

**L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ET
LES ACTIONNAIRES**

**AVANT-PROJET ET PROJET
DE RÉVISION DU DROIT
DE LA SOCIÉTÉ ANONYME**

par

SÉBASTIEN BETTSCHART

*Dr en droit, LL.M., Avocat (Genève),
Chargé de cours (Université de Fribourg)*

I. INTRODUCTION^{*}

L'objet de cette contribution est d'examiner les nouveautés que l'Avant-Projet de modification du Code des obligations du 2 décembre 2005 (Avant-Projet ou AP)¹ propose d'apporter aux dispositions du droit de la société anonyme relatives à l'assemblée générale, à la représentation des actionnaires et aux droits de vote.

Nous mentionnerons également l'évolution subie, cas échéant, par ces propositions pendant la procédure de consultation, pour aboutir au Projet de révision adopté par le Conseil fédéral le 21 décembre 2007 (le Projet ou P-CO)² qui devrait prochainement être soumis au Parlement³. Par conséquent, sauf indication contraire, les explications qui suivent, fondées sur l'Avant-Projet, valent également pour le Projet⁴.

Le Rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice concernant l'Avant-Projet de révision du Code des obligations : droit de la société anonyme et droit comptable du 2 décembre 2005 (le Rapport explicatif)⁵, à l'instar du Message concernant la révision du Code des obligations du 21 décembre 2007 (le Message)⁶, aborde la question de l'organisation de l'assemblée générale de deux manières distinctes : d'une part, sous l'angle de la protection des actionnaires dans le cadre général du renforcement du gouvernement d'entreprise⁷ et, d'autre part, sous l'angle plus spécifique

^{*} L'auteur tient à remercier sa femme, mais néanmoins avocate, Florence BETTSCHART-NARBEL pour ses conseils et son admirable patience. Que Me Sophie REVAZ soit également remerciée pour sa relecture attentive.

¹ L'Avant-Projet ainsi que les prises de position (volumineuses : 1212 pages) sont disponibles sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice (rubrique thèmes, économie, législation).

² FF 2008 1571.

³ Pour le surplus, le texte publié ici correspond à la conférence présentée lors de la journée d'étude du 26 avril 2006.

⁴ Pour une présentation de ces dispositions exclusivement sous l'angle du Projet, cf. BETTSCHART Sébastien, L'assemblée générale – convocation, déroulement, représentation, droits de vote et droits des actionnaires, RSDA 2008, 147.

⁵ Disponible sur le site Internet précité de l'Office fédéral de la justice.

⁶ FF 2008 1407.

⁷ Ce terme a maintenant acquis un statut de traduction quasi-officielle de la notion de *Corporate Governance*, ce par quoi l'on peut comprendre la recherche d'un « *équilibre fonctionnel entre les différents organes de la société (checks and balances), une transparence suffisante des processus internes et la protection du statut juridique des actionnaires* ». Cf. Rapport explicatif, p. 10, se référant expressément à BÖCKLI Peter/HUGUENIN Claire/DESSEMONTET François, Le Gouvernement d'entreprise, Rapport du

de la modernisation des règles relatives à l'assemblée générale⁸. En outre, les auteurs de l'Avant-Projet ont généralement eu à cœur de clarifier un certain nombre de règles et de codifier la pratique actuelle, avec pour conséquence le toilettage de certaines dispositions.

Dans la mesure où l'assemblée générale est le lieu où s'exprime la volonté des actionnaires, il ne fait guère de doute que les règles qui s'y rattachent ont, du point de vue du bon gouvernement d'entreprise, une importance primordiale. Il n'est donc pas étonnant que l'Avant-Projet réserve une place relativement importante aux dispositions ayant trait à l'assemblée générale.

Formellement, l'organisation de l'assemblée générale ne fait pas l'objet d'une section spécifique du Code des obligations. Il s'agit donc de délimiter le sujet de manière précise. D'emblée, il paraît vain de vouloir distinguer entre les règles formelles ou purement organisationnelles, d'une part, et les règles matérielles ou de fond, d'autre part, tant il est vrai que la première catégorie de règles a presque toujours des conséquences sur le contenu et la portée des droits matériels des actionnaires (que l'on songe par exemple aux modalités que doit respecter un actionnaire pour requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour) ; par ailleurs, certaines règles ont parfois une double nature, à la fois formelle et matérielle (p. ex. la comptabilisation des droits de vote).

Nous proposons dès lors de suivre le plan suivant :

- sous le thème de l'amélioration des droits des actionnaires et de la modernisation des règles relatives à l'assemblée générale (section II.), nous avons regroupé tous les aspects touchant à l'organisation de l'assemblée générale, en particulier les règles relatives à la convocation, l'ordre du jour, les propositions, le lieu de réunion, le procès-verbal et le recours aux médias électroniques (art. 699-702 AP) ;
- sous section III., nous aborderons les règles relatives à la représentation des actionnaires (art. 689-689e AP), ainsi que les questions relatives à la comptabilisation des droits de vote (art. 703-704 AP) et aux actions dispo.

Groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme, CEDIDAC no 59, Lausanne 2004, p. 15.

⁸ Rapport explicatif, p. 1.

Un autre aspect important est la question des droits que les actionnaires peuvent exercer en relation avec l'assemblée générale, notamment le droit aux renseignements et à la consultation, l'institution d'un examen spécial, le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale, etc. Ces droits appartiennent cependant à l'ensemble plus vaste des droits sociaux inhérents à la qualité d'actionnaire et nous n'en traiterons donc pas dans le cadre restreint qui nous est assigné.

II. AMÉLIORATION DES DROITS DES ACTIONNAIRES ET MODERNISATION DES RÈGLES RELATIVES À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE (ART. 699-702 AP)

A. Convocation de l'assemblée générale et droits des actionnaires relatifs à la convocation et à l'ordre du jour (art. 699-699a AP)

Pour « *plus de clarté* »⁹, l'Avant-Projet traite dans deux dispositions distinctes le contenu de l'actuel article 699 CO, soit une disposition consacrée à la convocation à l'assemblée générale (art. 699 AP) et une autre consacrée à l'ordre du jour et aux propositions (art. 699a AP).

1. Convocation ordinaire (art. 699 al. 1-2 CO/AP¹⁰)

L'Avant-Projet ne prévoit pas de changement en ce qui concerne les règles relatives à la convocation ordinaire de l'assemblée générale :

- d'une part, le conseil d'administration reste l'organe primaire¹¹ en charge de convoquer l'assemblée générale (art. 699 al. 1 CO/AP)¹² ;

⁹ Rapport explicatif, p. 74 ; il s'agit là typiquement d'une des opérations de toilettage que nous avons mentionnées ci-dessus.

¹⁰ « CO/AP » indique que la disposition du Code des obligations et celle de l'Avant-Projet sont identiques.

- d'autre part, l'Avant-Projet ne modifie pas le délai de 6 mois pour convoquer l'assemblée générale ordinaire (art. 699 al. 2 CO/AP). On rappellera qu'il s'agit d'un délai d'ordre mais que cette disposition est impérative (c'est-à-dire que les statuts ne peuvent prévoir un délai plus long)¹³.

2. Droit des actionnaires de requérir la convocation de l'assemblée générale, l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et l'inscription d'une proposition (art. 699 al. 3-5/art. 699a al. 1-2 AP)

L'Avant-Projet octroie aux actionnaires trois droits qui peuvent être résumés comme suit (du plus étendu au moins étendu) :

- convoquer l'assemblée générale (ce qui implique nécessairement l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et d'une proposition ; art. 699 al. 4 AP¹⁴),
- inscrire un objet à l'ordre du jour dans la convocation (ce qui implique nécessairement la formulation d'une proposition¹⁵), et
- inscrire une proposition dans la convocation.

¹¹ L'organe de révision, les liquidateurs et les représentants des obligataires conservent leur compétence prévue par le droit actuel.

¹² L'art. 725 al. 1 AP laisse inchangé le devoir du conseil d'administration de convoquer l'assemblée générale en cas de perte de capital, tout en offrant la possibilité de prévoir dans les statuts d'autres situations dans lesquelles le conseil d'administration doit convoquer l'assemblée générale (art. 725 al. 2 AP). Le Projet prévoit dorénavant l'obligation de convoquer l'assemblée générale en cas d'insolvabilité (art. 725a al. 3 P-CO). On mentionnera également le devoir du conseil d'administration de convoquer l'assemblée générale résultant de l'art. 726 al. 2 CO/AP.

¹³ DUBS Dieter/TRUFFER Roland, *in* : Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf (édit.), 2^e éd., Bâle, Genève et Munich 2002, *ad* art. 698-706b CO (cité : OR II-DUBS/TRUFFER), no 22 *ad* art. 699.

¹⁴ *Cf.* pour le droit actuel l'art. 699 al. 3 CO *in fine* ; OR II-DUBS/TRUFFER, no 14 *ad* art. 699.

¹⁵ On notera que l'Avant-Projet ne mentionne pas cette obligation (qui est prévue dans l'art. 699 al. 3 CO) qui nous semble pourtant aller de soi ; *cf.* BÖCKLI Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 3^e éd., Zurich, Bâle et Genève 2004 (cité : BÖCKLI, *Aktienrecht*), § 12 no 67.

L'assemblée générale et les actionnaires
Avant-Projet et Projet de révision du droit de la société anonyme

Ces droits sont déjà connus en droit actuel mais la réglementation change néanmoins à plusieurs égards.

a. Seuils (art. 699 al. 3/art. 699a al. 1 AP)

L'Avant-Projet prévoit les seuils suivants qui doivent être alternativement atteints par un actionnaire ou par plusieurs actionnaires agissant ensemble :

Convocation	Ordre du jour/proposition
- 5 % du capital-actions ou des voix - valeur nominale de CHF 1'000'000.- - valeur boursière de CHF 5'000'000.-	- 5 % du capital-actions ou des voix - valeur nominale de CHF 1'000'000.- - valeur boursière de CHF 2'000'000.-

Il convient de signaler que le Projet s'éloigne considérablement de l'Avant-Projet et prévoit dorénavant les seuils suivants qui sont (en partie) différents selon que la société est ou non cotée¹⁶ :

Convocation	Ordre du jour/proposition
Sociétés cotées en bourse	
- 2,5 % du capital-actions ou des voix¹⁷ - valeur nominale de CHF 1'000'000.-	- 0,25 % du capital-actions ou des voix - valeur nominale de CHF 1'000'000.-
Sociétés non cotées en bourse	
- 10 % du capital-actions ou des voix - valeur nominale de CHF 1'000'000.-	- 2,5 % du capital-actions ou des voix - valeur nominale de CHF 250'000.-

Quelles sont les nouveautés apportées par l'Avant-Projet¹⁸ et quelles sont les premières observations que nous pouvons faire¹⁹ ?

¹⁶ Pour un commentaire des seuils prévus dans le Projet, cf. BETTSCHART, RSDA 2008, 148 ss.

¹⁷ On peut se demander dans quelle mesure il ne serait pas opportun de coordonner ce seuil avec les art. 20 LBVM et 697^{sexies} al. 2 P-CO (3 % des droits de vote).

¹⁸ Le groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme, présidé par le Professeur BÖCKLI (le Groupe de Travail), avait retenu les seuils suivants valables pour demander la convocation de l'assemblée générale, l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et l'institution d'un contrôle spécial : 5 % du capital-actions ou

- Les seuils à atteindre pour requérir la convocation de l'assemblée générale, d'une part, et requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour ou d'une proposition, d'autre part, sont de manière générale abaissés et mieux coordonnés²⁰, supprimant l'anomalie de l'actuel article 699 al. 3 CO²¹.
- Alors que, en droit actuel, le calcul en pour-cent se fait uniquement en fonction de la participation au capital-actions, l'Avant-Projet propose de le faire soit sur la base du capital-actions, soit sur la base des droits de vote. Ce nouveau critère renforce évidemment la position des actionnaires à droit de vote privilégié.
- Un nouveau seuil tenant compte de la valeur boursière est introduit pour les sociétés cotées en bourse²².

On notera que ce nouveau seuil est plus élevé s'agissant de la requête de convocation de l'assemblée générale que pour l'inscription d'un objet à l'ordre du jour ou d'une proposition.

L'Avant-Projet expose que ce seuil plus élevé se justifie en raison du coût considérable de l'organisation d'une assemblée générale²³. L'argument du coût n'est en soi pas déraisonnable même s'il ne nous paraît pas entièrement justifié dans la mesure où l'Avant-Projet prévoit qu'il suffit de détenir des actions totalisant une valeur boursière de CHF 2'000'000.- (art. 697b al. 1 ch. 3 AP) pour requérir du juge l'institution d'un examen spécial (l'actuel contrôle spécial). Or, l'institution d'un examen spécial provoque également des

des actions totalisant une valeur boursière de CHF 1'000'000.- ; BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 220 s. et 227. Les seuils retenus dans l'Avant-Projet sont toutefois critiqués par le président du Groupe de Travail qui les considère dorénavant comme « *zu niedrig* », BÖCKLI Peter, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslesungsrechts, Eine kritische Übersicht, in : GesKR 1/2006, p. 4 ss (cité : BÖCKLI, Vorentwurf), p. 8 et 23.

¹⁹ Au vu des critiques émises lors de la procédure de consultation, il est prévisible que l'on assiste encore à un certain nombre de changements pendant la procédure législative.

²⁰ On notera par ailleurs que les seuils pour demander l'inscription d'un objet à l'ordre du jour ou d'une proposition sont identiques à ceux nécessaires pour requérir un examen spécial (art. 697b AP).

²¹ OR II-DUBS/TRUFFER, no 12 *ad* art. 699.

²² Ce seuil n'a pas été retenu dans le Projet en raison des critiques émises pendant la procédure de consultation ; Message, FF 2008 1428.

²³ Rapport explicatif, p. 74.

coûts importants pour la société, parfois de l'ordre de plusieurs millions de francs suisses²⁴.

Bien que la valeur boursière soit, par nature, plus volatile que les autres critères, l'Avant-Projet ne mentionne pas quel est le jour de référence qu'il convient de retenir pour déterminer si le seuil de CHF 2'000'000.- est atteint ; le Rapport explicatif est également muet sur cette question. Pour sa part, le Groupe de Travail avait retenu la date de la clôture des comptes, essentiellement pour des raisons de simplicité²⁵. Cette solution nous semble conduire à des résultats insatisfaisants en cas de variation de cours pendant l'exercice ; on peut dès lors préférer une autre solution qui se baserait sur une date moins éloignée dans le temps (et correspondant par conséquent mieux à la situation de l'actionnariat au jour de la requête), par exemple le cours de clôture le jour précédant celui où les actionnaires déposent la requête de convocation ou d'inscription²⁶.

- Les actionnaires sont libres de choisir celui des seuils qui leur est le plus favorable, si tant est qu'il leur soit applicable dans le cas d'espèce. On constatera cependant que, fonctionnellement, le premier seuil, exprimé en pour-cent du capital-actions ou des voix, vise plutôt les sociétés privées ; le deuxième, exprimé en valeur nominale, les sociétés d'une certaine importance économique qui ne sont pas cotées ; alors que le troisième, exprimé en valeur boursière, est nécessairement réservé aux sociétés cotées. Ainsi, les actionnaires d'une société cotée peuvent se prévaloir de n'importe lequel de ces trois seuils même si, en pratique, l'hypothèse où des actionnaires d'une société cotée atteindraient l'un des deux premiers seuils sans atteindre le troisième devrait être rare.

²⁴ Par exemple CHF 2'000'000.- à CHF 4'000'000.- s'agissant du contrôle spécial de la défunte SAirGroup ; cf. lettre du Commissaire au sursis du 15 novembre 2001, adressée aux membres du Conseil fédéral et des Chambres fédérales, http://www.liquidator-swissair.ch/uploads/media/f_organe_2.pdf. Il est vrai toutefois que l'examen spécial est soumis à des exigences matérielles et pas seulement à des seuils (art. 697b al. 3 AP).

²⁵ BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMENTET, p. 221.

²⁶ Par ailleurs, en cas de cotations multiples, il pourrait être précisé que le cours déterminant est celui de la cotation principale.

b. Délais pour convoquer l'assemblée générale suite à la requête d'actionnaires (art. 699 al. 5 AP)

Alors que l'actuel article 699 al. 4 CO prévoit que le conseil d'administration doit convoquer l'assemblée générale dans « *un délai convenable* »²⁷, l'Avant-Projet prévoit un délai de 30 jours pour donner suite à la requête d'actionnaires (art. 699 al. 5 AP)²⁸.

Ce délai de 30 jours doit être calculé du jour où la requête est reçue par la société jusqu'au jour de la convocation (et non jusqu'au jour où l'assemblée générale a effectivement lieu)²⁹.

c. Délai pour requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour ou l'inscription d'une proposition (art. 699a al. 2 AP)

L'Avant-Projet prévoit que les actionnaires doivent présenter leurs requêtes d'inscription d'un objet à l'ordre du jour ou d'une proposition au plus tard 40 jours avant l'assemblée générale (art. 699a al. 2 AP)³⁰.

Cette solution semble curieuse. En effet, comme le conseil d'administration doit convoquer l'assemblée générale 20 jours avant la date de la réunion (art. 700 al. 1 1^{ère} phrase CO/AP), les actionnaires ne peuvent déterminer le dernier jour utile du délai pour présenter leurs requêtes que lorsque celui-ci est déjà échu.

Même si les requêtes tardives devraient être reportées à la prochaine assemblée (ce qui peut d'ailleurs les rendre sans objet) et que l'actionnaire peut toujours requérir la convocation d'une nouvelle assemblée générale (sous réserve qu'il atteigne un des seuils prévus à l'article 699 al. 3 AP) ou, s'agissant du droit de formuler des propositions, le faire lors de l'assemblée générale (mais sans avoir alors l'avantage de voir figurer la

²⁷ Pour BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 no 72, il faut comprendre par « *convenable* » au moins 5 à 8 semaines pour l'assemblée générale ordinaire et au moins 5 semaines pour l'assemblée générale extraordinaire. Toutefois, cet auteur semble calculer jusqu'à la date de l'assemblée et non jusqu'à la date de la convocation. Le résultat final est donc à peu près le même que celui proposé par l'Avant-Projet.

²⁸ Le Projet prévoit dorénavant un délai deux fois plus long, soit 60 jours (art. 699 al. 5 P-CO).

²⁹ Sur le calcul des délais, cf. DUBS/TRUFFER, no 3 ss *ad* art. 700.

³⁰ Le Projet prévoit dorénavant un délai de 50 jours (art. 699a al. 3 P-CO).

proposition dans la convocation³¹ ; art. 700 al. 4 CO/AP³²), ce système n'est pas satisfaisant.

En effet, si l'on peut comprendre les raisons pratiques qui existent à fixer des délais clairs dans la loi et la tension inévitable entre le fait de pouvoir convoquer l'assemblée générale à brève échéance, d'une part, et l'impératif pour la société de recevoir les requêtes d'inscription d'un objet ou d'une proposition suffisamment à l'avance, d'autre part, il nous semble néanmoins que d'autres solutions existent.

On citera notamment l'obligation pour la société d'annoncer autant que possible à l'avance (c'est-à-dire avant la date de convocation et la date à laquelle les actionnaires doivent présenter leurs requêtes) la date de l'assemblée générale – en tout cas ordinaire – pratique déjà suivie par les sociétés cotées³³ mais qui pourrait être rendue obligatoire et étendue aux sociétés soumises à un contrôle ordinaire (au sens de l'art. 727 CO)³⁴. On songe aussi à la possibilité pour les sociétés d'arrêter et d'annoncer une date jusqu'à laquelle les actionnaires peuvent présenter leurs requêtes³⁵.

Un problème supplémentaire résulte du fait que, depuis le moment où elle reçoit la requête d'inscription (soit au plus tard 40 jours avant l'assemblée générale), la société n'a que 20 jours à sa disposition pour convoquer l'assemblée générale (art. 700 al. 1 CO/AP)³⁶ ; durant ces quelques jours, le conseil d'administration doit vérifier la validité de la requête formulée par les actionnaires, arrêter le cas échéant une contre-proposition et prendre les mesures pour la convocation (impression des invitations, envoi par la poste, publication dans la FOOSC, etc.)³⁷. Selon les circonstances, le délai de 20 jours peut donc s'avérer insuffisant.

Mais surtout, le système prévu par l'Avant-Projet n'incitera pas les sociétés à prévoir des délais plus longs pour convoquer l'assemblée générale

³¹ Cf. *infra*, section II.A.2.d *in fine*, p. 75.

³² L'art. 700 al. 4 CO/AP correspond à l'art. 700 al. 6 P-CO ; cf. aussi art. 699a al. 5 P-CO.

³³ Rapport explicatif, p. 75.

³⁴ Dans ce sens, art. 4 al. 1 du Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise du 20 mars 2002 (CSBP) qui réserve cette recommandation aux assemblées générales ordinaires, et BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 228, qui semblent réserver cette obligation à l'assemblée générale ordinaire, ce que ne reflète cependant pas le texte légal proposé (p. 268).

³⁵ Cf. art. 4 al. 2 CSBP.

³⁶ Le Groupe de Travail avait pour sa part prévu un délai d'environ 3 semaines ; cf. BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 228.

³⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 no 69.

(ordinaire)³⁸, car cela diminuerait d'autant le temps à leur disposition entre le dernier jour où les actionnaires peuvent présenter leurs requêtes d'inscription d'un objet ou d'une proposition et le jour où le conseil d'administration doit convoquer l'assemblée générale. Cela nous semble aller dans le sens contraire de ce qui est voulu par un bon gouvernement d'entreprise³⁹.

Par conséquent, si le législateur ne souhaite pas instaurer un système (plus logique mais aussi plus contraignant pour la société) qui obligerait la société à annoncer à l'avance la date de l'assemblée générale (ce qui permettrait aux actionnaires de déterminer la date jusqu'à laquelle ils peuvent présenter des requêtes d'inscription d'objet ou de proposition), l'art. 699a al. 2 AP devrait à tout le moins (i) prendre comme référence la date de la convocation par le conseil d'administration (et non la date de l'assemblée générale) pour calculer le délai dans lequel les actionnaires doivent présenter leurs requêtes⁴⁰, ou (ii) préciser que la société peut étendre le délai de 40 jours dans la mesure où la société prévoit un délai plus long pour convoquer l'assemblée générale (ordinaire). L'une ou l'autre de ces solutions intermédiaires permettraient au moins de supprimer le problème évoqué au paragraphe précédent et qui nous semble être rédhibitoire (même si elles ne résolvent pas le problème lié à la détermination du *dies a quo* mentionné plus haut).

d. Droit de requérir l'inscription d'une proposition (art. 699a al. 4 AP)

L'Avant-Projet prévoit expressément⁴¹ le droit des actionnaires de faire figurer dans la convocation des propositions formulées en relation avec un objet inscrit à l'ordre du jour (art. 699a al. 4 AP⁴²)⁴³.

Les conditions (seuils, délai, droit d'action) pour formuler une proposition sont les mêmes que celles applicables à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour. Les problèmes signalés en relation avec l'inscription d'un

³⁸ Contrairement au système prévu par le Groupe de Travail ; cf. BÖCKLI/ HUGUENIN/ DESSEMONTET, p. 228.

³⁹ Cf. p. ex. art. 4 al. 1 CSBP.

⁴⁰ Cf. aussi OR II-DUBS/TRUFFER, no 30 *ad* art. 699.

⁴¹ En droit positif, cette possibilité résulte implicitement du droit de demander l'inscription d'un objet à l'ordre du jour (selon le principe *a maiore minus*).

⁴² L'art. 699a al. 4 AP correspond à l'art. 699a al. 2 P-CO ; cf. aussi art. 699a al. 1 P-CO.

⁴³ La formulation française de l'art. 699a al. 4 AP est ambiguë (contrairement aux formulations allemande et italienne) ; elle a toutefois été corrigée dans le Projet.

objet à l'ordre du jour⁴⁴ se posent dès lors dans les mêmes termes, avec la difficulté supplémentaire résultant du fait que l'actionnaire ne sait pas encore quels seront les objets inscrits à l'ordre du jour.

Il n'est donc pas certain que ce droit connaisse un grand succès, si ce n'est pour les objets pour lesquels les actionnaires peuvent déterminer à l'avance qu'ils seront traités dans le cadre de l'assemblée générale ordinaire (p. ex. approbation des comptes annuels ou élection d'administrateurs).

Le droit de requérir l'inscription d'une proposition dans la convocation ne supprime pas le droit de chaque actionnaire de faire des propositions sur des objets inscrits à l'ordre du jour jusqu'au moment où l'assemblée générale a lieu (art. 700 al. 4 CO/AP⁴⁵). La différence dans ce cas tient au fait que la proposition ne sera pas mentionnée dans la convocation⁴⁶.

***e. Droit d'action (art. 699 al. 5/
art. 699a al. 3 AP⁴⁷)***

L'Avant-Projet n'apporte pas de modification matérielle au droit d'action en cas de refus du conseil d'administration de donner suite aux requêtes des actionnaires mais clarifie simplement le texte légal.

En effet, l'Avant-Projet prévoit expressément que le droit de s'adresser à un tribunal en cas de refus du conseil d'administration vaut aussi bien pour la convocation de l'assemblée générale que pour l'inscription d'un objet à l'ordre du jour ou d'une proposition.

Nonobstant la formulation actuelle de l'article 699 al. 4 CO qui ne mentionne que la convocation de l'assemblée générale, la doctrine et la jurisprudence ont cependant déjà étendu le droit d'action à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour ou d'une proposition⁴⁸.

Le projet de Code fédéral de procédure civile prévoit de soumettre cette action à une procédure sommaire⁴⁹.

⁴⁴ Cf. *supra*, section II.A.2.c, p. 72 s.

⁴⁵ L'art. 700 al. 4 CO/AP correspond à l'art. 700 al. 6 P-CO.

⁴⁶ Avec le problème que cela pose pour les actionnaires qui ne participent pas personnellement à l'assemblée générale ; cf. BÖCKLI, Vorentwurf, p. 9. Cf. aussi *infra*, section III.B.3, p. 89 s.

⁴⁷ L'art. 699a al. 3 AP correspond à l'art. 699a al. 4 P-CO.

⁴⁸ OR II-DUBS/TRUFFER, no 33 *ad* art. 699.

⁴⁹ Cf. art. 246 *lit. c* ch. 9 du Projet de CPC fédéral ; FF 2006 7019.

B. Mode de convocation (art. 700 AP)

1. Délai pour convoquer (art. 700 al. 1 AP)

Le délai pour convoquer l'assemblée générale ne change pas et reste fixé à 20 jours (art. 700 al. 1 1^{ère} phrase CO/AP), ce qui permet de convoquer une assemblée générale à brève échéance.

Cette relative brièveté du délai pour convoquer l'assemblée générale se justifie certainement en ce qui concerne la convocation des assemblées générales extraordinaires (notamment dans le cas prévu à l'art. 725 al. 1 CO), dans l'intérêt bien compris de la société et de ses actionnaires.

En revanche, l'assemblée générale ordinaire est toujours planifiée longtemps à l'avance, en tout cas dans les sociétés soumises à un contrôle ordinaire (au sens de l'art. 727 CO). On peut donc regretter que l'Avant-Projet ne prévoie pas que la société doive annoncer autant que possible à l'avance la date de l'assemblée générale ordinaire⁵⁰.

2. Indications obligatoires (art. 700 al. 2 AP⁵¹)

L'Avant-Projet prévoit trois nouveautés eu égard aux indications qui doivent obligatoirement figurer dans la convocation de l'assemblée générale :

- premièrement, le résumé des motifs (ce par quoi il faut entendre les « arguments ») des actionnaires qui ont fait des propositions (art. 700 al. 2 ch. 3 AP) ;
- deuxièmement, pour les sociétés cotées, le nom et l'adresse du représentant indépendant (art. 700 al. 2 ch. 4 *cum* art. 689d AP)⁵² ;
- troisièmement, toujours pour les sociétés cotées, le pourcentage du capital-actions constitué d'actions nominatives non-inscrites

⁵⁰ Cf. *supra*, section II.A.2.c, p. 73 s.

⁵¹ L'art. 700 al. 2 AP correspond à l'art. 700 al. 3 P-CO.

⁵² Cf. *infra*, section III.B.3, p. 89 s.

(actions dispo), afin d'améliorer la transparence des droits de vote (art. 700 al. 2 ch. 4 AP)⁵³.

3. Convocation électronique (art. 700 al. 1 3^{ème} phrase AP)

L'Avant-Projet introduit la possibilité de convoquer par voie électronique, à la condition toutefois que l'actionnaire ait consenti à ce mode de convocation⁵⁴. De la documentation peut également être transmise par cette voie⁵⁵.

On peut se demander s'il s'agit réellement d'une nouveauté. En effet, dans la mesure où l'actuel article 700 CO n'impose pas d'exigence de forme⁵⁶, on peut considérer que les sociétés peuvent déjà aujourd'hui convoquer l'assemblée générale par voie électronique.

On notera d'ailleurs que la convocation électronique n'est soumise à aucune exigence de forme, au contraire de la procuration électronique (art. 689a al. 2 AP et art. 14 al. 2^{bis} CO)⁵⁷.

Aucune exigence n'est non plus prévue quant à la forme du consentement de l'actionnaire⁵⁸. Toutefois, comme l'annulation, voire la nullité, sanctionne un défaut de convocation⁵⁹, la société sera bien avisée de recueillir l'accord de l'actionnaire par écrit.

Il serait judicieux d'adapter l'article 696 al. 2 CO/AP (qui prévoit la forme écrite) au nouvel article 700 al. 1 3^{ème} phrase AP.

⁵³ Cf. *infra*, section III.D, p. 92 ss.

⁵⁴ Les moyens électroniques ne sont pas définis, ce qui laisse toute flexibilité aux sociétés de s'adapter à l'évolution technologique.

⁵⁵ Rapport explicatif, p. 76.

⁵⁶ Cf. p. ex. OR II-DUBS/TRUFFER, no 9 *ad* art. 700. Les sociétés déterminent dans leurs statuts le mode de convocation.

⁵⁷ Cf. *infra*, section III.B.4, p. 90.

⁵⁸ Ce défaut est dorénavant réparé ; cf. art. 700 al. 4 P-CO.

⁵⁹ Cf. p. ex. OR II-DUBS/TRUFFER, no 18 *ad* art. 706b ; BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 no 111.

C. Lieu de réunion de l'assemblée générale (art. 701a-701b AP)

Le lieu où l'assemblée générale doit se réunir n'est pas expressément prévu dans l'actuel Code des obligations.

L'Avant-Projet, qui s'inspire largement des propositions faites par le Prof. VON DER CRONE, prévoit de régler cette question aux articles 701a-701b AP⁶⁰.

1. En général (art. 701a al. 1 AP)

L'article 701a al. 1 AP précise ce qui est déjà clair aujourd'hui : il revient normalement au conseil d'administration de fixer le lieu où se tiendra l'assemblée générale (art. 716a al. 1 ch. 6 CO)⁶¹.

La doctrine actuelle semble partagée sur les possibilités offertes au conseil d'administration ; pour certains, l'assemblée générale doit en principe se tenir au siège de la société⁶² ; pour d'autres, sous réserve de l'abus de droit, n'importe quel lieu peut être choisi⁶³ ; d'autres encore conditionnent le choix du conseil d'administration au principe d'égalité de traitement⁶⁴.

Dans ce contexte, le Rapport explicatif mentionne uniquement que le lieu de réunion ne doit pas être choisi sciemment de manière à ce qu'une grande partie de l'actionnariat ne puisse participer à l'assemblée générale⁶⁵, faute de quoi les décisions pourraient être annulables⁶⁶.

⁶⁰ VON DER CRONE Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 2 : Generalversammlung (disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice, rubrique Thèmes, économie, législation – cité : VON DER CRONE, Generalversammlung), p. 3, 17 et 23 ; Rapport explicatif, p. 28.

⁶¹ LAMBERT Claude, Die Durchführung einer Generalversammlung an zwei verschiedenen Tagungsorten, in : REPRAX 2 (2000), p. 36 ss, p. 37.

⁶² BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 no 90.

⁶³ FORSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur/NOBEL Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 23 no 84.

⁶⁴ WATTER Rolf, in : Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf (édit.), 2e éd., Bâle, Genève et Munich 2002, ad art. 716-724 CO (cité : OR II-WATTER), no 26 ad art. 717.

⁶⁵ La Cour suprême du Delaware a ainsi protégé les actionnaires d'une société dont le conseil d'administration avait notamment déplacé le lieu de l'assemblée générale à

L'article 701a al. 1 AP réserve la possibilité de prévoir dans les statuts une réglementation différente. Le sens de cette réserve nous semble devoir être concilié avec le fait que, comme mentionné, la préparation de l'assemblée générale est une tâche inaliénable du conseil d'administration (art. 716a al. 1 ch. 6 CO). Dès lors, les statuts ne devraient pas contenir de clauses trop restrictives pour le conseil d'administration ; le fait de limiter le choix du conseil d'administration à un lieu en Suisse, dans une certaine région, ou au siège de la société devrait être acceptable, à tout le moins si le conseil d'administration se voit réserver la possibilité de choisir un autre lieu si cela s'avère nécessaire.

2. Assemblée générale multi-sites (art. 701a al. 2-4 AP)

On entend par assemblée générale multi-sites le cas où l'assemblée générale se tient en plusieurs lieux à la fois, solution qui a déjà été adoptée par certaines sociétés⁶⁷.

L'Avant-Projet prévoit ce qui suit :

- d'une part, le conseil d'administration doit désigner un site principal où seront présents le président, le réviseur et, cas échéant, le notaire, et des sites « satellites » ;
- d'autre part, les interventions des participants doivent être retransmises en direct par des moyens audiovisuels sur tous les sites de la réunion.

La société ne peut donc pas se contenter de permettre aux actionnaires de suivre passivement l'assemblée générale depuis un site satellite ; elle doit également prévoir la possibilité pour les actionnaires d'intervenir en direct.

Un ou plusieurs sites peuvent être situés à l'étranger conformément à l'article 701b AP⁶⁸.

Cortland, NY, un lieu difficilement atteignable en plein hiver, situé à 400 km de New York, NY ; Schnell v. Chris-Craft Industries, Inc., 285 A.2d 437 (Del. 1971).

⁶⁶ Rapport explicatif, p. 76 (qui parle à tort de « nullité » en citant l'art. 706 CO ; la version allemande du Rapport explicatif (p. 78) utilise en revanche le terme « angefochten »).

⁶⁷ La première fois par ABB en 2000, cf. BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 no 11. Cf. aussi LAMBERT, p. 37 ss.

La décision d'organiser une assemblée générale multi-sites relève de la compétence du conseil d'administration, sans qu'il ne soit nécessaire de prévoir une base statutaire⁶⁹.

3. Assemblée générale à l'étranger (art. 701b AP)

L'Avant-Projet prévoit expressément que l'assemblée générale peut se tenir à l'étranger, possibilité que certains auteurs reconnaissent déjà en droit positif (art. 701b AP)⁷⁰.

A l'instar de la réglementation proposée par le Prof. VON DER CRONE⁷¹, l'Avant-Projet prévoit que l'assemblée générale ne peut se tenir à l'étranger que si une base statutaire l'autorise ; par ailleurs, l'Avant-Projet va plus loin et subordonne l'adoption d'une telle base statutaire à une majorité qualifiée (art. 704 al. 1 ch. 7 AP⁷²). A défaut de dispositions statutaires, une décision unanime est nécessaire dans chaque cas d'espèce⁷³.

Si l'on admet que le droit positif n'interdit pas de tenir une assemblée générale à l'étranger, la nécessité d'une base statutaire adoptée à la majorité qualifiée (ou, à défaut, du consentement de tous les actionnaires) est dès lors la seule nouveauté (et restriction) introduite par l'Avant-Projet.

Le Rapport explicatif rappelle que la décision d'introduire une disposition statutaire permettant la tenue de l'assemblée générale à l'étranger peut, le cas échéant, être annulée si ce choix supprime ou limite *de facto* le droit de participation des actionnaires (art. 706b ch. 1 CO/AP)⁷⁴. Cependant, la société devrait pouvoir parer à cet argument en permettant notamment à ses actionnaires d'exercer leurs droits à distance⁷⁵.

⁶⁸ Cf. *infra*, section II.C.3, p. 80.

⁶⁹ Ces dispositions posent des problèmes de délimitation avec les dispositions relatives au recours aux médias électroniques ; cf. *infra*, section II.F, p. 85.

⁷⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 no 84.

⁷¹ VON DER CRONE, Generalversammlung, p. 17 et 22.

⁷² L'art. 704 al. 1 ch. 7 AP correspond à l'art. 704 al. 1 ch. 10 P-CO.

⁷³ Le Projet exige en outre que, en l'absence de dispositions statutaires, le conseil d'administration définisse le mode d'expression du consentement de l'actionnaire (art. 701b al. 2 P-CO). On voit mal la portée de cette disposition, reprise telle quelle de l'art. 700 al. 4 P-CO (cf. *supra*, n. 58).

⁷⁴ Rapport explicatif, p. 77.

⁷⁵ Cf. *infra*, section II.D.1, p. 81 s.

Si des décisions requièrent la forme authentique, l'article 25 ORC s'applique (légalisation, apostille)⁷⁶.

D. Recours aux médias électroniques (art. 701c-701f AP)

La notion de recours aux médias électroniques regroupe deux hypothèses distinctes :

- l'exercice à distance des droits des actionnaires (art. 701c AP) ; et
- l'assemblée générale électronique (art. 701d AP).

Certaines conditions – ainsi que les conséquences d'une défaillance technique – sont réglées de manière identique aux articles 701e-701f AP.

L'Avant-Projet s'inspire ici aussi, dans une large mesure, des propositions faites par le Prof. VON DER CRONE⁷⁷.

1. Exercice à distance des droits des actionnaires (art. 701c AP)

L'exercice à distance des droits des actionnaires est la possibilité offerte aux actionnaires, notamment ceux qui sont à l'étranger et/ou qui ne peuvent se déplacer, de pouvoir prendre part à distance à l'assemblée générale sous une « *forme électronique* », pourvu que l'assemblée générale soit retransmise par des « *médias électroniques* »⁷⁸.

L'hypothèse visée par cette disposition ne se distingue pas très clairement de celle de l'assemblée générale multi-sites⁷⁹. D'après le Rapport explicatif, cette formulation viserait essentiellement la possibilité d'organiser la participation d'actionnaires par le biais d'une vidéoconférence sécurisée ou d'Internet, les actionnaires devant pouvoir participer à l'assemblée générale comme s'ils étaient présents⁸⁰.

⁷⁶ Rapport explicatif, p. 77.

⁷⁷ VON DER CRONE, Generalversammlung, p. 19 ss. Rapport explicatif, p. 28.

⁷⁸ L'art. 701c ch. 3 P-CO prévoit en outre que les interventions des actionnaires doivent être retransmises par des médias électroniques au lieu de la réunion.

⁷⁹ Cf. *supra*, section II.C.2, p. 79 s.

⁸⁰ Rapport explicatif, p. 30 et 77.

Comme ces deux institutions ne sont pas soumises aux mêmes conditions⁸¹, il nous semble qu'un travail de clarification et d'uniformisation s'impose.

L'exercice à distance des droits des actionnaires nécessite une base statutaire ; la majorité absolue suffit⁸².

2. Assemblée générale électronique (art. 701d AP)

L'assemblée générale électronique va un pas plus loin ; il s'agit de tenir une assemblée générale virtuelle, sans réunion physique, chaque actionnaire intervenant par l'intermédiaire d'un média électronique (Internet ou Intranet)⁸³.

L'assemblée générale électronique nécessite le consentement de tous les actionnaires.

Pour des raisons de droit notarial⁸⁴, l'assemblée générale électronique n'est possible que si aucune décision ne requiert la forme authentique.

3. Conditions communes et problèmes techniques (art. 701e-701f AP)

Dans tous les cas, le conseil d'administration devra s'assurer de l'identité des actionnaires et prendre des mesures pour que les participants puissent prendre part aux débats et que le résultat du vote ne puisse être falsifié (art. 701e AP).

Si des problèmes techniques surgissent, l'assemblée générale doit être répétée, en tout cas à partir du moment où le problème technique est apparu (art. 701f AP).

⁸¹ L'exercice à distance des droits des actionnaires nécessite une base statutaire (art. 701c AP), ce qui n'est pas le cas de l'assemblée multi-sites. L'art. 701f AP n'est prévu que dans le cadre de l'exercice à distance. Cf. aussi les différences entre l'art. 701a al. 3 AP et l'art. 701e AP.

⁸² Cf. aussi nos commentaires *infra*, section II.F, p. 85.

⁸³ Le Projet garde le principe en ajoutant deux conditions supplémentaires relatives à la retransmission des interventions et au mode d'expression du consentement des actionnaires ; cf. art. 701d al. 2 et 3 P-CO. Sur le second point, cf. *supra*, n. 73.

⁸⁴ Notamment les principes de l'unité de l'acte authentique et de l'unité de lieu ; cf. Rapport explicatif, p. 30.

On notera enfin que le procès-verbal devra mentionner un certain nombre de points en relation avec l'utilisation des médias électroniques et des problèmes qui ont pu en résulter (art. 702 al. 2 ch. 5-7 AP).

E. Procès-verbal (art. 702 AP)

L'Avant-Projet prévoit que le procès-verbal doit être disponible dans les 20 jours qui suivent l'assemblée générale, soit sous forme électronique, soit en étant délivré gratuitement aux actionnaires qui en font la demande (art. 702 al. 3 AP).

Bien que l'actuel article 702 CO ne soumette la rédaction du procès-verbal à aucun délai, une partie de la doctrine préconise déjà que le procès-verbal soit mis à la disposition des actionnaires dans les 20 jours qui suivent l'assemblée générale, notamment pour permettre aux actionnaires d'évaluer et de préparer une éventuelle action en annulation, soumise quant à elle à un délai de péremption de deux mois⁸⁵.

Les indications qui doivent obligatoirement figurer dans le procès-verbal (art. 702 al. 2 AP) font l'objet d'un certain nombre d'ajustements qui reflètent notamment les modifications de fond prévues par l'Avant-Projet⁸⁶.

F. Appréciation

Les propositions d'amélioration des droits des actionnaires et de modernisation de l'assemblée générale amènent les remarques suivantes.

Premièrement, il faut saluer les efforts en vue de nettoyer et clarifier le texte légal actuel, par exemple s'agissant des seuils pour requérir la convocation de l'assemblée générale ou l'inscription d'un objet à l'ordre du jour, même si certaines clarifications ne sont pas forcément heureuses, comme le délai de 40 jours pour requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour⁸⁷.

Deuxièmement, toute proposition en vue d'améliorer les droits des actionnaires nous paraît louable, en tout cas aussi longtemps qu'elle n'impose pas une charge trop lourde ou trop onéreuse pour la société ou

⁸⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 no 196. Cf. aussi art. 6 al. 3 CSBP.

⁸⁶ Cf. not. *supra*, section II.D.3, p. 83 et *infra*, section III.B.3 *in fine*, p. 90.

⁸⁷ Cf. nos remarques *supra*, section II.A.2.c, p. 72 ss.

qu'elle n'entrave pas son bon fonctionnement. Dans ce contexte, on peut être d'avis qu'il est effectivement opportun d'introduire un seuil plus élevé pour convoquer l'assemblée générale d'une société cotée en bourse que pour inscrire un objet à l'ordre du jour⁸⁸.

Troisièmement, et c'est là une critique plus fondamentale de l'Avant-Projet, toute codification implique la nécessité de faire des choix au risque de figer la situation voire d'opérer un certain retour en arrière par rapport à la pratique. Il en va ainsi des dispositions relatives au lieu de réunion de l'assemblée générale et au recours aux médias électroniques⁸⁹. Si aujourd'hui ces propositions peuvent paraître relativement novatrices, on peut se demander si elles sont bien utiles sous cette forme.

Du point de vue de la technique législative – et au niveau des principes aussi – l'Avant-Projet pourrait simplement prévoir que les modalités relatives à la tenue de l'assemblée générale sont normalement de la compétence du conseil d'administration et que celui-ci est libre de l'organiser en fonction des besoins de la société et des actionnaires, en tenant compte des principes généraux d'immédiateté⁹⁰, de fiabilité et de contrôle des votes – principes qui existent déjà de manière implicite en droit positif⁹¹ – en vue d'assurer un *level playing field* entre les actionnaires⁹². Le fait que le conseil d'administration doive, cas échéant, répondre des carences de l'organisation de l'assemblée générale, ainsi que la possibilité de demander l'annulation, voire de faire constater la nullité des décisions prises par l'assemblée générale, devraient suffire à assurer les droits des actionnaires. Il ne paraît dès lors pas utile de rentrer dans plus de détails au risque de faire perdre de sa souplesse au droit de la société anonyme⁹³.

⁸⁸ Cf. cependant nos remarques *supra*, section II.A.2.a, p. 70 s.

⁸⁹ Qu'en est-il par exemple de la possibilité de simplement retransmettre l'assemblée générale sur Internet sans que les actionnaires ne puissent y prendre part? Est-ce que cela sera toujours possible au vu des conditions posées par les art. 701a-701f AP?

⁹⁰ Le principe d'immédiateté ne s'applique ni en droit de la Sàrl qui prévoit un processus de décision par écrit pour l'assemblée des associés (art. 805 al. 4 CO), ni en droit de la société coopérative (art. 880 CO). Ce principe n'est pas contesté en droit de la société anonyme, notamment par ceux qui voudraient introduire le système du *proxy* américain en droit suisse ; cf. p. ex. HOFSTETTER Karl, Modernere Spielregeln für die Aktionärsdemokratie, in : NZZ no 99 (29 avril 2006), p. 33 (cité : HOFSTETTER, Spielregeln), p. 33.

⁹¹ Cf. p. ex. VON DER CRONE, Generalversammlung, p. 2 s.

⁹² BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 no 10.

⁹³ Des critiques similaires ont été émises lors de la procédure de consultation dont les résultats sont disponibles sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice (rubrique thèmes, économie, législation).

Si l'on voulait vraiment améliorer la transparence et la participation des actionnaires – conformément au but du gouvernement d'entreprise voulu par l'Avant-Projet – on pourrait songer à imposer aux sociétés (ou à certaines d'entre elles, par exemple celles d'une certaine importance économique ou cotées en bourse) l'*obligation* d'offrir à leurs actionnaires la possibilité de participer à distance à l'assemblée générale, par Internet⁹⁴. Cela présuppose évidemment l'abandon du principe d'immédiateté que nous avons évoqué.

Quoi qu'il en soit, telles que proposées, les dispositions relatives au lieu de réunion et au recours aux médias électroniques posent les problèmes de coordination précédemment signalés.

Cela tient notamment au fait que l'Avant-Projet traite séparément la question de l'assemblée multi-sites – qui impose la retransmission par des moyens audiovisuels – et l'exercice à distance des droits des actionnaires. Dans une première lecture, l'Avant-Projet donne l'impression que ces deux hypothèses ne se recouvrent pas. On peut cependant en douter dans la mesure où l'on voit mal que les moyens audiovisuels visés dans le cadre de l'article 701a al. 3 AP ne soient pas des médias électroniques au sens de l'article 701c AP⁹⁵. Cela aurait pour conséquence que les sociétés qui souhaiteraient organiser une assemblée multi-sites devraient également respecter les dispositions relatives aux médias électroniques⁹⁶, ce qui ne semble pas être le but voulu. Il existe là, il nous semble, un travail de clarification à effectuer.

⁹⁴ A une époque où tout un chacun peut voter par correspondance et où l'on trouvera bientôt normal d'exercer ses droits civiques par internet, on voit mal pourquoi les actionnaires seraient moins bien lotis que les citoyens.

⁹⁵ Inversement, on pourrait soutenir que lorsque la société offre la possibilité aux actionnaires d'exercer leur droit à distance au sens de l'art. 701c AP, l'assemblée se tient en réalité en des lieux différents au sens de l'art. 701a al. 2 AP.

⁹⁶ L'exercice à distance des droits des actionnaires nécessite une base statutaire (art. 701c AP), ce qui n'est pas le cas de l'assemblée multi-sites ; l'art. 701f AP n'est prévu que dans le cadre du recours aux médias électroniques. Voir aussi les différences entre l'art. 701a al. 3 AP et l'art. 701e AP.

III. REPRÉSENTATION DES ACTIONNAIRES À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE (ART. 689-689D AP) ET DROITS DE VOTE (ART. 703-704 AP)

A. Insatisfaction de la situation actuelle

Un des buts d'un bon gouvernement d'entreprise est que la volonté des actionnaires soit fidèlement reflétée par les votes émis lors de l'assemblée générale. Or, force est de constater que la réglementation actuelle est insatisfaisante à de nombreux égards, qu'il s'agisse de la représentation institutionnelle (art. 689c-689d CO) ou de la limitation de la représentation par un autre actionnaire (art. 689 al. 2 CO)⁹⁷.

On relèvera cependant qu'il n'est pas exact d'affirmer, comme le fait le Rapport explicatif, que la représentation par un organe de la société est peu utilisée⁹⁸.

S'agissant de la représentation par le dépositaire (qui a, pour différentes raisons, perdu de son importance⁹⁹), l'actuel article 689d al. 1 CO prévoit que celui-ci doit rechercher les instructions de vote auprès de ses clients. Cependant, bien souvent, ces demandes restent sans réponse, soit parce que le client néglige de répondre ou parce que le courrier est adressé en poste restante à la banque. Or, à défaut d'instructions spécifiques ou d'indications générales du client, le dépositaire doit suivre les propositions du conseil d'administration (art. 689d al. 2 CO).

Les clients ignorent bien souvent cette règle qui a pour effet une modification sensible des rapports de force en faveur du conseil d'administra-

⁹⁷ Rapport explicatif, p. 16 s. et 66 ss.

⁹⁸ Cf. VON DER CRONE Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 4 : Stimmrechtsvertretung/Dispoaktien (disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice, rubrique Thèmes, économie, législation – cité : VON DER CRONE, Stimmrechtsvertretung), p. 6 ss : un sondage effectué auprès de 286 sociétés suisses (dont 26 figurant au SMI) montre que 23 % des actionnaires se font représenter par un organe de la société (36 % pour les sociétés du SMI), 10 % par le représentant indépendant (20 % pour les sociétés du SMI) et 4 % par le dépositaire (2 % pour les sociétés du SMI).

⁹⁹ BÖCKLI, Vorentwurf, p. 7.

tion, sans que cela ne soit forcément justifié¹⁰⁰ ni que cela représente nécessairement la volonté des actionnaires.

Quant à la représentation par un organe de la société ou par le représentant indépendant (art. 689c CO), la révision de 1991 n'a pas expressément prévu l'obligation de demander à l'actionnaire des instructions de vote. Il est cependant admis que, à défaut d'instructions, l'organe de la société, voire le représentant indépendant, doivent également suivre les propositions du conseil d'administration¹⁰¹.

Enfin, conformément à l'actuel article 689 al. 2 CO, les statuts peuvent prévoir que les actionnaires ne peuvent se faire représenter que par un autre actionnaire. Il s'agit d'une limitation importante des droits des actionnaires que rien ne justifie vraiment dans les sociétés ouvertes et qui peut conduire à des résultats intolérables dans les sociétés fermées en cas de conflits entre actionnaires.

La situation actuelle est donc insatisfaisante du point de vue du gouvernement d'entreprise et du respect des droits des actionnaires, que ce soit dans des sociétés ouvertes au public ou dans les sociétés privées.

B. Réglementation proposée par l'Avant-Projet

L'Avant-Projet modifie assez fondamentalement (et simplifie) la réglementation actuelle de la représentation des actionnaires et la remplace par un système différencié selon que la société est ou non cotée en bourse.

On peut regretter que l'Avant-Projet ne reprenne pas la disposition proposée par le Groupe de Travail qui permettait expressément à chaque actionnaire de se faire accompagner et assister par une personne de son choix à l'assemblée générale, pratique déjà souvent suivie actuellement¹⁰².

¹⁰⁰ Cette position n'est pas contestée ; cf. notamment les prises de position émises lors de la procédure de consultation dont les résultats sont disponibles sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice (rubrique thèmes, économie, législation).

¹⁰¹ Cf. aussi BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 no 285 et 291 s. ; SCHAAD Hans-Peter, in : Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf (édit.), 2e éd., Bâle, Genève et Munich 2002, ad art. 689-689e CO (cité : OR II-SCHAAD), no 10 et 15 ad art. 689c.

¹⁰² BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMMONTET, p. 215.

1. Règle générale (art. 689 al. 2 AP)

L'article 689 al. 2 AP pose la règle générale qui suit : soit l'actionnaire participe lui-même à l'assemblée générale, soit il peut désigner une tierce personne de son choix pour se faire représenter.

Pour le reste, l'Avant-Projet distingue selon que la société est ou non cotée en bourse¹⁰³.

2. Sociétés non cotées en bourse (art. 689c AP¹⁰⁴)

Il est possible de déroger à la règle générale dans les sociétés non cotées en bourse : celles-ci peuvent en effet prévoir dans leurs statuts que les actionnaires ne peuvent être représentés que par d'autres actionnaires (art. 689c al. 1 AP).

Cette possibilité est toutefois assortie d'une cautèle importante en vue d'éviter d'éventuels conflits d'intérêts : si un actionnaire le requiert, la société doit désigner un représentant indépendant que les actionnaires peuvent mandater pour exercer leurs droits de vote (art. 689c al. 2 AP)¹⁰⁵. L'actionnaire doit faire parvenir sa demande au moins 10 jours avant la date de l'assemblée générale (art. 689c al. 3 AP)¹⁰⁶.

Si, malgré la demande d'un actionnaire, la société ne communique pas aux actionnaires le nom et l'adresse d'un représentant indépendant au moins 5 jours avant la date de l'assemblée générale (art. 689c al. 4 AP)¹⁰⁷, l'actionnaire peut alors mandater un tiers de son choix, actionnaire ou non, pour le représenter à l'assemblée générale (art. 689c al. 5 AP)¹⁰⁸.

¹⁰³ L'Avant-Projet a été passablement critiqué pendant la procédure de consultation et l'on peut penser que le système proposé par le Projet, en dépit des changements intervenus, connaîtra encore des modifications pendant la procédure législative.

¹⁰⁴ Le régime applicable aux sociétés non cotées fait dorénavant l'objet de l'art. 689d P-CO.

¹⁰⁵ Cf. aussi BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMENTET, p. 214 ss.

¹⁰⁶ Le Projet prévoit dorénavant un délai de 14 jours ; art. 689d al. 3 P-CO. Nos remarques (cf. *supra*, section II.A.2.c, p. 72 s.) ne s'appliquent pas ici puisque, dans ce cas, les actionnaires ont déjà reçu la convocation à l'assemblée générale (art. 700 al. 1 CO).

¹⁰⁷ Le Projet prévoit dorénavant un délai de 8 jours ; art. 689d al. 4 P-CO.

¹⁰⁸ A moins que la société n'accepte qu'un actionnaire se fasse représenter par un tiers en dépit de l'interdiction statutaire ; cf. Message, FF 2008 1487.

Nonobstant la limitation prévue dorénavant dans le Projet¹⁰⁹, le système proposé ne devrait pas faire obstacle à une représentation volontaire par un organe de la société.

3. Sociétés cotées en bourse (art. 689d AP¹¹⁰)

L'Avant-Projet ne prévoit plus qu'une seule forme de représentation institutionnelle pour les sociétés cotées en bourse, à savoir la représentation par un représentant indépendant (art. 689d al. 1 AP). La représentation par un organe de la société et la représentation par un dépositaire sont proscrites¹¹¹.

Par conséquent, les actionnaires de sociétés cotées auront deux moyens de se faire représenter : soit ils désigneront individuellement un représentant conventionnel qu'ils pourront librement choisir conformément à l'article 689 al. 2 AP, soit ils utiliseront les services du représentant indépendant¹¹².

De manière à éviter que les rapports de force ne soient modifiés en faveur du conseil d'administration comme c'est le cas actuellement, l'Avant-Projet prévoit que le représentant indépendant ne vote pas s'il ne reçoit pas des instructions de vote spécifiques (art. 689d al. 2 AP)¹¹³. Dès lors, l'actionnaire devra non seulement retourner la carte de vote au représentant indépendant, mais également la remplir avec ses instructions de vote.

Une solution alternative, qui n'a pas été retenue dans l'Avant-Projet (ni par le Projet), aurait été de prévoir que les voix des représentants qui n'ont pas reçu d'instructions de vote soient comptabilisées dans la même proportion que les voix exprimées par les actionnaires présents et les représentants qui ont reçu des instructions de vote¹¹⁴.

¹⁰⁹ Cf. art. 689c al. 5 P-CO (auquel l'art. 689d al. 6 P-CO renvoie).

¹¹⁰ Le régime applicable aux sociétés cotées fait dorénavant l'objet de l'art. 689c P-CO.

¹¹¹ Cette interdiction est dorénavant expressément prévue à l'art. 689c al. 5 P-CO.

¹¹² Le Projet précise dorénavant que les actionnaires ne sont pas autorisés à établir des pouvoirs permanents en faveur du représentant indépendant ; cf. art. 689c al. 2 P-CO.

¹¹³ On ne retrouvait pas cette disposition pour les sociétés non cotées, ce qui devrait pourtant aller de soi. Cette omission est dorénavant réparée par le renvoi à l'art. 689c al. 3 P-CO prévu à l'art. 689d al. 6 P-CO.

¹¹⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 no 342 ; BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, p. 217 ss. Les exemples de calcul des voix sans instructions sont différents dans les deux ouvrages

Le Projet réintroduit cependant par la petite porte le vote par défaut en faveur des recommandations faites par le conseil d'administration dans le cas où des propositions non inscrites à l'ordre du jour sont soumises au vote de l'assemblée générale, à moins que l'actionnaire n'ait transmis au représentant indépendant des instructions pour ce cas précis (art. 689c al. 4 P-CO)¹¹⁵.

On notera que l'Avant-Projet supprime la communication prévue à l'actuel article 689e CO¹¹⁶ avec pour conséquence que les actionnaires ne sauront pas pendant l'assemblée générale combien de voix sont représentées par le représentant indépendant, cette information ne leur étant communiquée que dans le procès-verbal établi après coup (art. 702 al. 2 ch. 1 AP).

4. Procuration électronique (art. 689a al. 2 AP)

L'Avant-Projet prévoit que le conseil d'administration peut accepter une procuration électronique en lieu et place de la procuration écrite, à la condition cependant que la procuration électronique soit pourvue de la signature électronique qualifiée (art. 689a al. 2 AP¹¹⁷) au sens de l'article 14 al. 2^{bis} CO, c'est-à-dire qu'elle permette d'identifier avec certitude le signataire et le contenu du document. *A contrario*, le conseil d'administration ne devrait pas pouvoir accepter un autre type de procuration électronique.

En soi, l'article 14 al. 2^{bis} CO prévoit que la signature électronique qualifiée est assimilée à la signature manuscrite, sauf dispositions légales ou conventionnelles contraires. Par conséquent, tel que formulé, l'article 689a al. 2 AP permet en réalité au conseil d'administration de *refuser* une procuration électronique bien que celle-ci soit pourvue de la signature électronique qualifiée¹¹⁸. On se demande s'il y a vraiment lieu d'être plus restrictif en droit de société anonyme qu'en droit commun des obligations.

cités ; on notera que la deuxième solution est moins favorable aux « oui », sans justification particulière. Prônant dorénavant une solution différente, BÖCKLI, Vorentwurf, p. 20 s.

¹¹⁵ Pour une critique de cette solution, cf. BETTSCHART, RSDA 2008, 156.

¹¹⁶ Cette communication a été réintégrée dans le Projet ; cf. art. 689e P-CO.

¹¹⁷ L'art. 689a al. 2 AP correspond à l'art. 689a al. 1^{bis} P-CO.

¹¹⁸ Explicitement dans ce sens, Message, FF 2008 1485.

Il va de soi que l'actionnaire n'est jamais obligé d'envoyer sa procuration sous forme électronique.

C. Comptabilisation des droits de vote (art. 703-704 AP)

L'Avant-Projet prévoit, impérativement¹¹⁹, que les abstentions ne doivent pas être comptabilisées dans les votes exprimés (art. 703 al. 2 AP), contrairement au système actuel, dispositif, qui prévoit que celui qui s'abstient vote en réalité contre la proposition.

Il ne fait guère de doute que cette solution reflète mieux la volonté réelle de la personne qui s'abstient. Peut-être aurait-il toutefois fallu préciser que le décompte ne s'effectue que sur les votes *valablement* exprimés pour éviter que les votes nuls ne soient assimilés à des votes négatifs, comme c'est le cas aujourd'hui¹²⁰.

Curieusement, l'article 704 al. 1 AP, relatif aux majorités qualifiées, garde la formulation actuelle et ne reprend pas la modification prévue à l'article 703 AP. Il nous semble que rien ne justifie cette différence, hormis une inadvertance qu'il conviendra de corriger lors de la procédure législative¹²¹.

On notera par ailleurs que l'Avant-Projet tranche la controverse au sujet de l'actuel article 704 al. 2 CO : selon l'article 704 al. 2 AP, une disposition statutaire prévoyant une majorité qualifiée doit non seulement être adoptée, mais aussi abrogée, à ladite majorité qualifiée (*Siegment-Regel*). Cette règle correspond à la solution préconisée par la doctrine majoritaire¹²², même si cela peut conduire à une certaine pétrification des statuts de la société¹²³.

¹¹⁹ Message, FF 2008 1502.

¹²⁰ OR II-DUBS/TRUFFER, no 10 *ad* art. 703.

¹²¹ Cette inadvertance a été partiellement corrigée s'agissant du décompte des votes (*cf.* art. 704 al. 1 P-CO) ; en revanche, les valeurs nominales devraient toujours être calculées sur la base des actions représentées ; *cf.* BETTSCHART, RSDA 2008, 157.

¹²² *Cf.* not. BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 no 401 ss.

¹²³ Rapport explicatif, p. 79.

D. Actions dispo

Lorsqu'un actionnaire vend des actions nominatives cotées en bourse, sa banque communique son nom à la société (art. 685e CO) et celle-ci radie l'inscription du registre des actions. Rien n'oblige cependant l'acquéreur à s'annoncer auprès de la société : celui-ci peut rester anonyme, ce qui donne naissance aux actions dites « dispo »¹²⁴.

Bien entendu, l'actionnaire dispo ne peut exercer aucun droit social tant qu'il ne s'est pas annoncé (art. 686 al. 4 et 689a al. 1 CO). Cependant, il n'a guère de motivation à demander son inscription puisqu'il peut malgré tout toucher les dividendes à travers le système bancaire¹²⁵.

Très courantes dans la pratique, les actions dispo ont conduit *de facto* à la création d'actions sans droit de vote ; néanmoins, leur titulaire a la faculté de demander en tout temps son inscription au registre des actions¹²⁶. Le nombre des actions dispo n'a cessé d'augmenter et représente fréquemment 20 % à 40 % des droits de vote des sociétés ouvertes au public, parfois même jusqu'à 60 %¹²⁷.

La situation créée par la présence d'un grand nombre d'actions dispo remet en question la formation de la volonté sociale et peut conduire à une instabilité des rapports de force au sein de la société¹²⁸. En outre, l'existence d'un grand nombre d'actions dispo contrevient aux principes de transparence et n'est pas souhaitable du point de vue du gouvernement d'entreprise¹²⁹. Il rend d'emblée vain tout effort que les sociétés pourraient faire en vue d'encourager leurs actionnaires à exercer leurs droits sociaux : en effet, la société ne peut pas contacter les actionnaires dispo qui lui sont, par définition, inconnus.

Le Rapport explicatif reconnaît que la situation actuelle est insatisfaisante mais s'abstient de régler cette question, sous prétexte qu'il n'existe-

¹²⁴ De manière générale sur les actions dispo, cf. BÖCKLI, Aktienrecht, § 6 no 152 ss ; VON DER CRONE, Stimmrechtsvertretung, p. 12 ss.

¹²⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 6 no 165.

¹²⁶ BÖCKLI, Vorentwurf, p. 15 no 147.

¹²⁷ BÖCKLI, Vorentwurf, p. 15.

¹²⁸ BÖCKLI, Vorentwurf, p. 16.

¹²⁹ HOFSTETTER Karl, Le gouvernement d'entreprise en Suisse, Rapport final du groupe d'experts sur le gouvernement d'entreprise, economiesuisse (édit.), Zurich 2002 (cité : HOFSTETTER, Rapport final), p. 22 s.

rait pas de solution satisfaisante¹³⁰. Cela n'est pas tout à fait exact ; en particulier, il n'est pas juste d'affirmer¹³¹ qu'une règle qui obligerait les actionnaires à s'inscrire au registre des actions pour pouvoir percevoir leurs dividendes serait contraire aux usages du marché international des capitaux¹³². D'autres solutions existent que ce soit au niveau d'une simplification de l'inscription au registre des actions ou l'introduction d'un système de *nominee*, comme on le connaît aux Etats-Unis¹³³.

L'Avant-Projet prévoit seulement un (petit) palliatif : les sociétés dont les actions sont cotées doivent indiquer, dans la convocation à l'assemblée générale, le pourcentage du capital-actions constitué d'actions dispo et qui sont donc *de facto* privées de droit de vote (art. 700 al. 2 ch. 4 AP). Cette mesure de transparence est importante pour estimer les rapports de force au sein de l'assemblée générale.

E. Appréciation

De manière générale, il faut saluer la suppression du vote par défaut dans le sens des propositions du conseil d'administration¹³⁴. Cette suppression, ajoutée au fait que les abstentions de vote ne comptent plus comme des votes négatifs, aura vraisemblablement pour conséquence qu'il sera plus facile pour un groupe d'actionnaires minoritaires de faire passer une proposition contre la volonté du conseil d'administration.

Le fait qu'il sera nécessaire de convaincre les actionnaires passifs de voter dans un sens ou dans l'autre (le conseil d'administration n'étant plus assuré à l'avance des votes des actionnaires passifs) nous semble être de nature à favoriser la transparence et la qualité de l'information transmise aux actionnaires, car ce travail de conviction obligera le conseil d'administration et les actionnaires opposants à se livrer à un vrai débat d'idées avant l'assemblée générale. Cela représente clairement un progrès pour la démocratie actionnariale.

¹³⁰ Rapport explicatif, p. 17 ss. Il en va de même pour le Projet, en dépit des critiques exprimées pendant la procédure de consultation.

¹³¹ Rapport explicatif, p. 18 s.

¹³² BÖCKLI, Vorentwurf, p. 16 ; BÖCKLI, Aktienrecht § 6 no 167 ss.

¹³³ HOFSTETTER, Rapport final, p. 22 s. ; HOFSTETTER, Spielregeln, p. 33 ; VON DER CRONE, Stimmrechtsvertretung, p. 15 s. et 24 ss ; ZOBL Dieter/KRAMER Stefan, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zurich 2004, p. 83.

¹³⁴ Sous réserve de la solution adoptée par le Projet s'agissant des propositions formulées pendant l'assemblée générale, *cf. supra*, section III.B.3, p. 89 s.

D'aucuns craignent que la réglementation proposée ne conduise à affaiblir la représentation des actionnaires « *passifs et satisfaits* » à l'avantage des actionnaires « *activistes et opposants* »¹³⁵.

Il est vrai qu'il devrait être (légèrement) plus facile pour un groupe d'actionnaires minoritaires de faire passer une proposition contre la volonté du conseil d'administration.

Toutefois, le système inverse (soit l'actuel), qui a tendance à désavantager les actionnaires activistes et opposants et à renforcer la représentation des actionnaires passifs et satisfaits, donne surtout au management un moyen efficace pour se maintenir en fonction (*entrenchment*), ce qui n'est pas acceptable du point de vue du gouvernement d'entreprise.

IV. CONCLUSION

Quelles conclusions générales faut-il tirer des propositions de modifications soumises à notre examen?

Premièrement, les modifications ayant trait à la représentation des actionnaires et à la comptabilisation des droits de vote nous semblent être une avancée positive, dans le sens voulu par le gouvernement d'entreprise. Ces modifications favorisent la transparence et permettront de mieux refléter la volonté réelle des actionnaires.

Deuxièmement, dans la mesure où les actionnaires ne sont bien souvent pas en mesure d'exiger du management qu'il ne leur accorde plus de droits que ceux prévus par la loi, le droit dispositif minimum prend une importance considérable et constitue bien souvent, dans la pratique, les seuls droits accordés aux actionnaires. Par conséquent, l'amélioration des standards minimums eu égard aux droits de convoquer l'assemblée générale, d'inscrire un objet à l'ordre du jour ou d'inscrire une proposition représentent des avancées positives, sous réserve des points que nous avons signalés et dont on verra s'ils sont modifiés au cours de la procédure législative.

Troisièmement, il nous semble qu'il existe un risque de surréglementation, en particulier s'agissant des dispositions relatives au lieu de réunion

¹³⁵ Notamment : economiesuisse, Révision du droit de la société anonyme, Procédure de consultation sur la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le Code des obligations, dossier politique no 10-2 (20 mars 2006 – disponible sur le site d'economiesuisse), p. 9.

L'assemblée générale et les actionnaires
Avant-Projet et Projet de révision du droit de la société anonyme

de l'assemblée générale et au recours aux médias électroniques. Il n'existe en effet pas, à notre avis, une nécessité impérative de légiférer sur ces questions de cette manière-là ; il serait plus conforme à notre tradition législative de poser seulement les principes généraux dans la loi (immédiateté, fiabilité, contrôle des votes) et de laisser ensuite le conseil d'administration assumer ses responsabilités.