



Ordre des Avocats de Genève  
Commission de formation permanente

# TRANSPARENCE ET SECRET DANS L'ORDRE JURIDIQUE

LIBER AMICORUM  
POUR ME VINCENT JEANNERET

ÉDITÉ PAR  
BÉNÉDICT FOËX ET LAURENT HIRSCH



Éditions Slatkine  
GENÈVE  
2010

## LE DROIT À L'INFORMATION ET DE PARTICIPATION DES ACTIONNAIRES D'UNE SOCIÉTÉ ANONYME DANS UNE PROCÉDURE D'ASSAINISSEMENT ORDINAIRE OU BANCAIRE

OLIVIER HARI\*

### I. Introduction

Les actionnaires d'une société anonyme saine, à tout le moins en apparence, sont protégés par plusieurs dispositions du droit de la société anonyme, qui consacrent dans une certaine mesure un droit absolu à l'obtention de certains renseignements, ainsi qu'un droit de participation. En revanche, les créanciers d'une société anonyme ne bénéficient *ex lege* de quasiment aucun droit à l'obtention de renseignements sur la société, excepté sur l'organisation de celle-ci, et dans une certaine mesure sur l'état de ses finances, particulièrement si la société est débitrice d'un emprunt obligationnaire ou encore si la société est cotée en bourse ; l'étendue du droit à l'information demeure toutefois limitée.

Lorsque la société devient insolvable, la tendance s'inverse. Certes, les actionnaires jouissent-ils toujours d'un droit à l'information, mais leur droit de participation se voit extrêmement réduit. Ce sont alors les créanciers qui ont voix au chapitre, et peuvent décider de la vie ou de la mort de la société. C'est cependant oublier que les solutions d'assainissement, et de financement de l'ajournement de la faillite et du sursis concordataire, viendront des actionnaires, propriétaires fractionnaires de la société en difficulté.

### II. Les droits des actionnaires *de lege lata*

#### A. *Hors cas d'insolvabilité*

De la qualité d'actionnaire découlent trois sortes de droit: les droits patrimoniaux, les droits de participation et les droits de protection. Les droits de participation de l'actionnaire incluent notamment le droit de participer et de voter aux assemblées générales ordinaires et extraordinaires (art. 689 et 692 CO), et de requérir la convocation d'une assemblée générale ou de faire porter des sujets à l'ordre du jour (art. 699 al. 3 CO)<sup>1</sup>. Le droit de

\* Avocat, docteur en droit, Schellenberg Wittmer, Genève.

protection, dans sa composante informative<sup>2</sup>, englobe les droits de consulter le rapport de gestion et le rapport de révision durant les vingt jours précédant l'assemblée générale ordinaire (art. 696 CO), de demander lors de l'assemblée générale des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société (art. 697 al. 1 CO), de consulter des pièces (art. 697 al. 3 CO), de consulter en tous temps le procès-verbal de l'assemblée générale (art. 702 al. 3 CO), d'être renseigné par écrit sur l'organisation de la société (art. 716b al. 2 CO), de demander au juge de prendre les mesures nécessaires en cas de carences organisationnelles (art. 731b CO) ainsi que le droit de proposer à l'assemblée générale l'institution d'un contrôle spécial, en principe aux frais de la société (art. 697g CO), afin d'élucider des faits déterminés (art. 697a CO). Dans les groupes de société, le principe de consolidation des comptes assure une information consolidée aux actionnaires (art. 663e CO en combinaison avec l'art. 697 CO). Des droits à l'information découlent également de la réglementation boursière (établissement de rapports périodiques, art. 49 et 50 du Règlement de cotation de la SIX du 1<sup>er</sup> juillet 2009; publicité événementielle, art. 53 dudit Règlement).

L'art. 696 al. 1 CO impose à la société de transmettre spontanément le rapport de gestion et de révision aux actionnaires au plus tard dans les vingt jours précédant l'assemblée générale ordinaire, sans que ces derniers ne soient contraints d'en faire la demande<sup>3</sup>. Sur requête d'un actionnaire en faisant la demande dans l'année qui suit l'assemblée générale, la société est tenue de lui transmettre le rapport de gestion dans la forme approuvée par l'assemblée générale, ainsi que le rapport de révision (art. 696 al. 3 CO). Sur demande, tout actionnaire a le droit de consulter le procès-verbal de l'assemblée générale (art. 702 al. 3 CO).

Un actionnaire peut en tous temps faire usage de son droit de demander au conseil d'administration d'être renseigné par écrit sur l'organisation de la société, sans nécessité de rendre vraisemblable l'existence d'un intérêt digne de protection (art. 716b al. 2 CO, deuxième phrase)<sup>4</sup>; la société n'a pas l'obligation de transmettre le règlement d'organisation complet à l'actionnaire requérant, et peut se limiter à orienter l'actionnaire<sup>5</sup>. Tout actionnaire qui constate que la société ne possède pas tous les organes prescrits ou qu'un de ces organes n'est pas composé conformément aux prescriptions peut requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires

<sup>1</sup> MAROLDA MARTINEZ, p. 27.

<sup>2</sup> MAROLDA MARTINEZ, p. 26.

<sup>3</sup> BAUEN / BERNET / ROULLER, p. 110. Cf. également HORBER, p. 32 ss, qui qualifie le droit découlant de l'art. 696 CO de "*passive Informationsvermittlung*".

<sup>4</sup> BÖCKLI, § 333.

<sup>5</sup> BÖCKLI, § 333 et les références citées en note de bas de page n° 848.

(fixation d'un délai, désignation judiciaire de l'organe, ou nomination d'un commissaire, dissolution de la société et liquidation par voie de faillite) (art. 731b CO).

Tout actionnaire<sup>6</sup> peut exiger peu avant (art. 696 CO)<sup>7</sup> ou pendant l'assemblée générale d'être renseigné par le conseil d'administration sur les affaires de la société et par l'organe de révision sur l'exécution et le résultat de sa vérification, pour autant que ces renseignements soient nécessaires à l'exercice de ses droits d'actionnaire (art. 697 al. 1 CO)<sup>8</sup>. Un actionnaire peut exiger de consulter les livres et la correspondance de la société; il appartiendra alors à l'assemblée générale ou au conseil d'administration de statuer (art. 697 al. 2 CO). Cette dernière notion est interprétée extensivement par la Tribunal fédéral, qui concède à l'actionnaire un droit d'accès à tous les documents écrits utiles à l'actionnaire pour la sauvegarde ou l'exercice de ses droits<sup>9</sup>. Constituent des droits justifiant la remise des informations celui de voter, par exemple sur l'approbation des comptes, l'utilisation du bénéfice, les élections, la décharge<sup>10</sup>, de demander l'institution d'un contrôle spécial, de contester des décisions de l'assemblée générale, d'agir en responsabilité ou de vendre ses participations<sup>11</sup>. Le fardeau de la preuve de la réalisation de la condition de la nécessité est à la charge de l'actionnaire, le Tribunal fédéral faisant preuve de souplesse et examinant si les informations sont nécessaires du point de vue d'un actionnaire moyen raisonnable<sup>12</sup>. En tous les cas, le secret d'affaires doit être sauvegardé (art. 697 al. 3 CO). En pratique, un refus du conseil d'administration de donner des renseignements doit être assez solidement motivé, une simple mise en danger abstraite des intérêts de la société ne constituant pas un motif suffisant. L'assemblée générale n'a quant à elle pas d'obligation de motiver sa décision<sup>13</sup>. Tout refus d'accès à l'information sollicitée peut être porté devant l'autorité judiciaire du siège de la société par la voie de l'action en renseignements (art. 697 al. 4 CO).

<sup>6</sup> TRIGO TRINDADE, CR-CO II, n° 12 ad art. 697 CO limite cependant ce droit aux actionnaires titulaires du droit de vote.

<sup>7</sup> WEBER, BSK-OR II, n° 4 ad art. 697 CO; TRIGO TRINDADE, CR-CO II, n° 16 ad art. 697 CO; HORBER, p. 136.

<sup>8</sup> Cf. HORBER, p. 86 ss, qui qualifie le droit découlant de l'art. 697 CO de "*aktive Informationsbeschaffung*".

<sup>9</sup> TF, arrêt 4C.234/2002 du 4 juin 2003, consid. 6.2; à propos d'un cas d'application dans un groupe de sociétés, voir ATF 132 III 71. BÖCKLI, § 12 n° 150.

<sup>10</sup> BAUEN / BERNET / ROULLER, p. 111.

<sup>11</sup> BÖCKLI, § 12 n° 152; WEBER, BSK-OR II, n° 6 s ad art. 697 CO; TRIGO TRINDADE, CR-CO II, n° 27 ad art. 697 CO.

<sup>12</sup> ATF 132 III 71.

<sup>13</sup> BÖCKLI, § 12 n° 150.

Subsidièrement<sup>14</sup>, tout actionnaire peut proposer à l'assemblée générale l'institution d'un contrôle spécial, pour autant que cumulativement cela soit nécessaire à l'exercice de ses droits et qu'il ait déjà fait usage du droit aux renseignements ou de consulter des pièces (art. 697a CO)<sup>15</sup>. Le contrôle spécial constitue en quelque sorte le bras armé du droit aux renseignements de l'actionnaire<sup>16</sup>. Si l'assemblée générale décide de donner une suite favorable à la requête de l'actionnaire, la société, ou chaque actionnaire, est habilité à requérir dans un délai de trente jours du juge compétent qu'il désigne un contrôleur spécial (art. 697a al. 2 CO). Dans le cas inverse, des actionnaires représentant 10 % au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de CHF 2 millions peuvent, dans les trois mois, demander au juge compétent la désignation d'un contrôleur spécial. Le contrôleur spécial aura pour mission de mettre en balance les intérêts de l'actionnaire requérant à connaître certains faits et ceux de la société à ne pas dévoiler certaines informations<sup>17</sup>. Le contrôle spécial vise à élucider des éléments de faits internes à la société ayant un impact sur sa situation économique et financière, dont la connaissance par les actionnaires leur est nécessaire à l'exercice de leurs droits<sup>18</sup>. Le contrôle spécial est en général le préalable à une action en responsabilité contre les membres du conseil d'administration ou l'organe de révision<sup>19</sup>. A cet égard, il visera souvent des faits déterminés, commis par des personnes déterminées, en particulier les membres du conseil d'administration, les membres de la direction et les réviseurs<sup>20</sup>.

## B. En cas d'insolvabilité

### 1. Dans une procédure concordataire / un ajournement de faillite

Pendant un ajournement de faillite ou un sursis concordataire, les droits d'information et de participation ordinaires des actionnaires précités subsistent<sup>21</sup>. En application de l'art. 697 al. 1 CO, tout actionnaire – détenteur du droit de vote – a notamment le droit d'obtenir des informations relatives à une restructuration<sup>22</sup>. L'on notera que dans l'hypothèse où le juge de l'assainissement ou du concordat a retiré au conseil d'administration tous ses pouvoirs et l'a remplacé par le curateur, respectivement le commissaire

<sup>14</sup> ATF 133 III 453, consid. 7.5.

<sup>15</sup> ATF 133 III 133.

<sup>16</sup> ATF 120 II 393, consid. 4.

<sup>17</sup> MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 190.

<sup>18</sup> BAUEN / BERNET / ROULLER, p. 111; MAROLDA MARTINEZ, p. 253.

<sup>19</sup> MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 201.

<sup>20</sup> MAROLDA MARTINEZ, p. 254.

<sup>21</sup> Cf. Supra, II.A.

<sup>22</sup> TRIGO TRINDADE, CR-CO II, n° 25 ad art. 697 CO.

au sursis (art. 298 al. 1 *in fine* LP), c'est auprès de ces derniers que les actionnaires devront diriger leurs demandes d'informations. La demande d'institution d'un contrôle spécial demeure théoriquement possible. Toutefois, un intérêt actuel est exigé tant pour l'obtention de renseignements basée sur l'art. 697 CO que s'agissant d'une requête de contrôle spécial: les informations sollicitées par l'actionnaire doivent ainsi être nécessaires à l'actionnaire pour l'exercice de ses droits.

Autrement dit, il doit exister une relation fonctionnelle entre l'information demandée et le droit que l'actionnaire entend exercer<sup>23</sup>. Il convient à ce titre d'opérer une distinction selon le type de procédure (d'ajournement, concordataire) et dans cette dernière hypothèse, le stade de la procédure (sursis, liquidation, ou exécution d'un concordat ordinaire). Rien n'empêche les actionnaires d'ouvrir pendant le sursis ou la procédure d'ajournement de faillite une action en responsabilité contre les administrateurs, pour des motifs variés, mais bien évidemment pas en lien avec l'insolvabilité de la société, puisque le dommage ne serait pas encore connu. En revanche, dans un concordat par abandon d'actif, qui sur bien des points s'apparente à une faillite, le dommage est connu. Mais les actionnaires ne pourront pas agir contre les administrateurs; l'exercice de leurs droits est suspendu, et ne peut être déployé que par les liquidateurs (art. 325 LP et 757 CO) lesquels peuvent renoncer et céder procéduralement le droit d'agir contre les administrateurs. C'est ici qu'un actionnaire pourra intervenir. Mais l'institution d'un contrôle spécial sera alors vraisemblablement inutile, le commissaire au sursis puis les liquidateurs ayant probablement en mains toutes les informations nécessaires pour faire valoir avec succès la créance en justice.

En cas de risque d'insolvabilité de la société anonyme dont ils détiennent des parts sociales, les actionnaires jouissent d'un droit à l'information et de participation spécial, garanti par l'art. 725 al. 1 CO. En application de cette disposition, toute perte de capital subie par la société doit amener le conseil d'administration à immédiatement convoquer une assemblée générale extraordinaire et lui proposer des mesures d'assainissement, à moins que la perte de capital puisse être rapidement absorbée par les bénéfices futurs escomptables<sup>24</sup>. Le législateur a renoncé, à juste titre, à donner une liste nécessairement incomplète des mesures d'assainissement à prendre, lesquelles peuvent être librement choisies par le conseil d'administration; elles pourront par exemple être d'ordre patrimonial ou structurel<sup>25</sup>: l'on songera notamment mais pas exclusivement à une augmentation du capital-

<sup>23</sup> PAULI, CR-CO II, n° 16 ad art. 697a CO.

<sup>24</sup> PETER / CAVADINI, CR CO II, n° 26 ad Art. 725 CO; WÜSTNER, BSK OR II, n° 28 ad art. 725 CO.

<sup>25</sup> PETER / CAVADINI, CR CO II, n° 28 ad Art. 725 CO.

actions, à une diminution du capital-actions, suivie directement de son augmentation ("coup de l'accordéon"<sup>26</sup>), à une contribution à fonds perdus d'un ou plusieurs actionnaires, en principe majoritaires ou unique, à des postpositions ou à des abandons de créances, à une fusion, ou encore au transfert de l'entreprise dans une société de sauvetage<sup>27</sup>. La convocation de l'assemblée générale doit avoir lieu selon les formes prévues par l'art. 700 CO<sup>28</sup>.

La convocation d'une assemblée extraordinaire d'assainissement poursuit deux objectifs : l'information des actionnaires d'une part, et leur implication dans le processus d'assainissement d'autre part. S'agissant de la première composante, il conviendra que le conseil d'administration mette à disposition des actionnaires les comptes annuels, ou un bilan intermédiaire, audité ou non, ainsi que tout autre document utile. La question de savoir si les comptes doivent être remis aux actionnaires avant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire doit être tranchée en application de l'art. 696 CO : par conséquent, les comptes et les autres documents devraient être mis à disposition des actionnaires au siège de la société au plus tard 20 jours avant la tenue de l'assemblée générale. S'agissant de la seconde composante, les actionnaires auront la possibilité d'accepter, refuser, proposer de modifier les mesures proposées, dans le cadre de l'ordre du jour, et demander la convocation d'une seconde assemblée des créanciers<sup>29</sup>. Les décisions devront être prises selon les modalités et formes prévues par les statuts<sup>30</sup>.

Dans l'hypothèse où l'insolvabilité est avérée, et que la société anonyme est surendettée au sens de l'art. 725 al. 2 CO, les actionnaires perdent tout droit spécial à l'information ou d'intervention, tel que garanti par l'art. 725 al. 1 CO. En effet, en pareilles circonstances, le conseil d'administration, respectivement l'organe de révision, doit immédiatement informer le juge, qui devrait en principe prononcer la faillite de la société, à moins qu'un ajournement de la faillite (art. 725a CO) ou un sursis concordataire soit requis par la société (art. 293 LP et 173a al. 1 LP). A moins d'une modification de la loi, la fusion, même au sens de l'art. 6 LFus, qui assure un droit d'information et de participation des actionnaires, peut être exclue, puisqu'elle suppose la réunion de deux ou plusieurs entités en une seule, sans liquidation d'un des sujets. Or, en cas d'homologation d'un concordat par abandon d'actif, même anticipée, le débiteur concordataire disparaît après le transfert de ses actifs au tiers reprenneur. Un transfert de patrimoine

<sup>26</sup> "Harmonika".

<sup>27</sup> "Auffangsgesellschaft".

<sup>28</sup> WÜSTINER, BSK OR II, n° 25 ad art. 725 CO.

<sup>29</sup> BÖCKLI, n° 756.

<sup>30</sup> WÜSTINER, BSK OR II, n° 28 ad art. 725 CO.

au sens de l'art. 69 LFus ne pourra avoir lieu que si l'inventaire des actifs et des passifs présente un solde net positif<sup>31</sup>.

Les actionnaires ne disposent pas *ex lege* de la possibilité de présenter eux-mêmes une requête d'ajournement de faillite ou une requête de sursis concordataire. Ils ne sont pas invités à participer au processus d'élaboration et d'acceptation d'un concordat ordinaire ou par abandon d'actif, pas même si le concordat envisagé, accepté, puis homologué, prévoit le transfert de l'entreprise à un tiers reprenneur<sup>32</sup>, par exemple à une société de sauvetage *ad hoc*<sup>33</sup>. Ce processus consiste en un transfert partiel ou total des biens du débiteur à une société en cours de fondation, ou spécialement fondée à cet effet. Le capital-actions peut être libéré par des apports en nature issus des actifs acquis de la société en difficulté. Dans certaines variantes de la société de sauvetage telle que connue en droit suisse, les créanciers de la société en difficulté recevront des parts du capital-actions de la société de sauvetage, proportionnellement à leur créance<sup>34</sup>. A l'issue du transfert, la société en difficulté est radiée.

Cette modalité d'exécution du concordat par abandon d'actif, qui a ses détracteurs<sup>35</sup> mais dont l'introduction expresse dans la loi pourrait voir le jour à moyen terme<sup>36</sup>, est cependant réservée aux cas où il paraît impossible ou peu avantageux de réaliser les actifs ou de les céder à un tiers<sup>37</sup>. Certains ou la totalité des actionnaires de la société en difficulté peuvent bien entendu fonder eux-mêmes la société de sauvetage ; il appartiendra alors à ces derniers de se mettre en contact avec le curateur et le commissaire au sursis afin d'une part de faire une offre d'achat des actifs de la société en difficulté, et d'autre part de proposer les modalités de participation des créanciers au capital-actions de la nouvelle société, devant obligatoirement figurer dans le projet de concordat.

Force est de constater que les droits à l'information et de participation des actionnaires dans le cadre d'une procédure d'ajournement de faillite ou concordataire sont limités pour les premiers, et inexistantes pour les seconds<sup>38</sup>.

<sup>31</sup> Art. 71 al. 2 LFus; MARCHAND, *Transfer of the debtor's enterprise during the composition moratorium*, p. 430; PHILIPPIN, p. 38.

<sup>32</sup> Autre que la communauté des créanciers. JUNOD MOSER / GAILLARD, n° 7 ad art. 317 LP.

<sup>33</sup> « Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung », « Auffangsgesellschaft » ou encore "consortium de renflouement". Pour plus de précisions voir HURTER, p. 59 ss; LUDWIG, p. 8-11 et 110 s; WINKELMANN / LÉVY / JEANNERET / MERKT / BIRCHLER, n° 10 ad art. 317 LP; WÜTHRICH / ROTHENBÜHLER, n° 8 ss ad art. 317 LP.

<sup>34</sup> Pour une étude complète du sujet, voir HURTER, en particulier p. 59 ss.

<sup>35</sup> LUDWIG, p. 9 et les renvois de la note de bas de page 9.

<sup>36</sup> Art. 318 al. 1 ch. 1 AP-LP 2009.

<sup>37</sup> ATF 74 I 353 (365).

<sup>38</sup> MARCHAND / HARI, p. 109.

## 2. Dans une procédure d'assainissement bancaire

Le législateur est parti du principe que le plan d'assainissement d'une banque, d'une caisse d'épargne, d'une bourse ou d'un négociant en valeurs mobilières suisses ne devait pas systématiquement avoir pour conséquence une atteinte aux intérêts des créanciers ou des propriétaires<sup>39</sup>. Si tel devait néanmoins impérativement être le cas<sup>40</sup>, le délégué à l'assainissement a l'obligation de communiquer le plan d'assainissement aux propriétaires (et créanciers), suisses ou étrangers, touchés dans leurs droits<sup>41</sup>. Les propriétaires (et créanciers) ont alors le droit, dans un délai de 20 jours dès réception du plan, de faire part au délégué de leurs objections<sup>42</sup>. Corollaire de l'exercice du droit de participation, un nécessaire droit à l'information des propriétaires, dont la forme devra être adaptée en fonction des circonstances, et notamment de l'urgence de la situation et du nombre de propriétaires.

La notion de propriétaires englobe tous les propriétaires de parts du capital social de l'assujetti, personnes physiques ou morales. Sont notamment des propriétaires au sens de la loi les actionnaires d'une société anonyme, et également les associés d'une société en nom collectif, d'une société à responsabilité limitée, les associés et commanditaires d'une société en commandite ou en commandite par actions, ou encore les coopérateurs titulaires de parts sociales. Par atteinte directe aux droits des propriétaires (et créanciers), il faut entendre toute mesure d'assainissement ayant une influence directe sur le patrimoine de l'intéressé, mais également sur les modalités d'exécution d'une obligation. Constituent des atteintes directes la réduction de la créance et / ou du taux d'intérêt, le report des échéances<sup>43</sup>, la dilution des participations dans l'hypothèse d'une augmentation de capital avec abandon de droit de souscription préférentiel des actionnaires actuels pour permettre l'entrée d'un nouvel actionnaire, ou d'une fusion, dans l'hypothèse où les sociétaires ne reçoivent pas de parts sociales, respectivement de droits de sociétariat, mais un dédommagement inférieur à

<sup>39</sup> Art. 29 al. 2 LB *a contrario*.

<sup>40</sup> Comme le relève HÜPKES, BSK BG, n° 21 ad art. 29 LB, seul le contenu du plan d'assainissement compte pour déterminer le cercle des lésés. Il ne saurait être question de prendre en compte l'effet des mesures provisoires adoptées par la FINMA, sous peine de conférer un droit général à l'information et à la participation, ce que le législateur a précisément voulu éviter pour que la procédure se déroule rapidement (Message LB, p. 7503).

<sup>41</sup> Il n'existe ainsi pas un droit général de participer pour tous les créanciers et propriétaires (Message LB, p. 7503 ; HÜPKES, BSK BG, n° 16 s ad art. 29 LB), qui doivent être qualifiés d'intéressés et non de parties à la procédure.

<sup>42</sup> Art. 29 al. 2 LB.

<sup>43</sup> HÜPKES, BSK BG, n° 22 ad art. 29 LB.

la valeur de leur droit (art. 8 al. 2 LFus). Une atteinte qui ne serait qu'indirecte ne fonde pas un droit de consultation.

La forme de l'invitation à la consultation n'est pas définie par la loi. La question d'une éventuelle obligation pour le délégué à l'assainissement de faire procéder à une publication dans la FOSC du plan d'assainissement proposé et du délai pour déposer les observations est discutable. L'intérêt de tous les créanciers à exercer leur droit de participation s'oppose à l'intérêt de l'assujetti à ce que ses difficultés ne soient pas connues de tout un chacun, étant rappelé que les mesures protectrices ne sont pas obligatoirement publiées. Il faut toutefois trancher en faveur d'une publication dans la FOSC, nécessaire pour atteindre ceux parmi les créanciers, et en particulier la clientèle domiciliée à l'étranger, qui ne pourraient pas être atteints autrement. L'intérêt de l'assujetti à la confidentialité peut donc céder le pas, d'autant plus que la confidentialité de la procédure sera passablement réduite en raison du grand nombre de créanciers concernés. La publication dans la FOSC permet par ailleurs de faire partir pour tous les créanciers le délai de vingt jours, assurant ainsi leur égalité de traitement.

Puisqu'en principe tous les créanciers sont connus, et que les propriétaires le sont avec certitude, il n'est pas inadéquat d'imposer que le délégué à l'assainissement procède également par pli simple – en respectant toutefois les éventuelles clauses de banque restante – à l'information du cercle des personnes dont la protection est visée par l'art. 29 al. 2 LB, avec la mention du jour d'échéance du délai de vingt jours et de l'adresse à laquelle les observations doivent être retournées par écrit, signées. Le délégué à l'assainissement pourra également procéder à une publication par voie de presse dans les rubriques économiques de certains périodiques. Sous réserve de la protection du secret bancaire, le délégué à l'assainissement devra mettre à disposition des créanciers, dans ses locaux ou dans ceux de la banque, les documents de la procédure nécessaire à leur appréciation du plan d'assainissement et de sa nécessité.

Les objections doivent parvenir par écrit au délégué, dans le délai de vingt jours imparti. Par souci de célérité, il conviendra d'écarter toutes objections qui n'auraient pas été reçues dans le délai imparti. Le législateur n'a pas envisagé de dispositions traitant de la restitution des délais, à l'image de ce que prévoit l'art. 33 LP. Il ressort en général du Message LB que le législateur voulait privilégier une procédure rapide. Selon le même Message, le délégué à l'assainissement a l'obligation de tenir compte des observations, même s'il peut décider ensuite de ne pas les suivre. Malgré ce dernier élément, il convient d'estimer qu'eu égard au potentiel très grand nombre d'actionnaires ou créanciers, toute restitution des délais doit être rejetée, sous peine de rendre la procédure d'assainissement excessivement

longue. Le délai de l'art. 29 al. 2 LB constitue donc un délai de déchéance. Rien n'empêche toutefois le délégué à l'assainissement de prendre en compte des observations tardives, en opportunité.

Le contenu des objections n'a pas non plus été précisé par le législateur. Le terme employé signifie que seules des contestations relatives au plan sont recevables. Sinon, le législateur aurait probablement usé du terme « observations ». Le texte soumis par les propriétaires sera concis, et expliquera brièvement en quoi le plan porte atteinte à leurs droits et pourquoi ils ne l'acceptent pas. Il n'est pas nécessaire d'expliquer le contexte de faits, en principe connu de l'assujetti. Les propriétaires devront apporter une ou plusieurs propositions concrètes d'alternatives permettant d'aboutir à un assainissement ou expliquer en quoi la liquidation de l'assujetti est préférable. Afin d'éviter un encombrement de la procédure dû au grand nombre de documents envoyés par les actionnaires, le délégué à l'assainissement pourra leur envoyer un formulaire type à remplir et signer, avec des champs relatifs aux nom, prénom(s), domicile, date de naissance, fondement de la créance, et quelques lignes laissées vides s'agissant des objections à formuler, ainsi que deux cases à cocher, relatives à l'acceptation ou non du plan.

En résumé, l'art. 29 al. 2 LB consacre un droit de participation assez large des actionnaires, puisque le délégué à l'assainissement doit tenir compte de leurs observations, et, s'il s'en écarte, motiver sa position<sup>44</sup>.

### III. Les droits d'information et de participation des actionnaires d'une société insolvable *de lege ferenda*

Le droit de la société anonyme n'est pas d'un grand secours aux actionnaires, puisqu'il prévoit que le conseil d'administration est compétent pour prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts. La gestion de l'entreprise et les décisions stratégiques sont ainsi en règle générale de la compétence du conseil d'administration. L'institution d'un contrôle spécial sert à élucider des faits déterminés, si cela est nécessaire à l'exercice de leurs droits par les actionnaires<sup>45</sup>. Or, le droit de la procédure d'ajournement de faillite et concordataire n'octroie aucun droit spécial d'intervention ou d'information aux actionnaires : les créanciers sont seuls à bénéficier d'un droit d'information et de participation, limité à l'acceptation ou au rejet du concordat qui leur est proposé. Partant, l'exercice par les actionnaires pendant une procédure concordataire ou d'ajournement de faillite, de leur

<sup>44</sup> Message LB, FF 2002 7505.

<sup>45</sup> Art. 697a al. 2 CO. SCHWARZENBACH / DANNECKER, p. 521.

droit de demander un contrôle spécial, se révélerait dans le meilleur des cas peu efficace, sinon inutile.

De par la loi, le délégué à l'assainissement bancaire est débiteur d'un devoir d'information, corollaire du devoir de faire participer les propriétaires de l'assujetti à assainir. En revanche, curateur et commissaire au sursis ne sont de par la loi pas débiteurs envers les actionnaires d'un devoir d'information spécifique. Pendant ces deux procédures d'assainissement ordinaires, appelées à potentiellement être regroupées dans la LP, les actionnaires conservent simplement les droits – limités – à l'information qui leur sont garantis également hors situation d'insolvabilité. En l'état, pendant le sursis concordataire ou un ajournement de faillite, commissaire et curateur dialogueront donc avec les actionnaires sur une base informelle. Il incombera à ces organes de la procédure de choisir de communiquer, ou non, en opportunité, les informations demandées par les actionnaires.

Il s'agit ici d'un début de protection, très indirect, des actionnaires : le but du commissaire, respectivement du curateur, est en effet de trouver, avec le conseil d'administration en place, une solution d'assainissement qui ménage les intérêts des créanciers, et du débiteur, et donc également des actionnaires. Il a été précisé que le commissaire et le curateur travaillaient en principe en étroite collaboration avec le conseil d'administration en place. Un dialogue peut donc également avoir lieu entre les administrateurs et les actionnaires, minoritaires ou majoritaires, mais toujours sur une base informelle. Les actionnaires sont donc formellement protégés en amont de la procédure concordataire, par l'art. 725 al. 1 CO, et par la possibilité qui leur est offerte, s'ils sont simultanément créanciers, de déposer eux-mêmes une requête de sursis concordataire. Une fois le débiteur dessaisi et le commissaire ou le curateur en place, les actionnaires perdent toute protection et ne sont plus associés aux choix stratégiques.

L'intérêt de la participation des actionnaires à la préparation d'un assainissement, judiciaire ou extrajudiciaire, ou d'un plan de cession de l'entreprise pendant un sursis et à son exécution après homologation d'un concordat par abandon d'actif est rarement évoqué<sup>46</sup>, mais ne saurait être négligé. Certes, il est incontestable que les actionnaires doivent être les premiers à supporter les pertes de leur société, eux qui, contrairement aux créanciers, ont eu la possibilité d'exercer une influence effective sur la gestion des activités de la société, et d'intervenir préventivement une fois les premiers signes de difficultés financières connus. Mais des actionnaires, majoritaires comme minoritaires, peut venir une proposition de plan d'assainissement, qui sera dans leur intérêt, de par la survie de leur société, et également à l'avantage des créanciers, qui seront certes partiellement

<sup>46</sup> JEANNERET / PEYROT, p. 517.

désintéressés, mais pourront poursuivre avec la société des relations d'affaire, s'assurant ainsi un désintéressement supplémentaire, proportionnel à la marge prélevée sur les services fournis ou les biens vendus.

#### IV. Conclusion

La loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite pourrait prochainement être révisée. Fondamentalement, la situation des actionnaires en matière de droit à l'information et de participation ne devrait toutefois guère changer ; les actionnaires continueront d'être les tristes laissés pour compte des procédures d'assainissement. Tant pis s'ils n'ont pas su contrôler leur société, et les administrateurs qu'ils ont nommés... Qu'ils en assument la responsabilité.

Le législateur envisage d'ailleurs de durcir les conditions d'homologation des concordats ordinaires, et prévoit d'introduire une disposition qui imposerait aux titulaires de parts de s'acquitter d'une contribution équitable à l'assainissement du débiteur. Selon l'avant-projet mis en consultation<sup>47</sup>, la contribution en question pourrait, par exemple, consister, pour les actionnaires, à approuver une réduction du capital-actions suivie d'une augmentation du capital. Mais l'avant-projet précise immédiatement qu'il devrait être possible de renoncer à cette obligation si le concordat ordinaire proposé apparaît plus avantageux qu'une faillite...

Indépendamment de la confusion que l'avant-projet insinue à propos de cette obligation de contribution des titulaires de parts, vidée de sens par la dernière précision – l'on voit mal que les créanciers votent pour un concordat dividende qui est moins avantageux qu'une faillite – la modification est censée garantir une égalité des sacrifices entre créanciers et titulaires de parts. Le projet de modification va donc dans le sens d'une certaine implication des actionnaires dans le processus d'assainissement. Mais quelle implication ! Il s'agit ici d'une implication "sanction", défavorable, à l'avantage exclusif des créanciers : les actionnaires doivent payer, mais doivent se taire.

Bien plus, devrait-on prévoir, en amont, une information et une forme de participation des actionnaires. Il pourrait s'agir d'impliquer les actionnaires non seulement en cas de perte de capital, comme le prévoit l'art. 725 al. 1 CO, mais également en cas de surendettement, en donnant par exemple la possibilité à une partie d'entre eux de proposer des mesures d'assainissement, de déposer une requête de sursis concordataire, et de recourir contre le refus de donner droit à une requête de sursis concordataire déposée par la société, par le biais du conseil d'administration, ou par eux-mêmes. Il est par ailleurs prévu d'instituer déjà au stade du sursis une

commission des créanciers: l'on devrait de même s'interroger sur l'opportunité d'instituer une commission composée de créanciers, mais également d'actionnaires, qui pourrait rééquilibrer le pouvoir, grandissant, des créanciers.

#### V. Bibliographie

- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4ème édition, Zurich, Bâle, Genève 2009.
- BAUEN MARC / BERNET ROBERT / ROULLER NICOLAS, La société anonyme suisse, Zurich 2007.
- HORBER FELIX, Die Informationsrechte des Aktionärs, Eine Systematische Darstellung, thèse, Zurich 1995.
- HÜPKES EWA, ad Art. 29-31 LB in: WATTER ROLF / VOGT PETER NEDIM / BAUER THOMAS / WINZELER CHRISTOPH (éd.), Basler Kommentar, Bankengesetz, Bâle, Genève, Munich 2005.
- HURTER HANS, Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung, thèse, Lucerne 1988.
- JEANNERET VINCENT / PEYROT AUDE, Procédures concordataires et faillites. Quelle est la protection des actionnaires ? in : ST 2002 p. 514-518.
- JUNOD MOSER DOMINIQUE / GAILLARD LOUIS, ad Art. 314-336 LP in : DALLÈVES LOUIS / FOEX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005.
- LUDWIG Peter, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich): insbesondere seine Durchführung gemäss Art. 316a ff. SchKG, thèse, Berne 1970.
- MARCHAND SYLVAIN, Transfer of the Debtor's enterprise during the composition moratorium, in: PETER HENRY / JEANDIN NICOLAS / KILBORN JASON, The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 425-439.
- MARCHAND SYLVAIN / HARI OLIVIER, Le sursis concordataire, vecteur de transfert des entreprises commerciales in: Droit des sociétés, Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Bâle, Genève, Munich 2006, p. 99-116.
- MAROLDA MARTINEZ LARISSA, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, thèse, Zurich, Bâle, Genève 2006.

<sup>47</sup> <http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/SchKG.html>.

- MEIER-HAYOZ ARTHUR / FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10ème édition, Berne 2007.
- PAULI BIANCA, ad art. 697a-697h CO in: TERCIER PIERRE / AMSTUTZ MARC (éd.), Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2008.
- PETER HENRY / CAVADINI-BIRCHLER, ad art. 698-725 CO in: TERCIER PIERRE / AMSTUTZ MARC (éd.), Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2008.
- PHILIPPIN EDGAR, Questions choisies de droit de l'exécution forcée en relation avec la loi sur la fusion in : BISCHK 70 (2006), 4, p. 1-44
- SCHWARZENBACH RENÉ / DANNECKER REGULA, Fallbeispiel Swissair zum Aktienrecht und SchKG, in: ST 05/2002, p. 519-522.
- TRIGO TRINDADE RITA, ad art. 696-697 CO in: TERCIER PIERRE / AMSTUTZ MARC (éd.), Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2008.
- WEBER ROLF H., ad Art. 696-697h CO in: HONSELL HEINRICH / VOGT PETER NEDIM / WATTER ROLF (éd.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 3ème édition, Bâle 2008.
- WINKELMANN ALAIN / LÉVY LAURENT / JEANNERET VINCENT / MERKT OLIVIER / BIRCHLER FRANCESCA, ad Art. 317-332 LP in: STAEHELIN ADRIAN, BAUER THOMAS, STAEHELIN DANIEL (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Vol. I et III, Bâle, Genève, Munich 1998-2005
- WÜTHRICH KARL / ROTHENBÜHLER FRITZ, ad art. 317 LP in: HUNKELER DANIEL, Kurzkomentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Bâle 2009.
- WÜSTNER HANSPETER, ad Art. 725-725a CO, HONSELL HEINRICH / VOGT PETER NEDIM / WATTER ROLF (éd.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 3ème édition, Bâle 2008.

## LES CLAUSES DE CONFIDENTIALITÉ DANS LES ACCORDS DE COLLABORATION

CLAUDE BRETTON-CHEVALLIER\*

### Introduction

Parmi les principaux acteurs de la gestion de fortune en Suisse, figurent les banques et les gérants de fortune indépendants. Si les acteurs bancaires sont connus et facilement identifiables<sup>1</sup>, la catégorie des gérants de fortune indépendants est hétérogène et de ce fait plus difficile à cerner. Elle englobe des sociétés de gestion de fortune organisées sous forme de sociétés de capitaux, voire de sociétés de personnes, des fiduciaires, des avocats, des raisons individuelles. Parmi les sociétés, se côtoient celle qui emploie plusieurs dizaines ou centaines de collaborateurs et la structure unipersonnelle<sup>2</sup>. Cette hétérogénéité s'explique notamment par l'absence de surveillance administrative globale de l'activité de gestion de fortune. Exercée par un gérant indépendant (non banque et non négociant), cette activité n'est réglementée - et surveillée - que sous l'angle de la lutte contre le blanchiment d'argent<sup>3</sup>, ou lorsque que le gérant de fortune gère des placements collectifs de capitaux<sup>4</sup>. Par contre, dès lors qu'elle est pratiquée par une banque<sup>5</sup>, elle est surveillée par l'autorité administrative fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA)<sup>6</sup>.

\* Avocate, Docteur en droit. Etude NOTTER MEGEVAND & ASSOCIES, Genève.

<sup>1</sup> L'activité de gestion de fortune n'est pas une activité bancaire telle que définie à l'art. 2 a de l'Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB RS 962.02). La loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0) à son art. 1 al. 3 lit. b, exclut même expressément l'activité de gestion de fortune de son champ d'application. Le TF a cependant récemment rappelé que les banques exerçant une activité de gestion de fortune sont surveillées dans le cadre de cette activité.

<sup>2</sup> Sur le profil de la profession cf. CHRISTIAN BÜHRER, *Unabhängige Vermögensverwalter in der Schweiz*, Thèse, Zurich, 2006.

<sup>3</sup> Au sens de l'art. 2 al. 3 lit. e LBA, les gérants de fortune sont des intermédiaires financiers. Ils ont de ce fait l'obligation de s'affilier à un organisme d'autorégulation reconnu (ou auprès de l'autorité fédérale en matière de lutte contre le blanchiment) qui s'assurera que le gérant de fortune respecte les obligations qui découlent pour lui de l'application de la LBA (art. 12 c et 24 LBA).

<sup>4</sup> Art. 13 al. 2 lit. f LPCC.

<sup>5</sup> Cf. TF du 10 novembre 2006 (4C.158/2006).

<sup>6</sup> La FINMA a succédé à la Commission fédérale des Banques (CFB), le 1<sup>er</sup> janvier 2009.