

Rôle du conseil d'administration

Dans le conflit et dans le cadre
des moyens légaux de
protection

TABLE DES MATIÈRES

1. Partie introductive
2. Rôle du conseil d'administration dans les conflits et dans le cadre des moyens de protection
 1. Rôle et obligations du conseil d'administration en général
 2. Le rôle du conseil d'administration dans les conflits (interne)
 1. Désignation d'un administrateur représentant
 2. Inscription d'un objet à l'ordre du jour / demande de convocation d'une AG
 3. Interdiction de participer / participation sans droit d'un actionnaire à une AG
 4. Refus de reconnaître un nouvel actionnaire en cas de transfert (clause d'agrément)
 5. Procédure de déchéance
 6. Moyens de défense en cas d'OPA
 7. Fusion squeeze-out (également post OPA)
 8. Contrôle spécial
 9. Désignation d'un expert pour contrôler la gestion
 10. Carence dans l'organisation
 11. Blocage
3. Remarques finales

1.1 DROITS DES ACTIONNAIRES

Droits sociaux légaux et/ou statutaires

Droit d'être présent à l'AG

Droit de se faire représenter à l'AG

Droit de voter à l'AG

Droits patrimoniaux légaux et/ou statutaires

Droit au dividende

Droit aux intérêts intercalaires

Droit à l'utilisation des infrastructures

Droit à l'excédent de liquidation

Autres droits découlant d'un contrat

Contrat entre un actionnaire et la société

- Contrat de prêt
- Contrat de travail

Contrat entre les actionnaires

- Convention d'actionnaires

Egalité de traitement / poids proportionnel à la participation / anonymité / transparence (Mf)

1.2 SOURCES/TYPOLOGIE DE LA VIOLATION DES DROITS

Violation de la loi
et/ou des statuts

Violation d'un
contrat
(actionnaires-
société)

Violation d'une
convention
d'actionnaires

1.3 MISE EN ŒUVRE DES DROITS DES ACTIONNAIRES

Interne

Droit aux renseignements
Publicité événementielle

Droit de faire convoquer une AG /faire inscrire un objet à l'ordre du jour

Droit de faire désigner un organe de révision

Droit de faire désigner un expert pour contrôler la gestion

Judiciaire

Mesures superprov./prov.

Blocage du RC

Action en annulation d'une décision de l'AG

Action en constatation de la nullité (AG ou CA)

Action en responsabilité

Action en restitution de prestations

Carences dans l'organisation

Action en dissolution

Action en évaluation

Action en examen des parts sociales

Action en convocation de l'AG / en inscription d'un objet à l'ordre du jour

Autres (constatation)

Mixte

Droit à l'institution d'un contrôle spécial

TABLE DES MATIÈRES

1. Partie introductive
2. Rôle du conseil d'administration dans les conflits et dans le cadre des moyens de protection
 1. Rôle et obligations du conseil d'administration en général
 2. Le rôle du conseil d'administration dans les conflits (interne)
 1. Désignation d'un administrateur représentant
 2. Inscription d'un objet à l'ordre du jour / demande de convocation d'une AG
 3. Interdiction de participer / participation sans droit d'un actionnaire à une AG
 4. Refus de reconnaître un nouvel actionnaire en cas de transfert (clause d'agrément)
 5. Procédure de déchéance
 6. Moyens de défense en cas d'OPA
 7. Fusion squeeze-out (également post OPA)
 8. Contrôle spécial
 9. Désignation d'un expert pour contrôler la gestion
 10. Carence dans l'organisation
 11. Blocage
3. Remarques finales

2.1 ATTRIBUTIONS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION EN GÉNÉRAL

CO 716: 1. En général

1. Le conseil d'administration peut prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts.
2. Il **gère** les affaires de la société dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion.

TF, arrêt 4A_350/2011 du 13 octobre 2011

CO 718: V. Représentation 1. En général

1. Le conseil d'administration **représente** la société à l'égard des tiers. Sauf disposition contraire des statuts ou du règlement d'organisation, **chaque membre** du conseil d'administration a le pouvoir de représenter la société.

ATF 141 III 80 / ATF 140 III 70

CO 717: IV. Devoirs de diligence et de fidélité

1. Les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la **diligence** nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société.
2. Ils doivent traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation.

ATF 139 III 24, consid 3.2 = JdT 2013 II p. 328

TF, arrêt 4C.242/2001 du 5 mars 2003, consid 3.3

TABLE DES MATIÈRES

1. Partie introductive
2. Rôle du conseil d'administration dans les conflits et dans le cadre des moyens de protection
 1. Rôle et obligations du conseil d'administration en général
 2. Le rôle du conseil d'administration dans les conflits (interne)
 1. Désignation d'un administrateur représentant
 2. Inscription d'un objet à l'ordre du jour / demande de convocation d'une AG
 3. Interdiction de participer / participation sans droit d'un actionnaire à une AG
 4. Refus de reconnaître un nouvel actionnaire en cas de transfert (clause d'agrément)
 5. Procédure de déchéance
 6. Moyens de défense en cas d'OPA
 7. Fusion squeeze-out (également post OPA)
 8. Contrôle spécial
 9. Désignation d'un expert pour contrôler la gestion
 10. Carence dans l'organisation
 11. Blocage
3. Remarques finales

2.3.1 LE CAS PARTICULIER DE L'ADMINISTRATEUR REPRÉSENTANT

CO 709: En général / 2. Représentation de catégories et de groupes d'actionnaires

1. S'il y a plusieurs catégories d'actions en ce qui concerne le droit de vote ou les droits patrimoniaux, **les statuts assurent** à chacune d'elles l'élection d'un représentant au moins au conseil d'administration.
2. Les statuts peuvent prévoir des dispositions particulières pour protéger les **minorités** ou certains **groupes d'actionnaires**.

ATF 120 II 47 = JdT 1995 I p. 7; ATF 95 II 555 = JdT 1970 I 546; ATF 107 II 179 = JdT 1981 I p. 375

2.3.2 INSCRIPTION D'UN OBJET À L'ORDRE DU JOUR / DEMANDE DE CONVOCATION D'UNE AG

CO 699 : II. Convocation et inscription à l'ordre du jour / 1. Droit et obligation

3. Un ou plusieurs actionnaires représentant ensemble 10 % au moins du capital-actions peuvent aussi requérir la convocation de l'assemblée générale. Des actionnaires qui représentent des actions totalisant une valeur nominale de 1 million de francs peuvent [aussi] requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour. La convocation et l'inscription d'un objet à l'ordre du jour doivent être requises par écrit en indiquant les objets de discussion et les propositions.
4. Si le conseil d'administration ne donne pas suite à cette requête dans un délai convenable, la convocation est ordonnée par le juge, à la demande des requérants.

ATF 132 III 555 = JdT 2008 I p. 334; ATF 112 II 45; ATF 102 IA 209 = JdT 1977 I p. 277 ; TF, arrêt 4A_296/2015* du 27 novembre 2015 (publication au recueil ATF prévue)

2.3.3 INTERDICTION DE PARTICIPER / PARTICIPATION SANS DROIT D'UN ACTIONNAIRE À UNE AG / IDENTIFICATION DE L'ACTIONNAIRE

CO 689a: J. Droits sociaux inhérents à la qualité d'actionnaire / I. Participation à l'assemblée générale / 2. Légitimation à l'égard de la société

1. Peut exercer les droits sociaux liés à l'action nominative quiconque y est habilité **par son inscription au registre des actions** ou par les pouvoirs écrits reçus de l'actionnaire.
2. Peut exercer les droits sociaux liés à l'action au porteur quiconque y est habilité comme **possesseur** en tant qu'il produit l'action. Le conseil d'administration peut prévoir la production d'un **autre titre de possession**.

TF, arrêts 4A_507/2014 et 4D_73/2014 du 15 avril 2015; TF, arrêt 4A_461/2009 du 1^{er} mars 2010 = SJ 2010 I p. 508; ATF 123 IV 132 = JdT 1998 IV p. 142 (p.m. ATF 112 II 356)

2.3.4 DEROULEMENT D'UNE AG

CO 702 III. Mesures préparatoires; procès-verbal

1. Le conseil d'administration **prend les mesures nécessaires** pour constater le droit de vote des actionnaires.
2. Il **veille à la rédaction** du procès-verbal. Celui-ci mentionne (...)
ATF 120 IV 199 = JdT 1996 IV p. 69

CO 702a IV. Participation des membres du conseil d'administration

Les membres du conseil d'administration **ont le droit de prendre part** à l'assemblée générale. Ils **peuvent** faire des propositions.

2.3.5 REFUS DE RECONNAÎTRE UN NOUVEL ACTIONNAIRE EN CAS DE TRANSFERT (CLAUSE D'AGRÉMENT)

CO 685b: H. Restriction à la transmissibilité / II. Restriction statutaire / 2. Actions nominatives non cotées en bourse / a. Motifs de refus

1. La société peut refuser son approbation en invoquant un juste motif prévu par les statuts ou en offrant à l'aliénateur de reprendre les actions pour son propre compte, pour le compte d'autres actionnaires ou pour celui de tiers, à leur valeur réelle au moment de la requête.
2. Sont considérés comme de justes motifs les dispositions concernant la composition du cercle des actionnaires qui justifient un refus eu égard au but social ou à l'indépendance économique de l'entreprise.

TF, arrêt 4C.242/2001 du 5 mars 2003

CO 685d: H. Restriction à la transmissibilité / II. Restriction statutaire / 3. Actions nominatives cotées en bourse / a. Conditions de refus

1. La société ne peut refuser comme actionnaire l'acquéreur d'actions nominatives cotées en bourse que si les statuts prévoient une limite en pour-cent des actions nominatives jusqu'à laquelle un acquéreur doit être reconnu comme actionnaire, et que cette limite est dépassée.

TAF, arrêt B3119/2015 du 27 août 2015

CO 697i-697m: GAFI

2.3.6 PROCÉDURE DE DÉCHÉANCE

CO 681: F. Versements des actionnaires / II. Effets de la demeure / 1. Aux termes de la loi et des statuts

2. Le conseil d'administration peut déclarer en outre qu'ils sont déchus des droits résultant de leur souscription et que leurs versements sont acquis à la société, et émettre des actions nouvelles en lieu et place de celles qui ont été ainsi annulées. Si les titres déjà émis ne sont pas restitués, l'annulation sera publiée dans la *Feuille officielle suisse du commerce* et, au surplus, en la forme prévue par les statuts.

CO 682: F. Versements des actionnaires / II. Effets de la demeure / 2. Appels de versements

1. Si le conseil d'administration se propose de déclarer les actionnaires en demeure déchus de leurs droits de souscripteurs ou de leur réclamer l'exécution de la clause pénale prévue par les statuts, elle doit publier au moins trois fois des appels de versements dans la *Feuille officielle suisse du commerce* et, au surplus, en la forme prévue par les statuts, en leur impartissant un nouveau délai d'un mois au moins à compter de la dernière publication. La déchéance ne peut être prononcée et l'application de la clause pénale ne peut être exigée que si l'actionnaire ne paie pas non plus dans le nouveau délai.

ATF 132 III 668 = JdT 2007 I p. 438 / ATF 113 II 275 / ATF 102 II 353

2.3.7 MOYENS DE DÉFENSE EN CAS D'OPA

LIMF 132 (aLBVM 29): Obligations de la société visée

2. Entre la publication de l'offre et celle de son résultat, le conseil d'administration de la société visée ne peut prendre de décisions sur des actes juridiques qui auraient pour effet de modifier de façon significative l'actif ou le passif de la société. Les décisions prises par l'assemblée générale ne sont pas soumises à cette limitation et peuvent être exécutées, indépendamment du fait qu'elles aient été adoptées avant ou après la publication de l'offre.

OOPA 36: Mesures de défense illicites

2. En particulier, la société visée agit de manière illicite lorsque, en l'absence d'une décision de l'assemblée générale:
 - a. elle vend ou acquiert des valeurs patrimoniales pour une valeur ou à un prix représentant plus de 10 % du total du bilan ou qui contribuent pour plus de 10 % à la rentabilité (sur la base des derniers comptes annuels ou intermédiaires, le cas échéant consolidés);
 - b. elle vend ou engage des parties de l'entreprise ou des valeurs immatérielles constituant l'objet principal de l'offre et indiquées comme tel par l'offrant;
 - c. elle conclut avec les administrateurs ou les membres de la direction supérieure des contrats prévoyant des compensations inusuellement élevées pour leur départ;
 - d. elle émet des actions sur la base du capital autorisé, sans droit préférentiel de souscription des actionnaires, lorsque la décision de l'assemblée générale créant le capital autorisé ne prévoit pas expressément l'émission d'actions au cas où la société ferait l'objet d'une offre publique d'acquisition. La même règle s'applique à l'émission d'obligations avec droit de conversion ou d'option sur la base du capital conditionnel sans droit prioritaire de souscription des actionnaires;
 - e. elle achète ou vend ses propres titres de participation, des valeurs mobilières émises par la société dont les valeurs mobilières sont offertes en échange, ou des dérivés qui s'y rapportent;
 - f. elle émet ou constitue des droits relatifs à l'acquisition de ses propres titres de participation, notamment des droits de conversion ou d'option.

ATF 133 II 232 = RDAF 2008 I 609

2.3.8 FUSION SQUEEZE-OUT (EGALEMENT POST OPA)

LFus 8: Dédommagement

1. (...)
2. 2 Les sociétés qui fusionnent peuvent également prévoir dans le contrat de fusion que seul un dédommagement sera versé.

LFus 18: Décision de fusion

5. Si le contrat de fusion prévoit seulement un dédommagement, la décision de fusion doit recueillir l'approbation de 90 % au moins des associés de la société transférante qui disposent d'un droit de vote.

LIMF 137: Annulation des titres de participation restants

1. Si l'offrant détient, à l'expiration de l'offre, plus de 98 % des droits de vote de la société visée, il peut, dans un délai de trois mois, demander au tribunal d'annuler les titres de participation restants. A cet effet, il doit intenter une action contre la société. Les autres actionnaires peuvent participer à la procédure.

TF, Arrêt 4A_100/2015 du 7 août 2015 / ATF 135 III 603 = JdT 2011 II p. 380 / Vaud, Cour d'appel civile, décision HC / 2013 / 379 du 31 mai 2013

2.3.9 CONTRÔLE SPÉCIAL

CO 697a: V. Droit à l'institution d'un contrôle spécial / 1. Avec l'accord de l'assemblée générale

1. Tout actionnaire peut proposer à l'assemblée générale l'institution d'un contrôle spécial afin d'élucider des faits déterminés, si cela est nécessaire à l'exercice de ses droits et s'il a déjà usé de son droit à être renseigné ou à consulter les pièces.

ATF 138 III 246 = SJ 2013 I 154

CO 715a: II. Organisation / 5. Droit aux renseignements et à la consultation

1. Chaque membre du conseil d'administration a le droit d'obtenir des renseignements sur toutes les affaires de la société.

ATF 133 III 133 = JdT 2007 I p. 296

2.3.10 DÉSIGNATION D'UN EXPERT POUR CONTRÔLER LA GESTION

CO 731a: V. Dispositions communes / 6. Dispositions spéciales

3. L'assemblée générale peut nommer des experts pour contrôler l'ensemble ou une partie de la gestion.

HARI OLIVIER / HAENNI LINO, *Quelques procédures particulières du droit de la société anonyme*, in: Bohnet François / Hari Olivier (édits.), *L'entreprise en procédure*, Neuchâtel, 2014, p. 103-168.

2.3.11 CARENCE DANS L'ORGANISATION

CO 731b: D. Carences dans l'organisation de la société

1. Lorsque la société ne possède pas tous les organes prescrits ou qu'un de ces organes n'est pas composé conformément aux prescriptions, un actionnaire, un créancier ou le préposé au registre du commerce peut requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires. Le juge peut notamment:
 1. fixer un délai à la société pour rétablir la situation légale, sous peine de dissolution;
 2. nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire;
 3. prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite.

ATF 141 III 43 = JdT 2015 II p. 278; ATF 140 III 349; ATF 138 III 166 = JdT 2013 II p. 365;
ATF 138 III 294 = JdT 2013 II 365

2.3.12 INSOLVABILITÉ

CO 725a VII. Perte de capital et surendettement / 2. Ouverture ou ajournement de la faillite

1. Au vu de l'avis, le juge déclare la faillite. Il peut l'ajourner, à la requête **du conseil d'administration** ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible; dans ce cas, il prend les mesures propres à la conservation de l'actif social.

ATF 135 III 509 = JdT 2012 II p. 542 ; BJM 1999 p. 326

TABLE DES MATIÈRES

1. Partie introductive
2. Rôle du conseil d'administration dans les conflits et dans le cadre des moyens de protection
 1. Rôle et obligations du conseil d'administration en général
 2. Le rôle du conseil d'administration dans les conflits (interne)
 1. Désignation d'un administrateur représentant
 2. Inscription d'un objet à l'ordre du jour / demande de convocation d'une AG
 3. Interdiction de participer / participation sans droit d'un actionnaire à une AG
 4. Refus de reconnaître un nouvel actionnaire en cas de transfert (clause d'agrément)
 5. Procédure de déchéance
 6. Moyens de défense en cas d'OPA
 7. Fusion squeeze-out (également post OPA)
 8. Contrôle spécial
 9. Désignation d'un expert pour contrôler la gestion
 10. Carence dans l'organisation
 11. Blocage
3. Remarques finales

CONCLUSION

- Obligation de diligence...
- Obligation de fidélité...
- Intérêt de la société...
- Egalité de traitement...

MERCI DE VOTRE ATTENTION !

Coordonnées:

Prof. Olivier Hari

Schellenberg Wittmer SA

Rue des Alpes 15bis

CP 2088

1211 Genève 1

olivier.hari@swlegal.ch

Université de Neuchâtel

Faculté de droit

Av. du 1er-Mars 26

2000 Neuchâtel

olivier.hari@unine.ch

ANNEXE: TABLE DES MATIÈRES DES RÉFÉRENCES CITÉES

0. Rôle et obligations du conseil d'administration en général
TF, arrêt 4A_350/2011 du 13 octobre 2011; ATF 141 III 80 ; ATF 140 III 70; ATF 139 III 24, consid 3.2 = JdT 2013 II p. 328
1. Désignation d'un administrateur représentant
ATF 120 II 47 = JdT 1995 I p. 7; ATF 95 II 555 = JdT 1970 I p. 546; ATF 107 II 179 = JdT 1981 I p. 375; ATF 66 II 43
2. Inscription d'un objet à l'ordre du jour / demande de convocation d'une AG
ATF 132 III 555 = JdT 2008 I p. 334; ATF 112 II 145; ATF 102 Ia 209 = JdT 1977 I p. 277; TF arrêt 4A_296/2015 du 27 novembre 2015 (publication ATF prévue)
3. Interdiction de participer / participation sans droit d'un actionnaire à une AG
TF, arrêts 4A_507/2014 et 4D_73/2014 du 15.04.2015; TF, arrêt 4A_461/2009 du 1.03.2010 = SJ 2010 I p. 508; ATF 123 IV 132 = JdT 1998 IV p. 142 (p.m. ATF 112 II 356)
4. Déroulement de l'AG
ATF 120 IV 199 = JdT 1996 IV p. 69
5. Refus de reconnaître un nouvel actionnaire en cas de transfert (clause d'agrément)
 1. Actions non cotées: TF, arrêt 4C.242/2001 du 5 mars 2003
 2. Actions cotées: TAF, arrêt B-3119/2015 du 27 août 2015
 3. Art. 697i-697m CO (GAFI)
6. Moyens de défense en cas d'OPA
LIMF 132 II/OOPA 36: ATF 133 II 232, RDAF 2008 I 609
7. Fusion squeeze-out (également post OPA)
Arrêt 4A_100/2015 du 7 août 2015 / ATF 135 III 603 = JdT 2011 II p. 380 / Vaud, Cour d'appel civile, décision HC / 2013 / 379 du 31 mai 2013
8. Contrôle spécial
 1. Convocation d'une AGE: ATF 138 III 246 = SJ 2013 I p. 154
 2. Renseignement : ATF 133 III 133 = JdT 2007 I p. 296
9. Désignation d'un expert pour contrôler la gestion
HARI/HAENNI, *Quelques procédures particulières du droit de la société anonyme*, in: Bohnet/Hari (édits.), *La personne morale et l'entreprise en procédure*, Neuchâtel 2014, pp. 103-167
10. Procédure de déchéance
ATF 132 III 668 = JdT 2007 I p. 438; ATF 113 II 275; ATF 102 II 353
11. Carence dans l'organisation
ATF 141 III 43 = JdT 2015 II p. 278; ATF 140 III 349; ATF 138 III 166 = JdT 2013 II p. 365
12. Insolvabilité
ATF 135 III 509 = JdT 2012 II p. 542; BJM 1999 p. 326; BJM 1999 p. 326