

Midi du JBVD

Mardi 13 décembre 2022

Nouveau droit de la société anonyme Assemblée générale, droits des actionnaires et actions judiciaires

Mathieu Blanc, Dr en droit, avocat

Rafaella Demierre, MLaw, avocate

Plan

Introduction

I. Assemblée générale

II. Droits des actionnaires (droit à l'information + casus)

III. Actions judiciaires

Conclusions

Introduction

Révision du droit de la SA : un long processus...

- La dernière grande révision du droit de la SA date de 1992.
- Le droit de la SA est en révision continue depuis le début des années 2000 (LFus, droit de la révision et droit comptable, adaptations au droit de la Sàrl, etc.).
- Le 23 novembre 2016, le Conseil fédéral soumet un projet de modification intitulé « droit de la SA » visant à **transférer l'ORAb** dans le CO et à **moderniser le droit de la SA** (renforcement des droits des actionnaires et digitalisation).
- Le 19 juin 2020, le Parlement adopte la loi modifiant le CO.

Introduction

- Certains points de la révision sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2021 (taux de représentation des genres au sein du CA et de la direction des grandes sociétés cotées en bourse ; obligation de publication pour les grandes entreprises actives dans l'extraction de matières premières).
- L'entrée en vigueur des autres modifications (y compris la révision de l'ORC) est fixée au 1^{er} janvier 2023.

Introduction

Points importants de la révision :

- Flexibilisation du capital-actions (monnaie, libération, modification)
 - Versement de dividendes intermédiaires
 - **Convocation et déroulement de l'AG (moyens électroniques)**
 - **Renforcement des droits des actionnaires**
 - Modifications relatives au CA
 - **Amélioration des actions en restitution et en responsabilité et clause d'arbitrage statutaire**
- Pas d'obligation de modifier les statuts, sauf pour profiter des possibilités offertes par le nouveau droit (adaptations requises si les statuts contiennent des règles qui ne sont pas conformes au nouveau droit, ces règles deviennent automatiquement nulles deux ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit)

I. Assemblée générale

Convocation et ordre du jour :

- Pas de modification substantielle
- Abaissement des **seuils** pour demander la convocation de l'AG d'une société cotée en bourse à 5% du capital-actions (699 al. 3 nCO)
- Délai de **60 jours** fixé au CA pour convoquer une AG requise par un ou plusieurs actionnaires (699 al. 5 nCO) (« ~~délai convenable~~ »)
- Communication des rapports de gestion et de révision au moins 20 jours avant l'AG, par voie électronique (art. 699a nCO)
- Droits des actionnaires à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et de faire des propositions (seuils, motivation succincte dans la convocation, etc.) (art. 699b nCO)
- Délai de convocation **reste à 20 jours** avant la date de l'AG, sous la forme prévue par les statuts (p.ex. par voie électronique)
- **Contenu** de la convocation et du procès-verbal plus précis/complet (art. 700 al. 2 et art. 702 nCO)
- CA doit respecter les principes de l'unité de la matière et de l'information complète fournie aux actionnaires (art. 700 al. 3 nCO)

I. Assemblée générale

Lieu :

- Principe : AG tenue dans un **lieu unique** décidé par le CA (art. 701 a al. 1 nCO)
- AG **multi-sites** explicitement autorisées sans base statutaire, si retransmission en direct des interventions (art. 701 a al. 3 nCO)
- AG à l'**étranger** autorisées (art. 701 b nCO) si :
 - ✓ les statuts le prévoient
 - ✓ le CA désigne un représentant indépendant dans la convocation (sociétés non cotées : **CA** peut renoncer à cette désignation si **tous les actionnaires** y consentent, art. 701 b al. 2 nCO)
- AG **virtuelles** (sans lieu de réunion physique) autorisées (art. 701 d nCO) si :
 - ✓ les statuts le prévoient
 - ✓ le CA désigne un représentant indépendant dans la convocation (sociétés non cotées : renonciation **statutaire** possible à la **majorité qualifiée**, art. 701 d al. 2 *cum* art. 704 al. 1 ch. 15 CO)

I. Assemblée générale

Forme :

Principe : réunion *physique* des actionnaires (principe de l'immédiateté), mais...

- L'AG **universelle** peut prendre ses décisions **par écrit** (décisions circulaires) ou **sous forme électronique** (sauf si une discussion est requise par un actionnaire) (art. 701 al. 3 nCO).
 - Pour **tous les type d'AG** : le CA peut autoriser les actionnaires qui ne sont pas présents au lieu où se tient l'AG à exercer leurs droits par voie électronique (art. 701c nCO), aux conditions de l'art. 701e nCO.
- Les art. 701c ss nCO règlent de manière détaillée le recours aux moyens électroniques (en cas d'AG virtuelle ou non).

II. Droits des actionnaires

Seuils pour exercer certains droits :

Droit de requérir...	Droit en vigueur	Nouveau droit	
	Toutes les sociétés	Sociétés cotées en bourse	Sociétés non cotées en bourse
Renseignements en dehors de l'AG (CA)	-	-	10% du capital-actions ou des voix
Consultation des livres et dossiers (CA)	Pas de seuil	5% du capital-actions ou des voix	
Convocation d'une AG	10% du capital-actions	5% du capital-actions ou des voix	10% du capital-actions ou des voix
Inscription d'un objet à l'ordre du jour	Valeur nominale de 1 million de francs (ou 10% du capital-actions)	0.5% du capital-actions ou des voix	5% du capital-actions ou des voix
Institution d'un examen (contrôle) spécial (action judiciaire)	10% du capital-actions ou valeur nominale de 2 millions de francs	5% du capital-actions ou des voix	10% du capital-actions ou des voix
Action en dissolution	10% du capital-actions	10% du capital-actions ou des voix	

II. Droits des actionnaires

Droit aux renseignements « sur les affaires de la société » (art. 697 nCO)

- Lors de l'AG : tout actionnaire
- Hors AG, au CA (sociétés non cotées) : **au moins 10 %** du capital-actions ou des voix (information écrite rendue accessible à tous les actionnaires à la prochaine AG, égalité de traitement entre les actionnaires)

Droit à la consultation des « livres et dossiers » (art. 697a nCO)

- Hors AG (toutes les sociétés) : **au moins 5 %** du capital-actions ou des voix (les actionnaires peuvent prendre des notes ; photos ?)

Conditions désormais unifiées :

1. nécessaires à l'**exercice des droits** de l'actionnaire
2. ne compromettent pas le **secret des affaires** ni d'autres intérêts sociaux dignes de protection

Le CA doit répondre dans un délai de 4 mois. Tout refus doit être **motivé par écrit**.

II. Droits des actionnaires

Une fois le droit aux renseignements et/ou à la consultation exercé :

→ En cas de **refus** : saisie du tribunal possible dans les 30 jours (délai péremptoire) (art. 697b CO) afin d'ordonner à la société de fournir renseignements/consultation

→ Dans **tous les cas** : droit à l'institution d'un ~~contrôle~~ **examen spécial** (art. 697c ss nCO) pour faire examiner des faits par des experts indépendants

- **Subsidiarité** : l'actionnaire doit avoir déjà exercé le droit aux renseignements/à la consultation (pas nécessaire d'avoir agi devant le tribunal)
- **Proposition à l'AG** de faire examiner des faits déterminés par des experts indépendants
 - Si **accord** de l'AG : délai de **30 jours** pour que la société ou tout actionnaire requiert du tribunal la désignation des experts
 - Si **refus** de l'AG : action judiciaire dans les **3 mois** (art. 697d nCO):
 - sociétés cotées : 5 % du capital-actions ou des voix
 - sociétés non cotées : 10 % du capital-actions ou des voix

II. Droits des actionnaires

Institution d'un examen spécial (697c ss nCO)

- La requête peut porter sur **toute question** (art. 697d nCO) :
 - qui a fait l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation ou
 - qui a été soulevée durant les débats de l'AG concernant la proposition d'institution d'un examen spécial
- dont la réponse est **nécessaire à l'exercice des droits** de l'actionnaire
- les requérants doivent rendre vraisemblable que des fondateurs ou organes 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 (*plus nécessaire de rendre vraisemblable le préjudice lui-même*)

II. Droits des actionnaires

Institution d'un examen spécial (697c ss nCO)

Procédure :

- QA : pas d'identité requise avec les actionnaires qui ont demandé les renseignements et/ou saisi l'AG (JP)
- Coûts de l'examen spécial (pas ceux de la procédure judiciaire) : à la charge de la société (si les circonstances le justifient, tout ou partie des coûts à la charge des requérants) (art. 697 *h^{bis}* nCO)
- Instance cantonale unique (art. 5 al. 1 let. g CPC) / Vaud : Juge délégué de la Cour civile du Tribunal cantonal (art. 74 al. 3 LOJV *cum* art. 43 al. 1 let. e CDPJ)
- Procédure sommaire (art. 250 let. c ch. 8 CPC)

L'examen spécial peut être introduit dans le but d'établir les faits permettant de fonder une action en restitution (art. 678 CO) ou en responsabilité (art. 754 ss CO) → suspension des délais de prescription de ces actions et du délai péremptoire d'action après décharge art. 758 al. 2 CO

Casus

X SA (non cotée) a son siège à Genève. Les actionnaires sont A (80% du capital-actions), B (15% du capital-actions) et Z (5% du capital-actions).

A et B sont domiciliés à Paris, Z est domicilié à Lausanne. Z est également administrateur et directeur de la société. A est président du CA.

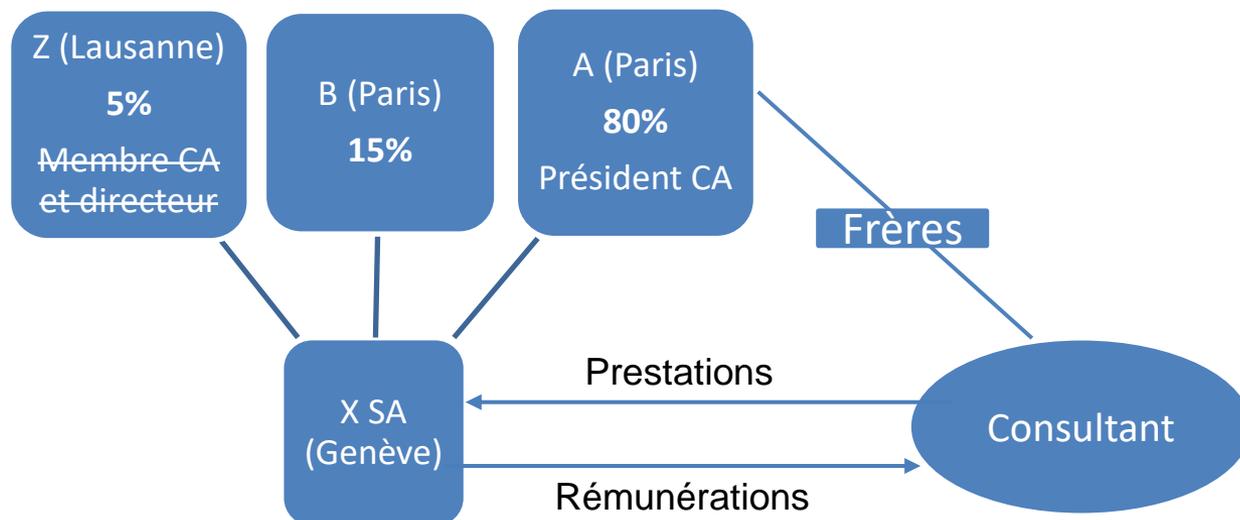
En tant que directeur, Z est licencié par la société. En tant qu'administrateur, il est révoqué du conseil d'administration par l'AG.

Z soupçonne que la société a versé des rémunérations au frère de A, consultant engagé par la société, pour un montant largement supérieur aux prestations offertes par celui-ci.

Z voudrait également obtenir un dividende intermédiaire au jour de sa sortie en tant que directeur et administrateur.

Quelles possibilités s'offrent à Z en tant qu'actionnaire ?

Casus



Art. 678 al. 2 nCO :

« Si la société a repris des biens de ces personnes [actionnaires, membres du CA, les personnes qui s'occupent de la gestion **ainsi que leurs proches**] ou si elle a conclu d'autres actes juridiques avec elles, celles-ci sont tenues de restituer la contre-prestation reçue dans la mesure où cette dernière est en **disproportion manifeste** avec la valeur des biens ou avec la prestation reçue. »

Casus

Obtenir un dividende intermédiaire :

- Expressément autorisé par le nouveau droit (art. 675a nCO), sur la base de comptes intermédiaires.
- Aucune base statutaire requise, mais compétence intransmissible de l'AG (art. 698 al. 2 ch. 5 nCO) : il faut donc une décision de l'AG sur ce point.

Obtenir des informations en vue d'une potentielle action en restitution (art. 678 CO, car le frère de A est un « proche » au sens de cette disposition) :

- Droit à la **consultation** hors AG : il faut 5%, Z peut demander de consulter des pièces originales hors AG
 - Droit aux **renseignements** hors AG : il faut 10%, donc non
 - Droit aux **renseignements** en AG : « tout actionnaire », donc ok
- Faire les deux en parallèle (consultation hors AG et renseignements en AG)

Casus

Il faut donc une AG ayant pour objet (i) la préparation de comptes intermédiaires en vue notamment de la distribution d'un dividende intérimaire et (ii) les questions précises de Z au CA au sujet des rémunérations versées au frère ? Possibilités :

- **demander par écrit la convocation** d'une AG extraordinaire avec ces objets à l'ordre du jour ?

Il faut 10% (art. 699 al. 3 nCO), donc non (ou s'allier avec B).

- **proposer ces objets** à l'ordre du jour de la prochaine AG convoquée ?

Il faut 5% (art. 699b al. 1 ch. 2 nCO), donc ok

- Z doit soit attendre la prochaine AG pour agir soit s'allier avec B pour avoir 20% et demander la convocation d'une AG extraordinaire. Dans ce dernier cas, le CA devrait convoquer l'AG dans les 60 jours (art. 699 al. 5 nCO).
- Z pourra joindre des propositions et une motivation succincte à sa demande d'inscription d'un objet à l'ordre du jour, qui devront apparaître dans la convocation.
- Faut-il déjà indiquer « l'institution d'un examen spécial » dans les objets proposés ? Possible de le faire d'emblée, mais pas obligatoire car peut être requis directement à l'AG, p.ex. si l'actionnaire n'est pas satisfait des réponses apportées par le CA (art. 704b nCO)

Casus

→ Le CA pourrait-il convoquer une AG à Paris (domicile des actionnaires majoritaires et président du CA) ?

Si les statuts de la société le prévoient et qu'un représentant indépendant est désigné dans la convocation (sauf si tous les actionnaires y renoncent)

→ Z peut-il exiger la présence de l'organe de révision lors de l'AG ?

En principe, présence de l'organe de révision exigée uniquement en cas de révision ordinaire (art. 731 al. 2 CO). En outre, ici, pas de renseignements requis sur «l'exécution et le résultat de sa vérification» (art. 697 al. 1 nCO). Pas besoin non plus que l'organe de révision soit présent pour décider du principe d'établir des comptes intermédiaires.

→ *Quid* si les renseignements ne sont pas (intégralement) fournis ? Possibilités :

- saisir le tribunal dans les 30 jours pour qu'il ordonne à la société de fournir
- Z peut requérir de l'AG l'institution d'un examen spécial. Si l'AG refuse, 3 mois pour saisir le tribunal, il faut 10% → il faudra convaincre B de s'allier avec lui

→ S'il ne parvient pas à s'allier à B ? Chercher à mettre des bâtons dans les roues du CA ? Action en restitution avec pièces requises ?

III. Actions judiciaires

Action en restitution des prestations indues (art. 678 CO)

- **Elargissement** du champ d'application **personnel** (également contre *les personnes qui s'occupent de la gestion*, i.e. aussi organes de fait et membres de la direction)
- **Elargissement** du champ d'application **matériel**

Art. 678 nCO :

« 1 Les actionnaires, les membres du conseil d'administration, *les personnes qui s'occupent de la gestion et les membres du conseil consultatif* ainsi que les personnes qui leur sont proches sont tenus de restituer les dividendes, les tantièmes, les autres parts de bénéfice, *les rémunérations*, les intérêts intercalaires, *les réserves légales issues du capital ou du bénéfice* et les *autres prestations* qu'ils ont **perçus indûment**.

2 Si la société a *repris des biens* de ces personnes ou si elle a conclu d'*autres actes juridiques* avec elles, celles-ci sont tenues de restituer la contre-prestation reçue dans la mesure où cette dernière est en **disproportion manifeste** avec la valeur des biens ou avec la prestation reçue. »

III. Actions judiciaires

Action en restitution des prestations indues (art. 678 CO)

- Suppression des critères de la *situation économique de la société* et de la *mauvaise foi* (! toutefois renvoi à l'art. 64 CO), seule condition exigée :
 - Al. 1 : prestation **perçue indûment**
 - Al. 2 : **disproportion manifeste** entre la contre-prestation et la prestation reçue
- QA : **société** et **actionnaire** (agit en paiement à la société) + l'**AG peut décider que la société** intente l'action. Elle peut charger le CA ou un représentant de conduire le procès. Le problème des frais de la procédure subsiste pour l'actionnaire minoritaire (cf. cependant art. 107 al. 1^{bis} CPC : « *En cas de rejet d'une action du droit des sociétés en paiement à la société, le tribunal peut répartir les frais entre la société et le demandeur selon son appréciation.* »)
- Prescription : délai relatif réduit à 3 ans, délais suspendus pendant la procédure d'examen spécial

III. Actions judiciaires

Actions en responsabilité (art. 754 ss CO)

- Adaptation de la disposition sur la responsabilité des **fondateurs** (art. 753 ch. 1 nCO) à la suppression des règles sur la reprise de biens (la responsabilité en cas de reprise de biens dommageable pour la société peut encore être fondée sur les art. 678, 680 al. 2 et 754 CO).
- Action hors faillite (art. 756 CO)
 - ✓ QA : l'**AG peut décider que la société** intente l'action. Elle peut charger le CA ou un représentant de conduire le procès. Le problème des frais de la procédure subsiste pour l'actionnaire minoritaire (mais art. 107 al. 1^{bis} CPC).
 - ✓ En cas de **décharge**, le droit des actionnaires qui n'ont pas adhéré à la décharge d'intenter action s'éteint ~~six~~ **douze** mois après la décharge. Ce délai est **suspendu** pendant la procédure d'examen spécial (758 al. 2 nCO).
- Action dans la faillite (art. 757 CO), correction de la JP : les créances postposées sont exclues du calcul du dommage.
- Prescription : délai relatif réduit à 3 ans, délais suspendus pendant la procédure d'examen spécial.

III. Actions judiciaires

Clause d'arbitrage statutaire (art. 697n nCO)

- Incertitude sur les effets et la validité d'une clause arbitrale statutaire. Désormais, les statuts peuvent prévoir (décision de l'AG à la majorité qualifiée, art. 704 al. 1 ch. 12 nCO) une **clause d'arbitrage impérative** pour régler les **différends relevant du droit des sociétés**.
- Sauf disposition contraire des statuts, la société, ses organes, les membres des organes et les actionnaires sont liés par la clause d'arbitrage.
- Le siège du tribunal arbitral doit être en Suisse.
- La procédure arbitrale est régie par les art. 353 ss CPC ; la LDIP n'est pas applicable (art. 697n al. 2 nCO).
- Les statuts peuvent régler les modalités de procédure ou renvoyer à un règlement d'arbitrage (art. 697n al. 3 nCO).
- Exemple de clause d'arbitrage statutaire du *Swiss Arbitration Centre*

Conclusions

- AG : modernisation du droit, prévoir des dispositions statutaires pour AG à l'étranger et AG virtuelles + éventuellement prévoir les modalités relatives aux médias électroniques
- Droits des actionnaires : nouveaux seuils pour certains droits des actionnaires, possibilité de demander des **renseignements** au CA **hors AG**, **consultation** uniquement si au moins 5 % du capital-actions ou des voix, **examen spécial** : élargissement de l'objet + plus nécessaire de rendre vraisemblable le préjudice causé + délais suspendus pendant la procédure d'examen spécial
- Actions judiciaires : conditions de l'action en restitution facilitées, quelques changements relatifs à l'action en responsabilité et instauration d'une clause d'arbitrage statutaire possible

Merci de votre attention !

Mathieu Blanc et Rafaella Demierre
Kasser Schlosser avocats SA
blanc@ksavocats.ch
demierre@ksavocats.ch
www.kasser-schlosser.ch