

Les nouveaux droits des actionnaires en matière de restitution et d'accès à l'information

Isabelle Chabloz*

The 19 June 2020 revision of the provisions on the limited by shares company seeks to enhance corporate governance with further transparency and additional shareholder protection. The return of undue benefits claim (art. 678 para. 1 nCO) has been modified to offer Swiss companies and their shareholders a better possibility to obtain redress. This revision also addresses the shareholders' need to obtain the necessary information in order to properly exercise their rights. This article presents the changes on shareholders' return of undue benefits claim (art. 678 para. 1 nCO). It then analyses the duty to return profits and benefits distributed by companies to their directors, managers and their relatives, which are clearly dispro-

portionate to the services rendered (art. 678 para. 2 nCO). This article also assesses the procedural changes made to these claims, in non-bankruptcy proceedings and within the context of bankruptcy proceedings. On shareholder access to the necessary information to safeguard their rights, this article outlines the modifications included in this revision, namely the shareholders' right to information and consultation (art. 697 al. 2 nCO and art. 697a nCO); the introduction of a 30-day deadline to initiate legal action against a company's refusal to accede to the shareholders' information or consultation requests (art. 697b nCO); and the lower threshold requirements for shareholders to the establishment of a special audit.

Table des matières

- I. Introduction
- II. Action en restitution
 - 1. Buts
 - 2. Prestations à restituer
 - 3. Prescription (art. 678a nCO)
 - 4. Qualité pour agir et pour défendre
 - 5. Fors
 - 6. Synthèse et analyse
- III. Droits d'information des actionnaires
 - 1. Généralités
 - 2. Modifications des droits aux renseignements et à la consultation
 - 3. Accès facilité à l'examen spécial
 - 4. Synthèse et analyse
- IV. Conclusions

I. Introduction

La révision du droit de la Société anonyme a été adoptée par le Parlement le 19 juin 2020 (ci-après : la révision de 2020)¹. L'un de ses objectifs est d'améliorer la gouvernance d'entreprise, en garantissant notamment une transparence suffisante des processus internes, ainsi qu'en renforçant la protection des actionnaires². Comme le relevait déjà le Conseil fédéral dans son message de 2007 à propos des droits des actionnaires : « [l]e renforcement de ces droits par le biais de règles contraignantes, opposables à l'égard des tiers par la voie judiciaire, incombe avant tout au législateur »³. Les modifications apportées aux droits des actionnaires dans la révision de 2020 découlent toutes de cette idée. Le but du présent article est de déterminer dans quelle mesure cette révision renforce véritablement ces droits.

Dans l'optique d'une bonne gouvernance, la société doit pouvoir se prévaloir d'une réglementation efficace pour obtenir la restitution des prestations perçues indûment et protéger ainsi l'actif social⁴. L'ac-

* Isabelle Chabloz, LL.M., avocate, Professeure ordinaire à l'Université de Fribourg. Je remercie mes assistants, Alexandra Vraca, MLaw, et Idris Abdelkhalek, LL.M., pour la correction formelle du manuscrit ainsi que sa relecture critique.

¹ Modification du 19 juin 2020 du code des obligations (Droit de la société anonyme), FF 2020 5409 ss.

² Message du 23 novembre 2016 concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme), FF 2017 353 ss, 408 (cité : Message 2016).

³ Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable), FF 2008 1407 ss, 1426 (cité : Message 2007).

⁴ Message 2016 (n. 2), 477.

tion en restitution de l'art. 678 CO dont il est question dans le paragraphe qui suit a donc subi des modifications ponctuelles⁵. Au surplus, pour que les actionnaires puissent exercer leurs droits sociaux en général et leurs droits d'action en particulier, il est important qu'ils disposent des informations nécessaires. Le paragraphe III analyse les mesures adoptées en vue de renforcer ces droits fondamentaux.

II. Action en restitution

1. Buts

Suite au dépôt de l'initiative *Minder* le 26 février 2008, les rémunérations des dirigeants furent au centre du débat relatif au gouvernement d'entreprise⁶. Son acceptation le 3 mars 2013 entraîna l'ajout d'un al. 3 à l'art. 95 Cst. qui fut mis en œuvre dans l'Ordonnance sur les rémunérations abusives (ORAb). La révision de 2020 transfère l'ORAb pratiquement telle quelle dans la loi⁷. L'initiative *Minder* a eu pour effets principaux d'octroyer des pouvoirs supplémentaires à l'assemblée générale des sociétés cotées concernant les rémunérations des dirigeants et d'interdire certaines indemnités (art. 20 ORAb et art. 735c nCO). L'action en restitution de l'art. 678 CO doit servir d'instrument pour récupérer ces indemnités interdites ou rémunérations excessives⁸. Elle est un instrument de contrôle interne dont la fonction est de garantir les droits de propriété des personnes qui ont une participation dans l'entreprise, en particulier les actionnaires minoritaires et indirectement les créanciers⁹. Cela a entraîné un élargissement de ses buts.

Actuellement, l'action en restitution est conçue¹⁰:

- pour protéger les fonds propres de la société contre les distributions de prestations indues (art. 678 al. 1 CO) et de prestations cachées (art. 678 al. 2 CO) et;
- pour garantir l'égalité de traitement entre actionnaires concernant les droits patrimoniaux.

Les modifications introduites par la révision de 2020 visent au surplus à en faire un instrument:

- pour contrôler les rémunérations des dirigeants et obtenir, le cas échéant, leur restitution en tout (art. 678 al. 1 nCO) ou en partie (art. 678 al. 2 nCO) et;
- pour éviter qu'une transaction entre la société et un dirigeant ou l'un de ses proches se fasse au détriment des intérêts de la société et le cas échéant pour récupérer le trop payé (art. 678 al. 2 nCO)¹¹.

Pour atteindre ces nouveaux buts et améliorer l'efficacité de cette action, le cercle des personnes visées a été élargi (*infra* 2.1), les critères de la bonne foi mentionné à l'art. 678 al. 1 CO et celui de la disproportion évidente avec la situation économique de la société prévu à l'art. 678 al. 2 CO ont été supprimés (*infra* 2.3 et 2.4). Enfin, un al. 5 précise maintenant explicitement que l'assemblée générale peut décider que la société intente l'action (*infra* 4.1.1) et un al. 6 indique qu'en cas de faillite, l'art. 757 CO est applicable par analogie (*infra* 4.1.2).

2. Prestations à restituer

2.1 En général

L'art. 678 al. 1 nCO s'applique aux distributions indues de bénéfice et d'autres prestations, alors que l'al. 2 vise les distributions cachées de bénéfice et désormais de manière plus générale, toutes les prestations faites par la société à ses dirigeants et à leurs proches (*infra* 4.2), en disproportion manifeste avec la contre-prestation. Ainsi, l'art. 678 nCO s'applique à toutes les prestations faites par la société (avec ou

⁵ *Idem*, 412.

⁶ Initiative populaire fédérale «contre les rémunérations abusives», FF 2006 8319 ss. Pour un résumé de la saga législative qui a suivi, voir Message 2016 (n. 2), 364 ss.

⁷ Message 2016 (n. 2), 400.

⁸ Message du 5 décembre 2008 relatif à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» et à la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme), FF 2009 265 ss, 281 (cité: Message 2008). Cela n'est en revanche plus mentionné explicitement dans le Message 2016.

⁹ Message 2007 (n. 3), 1482.

¹⁰ Voir p. ex. CR CO II-*Chenaux/Gachet*, art. 678 N 1; *Chabloz Isabelle*, Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance, thèse d'habilitation, Genève/Zürich/Bâle 2012, N 1172.

¹¹ Message 2016 (n. 2), 477.

sans contre-prestation) à ses dirigeants ou/et à leurs proches¹², que celles-ci proviennent du bénéfice ou du capital¹³. Son champ d'application ne se définit plus selon la source (bénéfice ou capital) des prestations visées, mais selon les personnes bénéficiaires de la prestation de la société.

Concernant la distinction entre les deux alinéas, l'al. 1 permet de requérir la restitution des prestations indues, c'est-à-dire celles faites sur la base d'une décision de l'assemblée générale ou du conseil d'administration qui viole la loi ou les statuts (*infra* 2.2), voire celles faites en exécution d'un contrat invalide¹⁴. Quant à l'al. 2, il vise toutes les prestations versées en conformité avec la loi ou les statuts à ces personnes, mais qui sont en disproportion manifeste avec la contre-prestation (*infra* 2.3).

2.2 Selon l'art. 678 al. 1 nCO

Cet alinéa vise les dividendes (art. 675 CO), y compris les dividendes intérimaires (art. 675a nCO), les tantièmes (art. 677 CO), les autres parts de bénéfice et les intérêts intercalaires (art. 676 CO). Il mentionne désormais également les réserves légales issues du bénéfice (art. 672 nCO) et issues du capital (art. 671 nCO) de manière explicite. La réserve issue du capital peut en effet être remboursées, mais uniquement lorsqu'ensemble les réserves légales dépassent la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce (art. 671 al. 2 nCO). La décision concernant de tels versements (art. 675 ss nCO) appartient à l'assemblée générale (art. 698 al. 2 ch. 4 à 6 nCO), éventuellement sur la base d'un rapport de révision¹⁵, et doit être prise à la majorité simple de l'art. 703 nCO. Cas échéant, il y a lieu de tenir compte de l'art. 674 nCO concernant la compensation des pertes. Enfin, l'assemblée générale doit respecter le principe de l'égalité de traitement au risque de voir sa décision annulée (art. 706 al. 2 ch. 3 CO).

Comme la provenance des fonds (bénéfice ou capital) est dorénavant sans importance, la restitution interdite des apports (art. 680 al. 2 CO) peut aussi être requise sur la base l'art. 678 al. 1 nCO, rendant inutile le recours à une action fondée sur l'art. 680 al. 2 CO¹⁶. De même, l'art. 678 al. 1 CO permet de demander la restitution des parts de liquidation, indépendamment du fait qu'elles proviennent du capital et/ou du bénéfice¹⁷.

Le versement de telles prestations doit avoir été fait indûment. Un versement est indu s'il est fait en violation des dispositions légales mentionnées ci-dessus, des dispositions statutaires (p.ex. sur le versement aux réserves facultatives issues du bénéfice; art. 673 nCO) ou qu'il n'a pas été valablement décidé par l'assemblée générale. Lorsque la décision de l'AG est nulle (art. 706b CO), le juge peut constater la nullité dans le cadre de l'action en restitution¹⁸. Lorsqu'elle est annulable (art. 706 nCO), il faut admettre que le vice est guéri une fois que le délai de deux mois pour intenter l'action (art. 706a al. 1 CO) est écoulé¹⁹. Par conséquent, avant de pouvoir requérir la restitution, il est nécessaire de faire annuler la décision de l'AG.

L'art. 678 al. 1 nCO mentionne nouvellement les rémunérations indues. Il s'agit là des indemnités interdites visées aux art. 735c et 735d nCO, mais aussi des

¹² Concernant la notion de proche, voir p. ex. BSK OR II-Vogt, art. 678 N 7 s.

¹³ La mention des réserves légales issues du capital à l'al. 1 le prouve.

¹⁴ D'avis que les prestations faites sur la base d'un contrat invalide sont soumises au régime des art. 62 ss CO, *von der Crone Hans Caspar/Mauchle Yves*, Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR, RSDA 2015, 199 ss, 203.

¹⁵ Art. 728a al. 1 ch. 2 et 728b CO pour le contrôle ordinaire et art. 729a al. 1 ch. 2 et 729b CO pour le contrôle restreint.

¹⁶ *Von der Crone Hans Caspar/Moschen Corina*, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis zur Einlagepflicht des Aktionärs, in: Portmann Wolfgang/Heiss Helmut/Isler Peter R./Thouvenin Florent (édit.), *Gedenkschrift für Claire Huguenin*, Zurich 2020, 479 ss, 489 ss. D'un autre avis, *Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas*, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12^e éd., Zurich 2021, § 8 N 58 et 96.

¹⁷ Actuellement, la question est controversée. D'avis que les parts de liquidation tombent dans le champ d'application de l'art. 678 al. 1 CO, au moins si elles sont issues du bénéfice: BSK OR II-Vogt, art. 678 N 10; CR CO II-Chenau/Gachet, art. 678 N 24 ss; *Spörri Beat*, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, thèse, Zurich 1996, 126 s. D'avis que les art. 62 ss CO leur sont applicables: *Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter*, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 56 N 12.

¹⁸ BSK OR II-Vogt, art. 678 N 34; CR CO II-Chenau/Gachet, art. 678 N 80; *von der Crone/Mauchle* (n. 14), 204 s.

¹⁹ BSK OR II-Vogt, art. 678 N 34a; *Chabloz* (n. 10), N 1199 s.; *Dürr Roger*, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, thèse, Zurich 2005, 57; *Sauerwein Nina*, La responsabilité de la société mère, thèse Genève 2006, 134 s.; *von der Crone/Mauchle* (n. 14), 205. D'un autre avis, CR CO II-Chenau/Gachet, art. 678 N 81 ss.

rémunérations versées en violation des règles régissant le vote de l'assemblée générale (art. 735 nCO) ou les montants complémentaires votés par l'assemblée générale, lorsqu'ils n'ont pas été utilisés conformément à l'art. 735a nCO²⁰. Tel est également le cas des rémunérations qui dépassent les montants globaux et complémentaires votés par l'assemblée générale.

2.3 Selon l'art. 678 al. 2 nCO

L'al. 2 vise les versement occultes, c'est-à-dire les contre-prestations reçues par l'une des personnes ayant la qualité pour défendre, dans la mesure où elles sont en disproportion manifeste (et non plus évidente) avec la valeur des biens ou avec la prestation reçue par la société. Tout acte juridique conclu entre l'une de ces personnes et la société peut être concerné²¹. Il peut ainsi s'agir d'un contrat de reprise de biens, de travail, de leasing, etc.²². La référence à la situation économique de la société était unanimement critiquée par la doctrine et a été supprimée²³.

Selon le Message 2016, pour qu'il y ait disproportion manifeste, il faut un déséquilibre entre la prestation et la contre-prestation qui soit à même de justifier la restitution²⁴, mais il n'est pas nécessaire que celle-ci saute aux yeux²⁵. Le critère de la disproportion manifeste laisse en effet une certaine marge de manœuvre à la société. Le tribunal doit intervenir uniquement lorsqu'il n'existe pas de justifications économiques raisonnables à cette transaction commerciale²⁶. La question est de savoir si ladite transaction aurait été conclue aux mêmes conditions avec un tiers²⁷. Si tel est le cas, il n'y a pas lieu à restitution. Si tel n'est pas le cas, il y a lieu à restitution du montant en disproportion manifeste. Le contrat est néanmoins valable et la société pourra donc à la fois réclamer au défendeur la contre-prestation et la restitution du

montant objet de la disproportion²⁸. Exceptionnellement, le contrat peut ne pas être valable en raison d'un défaut de représentation, d'un conflit d'intérêts ou d'une lésion selon l'art. 21 CO²⁹. Dans ce cas, la prestation est indue et tombe dans le champ d'application de l'art. 678 al. 1 nCO.

Concernant la fixation des rémunérations, là non plus, il ne s'agit pas de substituer la compétence du juge à celle du conseil d'administration. Le juge doit intervenir seulement lorsque la rémunération n'est clairement pas conforme aux conditions du marché³⁰. Concernant les rémunérations variables, même si le critère de la situation financière de l'entreprise a été supprimé, elles dépendent intrinsèquement des résultats financiers de la société dont il faudra tenir compte. De manière générale, la difficulté principale est de fixer quelle part de la rémunération doit être remboursée. Pour ce faire, il faut, à notre avis, comparer la rémunération du dirigeant concerné avec celle des personnes occupant des fonctions similaires dans une société du même genre réalisant des résultats identiques, et établir une fourchette de leurs rémunérations. Comme indiqué par l'art. 678 al. 2 i.f. nCO («dans la mesure où [la contre-prestation] est en disproportion manifeste»), seul le montant qui dépasse ce cadre pourra être exigé. La preuve de cette disproportion manifeste doit être apportée par le demandeur (art. 8 CC) et sera souvent passablement complexe. En effet, les sociétés non cotées ne publient pas les rémunérations de leurs dirigeants et les sociétés cotées ne publient que les rémunérations globales (art. 734a nCO; art. 14 ORAb), alors que l'examen exigé par l'art. 678 al. 2 nCO est un examen individuel. Pour les mêmes raisons, le fait que dans les sociétés cotées, l'assemblée générale vote sur le montant global des rémunérations (art. 698 al. 3 ch. 4 nCO; art. 2 ch. 4 ORAb) ne devrait pas avoir d'incidence sur la décision du juge. Les rémunérations qui dépassent ce montant global pourront être réclamées sur la base de l'art. 678 ch. 1 nCO (*supra* 2.2)³¹.

²⁰ Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2^e éd., Berne 2020, N 536.

²¹ Message 2016 (n. 2), 477.

²² Ibidem.

²³ Message 2016 (n. 2), 477 s. Voir p. ex. Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, § 12 N 555 s.; Chabloz (n. 10), N 1187; Dürr (n. 19), 92; Sauerwein (n. 19), 154 s.

²⁴ Message 2016 (n. 2), 478.

²⁵ Ibidem.

²⁶ BSK OR II-Vogt, art. 678 N 17; Chabloz (n. 10), N 1185; CR CO II-Chenaux/Gachet, art. 678 N 39.

²⁷ BSK OR II-Vogt, art. 678 N 14; CR CO II-Chenaux/Gachet, art. 678 N 33.

²⁸ Message 2016 (n. 2), 477; von der Crone (n. 20), N 538.

²⁹ Von der Crone (n. 20), N 538.

³⁰ TF 4A_195/2014 du 27.11.2014 c. 6.1 non publié à l'ATF 140 III 602.

³¹ Von der Crone (n. 20), N 536.

2.4 Bénéficiaire de bonne foi (art. 678 al. 3 nCO)

L'art. 678 al. 3 nCO renvoie à l'art. 64 CO, selon lequel : « [i]l n'y a pas lieu à restitution, dans la mesure où celui qui a reçu indûment établit qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition ; à moins cependant qu'il ne se soit dessaisi de mauvaise foi de ce qu'il a reçu ou qu'il n'ait dû savoir, en se dessaisissant, qu'il pouvait être tenu à restituer ». Le fait que la distribution de dividende a une incidence sur la valeur de l'action et que l'actionnaire n'est donc en réalité pas enrichi ne joue pas de rôle³². De même, celui qui a employé l'argent reçu pour des dépenses nécessaires, notamment pour son entretien courant, reste enrichi puisqu'il aurait dû subvenir à ces dépenses par d'autres moyens³³. La référence à l'art. 64 CO remplace le critère de la mauvaise foi actuellement prévu à l'art. 678 al. 1 CO. La mauvaise foi est difficile à établir pour le demandeur, car elle est subjective et relève du for intérieur du bénéficiaire³⁴.

Pour éviter la restitution, le bénéficiaire-défendeur devra alléguer et établir le fait qu'il n'est plus enrichi au moment de la restitution. En revanche, il n'a pas à établir sa bonne foi comme le requerrait l'avant-projet (art. 678 al. 3 AP2014-CO)³⁵, car celle-ci est présumée (art. 3 al. 1 CC). Si le demandeur veut tout de même obtenir la restitution, il devra alléguer et prouver les faits de nature à renverser cette présomption, notamment en établissant que le défendeur savait ou aurait dû savoir qu'il pouvait être tenu à restitution. Tel sera généralement le cas lorsque la contre-prestation est en disproportion manifeste avec la prestation.

3. Prescription (art. 678a nCO)

Le droit à la restitution se prescrit par trois ans (délai relatif) à compter du jour où la société ou l'actionnaire en a eu connaissance, et dans tous les cas par dix ans (délai absolu) à compter de la naissance de ce droit (art. 678a nCO). Ces nouveaux délais correspondent à ceux de l'action en enrichissement illégitime (art. 67 CO)³⁶. Les délais plus longs d'une éventuelle action pénale sont réservés (art. 678a al. 2

nCO). Si la prescription de l'action pénale ne court plus parce qu'un jugement de première instance a été rendu, l'action civile se prescrit au plus tôt par trois ans à compter de la notification du jugement (art. 678a al. 2 i.f. nCO).

Le délai absolu de dix ans est suspendu pendant la procédure d'examen spécial (art. 678a al. 1 i.f. nCO). Cette nouveauté doit être saluée dès lors que la procédure d'examen spécial s'avère habituellement longue.

4. Qualité pour agir et pour défendre

4.1 Qualité pour agir

4.1.1 Hors faillite

Hors faillite, l'action en restitution peut être intentée par la société ou par chaque actionnaire agissant à titre de « *Prozessstandschafter* », c'est-à-dire en son propre nom mais pour le compte de la société (art. 678 al. 3 nCO)³⁷. Lorsque l'actionnaire agit, il supporte directement les risques de l'action mais ne profitera des profits qu'indirectement et proportionnellement à sa participation, car les montants récupérés iront à la société (problème de l'action collective³⁸). Cela explique pourquoi l'action en restitution est rarement introduite.

A titre de solution (partielle), le législateur permet au juge de mettre tout ou partie des frais à charge de la société selon sa libre appréciation, même si celle-ci n'est pas partie à la procédure (art. 107 al. 1^{bis} CPC)³⁹. L'actionnaire doit néanmoins avancer l'entier des frais de la procédure (art. 98 CPC) et prend le risque, s'il succombe, de devoir supporter tout ou partie des frais (art. 106 et 107 al. 1^{bis} CPC). Dans l'avant-projet de 2014, des règles inspirées de la procédure d'examen spécial (voir *infra* III.3) étaient prévues pour permettre d'intenter l'action aux frais de la

³² Druey/Druey Just/Glanzmann (n. 16), § 8 N 100.

³³ ATF 102 V 91 c. III.2.

³⁴ Message 2016 (n. 2), 478.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Idem*, 479.

³⁷ Von der Crone (n. 20), N 543.

³⁸ Pour plus de détails, Chabloz (n. 10), N 104 ss ou von der Crone (n. 20), N 25 ss.

³⁹ Cette règle figurait initialement à l'art. 756 al. 2 aCO mais a été abolie à l'entrée en vigueur du CPC. Le législateur l'a réintroduite dans le cadre de la modernisation du registre du commerce entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021, RO 2020 957 ss. Voir ég. Message du 15 avril 2015 concernant la modification du code des obligations (Droit du registre du commerce), FF 2015 3255 ss.

société (art. 697j ss AP2014-CO)⁴⁰. Celles-ci étaient cependant mal conçues car elles nécessitaient de demander l'ouverture d'une action à l'assemblée générale, avant de pouvoir demander au juge l'autorisation d'agir aux frais de la société en cas de refus. Or pour les actionnaires minoritaires, une telle étape est dépourvue de chances de succès et conduit à se demander pourquoi un juge serait mieux qualifié que l'assemblée générale pour décider de l'ouverture de cette action aux frais de la société⁴¹. Suite aux critiques émises en procédure de consultation, ces dispositions n'ont pas été reprises dans le projet⁴². En revanche, la possibilité pour l'assemblée générale de décider que la société intente l'action a été explicitement introduite dans la loi (art. 678 al. 5, 1^{re} phr. nCO). Cette décision nécessite la majorité simple de l'art. 703 nCO. Pour éviter d'éventuels conflits d'intérêts, l'assemblée générale peut également décider que l'action sera menée par un représentant (art. 678 al. 5, 2^e phr. nCO)⁴³. Cette solution est peut-être un pas dans la bonne direction, mais ne résout pas le problème des frais à charge des actionnaires minoritaires qui s'opposeraient à un ou plusieurs actionnaires majoritaires.

Le projet de révision 2016 prévoyait d'autoriser les créanciers à intenter l'action lorsqu'une prestation a été effectuée en faveur d'une société du même groupe (art. 678 al. 4 P-CO⁴⁴). Cette proposition été rejetée par le Conseil national⁴⁵, au motif qu'elle était inutile en raison du renvoi de l'art. 678 al. 6 nCO à l'art. 757 CO⁴⁶. Or, ce renvoi doit permettre aux créanciers d'agir plus facilement en cas de faillite de la société, alors que le but du projet était de conférer la qualité pour agir aux créanciers hors faillite pour protéger leurs intérêts en cas de transfert de liquidités au sein d'un groupe⁴⁷. Même appliqué par analogie, l'art. 757 CO ne confère pas aux créanciers le

droit d'agir hors faillite. Il est cependant conforme au système du droit de la SA de ne permettre aux créanciers d'agir qu'une fois que la faillite de la société a été prononcée (cf. art. 756 et 757 CO).

4.1.2 Dans la faillite

En cas de faillite, l'administration de la faillite est chargée en premier lieu de faire valoir les prétentions de la société (art. 240 LP). Dans les cas très rares de faillite selon la procédure ordinaire, la seconde assemblée des créanciers décide en principe si l'administration doit agir ou non (art. 260 et 253 al. 2 LP et 48 OAOF)⁴⁸. En cas de liquidation sommaire, une assemblée des créanciers n'a pas lieu (231 al. 1 ch. 3 LP), mais l'administration de la faillite doit tout de même donner aux créanciers l'occasion de se prononcer⁴⁹. La voie de la publication suffit⁵⁰. Si les créanciers colloqués prennent la décision (explicitement ou tacitement) de renoncer à agir⁵¹, l'art. 260 LP permet à chacun d'eux de se faire céder le droit d'agir (art. 260 al. 1 LP et 48 al. 1 OAOF)⁵². Les créanciers cessionnaires ne sont pas obligés d'agir. S'ils ouvrent action, ils doivent cependant nécessairement le faire ensemble et, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral prouver que les autres cessionnaires ont renoncé à agir⁵³. Ils ont alors un droit préférentiel sur le produit de l'action (art. 260 al. 2 LP).

Une cession des droits de la masse selon l'art. 260 LP implique qu'une procédure de faillite ait lieu⁵⁴. Dans les six cas sur dix où la faillite est suspendue faute d'actifs (art. 230 al. 1 LP)⁵⁵, le créancier devra commencer par avancer les frais de la procédure de faillite afin de pouvoir faire colloquer sa créance et se faire céder le droit d'agir⁵⁶. Un art. 678 al. 6 nCO permettra à l'avenir d'appliquer l'art. 757 CO par analogie.

⁴⁰ <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>> (6.9.2021).

⁴¹ Message 2016 (n. 2), 381.

⁴² Message 2016 (n. 2), 381 s.; OFJ, Résultats de la consultation sur l'avant-projet du 28 novembre 2014, ch. 4.11 p. 29 ss.

⁴³ Message 2016 (n. 2), 497.

⁴⁴ Projet de modification du Code des obligations (Droit de la société anonyme), FF 2017 625 ss, 645. L'avant-projet de 2005 prévoyait même d'octroyer la qualité pour agir à tous les créanciers. Voir à ce propos, Message 2008 (n. 8), 282.

⁴⁵ BO 2018 CN 1093.

⁴⁶ BO 2018 CN 1091 (Markwalder).

⁴⁷ Message 2016 (n. 2), 478 s.

⁴⁸ BSK SchKG II-Berti, art. 260 N 24.

⁴⁹ ATF 134 III 75 c. 2.3.

⁵⁰ ATF 136 III 636 c. 3.

⁵¹ ATF 134 III 75 c. 2.4.

⁵² ATF 145 III 101 c 4.1.1; 144 III 552 c. 4.1.1.

⁵³ ATF 144 III 552 c. 4.1.1; 138 III 628 c. 5.3.2; 136 III 534 c. 2.1, JdT 2014 II 126; TF 4A_77/2014 du 21.5.2014 c. 5.1.

⁵⁴ BSK SchKG II-Berti, art. 260 N 26.

⁵⁵ Lorandi Franco, Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen, PJA 2020, 1396 ss, 1411.

⁵⁶ Concernant cette problématique, voir Chabloz Isabelle, L'ouverture de la faillite : situation actuelle et mise en perspective, RSDA 2016, 357 ss, 362 s.

gie à l'action en restitution. Cette disposition a été introduite sur proposition de la Commission des affaires juridiques du Conseil national pour faciliter l'exercice de l'action dans la faillite⁵⁷. Son application ne facilitera cependant pas la tâche des créanciers. En effet, selon la jurisprudence du TF, elle ne dispense pas les créanciers de prouver que l'administration de la faillite a renoncé à agir et que leur créance a été colloquée dans la faillite⁵⁸. Par conséquent, si la procédure de faillite a lieu, la seule différence entre la procédure de l'art. 260 LP et celle de l'art. 757 al. 2 CO réside dans le fait que la seconde ne requiert pas l'obtention de la cession du droit d'agir. Une cession sur la base de l'art. 260 LP facilite néanmoins les preuves requises et est donc privilégiée en pratique. Si la faillite est suspendue faute d'actifs, l'art. 757 al. 2 CO n'est d'aucune utilité, vu que seuls les créanciers colloqués peuvent agir sur la base de cette disposition. L'exercice de la faillite serait grandement facilité par une interprétation de l'art. 757 al. 2 CO admettant qu'en cas de suspension de la faillite, passé le délai de dix jours de l'art. 230 al. 2 LP, l'administration de la faillite a renoncé à agir. Cela serait d'ailleurs conforme à l'avis de la doctrine majoritaire⁵⁹. La personne qui prétend avoir une créance contre la société devrait ainsi avoir le droit d'introduire l'action sans être colloquée ni avancer les frais de la faillite. Contrairement à la personne agissant sur la base de l'art. 260 LP, elle devra établir l'existence de sa créance dans la procédure au fond pour pouvoir être dédommée en priorité.

4.2 Qualité pour défendre

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 peuvent être tenues à restitution (art. 678 al. 1 et 2 nCO). En mentionnant les personnes chargées de la gestion, le législateur soumet explicitement les organes matériels et les or-

ganes de fait à cette obligation⁶⁰, mettant ainsi fin à une controverse doctrinale⁶¹. La cohérence du système en est renforcée puisque ces personnes sont également celles soumises à l'obligation de fidélité de l'art. 717 CO, et que les situations visées par l'action en restitution résultent souvent de la violation de ce devoir⁶². La notion d'actionnaires inclut également les titulaires de bons de participation (art. 656a al. 2 CO) et de bons de jouissance, lorsque ceux-ci confèrent un droit au bénéfice résultant du bilan⁶³. La référence aux proches vise à éviter tout contournement de la loi⁶⁴.

5. Fors

La doctrine admet que l'actuel art. 678 CO est une *lex specialis* de l'action en enrichissement illégitime qui exclut l'application des art. 62 ss CO⁶⁵. Avec l'entrée en vigueur de la révision de 2020, la doctrine récente est d'avis que tel ne sera plus le cas et qu'il existera un concours entre les deux actions⁶⁶. Comme nous l'avons vu, l'art. 678 nCO ne vise plus seulement à protéger les fonds propres de la société contre les versements indus ou cachés de bénéfice, mais à permettre un contrôle et une restitution – en tout ou partie – de toutes les prestations faites par la société à ses dirigeants ou à leurs proches. La nature de l'action varie, à notre avis, selon la prestation en cause. S'il s'agit d'une prestation induue (art. 678 al. 1 nCO), celle-ci se rattache en principe au domaine de l'enrichissement illégitime (*lex specialis*) et exclut l'application des art. 62 ss CO⁶⁷. Lorsque la prestation ver-

⁶⁰ Message 2016 (n. 2), 477.

⁶¹ D'avis que seuls les organes formels étaient visés, p. ex. BSK OR II-Vogt, art. 678 N 6; CR CO II-Chenaux/Gachet, art. 678 N 9; Spörri (n. 17), 32 s.; von der Crone/Mauchle (n. 14), 200. D'avis que les organes matériels et de fait étaient déjà visés, Dürr (n. 19), 151 s.; Sauerwein (n. 19), 124.

⁶² Dans le même sens, von der Crone (n. 20), N 532.

⁶³ CR CO II-Chenaux/Gachet, art. 678 N 6; Spörri (n. 17), 25 s.

⁶⁴ Message 2016 (n. 2), 477; BSK OR II-Vogt, art. 678 N 7; CR CO II-Chenaux/Gachet, art. 678 N 10; Sauerwein (n. 19), 125.

⁶⁵ Voir p. ex. BSK OR II-Vogt, art. 678 N 3; CR CO II-Chenaux/Gachet, art. 678 N 4.

⁶⁶ Druey/Druey Just/Glanzmann (n. 16), § 8 N 103; von der Crone (n. 20), N 548.

⁶⁷ ATF 102 II 329 c. 5c, JdT 1977 I 322. Pour un aperçu des critiques de la doctrine, CR CO II-Chappuis, art. 62 N 38.

⁵⁷ BO 2018 CN 1091 (Markwalder).

⁵⁸ TF 4A_384/2016 du 1.2.2017 c. 2.1.3. Pour une critique de cet arrêt et une proposition de *lege ferenda*, Stoffel-Walter A./Sautier Camille, La découverte d'actifs et/ou de passifs du débiteur à un stade avancé de la faillite ou après la clôture de celle-ci, JdT 2019 II 97 ss, 109 ss.

⁵⁹ Böckli (n. 23), § 18 N 282a; CR CO II-Corboz/Aubry Girardin, art. 757 N 29; BSK OR II-Gericke/Walter, art. 757 N 26.

sée par la société est en disproportion manifeste avec la contre-prestation (art. 678 al. 2 nCO), on se trouve dans le domaine contractuel. Cette distinction joue avant tout un rôle lorsqu'il s'agit de définir le for.

Dans les rapports internes (sans élément d'extranéité), l'action en restitution des prestations indues de l'art. 678 al. 1 nCO pourra être intentée, à défaut de for spécial, au for ordinaire dispositif du domicile ou du siège du défendeur, voire au lieu de l'établissement ou de la succursale pour leurs activités (art. 10 al. 1 lit. a et b et 12 CPC). Si la prestation est indue en raison de la nullité d'un contrat ou de sa résolution, les art. 31 ss CPC peuvent s'appliquer, en l'absence d'une clause de prorogation de for valable (art. 17 CPC).

Dans les rapports internationaux, la Convention de Lugano (CL) ne prévoit pas non plus de disposition spéciale, si bien que l'art. 2 ch. 1 CL s'applique, à moins que la prestation soit de nature contractuelle, auquel cas l'art. 5 ch. 1 CL est applicable⁶⁸. Lorsque la LDIP s'applique, les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont compétents pour connaître des actions pour cause d'enrichissement illégitime (art. 127 1^{re} phr. LDIP). Un for supplémentaire est ouvert au lieu de l'établissement pour les actions relatives à son activité (art. 127 2^e phr. LDIP). Lorsque la prestation à restituer est de nature contractuelle, il faut alors se référer aux art. 112 ss LDIP.

Devant les tribunaux suisses, la procédure débutera par une requête de conciliation (art. 197 CPC), à moins qu'un tribunal de commerce (art. 6 CPC) ne soit compétent pour connaître de l'affaire (art. 198 lit. f CPC⁶⁹) ou qu'il soit possible pour le demandeur d'y déroger en raison du domicile à l'étranger du défendeur (art. 199 al. 2 lit. a CPC).

6. Synthèse et analyse

La révision de 2020 élargit nettement le champ d'application de l'action en restitution (art. 678 nCO). Désormais, toutes les prestations versées par la société à ses dirigeants ou à leurs proches sont concernées

peu importe la provenance des fonds et la source de l'obligation (décision ou contrat). Les prestations indues de l'art. 678 al. 1 nCO, faites en violation des dispositions statutaires ou légales ou sur la base d'un contrat nul, sont considérées comme une forme spéciale d'enrichissement illégitime et doivent en principe être entièrement restituées, à moins que le défendeur de bonne foi ne soit plus enrichi (art. 678 al. 3 nCO). Les prestations visées par l'art. 678 al. 2 nCO sont quant à elles faites valablement, mais sont en disproportion manifeste avec la contre-prestation. Dans ce cas, seule la partie de la prestation en disproportion manifeste doit être restituée et le destinataire de la prestation sera rarement de bonne foi.

En ce qui concerne la mise en œuvre hors faillite, l'ouverture d'une action en restitution reste peu attractive pour l'actionnaire minoritaire. Celui-ci n'arrivera en général pas à convaincre l'assemblée générale d'ouvrir action et supportera donc les risques mais non les bénéfices directs qui peuvent en résulter. Comme l'action en restitution profite à la société, il serait logique qu'elle en supporte également les risques, sauf abus de la part du ou des demandeurs.

Dans la faillite, la situation est plus favorable car les demandeurs tirent un profit direct de l'action. Un problème se pose néanmoins lorsque la faillite est suspendue faute d'actifs. Au regard de la jurisprudence actuelle du TF, le renvoi de l'art. 678 al. 6 nCO à l'art. 757 CO n'apporte aucune amélioration. Reste donc à espérer que notre Haute cour reverra sa jurisprudence relative à l'art. 757 CO pour permettre l'ouverture d'une action même lorsque la procédure de faillite n'a pas lieu.

III. Droits d'information des actionnaires

1. Généralités

Pour que l'actionnaire puisse exercer ses droits et sauvegarder ses intérêts, il doit avoir accès aux informations nécessaires⁷⁰. Il n'a cependant aucun devoir de fidélité envers la société, raison pour laquelle le droit de la SA ne lui confère pas un droit d'information illimité.

Dans ce domaine, la loi tient compte de l'intérêt de la société à conserver ses secrets d'affaires (art. 697 al. 4 et 697a al. 3 nCO). En lien avec l'administration

⁶⁸ Dans ce sens, *Kren Kostkiewicz Jolanta*, *Schweizerisches Internationales Privatrecht*, 2^e éd., Berne 2018, N 2528 s.

⁶⁹ Le projet de révision du CPC du 26 février 2020 (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020 2693 ss prévoit de rendre la conciliation facultative dans ce cas (art. 199 al. 3 P-CPC).

⁷⁰ Message 2007 (n. 3), 1489.

des preuves dans le procès civil (art. 156 CPC), le TF considère que le secret d'affaires couvre les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise, qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et que la société veut garder secrètes⁷¹. Il doit donc exister un intérêt objectif à garder le secret en raison de la nature de l'information, et un aspect subjectif, à savoir la volonté de la société de garder ladite information secrète⁷². Il faut également distinguer le droit absolu du droit relatif au secret⁷³. Lorsque la maîtrise du secret appartient au tiers (p.ex. secret médical ou secret bancaire), le secret est absolu et il ne doit pas être divulgué. Lorsqu'elle appartient à la société, le secret est relatif et l'intérêt de la société à son maintien doit être mis en balance avec l'intérêt des actionnaires à connaître l'information⁷⁴. Pour mettre en œuvre cela, la loi prévoit un droit aux renseignements (art. 697 nCO) et un droit à la consultation qui fait maintenant l'objet d'une disposition séparée (art. 697a nCO). Subsidiairement, les actionnaires ont un droit à l'institution d'un examen (et non plus contrôle) spécial (art. 697c ss nCO).

Au surplus, le rapport de gestion et le rapport de révision doivent inconditionnellement être mis à disposition des actionnaires. L'art. 699a nCO remplace l'art. 696 CO et prévoit qu'au moins 20 jours avant l'assemblée générale, lesdits documents doivent être rendus accessibles aux actionnaires (art. 699a al. 1 1^{re} phr. nCO). S'ils ne sont pas accessibles électroniquement (p.ex. sur le site internet de la société moyennant un nom d'utilisateur et un mot de passe⁷⁵), tout actionnaire peut exiger qu'ils lui soient délivrés à temps (art. 699a al. 1 2^e phr. nCO) et gratuitement⁷⁶. L'art. 699a nCO indique donc clairement qu'un accès électronique à ces documents suffit; ce qui est une bonne chose. Les créanciers des sociétés non cotées doivent quant à eux faire valoir un intérêt digne de

protection pour pouvoir consulter ces documents (art. 958e al. 2 CO).

Les principales nouveautés introduites par la révision de 2020 sont :

- Un droit d'information hors assemblée générale des actionnaires minoritaires des sociétés non cotées (art. 697 al. 2 nCO ; *infra* 2.1) ;
- Une disposition séparée régissant le droit à la consultation pour les minoritaires (art. 697a nCO ; *infra* 2.2) ;
- L'introduction d'un délai de 30 jours pour saisir le juge en cas de refus de la demande de renseignements ou de consultation (art. 697b nCO ; *infra* 2.3) ;
- L'abaissement des obstacles pour obtenir un examen spécial (art. 697c ss nCO : *infra* 3).

2. Modifications des droits aux renseignements et à la consultation

2.1 Droit aux renseignements

Le droit de tout actionnaire à obtenir des renseignements lors de l'assemblée générale n'est pas modifié (art. 697 al. 1 CO). Nouvellement, des actionnaires d'une société non cotée représentant 10% du capital-actions ou des voix peuvent demander en tout temps et par écrit des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société (art. 697 al. 2 nCO)⁷⁷. Dans leur requête, les actionnaires doivent indiquer quelles informations ils souhaitent obtenir et alléguer en quoi celles-ci sont nécessaires à l'exercice de leurs droits⁷⁸. Le conseil d'administration devra admettre que l'information demandée est nécessaire dès qu'elle est objectivement pertinente pour l'exercice du droit invoqué⁷⁹. Le refus de fournir les renseignements doit être motivé par écrit (art. 697 al. 4 nCO).

⁷¹ TF 4A_195/2010 du 8.6.2010 c. 2.2.

⁷² *Von der Crone* (n. 20), N 802.

⁷³ CR CO II-*Trigo Trindade*, art. 697 N 31 s.; *von der Crone Hans Caspar/Baumgartner Fleur*, *Die Kommunikation der Aktiengesellschaft mit den Aktionären*, in *Trigo Trindade Rita/Bahar Rashid/Neri-Castracane Giulia* (édit.), *Vers les sommets du droit: liber amicorum pour Henry Peter*, Genève/Zurich 2019, 265 ss, 279 s.; OFK-Kägi, art. 697 N 14.

⁷⁴ TF 4C.234/2002 du 4.6.2003 c. 4.3.3.1 et les réf. citées.

⁷⁵ Message 2016 (n. 2), 498.

⁷⁶ Message 2016 (n. 2), 498.

⁷⁷ Le projet prévoyait un seuil de 5%, mais celui a été augmenté à 10% par le Conseil national, sur proposition de sa commission lors de la session d'été 2018 (BO 2018 N 1142).

⁷⁸ D'avis que ce fait ne doit pas seulement être allégué mais doit également être prouvé, *Druey/Druey Just/Glanzmann* (n. 16), § 11 N 60.

⁷⁹ Dans ce sens, *Mohasseb Keivan/von der Crone Hans Caspar*, *Gerichtliche Durchsetzung des Auskunftsrechts nach geltendem und künftigem Aktienrecht*, RSDA 2020, 336 ss, 338.

Le conseil d'administration a un délai de 4 mois pour fournir les renseignements ou pour refuser la demande (art. 697 al. 3 1^{re} phr. nCO). La question se pose de savoir quelle est la conséquence du non-respect de ce délai. A notre avis, l'écoulement du délai ouvre la voie judiciaire et commence à faire courir le délai de 30 jours de l'art. 697b nCO (*infra* 2.3), puisque le conseil d'administration empêche l'exercice du droit aux renseignements. L'absence d'un refus motivé de sa part pourra être prise en compte par le juge dans la répartition des frais (art. 107 al. 1 lit. b CPC).

Aucune forme particulière n'est requise pour la réponse. Le Message 2016 indique que si l'assemblée générale a lieu dans les 4 mois suivant le dépôt de la demande, le conseil d'administration pourra très bien y répondre à cette occasion⁸⁰. Dans ce cas-là, une réponse orale sera donc appropriée et devra figurer au procès-verbal (art. 702 al. 2 ch. 4 nCO)⁸¹. Dans les autres cas, il faut admettre pour des questions de preuve que la réponse devra être donnée par écrit ou au moins par voie électronique, et non pas par téléphone, par exemple⁸².

Les actionnaires doivent être informés au plus tard lors de l'assemblée générale suivante (art. 697 al. 3 nCO). Ils peuvent naturellement aussi être informés immédiatement⁸³. Lorsqu'une information a été donnée à certains actionnaires, l'important est que le conseil d'administration veille à l'égalité de traitement (art. 717 al. 2 CO)⁸⁴. Ainsi, lorsque l'information a une incidence sur la valeur des actions, le conseil d'administration ne pourra pas se fonder sur l'art. 697 al. 3 nCO pour attendre la prochaine assemblée générale avant d'informer les autres actionnaires. En effet, il risquerait de violer l'art. 717 al. 2 CO et d'être actionné en responsabilité en cas de dommage causé par ce retard (art. 754 CO)⁸⁵. En ce qui concerne la forme, le Message 2016 indique que les réponses du conseil d'administration peuvent être

communiquées à tous les actionnaires par exemple par voie électronique⁸⁶.

2.2 Droit à la consultation

Le droit de consultation de l'art. 697 al. 3 CO soumis à l'autorisation expresse de l'assemblée générale ou du conseil d'administration est remplacé par un droit de consultation de la compétence exclusive du conseil d'administration (art. 697a nCO)⁸⁷. Cela est une bonne chose, car l'assemblée générale n'a pas de devoir de fidélité et n'est souvent pas à même de juger si la consultation d'un document peut porter atteinte ou non au secret des affaires⁸⁸.

Le droit de consultation n'est plus un droit individuel, mais doit être exercé par des actionnaires représentant ensemble au moins 5% du capital-actions ou des voix (art. 697a al. 1 nCO)⁸⁹. Contrairement au droit écrit aux renseignements, ce droit ne dépend pas du fait que la société soit cotée ou non. Des seuils différenciés ne sont pas non plus prévus. Ce durcissement du droit à la consultation est étonnant, car l'actuel droit individuel n'a, à notre connaissance, pas fait l'objet de critiques particulières. Si l'idée était de prévoir des seuils identiques pour le droit aux renseignements hors assemblée et le droit à la consultation, le législateur a manqué son objectif.

Concernant les documents soumis à consultation, l'art. 697a al. 1 nCO remplace le terme correspondance employé par l'actuel art. 697 al. 3 CO par celui de «dossiers». Cette modification vise à harmoniser le droit de la SA avec le droit de la Srl (art. 802 al. 2 CO), mais n'entraîne pas, selon le Message 2016, de modification matérielle⁹⁰. Concernant la consultation elle-même, l'art. 697a al. 2 nCO prévoit que les actionnaires peuvent prendre des notes. Il est aussi envisageable qu'ils se fassent accompagner par un spécialiste⁹¹. Ainsi, si les informations sont nécessaires pour tenter une action en restitution ou une action en responsabilité, l'avocat chargé de l'affaire pourra accompagner l'actionnaire. Étant donné que la représentation est largement admise en droit de la

⁸⁰ Message 2016 (n. 2), 488.

⁸¹ Pour plus de détails, voir *Mohasseb/von der Crone* (n. 79), 341.

⁸² *Von der Crone/Baumgartner* (n. 73), 274.

⁸³ Message 2016 (n. 2), 489.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Dans le même sens, *Müller Matthias P.A.*, Informationsrechte des Aktionärs, ex ante 2019, 27 ss, 30; *von der Crone* (n. 20), N 811; *von der Crone/Baumgartner* (n. 73), 274.

⁸⁶ Message 2016 (n. 2), 489.

⁸⁷ Message 2016 (n. 2), 490.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Critiques: *Müller* (n. 85), 31; *von der Crone Hans Caspar/Angstmann Luca*, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, RSDA 2017, 3 ss, 11.

⁹⁰ Message 2016 (n. 2), 490.

⁹¹ *Ibidem*.

SA (art. 689b al. 1 nCO), l'actionnaire pourra, à notre avis, également exercer ce droit par l'intermédiaire de son avocat ou de tout autre représentant de son choix.

Pour le reste, le droit à la consultation est harmonisé avec le droit aux renseignements. Les conditions d'exercice des deux droits sont les mêmes (art. 697a al. 3 nCO), le délai identique de 4 mois s'applique à la réponse du conseil d'administration (art. 697a al. 2 1^{re} phr. nCO) et l'obligation de motiver le refus est la même (art. 697a al. 3 i.f. nCO).

2.3 Action devant le juge

Lorsque le conseil d'administration refuse la demande de renseignement ou de consultation ou qu'il y donne suite d'une manière ne permettant pas d'atteindre le but voulu⁹², un droit d'action est prévu à l'art. 697b nCO. Celui-ci doit être exercé dans les 30 jours. Le délai commence à courir le lendemain du jour où les actionnaires ont eu connaissance du refus motivé ou des informations incomplètes (art. 77 al. 1 ch. 1 CO et 142 al. 1 CPC). A notre avis, le délai commence également à courir lorsque le conseil d'administration ne donne pas suite à la requête à l'échéance du délai légal de 4 mois (art. 697 al. 3 et 697a al. 2 nCO ; *supra* 2.1).

Le délai de 30 jours prévu à l'art. 697b nCO est, comme celui des art. 706b CO ou 697b al. 1 CO, un délai de péremption qui ne peut être ni interrompu ni suspendu⁹³. S'agissant d'une condition de recevabilité de l'action, le juge doit l'examiner d'office (art. 60 CPC) et ne doit pas entrer en matière s'il n'est pas respecté (art. 59 al. 1 CPC). Sous réserve de l'abus de droit⁹⁴, les actionnaires doivent à nouveau pouvoir exercer leur droit au renseignement et obtenir qu'un nouveau délai de 30 jours se mette à courir. Autrement dit, le droit d'action se périmé, mais non le droit des actionnaires d'obtenir des renseignements.

En ce qui concerne la qualité pour agir, les auteurs qui se sont exprimés sur le nouveau droit sont d'avis, sans grands développements, que le droit d'action de l'art. 697b nCO est, comme le droit de l'actuel de l'art. 697 al. 4 CO, un droit individuel⁹⁵. A notre avis, le droit individuel n'existe qu'en cas de refus lors de l'assemblée générale. Le droit aux renseignements hors assemblée générale et le droit à la consultation sont conçus comme des droits des minoritaires. De plus, le texte de l'art. 697b nCO ne mentionne pas «l'actionnaire», mais les actionnaires qui se sont vu refuser le droit au renseignement. Sur ce point, il est analogue aux actions des art. 699 al. 1 nCO (droit à la convocation de l'AG par le juge) et 699b al. 4 nCO (droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et droit de proposition). Il diverge en revanche de la lettre de l'art. 697d nCO qui prévoit, en conformité avec la jurisprudence du TF⁹⁶, que si l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition d'institution d'un examen spécial, «des actionnaires» atteignant certains seuils peuvent demander au tribunal de l'ordonner. Par conséquent, la lettre de l'art. 697b nCO requiert, contrairement à celle de l'art. 697d nCO, l'identité entre les actionnaires qui ont exercé le droit aux renseignements ou à la consultation et les actionnaires qui ouvrent action. L'introduction d'un délai de 30 jours pour saisir le juge sans obligation d'informer tous les actionnaires d'une décision de refus plaide également en faveur d'une telle interprétation.

L'actionnaire doit, conformément à la jurisprudence du TF relative à l'art. 697 al. 4 CO, prouver que la consultation est nécessaire pour exercer ses droits⁹⁷. Il suffit toutefois qu'il apporte la preuve que ce besoin existe d'une manière générale, pour un actionnaire moyen, sans qu'une preuve particulière en rapport avec sa situation individuelle et avec ses intérêts concrets soit nécessaire⁹⁸. Il appartient en revanche à la société d'alléguer et de prouver que la divulgation des informations porterait atteinte au secret d'affaires ou à d'autres intérêts dignes de protection de la société (art. 8 CC).

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Concernant le délai de l'art. 706b CO, voir TF 4A_404/2011 du 7.1.2011.

⁹⁴ Concernant le délai de trois mois pour requérir du juge le contrôle spécial, le Tribunal de commerce de Zurich a jugé que si le même requérant pose les mêmes questions à l'assemblée générale, cela constitue un abus de droit, voir HGer, ZR 2013, 9 c. 5.4.5.

⁹⁵ Von der Crone (n. 20), N 812 ; Druey/Druey Just/Glanzmann (n. 16), § 11 N 85.

⁹⁶ ATF 133 III 133 c. 3.2, JdT 2007 I 296 selon lequel l'actuel art. 697b CO n'exige pas l'identité entre les actionnaires qui demandent les renseignements, font la requête à l'AG et introduisent la requête devant le juge.

⁹⁷ ATF 132 III 71 c. 1.3.1, JdT 2006 I 543.

⁹⁸ *Ibidem*.

La procédure sommaire est applicable à l'action de l'art. 697b nCO (art. 250 lit. c ch. 7 nCPC)⁹⁹. Le ou les requérants doivent fournir l'avance de frais (art. 98 CPC). S'il y a plusieurs actionnaires requérants, ils forment une consorité nécessaire au sens de l'art. 70 al. 1 CPC et peuvent être tenus solidairement responsables des frais (art. 106 al. 3 CPC).

3. Accès facilité à l'examen spécial

Le contrôle spécial des art. 697a ss CO, qui deviendra l'examen spécial des art. 697c ss nCO, a très peu servi en pratique¹⁰⁰. Les modifications adoptées par le Parlement visent donc à réduire les obstacles à son institution¹⁰¹. La procédure reste globalement la même. Tout actionnaire qui a déjà exercé son droit aux renseignements ou à la consultation peut demander l'institution d'un examen spécial à l'assemblée générale (art. 697c nCO). En cas de refus de celle-ci, la possibilité est donnée de saisir le juge à des actionnaires représentant 10% du capital-actions ou des voix dans les sociétés non cotées et, nouvellement, 5% dans les sociétés cotées (art. 697d nCO)¹⁰². Ces seuils sont identiques à ceux nécessaires pour convoquer une assemblée générale (art. 699 al. 3 nCO). L'identité des actionnaires qui ont demandé les renseignements et/ou saisi l'assemblée générale n'est pas nécessaire¹⁰³.

La jurisprudence du TF admet qu'il n'est pas possible d'élargir l'objet de l'examen spécial au stade de la discussion devant l'AG¹⁰⁴. L'art. 697d al. 2 nCO met fin à cette pratique en admettant que l'institution d'un examen spécial peut porter sur toute question qui a fait l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation ou qui a été soulevée durant les débats de l'assemblée générale¹⁰⁵. Cela ne dispensera

néanmoins pas les requérants d'apporter la preuve de l'exercice préalable du droit aux renseignements ou à la consultation¹⁰⁶. Une action judiciaire ne sera, comme à l'heure actuelle, pas nécessaire¹⁰⁷.

Concernant les autres conditions matérielles, les requérants doivent rendre vraisemblable que des fondateurs ou des 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 (art. 697d al. 3 nCO). Il n'est en revanche plus nécessaire de rendre vraisemblable le préjudice lui-même. Comme le relève le Message 2016, si la loi ou les statuts ont été violés et que cela est de nature à entraîner un préjudice, il n'y a aucun motif d'imposer aux requérants d'attendre que le préjudice se produise avant d'agir¹⁰⁸. A noter qu'une partie minoritaire de la doctrine est d'avis que selon le droit actuel, un dommage futur suffit déjà¹⁰⁹. A notre avis, cette modification est bienvenue car sans l'accès aux informations, il est habituellement difficile pour les requérants de rendre le préjudice vraisemblable¹¹⁰. Elle facilitera donc effectivement l'accès à l'examen spécial.

Selon l'art. 697h^{bis} al. 1 nCO, les coûts induits par l'examen spécial sont à la charge de la société et celle-ci est tenue de procéder aux éventuelles avances de frais. Ce n'est que si des circonstances particulières le justifient que le tribunal peut mettre les frais à charge des requérants (art. 697h^{bis} al. 2 nCO). Cette disposition prévoit maintenant explicitement que les frais de l'examen spécial (et non les frais de la procédure judiciaire d'institution de celui-ci¹¹¹), y compris une éventuelle avance de frais, doivent en règle générale être

⁹⁹ RO 2020 4067.

¹⁰⁰ Message 2016 (n. 2), 491.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Le projet prévoyait un seuil de 3% pour les sociétés cotées. Là aussi, le Conseil national a augmenté le seuil à 5% sur proposition de sa commission (BO 2018 N 1142).

¹⁰³ ATF 133 III 133 c. 3.2, JdT 2007 I 296.

¹⁰⁴ ATF 138 III 246 c. 3.3; 133 III 133 c. 3.2, JdT 2007 I 296; ATF 123 III 261 c. 3a, JdT 1999 I 27.

¹⁰⁵ Voir aussi, *von der Crone* (n. 20), N 828. Critiques: *Tringanello Bruno/Obertin Garry-Philippe*, Contrôle spécial simplifié – la future révision du droit des sociétés anonymes engendrera-t-elle davantage d'actions en responsabilité?, TREX 2015, 336 ss, 338.

¹⁰⁶ ATF 140 III 610 c. 4 qui précise que le degré de preuve est la certitude.

¹⁰⁷ *Von der Crone* (n. 20), 827.

¹⁰⁸ Message 2016 (n. 2), 492.

¹⁰⁹ D'avis que cela suffit, p. ex. CR CO II-Pauli Pedrazzini, art. 697b N 15; *Jenny Daniel*, Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697b OR, GesKR 2013, 596 ss, 600 s. D'avis que selon le droit actuel cela ne suffit pas, p.ex. Böckli (n. 23), § 16 N 44 ss; BSK OR II-Weber, art. 697b N 7; *von der Crone* (n. 20), N 847.

¹¹⁰ Du même avis, *Vogt Hans-Ueli/Schiwow Emanuel/Wiedmer Karin*, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten: Bestandesaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, PJA 2009, 1359 ss, 1365. Voir ég. Böckli (n. 23), § 16 N 44.

¹¹¹ TF 4C.190/2005 du. 6.9.2006 c. 4.1. Parmi d'autres: BSK OR II-Weber, art. 697g N 2; CR CO II-Pauli Pedrazzini, art. 697g N 2.

supportés par la société¹¹². Peu importe qu'il ait été décidé par l'assemblée générale ou ordonné par le juge¹¹³. Cette règle est justifiée car l'examen spécial vise à clarifier la situation à l'égard de l'ensemble des actionnaires et profite donc à tous¹¹⁴. Elle vise également à éviter que les actionnaires minoritaires renoncent à faire valoir leurs droits pour des questions de coûts¹¹⁵. De plus, elle incitera la société à livrer les informations plutôt qu'à devoir supporter les frais d'une procédure longue et coûteuse.

L'examen spécial est souvent introduit dans le but d'établir les faits permettant de fonder une action en responsabilité selon l'art. 754 CO¹¹⁶. Vu la longueur de la procédure, le droit d'agir en responsabilité des actionnaires qui n'ont pas adhéré à la décharge (art. 758 al. 2 CO) est souvent périmé avant même que la procédure d'examen spécial ne soit terminée¹¹⁷. Pour remédier à ce problème, le délai pour intenter action a été prolongé de 6 à 12 mois (art. 758 al. 2 1^{er} phr. nCO). En outre, le législateur a prévu que le délai sera suspendu pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial et l'exécution de celui-ci (art. 758 al. 2 2^e phr. nCO). Ainsi, conformément à la volonté du législateur, les résultats de l'examen spécial pourront servir à fonder l'action en responsabilité¹¹⁸. Il s'agit très certainement d'une amélioration bienvenue du système, voire d'une correction d'un système déficient. Néanmoins, l'examen spécial ne joue un rôle que lorsqu'une action en responsabilité est intentée hors faillite (art. 756 CO)¹¹⁹. Comme les actions en restitution, ces actions sont extrêmement rares en raison des risques financiers qu'elles engendrent pour les actionnaires-demandeurs qui n'en retirent pas un profit direct¹²⁰. Mentionner explicitement à l'art. 756 al. 2 nCO que l'assemblée générale peut décider que la société intente l'action n'y changera rien, car elle a déjà aujourd'hui explicitement une compétence en la matière (art. 693 al. 3 ch. 4 CO).

4. Synthèse et analyse

Le législateur avait pour but d'améliorer les droits d'information des actionnaires. Le fait de prévoir un devoir d'information hors assemblée générale pour des actionnaires minoritaires des sociétés non cotées contribue à atteindre cet objectif. En revanche, le droit de consultation qui était auparavant un droit individuel de l'actionnaire est devenu un droit des minoritaires, y compris en ce qui concerne le droit d'ouvrir action. Le droit de consultation est donc péjoré et non amélioré.

En ce qui concerne la procédure, l'introduction de délais rapprochent les droits aux renseignements et à la consultation du droit à l'institution d'un examen spécial. Il faut donc interpréter les délais préemptoires prévus pour saisir le juge de la même manière pour aboutir à une application uniforme du droit.

Les améliorations les plus importantes concernant l'examen spécial sont : un abaissement des seuils pour saisir le juge dans les sociétés cotées, le fait qu'il ne soit plus nécessaire pour les demandeurs de rendre vraisemblable le préjudice de la société ainsi que les nets progrès en lien avec la péremption de l'action en responsabilité.

Tous ces droits d'information sont accordés pour permettre aux actionnaires d'exercer leurs droits sociaux et en particulier leurs droits d'action hors faillite. Si les résultats de l'examen spécial révèlent de graves dysfonctionnements dans la gestion et la direction de la société, cela aura forcément des conséquences. L'amélioration des droits d'information des actionnaires joue donc un rôle préventif non négligeable. Néanmoins, il est regrettable que dans les cas où la société subit un dommage, le problème non résolu de l'action collective rend l'ouverture d'une action par les actionnaires trop risquée par rapport au bénéfice direct qu'ils peuvent en retirer. Hors faillite, ces actions devraient donc rester rares.

IV. Conclusions

Alors que le but du législateur était d'améliorer les droits des actionnaires, en lien avec l'action en restitution et les droits à l'information, le but n'est que partiellement atteint. Concernant l'action en restitution, il y a des progrès incontestables au niveau matériel (*supra* II.2), mais non au niveau de la mise en

¹¹² Message 2016 (n. 2), 493.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Dans le même sens, *von der Crone* (n. 20), N 870.

¹¹⁵ BSK OR II-Weber, art. 697g N 1.

¹¹⁶ *Von der Crone* (n. 20), N 873.

¹¹⁷ Message 2016 (n. 2), 546. Voir aussi, *Böckli* (n. 23), § 16 N 97 ; *Tringaniello/Obertin* (n. 105), 338.

¹¹⁸ Message 2016 (n. 2), 546.

¹¹⁹ *Böckli* (n. 23), § 16 N 91.

¹²⁰ Pour une présentation détaillée du problème, *Chabloz* (n. 10), N 960 ss.

œuvre (*supra* II.2.4). Le droit aux renseignements dans les sociétés non-cotées (*supra* III.2.1) ainsi que l'accès à l'examen spécial (*supra* III.3) sont nettement améliorés. En revanche, le droit à la consultation (*supra* II.2.2) n'est plus conçu comme un droit individuel, mais comme un droit des minoritaires.

Ainsi, concernant l'action en restitution :

- L'art. 678 nCO s'applique maintenant à toutes les prestations faites par la société à ses dirigeants ou à leurs proches, y compris les rémunérations et quelle que soit leur source (bénéfice ou capital).
- L'art. 678 nCO mentionne maintenant explicitement les personnes chargées de la gestion et soumet ainsi les organes matériels et de fait à cette obligation.
- Le critère de la mauvaise foi – difficile à établir pour le demandeur – est supprimé de l'art. 678 al. 1 CO et ne joue plus qu'un rôle pour fixer l'étendue de la restitution (art. 64 CO par envoi de l'art. 678 al. 3 nCO).
- Les délais de prescriptions correspondent à ceux de l'enrichissement illégitime (art. 678a nCO *cum* art. 67 CO). Le délai de prescription absolu est suspendu pendant la procédure d'examen spécial (art. 678a al. 1 2^e phr. nCO).

La question des frais et en particulier le problème de l'action collective, qui concernent également l'action en responsabilité hors faillite (art. 756 nCO), ne sont pas résolus. Ainsi :

- L'actionnaire qui agit hors faillite risque toujours de supporter les frais de l'action malgré l'introduction de l'art. 107 al. 1^{bis} CPC.
- La possibilité pour l'assemblée générale de décider que la société intente action (art. 678 al. 5 1^{re} phr. nCO) ne résout pas ce problème, en tous les cas pas pour des actionnaires minoritaires qui souhaiteraient obtenir la restitution de prestations faites à l'actionnaire majoritaire.
- Dans la faillite, la possibilité pour les créanciers d'agir sur la base de l'art. 678 al. 6 nCO qui renvoie à l'art. 757 CO n'améliore pas la situation des créanciers qui souhaitent agir, en particulier dans le cas d'une faillite suspendue faute d'actifs.

En ce qui concerne le droit à l'information le bilan est largement positif. De nombreuses améliorations ont été introduites concernant le droit aux renseignements et surtout l'examen spécial. Ainsi :

- Les actionnaires d'une société non-cotée représentant 10% du capital-actions ou des voix peuvent demander en tout temps et par écrit des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société (art. 697 al. 2 nCO).
- Concernant l'examen spécial :
 - L'art. 697d al. 1 ch. 1 nCO abaisse le seuil à 5% concernant les actionnaires qui peuvent dans les sociétés cotées saisir le juge.
 - L'art. 697d al. 2 nCO permet explicitement d'élargir l'objet de l'examen au stade de la discussion de l'examen spécial devant l'assemblée générale.
 - Il n'est plus nécessaire de rendre vraisemblable le préjudice lors de la demande d'examen spécial devant le juge.
 - Vu la longueur de l'examen spécial, le délai de péremption de l'action en responsabilité (art. 754 CO) est étendu de six à douze mois (art. 758 al. 2 1^{re} phr. CO). Ce délai est suspendu pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial et son exécution (art. 758 al. 2 2^e phr. CO).

Le bilan est plus mitigé concernant le droit à la consultation. Certes, celui-ci devient de la compétence exclusive du conseil d'administration, ce qui est en soi logique. De plus, les conditions de son octroi sont harmonisées avec celles du droit aux renseignements. Ainsi, le même délai de 4 mois s'applique à la réponse du conseil d'administration et la même obligation de motiver. Là où le bât blesse, c'est que sans motif apparent le législateur a fait de ce droit individuel des actionnaires un droit des minoritaires. Ainsi, il ne peut être exercé que par des actionnaires représentant ensemble au moins 5% du capital-actions ou des voix (art. 697a al. 1 nCO).