, GERICKE/MÜLLER/HÄUSERMANN/HAGMANN, op. cit. n° 16, p. 43.

297. Message, p. 401 s. : Contrairement à l'Avant-Projet, le Projet ne prévoit pas de durée de validité maximale pour les clauses de non-concurrence; art. 735c ch. 3 et 4 P-CO.

298. Art. 154 P-CO et 76 P-LPP.

299. Cf. l'art. 95 al. 3 lett. d Cst. et les art. 24 et 25 ORAb.

300. Art. 24 ss ORAb.

301. Message, p. 403 : Afin d'influer sur la politique de rémunération, les actionnaires pourront, entre autres, voter de manière obligatoire sur la rémunération et, le cas échéant, intenter une action en restitution de prestations ou encore une action en responsabilité. Les instruments suivants seront également à disposition : la contestation et la nullité des décisions de l'assemblée générale (art. 706 ss et 714 P-CO), la révocation des membres du conseil d'administration qui sont en tort (art. 705 al. 1 P-CO), le vote de l'assemblée générale sur les rémunérations (art. 735 P-CO), la résiliation du rapport de travail et l'action en dommages-intérêts s'agissant des membres de la direction qui sont en tort.

302. Message, p. 538.

303. Message, p. 539.

304. Message, p. 405.

305. Référence est faite, à titre illustratif, aux quotas légaux mis en place en Norvège, en 2003 déjà, ou encore en Allemagne en 2016. En Grande-Bretagne, l'économie a spontanément mis en place un quota minimum de 25 % pour la proportion de femmes dans les conseils d'administration. Cf. ég. Message, p. 405.

306. Cf. la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes (COM (2012) 614 final). Cf. ég., pour plus d'informations, Message, p. 405; Valérie JUNOD, Quotas féminins dans le CO : Que penser de la volte-face du Conseil fédéral ?, GesKR 2015, p. 381 ss, p. 383 ss.

59, selon une étude menée par Ernst & Young en mars 2016⁽³⁰⁷⁾, en ce qui concerne la représentation des femmes au sein des directions stratégiques de sociétés, et 42e sur 59 s'agissant de leur représentation au sein des conseils d'administration. Selon le onzième rapport Schilling⁽³⁰⁸⁾, il ressort au surplus que la proportion de femmes dans les conseils d'administration des 100 plus grandes entreprises suisses s'élève à 16 %, alors qu'elle stagne à 6 % au sein des directions.

Dans son Message, le Conseil fédéral constate l'absence d'une réelle évolution en Suisse ou encore d'une autoréglementation appropriée⁽³⁰⁹⁾ au sein de l'économie suisse, similaire par exemple à celle existant en Angleterre⁽³¹⁰⁾. Sur la base de ce double constat, le Conseil fédéral propose d'introduire, au nouvel article 734f P-CO, une double obligation légale à charge des grandes⁽³¹¹⁾ sociétés cotées en vue d'atteindre, à moyen et long terme, une parité hommes-femmes au sein des conseils d'administration et des directions⁽³¹²⁾.

L'art. 734f P-CO, qui se fonde sur le mandat législatif donné à la Confédération⁽³¹³⁾ de veiller à l'égalité effective des hommes et des femmes notamment dans le domaine du travail, prévoit ainsi ce qui suit :

*“A moins que la représentation de chaque sexe au sein du conseil d'administration et de la direction n'atteigne au minimum 30 % et 20 % respectivement, le rapport de rémunération des sociétés qui dépassent les valeurs fixées⁽³¹⁴⁾, doit mentionner :
Les raisons pour lesquelles la représentation de*

*chaque sexe n'atteint par le minimum prévu;
Les mesures de promotion du sexe le moins représenté”.*

Selon cette disposition, les grandes sociétés cotées doivent tout d'abord viser à atteindre une représentation de chaque sexe au sein de leur conseil d'administration et de leur direction équivalente à 30 % et 20 % respectivement⁽³¹⁵⁾. Le projet distingue le conseil d'administration de la direction d'entreprise, au motif que l'accession à la direction est plus difficile et qu'elle suppose de plus amples connaissances spécifiques à la branche⁽³¹⁶⁾. En cas de non-respect de ces quotas, c'est le principe *“appliquer ou expliquer”* qui est de mise. En effet, dans ce cas, la société sera uniquement tenue de mentionner dans son rapport de rémunération les raisons pour lesquelles les quotas légaux ne sont pas atteints, ainsi que les mesures envisagées ou prises pour promouvoir le sexe moins bien représenté⁽³¹⁷⁾.

Le projet renonce à imposer des sanctions en cas de non-respect des quotas légaux, telles que celles adoptées dans plusieurs pays européens⁽³¹⁸⁾. Le projet n'impose pas de minimum légal proprement dit mais une obligation de transparence additionnelle à charge des grandes sociétés cotées. Celles-ci devront respecter l'obligation de transparence⁽³¹⁹⁾ dans un délai de cinq ans dès l'entrée en vigueur du nouveau droit s'agissant du conseil d'administration, respectivement de 10 ans s'agissant de la direction⁽³²⁰⁾.

Aux termes du Message, la solution adoptée par le Conseil fédéral vise à ne pas porter *“démessurément atteinte à la liberté d'organisation et à la liberté éco-*

-
307. Communiqué de presse E&Y du 7 mars 2016 : *“Etude internationale : la Suisse en queue de peloton dans la promotion des cadres dirigeants féminins”*.
308. Schillingreport 2016 de guido schilling ag, *Transparenz an der Spitze, Die Geschäftsleitungen und Verwaltungsräte der hundert größten Schweizer Unternehmen in Vergleich*. Cf. ég. le communiqué de presse du 8 mars 2016 livrant les principales conclusions du Schilling Report 2016 (accessible à l'adresse www.schilling.ch, pas de version française).
309. Le Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance d'Economie suisse, dans sa version révisée de 2016, se limite à prévoir, à son chiffre 12, que *“le conseil d'administration est composé de membres, femmes et hommes. Ils sont dotés d'aptitudes nécessaires pour garantir la formation de décision dans le cadre d'échanges de vues critiques avec la direction”*, et ce sans préciser que la représentation des hommes et des femmes au sein des conseils d'administration devrait être équilibrée.
310. Message p. 405 s.
311. Le champ d'application de cette nouvelle réglementation est limité aux sociétés cotées qui dépassent, durant deux exercices successifs, deux des valeurs suivantes fixées à l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO : soit, (i) un total du bilan de CHF 20 millions, (ii) un chiffre d'affaires de CHF 40 millions ou (iii) un effectif de 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle. Ainsi, seules les grandes sociétés cotées en bourse sont concernées par cette nouvelle réglementation. Les PME ainsi que les sociétés non cotées ne le sont pas.
312. Message, p. 405 s et 602 s.
313. Art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale suisse qui consacre le droit fondamental à l'absence de discrimination fondée sur le sexe.
314. Art. 727 al. 1 ch. 2 P-CO.
315. Art. 734f P-CO.
316. Message p. 407.
317. Cf. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 16, pour qui cette seconde obligation revêt un caractère atypique s'agissant d'une règle de *“comply or explain”*.
318. L'Allemagne prévoit, à titre d'exemple, la nullité des élections au conseil de surveillance des sociétés allemandes cotées en bourse en cas de non-respect du quota légal de 30 %. Les sociétés cotées norvégiennes risquent quant à elles plusieurs sanctions légales en cas de non-respect du quota légal de 40 %, allant jusqu'à la dissolution pure et simple de la société. Cf. JUNOD, op. cit. n° 306, p. 382.
319. Art. 734f P-CO.
320. Message p. 405, 537, 538 et 604 pour plus d'informations à cet égard; art. 4 des dispositions transitoires P-CO.

nomique des entreprises garanties par la Constitution⁽³²¹⁾. Elle tend à laisser ainsi aux entreprises “une marge de manœuvre suffisante pour s’écarter des quotas de représentation”⁽³²²⁾, et ce afin d’être à même de prendre en compte l’ensemble des circonstances et les spécificités de chaque cas en vue de garantir “la variété des membres nécessaire compte tenu des activités de l’entreprise et des tâches du conseil d’administration et de la direction, notamment en ce qui concerne l’expérience, la formation et les capacités”⁽³²³⁾. Selon certaines critiques, le projet risque toutefois d’être d’une portée pratique limitée⁽³²⁴⁾. La nouvelle réglementation est en effet dénuée d’effet dissuasif réel du fait de l’absence de sanction, telle qu’une amende, la décotation boursière ou encore l’absence d’aménagement de droits spécifiques (tels que celui des candidats écartés d’exiger une motivation de la décision de non-embauche), et son effectivité en sera vraisemblablement compromise⁽³²⁵⁾. Ces critiques méconnaissent à notre sens la souplesse qui doit présider en la matière et l’influence croissante des marchés financiers sur la promotion de la *Corporate Social Responsibility* à laquelle ce thème appartient.

B. Exigences de transparence applicables aux grandes sociétés cotées productrices de matières premières

Le projet introduit une obligation pour les entreprises actives dans la production de matières premières de publier dans un rapport écrit les versements effectués au profit de gouvernements⁽³²⁶⁾.

Cette nouveauté s’inscrit dans la tendance actuelle⁽³²⁷⁾ d’une transparence croissante dans le secteur des

matières premières. Les dispositions topiques consacrées par les articles 964a à 964e P-CO correspondent en effet pour l’essentiel aux prescriptions de l’UE, l’objectif principal poursuivi par le Conseil fédéral étant d’aligner le droit suisse sur le droit matériel européen en la matière et de lutter contre la corruption⁽³²⁸⁾.

L’obligation d’établir et de publier un rapport sur les paiements au profit de gouvernements ne s’applique qu’aux entreprises que le droit suisse soumet au contrôle ordinaire⁽³²⁹⁾ et qui sont actives dans la production de matières premières⁽³³⁰⁾. En d’autres termes, cette réglementation ne concerne que les sociétés suisses cotées, les grandes sociétés et les sociétés ayant l’obligation d’établir des comptes consolidés, actives dans la production de matières premières⁽³³¹⁾. Les entreprises actives uniquement dans le négoce de matières premières ainsi que les PME ne sont a priori pas visées⁽³³²⁾.

Pour être soumise à cette nouvelle obligation de transparence, il suffit qu’une entreprise soit active ponctuellement, voire à une seule occasion durant l’exercice comptable, dans la production de matières premières⁽³³³⁾. Le but statutaire et l’activité effective de l’entreprise ne doivent pas nécessairement exclusivement ou principalement porter sur la production de matières premières⁽³³⁴⁾. De plus, cette réglementation vise non seulement les entreprises engagées elles-mêmes dans la production de matières premières, mais également celles qui ne le sont que par l’intermédiaire d’une entreprise qu’elles contrôlent, que cette dernière soit située en Suisse ou à l’étranger⁽³³⁵⁾. Lorsqu’une entreprise fait partie d’un groupe actif dans ce secteur, elle est alors en principe tenue d’établir un rapport conso-

321. Message p. 407.

322. Message p. 407.

323. Message p. 538.

324. JUNOD, op. cit. n° 306, p. 382 et 390 s.

325. Cf. ég. VON DER CRONE/ANGSTMANN, op. cit. n° 18, p. 17, pour qui l’analyse de la pertinence des raisons avancées par la société sera vraisemblablement sujet à controverse; FORSTMOSER/KÜCHLER, op. cit. n° 155, p. 161; JUNOD, op. cit. n° 306, p. 382 et 390 s.; Christine SATTIVA SPRING, *Egalité des sexes et mesures positives : la voie difficile de l’égalité effective*, in : Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon (éds), *L’égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, Genève 2016, p. 279 ss, p. 300.

326. Art. 964a ss P-CO.

327. Référence est faite notamment aux développements législatifs récents aux Etats-Unis (cf. la *Final Rule* datant du 26 juin 2016, émise par la *Securities and Exchange Commission* des Etats-Unis d’Amérique) et en Europe. Cf. ég. Message, p. 418 et 419.

328. Message, p. 420 ss, en particulier p. 427; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 101. Contrairement aux Directives de l’UE, le projet ne prévoit toutefois pas de mécanisme permettant de reconnaître l’équivalence d’exigences étrangères, au motif qu’un tel mécanisme serait difficile à mettre en œuvre. En guise d’alternative, il prévoit la possibilité pour une entreprise ayant son siège en Suisse de renoncer à établir son propre rapport (“*opting out*”) lorsqu’il existe des comptes consolidés contenant le rapport sur les paiements du groupe, art. 964a al. 3 P-CO; Message, p. 428 et 429.

329. En ce qui concerne les sociétés soumises au contrôle ordinaire, cf. art. 727 CO; Karim MAIZAR/Rolf WATTER, BSK-OR II, N 1 ss ad art. 727.

330. S’agissant de la notion de matière première, cf. art. 964a al. 1 P-CO; Message, p. 564; Olivier HARI, *Droit des sociétés en 2016 - quo vadis ?*, REPRAX 2/2017, p. 55 ss, p. 58. S’agissant de la notion de production de matières premières, cf. art. 964a al. 4 P-CO; Message, p. 565.

331. Message, p. 565; Olivier HARI, op. cit. n° 331, p. 58.

332. Message, p. 564; Olivier HARI, op. cit. n° 331, p. 58.

333. Message, p. 565.

334. Message, p. 565.

335. Message, p. 564.

lidé sur les paiements du groupe au profit de gouvernements⁽³³⁶⁾.

En ce qui concerne le contenu du rapport, seuls les paiements provenant d'activités productrices de matières premières et dépassant le seuil de CHF 100'000 par exercice comptable doivent être publiés et mentionnés dans le rapport⁽³³⁷⁾. Le seuil de CHF 100'000 est atteint lorsqu'un versement individuel ou des séries de paiements concernant la même prestation contractuelle s'élèvent au moins à CHF 100'000 au total⁽³³⁸⁾. Le mode (en espèces ou en nature) et le lieu de paiement sont sans pertinence⁽³³⁹⁾. Doivent être mentionnés dans le rapport, les paiements effectués en faveur de gouvernements au sens large, soit d'autorités étatiques ainsi que d'administrations et d'entreprises contrôlées par elles⁽³⁴⁰⁾.

Une fois établi, le rapport doit être approuvé par le conseil d'administration, avant d'être publié, dans un délai de six mois à partir de la fin de l'exercice social, sur internet (par exemple, sur le site de l'entreprise)⁽³⁴¹⁾. Aux termes du projet, le rapport ne sera ainsi soumis ni à révision ni à approbation par l'assemblée générale des actionnaires ou par l'organe de révision⁽³⁴²⁾. Le rapport doit au surplus rester accessible au public et être conservé par l'entreprise, avec ses pièces justificatives et selon les mêmes conditions que les comptes de l'entreprise, pendant au moins dix ans⁽³⁴³⁾.

Les entreprises concernées par cette nouvelle réglementation devront établir leur premier rapport à compter de l'exercice qui commence une année, au plus tôt, après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation⁽³⁴⁴⁾. En cas d'inobservation des prescriptions relatives à l'établissement du rapport sur les paiements effectués au profit du gouvernement, les personnes tenues de l'établissement, de la tenue ou de la conservation du rapport seront passibles de sanctions pénales⁽³⁴⁵⁾, que ces infractions aient été commises intentionnellement ou par négligence⁽³⁴⁶⁾.

VI. Conclusion

Le projet de révision qui sera prochainement soumis au Parlement fédéral devrait clore de longues années de valse-hésitation. Le lancement de l'initiative Minder a bouleversé les travaux du Conseil fédéral, qui a dû de ce fait mettre l'ouvrage sur le métier à plusieurs reprises. De bonne facture, le projet proposé en 2016 sera de nature à moderniser l'organisation de la société anonyme en renforçant la bonne gouvernance d'entreprise et la protection des actionnaires. Innovateur, le projet aborde des thèmes relevant de la politique sociale, à savoir la parité hommes-femmes au sein des conseils d'administration et des directions des sociétés cotées, ainsi que l'amélioration de la transparence des flux financiers dans le secteur des matières premières. Ces propositions marquent l'avènement souhaitable, et qui doit encore se développer, de la *Corporate Social Responsibility* dans le droit de la société anonyme. Même si le projet ne devrait pas susciter de débats enflammés, le nouveau droit de la société anonyme suisse ne devrait pas entrer en vigueur avant 2020 au plus tôt.

336. Art. 964a al. 2 P-CO. Cf. ég. l'art. 964a al. 3 P-CO qui, à certaines conditions, dispense une entreprise suisse faisant partie d'un groupe actif dans la production de matières premières d'établir son propre rapport.

337. Art. 964c al. 1 et 2 P-CO; Message, p. 567. En ce qui concerne le type de paiements et prestations visés, cf. l'art. 964b P-CO et le Message, p. 565 et 566.

338. Art. 964c al. 2 P-CO; Message, p. 565.

339. Art. 964b P-CO; Message, p. 565 à 566; Olivier HARI, op. cit. n° 331, p. 58.

340. Art. 964a al. 5 P-CO; Olivier HARI, op. cit. n° 331, p. 58. En ce qui concerna la notion de contrôle, cf. Message, p. 565 et l'art. 963 CO.

341. Art. 964d al. 1 P-CO; Message, p. 568.

342. Art. 964a ss P-CO *a contrario*; POGGIO/ZIHLER, op. cit. n° 12, p. 101.

343. Art. 964d al. 2 et 964e P-CO; Message, p. 568 à 569.

344. Message, p. 571.

345. Art. 325bis P-CP.

346. Message, p. 586.