

CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Office fédéral de la justice
Office fédéral du registre du commerce
Bundesrain 20
3003 Berne

Réf. : PM/15017729

Lausanne, le 4 mars 2015

Madame, Monsieur,

Le Conseil d'Etat a l'honneur vous remercier de l'avoir consulté dans le cadre de son projet de révision du code des obligations – droit de la société anonyme.

Dans sa majorité, le Conseil d'Etat approuve dans sa globalité les propositions du Conseil fédéral.

Des remarques spécifiques formulées dans le cadre de la sous-consultation font l'objet d'une annexe à la présente.

En vous remerciant d'avoir donné la possibilité au Conseil d'Etat vaudois de s'exprimer sur ces objets, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT

LE CHANCELIER

Pierre-Yves Maillard

Vincent Grandjean

Annexe mentionnée

Copies

- ehra@bj.admin.ch (mot clé : révision du code des obligations (droit de la société anonyme))
- SG-DECS
- Office des affaires extérieures (OAE)

Annexe – Consultation de la révision du code des obligations – droit de la société anonyme

Avis principaux des organismes sous-consultés et remarques des autorités d'exécution

Les dispositions de l'avant-projet ont soulevé plusieurs remarques que nous souhaitons relever :

I. Imposition de l'agio et prise en compte de la réforme de l'imposition des entreprises (art. 671 al. 2 ch. 4 AP-CO)

Les modifications apportées par la réforme de l'imposition des entreprises III (RIE III) quant à l'imposition de l'agio ont entraîné une baisse des recettes fiscales plus importante qu'initialement prévue. Le libre choix des entreprises de verser de l'agio non-imposable plutôt que des réserves ouvertes imposables devrait dès lors faire l'objet d'une limitation. Il s'agirait donc d'introduire une règle plus contraignante que ce que prévoit le projet à son article 671 al. 2 ch. 4 AP-CO

II. Position de la Fédération patronale vaudoise (FPV) quant aux contraintes de l'article 697 al. 2-4 CO

La FPV considère inadéquat le fait d'imposer aux PME que le CA doive répondre à l'avenir au moins deux fois par an aux demandes de renseignements des actionnaires (art. 697 al. 2-4 CO). Outre de représenter une nouvelle charge administrative, cette mesure comporte le risque que le CA ne puisse fournir à un actionnaire minoritaire qu'une réponse partielle ou incomplète.

III. Position de l'association des notaires vaudois (ANV) sur la libération du capital

L'ANV considère que l'obligation de libérer entièrement le capital n'est pas indispensable. Le seuil minimal actuel de Fr. 50'000.- pour la libération initiale des actions lui semble suffisant. Il faut selon elle continuer d'encourager la forme de la SA qui répond souvent à un besoin réel des PME, et pour qui la Sàrl n'apporte pas de solutions satisfaisantes.

IV. Propositions de l'Ordre judiciaire vaudois

1. Action en restitution de prestations (art. 678 al. 1 AP-CO; rapport explicatif ch. 2.1.17 pp. 100 ss.)

a) Sous le droit actuel, l'art. 678 al. 1 CO (loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911; RS 220) prévoit que les actionnaires et les membres du conseil d'administration, ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indûment et de mauvaise foi des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires sont tenus à restitution.

Le projet de révision prévoit une extension de cette action s'agissant du cercle des personnes concernées et des prestations visées. Aux termes de l'art. 678 al. 1 AP-CO, elle pourra ainsi nouvellement être ouverte contre "les personnes qui s'occupent de la gestion et les membres du conseil consultatif" et permettra d'exiger la restitution des "rémunérations" ainsi que des "réserves légales issues du capital ou du bénéfice", l'ensemble des prestations visées devant cependant avoir été "perçu indûment".

Selon le rapport explicatif (cf. p. 100, 2^e par. *in fine* ad art. 678 AP-CO), le nouvel art. 678 al. 1 AP-CO étend le devoir de restitution aux "indemnités interdites" au sens de l'art. 735c al. 1 AP-CO. Le texte de l'art. 678 al. 1 AP-CO ne mentionne toutefois que les "rémunérations". Dans la mesure où les versions allemande ("*Vergütungen*") et italienne ("*retribuzioni*") utilisent le même terme dans les deux dispositions, il est probable que la version française de l'art. 678 al. 1 AP-CO sera interprétée dans le même sens par les tribunaux francophones. Afin d'éviter toute confusion, il paraît néanmoins plus simple que les art. 689 al. 1 et 735c al. 1 AP-CO usent du même terme également dans leur version française.

b) Une controverse existe déjà sous le droit actuel quant à la possibilité d'un concours entre l'action en restitution (art. 678 al. 1 CO) et celle en répétition de l'indu (art. 62 ss. CO). Dans l'hypothèse

affirmative, la seconde action conserverait une portée résiduelle, de sorte qu'elle pourrait – si ces conditions sont remplies – être intentée lorsque celles de l'art. 678 al. 1 CO ne le sont pas. A l'inverse, il est soutenu que l'art. 678 al. 1 CO régit exhaustivement, en tant que *lex specialis*, les conditions de la restitution des prestations versées par la société (cf. sur cette question Mustaki/Urban, Prévention et gestion des conflits d'intérêts des administrateurs in SJ 2014 II pp. 109 ss. spéc. pp. 161 s.). Le projet de révision n'aborde pas l'articulation entre ces deux actions et il n'en est pas non plus fait mention dans le rapport explicatif (cf. toutefois p. 129, 2^e par. ad art. 717 AP-CO, où il est précisé que les prestations ne pouvant pas faire l'objet d'une action en restitution engagent néanmoins la responsabilité du conseil d'administration, mais sans mentionner d'autres actions en restitution). Dans la mesure où le projet de révision concerne l'action en restitution, il semble utile que le législateur profite de l'occasion pour préciser la portée de cette action, la controverse sur ce point étant potentiellement source d'incertitude juridique.

2. Action en renseignements ou en consultation (art. 697b AP-CO; rapport explicatif, ch. 2.1.22, pp. 107 ss.)

a) Aux termes de l'art. 697b AP-CO, si les renseignements ou la consultation ont été refusés indûment, l'actionnaire peut demander au tribunal d'ordonner à la société de fournir les renseignements ou d'accorder le droit de consultation. Il s'agit d'une action indépendante, qui peut être intentée aussi bien contre la décision de l'assemblée générale que contre celle du conseil d'administration (cf. rapport explicatif p. 109 ad art. 697b AP-CO). Elle est soumise à la procédure sommaire (art. 250 let. c ch. 7 AP-CPC).

b) L'action en renseignements ou en consultation doit être ouverte au for du siège de la société (art. 10 al. 1 let. b CPC, non touché par la révision). Le droit cantonal devra cependant régler la compétence à raison de la matière et de la fonction pour connaître d'une telle action (cf. art. 4 al. 1 CPC, également non touché). Il s'agira ainsi d'apporter une précision dans le CDPJ (Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966, RSV 270.11).

3. Action intentée aux frais de la société (art. 697j et 697k AP-CO; rapport explicatif ch. 2.1.24 pp. 111 ss.)

a) Aux termes de l'art. 697j AP-CO, des actionnaires – pour autant qu'ils détiennent, séparément ou ensemble, une certaine participation dans la société – peuvent proposer à l'assemblée générale d'intenter une action aux frais de la société (al. 1); si l'assemblée donne suite à cette proposition, elle confie la conduite du procès au conseil d'administration ou désigne un représentant de la société (al. 2); si l'action n'est pas introduite dans un délai de six mois, chaque actionnaire peut requérir l'autorisation d'intenter une action aux frais de la société (al. 3).

L'assemblée générale peut toutefois refuser la proposition des actionnaires. Dans ce cas, l'art. 697k AP-CO prévoit le système suivant : si l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition, les actionnaires remplissant les conditions prévues par l'art. 697j AP-CO peuvent, dans un délai de trois mois, requérir du tribunal, à certaines conditions (al. 2), l'autorisation d'intenter une action en paiement à la société aux frais de la société (al. 1). Lorsque le tribunal est saisi, la société peut déclarer "vouloir intenter l'action", un délai de six mois lui étant alors imparti pour ce faire, faute de quoi il admet la requête (al. 3). Si le tribunal admet la requête, les requérants disposent d'un délai de six mois pour intenter l'action (al. 4). Les délais fixés aux alinéas 3 et 4 pour introduire l'action peuvent être prolongés de façon appropriée par le tribunal (al. 5). Sur demande des requérants, le tribunal peut exiger que la société leur verse une provision ou leur fournisse des sûretés pour financer la préparation et la conduite de la procédure au fond (al. 6). La société supporte l'ensemble des frais de la procédure au fond, y compris la fourniture d'avances et de sûretés, ainsi que les frais de représentation légale adéquate des requérants, sauf en cas de mauvaise foi ou de comportement téméraire (al. 7).

Ce mécanisme est rappelé dans le nouvel art. 756 al. 2 AP-CO (action en responsabilité), l'actuel art. 756 al. 1 CO – dont la modification n'est pas prévue – autorisant par ailleurs l'actionnaire à agir (à ses frais) en paiement de dommages-intérêts à la société (pour l'action en restitution cf. l'art. 678 al. 4 AP-CO, qui prévoit que l'action en restitution peut être intentée par un actionnaire, mais en faveur de la société).

b) On relèvera d'abord que l'art. 697k al. 2 let. a AP-CO prévoit notamment que les actionnaires doivent rendre vraisemblable l'existence d'un "dommage ou un préjudice financier causé à la société" ("*einen Schaden oder sonstigen finanziellen Nachteil der Gesellschaft*"; "*un danno o altro svantaggio finanziario patito dalla società*"). Au sens du droit actuel, un dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette (cf. notamment ATF 132 III 359 c. 4, JT 2006 I 295; TF 4A_255/2013 du 4 novembre 2013 c. 7.1), ce qui semble inclure le "préjudice financier" mentionné à l'art. 697k al. 2 let. a AP-CO. Le rapport explicatif n'explique au demeurant pas en quoi cette notion serait différente de celle du dommage. Une telle explication semble néanmoins utile, afin d'écartier toute confusion possible entre ces deux notions.

c) Les art. 697j et 697k AP-CO prévoient divers délais. L'ordre juridique suisse opère à cet égard une distinction entre les délais de droit matériel et procédurax, qui revêt une grande importance pratique. En effet, ces types de délais obéissent à des règles différentes, par exemple s'agissant des conditions auxquelles ils sont respectés (ATF 140 III 244 c. 5.3; ATF 137 III 208, JT 2012 II 108 et 112, SJ 2011 I p. 293). Les délais procédurax sont en outre suspendus durant les fêtes (art. 143 CPC - Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) et peuvent être restitués à certaines conditions (art. 148 CPC). Ils comprennent des délais légaux et fixés judiciairement, les seconds étant susceptibles d'être prolongés par le juge (art. 144 al. 1 et 2 CPC).

Il n'est pas toujours aisé de déterminer si les délais prévus aux art. 697j et 697k AP-CO sont des délais de droit matériel ou procédurax. On pense en particulier au délai de six mois, prévu par l'art. 697k al. 3 AP-CO, dont la société dispose lorsque des actionnaires ont requis d'être autorisés à ouvrir action à ses frais et qu'elle a déclaré souhaiter procéder. En effet, ce délai de six mois est relativement long et pourrait être mis en relation avec celui, d'une durée équivalente, dont la société dispose si l'assemblée générale accepte la proposition des actionnaires d'ouvrir action (cf. art. 697j al. 2 et 3 AP-CO). On pourrait ainsi comprendre le délai découlant de l'art. 697k al. 3 AP-CO comme étant un délai de droit matériel. Contrairement à celui prévu à l'art. 697j AP-CO, ce délai découle toutefois d'une déclaration faite par la société devant un tribunal saisi à la requête des actionnaires. Il peut par ailleurs être prolongé par ce tribunal (cf. art. 697k al. 5 AP-CO). Il existe ainsi également des éléments plaidant en faveur d'une qualification de ce délai comme un délai de procédure. Dans ce cas, il serait suspendu lors des fêtes et serait susceptible, à certaines conditions, d'être restitué.

Le rapport explicatif ne précise rien quant à la nature des délais prévus aux art. 697j et 697k AP-CO. Cette question entraîne cependant des effets importants – en particulier dans le cas du délai de six mois discuté ci-dessus, qui couvre potentiellement plusieurs fêtes – de sorte qu'il semble souhaitable qu'elle soit clarifiée dans la loi.

d) Lorsque l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition des actionnaires dans un délai de six mois ou refuse cette proposition, ceux-ci peuvent requérir, dans un délai de trois mois, l'autorisation d'agir eux-mêmes aux frais de la société (art. 697j al. 3 et 697k AP-CO). Cette requête doit être traitée en procédure sommaire (art. 250 let. c ch. 14 AP-CPC). L'art. 697k al. 3 AP-CO donne dans ce cadre la possibilité à "la société" ("*die Gesellschaft*"; "*la società*") de déclarer "vouloir intenter l'action". L'avant-projet ne règle pas expressément l'organe de la société auquel échoit cette compétence (cf. en particulier les art. 698 et 716 ss. AP-CO). A suivre ces dispositions, celle-ci devrait être prévue par les statuts de la société, à défaut de quoi elle reviendrait au conseil d'administration (art. 716 al. 1 CO, non concerné par l'avant-projet).

Outre que l'assemblée générale s'est déjà prononcée négativement, préalablement, au sujet de l'ouverture d'une action (art. 697k al. 1 AP-CO), l'attribution de cette compétence à cet organe semble cependant peu compatible avec le fait que la procédure d'autorisation est sommaire, savoir en principe simple et rapide. En effet, une nouvelle assemblée générale devrait alors être convoquée et tenue (cf. à cet égard les art. 699 ss. AP-CO), ce qui entraînerait des délais supplémentaires potentiellement importants. Il apparaîtrait dès lors plus clair que la loi précise, si telle est bien l'intention du législateur, que la compétence de déclarer "vouloir intenter l'action" est celle du conseil d'administration (plutôt que celle de la société, sans autre précision).

e) Lorsque l'assemblée générale accepte que la société ouvre action, elle confie la conduite du procès au conseil d'administration ou à un tiers (art. 697j al. 2 AP-CO). La même chose semble

s'appliquer si elle prend une telle décision ultérieurement, comme exposé au point précédent, sans qu'on y reconnaisse de difficulté particulière. La conduite d'un procès permet toutefois, en particulier, de mettre un terme à ce dernier par la conclusion d'une transaction, celle-ci ayant les effets d'une décision entrée en force (art. 241 al. 1 et 2 CPC).

On ne peut pas exclure qu'une transaction judiciaire soit conclue dans le but de contourner les dispositions légales impératives. Un tel risque a par exemple été mis en évidence par la doctrine relative aux dispositions de l'ORAb (ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse du 20 novembre 2013; RS 221.331). Ainsi, des indemnités de départ (soit des rémunérations interdites au sens de l'art. 95 al. 3 Cst.; cf. ég. l'art. 735c al. 1 ch. 1 AP-CO) pourraient être octroyées dans le cadre d'une transaction judiciaire mettant fin, pour solde de tout compte, aux rapports de travail (pour un exposé détaillé cf. Philippin, La mise en œuvre de l'initiative "contre les rémunérations abusives" in SJ 2014 II pp. 261 ss. spéc. 299 s.).

Cela pose la question des garanties dont dispose la société - respectivement les actionnaires minoritaires dont l'avant-projet cherche à augmenter la protection sur le plan judiciaire - contre la mauvaise conduite du procès par les personnes qui en ont été chargées, en particulier contre la conclusion d'une transaction qui serait défavorable à la société, voire qui léserait ses intérêts. Le rapport explicatif n'aborde pas cette problématique. Si l'on peut certes envisager qu'un tel comportement soit de nature à entraîner la responsabilité des personnes ayant conclu la transaction, la mise en cause de cette responsabilité nécessitera l'ouverture d'une seconde procédure judiciaire, dans le cadre de laquelle il s'agira de démontrer en quoi la transaction a lésé la société.

Pour parer à cette difficulté, il semblerait utile que le législateur prévoie certains outils de contrôle sur la conduite du procès, à tout le moins en ce qui concerne la conclusion d'une éventuelle transaction, par exemple en prévoyant que l'assemblée générale peut poser certaines conditions lorsqu'elle charge le conseil d'administration ou un tiers de conduire le procès, ou encore qu'une transaction judiciaire ne peut être ratifiée que par l'assemblée générale, à moins qu'elle n'ait expressément délégué cette compétence au conseil d'administration ou au tiers chargé de conduire la procédure. A défaut, le but visé par l'avant-projet risque de ne pas être pleinement atteint.

f) Le manque de diligence de la société pourrait également avoir des effets sur l'action ouverte par les actionnaires. S'agissant du financement de cette action, l'art. 697k al. 7 AP-CO prévoit que – sauf en cas de mauvaise foi ou de témérité – la société prend à sa charge l'entier des frais de la procédure, en particulier les avances et sûretés. Ce mécanisme a pour but d'éviter que le risque de devoir supporter les frais de la procédure ne décourage les actionnaires d'ouvrir action (cf. rapport explicatif, ch. 1.3.1.3, p. 23, dernier par.). Les actionnaires peuvent exiger que la société leur verse une provision et les sûretés nécessaires à la préparation du procès (art. 697k al. 6 AP-CO).

L'absence de paiement des avances et des sûretés entraînant l'irrecevabilité de l'action (cf. art. 59 al. 2 let. f CPC), l'omission ou le refus de la société de verser ces montants pourrait mettre un terme immédiat à l'action ouverte par ses actionnaires.

Le fait que cette action puisse en principe être introduite à nouveau, sous réserve de certaines circonstances (par exemple la péremption de l'action) et que l'omission ou le refus de payer les avances et sûretés soit de nature à entraîner la responsabilité de la personne chargée d'agir ne paraissent pas être des remèdes efficaces à cette situation. Dans les deux cas, les actionnaires devraient choisir entre la soumission d'une nouvelle proposition de procès à l'assemblée générale, avec le risque que la situation se répète, et l'ouverture de cette seconde procédure à leurs frais et risques (art. 756 al. 1 CO), ce qui est contraire au but poursuivi par les art. 697j et 697k AP-CO.

Il semble dès lors utile que le législateur prévoie une solution adéquate pour le cas où la société ne fait pas preuve de la diligence requise dans le financement du procès ouvert par ses actionnaires.

4. Introduction d'une base légale autorisant les clauses statutaires d'arbitrage (art. 697I AP-CO; rapport explicatif ch. 2.1.25, pp. 113 s.)

a) En vertu de l'art. 697I AP-CO, les 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 (al. 1). La procédure arbitrale est régie par les

dispositions de la 3^e partie du CPC (réd. : art. 353 ss. CPC), les statuts pouvant régler les modalités de la procédure arbitrale dans le cadre de ces dispositions (al. 2). Si une décision 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 (al. 3).

b) Le rapport explicatif indique notamment, en rapport avec l'art. 697I al. 2, 2^eme phrase AP-CO que "les statuts *doivent* régler les modalités de la procédure dans le cadre des dispositions du CPC". Cette exigence ne se retrouve toutefois pas dans l'avant-projet, puisque l'art. 697I al. 2, 2^eme phrase, se borne à prévoir que, dans le cadre de ces dispositions, les statuts *peuvent* régler les modalités de la procédure arbitrale. Il importe que cette question soit clarifiée de manière à éviter tout conflit au sujet de la validité des clauses statutaires d'arbitrage.

Parmi les actions qui peuvent être soumises à l'arbitrage figure notamment l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 al. 1 CO). Comme le relève le rapport explicatif, une telle action est susceptible d'aboutir à une décision opposable à tous les actionnaires, même si seuls l'actionnaire demandeur et la société étaient parties à la procédure. C'est la raison pour laquelle l'art. 697I al. 3 AP-CO institue une obligation d'information à la charge du conseil d'administration, en prévoyant que si une décision 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. A cet égard, le rapport explicatif expose que cet alinéa 3 prévoit, comme c'est le cas en Allemagne, que le conseil d'administration communique à tous les actionnaires l'institution d'une procédure d'arbitrage en leur signalant leurs droits à cet égard (conformément au CPC et, le cas échéant, aux statuts). Il n'est par contre pas indispensable que les actionnaires impliqués dans la procédure sans y être parties puissent participer à *l'institution du tribunal arbitral*, car le CPC offre des garanties suffisantes pour l'indépendance du tribunal arbitral.

On semble comprendre de ces explications que si les actionnaires non demandeurs n'ont pas pu participer à la mise en place du tribunal arbitral, ils seront en mesure, dûment informés de leurs droits par le conseil d'administration, de participer à la procédure arbitrale elle-même ; cela suppose qu'ils puissent intervenir (à titre accessoire, art. 74 CPC) dans cette procédure. Or, en droit de l'arbitrage interne, une intervention n'est possible qu'aux conditions posées par l'art. 376 al. 3 CPC – dont la modification n'est pas prévue par l'avant-projet –, à savoir à la condition d'être prévue par une convention d'arbitrage entre le tiers et les parties en litige et de recueillir l'assentiment du tribunal arbitral. Pour que l'information donnée par le conseil d'administration en vertu de l'art. 697I al. 3 AP-CO soit effective, à savoir qu'elle porte véritablement sur des droits, il est ainsi nécessaire que la clause d'arbitrage statutaire prévienne d'ores et déjà la possibilité pour les actionnaires non demandeurs de pouvoir intervenir dans la cadre de la procédure arbitrale dans l'hypothèse où la procédure arbitrale est susceptible d'aboutir à une décision ayant des effets sur la société et sur tous les actionnaires. Ce point mériterait d'être précisé à l'art. 697I, éventuellement dans le cadre d'une modification de l'art. 376 al. 3 CPC, où l'exigence de l'assentiment du tribunal arbitral pourrait aussi être supprimée en tant que condition à une intervention accessoire dans le cas de figure examiné ici.

c) Lorsque l'action de l'art. 706 CO est intentée par le conseil d'administration devant un tribunal étatique, le juge désigne un représentant de la société (art. 706a al. 2 CO).

Dans le cadre d'une procédure arbitrale telle qu'elle est prévue à l'art. 697I al. 1 AP-CO, la compétence pour désigner le représentant de la société n'est pas définie. Les art. 360 ss. CPC – applicables par le renvoi de l'art. 697I al. 2 AP-CO – prévoient certes certaines règles quant à la composition du tribunal arbitral, dont on pourrait éventuellement déduire cette compétence. Il paraît toutefois plus simple que cette question soit spécifiquement réglée dans le cadre de la révision, le cas échéant également pour d'autres situations similaires.

5. Participation des actionnaires à l'établissement de l'ordre du jour de l'assemblée générale (art. 699a al. 1 et 3 AP-CO; art. 700 al. 1 à 3 AP-CO; rapport explicatif ch. 2.1.27, pp. 114 ss.)

a) Des actionnaires, pour autant qu'ils détiennent une certaine participation, peuvent requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour (art. 699a al. 1 AP-CO). Selon l'art. 699a al. 3 AP-CO, ils peuvent adjoindre une motivation succincte à leur demande d'inscription d'un objet à l'ordre du jour ou d'une proposition, cette motivation devant être retranscrite dans la convocation à l'assemblée générale. Si le

conseil d'administration ne donne pas suite à la requête, l'inscription peut être obtenue par la voie judiciaire (art. 699a al. 5 AP-CO).

En vertu de l'art. 700 AP-CO, l'assemblée générale est convoquée en respectant certains délais (al. 1), les objets portés à l'ordre du jour devant figurer dans la convocation (al. 2 let. a); le conseil d'administration doit dans ce cadre veiller à ce que ces objets respectent l'unité de la matière et fournir à l'assemblée générale les renseignements pertinents pour la prise de décisions (al. 3).

b) L'avant-projet prévoit de permettre à certains actionnaires de participer à l'élaboration de l'ordre du jour de l'assemblée générale. Ils doivent toutefois motiver de façon "succincte" leur requête d'inscription d'un objet à l'ordre du jour (art. 699a al. 3 AP-CO), qui doit en outre respecter l'unité de la matière (art. 700 al. 3 AP-CO). Ces deux conditions sont toutefois largement sujettes à interprétation. Elles sont ainsi propices à l'émergence de conflits entre, d'une part, les actionnaires souhaitant voir un objet à l'ordre du jour de l'assemblée et, d'autre part, le conseil d'administration chargé de veiller – selon sa propre appréciation – à la conformité de leur requête.

Il paraît dès lors utile de soumettre les requêtes en inscription d'un objet à l'ordre du jour à un cadre juridique clair, en particulier s'agissant des conditions à remplir pour s'en prévaloir et des conséquences lorsque ces conditions ne sont pas remplies.

6. Assemblée générale virtuelle (art. 701d al. 1 AP-CO ; rapport explicatif ch. 2.1.29, pp. 119 ss.)

L'art. 701a AP-CO régit le lieu de l'assemblée générale, qui peut se tenir simultanément en divers lieux (al. 2). Dans ce cas, un site principal est désigné, où doit notamment se trouver l'officier public qui constate les décisions par acte authentique (al. 3 ch. 2). L'assemblée générale peut également se tenir exclusivement sous forme électronique et sans lieu de réunion physique (assemblée générale virtuelle) si les statuts le prévoient et qu'un représentant indépendant est désigné (art. 701d al. 1 AP-CO). Se fondant sur la doctrine, le rapport explicatif expose que les votes par correspondances et les décisions par voie de circulation peuvent être constatés par un acte authentique (cf. p. 120, 1^{er} par. *in fine*).

Cette manière de procéder apparaît conforme au droit vaudois. Ainsi, l'art. 62 al. 1 LNo-VD (loi vaudoise sur le notariat du 29 juin 2004; RSV 178.11) prévoit que les procès-verbaux d'assemblées générales ou de conseils d'administration, ainsi que les constats authentiques qui s'y prêtent, peuvent être valablement instrumentés en la forme authentique à distance lorsqu'un moyen audio-visuel assure tout au long de l'instrumentation une participation interactive des intervenants et du notaire.

7. Droit des membres du conseil d'administration et de la direction de s'exprimer lors de l'assemblée générale (art. 702a AP-CO; rapport explicatif, ch. 2.1.30 pp. 122 ss. spéc. p. 123)

a) En l'état, l'art. 702a CO prévoit que les membres du conseil d'administration ont le droit de prendre part à l'assemblée générale. Ils peuvent faire des propositions. Cette disposition doit être remplacée par l'art. 702a AP-CO, aux termes duquel les membres du conseil d'administration et de la direction qui participent à l'assemblée générale ont le droit de s'exprimer sur les objets portés à l'ordre du jour et de faire des propositions.

Le rapport explicatif expose à ce sujet que les membres du conseil d'administration et de la direction n'ont pas un droit de participation juridiquement exécutoire, ce qui ne ressortirait pas de l'art. 702a CO mais bien de l'art. 702a AP-CO (2^e par. ad art. 702a AP-CO).

b) Il ne ressort toutefois pas du libellé de l'art. 702a AP-CO que les membres du conseil d'administration et de la direction puissent être tenus à l'écart de l'assemblée générale. Cela ressort plus clairement des versions allemande et italienne, qui mentionnent leur participation au conditionnel ("*Nehmen (sie) an der Generalversammlung teil*"; "*Se partecipano all'assemblea generale*"), sans être toutefois aussi affirmatif que le rapport explicatif. Il semble ainsi que le texte de l'art. 702a AP-CO – au moins dans sa version française – ne permet pas d'atteindre le but visé par cette disposition.

8. Présidence du conseil d'administration – suspension (art. 712 AP-CO; rapport explicatif ch. 2.1.31 pp. 126 *in fine* s.)

a) L'art. 712 al. 1 et 2 AP-CO prévoit que les sociétés anonymes se dotent d'un président et les conditions d'élection de ce dernier. Pour le surplus, cette disposition autorise la réélection (al. 3) et régit la situation en cas de vacance à la présidence (al. 4) ainsi les fonctions de vice-président et de secrétaire du conseil d'administration (al. 5).

Se fondant sur la doctrine et sur l'actuel art. 726 al. 2 CO, le rapport explicatif indique que le conseil d'administration peut suspendre dans ses fonctions un président élu par l'assemblée générale (cf. p. 127, 2^e par.).

b) L'avant-projet ne prévoit toutefois pas une telle suspension et celle-ci ne découle pas non plus du droit actuel. L'art. 726 CO prévoit seulement la révocation des comités, délégués, directeurs, ainsi que des fondés de procuration et mandataires nommés par le conseil d'administration (al. 1) ainsi que ceux qui ont été désignés par l'assemblée générale (al. 2). Seule la modification du titre marginal de cet article est prévue par l'avant-projet. Pour que la suspension du président du conseil d'administration ne pose pas de difficultés juridiques particulières en pratique, il paraît utile qu'elle soit prévue directement dans la loi.

9. Décisions du conseil d'administration (art. 713 al. 2 AP-CO; rapport explicatif ch. 2.1.31 p. 127)

a) L'avant-projet prévoit un nouvel art. 713 al. 2 AP-CO, à la teneur duquel les décisions du conseil d'administration peuvent prendre forme d'une approbation donnée par écrit à une proposition ou être prises lors d'une séance tenue sous une forme électronique et sans lieu de réunion physique, à moins qu'un membre du conseil d'administration ne s'y oppose.

Le rapport explicatif précise que ce mode décisionnel est utile en cas d'urgence ou lorsque seules des décisions mineures doivent être prises, mais que les séances du conseil d'administration ne doivent pas être majoritairement tenues sous forme écrite ou électronique; pour cette raison, tout membre du conseil d'administration peut demander une discussion orale.

b) Il est douteux que, tel que formulé, l'art. 713 al. 2 AP-CO empêche qu'une majorité de décisions soient prises par voie écrite ou électronique. Cette disposition ne pose en particulier pas pour condition que les décisions concernées soient urgentes ou d'importance mineure. A la place d'une telle clause de besoin, il est prévu que la forme écrite ou électronique est admise lorsqu'aucun membre du conseil d'administration ne s'y oppose. Il n'est toutefois pas certain que cette condition permette d'atteindre le but décrit dans le rapport explicatif. Une clarification paraît dès lors nécessaire sur ce point.

10. Transmission d'information en cas de conflits d'intérêts (art. 717a al. 1 et 2 AP-CO; rapport explicatif ch. 2.1.31 pp. 130 *in fine* s.)

a) L'avant-projet prévoit l'introduction d'un nouvel art. 717a AP-CO. Cette disposition prévoit notamment que lorsqu'ils se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts, les membres du conseil d'administration en informent le président du conseil d'administration sans retard et de manière complète; celui-ci informe au besoin le conseil d'administration (al. 1). De manière similaire, si le président se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, il en informe les autres membres du conseil d'administration ou le vice-président, qui informe au besoin le conseil d'administration (al. 2).

Le rapport explicatif indique que cette disposition représente une innovation en matière de bonne gouvernance (cf. p. 130 *in fine*). Ainsi, l'information doit être transmise selon la nature et les conséquences potentielles du conflit d'intérêts pour la société, mais que tel doit être le cas en règle générale. Cette obligation peut en outre être généralisée dans le cadre du règlement d'organisation (cf. p. 131, 3^e par.).

b) En l'état actuel du droit, le caractère fautif d'une décision doit être apprécié à l'aune des connaissances de la personne qui l'a prise (cf. par ex. ATF 139 III 24 c. 3.2; TF 4A_120/2013 du 27 août 2013 c. 3 et réf. cit., SJ 2014 I p. 231), ce fait étant par nature difficile à prouver.

Dans ces conditions, il paraît très difficile d'établir l'existence d'un manquement à ses devoirs du président ou du vice-président du conseil d'administration en raison de l'omission d'informer le conseil de l'existence d'un conflit d'intérêt. L'interprétation de la notion de "besoin" au sens de l'art. 717a al. 1 et 2 AP-CO risque ainsi de ne pas améliorer la transparence au sein de la société, mais au contraire de compliquer la

tâche du justiciable invoquant une violation des devoirs prévus par cette disposition. Les conditions prévues par la teneur actuelle de celle-ci semblent ainsi contraires à son but, de sorte qu'une clarification de ces conditions paraît souhaitable.

11. Vote de l'assemblée générale sur les rémunérations des organes de la société (art. 735 AP-CO; rapport explicatif ch. 2.1.35 pp. 138 ss. spéc. 145 s.)

a) Selon l'art. 735 AP-CO, l'assemblée générale vote sur les rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif qu'ils perçoivent directement ou indirectement de la société (al. 1). Les statuts règlent les modalités du vote et peuvent fixer la marche à suivre en cas de refus des rémunérations par l'assemblée générale (al. 2). Diverses conditions doivent être respectées, le vote devant notamment avoir lieu tous les ans (al. 3 ch. 1) et les votes prospectifs sur les rémunérations variables étant illicites (al. 3 ch. 4). La soumission des rémunérations des organes découle actuellement de l'art. 18 ORAb, qui prévoit des conditions identiques à celles de l'art. 735 AP-CO, à l'exception de l'interdiction des votes prospectifs sur les rémunérations variables, qui n'est pas mentionnée.

b) Les rapports entre une société et ses organes relèvent en général, en parallèle aux effets découlant directement du droit des sociétés, du contrat de travail ou de mandat (pour un exemple récent, relatif à une société à responsabilité limitée, cf. ATF 140 III 409 c. 3.2.2, SJ 2015 I pp. 19 ss. spéc. 22 *in fine*). Pour qu'un contrat de travail (art. 319 ss. CO) soit conclu, l'employeur doit notamment s'engager à verser au travailleur un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). C'est le principe d'une rémunération, et non le montant concerné, qui est pertinent pour la conclusion du contrat (cf. par ex. Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014, p. 21).

La doctrine relative à l'art. 18 ORAb a déjà souligné les difficultés pratiques que posera le refus de l'assemblée générale d'approuver la rémunération des autres organes, en particulier s'agissant des conséquences d'une telle décision sur les contrats de travail liant les personnes concernées à la société (cf. Philippin, *op. cit.*, pp. 278 ss.). La société est toutefois liée par les contrats qu'elle a conclus, y compris s'agissant du montant des rémunérations qu'elle s'est engagée à payer.

Le droit suisse des contrats prévoit différentes institutions, notamment dans la partie générale du Code des obligations (nullité complète ou partielle des conventions [art. 20 al. 1 et 2 CO]; obligations assorties d'une condition suspensive ou résolutoire [art. 151 ss. et 154 CO]), permettant éventuellement de trouver des solutions aux litiges faisant suite à un vote de l'assemblée générale refusant d'approbation d'une rémunération. L'auteur précité cite d'ailleurs certains de ces outils et avance d'autres propositions – en particulier la conclusion de seuls contrats de durée déterminée pour les organes de la société –, mais en relevant qu'elles entraîneraient d'importantes difficultés pratiques (cf. Philippin, *loc. cit.*).