

Isabelle Chabloz

Vers un renforcement des droits des actionnaires

Analyse des propositions de lavant-projet de révision du droit de la SA visant à renforcer la protection juridique des actionnaires

Um die Corporate Governance zu verbessern, schlägt der Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts vom 28. November 2014 (VE-OR) die Einführung neuer Instrumente zur Stärkung des Rechtsschutzes der Aktionäre vor. Der Beitrag präsentiert und analysiert diese Vorschläge, insbesondere das Recht der Aktionäre auf Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft (Art. 697j f. VE-OR) sowie die Möglichkeit der Unternehmen, in ihren Statuten vorzusehen, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht beurteilt werden (Art. 697l VE-OR). (bk)

Beitragsarten: Beiträge
Rechtsgebiete: Gesellschaftsrecht

Zitiervorschlag: Isabelle Chabloz, Vers un renforcement des droits des actionnaires, in: Jusletter 18. Mai 2015

Table des matières

- I. Introduction
- II. Déficiences de lege lata
 - 1. Rôle des actions légales
 - 2. Situation actuelle
- III. Solutions proposées par l'avant-projet
 - 1. Amélioration du droit à l'information
 - 2. Amélioration des règles de droit matériel
 - a. Devoirs du conseil d'administration
 - b. Modification des conditions de l'action en restitution
 - 3. Droit d'intenter action aux frais de la société
 - a. Le système
 - b. Avec l'accord de l'assemblée générale
 - c. En cas de refus de l'assemblée générale
 - 4. Clause d'arbitrage statutaire
 - a. Légalité
 - b. Procédure d'arbitrage
 - c. Obligation d'informer les actionnaires
 - d. Droit d'intenter action aux frais de la société et clause d'arbitrage
- IV. Appréciation globale

I. Introduction

[Rz 1] Le 28 novembre 2014, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de révision du droit de la société anonyme (ci-après : avant-projet 2014 ou AP-CO).¹ Cet avant-projet vise premièrement à inscrire dans la loi les exigences imposées par l'art. 95 al. 3 de la Constitution fédérale (ci-après : Cst.) introduit par l'initiative contre les rémunérations abusives (acceptée lors de la votation populaire du 3 mars 2013).² Deuxièmement, il entend relancer le projet de révision du droit de la SA, interrompu suite aux rebondissements politiques liés à ladite initiative.³ L'avant-projet propose un grand nombre de modifications législatives et de dispositions nouvelles.⁴ Cet article ne s'intéresse qu'aux propositions qui visent directement à renforcer la protection juridique des actionnaires.

[Rz 2] En matière de gouvernance, l'objectif visé reste le même que dans le projet soumis au Parlement le 21 décembre 2007 (ci-après : projet 2007 ou pCO 2007),⁵ à savoir la mise en place d'un système de gouvernement d'entreprise efficace et moderne qui « doit permettre d'atteindre un

¹ La consultation s'est terminée le 15 mars 2015. Pour les prises de position, voir <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html> (23 avril 2015).

² RO 2013 1303. L'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb, RS 221.331) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014, comme l'exigeait la disposition transitoire (art. 197 ch. 10 Cst.).

³ Pour une chronologie des événements, voir p. ex. le tableau synoptique disponible à l'adresse suivante : <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/dossiers/abzockerei/Documents/abzockerei-chronologie-d.pdf> (8 avril 2015) ou CHABLOZ ISABELLE, Actionnaires dans les sociétés cotées : actions légales et gouvernance, thèse d'habilitation, Genève/Zurich/Bâle 2012, n. 154 ss.

⁴ Voir : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vorentw-f.pdf> (8 avril 2015). BÖCKLI PETER indique dans son article, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 1/2015 1 ss avoir recensé près de 140 dispositions nouvelles ou modifiées de manière importante. Pour un aperçu des nouveautés introduites dans l'avant-projet, c'est-à-dire des modifications qui n'étaient contenues ni dans le projet du 21 décembre 2007 (FF 2008 1407 ss), ni dans celui du 5 décembre 2008 (FF 2009 265 ss), ni dans l'ORAb (note 2) : voir l'article de BÖCKLI précité ou POGGIO KARIN/ZIHLER FLORIAN, Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts, L'expert-comptable suisse, p. 93 ss.

⁵ Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations, FF 2008 1407 ss, p. 1425.

équilibre fonctionnel entre les différents organes de la société (*checks and balances*), une transparence suffisante des processus internes et la protection de la position juridique des actionnaires ». ⁶ En ce qui concerne les mesures proposées, l'avant-projet 2014 va plus loin que le projet 2007. Ainsi, il ne propose plus seulement une amélioration du système du contrôle spécial (art. 697a ss du Code des Obligations [CO]) et une modification de l'action en restitution (art. 678 CO) pour en faire un instrument de contrôle des rémunérations des dirigeants, mais également l'introduction pour les actionnaires du droit d'intenter une action aux frais de la société (art. 697j s. AP-CO) ainsi que la possibilité pour les sociétés de prévoir la compétence d'un tribunal arbitral pour trancher des litiges relevant du droit des sociétés (art. 697l CO).

[Rz 3] Cet article présente les faiblesses du régime actuel de protection des actionnaires (II.). Il expose et analyse ensuite (III.) les remèdes proposés par l'avant-projet 2014, en particulier l'amélioration du droit à l'information (III.1.) et de certaines règles de droit matériel (III.2.), le droit d'intenter une action aux frais de la société (III.3.) et la possibilité de prévoir une clause d'arbitrage statutaire (III.4.). Une appréciation globale de ces propositions tient lieu de conclusion (IV.).

II. Déficits de lege lata

1. Rôle des actions légales

[Rz 4] Selon la théorie de l'agence (*agency theory*), les actions légales, telles que l'action en responsabilité dirigée contre les membres du conseil d'administration ou de la direction (art. 754 ss CO) ou l'action en restitution (art. 678 CO), peuvent servir à aligner les intérêts des dirigeants avec ceux des actionnaires et à réduire ainsi les coûts d'agence. ⁷ JENSEN et MECKLING définissent la relation d'agence comme un contrat en vertu duquel une ou plusieurs personnes (le *principal*) engage une autre personne (l'*agent*) pour exécuter en son nom une tâche quelconque, impliquant la délégation d'un certain pouvoir de décision à l'agent. ⁸ Des coûts d'agence surviennent du fait de l'impossibilité de conclure un contrat en mesure de couvrir tous les comportements possibles de l'agent. ⁹

[Rz 5] Ainsi, en droit suisse, les actionnaires élisent les membres du conseil d'administration (art. 698 al. 2 ch. 2 CO). Ceux-ci ont ensuite la responsabilité notamment de prendre les décisions stratégiques (art. 716a CO) et de gérer ou, si les statuts les y autorisent (art. 716b CO), de déléguer la gestion de la société. Dans les sociétés dont l'actionnariat est dispersé, le danger existe que le conseil d'administration privilégie d'autres intérêts que ceux de la société (en violation de son devoir de fidélité, art. 717 al. 1 CO) ou encore que ses membres se consacrent à leurs loisirs plutôt qu'à leur mandat d'administrateur (en violation de leur devoir de diligence, art. 717 al. 1 CO). Il se peut également qu'il s'octroie des rémunérations trop élevées aux dépens des actionnaires. Dans

⁶ Rapport explicatif du Conseil fédéral du 28 novembre 2014 relatif à la modification du code des obligations (droit de la société anonyme), <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-f.pdf> (8 avril 2015), p. 41.

⁷ Pour plus de détails, voir p. ex. CHABLOZ (note 3), n. 12 ss.

⁸ JENSEN MICHAEL C./MECKLING WILLIAM H., *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics* 1976/3 305 ss, p. 308.

⁹ JENSEN/MECKLING (note 8), p. 308.

ce contexte, le risque d'une action légale, en particulier d'une action en responsabilité ou d'une action en restitution introduite par un ou plusieurs actionnaires (le *principal*), peut diminuer les comportements opportunistes des membres du conseil d'administration (les *agents*).¹⁰ Dans les sociétés contrôlées par un ou plusieurs actionnaires, il s'agira essentiellement de veiller à la protection des actionnaires minoritaires. Là aussi, les actions légales peuvent jouer un rôle dissuasif, voire réparateur. Ainsi, si le conseil d'administration viole le principe de l'égalité de traitement (art. 717 al. 2 CO), il pourra être actionné en responsabilité (art. 754 CO). De même, l'action en restitution peut servir d'instrument permettant à la société de récupérer les distributions cachées de bénéfices.

2. Situation actuelle

[Rz 6] Pour que l'action en restitution et l'action en responsabilité jouent leur rôle dissuasif, il faut que le risque pour les dirigeants d'être poursuivis soit effectif et non pas purement théorique. Or, en Suisse, hormis les cas de faillites, ces actions jouent un rôle minime en pratique.¹¹ Le conseil d'administration se trouve généralement en situation de conflit d'intérêts lorsqu'il s'agit d'ouvrir une action contre l'un ou plusieurs des siens. Pour remédier à ce problème, les actionnaires, même s'ils ne subissent qu'un dommage indirect dû à la diminution de la valeur de leurs actions, peuvent agir en paiement à la société. Ils n'ont toutefois pas d'intérêt à agir. Dans les sociétés dont l'actionnariat est dispersé, cela est lié aux problèmes de l'action collective (*collective action*) et du passager clandestin (*free rider*). Le problème de l'action collective se réfère au fait que dans ces sociétés, les actionnaires n'ont pas d'intérêt à contrôler les dirigeants, car ils supportent l'entier des coûts mais ne retirent qu'une petite proportion du bénéfice (*au prorata* de leur participation).¹² Quant au passager clandestin, l'actionnaire qui n'a pas ouvert action, il ne supporte aucun risque mais participe tout de même au bénéfice. De même, dans les sociétés contrôlées par un ou plusieurs actionnaires, l'actionnaire minoritaire sera souvent peu enclin à agir en paiement à la société s'il doit supporter seul les risques de cette action.

[Rz 7] Le droit en vigueur ne prévoit aucun mécanisme pour remédier à ces problèmes. En effet, l'actionnaire qui agit en responsabilité pour le compte de la société (art. 756 CO) ou en restitution (art. 678 CO) supporte l'entier des risques de l'action, même s'il n'en profitera qu'*au pro rata* de sa participation. La situation s'est même péjorée pour les actionnaires depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse (CPC) qui a entraîné l'abrogation de l'art. 756 al. 2 CO.¹³ Cet article permettait au juge de mettre une partie des frais de l'action en responsabilité, voire de l'action en restitution,¹⁴ à la charge de la société même si celle-ci n'était pas intervenue dans

¹⁰ BAINDBRIDGE STEPHEN M., *Corporation Law and Economics*, New York 2002, p. 36.

¹¹ Voir p. ex., CHABLOZ (note 3), n. 960 ss ; GLANZMANN LUKAS, *Die Verantwortlichkeitsklage unter Coporate-Governance-Aspekte*, RDS 2000 II 135 ss, p. 174 s. ou VOGT HANS-UËLI, *Aktionärsdemokratie*, Zurich/Saint-Gall 2012, p. 147.

¹² OLSON MANCUR, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, 2^{ème} éd., Cambridge/Londres 1971.

¹³ FF 2009 21 ss, p. 122.

¹⁴ Une partie de la doctrine proposait d'appliquer cette disposition par analogie à l'action en restitution : AEPLI

VIKTOR, *Zur Entschädigung des Verwaltungsrates*, RSDA 2002 269 ss, p. 278 ; CASUTT ANDREAS, *Rechtliche Aspekte der Verteilung der Prozesskosten im Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsprozess*, in : Schlupe/Isler (édit.), *Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, Zurich 1993, 79 ss, p. 93 ; LEU DANIEL, *Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 143.

la procédure. Or, le CPC n'autorise plus une telle solution.¹⁵ L'avant-projet reprend et adapte la proposition faite dans le projet 2008 d'introduire un art. 107 al. 1^{bis} dans le CPC.¹⁶ Selon ce nouvel article : « En cas de rejet d'une action en paiement à la société relevant du droit des sociétés (art. 697k AP-CO), il [le juge] peut répartir les frais entre la société et le demandeur selon son appréciation [] ». ¹⁷ Le seul fait d'autoriser le juge à mettre une partie des frais à la charge de la société à la fin de la procédure ne suffira toutefois pas à inciter les actionnaires à agir en paiement à la société. En effet, le système de l'art. 756 al. 2 CO n'avait pas fait ses preuves et le réintroduire ne suffira pas à résoudre le problème.

[Rz 8] Une autre explication souvent avancée pour expliquer le peu d'importance pratique de l'action en responsabilité est le manque d'information à disposition des actionnaires.¹⁸ Tel qu'il est actuellement prévu, le contrôle spécial est peu efficace, notamment en raison des seuils élevés requis pour demander au juge l'institution d'un tel contrôle contre la volonté de l'assemblée générale (art. 697b al. 1 CO) et des barrières matérielles posées aux requérants qui doivent rendre vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires (art. 697b al. 2 CO). Le fait que l'action se prescrit six mois après que la décharge a été accordée est également trop court, en particulier lorsqu'un contrôle spécial est requis.¹⁹

[Rz 9] Enfin, l'action en restitution (art. 678 al. 2 CO) a été conçue pour éviter des distributions de bénéfices cachées aux administrateurs, ainsi qu'à leurs proches, plutôt que pour contrôler les rémunérations des dirigeants.²⁰ Ainsi, les membres de la direction ne font pas partie des personnes tenues à restitution. Au surplus, la condition de l'existence d'une disproportion évidente avec la situation économique de la société pose problème.²¹ Comme le relève BÖCKLI, aucun motif ne justifie que les actionnaires des sociétés bien portantes tolèrent la dilapidation de la fortune sociale en faveur d'un actionnaire ou d'un groupe d'administrateurs.²² La question est également controversée de savoir si le critère de la mauvaise foi s'applique.²³ Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a indiqué que le critère de la disproportion évidente avec la situation économique de la société n'a pas de portée propre.²⁴ De plus, toujours selon cet arrêt, le critère de la mauvaise foi s'applique, mais lorsque la prestation est en disproportion évidente avec la contre-prestation, le bénéficiaire ne peut se prévaloir de sa bonne foi.²⁵ Notre Haute Cour a ainsi déjà largement

¹⁵ Voir p. ex., BÖCKLI PETER, *Schweizer Aktienrecht*, 4^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, §18 n. 232a ou CHABLOZ (note 3), n. 946 et les réf. citées.

¹⁶ Concernant la proposition du 5 décembre 2008, voir FF 2009 265 ss, p. 292.

¹⁷ Voir les modifications du CPC proposées dans l'annexe à l'avant-projet de révision (note 4).

¹⁸ Voir p. ex., GLANZMANN (note 11), p. 175.

¹⁹ Voir p. ex., GLANZMANN (note 11), p. 163.

²⁰ Voir Message du 23 février 1983, FF 1983 II 757 ss, p. 922 s.

²¹ Voir p. ex., BÖCKLI (note 15), §12 n. 555 s. ; CHENAUX JEAN-LUC, CR CO II, Bâle 2008, art. 678 n. 41 ss.

²² BÖCKLI (note 15), §12 n. 556.

²³ D'avis que le critère de la mauvaise foi s'applique et que la bonne foi est présumée, KURER PETER/KURER CHRISTIAN, BSK OR-II, 4^{ème} éd., Bâle 2012, art. 678 n. 18 et n. 27 s. ; qu'il s'applique mais que la mauvaise foi est présumée en cas de disproportion évidente entre les prestations, p. ex., BÖCKLI (note 15), §12 n. 554. D'avis qu'il ne s'applique pas : DÜRR ROGER, *Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 103 ; SAUERWEIN NINA, *La responsabilité de la société mère*, thèse, Berne 2006, p. 156 ss.

²⁴ ATF 140 III 602 consid. 9. Pour un commentaire de cet arrêt, voir WALDBURGER MARTIN, *Verwaltungsrats Honorare und aktienrechtliche Rückforderungsklage* (art. 678 Abs. 2), GesKR 1/2015 141 ss.

²⁵ ATF 140 III 602 consid. 10.

anticipé les modifications législatives à venir (*infra* III.2.b).

III. Solutions proposées par l'avant-projet

[Rz 10] Pour renforcer la protection juridique des actionnaires, l'avant-projet propose d'améliorer leur droit à l'information (1.), de modifier certaines règles de droit matériel (2.), d'introduire un droit d'intenter action aux frais de la société (3.) et enfin de faciliter le recours à l'arbitrage (4.).

1. Amélioration du droit à l'information

[Rz 11] Comme le relève le rapport explicatif accompagnant l'avant-projet de révision (ci-après : le rapport explicatif), le droit à l'information joue un rôle important dans la protection juridique des actionnaires car il leur permet de juger si des mesures supplémentaires s'imposent.²⁶

[Rz 12] L'avant-projet entend premièrement améliorer le droit à l'information dans les sociétés non cotées. Le conseil d'administration aurait ainsi l'obligation de fournir au moins deux fois par année (une fois durant l'assemblée générale et une fois hors assemblée générale) une réponse aux questions écrites posées par les actionnaires (art. 697 al. 2 AP-CO). Il s'agit d'une amélioration bienvenue de la transparence dans les sociétés privées, même si sur ce point l'avant-projet va moins loin que le projet 2007 qui prévoyait l'obligation du conseil d'administration de répondre dans les 90 jours aux questions posées (art. 697 al. 2 pCO-2007).

[Rz 13] Deuxièmement, l'avant-projet entend faciliter l'accès au contrôle spécial (qui deviendra l'examen spécial) par deux mesures :

- L'abaissement des barrières matérielles. Les actionnaires n'auront plus à rendre vraisemblable le préjudice effectif causé à la société. Il leur suffira de rendre vraisemblable que la violation est de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires (art. 697d al. 3 AP-CO). Il s'agit d'un pas important vers une meilleure information des actionnaires. En effet, sans un accès aux informations internes à la société, il est extrêmement compliqué pour les actionnaires de rendre vraisemblable le préjudice effectif de la société. Au surplus, comme le relève le rapport explicatif, dans la mesure où il est rendu vraisemblable que les organes de la société ont enfreint la loi ou les statuts, il n'y a aucune raison d'attendre, pour instituer un examen spécial, que le préjudice ait effectivement eu lieu.²⁷
- L'abaissement des seuils nécessaires pour pouvoir saisir le juge en cas de refus de l'assemblée générale d'ordonner un contrôle spécial. Alors qu'actuellement les seuils sont fixés à 10% au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de 2 millions de francs pour toutes les sociétés (art. 697b al. 1 CO), l'avant-projet fixe les seuils à 3% (et non plus à 0.5% comme le prévoyait le projet 2007) du capital-actions ou des voix dans les sociétés cotées et à 10% du capital-actions ou des voix dans les sociétés non cotées (art. 697d al. 1 AP-CO). De manière générale, dans un souci de simplification bienvenu, l'avant-projet unifie autant que possible les seuils pour l'exercice des droits des actionnaires et renonce au critère de la valeur

²⁶ Rapport explicatif (note 6), p. 41.

²⁷ Rapport explicatif (note 6), p. 110.

nominale qui ne reflète pas avec précision le montant investi par un actionnaire.²⁸ Comme le projet 2007, il institue des seuils différents pour les sociétés cotées et non cotées, tenant ainsi compte du fait que l'actionnariat est plus dispersé dans les premières. Le seuil de 3% pour les sociétés cotées est le seuil retenu en droit boursier pour l'obligation de déclarer les participations (art. 20 al. 1 LBVM) et pour l'obtention de la qualité de partie à la procédure devant la Commission des offres publiques d'acquisition (art. 33b al. 3 LBVM).²⁹ Ce seuil correspond également à la solution qui avait été retenue par le Conseil des Etats lors des délibérations portant sur le projet 2007.³⁰ La fixation d'un seuil est toujours arbitraire. Dans une société telle que Nestlé, un seuil de 3% est certainement très, voire trop élevé, alors que dans une société plus petite, il peut s'avérer bas, voire trop bas. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'il ne suffira pas d'atteindre le seuil pour obtenir un examen spécial, mais qu'il faudra encore obtenir l'aval du juge en rendant vraisemblable que la violation est de nature à porter préjudice à la société. Dans ce sens, un seuil de 0.5% pourrait également se justifier.

2. Amélioration des règles de droit matériel

[Rz 14] L'avant-projet propose la modification de toute une série de dispositions matérielles. Il n'est traité ici que de celles qui intéressent directement l'action en responsabilité et l'action en restitution.

a. Devoirs du conseil d'administration

[Rz 15] L'art. 717 al. 1^{bis} AP-CO prévoit que les membres du conseil d'administration « doivent veiller en particulier à fixer les indemnités en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme ainsi qu'en adéquation avec les tâches, les prestations et la responsabilité du bénéficiaire ». Cet article était déjà prévu dans le projet 2008 et dans le contre-projet du 16 mars 2012 à l'initiative populaire contre les rémunérations abusives.³¹ Il vise à faciliter les actions en responsabilité en lien avec les rémunérations versées aux organes dirigeants, en précisant les critères que l'administrateur diligent doit prendre en compte pour fixer celles-ci.

b. Modification des conditions de l'action en restitution

[Rz 16] Lors de la discussion concernant l'initiative contre les rémunérations abusives, l'action en restitution a fait l'objet de toutes les attentions.³² Comme le projet 2008, l'avant-projet élargira le cercle des personnes tenues à restitution aux personnes chargées de la gestion et aux membres du conseil consultatif. Il abandonnera également le critère de la disproportion évidente avec la

²⁸ Rapport explicatif (note 6), p. 44.

²⁹ Rapport explicatif (note 6), p. 45.

³⁰ BO 2009 E 659 ss.

³¹ Voir : <http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2010/20100443/Texte%20pour%20la%20votation%20finale%201%20NS%20F.pdf> (8 avril 2015).

³² Pour un résumé des propositions de révision, voir CHABLOZ (note 3), n. 1201 ss.

situation économique de la société (art. 678 al. 2 AP-CO),³³ mais maintiendra l'exigence d'une disproportion manifeste (et non plus évidente) entre prestation et contre-prestation (art. 678 al. 2 AP-CO). Le critère de la mauvaise foi passera aussi définitivement à la trappe. Pour éviter de rembourser, le bénéficiaire de la prestation pourra apporter la preuve de sa bonne foi et du fait qu'il n'est plus enrichi (art. 678 al. 3 AP-CO).

3. Droit d'intenter action aux frais de la société

a. Le système

[Rz 17] Le droit d'intenter une action aux frais de la société (art. 697j s. AP-CO) s'inspire du système du contrôle spécial. Ainsi, les actionnaires qui souhaiteront que leur action soit financée par la société devront tout d'abord proposer à l'assemblée générale l'ouverture d'une telle action (*infra* b.). Ce n'est que lorsque celle-ci ne donnera pas suite à cette proposition, ou qu'elle y donnera suite mais que l'action ne sera pas introduite dans les six mois, que les actionnaires pourront s'adresser au juge (*infra* c.).

[Rz 18] Selon le droit en vigueur, il appartient à juste titre au conseil d'administration et non à l'assemblée générale de décider de l'ouverture d'une action en paiement à la société. Le problème est que le conseil d'administration se trouve souvent dans une situation de conflit d'intérêts, ce qui justifie exceptionnellement de permettre à la personne qui subit un dommage seulement indirect (l'actionnaire) d'ouvrir action (art. 756 al. 1 CO). Une autre solution est d'accorder cette compétence également à l'assemblée générale (art. 756 al. 2 et art. 678 al. 5 AP-CO). Il est en revanche peu cohérent d'obliger les actionnaires à demander l'avis de l'assemblée générale et, en cas de refus, de tout de même permettre au juge d'imposer le financement à la société.

[Rz 19] La solution proposée s'appliquera aussi bien aux sociétés cotées qu'aux sociétés non cotées.³⁴ S'il est vrai que le problème de l'action collective (*supra* II.2.) se pose avant tout dans les sociétés où l'actionnariat est dispersé, elle pourra, dans les autres sociétés, servir d'instrument de défense des minoritaires. Ainsi, si l'actionnaire majoritaire, également membre du conseil d'administration, s'octroyait une rémunération abusive dans le but d'éviter de payer des dividendes, les actionnaires minoritaires pourraient forcer la société à financer l'action en restitution dirigée contre celui-ci.

b. Avec l'accord de l'assemblée générale

[Rz 20] Le droit d'intenter action aux frais de la société n'est pas conçu comme un droit individuel, mais comme un droit des minoritaires et ce, déjà au stade de l'obligation de faire une proposition à l'assemblée générale (par opposition, tout actionnaire peut proposer à l'assemblée générale l'institution d'un contrôle spécial, voir art. 697a CO ou art. 697c al. 1 AP-CO). Ainsi, les actionnaires qui voudront proposer à l'assemblée générale d'introduire une action en paiement aux frais de la société devront, dans les sociétés cotées, détenir au moins 3% du capital-actions ou des voix et, dans les sociétés non cotées, au moins 10% du capital-actions ou des voix (art. 697j

³³ Une mention explicite est faite à la reprise de bien pour compenser le fait que l'avant-projet 2014 renonce à reconnaître la reprise de biens comme fondation ou augmentation de capital qualifiée. Voir rapport explicatif, p. 23.

³⁴ Critique : BÖCKLI (note 4), p. 6.

AP-CO). Comme pour le contrôle spécial, l'art. 703 AP-CO prévoit qu'il ne sera pas obligatoire d'inscrire un tel objet à l'ordre du jour.

[Rz 21] Qu'en sera-t-il lorsqu'un ou plusieurs actionnaires demanderont l'inscription de cet objet à l'ordre du jour ? La relation entre les seuils de l'art. 697j AP-CO et ceux, moins élevés (art. 699a al. 1 AP-CO), requis pour demander l'inscription d'un objet à l'ordre du jour n'est pas claire :

- est-ce que les seuils plus élevés requis par l'art. 697j AP-CO s'appliqueront uniquement lorsque la proposition d'ouvrir une action aux frais de la société n'aura pas été inscrite à l'ordre du jour ou
- est-ce qu'ils s'appliqueront également pour l'inscription de cet objet à l'ordre du jour, en dérogation aux seuils de 699a al. 1 AP-CO et conformément à la solution retenue pour le contrôle spécial ?³⁵

[Rz 22] A notre avis, une application analogique de la solution retenue pour le contrôle spécial ne se justifie pas. En effet, comme tout actionnaire peut requérir un contrôle spécial lors de l'assemblée générale, il est également logique que tout actionnaire puisse faire inscrire un tel objet à l'ordre du jour. La situation n'est pas la même en ce qui concerne le droit de faire financer le procès par la société. En effet, dans ce cas le seuil requis pour faire valoir cet objet lors de l'assemblée générale est plus élevé que celui requis pour le faire inscrire à l'ordre du jour, ce qui en soi ne pose pas de problème. Ce d'autant plus qu'à ce stade, une telle proposition n'entraîne pas des coûts élevés pour la société. Or, selon le rapport explicatif, un seuil relativement bas pour demander l'inscription d'un objet à l'ordre du jour se justifie par le fait que l'exercice de ce droit a un coût relativement faible pour la société, contrairement par exemple au droit de faire convoquer une assemblée générale.³⁶ Au contraire, on peut se demander ce qui justifie d'imposer des seuils plus élevés lorsque la proposition est faite directement lors de l'assemblée générale. La proposition elle-même n'entraîne en effet, à ce stade, pas de coûts supplémentaires pour la société.

[Rz 23] Par conséquent, le ou les actionnaires auront les possibilités suivantes :

- un ou des actionnaires détenant 0.25% du capital-actions ou des voix, respectivement 2.5%, pourront faire inscrire à l'ordre du jour la proposition d'intenter une telle action aux frais de la société ;
- un ou des actionnaires possédant 3% du capital-actions ou des voix, respectivement 10%, pourront proposer directement à l'assemblée générale l'introduction d'une telle action aux frais de la société.

[Rz 24] Actuellement, la compétence de décider de l'introduction d'une action contre les organes de la société appartient hors faillite au conseil d'administration et à chaque actionnaire.³⁷ Au surplus, le droit de l'assemblée générale de décider de l'introduction d'une action en responsabilité découle déjà implicitement de l'art. 693 al. 3 ch. 4 CO. L'avant-projet prévoit de conférer explicitement cette compétence à l'assemblée générale, y compris pour l'action en restitution (art. 756 al. 2 et 678 al. 5 AP-CO).

³⁵ Voir p. ex., BÖCKLI (note 15), §16 n. 23 ; PAULI BIANCA, Le droit au contrôle spécial dans la société anonyme: Portée et limites après la première décennie, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 105 s. et les réf. citées.

³⁶ Rapport explicatif (note 6), p. 45.

³⁷ Le droit de chaque actionnaire d'intenter à ses frais une action en paiement subsistera, voir rapport explicatif (note 6), p. 49.

[Rz 25] L'obligation faite aux actionnaires de s'adresser d'abord à l'assemblée générale avant de pouvoir s'adresser au juge est une obligation trop lourde qui rendra cette institution peu attractive. Au surplus, les seuils exigés à ce stade sont trop élevés, vu qu'il n'y a pas encore de risques d'abus (l'assemblée générale pouvant dire non) et que le simple fait de soumettre une proposition à l'assemblée générale n'entraîne pas des frais importants pour la société. Plutôt que d'imposer le passage obligatoire par l'assemblée générale avant d'aller devant le juge, il suffirait d'indiquer que, jusqu'au stade de l'ouverture de l'action au fond, l'action des actionnaires est subsidiaire à celle de la société (puisque c'est en fait de cela dont il s'agit, voir art. 697j al. 2 AP-CO). Comme la société subit le dommage direct et a la légitimation active, alors que les actionnaires ne subissent eux qu'un dommage indirect et agissent sur la base d'une *Prozessstandschaft*,³⁸ une telle subsidiarité se justifie pleinement et devrait être énoncée comme telle.

c. En cas de refus de l'assemblée générale

[Rz 26] La note marginale de l'art. 697k AP-CO s'intitule : « En cas de refus de l'assemblée générale ». Néanmoins, la disposition s'applique également en cas d'accord de l'assemblée générale, lorsque l'action n'est pas ouverte dans les six mois (art. 697j al. 3 AP-CO). La seule différence sera que dans ce cas, le droit de s'adresser au juge deviendra un droit individuel alors qu'en cas de refus, il sera un droit des minoritaires.

[Rz 27] Le seuil requis est ici aussi le même que pour le contrôle spécial (3%, respectivement 10%, du capital-actions ou des voix, selon que la société est cotée ou non). Dans ce cas, un tel seuil est justifié. En effet, une telle procédure pourra entraîner des coûts relativement élevés pour la société et contient un potentiel d'abus. Par application analogique de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant le contrôle spécial,³⁹ ce seuil devrait être atteint au moment de l'introduction de la requête et jusqu'au moment de la décision du juge concernant l'autorisation d'intenter l'action. En revanche, il ne devrait pas être nécessaire de le maintenir tout au long du procès civil.

[Rz 28] Pour éviter tout abus, l'art. 697k al. 2 AP-CO pose des conditions supplémentaires :

1. les requérants doivent rendre vraisemblable une violation de la loi ou des statuts ainsi qu'un dommage ou un préjudice financier causé à la société ;
2. les requérants doivent avoir acquis leur participation avant d'avoir eu connaissance de la violation de la loi ou des statuts invoquée ; et
3. l'action ne doit pas porter préjudice à des intérêts prépondérants de la société.

[Rz 29] Concernant la première condition, elle reprend les exigences posées actuellement pour requérir du juge un contrôle spécial (art. 697b CO). Or, comme déjà mentionné (*supra* II.2.), il est difficile pour les actionnaires de rendre vraisemblable le dommage causé par la violation de la loi ou des statuts. Il aurait donc été préférable d'adopter la même formulation que pour l'examen spécial, à savoir qu'il devrait être suffisant de rendre vraisemblable que la violation est de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires (art. 697d al. 3 AP-CO). Pour surmonter cette barrière, les requérants devront, selon toute vraisemblance, d'abord demander un examen spécial avant de requérir de la société qu'elle finance le procès. Dans la mesure où l'art. 758 al. 2 AP-CO prévoira que le délai de six mois de l'art. 758 al. 1 CO pour intenter action « est sus-

³⁸ ATF 132 III 342 consid. 4.3, JdT 2007 I 51.

³⁹ ATF 133 III 180 consid. 3, JdT 2010 I 239.

pendu pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial et son exécution ou une procédure d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société », il n'y aura pas de risque de voir l'action se prescrire du fait que la décharge a été accordée. En revanche, cela obligera les actionnaires à conserver leur participation dans la société durant la procédure d'examen spécial et ce jusqu'à la décision sur le droit d'intenter l'action aux frais de la société. Prévoir les mêmes conditions pour l'examen spécial et le droit d'intenter l'action permettrait aux requérants de cumuler (art. 90 CPC) les deux requêtes dans la même procédure et d'obtenir rapidement à la fois l'institution d'un examen spécial et l'autorisation d'intenter l'action aux frais de la société. De toute manière, pour éviter de se voir imputer une partie des frais en raison d'un comportement téméraire (art. 697k al. 7 AP-CO), les actionnaires seront bien avisés d'attendre le résultat de l'examen spécial avant d'intenter l'action en justice ou de porter l'affaire devant un tribunal arbitral (*infra d.*).

[Rz 30] La condition d'avoir acquis la participation avant d'avoir eu connaissance de la violation de la loi ou des statuts (art. 697k al. 2 lit. a AP-CO) vise à éviter que quelqu'un acquière une participation dans la société uniquement dans le but d'intenter une action en justice.⁴⁰ Sans cette exigence, le risque serait de voir se développer un *business model* pour certains bureaux d'avocats, ce qui ne serait pas forcément dans l'intérêt des sociétés et de leurs actionnaires.

[Rz 31] La dernière condition est certainement la plus difficile à interpréter. Selon le rapport explicatif : « L'al. 2, let. c, vise les cas dans lesquels le requérant a certes rendu vraisemblable le dommage ou le préjudice financier causé à la société du fait de la violation d'une disposition légale ou statutaire, mais où l'introduction d'une action est contraire aux intérêts de la société. Cela peut se produire, par exemple, lorsque la violation en question n'a infligé à la société qu'un dommage insignifiant, lorsque le débiteur n'est manifestement pas en mesure de satisfaire aux exigences de la société, ou lorsque la perspective de dommages et intérêts ne compense pas, pour la société, les conséquences désagréables d'un procès, en particulier pour son activité. Selon la let. c, le tribunal peut aussi rejeter la requête s'il est manifeste que le requérant agit de manière frauduleuse dans le but d'obtenir un avantage indu ». ⁴¹ Il appartiendra certainement à la société d'apporter la preuve de cet intérêt prépondérant. L'usage du terme « prépondérant » signifie que le seul fait que l'action mobilise des ressources de la société ou qu'elle puisse nuire à sa réputation ne devrait pas suffire.⁴² En l'absence d'un actionnaire majoritaire qui abuse de sa position, on peut néanmoins se demander si, dans la mesure où l'assemblée générale a refusé l'ouverture de l'action, on ne peut pas déjà en déduire que l'action est contraire à l'intérêt prépondérant de la société.

4. Clause d'arbitrage statutaire

a. Légalité

[Rz 32] Aux termes de l'art. 697l al. 1 AP-CO : « [l]es statuts peuvent prévoir que les litiges relevant du droit des sociétés seront tranchés par un tribunal arbitral. Ils peuvent prévoir que l'ensemble des actionnaires, la société et les organes sont liés par la clause d'arbitrage ». Il va de

⁴⁰ CHABLOZ (note 3), n. 1009.

⁴¹ Rapport explicatif (note 6), p. 112.

⁴² CHABLOZ (note 3), n. 1012.

soi que les litiges relevant du droit des sociétés doivent être compris comme les litiges internes à la société (litiges entre la société et/ou ses organes et les actionnaire) et non pas les litiges externes (litiges entre la société et des tiers, par exemple les fournisseurs ou les clients).

[Rz 33] Selon une conception quelque peu dépassée de l'arbitrage,⁴³ certains auteurs sont d'avis que la clause d'arbitrage est une renonciation au juge naturel et donc une obligation contraire à l'art. 680 al. 1 CO.⁴⁴ Avec l'adoption de l'art. 697I AP-CO, le législateur opterait résolument pour une conception moderne de l'arbitrage. Cela est une bonne chose si l'on tient compte du fait que l'arbitrage est devenu le mode usuel de résolution des litiges du commerce international,⁴⁵ grâce à ses nombreux avantages, tels que la confidentialité, le recours à des juges spécialisés et la rapidité.⁴⁶

[Rz 34] L'art. 697I AP-CO mettrait fin à la discussion de savoir si une clause statutaire d'arbitrage est une véritable clause statutaire qui lie d'office les actionnaires ou une clause contractuelle « cachée dans les statuts » qui ne lie les actionnaires que s'ils l'ont approuvée.⁴⁷ Admettre la clause d'arbitrage comme étant une véritable clause statutaire présente l'avantage de la simplicité. Ainsi, toute personne qui sera nommée organe de la société ou qui acquerra une participation dans la société sera liée par cette clause statutaire d'arbitrage, comme elle l'est par les statuts (art. 697I AP-CO). Au surplus, cette solution garantira l'égalité de traitement entre les actionnaires. A l'argument selon lequel une telle clause est contraire à la conception même de l'arbitrage qui exige une soumission volontaire, on peut opposer le fait que cette clause ne s'appliquera que dans les rapports internes à la société. Ainsi, de la même manière qu'une personne accepte les règles statutaires lorsqu'elle rejoint la société, elle acceptera à l'avenir également le recours à l'arbitrage. A noter que l'art. 697I AP-CO n'aura aucune incidence sur la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle les créanciers qui intentent une action en responsabilité dans la faillite ne sont pas liés par une clause statutaire d'arbitrage, car ils font valoir l'action de la communauté des créanciers et non pas l'action de la société.⁴⁸

[Rz 35] L'adoption d'une clause statutaire d'arbitrage nécessitera une décision de l'assemblée générale recueillant au moins les deux tiers des voix exprimées et la majorité des valeurs nominales attribuées aux voix exprimées (art. 704 al. 1 ch. 13 AP-CO), au motif qu'il s'agit d'une renonciation au juge naturel.⁴⁹ Comme déjà mentionné, la conception qui veut que la soumission à une clause d'arbitrage soit une exception à l'art. 680 al. 1 CO repose sur une conception dépassée de cette procédure et plaiderait plutôt contre l'adoption du nouvel art. 697I AP-CO. Une telle majorité peut en revanche être justifiée en raison des coûts qu'une telle procédure peut engendrer et pour éviter l'introduction de clauses d'arbitrage chicanières, c'est-à-dire de clauses destinées uniquement à compliquer l'introduction d'actions contre la société ou ses organes.⁵⁰

⁴³ Egalement de cet avis, BERSHEDA VUCUROVIC TATIANA, Les clauses d'arbitrage statutaires en droit suisse, ASA Bulletin 2009 691 ss, p. 699.

⁴⁴ BÖCKLI (note 15), §16 n. 150 et MAUERHOFER MARC ANDRÉ, Gültigkeit statutarische Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011/1 20 ss, p. 26.

⁴⁵ MAUERHOFER (note 44), p. 26.

⁴⁶ Rapport explicatif (note 6), p. 113.

⁴⁷ A propos de cette controverse, voir BÜCHLER BENJAMIN/VON DER CRONE HANS CASPAR, Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln, RSDA 2010 258 ss, p. 261 ss.

⁴⁸ ATF 136 III 107 consid. 2.5.

⁴⁹ Rapport explicatif (note 6), p. 114.

⁵⁰ BÜCHLER/VON DER CRONE (note 47) sont d'avis que ce risque plaide contre l'adoption de véritables clauses d'arbitrage

[Rz 36] A noter qu'une disposition analogue à l'art. 697I AP-CO devrait être introduite en droit de la société à responsabilité limitée (Sàrl) et en droit de la société coopérative. Ce, d'autant plus que même si on devait considérer à tort l'arbitrage comme une renonciation au juge naturel, la loi autorise les statuts de ces sociétés à imposer à l'associé d'autres obligations que l'obligation de libérer (art. 776a CO et art. 867 CO).

[Rz 37] Enfin, si le législateur autorise l'introduction d'une véritable clause statutaire d'arbitrage, il devrait également permettre l'introduction d'une clause statutaire de prorogation de for (sans nécessairement exiger une décision prise à la majorité qualifiée). En effet, la nouvelle disposition relative à l'arbitrage pourra conduire à conclure qu'en l'absence d'une disposition analogue pour la prorogation de for, une clause statutaire de prorogation de for ne liera pas les actionnaires (puisque les actionnaires seront désormais liés de par la loi par la clause statutaire d'arbitrage). Or, en droit des sociétés, il est imprévisible de savoir à quel for sera ouverte une action en paiement à la société. En effet, rares sont les actions qui sont dirigées contre une seule personne. Ainsi, si une action en responsabilité est introduite contre tous les administrateurs et que ceux-ci sont tous domiciliés en Suisse, le demandeur a le choix entre les fors (dispositifs) du siège de la société ou du domicile de l'un des consorts (art. 40 et 15 al. 1 CPC). Si l'un des administrateurs/défendeurs est domicilié dans un Etat partie à la Convention de Lugano (CL), la situation est encore plus imprévisible. En effet, comme le tribunal du siège de la société n'est pas compétent à l'égard dudit administrateur/défendeur,⁵¹ si l'on veut ouvrir action contre tous les consorts, il faut nécessairement aller au domicile de l'un d'entre eux (art. 6 ch. 1 CL). Une clause statutaire de prorogation de for offrirait une meilleure prévisibilité pour les membres des organes et n'entraînerait pas d'inconvénient pour le/s demandeur/s. Elle serait au surplus conforme à la jurisprudence européenne.⁵²

b. Procédure d'arbitrage

[Rz 38] L'art. 697I al. 2 AP-CO prévoit que la procédure d'arbitrage sera régie par les dispositions de la troisième partie du CPC. Là aussi la règle offre l'avantage de la prévisibilité. En effet, l'art. 176 de la loi sur le droit international privé (LDIP) indique que les règles sur l'arbitrage international s'appliquent dès que l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse. Or, il n'est pas clair de savoir ce que cela signifie lorsqu'une clause d'arbitrage est introduite dans les statuts d'une société. Est-ce qu'il faut se fonder sur l'actionnariat et sa composition au moment de l'adoption de la clause dans les statuts ou est-ce que la situation peut évoluer au gré de la fluctuation de l'actionnariat et des élections des membres des organes ? Plutôt que d'imposer l'application des règles sur l'arbitrage interne, il serait néanmoins préférable de laisser aux sociétés le soin de choisir, au moment de l'adoption de la clause d'arbitrage, entre les règles sur l'arbitrage international ou interne, comme la loi y autorise les parties (art. 176 al. 2 LDIP et art. 353 al. 2 CPC). En l'état, la formulation de l'art. 697 al. 2 AP-CO prête à confusion et pourrait amener à conclure que la clause d'arbitrage n'est valable qu'en matière d'arbitrage interne.

dans les statuts.

⁵¹ GÖTZ STAEHLIN CLAUDIA/STEBLER SIMONE, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 4/2009 479 ss, p. 484.

⁵² CJCE, arrêt du 10 mars 1992, *Powell Duffryn c. Petereit*, C-214/89, Rec. 1992, p. I-01745, n. 17 ss.

[Rz 39] Pour que la clause d'arbitrage soit valable, il faudra qu'elle contienne des informations suffisantes pour en délimiter la portée matérielle et personnelle. En effet, l'art. 6971 al. 1 AP-CO indique que les statuts « peuvent prévoir que l'ensemble des actionnaires, la société et les organes sont liés par la clause d'arbitrage ». Il sera donc également possible de limiter la clause à certains types de litige et à certaines parties prenantes.

[Rz 40] L'art. 6971 al. 2 *i.f.* AP-CO prévoit que les statuts peuvent régler les modalités de l'arbitrage, assurant ainsi une certaine transparence. Les statuts sont (ou devraient) être facilement accessibles pour les actionnaires des sociétés, qu'elles soient cotées ou non. On peut néanmoins douter qu'ils soient le bon endroit pour régler dans le détail les modalités d'une procédure d'arbitrage, à moins que ceux-ci ne fassent que renvoyer à un tribunal arbitral permanent, par exemple la Commission Suisse d'Arbitrage, et à son règlement.

c. Obligation d'informer les actionnaires

[Rz 41] L'art. 697 al. 3 AP-CO prévoit que si une décision (sentence serait le terme exact) arbitrale développe des effets à l'égard de la société et de l'ensemble des actionnaires, le conseil d'administration informe les actionnaires de l'introduction de la procédure arbitrale en les rendant attentifs à leurs droits dans la procédure. Le rapport explicatif motive l'introduction de ce devoir d'information par le fait que, dans le cas de l'annulation d'une décision de l'assemblée générale par exemple, la sentence sera opposable, comme une décision judiciaire, à tous les actionnaires : il faut donc leur signaler leurs droits.⁵³

[Rz 42] La première question qui se pose est celle de savoir si une sentence arbitrale peut avoir des effets pour les actionnaires qui ne sont pas parties à la procédure. D'un point de vue procédural, l'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale présente des particularités du fait qu'elle est une action formatrice (art. 87 CPC). Premièrement, les actions formatrices sont attirées,⁵⁴ c'est-à-dire que c'est la loi qui indique à qui appartient le droit d'intenter action. Pour l'action en annulation, ce droit appartient au conseil d'administration et à chaque actionnaire (art. 706 CO). Ainsi, les actionnaires ne forment pas une consorité matérielle nécessaire (art. 70 CPC), mais une consorité formelle nécessaire. Cela signifie que chaque actionnaire est libre d'agir, mais que si plusieurs agissent, ils doivent nécessairement le faire ensemble car le procès a pour objet un rapport de droit unique.⁵⁵ Or, le fait que le litige soit soumis à un tribunal arbitral plutôt qu'à un tribunal étatique ne modifie pas cela. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que tous les actionnaires soient parties à la procédure, mais il est en revanche essentiel que tous puissent être parties à titre de consorts. Autrement dit, tous les actionnaires doivent être liés par une ou plusieurs conventions d'arbitrage concordantes (art. 376 al. 1 CPC), ce qui sera le cas en présence d'une clause statutaire d'arbitrage. Deuxièmement, les jugements formateurs sont rendus entre parties mais sont, sauf exception, opposables à tous.⁵⁶ Par conséquent, malgré le caractère fondamentalement contractuel de la procédure arbitrale, il faut admettre qu'une sentence qui annule une décision de l'assemblée générale est opposable à tous les actionnaires et non pas seulement

⁵³ Rapport explicatif (note 6), p. 114.

⁵⁴ BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en droit civil, RDS 2009 II 185 ss, p. 295 s.

⁵⁵ Voir p. ex., HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome I, Berne 2001, n. 540 ss, en particulier les n. 551 ss.

⁵⁶ HOHL (note 55), n. 128.

à ceux qui étaient parties à la procédure.⁵⁷ En ce qui concerne les effets de la sentence, il n'y a donc pas de différence avec la décision judiciaire. Il n'est au demeurant pas clair de savoir quelles seront les conséquences de la violation de l'obligation d'informer prévue par l'art. 697l al. 3 AP-CO.

[Rz 43] Une autre question est celle de savoir si l'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale (art. 706 CO) est un litige arbitral. L'action en annulation est certainement un litige patrimonial au sens de l'art. 177 LDIP.⁵⁸ Il est moins évident qu'elle soit un litige arbitral au sens de l'art. 354 CPC.⁵⁹ En effet, cet article exige que le litige soit à la libre disposition des parties, c'est-à-dire que le litige doit pouvoir se terminer par une transaction ou par un acquiescement.⁶⁰ Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'est pas possible d'annuler une décision de l'assemblée générale par le biais d'une transaction judiciaire ou extra-judiciaire.⁶¹ La grande majorité de la doctrine partage l'opinion du Tribunal fédéral, non pas parce que le litige est soustrait à la libre disposition des parties,⁶² mais parce qu'une solution contraire contreviendrait à la répartition des compétences imposée par la loi entre le conseil d'administration et l'assemblée générale.⁶³ Cette opinion est convaincante et conforme à l'opinion traditionnelle qui veut qu'un tel litige soit arbitral.⁶⁴ Il n'en résulte toutefois pas que toutes les actions du droit des sociétés sont arbitrales. En effet, la maxime d'office ne s'applique par exemple pas à l'action visant à supprimer une carence dans l'organisation (art. 731b CO).⁶⁵ Le juge n'est pas lié par les conclusions des parties et peut choisir librement les mesures nécessaires pour rétablir une organisation conforme aux dispositions impératives de la loi. L'analyse doit donc être faite au cas par cas.

d. Droit d'intenter action aux frais de la société et clause d'arbitrage

[Rz 44] Lorsque les statuts d'une société prévoient le recours à l'arbitrage pour tous les litiges relevant du droit des sociétés (art. 697l AP-CO), la question se posera de savoir si le droit d'intenter action aux frais de la société inclura celui de porter le litige devant un tribunal arbitral. Il faut

⁵⁷ D'un autre avis, BÖCKLI (note 15), §16 n. 251, d'après qui pour produire des effets *erga omnes* une sentence arbitrale doit être approuvée par tous les actionnaires non parties à la procédure.

⁵⁸ Du même avis, MAUERHOFER (note 44), p. 28. A l'ATF 133 III 368 consid. 1.3.2, le Tribunal fédéral confirme que l'action en annulation a une valeur litigieuse et est donc une action patrimoniale.

⁵⁹ En faveur de l'arbitrabilité, mais sans véritablement développer et en citant parfois la doctrine relative à l'arbitrage international (selon l'art. 177 LDIP, tout litige patrimonial est arbitral), WEBER-TECHER URS, BSK-ZPO, 2^{ème} éd., Bâle 2013, art. 354 n. 23. De l'avis que l'arbitrabilité dépend de l'accord de tous les actionnaires, STAEHLIN ADRIAN/STAEHLIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, §29 n. 12.

⁶⁰ Voir p. ex., WEBER-TECHER URS, BSK-ZPO, 2^{ème} éd., Bâle 2013, art. 354 n. 7.

⁶¹ ATF 80 I 385 consid. 4, confirmé à l'ATF 122 III 279, JdT 1998 I 605.

⁶² Cette opinion est défendue par quelques auteurs du droit de la procédure : voir p. ex., SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9^{ème} éd., Berne 2010, §25 n. 36 ; SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, n. 304.

⁶³ Pour n'en citer que quelques-uns, BÖCKLI (note 15), §16 n. 138 ; TRUFFER ROLAND/DUBS DIETER, BSK OR II, 4^{ème} éd., Bâle 2012, art. 706 n. 27 ; VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2011, n. 1175 ; VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Berne 2014, §8 n. 206. De l'avis qu'il devrait pouvoir être mis fin au litige par transaction, DRUEY JEAN NICOLAS, Mängel des GV-Beschlusses, in : Hirsch/Nobel/Böckli/Forstmoser/Druey (édit.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, SnA 11, Zurich 1997 131 ss, p. 156 s. ; PETER HENRY/CAVADINI FRANCESCA, CR CO II, Bâle 2008, art. 706 n. 20.

⁶⁴ BJM 1993 198 consid. 2 et la littérature citée.

⁶⁵ ATF 138 III 294 consid. 3.1.3, JdT 2013 II 365. Voir p. ex, PETER/CAVADINI (note 63), art. 731b n. 8 ; WATTER ROLF/PAMER-WIESER CHARLOTTE, BSK OR II, 4^{ème} éd., Bâle 2012, art. 731b n. 17.

certainement l'admettre. En effet, la source du financement ne devrait pas avoir d'incidence sur la compétence du tribunal arbitral. Si celui-ci est compétent pour connaître d'une affaire, il doit l'être indépendamment du fait de savoir qui de l'actionnaire ou de la société finance le procès.

IV. Appréciation globale

[Rz 45] Alors que l'aspect de la mise en uvre des droits des actionnaires avait été négligé dans le projet 2007, l'avant-projet 2014 introduit des nouveautés bienvenues dans ce domaine. L'idée générale est que le risque d'une action légale permet d'aligner les intérêts des dirigeants avec ceux des actionnaires. Or, le problème est qu'actuellement les actionnaires n'ont pas d'intérêt à intenter une action en paiement à la société.

[Rz 46] Pour remédier à ce problème, l'avant-projet prévoit un droit d'intenter action aux frais de la société. Une procédure préalable permettra ainsi aux actionnaires d'obtenir le financement de leur action, avant même le lancement de celle-ci. L'introduction d'une telle procédure est certainement un pas important en faveur d'une meilleure gouvernance des sociétés.

[Rz 47] En ce qui concerne le système lui-même, il est relativement lourd et peu cohérent. En effet, les actionnaires devront, comme pour le contrôle spécial, d'abord s'adresser à l'assemblée générale avant de pouvoir s'adresser au juge. Or, la compétence pour ouvrir une action en paiement à la société appartient à juste titre au conseil d'administration et non à l'assemblée générale (même s'il est admis que celle-ci peut imposer l'introduction d'une telle action au conseil d'administration et qu'il est prévu de formaliser cela dans la loi). Il serait donc plus judicieux de permettre à l'actionnaire de s'adresser directement au juge. Les barrières posées pour imposer le financement à la société sont en effet suffisamment élevées, voire trop élevées s'agissant de l'obligation imposée aux requérants de rendre vraisemblable le préjudice de la société. En contrepartie, il faudrait prévoir la subsidiarité de cette action par rapport à celle du conseil d'administration, par exemple en permettant à celui-ci de se substituer à l'actionnaire jusqu'à l'ouverture de l'action.

[Rz 48] L'avant-projet 2014 prévoit également de favoriser le recours à l'arbitrage pour les litiges internes à la société, en autorisant les sociétés à adopter une véritable clause statutaire d'arbitrage et à en définir la portée (art. 697l al. 1 AP-CO). En adoptant l'art. 697l AP-CO, le législateur opterait résolument pour une vision moderne de l'arbitrage et mettrait fin à la discussion concernant la nature de la clause statutaire d'arbitrage. Par la même occasion, il serait bien avisé d'adopter une disposition semblable dans le droit de la Sàrl et celui de la société coopérative ainsi que d'autoriser les sociétés à introduire une « véritable » clause statutaire de prorogation de for. En revanche, il n'est pas judicieux d'imposer aux sociétés l'application des règles sur l'arbitrage interne. Il serait préférable des les laisser choisir au moment de l'adoption de la clause entre les règles sur l'arbitrage interne et celles sur l'arbitrage international. Enfin, on ne voit pas très bien pourquoi la société devrait aviser les actionnaires de l'ouverture d'une procédure arbitrale alors qu'elle n'a pas cette obligation lorsque la même procédure est ouverte devant un tribunal étatique, alors même que les effets d'une décision ou d'une sentence formatrice (en particulier l'annulation des décisions de l'assemblée générale) sont les mêmes pour les actionnaires.

ISABELLE CHABLOZ, Dr en droit, LL.M, est professeure associée à la Formation universitaire à distance, Suisse. Elle y enseigne le droit commercial, la procédure civile et le droit de poursuite et de la faillite. Pour plus de détails, voir <http://unidistance.ch/professeurs-associes/isabelle-chabloz/>

(8 avril 2015).

L'auteure remercie Rafaella Demierre, MLaw, pour la relecture de la présente contribution.