

## Ouvrage collectif Schulthess

# LE DROIT DES SOCIETES

### Introduction

Au moment où cet article est écrit, certains parlementaires se demandent s'il ne conviendrait pas de suspendre les travaux de révision du droit des sociétés anonymes, afin de tenir compte de l'évolution accélérée de nos rapports avec la Communauté européenne. Plutôt qu'un examen minutieux des innombrables questions que soulève la compatibilité de notre droit positif avec le droit communautaire en matière de sociétés anonymes, cette contribution tentera de répondre à cette question essentielle : faut-il aller de l'avant dans la révision du titre 26ème du Code des obligations sur les sociétés anonymes, en attendant 1992, ou convient-il de les ajourner ?

## I. LE DROIT EUROPEEN DES SOCIETES

Pour le droit des sociétés, une certaine harmonisation juridique a déjà été réalisée dans la Communauté européenne. Il convient de prévenir les abus de la liberté d'établissement dont bénéficient également les personnes morales. Il est nécessaire de protéger leurs créanciers et leurs associés, et de tenir compte du caractère transnational de leurs activités. On doit aussi éliminer les distorsions de concurrence. Enfin, la constitution progressive d'un marché financier européen explique différentes normes qui rapprochent, coordonnent et harmonisent les droits nationaux. Il ne s'agit pas d'une unification complète, puisque l'instrument principal est l'adoption de **directives**.

Les sources du droit européen des sociétés sont les suivantes :

### A. DIRECTIVES ADOPTEES

1. Première directive du 9 mars 1968 (1):  
Coordination des garanties générales (publicité, validité des engagements souscrits au nom de la société, nullité de sociétés)

2. Deuxième directive du 13 décembre 1976 (2):  
Constitution de la société anonyme, maintien et modification de son capital
3. Troisième directive du 9 octobre 1978 (3):  
Fusions de sociétés anonymes
4. Quatrième directive du 25 juillet 1978 (4):  
Comptes annuels des sociétés (structure et contenu des comptes annuels, rapports de situation et méthodes d'évaluation)
5. Sixième directive du 17 décembre 1982 (5):  
Scissions des sociétés anonymes
6. Septième directive du 13 juin 1983 (6):  
Comptes consolidés
7. Huitième directive du 10 avril 1984 (7):  
Agrément des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables
8. Directive du 17 mars 1980 (8):  
Coordination des conditions d'établissement, de contrôle et de diffusion du prospectus à publier pour l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs
9. Directive du 22 juin 1987 (9):  
Modification de la directive du 17 mars 1980 (cf. supra sous ch.8)
10. Onzième directive du 21 décembre 1989 (10):  
publicité des succursales créées dans un Etat membre par certaines formes de sociétés relevant du droit d'un autre Etat membre

## B. DIRECTIVES PROPOSEES

11. Proposition modifiée d'une cinquième directive du 19 août 1983 (11):  
Structure des SA, pouvoirs et obligations de leurs organes
12. Proposition de directive modifiant la quatrième et la septième directive du 5 mai 1986 (12):  
Comptes annuels, comptes consolidés : champ d'application (pour les sociétés de personnes dont tous les associés sont des personnes morales)

13. Proposition de dixième directive du 14 janvier 1985 (13):  
Fusions transfrontalières des SA

C. SONT A L'ETUDE

- proposition de directive modifiant les quatrième et septième directives comptables en ce qui concerne les dérogations en faveur des sociétés PME ainsi que l'établissement et la publication de comptes en Ecus (14)
- proposition de directive pour la liquidation des sociétés
- proposition de directive pour les offres publiques d'achat
- proposition de directive pour les rapports des entreprises au sein d'un groupe
- modification de la proposition d'ordonnance pour une Societas Europea du 10 avril 1975.

L'impact de ces directives pour les entreprises suisses et notre législation a déjà été analysée ailleurs (15). Il paraît inutile de l'évoquer à nouveau en détail. Mais qu'en déduira-t-on pour la révision en cours du droit des sociétés anonymes ? Afin de mieux comprendre le retard pris dans ce domaine, nous esquisserons d'abord une brève comparaison entre le droit allemand et le droit suisse (ci-dessous chiffre II).

Puis l'historique des travaux de révision fera le point sur ce qui est acquis (chiffre III). Enfin, la comparaison entre droit suisse et droit européen nous amènera à conclure : faut-il suspendre les travaux de révision ou se hâter de les achever (chiffre IV) ?

Le droit des sociétés ne se limite pas aux seules sociétés anonymes. Nous n'évoquerons pourtant qu'incidemment les sociétés coopératives et les sociétés à responsabilité limitée, auxquelles s'appliquent parfois les textes communautaires. Nous mentionnerons seulement pour mémoire le **groupement européen d'intérêt économique**, lequel se distingue de notre société simple en ceci qu'il est obligatoirement géré par un organe autre que les associés (16) et qu'il possède la personnalité morale comme son modèle français, le groupement d'intérêt économique.

De surcroît, le droit applicable aux sociétés anonymes - ou éventuellement à d'autres sociétés - ne se borne pas au droit privé du titre 26ème du Code des obligations. D'une part, le droit boursier, ou en Suisse, ses rudiments (17), d'autre part, le droit comptable sont les ailes marchantes d'un ordre juridique qui saisit les sociétés non seulement dans leur fonctionnement interne, mais aussi dans leurs rapports avec les tiers, les créanciers, mais aussi les investisseurs, les épargnants, les employés, la presse financière et le grand public. Droit boursier et droit comptable font l'objet de contributions distinctes, dans le présent volume, et nous y renvoyons globalement.

## II. TRAITS GENERAUX DU DROIT SUISSE DES SOCIETES

Le droit suisse des sociétés date de l'entre-deux guerres. Pour la société anonyme, il est même plus ancien, puisque ses grands traits remontent à 1881. A l'époque, le Code fédéral des obligations reprenait dans une large mesure les solutions de l'ancienne *Aktiengesetz* allemande de 1870, qui fut modifiée en 1884 pour lutter contre des abus divers, ceux des fondateurs ("Gründungsschwindel") et ceux des actionnaires minoritaires. Les mesures prises en Allemagne accroissaient par exemple la responsabilité des fondateurs et l'influence de l'assemblée générale, tout en renforçant les compétences du conseil de surveillance et les prescriptions en matière de comptabilité. La révision du droit allemand en 1897 n'en modifiera guère les orientations générales (18). Ce sont l'ordonnance de 1931 et la nouvelle *Aktiengesetz* de 1937 qui modifient ces textes fondamentaux, en réalisant des réformes qui n'ont pas encore toutes été adoptées dans notre Code des obligations révisé en 1936, par exemple :

### A. EXCLUSION DES PETITES SOCIETES ANONYMES

La Suisse comptait à fin 1989 141'000 sociétés anonymes. La République fédérale d'Allemagne, avec un marché dix fois plus peuplé, en comptait alors 2492. Ce phénomène rend illusoire toute comparaison entre les droits des pays voisins, puisqu'ils possèdent un droit des sociétés anonymes qui vise pour l'essentiel une autre réalité économique que le droit suisse : le droit allemand et le droit français s'appliquent à de très grandes sociétés, le nôtre à de grandes et de petites sociétés, dont beaucoup sont des sociétés de domiciliation (19). Il conviendrait en somme de comparer le droit helvétique avec le droit panaméen, le droit du Luxembourg et le droit de nombreuses îles dorées où l'on domicilie des sociétés, plutôt qu'avec le droit européen.

L'un des grands problèmes du droit suisse des sociétés anonymes réside précisément dans le statut uniforme qu'il impose aux grandes et aux petites sociétés (20). Si la Suisse voulait s'adapter à l'Espace juridique européen, elle devrait suivre l'exemple des Pays-Bas, et convertir les petites sociétés anonymes en sociétés d'un type spécial, dénommées les sociétés "fermées" (B.V.), conservant le droit des sociétés anonymes pour les grandes sociétés (N.V. ) Les différences concernent principalement les mesures de **publicité** des comptes et bilans. En Suisse, il est possible que la création d'un droit boursier séparé pour les entreprises cotées en bourse et d'un droit comptable des groupes réservé aux grandes sociétés anonymes (21) aboutisse finalement à un rapprochement réel de la structure de notre droit avec le système du droit néerlandais ou du droit anglais, qui jusqu'à l'intégration européenne distinguait aussi les sociétés publiques et les sociétés privées.

Une autre réforme allemande de 1937 n'a pas été réalisée en Suisse, alors qu'elle joue un rôle essentiel dans l'Europe des Douze.

## B. PUBLICITE ACCRUE

Le droit suisse des sociétés est fondé sur l'adage que la société anonyme a trois ennemis : ses actionnaires, ses employés et le fisc. Tout notre droit vise donc au maintien du **secret** (voir les articles 697 et 730 CO). Il va de soi que l'encouragement législatif des réserves latentes à l'article 663 CO, unique en Europe, ne constitue pas seulement une règle comptable. Parce que l'administration de la société maîtrise son trésor, son cash flow et le gros de ses réserves, elle maîtrise tout. Il est fréquent qu'on affirme que telle société de banque a réalisé un bénéfice net trois fois supérieur à son bénéfice publié (22). Vraies ou fausses, ces affirmations montrent que le droit suisse a failli à l'une de ses missions essentielles : créer la paix en suscitant la confiance des milieux intéressés.

Le pouvoir prédominant de l'administration au sein de la société était reconnu par les droits de nos voisins ("Führerprinzip"). La Suisse de 1936 était influencée par cette idée, comme il était normal. Mais l'Allemagne et, à titre facultatif, la France, connaissent un contre-pouvoir à l'exécutif : le conseil de surveillance ("Aufsichtsrat"). En Suisse, nulle instance ne peut s'interposer entre le conseil d'administration et l'assemblée générale, surtout pas l'organe de contrôle, soumis souvent corps et âme à l'administration qui le fait nommer.

De surcroît, les actions **représentées** au sein des assemblées générales par les banques ou des tiers votent presque toujours en faveur de l'administration. Si le droit allemand a réagi voici plus de cinquante ans contre les abus que favorise ce système, la révision du droit suisse sur ce point n'est pas aisée. La dernière version de l'article 689 d alinéa 2 nouveau votée par le Conseil des Etats réintroduit le principe que, à défaut d'instructions précises - c'est le cas général - le représentant d'un déposant (le plus souvent une banque) "suit les propositions du conseil d'administration". Le Conseil national prévoyait plus justement qu'à défaut d'instructions, le représentant "vote dans l'intérêt du déposant ou s'abstient".

### C. NOUVELLES METHODES DE FINANCEMENT

Dès 1937, le droit allemand connaît des formes d'augmentation du capital que le droit suisse, fondé sur le principe de la fixité du capital social, n'a pas encore consacrées, bien que la pratique tourne la loi sur ce point comme sur d'autres.

a. Le **capital autorisé** est la tranche du capital-actions qui est émise par le conseil d'administration après une décision de l'assemblée générale. Les fusions d'entreprises en particulier s'en trouvent facilitées. L'administration en fixe le prix et les autres conditions d'émission.

b. Le **capital conditionnel** est une tranche du capital-actions émise au fil des besoins, à des conditions déterminées par l'assemblée générale. Il ne peut servir qu'à honorer des engagements de conversion ou d'option pris envers des créanciers obligataires et à l'intéressement des employés.

Les actions sans droit de vote n'existent pas en Suisse, contrairement à l'Allemagne, mais la pratique a créé les bons de participation.

Le droit allemand a encore évolué depuis lors. Dès 1959, il régit par exemple l'augmentation de capital grâce aux fonds propres de la société et l'émission d'actions propres. Dès la révision fondamentale de 1965, on favorise les actions légères (DM 50), une revendication émise depuis longtemps dans notre pays, à laquelle est venue enfin répondre la décision du Conseil nationale en 1985 de réduire à 10 francs la valeur nominale des actions (art. 622 al. 4 nouveau).

De surcroît, le droit allemand régit aussi les **groupes de sociétés**, ce que le droit suisse ne fera probablement pas pour quelques décennies encore (23).

La réforme de 1965 a renforcé les droits des actionnaires à l'information et l'influence de l'assemblée générale sur la répartition des profits et la constitution des réserves.

Enfin, le droit allemand s'est adapté au droit européen dans une série de lois édictées dès 1969, en commençant par légiférer en matière de publicité.

Ce rappel paraît indispensable pour se convaincre de deux réalités :

- d'une part, le droit suisse des sociétés correspond assurément dans ses grands traits au droit des pays qui nous entourent. Le droit des sociétés anonymes n'est pas lié comme le droit de la famille, des successions ou comme les droits réels aux particularités des cultures nationales. En 1900 déjà, le droit des sociétés était donc comparable dans de nombreux pays européens.

- d'autre part, notre législation a cependant accumulé un demi-siècle de retard sur l'évolution de nos voisins. Si la comparaison avec les lois allemandes de 1937 et 1965 est spécialement instructive, les modifications intervenues en France, en Italie, en Belgique, en Espagne et au Royaume-Uni, par exemple, manifestent qu'afin de conserver sa place dans la communauté des nations européennes, il faut que notre pays réforme son droit commercial.

D'ailleurs, les travaux de révision ont tenu compte du droit européen dès le Rapport intérimaire du président et du secrétaire du Groupe de travail en 1972. Ces travaux ont duré si longtemps qu'ils illustrent à eux seuls les difficultés d'adaptation du droit commercial suisse au droit communautaire. Il convient donc d'en rappeler les principales étapes.

### III. LA REVISION EN COURS DU DROIT DES SOCIETES ANONYMES

#### A. HISTORIQUE

Le Code de 1936 était satisfaisant. Seuls deux problèmes provoqueront des interpellations parlementaires dans les années cinquante et soixante : le cours élevé des actions (postulats Weibel du 3 juin 1957 et Rohner du 10 juin 1958) et la sincérité toute relative des bilans, qui facilitait la mainmise des sociétés étrangères sur les sociétés suisses (postulats Schürmann du 13 juin 1960 et Muheim du 22 septembre 1964). Les travaux de révision commencèrent par un rapport de M. Georg Gautschi, de 1966, qui - fait significatif ? - est tenu strictement confidentiel. Un groupe de travail est institué en 1968. Un Rapport intérimaire en 1972 et un Avant-propos en 1975 permettent d'enregistrer les réactions des milieux intéressés (24). Une Commission d'experts composée surtout de professeurs et de quelques représentants des milieux patronaux et syndicaux se mit à l'ouvrage en 1978. Elle prépara le projet du Conseil fédéral du 23 février 1983. Ce projet est en délibération auprès des Chambres fédérales depuis sept ans. Il a fait l'objet d'une première lecture par les deux Chambres, le Conseil national l'ayant conclue le 3 octobre 1985, le Conseil des Etats le 26 septembre 1988. De fortes divergences opposant les deux versions, la Commission du Conseil national a longuement réexaminé les points controversés. Comme on l'a vu, certains parlementaires se demandent s'il ne convient pas de suspendre ces travaux.

#### B. LES GRANDS TRAITS DE LA REVISION

Bien que la révision se présente comme une révision partielle, il s'agit en réalité d'une révision presque totale.

##### 1. Financement

On renonce au principe du capital fixe pour admettre le capital autorisé et le capital conditionnel. On augmente le minimum du capital social à 100'000 francs, ce qui est dérisoire : une simple adaptation du chiffre de 50'000 francs compte tenu de l'inflation de 1936 à nos jours mettrait le capital minimum à 300'000 francs. On introduit l'action légère à 100 francs. On régleme les bonus de participation. On renforce le contrôle financier par toute une série de normes comptables. L'organe de contrôle reçoit des compétences élargies, mais

on introduit une distinction entre les réviseurs "particulièrement qualifiés" et les autres (25).

## 2. Publicité des comptes

L'information des milieux intéressés est améliorée. L'étendue exacte de ces innovations est certainement l'un des points les plus controversés de la révision. La délivrance d'un exemplaire des comptes et des rapports à tout intéressé ou, au choix de la société, leur publication dans la Feuille officielle suisse du commerce serait obligatoire pour toute société cotée en bourse et toute société débitrice d'un emprunt par obligations. Le Conseil fédéral proposait en outre la même publicité pour toute grande société, c'est-à-dire toute société pour laquelle deux des trois données suivantes sont dépassées durant deux ans de suite :

- total du bilan de 50 millions de francs;
- chiffre d'affaires de 100 millions de francs;
- moyenne annuelle de 500 travailleurs (26).

Cette proposition était raisonnable, mais le Parlement ne l'a pas suivie. Pour la Communauté européenne, la définition d'une "grande" société aux termes de la quatrième directive, périodiquement actualisée sur ce point, est en effet comparable dans ses critères, sinon dans ses montants:

- total du bilan : 6'200'000 Ecus;
- montant net du chiffre d'affaires : 12'800'000 Ecus;
- membres du personnel : 250 (27).

A notre avis, il est essentiel de rapprocher sur ce point le droit suisse du droit européen. C'est une exigence fondamentale de la Communauté, l'une des conditions les plus importantes de la coordination entre l'ordre juridique des Etats membres. La première directive de 1968 portait déjà sur les mesures minimales de publicité et imposait dès lors à son article 2 alinéa 2 litt. f le dépôt des comptes de chaque exercice auprès du Registre du commerce (28).

Il est certain que notre droit ne peut pas imposer à toutes les sociétés anonymes la publication de leurs comptes. Rappelons qu'il y en a plus de 140'000 ! Cependant, les Chambres ont fait fausse route en inscrivant à l'article 697 h du Projet une obligation de publicité qui ne va pas en fait plus loin que le droit actuel. En 1928 déjà, le Conseil fédéral relevait que, en pratique, toutes les sociétés qui font appel à l'épargne publique publiaient leurs comptes (29). De

surcroît, les règlements de bourse de Zurich, Bâle et Genève imposent la publication de ces comptes. Dans ces conditions, on voit que la révision ne révisé rien du tout sur ce point. Le seul élément innovateur, et le seul élément propre à harmoniser notre droit avec le droit communautaire, réside dans la proposition du Conseil fédéral d'assujettir toutes les sociétés importantes **en fait** à publier leurs comptes.

Sur ce point, on relèvera aussi que les modalités de la publicité qu'impose le Projet ne sont pas conformes à la première directive européenne, puisque le dépôt au Registre du commerce n'est pas rendu obligatoire. La société peut choisir de publier ses comptes dans la FOOSC ou d'attendre de pied ferme les démarches individuelles visant à une communication des comptes et des rapports. Les aléas d'une procédure différente de celle que prévoit le droit communautaire pourraient déjà justifier qu'on impose le dépôt au Registre du commerce. A l'ère de l'électronique, nos offices sont en mesure de faire face au surcroît de travail qui pourrait en résulter.

L'harmonisation européenne déploie un autre effet encore. Elle empêche de soumettre les sociétés qui ne sont pas de grandes sociétés aux mêmes exigences de publicité que les autres. Ainsi, on a pu jadis proposer d'exempter du devoir de publication de leurs comptes toutes les sociétés anonymes dont le montant du capital-actions et du capital de participation ne dépasse pas 500'000 francs, soit environ 9/10èmes des sociétés anonymes suisses (30). Séduisante par sa simplicité, cette réglementation ne serait sans doute pas plus conforme au droit européen, et singulariserait inutilement notre ordre juridique.

### 3. Réserves latentes.

Il n'est guère utile d'imposer la publication des comptes si ces documents ne reflètent pas l'état véritable de la société. A part la carence des normes en fait de comptes consolidés, le droit suisse se distingue par son encouragement des réserves latentes.

La constitution de réserves latentes est par certains aspects une question de technique comptable. Peut-on par exemple dissimuler entièrement certains actifs importants, comme des participations à l'étranger ? Le Tribunal fédéral l'a d'abord admis (31), pour le mettre en doute (32) puis le rejeter (33). Le projet de révision semble imposer certaines limites techniques à la manière de constituer les réserves latentes (34). Cependant, nous renvoyons sur ce point à la contribution sur le droit comptable ci-après.

En revanche, la portée des réserves latentes dans l'équilibre des pouvoirs au sein de la société anonyme n'est pas une question technique. Il s'agit au contraire d'une option fondamentale du droit commercial. Dans tous les pays assurément, l'administration d'une société a les mains libres pour décider, aller de l'avant, promouvoir le but social. Mais presque partout, cette liberté d'action comporte une obligation de rendre compte envers les actionnaires, dont le patrimoine est ainsi exposé. Le droit suisse connaît bien ce mécanisme équilibrant les responsabilités autonomes dans la gestion du patrimoine d'autrui par une stricte obligation de reddition des comptes. Imagine-t-on par exemple un banquier ou un notaire qui n'informe son client que sur la moitié ou le tiers des gains réalisés grâce au placement des biens qui lui sont confiés ? Le seul mandataire qui puisse rendre compte à moitié, c'est le conseil d'administration. Il y a là une inconséquence, explicable pour des motifs historiques, psychologiques, fiscaux, sociaux, mais une inconséquence grave pour le droit suisse, et insupportable en droit communautaire.

A vrai dire, il ne manque pas de justifications juridiques pour cette option socio-économique. Ainsi, on peut observer que l'administrateur individuel n'est pas lié par des liens contractuels avec les actionnaires pris individuellement, comme on le constate par exemple en étudiant la structure des actions en responsabilité. Il n'en demeure pas moins que les actionnaires ont globalement confié leurs avoirs au conseil d'administration dans son ensemble. Et le droit suisse consacre ce rapport de confiance accru en permettant à tout moment de relever l'administrateur de son mandat (art. 705 CO) - comme d'ailleurs l'administrateur peut répudier son mandat en tout temps, ce qui est caractéristique du mandat (art. 404 CO).

A notre avis, le droit suisse n'est donc pas logique à l'article 663 alinéa 2 CO. De plus, il mine ainsi la parité des organes, pour ne pas insister sur la suprématie organique que l'article 698 CO - maintenu dans le projet de révision - reconnaît à l'assemblée générale.

En permettant l'établissement de comptes amputés, le législateur permet en fait un report de la charge d'impôt; sous réserve d'un redressement fiscal, celle-ci ne sera jamais acquittée si les réserves latentes viennent à être utilisées. C'est l'un des avantages essentiels du système. Cependant, la liberté de l'administration permet à l'heure actuelle que la dissolution des réserves clandestines soit tenue secrète elle aussi. Cette conséquence du droit positif est peu admissible *de lege ferenda*. Tout d'abord, elle permet des manoeuvres frauduleuses. Par exemple,

un bien non inscrit au bilan sera réalisé, et le produit de sa liquidation sera versé à l'actionnaire principal (35). De surcroît, l'assemblée générale ne pourra pas réaliser que les affaires de la société se détériorent. Ainsi, le Conseil fédéral avait-il raison d'imposer l'obligation de communiquer dans l'annexe des comptes annuels le montant total provenant de la dissolution des réserves latentes et des réserves de remplacement, dans la mesure où ce montant dépasse le montant des réserves nouvellement créées (art. 663 b ch. 8 P). Le Conseil des Etats a eu raison de réintroduire cette obligation (qu'avait atténuée le Conseil national), en la soumettant toutefois à la condition que "le résultat économique soit ainsi présenté d'une façon sensiblement et durablement plus favorable" si l'on omettait de communiquer le montant de la dissolution.

Néanmoins, tout ceci est contraire au droit européen, et singulièrement à la quatrième directive, qui est fondée sur le principe comptable de l'image fidèle ("true and fair view") (36). De plus, un groupe suisse qui ferait des réserves latentes ne pourrait voir ses comptes consolidés acceptés comme équivalents, au sens des dispositions nationales introduisant la 7ème directive. Il est déplorable que notre Parlement fasse cavalier seul sur ce point.

#### 4. Actions nominatives liées

Les actions nominatives liées constituent l'un des points les plus controversés de la révision. Le droit commercial européen est indifférent à cet égard. Cependant, il ne serait pas admissible de maintenir dans un texte suisse de cette importance une discrimination flagrante envers les capitalistes étrangers (art. 685 d al. 1 ch. 1 de la version du Conseil des Etats) (37). Ce n'est pas le droit européen, mais notre insertion dans le monde entier qui rend cette discrimination peu sage. De plus, elle est inutile, puisque le système des actions nominatives liées permet tout au plus de retarder les effets d'une OPA, mais point de mettre un verrou définitif, comme plusieurs affaires récentes l'on montré (La Suisse, Ateliers de Vevey, etc.) (38).

#### 5. La société à actionnaire unique

En pratique, la société unipersonnelle ("Einmanngesellschaft") possède une importance pratique considérable en Suisse. On la rencontre d'abord dans les sociétés immobilières, qui constituent un cinquième environ de toutes les sociétés anonymes. De nombreuses sociétés industrielles ou commerciales n'ont également qu'un seul actionnaire. D'ailleurs, la plupart des sociétés unipersonnelles prennent la forme d'une société anonyme.

Notre droit positif ne reconnaît pas explicitement la société unipersonnelle. A sa fondation, le nombre des actionnaires d'une société ne peut être inférieur à trois (art. 625 CO, inchangé dans la révision). Si leur nombre tombe au-dessous de ce chiffre, le juge peut prononcer la dissolution de la société, à la requête d'un actionnaire ou d'un créancier, à moins que la société ne rétablisse la situation dans un délai raisonnable.

La société unipersonnelle n'est ni plus ni moins exposée à la transparence ("Durchgriff") qu'une société dominée par un actionnaire très majoritaire. Seuls des tiers peuvent invoquer l'identité entre la société unipersonnelle et son actionnaire unique, sauf dans l'hypothèse très particulière d'une atteinte à l'honneur de la société qui éclabousse également son actionnaire dominant (39). Dès lors, les contrats passés par un actionnaire avec sa société sont pleinement valables.

Par principe, la société ne répond pas des engagements de l'actionnaire (40). Le Tribunal fédéral a cependant consenti à une dérogation à ce principe dans un cas où la société n'avait pas de créanciers propres (41).

Le droit suisse tolère donc la société unipersonnelle. Il n'est pas incompatible, de ce fait, avec le droit européen en devenir, soit la douzième directive en préparation, qui imposera aux quelques Etats qui ne la connaissent pas encore la possibilité de fonder une société à responsabilité limitée d'un seul associé - étant entendu qu'en Suisse la société anonyme joue le rôle de la société à responsabilité limitée ailleurs.

## 6. Indépendance de l'organe de contrôle

Le nouvel article 727 c impose une indépendance accrue à l'organe de révision :

"Les réviseurs doivent être indépendants du conseil d'administration et de l'actionnaire qui disposerait de la majorité des voix. Ils ne peuvent en particulier ni être au service de la société à vérifier ni exécuter pour elle des travaux incompatibles avec leur mandat de vérification." (al. 1, version du Parlement).

"Ils doivent aussi être indépendants des sociétés qui appartiennent au même groupe de sociétés, si un actionnaire ou un créancier l'exige." (al. 2, version du Conseil fédéral et du Conseil des Etats).

Le Conseil national dénie ce droit aux simples créanciers et exige le dixième des voix des actionnaires pour introduire valablement cette requête.

Sur ce point, le droit européen va plus loin, puisque la huitième directive de 1984 exige que le droit national précise les conditions d'une indépendance matérielle du réviseur; en 1979, le projet de directive considérait encore que ne sera pas jugé indépendant en fait le réviseur des comptes d'une société si le mandat de révision de cette société constitue plus que le dixième de son activité. C'est désormais aux droits nationaux de préciser ce point.

#### 7. Autres points essentiels de la réforme

La révision du droit des sociétés anonymes introduit diverses nouveautés : par exemple, la société peut racheter ses propres actions dans certaines limites (art. 659 ss). Le rapport de révision spécial est réglé en détail (art. 697 a ss). La fondation et l'augmentation de capital sont gouvernées par des règles plus complètes, spécialement pour la fondation qualifiée (art. 634 ss), et la renonciation au droit de souscription préférentiel des anciens actionnaires (art. 652 b). Enfin, les normes sur la responsabilité des fondateurs et des administrateurs font l'objet d'une nouvelle rédaction (art. 752 ss).

### IV. SUSPENSION DES TRAVAUX DE REVISION ?

Ce bref aperçu des travaux de révision du titre 26ème du Code des obligations montre que la révision doit se poursuivre. Il s'agit de rattraper un retard accumulé depuis un demi-siècle. Aucun Parlement ne peut réussir un pareil *aggiornamento* de but en blanc. Il y faut des préparatifs, du temps, de l'obstination. Si l'on suspendait maintenant les travaux de révision, la même tâche nous attendrait en 1993, sans que les chances de succès ne paraissent meilleures.

En effet, le droit européen des sociétés est encore fragmentaire. Sur plusieurs points, l'accord ne s'est pas fait entre les Etats membres de la Communauté. Qu'on pense à la proposition de cinquième directive sur la structure des sociétés, qui implique un choix sur la participation des travailleurs. Qu'on songe à la *Societas Europea*, bloquée depuis près de vingt ans pour ce même motif. Considérons aussi le droit des groupes (projet de neuvième directive de 1985), vivement discuté au sein même des Communautés, puisqu'il impose la

conclusion d'un contrat de domination lorsque la participation majoritaire n'atteint pas 90 % du capital.

On le voit, il convient que le droit suisse soit réformé, pour être comparable aux droits des Etats qui nous entourent. Alors seulement il pourra être adapté aux développements du droit européen encore indiscernables à l'heure actuelle.

En d'autres termes, nous proposons une procédure en deux temps :

a. Dans un proche futur, le Parlement devrait achever la réforme entreprise depuis les années soixante. Il respectera ce faisant, dans toute la mesure du possible, les solutions certaines du droit européen.

b. Lorsque seront connues les modalités des nouvelles relations entre l'AELE et la Communauté, une deuxième vague de réformes sera nécessaire en droit commercial comme partout. Il ne s'agira pas seulement du droit des sociétés anonymes. Par exemple, le droit comptable des sociétés à responsabilité limitée et des coopératives de crédit ou d'assurance devra être soumis expressément aux nouvelles dispositions comptables valant pour les sociétés anonymes. En effet, la technique du renvoi des articles 764 alinéa 2, 805 et 858 alinéa 2 CO ne permet pas nécessairement de rendre applicable la dernière version des normes comptables. Sur bien d'autres points (publicité des succursales, fusion, scission, liquidation de sociétés, offres publiques d'achat), un réexamen de notre droit sera indispensable.

Dans la première étape, nous ne gagnerions rien à attendre, du fait de notre retard à l'heure actuelle. De plus, il faut éviter de donner l'impression d'une paralysie législative, laquelle se dégagerait inévitablement de l'échec d'une entreprise aussi importante que la révision de notre droit des sociétés anonymes. Nous devons être crédibles, auprès de nos partenaires européens, lorsque nous les assurons qu'en une deuxième étape, nous adapterons notre droit au leur. Et comme l'adoption de l'article 161 CPS sur les opérations d'initiés l'a montré, notre appareil législatif peut mettre les bouchées doubles lorsqu'il est important de complaire à une grande puissance amie (42). Dorénavant, c'est à l'Europe qu'il faudra montrer l'empressement que nous réservions aux Etats-Unis.



## NOTES

1. JO. Nr. L 65 du 14.3.1968
2. JO. Nr. L 26 du 31.1.1977
3. JO. Nr. L 295 du 20.10.1978
4. JO. Nr. L 222 du 14.8.1978
5. JO. Nr. L 378 du 31.12.1982
6. JO. Nr. L 193 du 18.7.1983
7. JO. Nr. L 126 du 12.5.1984
8. JO. Nr. L 100 du 17.4.1980
9. JO. Nr. L 185 du 4.7.1987
10. JO. Nr. L 395 du 30.12.1989
11. JO. Nr. C 240 du 9.9.1983
12. JO. Nr. C 144 du 11.6.1986
13. JO. Nr. C 23 du 25.1.1985
14. JO. Nr. C 287 du 11.11.1988
15. P. Nobel, Das EG-Binnenmarktprogramm und die Weiterentwicklung des schweizerischen Gesellschaftsrechts in 1988, Aussenwirtschaft, pp. 423 ss.
16. Voir sur ce point P. Nobel, p. 177, citant S. Israël, Une avance du droit communautaire - Le groupement européen d'intérêt économique, Revue du Marché commun No 292, décembre 1985, pp. 645 ss. Voir au surplus le texte de l'Ordonnance du 25 juillet 1985 *in* JO. Nr. L 199 du 31.7.1985, pp. 1 ss.
17. Alfred Hueck, Gesellschaftsrecht, Munich, 17e éd. 1975, p. 119.
18. Voir Mario Giovanoli, La répression des opérations d'initiés et l'évolution du droit du marché financier en Suisse *in* Les opérations d'initiés, F.Dessementet, éd., publication CEDIDAC No 15, Lausanne 1990, pp. 9 ss, spéc. pp. 24 ss.
19. A ma connaissance, il n'existe pas de statistique concernant les sociétés domiciliées. On se rappellera toutefois qu'aux termes du Message du Conseil fédéral concernant la révision du droit des sociétés anonymes (ci-après Message), FF 1983 II pp. 762 ss, ch. 113.1, il existait au début de la décennie environ 110'000 sociétés anonymes pour environ 33'000 entreprises, soit une société anonyme employant une personne au moins. Si l'on déduit les 25'000 sociétés immobilières environ et les holdings par 13000 environ, il reste beaucoup de sociétés qui n'exploitent pas d'entreprises. Certaines couvrent une partie des activités d'un groupe. D'autres sont de pures sociétés de domiciliation.
20. Voir Michel Dupuis, Le statut juridique des petites et grandes sociétés anonymes, thèse Lausanne 1982, spéc. pp. 15 ss.

21. Voir ci-après les contributions de MM. Gérard Hertig et André Zünd.
22. Voir par exemple les déclarations d'un secrétaire syndical à propos de l'une des trois grandes banques suisses lors de l'émission "Table ouverte" de la Radio-télévision suisse romande du 21 janvier 1990 à 22 h. 30.
23. Le Conseil fédéral a remis à plus tard la création d'un droit des groupes de sociétés. Voir Message, ch. 112 et ch. 153 (pp. 761 et 798 ss).
24. Un résumé des prises de position a été publié par la Chambre fiduciaire avec le texte de l'Avant-projet et d'autres documents sous le titre "Teilrevision des Aktienrechts / Révision partielle du droit des sociétés anonymes", Zurich 1976, à pp. 92 ss. Voir un résumé très succinct *in* Message, ch. 144.
25. Voir art. 635 a, 651 al. 1, 652 f et 653 f, ainsi que 727 b al. 1, 731 et 732 du projet du Conseil fédéral; le Conseil des Etats s'y est rallié pour les articles 651 al. 1, 653.
26. Voir l'article 663 d alinéa 2 P (CN); voir aussi l'article 697 h P (supprimé par le CN) (à propos de la publicité).
27. Art. 53 § 2 de la 4ème directive, révisé par la directive du Conseil No 841569 du 27 novembre 1984, JO. Nr. L 319 du 4 .12.1984, p. 28 (en réexamen).
28. Voir les commentaires de F. Perret, Coordination du droit des sociétés en Europe, Genève 1970, spéc. pp. 28-29 en citation.
29. FF 1928 I p. 280.
30. F. Dessemontet, La révision du droit suisse des sociétés anonymes, Revue des Sociétés 1977, pp. 375 ss, à p. 391.
31. ATF 82 II 216, spéc. 220-221.
32. ATF 92 II 243 (une dette fictive ne peut être maintenue au bilan).
33. ATF 110 Ib 133.
34. Cf. Art. 669 al. 3 P. Message ch. 209.43 et 209.47. Cette règle a été critiquée. Voir par ex. A. Zünd, Neuerungen bei der Rechnungslegung, *in* Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, éd. par C. Helbling, Zurich 1984, pp. 23-24.
35. Voir BJM 1963, p. 163 = SAS 1964, p. 21, à pp. 26-28 (Appellationsgericht Bâle, 26 avril 1963)
36. Voir P. Nobel, p. 161; Guy Mustaki, Les comptes consolidés, thèse Lausanne 1990, spéc. pp. 58 ss.
37. Voir P. Böckli, Zankapfel der Aktienrechtsrevision : die Vinkulierung der Namenaktien, SAS 1988, pp. 149 ss, à p. 156.
38. Voir aussi Böckli, p. 150.
39. BIZR 35 (1936), p. 229.
40. ATF 85 II 111.
41. SJ 1977, pp. 497 ss.

42. Voir Mario Giovanoli, cité ci-dessus note 18, pp. 15 ss.

\* \* \*