



Nicolas Facincani

lic. en droit, LL.M., avocat
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zurich
www.vfs-partner.ch



Reto Sutter

D^r en droit, LL.M., avocat, expert fiscal
diplômé
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zurich
www.vfs-partner.ch

Révision du droit de la société anonyme

Les points forts du projet de révision du droit de la SA

Le 23 novembre 2016, le Conseil fédéral a adopté le projet de révision du droit de la société anonyme et le message y relatif. Tous deux reposent sur l'avant-projet approuvé dès la fin 2007 et qui, après révision, a été remis en consultation à la fin de 2014. Voici quelques points forts de la révision prévue, étant précisé que l'on ignore encore quelles sont les propositions qui feront leur entrée dans la loi.

Pour résumer, disons que les modifications proposées dans le message¹ du Conseil fédéral se répartissent en quatre grands domaines, à savoir la constitution, la structuration du capital-actions, la gouvernance d'entreprise – dont fait partie aussi la mise en œuvre de l'initiative Minder –, les actions en responsabilité ainsi que certaines règles en matière de surendettement et d'insolvabilité. Il n'est pas prévu de changements

concernant les restrictions à la transmissibilité, des actions à droit de vote privilégié et les actions dispo, bien que, là encore, certaines modifications possibles aient fait l'objet de débats controversés par le passé. De même, le concept de la société anonyme comme pure société de capitaux demeure inchangé². Voici, dans leurs grandes lignes, les modifications selon nous les plus significatives à attendre de la révision³.

1. Fondation et changement de statut sans acte authentique

À ce jour, la fondation ou la dissolution d'une société requiert en toute circonstance un acte notarié, obligation qui poursuit plusieurs objectifs⁴. Cela va changer. Les sociétés à structure simple pourront désormais être constituées, dissoutes ou liquidées sans recours à un officier public. Une société est dite à structure simple lorsque ses statuts se limitent au minimum imposé par la loi, son capital-actions est fixé en francs suisses et ses apports sont entièrement

libérés en francs⁵, ce qui permet notamment d'économiser des coûts. Cependant, la moindre dérogation à ces règles suffit à rendre la forme authentique obligatoire; c'est le cas par ex. si le conseil d'administration est à même de transférer (déléguer) la direction.

Les statuts de sociétés à structure simple pourront en principe être modifiés par une décision prise en la forme écrite. C'est logique. Une exception à la forme écrite est prévue pour la réduction de capital et si, en cas d'augmentation de capital, les apports ne sont pas entièrement libérés en francs.

2. Actions et capital-actions

Dorénavant, le capital-actions pourra être libellé dans la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise, à condition que les comptes soient établis dans cette monnaie étrangère. Il s'agit donc en l'occurrence d'aligner le droit de la SA sur le droit comptable⁶. Le capital-actions en monnaie étrangère devra avoir une contre-valeur de 100 000 francs au moins au moment de la constitution, sachant que le cours de change devra être précisé dans l'acte authentique⁷. Mais ensuite, la contre-valeur pourra tomber en deçà de 100 000 francs en cas de fluctuations du cours de change. Les sociétés anonymes déjà en place pourront elles aussi changer de monnaie pour leur capital-actions, pourvu que, en vertu de l'art. 621 al. 3 P-CO, il n'en résulte pas une réduction ou une augmentation dissimulée de capital.

Le capital minimal de 100 000 francs sera maintenu, sachant qu'une libération partielle de 20% de la valeur nominale de chaque action (mais de 50 000 francs au minimum) restera possible. Selon le droit en vigueur (art. 622 al. 4 CO), la valeur nominale d'une action est d'au moins un

centime. Désormais, elle devra simplement être supérieure à zéro, de sorte qu'une société devrait être en mesure, même en présence d'un capital minimal de 100 000 francs, d'émettre autant d'actions qu'elle le souhaite. Il a été renoncé en revanche à créer une action sans valeur nominale, ce qui consacre le maintien du régime éprouvé de l'action à valeur nominale définie.

Rappelons ici que les sociétés nouvellement cotées en bourse ne seront plus soumises à aucune restriction quant au montant du capital-participations et que celui-ci pourra être fixé librement⁸.

3. Formes de libération

S'agissant de la libération d'actions, diverses innovations sont prévues. Il existe actuellement différents mécanismes de protection pour les faits qualifiés d'apport en nature, de reprise de biens et d'avantages particuliers (art. 628 CO), qui présentent en effet un risque accru de réduction du capital. Les principales nouvelles modifications prévues ont trait aux prescriptions concernant la reprise de biens⁹. Aux termes de l'avant-projet, elles seront toutes abandonnées au motif qu'il serait possible de s'opposer à d'éventuels prélèvements injustifiés sur l'actif social par une action en restitution. Une reprise de biens assortie d'une indemnité excessive constitue souvent une distribution dissimulée de bénéfice, ce qui justifie un droit à restitution en vertu de l'art. 678 CO. Par ailleurs, en cas de reprise d'actifs trop onéreux, le conseil d'administration risque même d'engager sa responsabilité personnelle¹⁰. Cette modification appelle à notre avis une réflexion critique. Certes, l'application des dispositions sur la reprise de biens a souvent suscité des incertitudes par le passé et il n'était même pas sûr qu'elles s'appliquent. Mais la suppression des prescriptions relatives à la reprise de biens envisagée, qui s'est traduite notamment par une transparence accrue dans les statuts et le registre du commerce ainsi que par les soins particuliers apportés à l'évaluation des apports en nature, n'incite pas moins ouvertement à contourner les dispositions concernant l'apport en nature et la reprise de biens, de sorte que, sauf abus de droit, les reprises de biens indirectes devraient devenir également licites. Reste un point positif, à savoir que cette innovation telle qu'elle est envisagée pourrait (enfin!) balayer les incertitudes quant aux reprises de biens «envisagées». Il est vrai que le champ d'application de la reprise de biens (envisagée) a déjà été restreint en 2005 aux reprises par les actionnaires ou les personnes qui leur sont proches, ce qui était censé puisque ces cas laissaient planer un risque d'abus, mais des incertitudes persistent.

Des précisions sont apportées également à propos de la libération par compensation. Il est

notamment établi que ce procédé sera autorisé pour des créances dépréciées, ce qui était régulièrement sujet à controverse jusqu'ici¹¹ mais admis en pratique¹².

4. Modifications touchant au capital, y compris marge de fluctuation

L'augmentation et la réduction du capital sont régies – c'est nouveau – dans un chapitre distinct. Plus exactement, c'est dans ce chapitre que seront régies toutes les procédures de modification touchant au capital.

Les prescriptions concernant les augmentations ordinaires de capital connaîtront des modifications ponctuelles. Il s'agit en particulier de veiller à une sécurité juridique accrue. Ainsi, il est stipulé que la suppression du droit de souscription préférentiel ou la fixation du prix d'émission par le conseil d'administration ne doit avantager ou désavantager personne. Cette formulation plus large préserve raisonnablement la marge d'appréciation du conseil d'administration lors de l'émission des actions. La réduction du capital est désormais subdivisée en réduction ordinaire et en «accordéon» destiné à prévenir un bilan déficitaire. Outre qu'elles renforcent la sécurité juridique, ces nouvelles dispositions donnent davantage de flexibilité à la société.

Les sociétés anonymes se voient ménager la possibilité de créer une marge dite de fluctuation du capital. Il s'agit là d'une innovation jusqu'ici inconnue en droit suisse. Dans les limites de cette marge de fluctuation, l'assemblée générale autorise le conseil d'administration à augmenter ou à réduire le capital de la société anonyme pendant une durée maximale de cinq ans¹³. La limite supérieure ne peut pas dépasser de plus de 50% le capital-actions inscrit au registre du commerce à la date de prise de décision et la limite inférieure ne peut être plus basse que la moitié du capital-actions inscrit. Les montants maximaux d'augmentation et de réduction doivent être fixés dans les statuts et inscrits au registre du commerce. La question de savoir si le capital sera relevé ou réduit sera tranchée en définitive par le conseil d'administration. La protection des créanciers mérite ici une attention particulière. Pour la garantir, il est exigé que l'assemblée générale ne puisse décider d'une marge de fluctuation prévoyant une réduction du capital qu'après l'appel aux créanciers et la remise d'une attestation de vérification par un réviseur agréé. La protection des créanciers est donc reportée à la date d'institution de la marge de fluctuation. En outre, les sociétés qui prévoient une marge de fluctuation ménageant la possibilité d'une réduction du capital

devront soumettre leurs comptes annuels à un contrôle au moins restreint (mais pas ordinaire) (art. 653s al. 4 et art. 727 al. 2 P-CO). Les dispositions relatives à la marge de fluctuation du capital remplacent celles sur l'augmentation autorisée du capital-actions.

Les modifications proposées sont à saluer car elles ménagent davantage de flexibilité aux sociétés et répondent aux nécessités d'un financement moderne des entreprises¹⁴. Des précisions manquent encore quant au rapport de la marge de fluctuation avec l'augmentation conditionnelle du capital.

5. Dividende intermédiaire

Le droit en vigueur manque de clarté sur la question de savoir si les dividendes issus du bénéfice non encore comptabilisé au bilan de l'exercice en cours peuvent être distribués. De plus en plus de voix s'accordent ces derniers temps sur un oui, d'autant qu'une telle possibilité répondrait à un besoin pratique¹⁵. Si le projet précise désormais les choses, il place toutefois la barre très haut: il sera permis de verser un dividende à condition que les statuts le prévoient et que les comptes intermédiaires aient été préalablement vérifiés. Cette vérification sera donc requise même si les comptes annuels ordinaires n'ont pas été audités au motif que la société a renoncé au contrôle (restreint), ce qui est d'ores et déjà possible et le restera¹⁶.

6. Gouvernance d'entreprise

Par souci d'une meilleure gouvernance d'entreprise, les droits des actionnaires seront renforcés, notamment au sein de sociétés non cotées en bourse, en faisant en sorte qu'ils puissent mieux faire valoir leurs droits de demander des renseignements et de consulter des documents, mais aussi en abaissant différents seuils pour l'exercice de ces droits et en adaptant le droit de demander l'inscription de points à l'ordre du jour.

6.1 Convocation de l'assemblée générale et inscriptions d'objets à l'ordre du jour

Il est prévu d'abaisser de 10 à 0,5% pour les sociétés cotées en bourse le seuil relatif au droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et au droit de proposition des actionnaires. Cette réduction substantielle a d'ores et déjà soulevé des critiques parce que le nouveau seuil est très bas en comparaison internationale¹⁷. Pour les sociétés non cotées, le seuil devrait être fixé à 5%, ce qui permettrait aux actionnaires qui détiennent ensemble respectivement 0,5% et 5% du capital-actions ou des voix de demander l'inscription d'objets à l'ordre du jour.

Le seuil actuel pour la convocation d'une assemblée générale sera abaissé de 10 à 5%, du moins pour les sociétés cotées; pour les autres, seul pourra convoquer une assemblée générale celui ou celle qui réunit 10% des voix ou du capital-actions. Le conseil d'administration devra alors convoquer l'assemblée générale dans les 60 jours¹⁸. Le délai pour inscrire des objets à l'ordre du jour et présenter des propositions les concernant sera d'au moins dix jours à compter de la communication sur la réception du rapport de gestion et du rapport de révision¹⁹.

6.2 Droit d'être informé et de demander des renseignements

Les actionnaires ne peuvent déjà faire valoir leur droit de demander des renseignements sur la société que dans le cadre de l'assemblée générale. S'ils veulent consulter les livres et la correspondance de la société, cela n'est possible que si l'assemblée générale ou le conseil d'administration y consent.

Comme les sociétés cotées sont de toute manière tenues par d'autres dispositions d'informer le marché des capitaux et, par là même, les actionnaires d'événements importants dans le cadre de la publicité ad-hoc, cette restriction ne devrait guère leur poser problème.

S'agissant des sociétés non cotées, les actionnaires qui désirent obtenir des renseignements sur «leur» société doivent parfois attendre longtemps avant de voir leur demande aboutir. Afin d'améliorer la situation, il est envisagé que les actionnaires qui réunissent sur eux au minimum 5% du capital-actions ou des voix pourront adresser à tout moment une demande de renseignements ou de consultation de documents au conseil d'administration. Ce dernier aura alors quatre mois pour y répondre ou pour la rejeter. Son refus d'accéder à la demande ne sera recevable que si les informations sollicitées ne sont pas nécessaires à l'exercice des droits des actionnaires et que leur révélation risquerait de compromettre le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux prépondérants de la société. Les droits à l'information des actionnaires ne sont donc que légèrement renforcés et le conseil d'administration conserve des prérogatives étendues lui permettant de ne pas y accéder. Il devra toutefois, et c'est là une nouveauté, motiver son refus par écrit.

Si une réponse est donnée à une demande de renseignements, elle devra en outre être consultable au plus tard lors de la prochaine assemblée générale pour garantir l'égalité de traitement des actionnaires.

Le contrôle spécial sera désormais désigné par le terme «examen spécial»²⁰. Par souci d'une meilleure gouvernance d'entreprise, le législateur aspire à un accès simplifié à l'examen spécial. Celui-ci devra comme toujours être

précédé de l'exercice du droit d'être informé et de demander des renseignements. Si le renseignement fourni ou son refus justifie des investigations plus poussées, la proposition d'institution d'un examen spécial adressée à l'assemblée générale devra émaner d'un expert indépendant. Si l'assemblée générale rejette la proposition d'instituer un examen spécial, alors seulement les actionnaires pourront demander au tribunal d'en ordonner un²¹. Le seuil a été abaissé à 3% pour les sociétés cotées. Il leur incombera de rendre crédible au juge le fait que des organes (ou des fondateurs) ont enfreint les dispositions de la loi ou des statuts et que cette violation est de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires. Il n'est toutefois plus nécessaire de rendre vraisemblable un préjudice effectif, ce qui confère dorénavant à l'examen spécial un caractère préventif.

Le seuil de 10% des voix ou du capital-actions est maintenu pour toutes les autres sociétés.

Une autre innovation importante en rapport avec l'examen spécial a trait à l'obligation pour la société qui en fait l'objet d'en supporter les frais, sous réserve d'un abus de droit. Conformément à la conception légale²², les éventuelles avances de frais judiciaires sont également à la charge de la société. Nous sommes curieux de savoir ce qu'il adviendra si la société ne s'acquiesce pas ou ne peut s'acquiescer de ces avances parce qu'elle est dans le besoin.

6.3 Organe de révision

Aujourd'hui, l'assemblée générale peut révoquer l'organe de révision à tout moment, autrement dit avant la fin de son mandat. À l'exemple de la réglementation en vigueur dans l'UE²³, l'avant-projet prévoit que sa révocation ne pourra intervenir que pour de justes motifs²⁴, lesquels devront être indiqués dans l'annexe aux comptes annuels. Le durcissement des conditions préalables à la révocation vise à protéger les actionnaires minoritaires de la révocation d'un organe de révision «dérangeant».

Il reste que l'organe de révision pourra toujours se démettre à tout moment de son mandat, pourvu qu'il motive sa démission.

7. Assemblée générale

7.1 Assemblée générale virtuelle et recours à des médias électroniques

Il sera mieux tenu compte désormais pour l'organisation de l'assemblée générale de l'usage croissant des médias électroniques au quotidien. Afin de faciliter l'accès des actionnaires aux assemblées générales, la loi prévoira expressément l'utilisation de tels médias à ces occasions, en opérant à cet égard une distinction

entre l'exercice par voie électronique des droits de l'actionnaire et l'assemblée générale virtuelle²⁵.

On entend par assemblée générale virtuelle la tenue de l'assemblée générale au moyen de médias électroniques, sans lieu de réunion physique. Son organisation requiert une base statutaire et la désignation d'une représentation des voix indépendante afin d'éviter que les actionnaires soient forcés d'utiliser les médias électroniques prévus par la société pour exercer leur droit de vote. Si des décisions devant revêtir la forme authentique doivent être prises en assemblée générale, le projet en donne certes la possibilité mais il n'est pas encore absolument certain que la législation cantonale sur les actes authentiques l'autorise.

Le recours aux médias électroniques sera possible sous réserve de satisfaire aux quatre conditions que voici:

1. l'identité des participants doit être établie;
2. les votes doivent être transmis directement à l'assemblée générale;
3. chaque participant doit être à même de soumettre des propositions à l'assemblée générale et de participer aux débats;
4. le résultat du vote ne doit pas pouvoir être faussé.

L'utilisation de médias électroniques peut poser des problèmes techniques. Si c'est le cas au point de rendre impossible la tenue de l'assemblée générale dans le respect des règles en vigueur, l'assemblée générale devra être convoquée à nouveau. Les décisions valablement prises avant l'apparition des problèmes techniques conserveront leur validité. Si des problèmes techniques ne surviennent que brièvement, les votes ou les élections devront être répétés, quand bien même les problèmes en question n'auraient eu aucune incidence sur leur résultat²⁶. S'il faut reconvoquer l'assemblée générale à une date ultérieure, le délai de 20 jours sera sans objet. Il suffira que la nouvelle date soit fixé de telle sorte que la majorité des actionnaires ne soient pas exclus d'emblée d'y assister. Si toutefois l'ordre du jour initial est modifié ou complété, il conviendra de respecter intégralement les prescriptions ordinaires relatives à la convocation.

Le lieu de la tenue d'une assemblée générale est précisé soit par les statuts, soit par le conseil d'administration. Les options envisageables sont les suivantes: l'assemblée générale peut être tenue (i) simultanément en plusieurs endroits, pourvu que les votes soient transmis directement à tous les lieux de réunion, (ii) de façon virtuelle ou (iii) à l'étranger, dès lors qu'une représentation des voix indépendante a été désignée lors de la convocation de l'assemblée générale.

7.2 Représentation à l'assemblée générale

S'agissant de la représentation des actionnaires à l'assemblée générale, l'essentiel des dispositions de l'ORAb²⁷ en vigueur pour les sociétés cotées a été repris pour s'appliquer aussi aux sociétés non cotées. La représentation par un membre d'un organe sera abolie pour tous les types de société. La représentation par le dépositaire sera néanmoins maintenue pour les sociétés privées, avec la possibilité d'instructions permanentes. Les statuts prévoient toujours la possibilité qu'un actionnaire ne puisse être représenté que par un autre actionnaire à l'assemblée générale. S'ils contiennent une telle disposition, un actionnaire pourra désormais requérir la désignation d'un représentant indépendant²⁸.

La représentation par le dépositaire et les instructions permanentes à l'intention du représentant permanent resteront interdites.

8. Rémunérations dans les sociétés ouvertes au public

L'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» a été mise en œuvre au travers de l'ORAb. L'essentiel des dispositions de cette ordonnance sera intégré à la nouvelle loi. Relevons d'emblée ici qu'elles ne sont destinées à s'appliquer qu'aux sociétés anonymes cotées en bourse²⁹.

En complément de l'ORAb en vigueur, il est prévu l'obligation de soumettre le rapport de rémunération au vote consultatif de l'assemblée générale dans la mesure où la société pratique le vote prospectif sur les rémunérations variables. Mais il restera possible de faire procéder à un vote prospectif ou a posteriori³⁰. Ce mécanisme correspond dorénavant à la bonne pratique.

Des précisions sont apportées à propos de diverses primes: il est proposé d'interdire uniquement les primes d'embauche à proprement parler³¹ mais de ne pas considérer comme telles au sens de la loi les paiements en dédommagement de la perte de prétentions chiffrables à l'égard de l'ancien employeur consécutivement à un changement d'emploi. Il s'agit donc en tout cas de compenser un désavantage réel.

Ensuite, les indemnités pour prohibition de concurrence justifiée par l'usage commercial versées après la fin des rapports de travail seront limitées à la rémunération moyenne des trois dernières années³². S'il apparaît toutefois que la clause de non-concurrence n'est pas justifiée par l'usage commercial, l'indemnité sera interdite. Cette disposition est destinée en premier lieu à prévenir le versement d'indemnités de départ dissimulées.

9. Représentation équilibrée des deux sexes au sein du conseil d'administration

Dès 1981, la Constitution disposait que la loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait de l'homme et de la femme³³. La révision du droit de la SA tend à une représentation plus équilibrée des deux sexes à l'échelon suprême des entreprises d'une certaine taille. Il s'agit de faire en sorte que dans les sociétés cotées qui dépassent deux des seuils suivants au cours de deux exercices consécutifs, à savoir (a) un total du bilan de 20 millions de francs, (b) un chiffre d'affaires de 40 millions de francs ou (c) 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle³⁴, chaque sexe soit représenté à raison d'au moins 30% au sein du conseil d'administration et 20% au sein de la direction. À défaut, le rapport de rémunération devra indiquer les raisons d'une représentation des sexes non conforme à ces chiffres et les mesures propres à favoriser le sexe le moins représenté devront faire l'objet d'une déclaration (approche «*comply or explain*»)³⁵.

Cet alignement sur les seuils relativement élevés de l'art. 727 art. 1 ch. 2 CO (préalables au contrôle ordinaire obligatoire pour les sociétés non cotées) et la condition supplémentaire de la cotation en bourse³⁶ visent à empêcher que des sociétés non cotées et des petites sociétés cotées, en particulier celles qui ne sont pas cotées au segment principal de SIX Swiss Exchange, ne tombent dans le champ d'application des taux minimaux de représentation des sexes. Ainsi, rien ne changera dans l'immédiat pour la plupart des sociétés anonymes suisses, autrement dit pour les sociétés privées.

Au reste, seules des modifications insignifiantes sont instaurées à propos du conseil d'administration³⁷. Il est précisé par exemple que seules des personnes physiques sont éligibles à titre d'administrateur. Il a été renoncé sciemment à étendre à toutes les sociétés les règles parfois très restrictives appliquées aux sociétés cotées; celles-ci seront toutefois maintenues du fait de l'intégration de l'ORAb dans la loi³⁸. C'est ainsi que, dans les sociétés cotées, le président et les membres du conseil d'administration seront élus chaque année et à titre individuel. Dans les autres sociétés, par contre, une élection collective restera possible, sachant que le mandat pourra durer jusqu'à quatre ans (art. 710 P-CO). Afin de garantir la transparence face à des conflits d'intérêts, les membres du conseil d'administration et de la direction auront désormais l'obligation de déclarer sans délai des conflits d'intérêts potentiels et en cours³⁹.

10. Recours possibles en droit de la SA

10.1 Répartition des frais de procédure

Guidée par le souci de renforcer les droits des actionnaires, la réforme du droit de la SA prévoit de faciliter les voies de recours. Les risques de devoir supporter les frais judiciaires, en particulier, seront réduits pour l'actionnaire demandeur⁴⁰. Il est prévu que, dans les cas où l'actionnaire demandeur succombe dans son action en paiement contre la société, le juge puisse, à sa discrétion, répercuter les frais de procédure sur cette société⁴¹. Il ne s'agit donc que d'une atténuation légère, sachant que le demandeur, même prudemment calculateur, assumera encore le risque global⁴² et continuera à avancer les frais de justice⁴³.

10.2 Actions en responsabilité et en restitution en droit de la SA

Les modifications du droit de la SA concernant les actions en responsabilité et en restitution sont presque marginales.

Il est prévu que le délai de recours des actionnaires qui n'ont pas adhéré à la décharge soit doublé pour passer à douze mois, étant précisé qu'il sera suspendu pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial et son exécution. Les résultats de l'examen spécial pourront par conséquent être utilisés pour étayer l'action en responsabilité⁴⁴.

La révision du droit de la SA prévoit en outre expressément que les créances des créanciers sociaux qui ont accepté qu'elles soient placées à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances ne sont pas prises en compte dans le calcul du dommage par la société. Cette nouvelle disposition contredit la jurisprudence du Tribunal fédéral, d'après laquelle, en cas de faillite, les créances ayant fait l'objet d'une postposition doivent être incluses dans le calcul du dommage⁴⁵.

Par ailleurs, la responsabilité de l'organe de révision qui n'a commis qu'une négligence sera restreinte au montant auquel il serait tenu à la suite d'un recours.

Quant à l'obligation de restituer, elle sera étendue aux personnes s'occupant de la gestion et aux membres du conseil consultatif afin de bien souligner le fait qu'elle concerne autant les organes matériels que les organes de fait. Cette obligation de restituer porte sur les dividendes, tantièmes, autres parts de bénéfice, rémunérations, intérêts intercalaires, réserves légales issues du capital ou du bénéfice et autres remboursements perçus indûment⁴⁶.

10.3 Tribunal arbitral

Le projet de réforme du droit de la société anonyme établit que les statuts peuvent prévoir la

possibilité d'une clause d'arbitrage pour trancher les différends relevant du droit des sociétés. Cette disposition résout enfin de lege lata la question de savoir si les statuts peuvent inclure une clause d'arbitrage ou, plus exactement, si celle-ci est contraignante.

Ainsi, le droit de la SA prévoit désormais la possibilité de préciser dans les statuts le champ d'application personnel (qui?) et matériel (quoi?) de la clause d'arbitrage. Sauf disposition contraire, c.-à-d. à moins que cette clause ne soit formulée en termes restrictifs, la société, ses organes, les membres de ces organes et les actionnaires y seront soumis pour tout litige relevant du droit de la SA.

Les statuts de la société pourront aménager tout ou partie de la procédure arbitrale, sachant qu'ils devront s'en tenir au cadre fixé aux art. 353 et suivants du code de procédure civile⁴⁷ concernant l'arbitrage. En effet, pour des considérations de protection des intéressés, seules pourront être convenues des règles d'arbitrage suisses et non pas celles de l'arbitrage international visé au chapitre 12 de la LDIP⁴⁸. Ainsi, il sera exclu de renoncer entièrement à un recours contre une sentence arbitrale devant le Tribunal fédéral ou le tribunal cantonal compétent⁴⁹.

Selon le dispositif prévu, l'assemblée générale pourra décider à tout moment, à la majorité qualifiée, d'instaurer une clause arbitrale. C'est à juste titre que Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann signalent qu'à la lumière de la pratique de la Cour de justice de l'Union européenne, il est douteux que cette disposition suffise à renoncer aux garanties de procédure ancrées à l'art. 6 al. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁰.

11. Difficultés financières de la société anonyme

Diverses dispositions sont censées faire en sorte que les entreprises prennent en temps utile les mesures d'assainissement qui s'imposent pour sauver les sociétés mais aussi que le droit de la SA concorde mieux avec le droit sur la poursuite pour dettes et la faillite. Dans le droit de la SA en vigueur, la trésorerie de la société, notamment, ne joue pas en effet un grand rôle.

11.1 Observation de la situation de trésorerie

Conformément aux nouvelles propositions, le conseil d'administration devra se préoccuper davantage de la situation de trésorerie de la société⁵¹.

Désormais, s'il y a lieu de craindre que la société ne soit soumise à l'obligation légale de contrôle ordinaire devienne insolvable dans les six mois qui suivent, il incombera au conseil d'adminis-

tration d'établir un plan de trésorerie et de céder à une évaluation de la situation économique de la société. La période à prendre en compte sera de douze mois pour les sociétés soumises de par la loi au contrôle ordinaire.

Le plan de trésorerie devra faire état des liquidités actuelles et contenir une estimation prospective des flux de trésorerie à attendre durant la période déterminante, estimation pouvant comprendre les mesures envisagées par le conseil d'administration dans l'exercice de ses compétences. Si la convocation d'une assemblée générale n'est pas impérative, elle pourra néanmoins se révéler utile, voire même nécessaire suivant la situation concrète. Un contrôle du plan de trésorerie par l'organe de révision ne sera pas obligatoire non plus. Si les mesures prises par le conseil d'administration pour assurer la solvabilité s'avèrent insuffisantes, il lui appartiendra de consulter l'assemblée générale ou de déposer une demande de sursis concordataire (art. 725 P-CO).

11.2 Perte de capital

Le concept de perte de capital inhérent au droit de la SA en vigueur sera maintenu. Le seuil d'alerte actuel, soit la moitié du capital (art. 725 CO) sera remplacé par une perte d'un tiers du capital-actions nominal (capital-participations inclus) et des réserves légales. Il s'agit par-là de faire intervenir l'indicateur d'alerte et le conseil d'administration plus tôt. En outre, ce dernier sera davantage sur le qui-vive pour déceler l'amorce d'une crise éventuelle dans l'entreprise.

En cas de perte de capital selon la nouvelle définition qu'en donne la loi, le conseil d'administration devra évaluer la situation économique de la société, puis prendre les mesures adéquates pour remédier à cette perte de capital. Il lui faudra en tout cas faire réviser les comptes annuels sous-jacents, à moins de déposer une demande de sursis concordataire auprès de la juridiction compétente.

En présence d'un surendettement de la société, le conseil d'administration pourra, en fonction des circonstances, renoncer à faire établir des comptes intermédiaires aux valeurs d'exploitation et de liquidation. Un délai dit de tolérance de 90 jours est désormais fixé, durant lequel le conseil d'administration pourra renoncer à avertir le juge s'il peut faire valoir un projet d'assainissement concret, sans accroître le niveau d'endettement. Par ailleurs les dispositions relatives à la post-position consentie par les créanciers font l'objet de précisions⁵² et celles concernant l'ajournement de la faillite sont abrogées.

Ajoutons pour conclure que les prêts octroyés en remplacement de capital propre ne feront plus l'objet de dispositions spéciales dans la loi. La jurisprudence et la pratique actuelles continueront donc de s'appliquer⁵³. ■

- ¹ Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 353s.
- ² Peter Forstmoser/ Marcel Küchler, Die Aktienrechtsreform vor der letzten Etappe? Teil I, in: SJZ 113/2017, p. 79.
- ³ Les réglementations actuelles ne sont évoquées que brièvement. D'où l'impossibilité de reproduire intégralement ici la bibliographie sur le droit de la SA en vigueur. Voir à ce propos, par ex., Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009.
- ⁴ Cf. Karin Poggio/ Florian Zihler, Entwurf zur Revision des Aktienrechts als dritter Meilenstein, in: Expert Focus 1 – 2/2017 [Poggio/Zihler], p. 4.
- ⁵ Même en la forme écrite, les documents doivent être contrôlés par les offices du registre du commerce.
- ⁶ Poggio/Zihler, p. 1. Si l'on part de l'idée que le bitcoin sera de plus en plus assimilé à une devise, il sera incontournable d'admettre la libération par le bitcoin par la voie de la libération en numéraire.
- ⁷ L'Office du registre foncier pourra ainsi en vérifier les conditions. Il est renoncé à attester cette vérification, Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann, Kernfragen der Aktienrechtsrevision in: SZW 1/2017 [von der Crone/Angstmann], p. 4.
- ⁸ En vertu du droit en vigueur, toutes les sociétés anonymes sont soumises à une limitation au double.
- ⁹ Tout manquement entraîne, selon le droit en vigueur, la nullité de l'opération, ATF 83 II 284. À propos de la reprise de biens, cf. Niklaus Dietschi, Beabsichtigte Sachübernahmen, Zurich/St-Gall 2012.
- ¹⁰ Ces mécanismes de protection feront l'objet de durcissements ponctuels dans le cadre de la révision du droit de la SA.
- ¹¹ Peter Forstmoser/Hans-Ueli Vogt, Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft?, in: ZSR 144/2003, p. 531 ss.
- ¹² Concernant les apports en nature, il est simplement établi qu'ils doivent pouvoir être comptabilisés comme actifs au bilan.
- ¹³ Le droit en vigueur limite ces autorisations à deux ans.
- ¹⁴ Voir aussi Forstmoser/Küchler, ibidem p. 81.
- ¹⁵ La distribution d'un dividende extraordinaire, c.-à-d. une nouvelle décision de distribuer des dividendes après la tenue de l'assemblée générale ordinaire, sur la foi du bilan de clôture de l'exercice précédent, est d'ores et déjà considérée comme licite.
- ¹⁶ L'argument parfois défendu est qu'une société ne pourrait pas à la fois renoncer au contrôle restreint dans les statuts et prévoir la possibilité de dividendes intermédiaires.
- ¹⁷ Dieter Gericke/ Andreas Müller/ Daniel Häusermann/ Nina Hagmann, Aktienrechtentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen in: GesKR – Gesellschafts- u. Kapitalmarktrecht, 1/2017 [Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann], p. 35; von der Crone/Angstmann, p. 10s.
- ¹⁸ À l'heure actuelle, le conseil d'administration est tenu de prendre en main sans délai les préparatifs de l'assemblée générale (cf. p.ex. BSK-OR II-Dubs/Truffer, art. 699 N 15).
- ¹⁹ Le délai de convocation d'une assemblée générale ordinaire est donc porté dans les faits de 35 à 45 jours (cf. Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann, ibidem p. 36).
- ²⁰ Voir aussi Reto Heizmann, Sonderuntersuchung statt Sonderprüfung – Hundertmetersprint statt Hürdenlauf, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (éd.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts – Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zurich 2017, p. 111 ss.
- ²¹ À cet égard, il n'est pas nécessaire que ce soit l'actionnaire qui a déposé la demande de consultation ou de renseignements qui requière le contrôle spécial (ATF 133 III 133, consid. 3.2).
- ²² Art. 697^h bis P-CO.
- ²³ Art. 38 al. 1 de la Directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil, JO L 157 du 9 juin 2006, p. 87 ss.
- ²⁴ Tout n'est pas clair encore sur le sens de l'expression «pour de justes motifs». Ce qui ne saurait toutefois signifier que la poursuite du mandat de révision serait inacceptable, comme c'est le cas par exemple dans le droit du travail.

- ²⁵ Voir à propos des possibilités ménagées par le droit en vigueur: Hans Caspar von der Crone, Die Internet-Generalversammlung, in: Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, p. 162s et 165s; Hansjürg Appenzeller, Interaktive Teilnahme an einer Generalversammlung über das Internet: Fiktion oder Realität, in: Finanz und Wirtschaft du 16 février 2000, p. 27.
- ²⁶ Von der Crone/Angstmann, *ibidem*, p. 14 (note de bas de page 88) précisent que le conseil d'administration pourrait s'affranchir, sachant que le problème technique n'a eu aucune incidence sur le résultat du vote ou de l'élection, du fait qu'un actionnaire ne saurait invoquer un intérêt légitime à la protection de ses intérêts. Sans compter que l'art. 691 al. 3 CO prévoit une réglementation dont les réflexions sous-jacentes pourraient être reprises mutatis mutandis.
- ²⁷ Ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (RS 221.331), cf. l'initiative Minder.
- ²⁸ Peuvent être désignées comme représentants indépendants des personnes physiques ou morales, ou encore des sociétés de personnes.
- ²⁹ C'est la raison pour laquelle nous renonçons ici à détailler la réglementation. Voir à ce sujet David Oser/Andreas Müller (éd.), *Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften*, Zurich 2014, ou Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, *Genehmigung und Offenlegung der Vergütung von gekündigten Mitgliedern der Geschäftsleitung börsenkotierter Unternehmen*, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (éd.), *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts – Festschrift für Hans Caspar von der Crone*, Zurich 2017, p. 297 ss.
- ³⁰ Les votes prospectifs sur les rémunérations devaient être entièrement supprimés dans un premier temps mais il y a été renoncé suite à la consultation.
- ³¹ Ainsi, les primes d'embauche dédommagent de la renonciation à des prétentions envers l'ancien employeur.
- ³² Art. 735c al. 1 ch. 3 P-CO.
- ³³ Art. 8, al. 3, 2^e phrase Cst.
- ³⁴ Cf. art. 727 al. 1 ch. 2 CO.
- ³⁵ Certains pays d'Europe (Allemagne, France et Norvège, par ex.) prévoient des sanctions plus sévères (principe de la chaise vide, refus de rémunérer l'ensemble du conseil de surveillance, dissolution de l'entreprise en dernier recours). Voir aussi 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/2012/0614 final).
- ³⁶ Ces sociétés sont désormais tenues de publier tous les ans les prestations en numéraire et en nature fournies au profit de gouvernements. Toutefois, les réglementations en question figurent non pas dans le droit de la SA mais dans le droit comptable.
- ³⁷ Voir aussi Poggio/Zihler, *ibidem*, p. 9. Le secrétaire du conseil d'administration, en particulier, ne sera plus mentionné dans la loi. Selon Forstmoser/Küchler, *ibidem*, p. 158.
- ³⁸ Concernant les régimes en vigueur pour le conseil d'administration, voir notamment Facinani/Sutter, *Der Verwaltungsrat – unbekannter Bekannter*, in: *Expert Focus 8/2017*, p. 501 ss.
- ³⁹ L'obligation de se récuser qui incombe aux membres du conseil d'administration et de la direction concernés n'est plus prévue explicitement. Cela dit, les détails concernant la gestion des conflits d'intérêts seront arrêtés dans le règlement d'organisation; cf. art. 716b al. 2 ch. 4 P-CO.
- ⁴⁰ Jusqu'ici, un actionnaire qui faisait recours assumait le risque de procès non seulement à concurrence de sa participation mais encore à hauteur de celle des actionnaires non recourants, ce qui entravait souvent l'exercice des droits des actionnaires puisque les risques dépassaient de loin les chances d'obtenir satisfaction.
- ⁴¹ L'avant-projet prévoyait encore que la société supporte les frais de procédure.
- ⁴² Le juge **peut**, à sa discrétion, imputer les frais de l'instance à la société et à la partie demanderesse en cas de rejet d'une action en paiement intentée à la société.
- ⁴³ Art. 98 du code de procédure civile.
- ⁴⁴ Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 546.
- ⁴⁵ Cf. Pablo Duc, *Rangrücktritt und kapitalersetzendes Darlehen im Konkurs- und Nachlassverfahren*, in: *ZZZ, Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, 2011/2012, p. 204, avec renvoi à l'ATF 4A_277/2010 du 2 septembre 2010.
- ⁴⁶ Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 477.
- ⁴⁷ Code suisse de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008 (RS 272).
- ⁴⁸ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291).
- ⁴⁹ Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann, p. 28, avec renvoi à Suda contre République tchèque, 1643/06, 28.10.2010, §§ 48ss, et à Thomas Ritter, *Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen von Schiedsgerichten*, thèse, Zurich 2015, N 631–633, p. 639 et 704.
- ⁵⁰ Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann, *Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen*, in *GesKR 1/2017*, p. 28.
- ⁵¹ Poggio/Zihler, *ibidem*, p. 9.
- ⁵² Art. 725b P-CO.
- ⁵³ Voir à ce propos Ueli Huber, *Umqualifizierung von Darlehen im Konkurs einer Konzerngesellschaft*, in: *SZW 4/2006*, p. 283 ss.