Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 85 (1966)

Artikel: Problèmes actuels du droit de la société anonyme : l'organisation de la S.A.

Autor: Hirsch, Alain

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895746

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

PROBLÈMES ACTUELS DU DROIT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

L'ORGANISATION DE LA S. A.

Rapport présenté par
ALAIN HIRSCH, Dr en droit
Chargé de cours à l'Université de Genève

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 1

Chapitre I: L'assemblée générale 11
Section 1: Le rôle légal de l'assemblée générale 11
Section 2: Le rôle effectif de l'assemblée générale 16

Chapitre II: *L'information de l'assemblée générale* 33
Section 1: Généralités 33
Section 2: Le bénéfice net et les réserves latentes 41
Section 3: Bilan, compte de pertes et profits et rapport de gestion 55

Chapitre III: *Le contrôle* 65
Section 1: Le rôle des contrôleurs 65
Section 2: Amélioration du contrôle «de lege lata» 69
Section 3: Amélioration du contrôle «de lege ferenda» . . 78

Conclusion 84

INTRODUCTION

1. Dans les pays européens, le droit de la société anonyme est en pleine évolution. En Suisse, au contraire, aucune réforme n'est en vue.

Le 1er janvier 1966 est entrée en vigueur la nouvelle loi allemande sur les sociétés anonymes. Les actionnaires, étant considérés comme les propriétaires de la société, ont des

droits sensiblement augmentés. Le législateur entendait notamment protéger ainsi les petits épargnants qui achètent des actions. D'autre part, la nouvelle loi allemande contient des dispositions détaillées sur les groupes de sociétés (Konzernrecht). A la même date est entrée en vigueur la nouvelle loi autrichienne sur les sociétés anonymes, remplaçant également la loi allemande de 1937, applicable en Autriche depuis 1938; la réforme autrichienne est cependant beaucoup moins importante qu'en Allemagne.

En France, un projet de loi sur les sociétés commerciales a été déposé par le gouvernement en juillet 1964; l'Assemblée nationale l'a adopté en juin 1965, avec des modifications importantes, et l'a transmis au Sénat. Ici également, il s'agit avant tout de garantir plus efficacement les droits des actionnaires, en améliorant notamment leur information. Le contrôle des sociétés anonymes sera renforcé: les contrôleurs seront désormais des experts reconnus officiellement comme tels, comme en Allemagne. En outre, l'Assemblée nationale a décidé d'introduire une nouvelle forme de société anonyme, sur le modèle allemand: en lieu et place du conseil d'administration et du président directeur général, les statuts pourront instituer un conseil de surveillance et une direction.

En Belgique également, une profonde réforme du droit des sociétés anonymes est actuellement en cours, ainsi qu'en Italie.

Dans l'ensemble, cette évolution tend indiscutablement à *diminuer la puissance de l'administration ou de la direction*, en augmentant les droits des actionnaires, c'est-à-dire le rôle de l'assemblée générale, ainsi qu'en améliorant le contrôle. Bref, il s'agit de réformer *l'organisation* de la société anonyme. Parmi les multiples problèmes que pose le droit de la société anonyme (par exemple en matière de financement, de responsabilité, de droits de la minorité, etc.), c'est celui-ci que nous avons choisi d'examiner dans ce rapport, en fonction du droit suisse.

Les problèmes qui se posent en matière d'organisation de la société anonyme ne sont pas encore mûrs. Les réformes

accomplies ou en cours dans les pays voisins sont l'objet de nombreuses critiques, émanant non seulement des milieux intéressés, mais également d'auteurs indépendants. Nous ne songeons donc pas à présenter des solutions harmonieuses, à la fois logiques et réalistes, déjà solidement étayées. Le présent rapport ne vise, au contraire et plus modestement, qu'à susciter une discussion aussi objective que possible sur l'organisation de la société anonyme. A cet effet, nous nous sommes efforcé de poser les problèmes aussi clairement que possible et d'esquisser certaines propositions pour les résoudre. Si celles-ci, si discutables soient-elles, peuvent au moins éclairer le débat, notre but sera atteint.

2. Le droit de la société anonyme est particulièrement difficile à examiner de manière générale, car il recouvre des *réalités économiques, juridiques et sociales extraordinairement différentes.* Lors d'une discussion à ce sujet, il est souvent difficile de s'entendre, parce que chacun parle de la société anonyme, mais précisément sans penser au même phénomène.

Sur le plan économique, les sociétés anonymes les plus importantes constituent la base de l'économie nationale. Le législateur doit donc nécessairement tenir compte des conséquences économiques de certaines propositions juridiques. Sur le plan social, les sociétés anonymes jouent également un rôle capital comme employeurs; les intérêts des employés et ouvriers entrent donc également en ligne de compte et constituent un facteur important de «l'intérêt de l'entreprise». Dans certains pays, on leur donne même parfois (ou l'on songe à leur donner), sous une forme ou une autre, le droit de participer à la surveillance de la société.

Le rôle du conseil d'administration est nécessairement différent, suivant l'importance économique de la société. Dans les petites sociétés, l'administration est à même de gérer elle-même les affaires sociales, avec l'aide d'employés subalternes. Dans les sociétés plus importantes, l'administration est encore à même de surveiller de près la gestion

sociale, en devant toutefois déléguer de nombreuses tâches à des directeurs ou à des fondés de pouvoirs. Dans les grandes sociétés enfin, l'administration ne peut qu'exercer une haute surveillance, dont la portée pratique est difficile à préciser. C'est dire que, lorsque l'on parle de l'administration de la société anonyme, on peut se référer, suivant les cas, à des réalités complètement différentes.

D'autre part, la répartition du capital influence beaucoup le rôle de l'assemblée générale. On peut notamment distinguer les situations suivantes, avec de nombreuses solutions intermédiaires:

– Les sociétés dont toutes les actions sont largement réparties dans le public, sans groupe majoritaire établi, et dont l'administration elle-même ne possède qu'une faible partie du capital.
– Les sociétés dont une partie des actions est largement répartie dans le public, mais dont une autre partie reste entre des mains fermes, qui gouvernent la société et qui la maîtrisent complètement (soit en détenant une majorité effective, soit en détenant une majorité pratique, du fait de la passivité des autres actionnaires).
– Les sociétés dont les actions ne sont pas répandues dans le public, groupant plusieurs actionnaires qui s'intéressent à la marche de la société et qui composent fréquemment un groupe majoritaire et un ou plusieurs groupes minoritaires.
– Les sociétés ne comportant que deux actionnaires à 50% (avec le problème d'une majorité impossible) et les sociétés à actionnaire unique (avec le problème des rapports avec les tiers). Il s'agit là cependant de situations particulières, qui ne sont pas formellement interdites par la loi, mais qui sont néanmoins en marge de celle-ci (art. 625 C. O.). Nous ne nous en préoccuperons plus dans le cadre de ce rapport.

Il n'en reste pas moins que, dans les trois premières formes de sociétés citées ci-dessus, nous avons affaire à des genres

d'actionnaires bien différents. En simplifiant beaucoup, on peut distinguer l'*actionnaire majoritaire* (ou faisant partie d'un groupe majoritaire), l'*actionnaire minoritaire* (qui suit la marche de la société et s'y intéresse activement, ce qui suppose malgré tout une participation non négligeable) et enfin l'actionnaire qui a acheté une ou plusieurs actions comme placement et qui n'a nullement l'intention de suivre la marche de la société et de participer activement aux assemblées générales: nous l'appellerons l'*actionnaire-public*. La situation de cet actionnaire-public n'est pas du tout la même que celle de l'actionnaire minoritaire, ce dont on fait souvent abstraction.

Dans le cadre de ce rapport, nous serons appelé à distinguer les sociétés anonymes dont une partie des actions est répandue dans le public et les autres sociétés anonymes. Par mesure de simplification, nous appellerons les premières «grandes sociétés» et les secondes «petites sociétés», en étant conscient du caractère arbitraire de cette définition, car certaines sociétés très importantes ont toutes leurs actions groupées en mains fermes.

3. Le fait que les sociétés anonymes revêtent des formes aussi différentes soulève une question délicate: *faut-il interpréter et appliquer la loi de manière uniforme pour toutes les sociétés anonymes, ou faut-il au contraire tenir compte* (et, le cas échéant, dans quelle mesure) *de la structure particulière de chaque société anonyme?*

Le professeur Jäggi a fermement défendu la thèse de l'interprétation unique, qui devrait être recherchée en fonction de la «société anonyme typique»[1]. Selon cet auteur la «société anonyme typique» aurait nécessairement ses actions largement réparties entre un très grand nombre d'actionnaires. Le professeur Jäggi constate d'ailleurs que peu de sociétés anonymes correspondent à son modèle, bien qu'il s'agisse des plus importantes. La grande majorité des so-

---

[1] Die schweizerische A. G., 1958/59 p. 65 ss, notamment p. 70.

ciétés anonymes s'en écarte et néanmoins la loi devrait leur être appliquée (selon cet auteur) en tenant compte des intérêts théoriques en présence dans la «société anonyme typique». Le professeur JÄGGI se réfère notamment au commentaire de WEISS[2]. Celui-ci est toutefois moins catégorique et souligne même à un autre endroit[3] le pouvoir d'appréciation du juge, qui peut tenir compte des différentes formes de la société anonyme, dans tous les cas où la loi ne prévoit que certains principes généraux, susceptibles d'interprétation. Tel semble être également l'avis du Tribunal fédéral[4].

Il va sans dire qu'aucune société anonyme ne peut prétendre, vu sa situation particulière, échapper à une disposition impérative de la loi. En revanche, lorsque la loi ne prévoit que certains principes généraux, dont l'application nécessite l'appréciation des intérêts en cause, il nous semble excessif de ne pas tenir compte des intérêts effectivement en présence, et d'apprécier au contraire des intérêts théoriques, correspondant à un modèle plus ou moins précis. Dès lors d'une loi libérale a largement permis le développement de multiples formes de sociétés anonymes, il serait inéquitable d'ignorer ce développement, au moment de juger un cas concret. Nous sommes donc partisan d'appliquer le droit des sociétés anonymes en tenant compte, dans une juste mesure, des intérêts concrets effectivement en cause.

Au surplus, si l'on devait absolument définir la «société anonyme typique», nous ne sommes pas certain qu'il s'agisse vraiment de la société dont les actions sont très largement réparties. En effet, dans ce cas, le professeur JÄGGI lui-même[5] constate que le droit de vote n'a plus une grande signification pratique. Mais le principe de la majorité, notamment exprimé par le vote des actionnaires en assemblée générale, n'est-il pas l'un des piliers de la «société anonyme légale»[6]?

---

[2] Commentaire bernois, introduction aux art. 620 ss., n. 263.
[3] Op. cit. n. 51.
[4] Arrêt du 6 juillet 1965 Wyss-Fux (ATF 91 II p. 307).
[5] Op. cit. p. 75.
[6] WEISS, op. cit. n. 55 et n. 161–162.

Comment peut-on donc concevoir une «société anonyme typique» dans laquelle ce principe ne joue plus de rôle?

4. Nous serons amené, dans ce rapport, à examiner *si certaines modifications de la loi, plus ou moins importantes, ne seraient pas nécessaires.* Quels sont les principes qui doivent nous guider en l'occurrence?

Une loi peut être modifiée pour deux raisons principales. Lorsque la loi actuelle est déjà dépassée par la réalité économique et sociale, qui fait éclater le cadre juridique, une révision est normalement indispensable. Sinon, le juge se trouve placé devant une situation très pénible: soit interpréter normalement le texte légal, sans se préoccuper de l'évolution économique et sociale, en développant une jurisprudence «à contre courant», ce qui risque d'être très inopportun pour l'intérêt général et inéquitable pour les intérêts particuliers en cause; soit tenir compte de l'évolution qui s'est produite, en interprétant le texte légal de manière très libre, en construisant des lacunes de la loi, bref en compromettant la sécurité juridique, particulièrement nécessaire en droit commercial.

D'autre part, une modification de la loi peut être nécessaire pour des raisons politiques, au sens large du terme, parce que l'on désire modifier la réalité juridique économique et sociale. Dans ce cas, il faut être plus prudent et s'interroger sur les motifs précis qui justifient la modification souhaitée. Il faut notamment examiner si ces motifs ne procèdent pas de circonstances passagères, ce qui arrive souvent en droit commercial, à cause de ses effets sur la vie économique et sociale. Ainsi, certaines dispositions de notre droit sur les sociétés anonymes portent manifestement la marque de la crise économique des années trente; il ne faudrait pas que des modifications actuelles portent trop nettement la marque de la prospérité. Le droit commercial doit rester une base solide pour la vie économique, tout en laissant si possible au juge une liberté d'appréciation suffisante pour tenir compte des intérêts en cause.

Comment concilier cette sécurité juridique indispensable avec une certaine évolution nécessaire ? Il faut, nous semble-t-il, distinguer plusieurs cas.

En premier lieu, le législateur peut simplement introduire dans la loi des *possibilités nouvelles* pour les intéressés, sans modifier les dispositions impératives existantes. Les intéressés peuvent alors soit rester sous le régime juridique ancien, soit utiliser les possibilités nouvelles qui leur sont offertes. Tel serait le cas si, par exemple, en Suisse, on abaissait la valeur nominale minimum des actions, on autorisait l'émission d'actions sans valeur nominale, d'actions sans droit de vote, etc. De même, lorsque le projet de loi français prévoit une seconde forme d'organisation de la société anonyme, avec un conseil de surveillance et une direction (en lieu et place du conseil d'administration et du président directeur général). Dans ces cas, la sécurité juridique n'est pas compromise, puisque le régime ancien peut subsister si les intéressés le désirent. Il est naturellement possible d'encourager les intéressés à choisir le régime nouveau, notamment au moyen d'avantages fiscaux, mais cela importe peu pour notre propos. Abstraction faite de leur valeur intrinsèque, ces modifications législatives ne devraient normalement pas susciter d'objections fondamentales et peuvent être admises relativement facilement.

En revanche, les modifications *affectant obligatoirement la situation juridique existante* doivent être justifiées par une nécessité pratique ou politique impérieuse. Ceci est encore beaucoup plus vrai lorsqu'il ne s'agit pas de modifications techniques ou de détail, mais d'une réforme fondamentale. Tel serait le cas, en particulier, d'une réforme destinée à *distinguer deux sortes de sociétés anonymes:* les grandes et les petites. Cette idée est soulevée de temps à autre, du fait que ces deux sociétés posent des problèmes parfois très différents. C'est surtout le cas en Suisse, où la société à responsabilité limitée ne s'est pas développée. Au contraire, en France et en Allemagne, la plupart des petites et moyennes sociétés prennent la forme juridique de la S. à r. l., la

société anonyme n'étant adoptée que par les sociétés plus importantes.

Il s'agirait ici de modifier profondément le droit actuel, qui permet aux petites et moyennes sociétés de se développer librement, sans changer de forme. La situation juridique des sociétés existantes serait profondément affectée, à de nombreux égards. Une telle distinction ne devrait donc être retenue que si elle s'imposait absolument. Il est facile de dénoncer certains inconvénients du droit actuel, mais il est impossible de prévoir tous les problèmes que poserait une telle réforme. Même si certaines dispositions gênent les petites sociétés, même si d'autres dispositions sont insuffisantes pour les plus grandes, cela ne suffit pas encore pour admettre une réforme aussi profonde du droit de la société anonyme.

D'ailleurs, en l'état, les petites sociétés peuvent résoudre la plupart de leurs difficultés éventuelles en prévoyant des clauses spéciales dans leurs statuts et surtout au moyen de contrats particuliers conclus entre tous les actionnaires. Quant aux dispositions qu'il faudrait prévoir pour les plus grandes sociétés, il devrait être possible de les instituer grâce à des règles fixées par les bourses de valeurs; la plupart de ces sociétés ont en effet des actions cotées. Il serait ainsi possible de recueillir les expériences nécessaires qui permettraient peut-être, dans un avenir probablement lointain, d'envisager une telle réforme du droit des sociétés anonymes, avec des solutions déjà pratiquement éprouvées.

5. Le présent rapport est consacré à l'organisation de la société anonyme; il s'agit notamment de trouver un contrepoids au pouvoir de l'administration. Nous discuterons surtout le rôle de l'assemblée générale, ce qui nous conduira au problème de son information. Le rôle de l'organe de contrôle sera examiné dans la même perspective.

En revanche, nous n'examinerons pas *le rôle de l'administration* elle-même, notamment parce que les problèmes qui se posent sont indépendants des autres sujets que nous avons choisis.

La principale question qui se pose est celle de la délégation des pouvoirs de l'administration. Celle-ci revêt une importance particulière en droit suisse, puisque nous ne connaissons pas le système allemand du conseil de surveillance et de la direction, qui va maintenant être adopté en France (à titre facultatif il est vrai) et probablement en Belgique. Nous ne voyons aucune raison de modifier à cet égard le système libéral consacré par le droit suisse. Pratiquement, les conseils d'administration de nos grandes sociétés jouent effectivement le rôle d'un conseil de surveillance, sans qu'il soit besoin de modifier la loi pour autant. En outre, et surtout, cette souplesse de la loi permet à l'administration de prendre toutes les positions intermédiaires entre la direction effective et la haute surveillance, suivant l'importance de la société.

Cette souplesse présente de nombreux avantages. Elle comporte en revanche un inconvénient certain: de nombreux administrateurs oublient les devoirs que la loi leur impose et croient ne commettre aucune faute en déléguant presque toutes leurs prérogatives même dans de petites sociétés, où ils pourraient parfaitement exercer une surveillance beaucoup plus stricte. La doctrine n'a pas assez insisté sur ce problème et la jurisprudence n'a pas encore eu à l'examiner, notamment au point de vue de la responsabilité des administrateurs.

La loi ne fixe pas les limites dans lesquelles l'administration peut déléguer ses pouvoirs. Il s'agit d'une question de mesure, le conseil devant se réserver les décisions les plus importantes; selon la nature et l'importance de la société, les tâches qu'il est licite de déléguer varient considérablement. L'administration doit en tout cas veiller à se faire adresser des rapports complets sur l'activité sociale et à organiser des contrôles internes suffisants, de manière à pouvoir effectivement exercer la haute surveillance sur la société. En ce qui concerne les comptes, en particulier, s'agissant du document le plus important soumis à l'assemblée générale, l'administration devrait les examiner de manière particulièrement approfondie, en exigeant d'avoir en mains

toutes les annexes nécessaires pour la compréhension parfaite du bilan et du compte de pertes et profits. C'est une excellente occasion, pour l'administration, d'exercer effectivement les fonctions de surveillance qui lui sont imparties par la loi.

CHAPITRE I

L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

Section 1:

Le rôle légal de l'assemblée générale

6. Conformément à l'art. 698 C. O., l'assemblée générale est «le pouvoir suprême de la société». Plus concrètement, l'assemblée générale peut seule prendre les décisions essentielles de la vie sociale. C'est elle qui nomme les administrateurs et leur donne décharge. C'est elle qui approuve les comptes et détermine l'emploi du bénéfice net. C'est elle qui adopte et modifie les statuts.

Les statuts peuvent réserver à l'assemblée générale le droit de prendre d'autres décisions encore. Les compétences de l'assemblée générale peuvent-elles être ainsi librement élargies ? Ou bien des principes juridiques non écrits, gouvernant l'organisation de la société anonyme, interdisent-ils à l'assemblée générale de s'immiscer dans la gestion sociale, légalement réservée à l'administration ? Cette controverse doctrinale n'est pas tranchée, mais elle revêt un caractère plutôt théorique. Ce qui nous intéresse ici, ce n'est pas tant la mesure dans laquelle l'assemblée générale peut exercer des compétences qui ne lui sont pas légalement attribuées, mais plutôt la nature des compétences qui lui sont impérativement conférées et la portée de ses décisions.

7. L'assemblée générale est appelée à *nommer les administrateurs* (le cas échéant à les révoquer) *et à leur donner*

décharge chaque année. Elle peut librement les révoquer. Il en va de même des contrôleurs.

Lorsque l'assemblée générale nomme un administrateur, elle ne lui confie pas le mandat d'exécuter une tâche déterminée. Elle le charge de gérer l'ensemble des affaires sociales, selon les principes qui lui paraîtront les plus appropriés et sans qu'aucune directive ne lui soit normalement donnée.

L'assemblée générale donne ainsi sa confiance «en blanc» aux administrateurs qu'elle nomme, sans restriction ni réserve. Il faut néanmoins que cette confiance puisse être basée sur certains éléments, qu'elle ne soit pas donnée aveuglément, sans quoi la décision de l'assemblée générale serait inadmissible juridiquement. L'assemblée générale doit pouvoir baser sa confiance sur la gestion passée: il faut donc qu'elle soit suffisamment renseignée sur cette gestion [7].

Pour ce faire, l'assemblée générale doit recevoir deux sortes d'informations. Tout d'abord, elle doit pouvoir apprécier le *résultat* de la gestion, par les comptes et le rapport de gestion qui lui sont remis. D'autre part, elle doit également savoir quelle a été *l'activité* des organes qu'elle a nommés. L'administration doit donc la renseigner sur sa propre activité, l'organisation qu'elle a adoptée, la manière dont elle a délégué certains pouvoirs et dont elle a surveillé leur exercice. Ceci est encore beaucoup plus vrai pour les contrôleurs, car l'assemblée générale ne peut jamais apprécier le résultat de leur activité. A l'heure actuelle, les assemblées générales n'ont aucune idée du rôle effectivement tenu par l'administration et par les contrôleurs. A notre avis, il s'agit d'une

---

[7] Des renseignements suffisants sur la gestion sont également nécessaires pour que l'assemblée générale puisse prendre une décision sur la décharge. Cependant, cette décision revêt un caractère un peu différent, puisque la décharge n'a d'effet que pour les faits dont l'assemblée générale avait effectivement connaissance. Il n'en reste pas moins qu'il est pour le moins problématique de voir des assemblées générales voter chaque année la décharge aux administrateurs sans avoir aucune information valable sur l'activité des dits administrateurs.

lacune importante des rapports de gestion et de contrôle actuels.

8. L'assemblée générale doit *approuver le bilan, le compte de pertes et profits et le rapport de gestion.* Il s'agit d'une décision n'ayant de prime abord aucune portée matérielle, aucune influence sur la situation effective de la société: que l'assemblée générale approuve ou non les comptes, la société n'en sera ni enrichie ni appauvrie. Cette décision peut cependant avoir une influence indirecte sur la situation sociale, dans la mesure où elle augmente le montant du bénéfice net, et où des distributions plus importantes peuvent ainsi être décidées.

L'approbation des comptes et du rapport de gestion n'implique nullement une approbation de la gestion elle-même. Si la gestion a été mauvaise, il est normal que les comptes et le rapport de gestion le reflètent. Il serait illogique de refuser d'approuver ces documents, qui ne font qu'exposer la vérité. La gestion de l'administration n'est approuvée que par le vote sur la décharge.

Lorsque l'assemblée générale approuve les comptes et le rapport de gestion, elle approuve simplement une certaine présentation de la réalité, s'estimant ainsi valablement renseignée et renonçant à demander d'autres renseignements [7bis].

Lorsque l'assemblée générale refuse d'approuver le rapport de gestion, c'est qu'elle estime au contraire n'être pas suffisamment renseignée. Elle n'impose pas à l'administration de dire des choses déterminées dans son rapport de gestion, mais elle demande certains renseignements supplémentaires ou une présentation différente des renseignements déjà donnés. Il en va de même, à notre avis, lorsque l'assemblée générale refuse d'approuver le bilan et le compte de pertes et profits. C'est la situation du mandant refusant

---

[7bis] Il ne s'agit cependant que d'une présomption, la preuve d'une volonté différente de l'assemblée générale étant possible, dans un cas concret.

d'accepter les comptes remis par le mandataire. Normalement, les débats de l'assemblée générale indiqueront à l'administration dans quel sens il convient de modifier les documents qui ont été refusés.

L'assemblée générale peut-elle aller plus loin et prendre elle-même la décision de modifier tel ou tel poste déterminé des comptes? Pratiquement, peut-elle ainsi augmenter le bénéfice net fixé par l'administration, en diminuant une provision ou un amortissement, en modifiant l'évaluation de certains actifs, etc? Contrairement à l'opinion dominante, nous pensons que l'assemblée générale n'a pas cette compétence; elle peut seulement approuver les comptes ou les renvoyer à l'administration, avec des instructions plus ou moins précises.

La solution contraire est en effet susceptible de compromettre les intérêts des créanciers, désarmés devant une décision prise par un organe irresponsable; c'est l'administration qui répond de l'établissement des comptes[8] et qui en porte la pleine responsabilité. A l'égard des actionnaires également, cette solution n'est pas équitable, car elle permettrait de prendre une décision sur des comptes n'ayant pas été soumis à leur attention dix jours à l'avance. Enfin, la loi prévoit impérativement que les comptes doivent être vérifiés par les contrôleurs avant de pouvoir être approuvés par l'assemblée générale. Il est vrai que ceux-ci assistent à l'assemblée générale, mais leur approbation doit être contenue dans leur rapport écrit, également déposé dix jours à l'avance. Il est d'ailleurs significatif que, conformément à l'art. 729 al. 1 C. O., les contrôleurs peuvent proposer à l'assemblée générale l'approbation du bilan ou son renvoi aux administrateurs, mais non pas la modification de certains postes du bilan.

Ces considérations n'ont, il est vrai, qu'une portée théorique. En effet, l'administration suivra bien souvent les ins-

---

[8] Conformément à l'art. 722 al. 3 C. O. (cf. textes légaux cités ci-dessous chiffre 9).

tructions données par l'assemblée générale (mais elle devra alors, à notre avis, faire approuver le bilan par une nouvelle assemblée générale, régulièrement convoquée). Si l'administration ne se plie pas, l'assemblée générale peut la révoquer et nommer de nouveaux administrateurs, qui exécuteront ses décisions.

Il résulte cependant de ce qui précède que la décision par laquelle l'assemblée générale approuve les comptes est la plus simple qu'elle ait à prendre. On dit fréquemment qu'il s'agirait au contraire d'une décision pour laquelle l'assemblée générale devrait connaître en détail la situation sociale et qu'elle ne pourrait donc jamais prendre sérieusement. On en prend prétexte pour ne plus rechercher comment l'assemblée générale peut prendre ses autres décisions de manière normale. Pour notre part, nous pensons que l'assemblée générale devrait être à même de prendre toutes ses décisions sur une base sérieuse.

L'assemblée générale peut encore approuver les comptes «avec réserves». De quoi s'agit-il précisément? La doctrine n'a pas beaucoup examiné cette question. A notre avis, l'assemblée générale peut ainsi exprimer certains désirs, plus ou moins précis, pour la présentation des comptes ultérieurs, sans aller jusqu'à demander que les comptes qui lui sont soumis soient refaits.

9. La décision de l'assemblée générale sur *l'emploi du bénéfice net* a une tout autre portée. C'est certainement la compétence essentielle de l'assemblée générale. On assimile souvent la décision sur le bilan à celle sur le bénéfice net, d'une part parce que l'importance de la première est exagérée, d'autre part parce que les propositions de l'administration sur l'emploi du bénéfice net sont presque toujours suivies. Cependant, la différence résulte nettement du texte même de la loi:

– L'assemblée générale *approuve* les comptes, mais *détermine* l'emploi du bénéfice net (art. 698 C.O.).

- L'administration *répond* des comptes, mais *présente* ses propositions sur l'emploi du bénéfice (art. 722 et 729 C. O.).
- Les contrôleurs *proposent* l'approbation ou le renvoi du bilan, mais *préavisent* sur les propositions de l'administration relatives à l'emploi du bénéfice net (art. 729 C. O.).

Comment l'assemblée générale peut-elle prendre sérieusement sa décision sur l'emploi du bénéfice ? Tout d'abord, elle doit évidemment connaître le montant de ce bénéfice, qui devrait refléter l'exploitation de la société et ne pas être déterminé arbitrairement par l'administration. C'est tout le problème des réserves latentes qui est ainsi posé.

Il faut aussi qu'elle connaisse, dans les grandes lignes, la situation de fortune de la société et les conditions actuelles de son activité, de manière à pouvoir apprécier la mesure dans laquelle le bénéfice doit être réinvesti dans la société ou au contraire distribué aux actionnaires, aux administrateurs, etc. Ces indications sont données à l'assemblée générale par le bilan et le compte de pertes et profits, ainsi que par le rapport de gestion, qui doit précisément «commenter le résultat de l'exercice» et renseigner l'assemblée générale sur «l'état des biens et l'activité de la société» (art. 724 C. O.). L'assemblée générale est également renseignée par le rapport de contrôle, et notamment par le préavis sur l'emploi du bénéfice.

Section 2:

Le rôle effectif de l'assemblée générale

10. L'assemblée générale est loin de jouer, en pratique, le rôle que la loi lui assigne et que nous avons tenté de préciser. Le plus souvent, *l'assemblée générale n'est qu'une chambre d'enregistrement*, où les propositions de l'administration sont adoptées aveuglément. L'assemblée générale devient ainsi un organe négligeable de la société anonyme: la loi et les faits sont de plus en plus en contradiction. D'ailleurs,

à part quelques exceptions, les actionnaires acceptent cette situation sans beaucoup récriminer.

Est-ce une évolution inéluctable ? Quels sont ses avantages et ses inconvénients ? Convient-il de réagir et le cas échéant comment ? Quelles sont surtout les causes de ce phénomène ? Il importe, à cet égard, de distinguer les petites et les grandes sociétés [9].

a) Rôle effectif de l'assemblée générale dans les petites sociétés

11. Dans les petites ou moyennes sociétés, la plupart des actionnaires sont parfois personnellement représentés au conseil d'administration. Directement ou indirectement, ils suivent regulièrement la marche de la société et peuvent l'influencer au sein du conseil d'administration. Il est normal que, dans ce cas, l'assemblée générale ne constitue plus qu'une simple formalité.

Parfois aussi, certains actionnaires se désintéressent volontairement de la vie sociale, alors même que leur participation peut être relativement importante. Ils préfèrent, par exemple, et de manière délibérée, faire aveuglément confiance au conseil d'administration ou à un administrateur déterminé. Il n'y a aucune raison de forcer ces actionnaires à participer plus activement à la vie sociale. Ces cas ne posent, à notre avis, pas non plus de problème, aucun intérêt légitime n'étant compromis.

Toutefois, d'autres éléments préviennent ou empêchent parfois les actionnaires minoritaires de participer plus activement aux assemblées générales. D'une part, il est rare qu'une discussion en assemblée générale puisse influencer une décision à laquelle une majorité ferme est d'ores et déjà acquise. Ainsi, l'actionnaire minoritaire en est réduit à *s'adresser aux tribunaux*, pour faire annuler une décision de l'assemblée générale ; or, dans le cadre de la jurisprudence actuelle, il est

---

[9] Selon la distinction que nous avons proposée ci-dessus, ch. 2.

très difficile pour l'actionnaire demandeur de gagner un tel procès, d'ailleurs coûteux (cf. ci-dessous ch. 12).

D'autre part, les *informations* données à l'assemblée générale étant fort sommaires, l'actionnaire minoritaire ne serait d'ailleurs pas en mesure de motiver son opposition et se trouverait en état d'infériorité face à une administration pleinement renseignée (cf. ci-dessous ch. 13).

12. Les tribunaux hésitent à s'immiscer dans la vie d'une société, en annulant une décision inopportune ou même injuste, mais néanmoins défendable. Ainsi en a notamment jugé le Tribunal fédéral au sujet de la rémunération des administrateurs[10]:

> «Il s'agit là d'un point qui relève essentiellement de l'expérience commerciale. Les personnes les mieux placées pour résoudre cette question sont celles qui sont en rapport étroit avec la société et en connaissent la situation et les besoins, soit les administrateurs et les actionnaires. C'est pourquoi le juge ne doit intervenir dans un tel cas que si la décision de l'assemblée générale ne peut se justifier par des considérations économiques raisonnables et est guidée par le désir de faire passer des intérêts particuliers avant les intérêts généraux de la société et des actionnaires.»

Cette jurisprudence stricte a été critiquée en doctrine. Bürgi[11] a notamment insisté sur le fait que la présomption sur laquelle se fonde le Tribunal fédéral est souvent fictive. Dans des entreprises petites et moyennes notamment, où les intérêts d'une majorité s'opposent à ceux d'une minorité, le conseil d'administration confond bien souvent les intérêts sociaux proprement dits et ceux de la majorité. Dans ces conditions, une décision de l'administration ou de l'assemblée générale peut encore être «justifiée par des considérations économiques raisonnables», bien qu'elle soit inspirée uniquement par des intérêts particuliers. Ainsi, selon cette

---

[10] Arrêts Brandt c/ La Centrale S. A. (ATF 82 II p. 146, 84 II p. 550 et 86 II p. 159).

[11] Die schweizerische A. G. 1956–57 p. 81 et 1957–58 p. 106.

doctrine, la présomption actuellement admise par les tribunaux devrait être, sinon complètement abandonnée, du moins sensiblement atténuée.

En principe, la société est cependant gouvernée conformément aux décisions de la majorité, ce que chaque actionnaire a admis lorsqu'il a acquis ses actions. Nous ne pouvons pas suivre le professeur Bär, lorsqu'il affirme que la décision majoritaire est toujours destinée à dégagner la solution conforme aux intérêts de «l'actionnaire typique»[12]. Selon lui, le juge devrait s'inspirer de ce critère (l'intérêt de «l'actionnaire typique») pour revoir les décisions de l'assemblée générale; dans le doute, le juge pourrait cependant trancher dans le sens de la majorité.

A notre avis, le juge ne doit pas substituer sa propre appréciation de l'intérêt social à celle de la majorité. Lorsqu'il s'agit d'apprécier une décision sociale, en pesant ses avantages et ses inconvénients pour la société et pour l'ensemble des actionnaires, la règle de la majorité doit librement s'appliquer, sauf en cas d'arbitraire. Jusqu'ici, nous approuvons donc la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Il en va seulement différemment, pensons-nous, lorsque le juge peut déterminer que *certains intérêts particuliers, étrangers à la vie sociale, ont joué un rôle*, voire même un rôle déterminant, dans la décision prise. A notre avis, le juge doit surtout rechercher dans quelle mesure des intérêts particuliers ont pu inspirer une décision majoritaire qui est attaquée.

Ainsi, par exemple, dans les affaires Brandt c/ La Centrale, nous approuverions la jurisprudence du Tribunal fédéral si les administrateurs ne s'identifiaient pas avec les actionnaires majoritaires, ce que l'arrêt ne précise pas. Dans le cas contraire, nous ne voyons vraiment pas comment on peut encore dire que «les administrateurs et les actionnaires, qui connaissent le mieux la situation sociale» peuvent bénéficier d'une présomption presque absolue, surtout s'agissant de

---

[12] Revue des juristes bernois 1959 p. 369.

leur propre rémunération! Dans un tel cas, le juge devrait annuler la décision de l'assemblée générale si elle apparaît inéquitable. La liberté du juge pourrait dépendre de l'importance que les intérêts particuliers ont joué dans une telle décision. Cette solution permettrait de protéger équitablement la minorité, en rendant à l'assemblée générale son rôle légal, sans toutefois compromettre la vie normale des sociétés, ni remplacer le principe légal de la majorité par une tutelle des tribunaux.

13. *L'absence de renseignements suffisants* est aussi un facteur important pour détourner les actionnaires minoritaires de participer activement aux assemblées générales. Il est déjà difficile pour un actionnaire minoritaire, même pleinement renseigné, de convaincre d'autres actionnaires et d'emporter une décision à l'assemblée générale. Mais sa situation devient intenable dès lors qu'il ne connaît pratiquement pas la situation de la société et les problèmes auxquels celle-ci doit faire face. L'actionnaire qui désirerait s'opposer à une proposition de l'administration est ainsi condamné à défendre sa position sans argument sérieux. Au contraire, l'administration pourra lui répondre, avec condescendance, en donnant à l'assemblée quelques précisions aussi indiscutables que partielles. On peut donc comprendre que, dans ces conditions, les actionnaires renoncent à participer activement aux assemblées générales.

On pourrait objecter que, conformément à l'art. 697 C. O., chaque actionnaire peut poser des questions à l'administration. Si l'administration n'y répond pas, ou de manière insuffisante, l'actionnaire peut s'adresser aux tribunaux, par une procédure simple et parfois même sommaire. Pourquoi cette procédure n'est-elle utilisée que si rarement? Il n'est pas certain que les tribunaux se montreraient aussi restrictifs que la doctrine semble le craindre. On cite toujours l'arrêt du Tribunal fédéral du 19 mars 1956 (ATF 82 II p. 216), qui a interprété de manière très large le secret des affaires, en demandant d'ailleurs seulement à la société de

rendre vraisemblable l'intérêt lui commandant de refuser les renseignements demandés. Il s'agit cependant d'un arrêt rendu dans des circonstances très particulières (s'agissant d'ailleurs de réserves latentes): le renseignement demandé par un actionnaire, assez mal intentionné semble-t-il, était évidemment susceptible de léser les intérêts sociaux. Nous ne pensons pas que cet arrêt fasse jurisprudence et qu'il faille vraiment interpréter si restrictivement l'art. 697 C.O.

Cependant, même si l'actionnaire minoritaire a le droit de poser des questions, cela ne suffit pas. A notre avis, le droit de demander des renseignements supplémentaires n'est pratiquement utile que si, préalablement, les actionnaires ont une idée suffisamment précise de la situation sociale. Il n'est pas possible de poser des questions à partir du néant... ou tout au moins de données très approximatives. Il faudrait commencer par le commencement et poser vingt questions, avant de savoir quoi que ce soit. Au contraire, si les comptes et le rapport de gestion étaient plus détaillés et précis, on pourrait alors poser des questions fondées, auxquelles l'administration ne pourrait pas se soustraire par des réponses évasives. Nous ne reviendrons pas sur ce problème du droit individuel de renseignement des actionnaires, qui sort de notre sujet[12bis]. Nous tenions à souligner que ce droit individuel de renseignement ne peut en aucun cas, même si on l'interprète de manière très large, remplacer les lacunes des comptes et du rapport de gestion. Au contraire, une telle information préalable constitue la condition nécessaire de l'exercice, par les actionnaires, de leur droit de renseignement.

Au-delà même du droit de renseignement et de la possibilité de discussion, une telle information permettrait aux actionnaires minoritaires d'apprécier, en meilleure connaissance de cause, les chances d'un procès éventuel en annulation d'une décision de l'assemblée générale. Là encore, no-

---

[12bis] Il concerne en effet le droit des minorités et non pas vraiment l'organisation de la société anonyme.

tamment à titre préventif, l'information de l'assemblée générale pourrait jouer un rôle appréciable.

Si l'assemblée générale ne joue pas effectivement son rôle légal dans les petites et moyennes sociétés, c'est surtout parce qu'elle ne dispose pas d'une information adéquate.

b) Le rôle effectif de l'assemblée générale dans les grandes sociétés

14. Lorsqu'on pense à l'effacement de l'assemblée générale, c'est toutefois avant tout en fonction des grandes sociétés. Or, dans celles-ci, les facteurs que nous avons décrits pour les sociétés petites et moyennes existent également, mais ne jouent qu'un rôle superficiel. Les causes fondamentales de ce phénomène, dans les grandes sociétés, ont une nature plus profonde.

En effet, la situation de «l'actionnaire-public», ayant acquis quelques actions d'une société à titre de placement, diffère complètement de celle de «l'actionnaire minoritaire». Même s'il recevait des informations détaillées sur la situation sociale, «l'actionnaire-public» ne participerait pas de manière active à l'assemblée générale. Il a trop peu d'intérêts dans l'entreprise pour étudier sa situation de manière approfondie, se déplacer à l'assemblée générale et tenter d'y convaincre les autres actionnaires de son point de vue. Même si les tribunaux annulaient plus facilement les décisions des assemblées générales, la possibilité d'intenter une action judiciaire n'effleurerait pas «l'actionnaire-public».

Dans la grande société moderne, «l'actionnaire-public» n'a plus d'intéret à exercer son droit de vote. S'il n'est pas satisfait, il témoigne à la société sa méfiance en vendant ses actions ou en refusant de souscrire lors des augmentations de capital, non pas en refusant de voter la décharge ou en luttant pour obtenir une augmentation du dividende.

Il est vrai que ce phénomène est particulièrement frappant lorsque tout va bien, au moins dans l'ensemble. Lorsqu'une société éprouve de graves difficultés, lorsqu'elle passe par

une crise aiguë, le rôle de l'assemblée générale peut devenir plus important. Il s'agit cependant de cas exceptionnels; d'ailleurs, même dans ces cas, «l'actionnaire-public» moyen n'a-t-il pas intérêt à tenter de vendre ses actions le plus vite possible, pour consacrer ses efforts à choisir un nouveau placement, lui permettant de récupérer les pertes déjà encourues?

On a songé à prendre des mesures législatives, destinées à favoriser une participation plus active des actionnaires à l'assemblée générale, qui reprendrait son rôle légal. Ainsi, on pourrait obliger les grandes sociétés à envoyer les comptes et le rapport de gestion à tous les actionnaires, soit directement (en cas d'actions nominatives), soit par l'intermédiaire des banques (en cas d'actions au porteur). On pourrait aussi permettre aux actionnaires de poser des questions par écrit à l'administration, ou même de voter par correspondance. Les frais de déplacement des actionnaires se rendant à l'assemblée générale pourraient être indemnisés, selon des règles à établir.

A notre avis, toutes ces mesures ne seraient cependant pas susceptibles d'inciter vraiment «l'actionnaire-public» à participer activement aux assemblées générales. La loi peut en effet permettre à un intérêt légitime de se manifester. Elle ne peut pas créer artificiellement un tel intérêt. Or, celui qui a acheté une action à titre de placement n'a pas l'intention de participer à la vie sociale et n'a pas d'intérêt à le faire. A notre avis, les réformes du droit des sociétés anonymes en France et en Allemagne sont vouées à l'échec, dans la mesure où le législateur espère redonner son importance à l'assemblée générale, dans les grandes sociétés.

15. N'est-il cependant pas possible que l'assemblée générale joue un rôle effectif, malgré l'absence des actionnaires eux-mêmes: ces derniers ne peuvent-ils pas s'y faire *valablement représenter?*

Dans les grandes sociétés, cette représentation s'effectue normalement *par l'intermédiaire des banques*, auprès des-

quelles les actions sont déposées. Ce problème du vote par l'intermédiaire des banques a été notamment discuté de manière approfondie lors de la réforme du droit allemand. Il s'agissait cependant surtout de rendre son rôle à l'actionnaire lui-même, en obligeant les banques à leur demander des instructions précises pour chaque vote. On a finalement renoncé à cette exigence, pour des raisons qui nous semblent évidentes: il est parfaitement illusoire de vouloir contraindre des gens à exercer des droits ne présentant pour eux aucun intérêt.

A notre avis, la représentation des actionnaires par les banques n'est pas susceptible de résoudre le problème. Tout d'abord, les banques n'ont normalement pas l'indépendance nécessaire pour s'opposer à la politique des conseils d'administration. C'est particulièrement vrai en Suisse, vu l'étroitesse du pays et les liens personnels existant entre la plupart des grandes affaires.

D'autre part, même si cette indépendance existait, la situation des banques dans les assemblées générales serait artificielle et inconfortable. La banque représenterait en effet une foule anonyme de mandants, ne lui ayant donné aucune instruction particulière. Comment pourrait-elle adopter une attitude combative au nom de ces mandants anonymes, qui ne lui en garderaient en tout cas aucune reconnaissance et qui n'approuveraient peut-être même pas cette attitude, s'ils étaient au courant de la situation exacte? Une telle situation ne manquerait pas de susciter une violente réaction de la part des sociétés en cause. Elle serait d'ailleurs intenable politiquement, car il n'y a aucune raison de conférer aux banques le contrôle des grandes sociétés: ce ne serait que le prélude d'un contrôle plus officiel.

16. D'un point de vue encore plus fondamental, il nous paraît enfin *non seulement illusoire, mais encore erroné de vouloir ressusciter artificiellement l'assemblée générale* dans les grandes sociétés anonymes. Si le conseil d'administration est devenu de plus en plus indépendant de l'assemblée générale,

si même la direction des grandes sociétés est devenue de plus en plus indépendante du conseil d'administration lui-même, ce n'est pas le résultat du hasard, mais cela procède d'une réalité profonde, qu'il serait illusoire ou erroné de combattre.

D'une part, les problèmes d'une grande société sont extraordinairement complexes. Il est normal qu'ils soient tranchés par des techniciens, à la condition que ceux-ci rendent normalement compte des décisions prises; la technocratie critiquable ne commence que lorsque les techniciens se refusent à rendre des comptes, ou le font de manière incompréhensible. Même si les actionnaires participaient à l'assemblée générale et venaient y défendre leur point de vue, ils ne seraient pas à même de discuter ces problèmes; la majorité qui s'y formerait serait discutable, peut-être changeante, en tout cas vulnérable aux arguments simplistes et même démagogiques.

D'autre part, et peut-être surtout, l'actionnaire moderne ne joue plus le rôle moteur du capitaliste traditionnel; ce n'est plus le capital qui prend l'initiative des grandes affaires. Aujourd'hui, le progrès économique résulte surtout des initiatives prises par la direction des grandes sociétés, c'est-à-dire par des employés supérieurs. Cette direction ne se considère plus, et d'ailleurs à juste titre, comme la seule émanation de l'assemblée générale, c'est-à-dire des actionnaires ou du capital. Lorsqu'elle parle de «l'intérêt de l'entreprise» c'est bien souvent de l'intérêt de l'ensemble des employés et ouvriers qu'il s'agit. La direction des grandes sociétés modernes prend effectivement peu à peu une position intermédiaire entre le capital et le travail.

Cette évolution est d'ailleurs parfois juridiquement consacrée, de diverses manières. Ainsi, dans les grandes sociétés allemandes, les travailleurs sont représentés au sein du conseil de surveillance. Une évolution semblable se dessine en France; le législateur n'a pas encore voulu l'imposer mais il s'est soucié de ne pas la contrecarrer dans le projet de loi sur les sociétés commerciales. En Suisse même, les expériences de quelques sociétés, distribuant des actions à leur personnel,

est significative. Toutes ces questions sont loin d'être mûres; il serait prématuré de les résoudre dans une réforme de l'organisation de la société anonyme. En revanche, il importe de ne pas empêcher artificiellement cette évolution, en prenant des mesures «à contre courant», notamment en tentant de rendre aux assemblées générales des grandes sociétés un rôle qu'elles ont perdu.

17. Si le droit de vote est devenu illusoire pour «l'actionnaire-public» d'une grande société, ne faut-il pas en tirer certaines conclusions sur le plan juridique? Si la réalité sociale ne peut pas être modifiée, pour correspondre au modèle légal, ne faut-il pas modifier la loi pour qu'elle reflète au moins la réalité?

Plusieurs sociétés ont d'ailleurs précédé le législateur à cet égard, en créant depuis quelques années des «bons de participation»; ceux-ci constituent juridiquement des bons de jouissance, mais correspondent économiquement à des actions sans droit de vote. Cette évolution répond à un besoin de la plupart des grandes sociétés et ne procède pas de certaines situations particulières. Les sociétés peuvent en effet financer ainsi leur expansion sans que la majorité actuelle soit compromise. Elles peuvent faire appel à des capitaux étrangers, sans que leur nationalité puisse être mise en doute, même dans les pays les plus chatouilleux à cet égard. La pratique des «bons de participation» est donc destinée à se généraliser.

Cette évolution n'est cependant juridiquement pas satisfaisante. Les droits des porteurs de «bons de participation» résultent presque exclusivement des statuts, car le législateur n'a réglé que très sommairement la position des porteurs de bons de jouissance: il n'avait évidemment pas prévu le développement de cette institution comme moyen de financement des sociétés. Or, les dispositions statutaires concernant les «bons de participation» sont extraordinairement diverses, souvent confuses ou insuffisantes. Bref, alors que le porteur d'un tel titre est exactement dans la même situa-

tion que «l'actionnaire-public», son statut juridique est nettement inférieur.

Une modification de la loi nous semble particulièrement urgente sur ce point. En effet, si l'on attend plusieurs années, de nombreuses autres sociétés auront certainement encore émis des «bons de participation» entre temps. Il sera alors beaucoup plus difficile de trancher dans le vif, en modifiant les droits statutairement prévus par des sociétés de plus en plus nombreuses. Le législateur devra tenir compte de toutes les situations acquises, ce qui ne simplifiera certes pas sa tâche et rendra son œuvre moins cohérente et plus contestable.

Deux solutions sont concevables: soit aménager le statut juridique des «bons de participation», soit introduire *l'action sans droit de vote*. A notre avis, la seconde solution s'impose, pour des raisons de simplicité évidentes. Les nouveaux actionnaires, privés de leur droit de vote, garderaient tous leurs autres droits. Ils pourraient ainsi participer à l'assemblée générale et y poser des questions. Ils pourraient même théoriquement attaquer en justice ses décisions, ce qui pourrait jouer un certain rôle préventif. Ils bénéficieraient naturellement du droit préférentiel de souscription. Tout cela serait d'ailleurs parfaitement logique; une réglementation légale des «bons de participation» aboutirait probablement à des résultats analogues. Naturellement, le régime juridique des bons de jouissance serait alors exclu comme source de financement des sociétés. Celles-ci n'y auraient d'ailleurs aucun intérêt légitime, puisqu'elles pourraient effectivement financer leur expansion dans un cadre juridique clairement défini et avec les mêmes avantages économiques et financiers.

18. Si le législateur introduit les actions sans droit de vote, il recherchera logiquement *par quelles garanties il est possible de remplacer le droit de vote supprimé.* Relevons simplement que ces garanties seraient déjà souhaitables aujourd'hui, puisque le droit de vote de «l'actionnaire-public» est déjà pratiquement illusoire.

On pourrait tout d'abord songer à donner certains avantages financiers aux actions sans droit de vote. Ainsi, en Allemagne, les actions sans droit de vote doivent être impérativement au bénéfice d'un dividende privilégié. A notre avis, il est inutile de régler cette question dans la loi. Les sociétés, qui ont un intérêt évident à émettre des actions sans droit de vote, peuvent décider elles-mêmes quels avantages elles veulent offrir au public pour l'inciter à acquérir de telles actions. On peut même imaginer que, si cette institution est légalement consacrée, certaines sociétés offriront à leurs actionnaires d'échanger des actions anciennes contre des actions sans droit de vote, financièrement privilégiées. Il n'y aurait là rien de répréhensible et la loi pourrait même favoriser une telle opération, en permettant par exemple une procédure évitant une augmentation (suivie d'une réduction) de capital.

En revanche, il serait normal de prévoir que, dans les sociétés émettant des actions sans droit de vote, les actions ordinaires soient nominatives (comme les actions à droit de vote privilégié). On pourrait aussi songer à imposer une certaine proportion entre les actions ordinaires et les actions sans droit de vote, pour éviter qu'une minorité financière trop restreinte ne dispose librement de capitaux importants apportés par les actionnaires sans droit de vote. A l'heure actuelle, aucune proportion n'est imposé en Suisse pour les actions à droit de vote privilégié. En Allemagne au contraire, le montant du capital des actions sans droit de vote ne peut pas excéder celui des actions ordinaires. Nous hésitons sur la nécessité pratique d'une telle disposition, qui devrait en tout cas être plus libérale qu'en Allemagne.

19. Si l'introduction des actions sans droit de vote amène peut-être à donner certaines garanties supplémentaires aux actionnaires, elle implique en tout cas certaines mesures sur le plan de l'organisation de la société. Il s'agit surtout *d'éviter que l'administration devienne toute puissante*, en lui prescrivant de rendre régulièrement des comptes sur sa gestion.

L'information de l'assemblée générale, et donc de l'ensemble des actionnaires, joue donc ici aussi un rôle essentiel pour le fonctionnement de la société. Aujourd'hui même, l'information de l'assemblée générale constitue un contrepoids beaucoup plus important à la puissance de l'administration qu'un droit de vote illusoire, qui n'est pratiquement pas exercé.

Une bonne information de l'assemblée générale permet d'ailleurs aux actionnaires de prendre en connaissance de cause leurs décisions essentielles: acheter ou vendre des actions, souscrire ou non à des augmentations de capital. Outre l'avantage que les actionnaires en retirent personnellement, ce phénomène revêt une grande importance pour l'organisation de la société. En effet, il apparaît aujourd'hui que l'autofinancement, pratiqué en Suisse sur une large échelle depuis une vingtaine d'années, ne répond plus aujourd'hui aux besoins croissants des grandes sociétés[13]. Ayant recours, dans une mesure croissante, au marché des capitaux, elles ont donc un intérêt direct à ne pas compromettre leur expansion par un climat financier néfaste. Ainsi, les décisions prises par «l'actionnaire-public» ne restent pas sans effet sur la vie de la société. La confiance ou la méfiance qu'il manifeste à l'administration par son comportement en bourse sera infiniment plus efficace que des votes émis en assemblée générale.

20. On dit parfois qu'un autre contrepoids à la toute puissance de l'administration pourrait être constitué par *l'organe de contrôle.* Ceci est exact, dans une certaine mesure. En particulier, puisque l'information donnée à l'assemblée générale revêt une si grande importance, il importe qu'elle soit strictement vérifiée, par un organe compétent et indépendant. Dans cette perspective, l'importance de l'organe de contrôle doit certainement être accrue.

---

[13] Cf. notamment la conférence (non publiée) du professeur WERNER NIEDERER le 25 février 1965, devant la Société des juristes zurichois.

En revanche, il ne faut pas charger l'organe de contrôle de surveiller la gestion sociale. Cela aboutirait précisément à compromettre l'indépendance dont il doit faire preuve. En effet, un organe chargé de surveiller la gestion se sent inévitablement plus ou moins responsable de cette gestion. Il devient donc solidaire de la direction.

Les travaux préparatoires de la réforme française fournissent sur ce point un exemple précis et significatif. Les sociétés anonymes pourront désormais être organisées «à l'allemande», avec une direction et un conseil de surveillance. Les auteurs de cette proposition concevaient le conseil de surveillance comme une sorte de délégation de l'assemblée générale, exerçant une surveillance purement extérieure sur la direction. Les membres du conseil de surveillance devaient être rémunérés par une somme fixe annuelle. Le garde des sceaux s'opposa, devant l'Assemblée nationale, à ce que des tantièmes puissent en outre leur être alloués:

> «En effet, le conseil de surveillance n'a nullement le rôle du conseil d'administration. Dans l'organisation proposée, c'est le conseil de direction qui correspond au conseil d'administration. S'il me semble raisonnable de permettre l'allocation de tantièmes aux administrateurs d'une société, en revanche, je ne perçois pas les raisons de l'attribution d'une part supérieure de bénéfices à un collège qui se réunira de temps en temps et qui aura pour mission essentielle, non pas d'agir au nom de la société, mais de contrôler l'action de ceux qui ont mandat d'agir pour elle.»[13bis]

L'Assemblée nationale admit ce point de vue. Cependant, quelques jours plus tard, le garde des sceaux lui-même invitait l'assemblée à revenir sur cette décision et à prévoir la possibilité d'attribuer des tantièmes au conseil de surveillance. Il exposait que la solution précédente, trop rigoureuse, pourrait décourager les intéressés d'adopter ce nouveau type d'organisation des sociétés anonymes[13ter]. Ce petit exemple montre bien qu'un organe chargé de surveiller la gestion

---

[13bis] Journal officiel du 9 juin 1965 p. 1870.
[13ter] Journal officiel du 11 juin 1965 p. 2066.

sociale constitue en réalité une sorte de conseil d'administration suprême, non pas un organe de contrôle. Il serait fâcheux de confondre les fonctions et les responsabilités.

21. Nos réflexions sur l'organisation des grandes sociétés anonymes présentent quelque analogie avec celles qui ont inspiré *le projet de loi fédérale sur les fonds de placement*[14]. Il n'est pas question d'assimiler purement et simplement le porteur de parts et l'actionnaire, la direction d'un fonds de placement et celle d'une entreprise, bref la gestion de fortune et une affaire commerciale ou industrielle. Néanmoins, la situation de «l'actionnaire-public» et celle du «porteur de parts» ne sont pas très différentes. Les mêmes raisons amènent l'un et l'autre à choisir un placement, puis à le réaliser. Ni l'un ni l'autre ne se préoccupent des autres personnes qui ont acheté les mêmes actions ou les mêmes parts: ils n'ont aucun «animus societatis». L'un et l'autre font confiance à un tiers (la direction du fonds ou la direction de l'entreprise) à qui ils confient en fait la gestion d'une partie de leur fortune.

Tenant compte de cette réalité, le projet de loi fédérale n'a retenu aucun élément de nature collective (sauf le nom lui-même!) dans le «contrat de placement collectif». Les porteurs de parts pourront exercer tous leurs droits d'une manière purement individuelle, sans jamais qu'une union entre eux soit juridiquement nécessaire. Par exemple, alors que l'avant-projet avait prévu une action en responsabilité exercée collectivement, par un représentant des porteurs, cette innovation a été abandonnée dans le projet du Conseil fédéral. Surtout, le projet ne prévoit plus la possibilité de réunir des assemblées générales des porteurs de parts, alors que l'avant-projet la prévoyait encore. Cette possibilité a en effet été jugée de manière générale comme étant inutile et même illusoire. Le cas échéant, une telle assemblée aurait même pu présenter un certain danger: la direction du fonds

---

[14] Feuille fédérale 1965 III p. 264.

aurait pu se soustraire à ses responsabilités, en faisant adopter certaines décisions par une assemblée irresponsable. Ceci eut été contraire à la confiance manifestée à la direction, et non pas à une collectivité, par les porteurs de parts.

Pour équilibrer la position prépondérante de la direction des fonds de placement, le projet de loi impose d'une part une information complète, claire et détaillée des porteurs de parts sur la gestion des fonds de placement. Il prévoit d'autre part un contrôle obligatoire approfondi, par un organe de révision privé, avec l'intervention possible d'une autorité de surveillance officielle. C'est là qu'il faut en effet rechercher les solutions pouvant satisfaire les intérêts de «l'actionnaire-public» d'une grande société anonyme, comme ceux du porteur de parts d'un fonds de placement.

CHAPITRE II

L'INFORMATION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

Section 1:
Généralités

22. Une information suffisante de l'assemblée générale est nécessaire dans toutes les sociétés. Dans les petites sociétés, elle permet à l'assemblée générale de jouer effectivement le rôle qui lui est légalement imparti. Dans les grandes sociétés, elle constitue un contrepoids indispensable à la puissance de l'administration, face à une assemblée générale incapable d'exercer son rôle légal. L'information de l'assemblée générale joue donc *un rôle essentiel dans l'organisation de la société anonyme.* C'est à cet égard seulement que nous l'examinons ici, en négligeant ses autres aspects.

Ainsi, nous n'examinons que l'information générale et obligatoire adressée régulièrement à l'assemblée générale. Nous n'abordons pas les problèmes posés par le droit individuel de chaque actionnaire de demander des informations supplémentaires, conformément à l'art. 697 C.O. Rappelons cependant que ce droit individuel ne peut être utilement exercé que si une information générale suffisante a été préalablement donnée; sinon, il est impossible à l'actionnaire de poser des questions pertinentes et précises[14bis]. D'autre part, si les informations générales sont déjà assez complètes, il est permis d'interpréter de manière plus stricte le droit individuel d'information, en exigeant notamment que l'actionnaire indique le motif de sa question et prouve un intérêt légitime à la poser[15].

[14bis] Cf. ci-dessus ch. 13.

[15] Telle est, par exemple, la solution adoptée par le projet de loi fédérale sur les fonds de placement (art. 21): le porteur peut demander des informations détaillées sur des affaires déterminées, à la condition de rendre vraisemblable un intérêt légitime.

23. Nous n'examinons pas non plus *la position particulière des analystes financiers, banquiers ou gérants d'affaires,* qui désirent avoir des renseignements détaillés et réguliers sur les sociétés. Il s'agit en effet parfois de désirs très précis et particuliers, concernant uniquement les sociétés cotées en bourse. Par exemple, on demande que les informations soient données trimestriellement et non pas seulement annuellement. Nous n'examinons pas non plus l'obligation éventuelle de publier ces informations, qui ne devrait en tout cas être imposée qu'aux grandes sociétés (qui le font déjà aujourd'hui). A notre avis, ce n'est pas le code des obligations qui est en cause, mais les règles d'admission adoptées par les bourses de valeurs. Or, aucune disposition n'existe à ce sujet dans les règlements des différentes bourses.

En décembre 1964, l'Association des bourses suisses a cependant adressé une circulaire à toutes les sociétés suisses dont les actions sont cotées en bourse, en donnant une série de recommandations, sous une forme particulièrement prudente et courtoise. Elle étudiera certainement la manière dont ces recommandations auront été suivies et pourra alors déterminer quelles nouvelles mesures seraient souhaitables et possibles. Voici quelles sont, en l'état, les informations que l'Association des bourses suisses recommande aux sociétés de donner:

- Chiffre d'affaires total du groupe entier (ou évolution indexée en pourcent de ce chiffre d'affaires); si possible, répartition du chiffre d'affaires par genre de production et zones géographiques.
- Investissements nouveaux du groupe entier, ou au moins indications sur les principales nouvelles ouvertures de filiales et extensions de l'entreprise.
- Nombre des personnes employées par le groupe entier avec mention du nombre des employés, ouvriers et du personnel technique.
- Pour les sociétés ne travaillant qu'en Suisse, somme des salaires et traitements, des charges sociales et total des impôts payés.

– Aperçu sur les méthodes d'évaluation des actifs et pratique d'amortissements.
– Mention des principales entreprises sur les différents marchés avec lesquelles une collaboration étroite et régulière existe, entre autres pour l'exploitation de brevets et marques de fabrique.
– Présentation des chiffres, statistiques et tableaux récapitulatifs selon les mêmes principes durant plusieurs années, afin de permettre des comparaisons.

Cette circulaire de l'Association des bourses suisses ne constitue, espérons-le, qu'un premier pas. En effet, les bourses sont bien placées pour exiger certaines informations de la part des sociétés, puisqu'elles jouent un rôle de plus en plus important dans leur financement[16]. La direction des grandes sociétés affiche parfois un certain mépris pour la bourse et pour les actionnaires éphémères qui achètent et vendent des titres en bourse: il ne s'agirait que d'une spéculation sans intérêt; des informations plus détaillées sur les sociétés ne pourraient que l'encourager. Cette attitude devient toutefois illogique, dès lors que les sociétés ont de plus en plus besoin de la bourse pour leur financement. Les bourses suisses devraient donc profiter de la situation actuelle pour poser aux sociétés dont les actions sont cotées des conditions raisonnables, mais strictes, en matière d'information.

24. La décision la plus importante de l'assemblée générale concerne l'utilisation du bénéfice net. Pour prendre cette décision sérieusement, l'assemblée doit savoir quel est le montant de ce bénéfice. Cette information est également essentielle pour «l'actionnaire-public» d'une grande société; c'est en effet surtout par la progression de son bénéfice que l'on apprécie la situation d'une entreprise et ses perspectives d'avenir. C'est ainsi tout le problème des réserves latentes qui est posé[17].

---

[16] Cf. ci-dessus ch. 19.
[17] Cf. ch. 30 ss.

Toutes les autres informations servent surtout à éclairer la portée de ce bénéfice. Ainsi, le compte de pertes et profits expose la manière dont le bénéfice a été réalisé; il distingue notamment les gains extraordinaires et le bénéfice d'exploitation normal. Quant au bilan, il montre la situation financière de la société et permet donc de décider dans quelle mesure il convient de la consolider, en mettant en réserve une partie du bénéfice.

Ces informations doivent être surtout claires, compréhensibles et comparables d'année en année. Une information touffue, trop complète ou trop compliquée, n'est pas utile. Il ne faut pas oublier que l'assemblée générale n'a pas à prendre des décisions de gestion courante, mais seulement un nombre restreint de décisions essentielles, pour lesquelles ce sont surtout des données d'ensemble, justement résumées, qui importent.

L'administration n'est tenue que d'informer l'assemblée générale sur l'exercice écoulé, sans être jamais obligée de lui indiquer ses plans d'avenir. Ceci peut être nécessaire dans un cas concret, pour expliquer à l'assemblée générale une proposition d'augmenter le capital ou de mettre en réserve une partie importante du bénéfice. Mais il s'agit alors d'une politique d'information et non plus d'une obligation.

25. Dès que l'on parle d'informer l'assemblée générale, une objection surgit aussitôt: *le secret des affaires!* L'intérêt social n'impose-t-il pas une grande réserve dans l'information, pour éviter que des questions d'ordre interne soient révélées aux tiers? Face à cet intérêt social, quel est le poids de l'intérêt individuel d'un actionnaire à être renseigné plus amplement sur la société dont il a acquis des actions, peut-être simplement à titre de placement à court terme?

Il ne faut toutefois pas confondre le secret des affaires d'une personne privée, vis-à-vis des tiers, et le secret des affaires d'une société anonyme envers ses actionnaires. En principe, les tiers n'ont aucun droit de connaître la situation d'une entreprise individuelle. Celle-ci ne peut être obligée de

leur donner des renseignements que dans des cas très particuliers, lorsqu'un intérêt légitime impérieux le commande: par exemple, lorsque la production de sa comptabilité est indispensable à la solution d'un procès. Il en va tout autrement dans le cadre de la société anonyme, dont les actionnaires sont les membres et ont des décisions importantes à prendre lorsqu'ils sont réunis en assemblée générale. Il est vrai que, surtout pour les grandes sociétés, un renseignement donné à l'assemblée générale est pratiquement livré au public, c'est-à-dire à tous les tiers. Ceci ne résulte toutefois pas de la loi, mais provient simplement de l'évolution de certaines sociétés anonymes, qui se sont adressées au public pour leurs besoins de financement. Ce faisant, ces sociétés ont assumé les risques qu'implique la présence de très nombreux actionnaires. Elles ne peuvent pas limiter l'information de l'assemblée générale aux renseignements qui peuvent être révélés aux tiers sans aucun inconvénient.

Ainsi, il ne s'agit pas de comparer l'intérêt social à garder le secret, et l'intérêt individuel à obtenir une information. Les intérêts qui s'affrontent sont tous deux de nature sociale: d'une part, il peut être effectivement souhaitable de ne pas livrer certaines informations à des tiers; d'autre part, l'information de l'assemblée générale est indispensable au bon fonctionnement de la société anonyme[18]. Il faut établir tout d'abord de quels renseignements l'assemblée générale a besoin pour prendre ses décisions. Il faut ensuite examiner si la divulgation de certaines de ces renseignements est susceptible de porter à la société un véritable préjudice. Il faut enfin comparer la nécessité de l'information et l'importance du préjudice éventuel.

Quels sont effectivement les risques que court une société en divulgant certaines informations, qui peuvent ainsi parvenir à des tiers?

---

[18] Il en va différemment des questions posées par des actionnaires individuels; mais c'est un autre problème.

26. C'est d'abord à la *concurrence* que l'on songe, à propos du secret des affaires. Une entreprise ne doit pas être obligée de donner à ses concurrents des renseignements précieux sur son organisation industrielle ou commerciale. Mais l'importance de cet argument est fortement exagéré. Les renseignements qui intéressent les concurrents sont normalement bien différents de ceux qui intéressent l'assemblée générale. Il s'agit avant tout de précisions sur les méthodes de fabrication, les sources d'approvisionnement, la nature de la clientèle, le développement de certains marchés, les prix et rabais pratiqués, etc. Il s'agit aussi des intentions concernant l'avenir, de nouveaux produits en voie de fabrication, des développements commerciaux envisagés. Tout cela ne concerne normalement pas l'assemblée générale.

Il n'en reste pas moins que la concurrence pourra toujours tirer certaines déductions des renseignements donnés à l'assemblée générale. Peut-être peut-elle même tirer déjà aujourd'hui certaines conclusions des renseignements fragmentaires qui sont donnés. En tout cas, elle est mieux à même que les actionnaires d'analyser en détail les rapports de gestion et d'en rassembler les données éparses. Certaines sociétés donnent en effet plus d'informations qu'il ne paraît, mais en évitant de les présenter systématiquement. Ces précautions ne gênent certainement pas la concurrence.

Bref, la crainte de la concurrence ne semble pas, d'une manière générale, constituer une raison importante de refuser à l'assemblée générale des informations qui lui sont nécessaires.

27. On craint aussi parfois les réactions possibles des *employés et des ouvriers* de l'entreprise. Si ceux-ci constatent que leur entreprise se développe beaucoup, ne vont-ils pas présenter des réclamations de salaire excessives, qui compromettraient précisément ce développement et qui ne tiendraient pas compte des risques qu'il comporte?

Il semble que ce danger ne soit pas sérieusement ressenti par la plupart des entreprises suisses. D'ailleurs, les syndicats

ont probablement aujourd'hui déjà des sources d'information meilleures que celles des actionnaires.

Les craintes sont peut-être plus aiguës sur un *plan politique général.* Le développement de l'économie privée pourrait peut-être, s'il était clairement et complètement exposé, susciter des surenchères politiques et entraîner des augmentations d'impôts ou une intervention accrue de l'Etat. Soulignons cependant que les autorités elles-mêmes, fiscales et autres, ont déjà aujourd'hui tous les moyens nécessaires pour connaître la situation des sociétés et obtenir tous les renseignements utiles à l'application de la loi. Ce n'est pas à elles qu'une information accrue de l'assemblée générale apprendra beaucoup.

28. Le cas des sociétés exerçant une activité importante à l'étranger est un peu différent. Celles-ci peuvent en effet avoir un intérêt légitime à ne pas livrer ainsi aux *autorités étrangères* des informations importantes, portant notamment sur leur activité dans d'autres pays. Dans de nombreux pays, où la sécurité juridique est plus ou moins relative, des informations trop précises pourraient mettre les entreprises suisses dans des difficultés sérieuses, face à des autorités dont la liberté d'appréciation confine parfois à l'arbitraire. Que ce soit sur le plan fiscal, monétaire, douanier ou cartellaire, il serait infiniment regrettable de mettre ainsi les entreprises suisses en état d'infériorité, face à leurs concurrents étrangers.

Ce danger très réel concerne toutefois surtout les renseignements détaillés, exposant par exemple l'activité de la société pays par pays, région par région, ou produit par produit. Les informations générales, concernant l'ensemble de l'activité sociale, ne devraient normalement pas être gênantes.

29. Une information plus complète de l'assemblée générale peut enfin susciter des *critiques* plus précises et systématiques, émanant tant des actionnaires que surtout de la presse financière.

Il est normal et souhaitable que la gestion des sociétés soit soumise régulièrement à un examen critique au sein de l'assemblée générale. On peut toutefois craindre que cette critique dégénère et prenne un caractère systématique. Pour des raisons politiques ou personnelles, il est concevable que la gestion de certaines sociétés soit dénigrée, d'ailleurs même en dehors des assemblées générales. Certains journaux financiers pourraient également se livrer à des campagnes contre telle société, visant à faire augmenter son dividende, dans le but de justifier les pronostics favorables qu'ils ont pu faire dans le passé.

Quelle pourrait être la conséquence d'une telle évolution ? Probablement, les administrateurs et les dirigeants des sociétés anonymes s'efforceraient avant tout d'éviter toute critique possible. *L'efficacité* de l'économie privée pourrait être compromise par une prudence excessive. Un esprit administratif et bureaucratique risquerait peut-être de paralyser le développement des grandes sociétés. Ce risque est, à notre avis, le plus sérieux en matière d'information[19].

---

[19] Ce risque est surtout sérieux parce que ces critiques sont répandues par la voie de la *presse*, si elles n'émanent pas de celle-ci. Ce problème déborde largement le cadre de la société anonyme. La liberté de la presse est un bien précieux, qu'il ne faut à aucun prix compromettre. Cependant, elle ne devrait pas comporter nécessairement le droit de critiquer une entreprise ou une administration publique, sans s'être préalablement complètement informé de la situation et sans que la personne critiquée puisse également exposer son point de vue. A l'heure actuelle, la possibilité d'une critique par la presse paralyse déjà parfois certains services officiels. Il s'agirait de trouver une juste mesure entre la critique excessive et irresponsable et l'absence d'esprit critique, car l'une et l'autre engendrent l'inefficacité. En attendant la solution de ce problème général, d'ailleurs bien hypothétique, il faut tenir compte de ce facteur pour juger quelles informations peuvent être données à l'assemblée générale.

Section 2:
Le bénéfice net et les réserves latentes

30. A l'heure actuelle, le montant du bénéfice net publié par les sociétés suisses ne reflète pas le résultat de l'exploitation de l'entreprise. Il résulte d'une décision du conseil d'administration, prise en fonction du dividende que l'on veut distribuer. Au cours des dernières années, en particulier, les bénéfices nets publiés ont en général régulièrement augmenté, alors que les résultats réels étaient différents d'un exercice à l'autre, parfois en forte augmentation, parfois en diminution. Cette pratique repose sur la constitution et la dissolution de réserves latentes par l'administration.

Dans les discussions actuelles sur l'information de l'assemblée générale, on demande surtout que le bilan et le compte de pertes et profits soient plus détaillés. On parle moins du bénéfice net et des réserves latentes[20], peut-être précisément parce qu'il s'agit de la question essentielle.

a) Les réserves latentes

31. Les réserves latentes sont des réserves qui n'apparaissent pas comme telles au passif du bilan. Elles peuvent être constituées:

- soit par une sousévaluation d'actifs, ou même par la disparition d'un poste de l'actif.
- soit par une surévaluation du passif, ou même la constitution d'un passif fictif.

On discute en doctrine la question de savoir si la constitution de réserves latentes par la disparition d'un poste d'actif ou la constitution d'un passif fictif est licite et si les deux autres modes de constitution ne sont pas seules permises. Le Tribunal fédéral a laissé cette question ouverte[21]. Nous ne

---

[20] Ainsi, la circulaire de l'Association des bourses suisses de 1964 n'en souffle pas mot.

[21] ATF 82 II p. 220.

l'examinerons pas ici, car elle n'a pas une importance déterminante pour notre problème.

Les réserves latentes sont toujours constituées par l'administration. Si l'on estime que l'assemblée générale peut modifier le bilan, elle pourrait aussi théoriquement constituer des réserves latentes; nous avons cependant exposé les raisons pour lesquelles, à notre avis, l'assemblée générale n'a pas ce pouvoir[22].

32. On peut distinguer *quatre sortes de réserves latentes.* En premier lieu, celles-ci peuvent résulter de plusvalues affectant certains postes de l'actif, que la loi ne permet pas de comptabiliser: par exemple, lorsqu'un immeuble, une participation, un brevet ou une marque augmente considérablement de valeur au cours des années. Ces réserves latentes, résultant normalement de la loi elle-même, ne posent guère de problème. L'administration ne peut pas influencer leur montant, qui ne peut apparaître en comptabilité qu'au moment où l'actif est réalisé. Elles n'ont en outre aucun effet sur le compte de pertes et profits, mais seulement sur le bilan; elles n'affectent pas directement le bénéfice, en tout cas pas le bénéfice d'exploitation. La plusvalue représente seulement un bénéfice potentiel extraordinaire (qui devrait d'ailleurs, au moment où il est réalisé, être distingué du bénéfice d'exploitation). En outre, ces réserves latentes apparaissent parfois néanmoins au bilan, par le fait d'indications extracomptables; ainsi, pour les installations permanentes de l'entreprise, la valeur d'assurance doit être mentionnée, conformément à l'art. 665 al. 4 C. O.

En deuxième lieu, les réserves latentes peuvent être constituées par une estimation prudente des actifs ou des passifs, ou par la constitution de provisions ou d'amortissements normaux, portant sur des postes précis. Même si la prudence de l'administration se révèle après coup excessive, cela ne signifie naturellement pas qu'elle ait été injustifiée. Le fait

---

[22] Cf. ci-dessus ch. 8.

qu'il s'agit de réserves latentes apparaît en effet seulement «a posteriori». Ces réserves réapparaissent en comptabilité au moment où les actifs évalués prudemment sont réalisés: rapidement, s'il s'agit de marchandises ou de débiteurs, parfois jamais s'il s'agit d'immeubles ou de participations.

En troisième lieu, on peut constituer des réserves latentes pour couvrir des risques généraux de l'entreprise, plus ou moins proches mais toujours réels. Ces réserves sont d'ores et déjà destinées à être utilisées, pour couvrir une perte ou compenser une diminution de bénéfice.

Enfin, en quatrième et dernier lieu, on peut constituer des réserves latentes pour financer le développement de la société. Il s'agit alors purement et simplement d'un autofinancement, décidé par le conseil d'administration, sans qu'il soit jamais envisagé de couvrir, au moyen de ces réserves, des risques particuliers ou généraux. Au contraire, le développement de la société entraîne normalement de nouveaux besoins et de nouveaux risques, qui devront être couverts par de nouvelles réserves.

En pratique, les trois dernières formes de constitution de réserves latentes ne se distinguent pas aisément. Lorsque l'administration amortit massivement une participation à l'étranger, elle ne se demande pas dans quelle mesure il s'agit d'une estimation prudente et raisonnable, d'une réserve destinée à couvrir un risque général ou une décision d'autofinancement. En réalité, comme nous l'avons dit, la décision se prend le plus souvent «à rebours»: après avoir fixé le montant approximatif du bénéfice net qu'il faut montrer, l'administration décide comment répartir les amortissements et les provisions nécessaires pour arriver à ce résultat.

b) Interprétation traditionnelle de l'art. 663 C.O.

33. La doctrine estime que l'art. 663 C.O. permet à l'administration de *constituer* des réserves latentes pratiquement sans limite. En effet, quand pourrait-on prétendre que la

constitution de réserves latentes n'est plus «indiquée[23] pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise»? Ce n'est donc qu'en cas d'arbitraire que le juge pourrait intervenir, s'il était saisi. En outre, la doctrine relève que les termes de l'art. 663 C. O. sont identiques à ceux de l'art. 674 al. 2 C. O., qui s'appliquent aux réserves ouvertes constituées par l'assemblée générale. Or, il n'est pas douteux que l'assemblée générale peut constituer très librement des réserves ouvertes.

La doctrine reconnaît que l'art. 663 C. O. prend ainsi une importance particulière, dans l'ensemble du droit de la société anonyme. En particulier, l'art. 959 C. O., sur la clarté et la sincérité du bilan, devient ainsi lettre morte. D'autre part, l'équilibre des pouvoirs entre l'assemblée générale et le conseil d'administration est complètement modifié. La doctrine estime cependant que l'art. 663 C. O. est une disposition spéciale, qui prime par conséquent les dispositions générales sur le droit du bilan et les principes généraux régissant l'organisation de la société anonyme.

L'administration doit-elle informer l'assemblée générale des réserves latentes qu'elle a constituées, et le cas échéant dans quelle mesure? La question peut théoriquement se poser. La doctrine majoritaire estime que l'administration n'a aucune information à donner dans ce domaine. Le Tribunal fédéral a cependant laissé cette question ouverte[24]. A notre avis, il ne faut pas répondre à cette question de manière uniforme et générale, pour toutes les catégories de réserves latentes[25].

34. Les réserves latentes peuvent être *dissoutes* pour couvrir des pertes, ou pour compenser une diminution du

---

[23] Le texte français de l'art. 663 C. O. dit «nécessaire». Cependant, les textes allemand et italien (angezeigt et opportune) correspondent manifestement à l'intention du législateur et doivent donc être préférés.

[24] ATF 82 II p. 221.

[25] Cf. ci-dessous ch. 43.

bénéfice, même si elles sont ainsi utilisées pour distribuer un dividende. Le texte de l'art. 663 C. O. est formel à cet égard. Tout au plus pourrait-on discuter le problème d'une augmentation de dividende, rendue possible grâce à la dissolution de réserves latentes, puisque cette disposition légale parle d'un dividende «aussi constant que possible».

Ces dernières années, des réserves latentes ont été parfois ouvertement utilisées pour distribuer un dividende supplémentaire, ce qui est manifestement licite. Parfois, le conseil d'administration les a directement virées à la réserve extraordinaire, ce qui constitue un empiètement sur les prérogatives inaliénables de l'assemblée générale.

L'assemblée générale doit-elle être informée de la dissolution de réserves latentes? Dans l'esprit du législateur, conformément aux travaux préparatoires, l'avantage principal des réserves latentes consistait précisément dans la discrétion de leur utilisation. On ne voit pas bien la raison pour laquelle le conseil d'administration pourrait constituer des réserves sans en informer l'assemblée générale, s'il devait informer celle-ci au moment de les utiliser. Cependant, aucun auteur ne prétend que l'administration peut librement dissoudre des réserves latentes, sans jamais devoir en prévenir l'assemblée générale. Certains auteurs, minoritaires il est vrai, estiment que l'administration doit toujours informer complètement l'assemblée générale à ce sujet. La doctrine dominante estime que la dissolution des réserves latentes doit être en tout cas communiquée à l'assemblée générale lorsqu'elle aboutit à cacher une évolution inéluctable de la situation (par exemple des pertes régulières, sans espoir sérieux d'amélioration) et lorsque les actionnaires et les tiers sont ainsi amenés à interpréter le bilan d'une manière radicalement fausse[26].

35. En dehors de ces questions de principe, la doctrine admet uniquement que les réserves latentes ne peuvent pas

---

[26] Cf. notamment Bürgi, commentaire, ad. art. 662/663 C. O. note 61.

être dissoutes pour *cacher des fautes de l'administration* et permettre ainsi aux administrateurs d'échapper à une action en responsabilité. Telle est d'ailleurs manifestement, conformément aux travaux préparatoires, l'une des raisons essentielles de l'intervention des contrôleurs, prévue à l'art. 663 al. 3 C. O.

Cette exception n'est toutefois pas aussi simple qu'il paraît au premier abord, car la responsabilité des administrateurs n'est pas seulement engagée par une faute lourde de leur part, un dol ou même un délit. Elle peut être engagée par une simple négligence, par une faute de gestion, ce que la doctrine semble oublier en l'occurrence.

Cette limite fixée à l'utilisation des réserves latentes est donc très délicate. Théoriquement, avant d'utiliser des réserves latentes, l'administration (et surtout, ensuite, les contrôleurs!) devrait donc examiner de manière particulièrement attentive s'il n'existe vraiment aucun motif quelconque d'invoquer sa responsabilité. Lorsque la société subit des pertes relativement importantes, n'est-il pas fort rare que l'on puisse affirmer sans aucun doute possible que la responsabilité des administrateurs (ou des autres organes de direction) n'est en tout cas pas engagée?

c) *Les réserves latentes en droit comparé*

36. En Italie, les réserves latentes sont admises de manière très libérale, tant en doctrine qu'en jurisprudence. En France et en Belgique, au contraire, la doctrine est beaucoup plus restrictive et conteste en général la légalité des réserves latentes, sauf dans le cadre d'une estimation prudente des actifs. Il est difficile de savoir dans quelle mesure la pratique respecte ces principes.

37. Le problème des réserves latentes a surtout été discuté en *Allemagne*, à l'occasion de la récente réforme du droit de la société anonyme.

Sous l'empire de la loi de 1937, la direction et le conseil de

surveillance avaient le droit de constituer librement et sans limite des réserves *ouvertes*, l'assemblée générale ne prenant une décision que sur le solde disponible. La nouvelle loi ne le leur permet qu'à concurrence de la moitié du bénéfice net annuel. Les statuts peuvent autoriser la direction et le conseil de surveillance à utiliser une plus grande partie du bénéfice net pour constituer des réserves ouvertes, mais seulement si le total des réserves ouvertes au bilan n'atteint pas la moitié du capital social.

Quant aux réserves *latentes*, qui pouvaient être constituées sans limites, la nouvelle loi est très stricte. Elle distingue à cet égard les biens acquis à long terme (Anlagevermögen) et à court terme (Umlaufvermögen), la distinction résultant clairement du plan comptable détaillé imposé d'autre part aux sociétés anonymes.

Parmi les biens acquis à long terme, la loi distingue ceux dont l'utilisation est limitée et les autres. Les premiers peuvent faire l'objet d'amortissements réguliers, selon un plan déterminé. Les autres ne peuvent en principe pas faire l'objet d'amortissements. Tous les biens acquis à long terme peuvent cependant faire l'objet d'un amortissement extraordinaire, si une diminution effective de valeur le justifie ou si un tel amortissement est admis par les autorités fiscales.

Quant aux biens acquis à court terme, ils doivent être évalués à leur valeur d'acquisition, ou à leur valeur marchande si elle est inférieure. Ils ne peuvent être évalués à une valeur inférieure qu'en cas de risque précis et proche de diminution de valeur, ou dans la mesure admise par les autorités fiscales. Ainsi, les deux dernières sortes de réserves latentes (selon notre distinction, cf. ch. 32) sont désormais exclues en Allemagne.

La loi précise en outre, avec beaucoup de détails, les indications qui doivent être données dans le rapport de gestion au sujet des méthodes d'évaluation et d'amortissement, de manière à ce que l'assemblée générale soit complètement orientée à cet égard. Il sera intéressant de voir la manière dont cette disposition sera appliquée en pratique.

Quant à la dissolution éventuelle de réserves latentes, l'assemblée générale en est nécessairement informée, car elle apparaît à un poste distinct du compte de pertes et profits.

d) Critique de l'interprétation traditionnelle de l'art. 663 C.O.

38. L'interprétation traditionnelle de l'art. 663 C. O. nous paraît erronée.

Il est vrai que *le texte* de l'art. 663 C. O. est très large, surtout si l'on remplace en français le mot «nécessaire» par le mot «indiqué», conformément aux textes allemand et italien. Il est également vrai que ce texte est identique à celui de l'art. 674 C. O., concernant les réserves ouvertes. La portée de cette interprétation littérale est cependant affaiblie par l'examen des travaux préparatoires. Elle est surtout mise en doute par le parallélisme nécessaire entre la constitution et la dissolution des réserves latentes.

L'interprétation traditionnelle de l'art. 663 C. O. est surtout *incompatible avec deux principes* importants du droit de la société anonyme: d'une part le principe de la clarté du bilan (art. 959 C. O.), d'autre part le rôle de l'assemblée générale dans l'organisation de la société (art. 698 C. O.).

39. L'examen des *travaux préparatoires* montre que le législateur n'avait nullement conscience de placer les réserves latentes sur le même pied que les réserves ouvertes. Le principe même des réserves latentes, constituées et utilisées à l'insu de l'assemblée générale, a fait l'objet de débats passionnées. En revanche, la mesure dans laquelle on pouvait constituer de telles réserves n'a jamais été discutée, à aucun stade des travaux préparatoires.

Ainsi, dans l'ancien droit, les réserves *ouvertes* pouvaient être constituées «si la consolidation de l'entreprise l'exigeait»; la loi ne mentionnait pas les réserves latentes, qui furent admises en doctrine et en jurisprudence. Conformément au premier projet de réforme (projet Huber), les réserves

ouvertes pouvaient être constituées «si cela semble indiqué pour *consolider* l'entreprise ou permettre la répartition d'un dividende aussi constant que possible». En revanche, les réserves latentes n'étaient autorisées que «si cela semble indiqué pour assurer la *sécurité* de l'entreprise et la répartition d'un dividende aussi constant que possible». Dans son rapport, HUBER précisait que les réserves latentes devaient être constituées lorsqu'une entreprise peut prévoir qu'elle aura, dans un proche avenir, à subir des pertes que l'on ne veut pas amortir immédiatement.

C'est le deuxième projet de réforme (projet HOFFMANN) qui mit les réserves ouvertes et les réserves latentes sur le même pied, sans donner un mot d'explication à ce sujet. Cette question ne fut plus jamais discutée depuis lors. D'ailleurs, un détail montre bien que l'on n'a pas vu à l'époque la portée du problème, considéré comme de nature purement rédactionnelle. En effet, dans le projet HOFFMANN, comme dans le projet du Conseil fédéral, il y avait une divergence assez importante entre le texte français et le texte allemand (tant pour les réserves ouvertes que pour les réserves latentes): le texte français parlait de la prospérité de l'entreprise, le texte allemand de la sécurité de l'entreprise (Sicherstellung). Ce n'est que la commission du Conseil des Etats qui releva cette divergence et remplaça, en allemand, le mot «Sicherstellung» par «Gedeihen», mot figurant actuellement dans la loi.

40. En second lieu, les réserves latentes étaient manifestement *destinées*, dans l'esprit du législateur, *à être dissoutes*, c'est-à-dire utilisées pour couvrir des pertes (ou compenser une diminution du bénéfice) dans une période difficile. A cette époque, on était en effet persuadé que les crises économiques, régulières et passagères, devaient inévitablement et toujours succéder aux périodes de prospérité.

L'ère des crises périodiques ayant passé, les périodes difficiles ne sont pas arrivées et les réserves latentes se sont accumulées. La doctrine alors a admis qu'elles ne pouvaient

plus être librement dissoutes en totalité, mais que l'assemblée générale devait en être informée à un certain moment[27]. Or, à notre avis, dans la mesure où des réserves latentes ne peuvent plus être dissoutes sans en informer l'assemblée générale, elles ne peuvent pas non plus être constituées de la sorte.

41. Si l'on admet la constitution illimitée des réserves latentes, *l'art. 959 C.O. sur la clarté du bilan* devient lettre morte, ce que reconnaît d'ailleurs la doctrine dominante. Même si l'art. 663 C.O. est une disposition spéciale par rapport à l'art. 959 C.O., la présence de cette dernière disposition doit influencer l'interprétation de la première. Si l'on peut hésiter sur cette dernière, il ne faut pas précisément choisir le sens qui conduit à des résultats complètement opposés au but de l'art. 959 C.O.

On a dit, il est vrai, que l'art. 959 C.O. se réfère aux «principes généralement admis dans le commerce», et que de tels principes n'existent malheureusement pas en réalité. Ceci n'est pas inexact. Cependant, la deuxième phrase de l'art. 959 C.O. subsiste: le bilan et le compte de pertes et profits «doivent être complets, clairs et faciles à consulter, afin que les intéressés puissent se rendre compte aussi exactement que possible de la situation économique de l'entreprise». Cette phrase est indépendante des «principes généralement admis dans le commerce». Il est vrai que l'art. 663 C.O. lui apporte une exception, mais pourquoi faut-il en conclure que la règle devient automatiquement sans objet, en tout cas pour les sociétés anonymes? Ne peut-on pas, au contraire, dire que l'exception doit être interprétée relativement strictement?

42. Enfin et surtout, l'interprétation traditionnelle de l'art. 663 C.O. modifie profondément l'organisation même de la société anonyme. *Elle donne en fait à l'administration*

---

[27] Cf. ci-dessus ch. 34.

les pleins pouvoirs et enlève toute possibilité de contrôle et de discussion à l'assemblée générale. Une telle conséquence est en contradiction absolue avec plusieurs autres dispositions légales, notamment l'art. 698 C. O. Un article de loi concernant le bilan et le compte de pertes et profits ne peut pas modifier complètement l'équilibre des pouvoirs au sein de la société. Cette conséquence, qui est reconnue par toute la doctrine, aboutit à faire de l'art. 663 C. O. l'alpha et l'oméga du droit de la société anonyme. Cette conséquence nous semble inadmissible.

e) Proposition d'interprétation de l'art. 663 C. O.

43. A notre avis, l'art. 663 C. O. doit s'appliquer de manière différenciée, suivant le genre de réserves latentes. Reprenons à cet égard la classification en quatre catégories que nous avons proposée.

La constitution de réserves latentes résultant d'une *simple plusvalue d'actif* est imposée par les dispositions légales sur les évaluations. Elle doit donc être admise sans hésitation, d'autant plus qu'elle n'affecte pas directement le bénéfice. On peut simplement se demander si des indications ne devraient pas être données à ce sujet dans le rapport de gestion.

La constitution de réserves latentes procédant de *l'évaluation prudente d'actifs, de provisions ou d'amortissements normaux* ne saurait pas non plus être contestée. Les amortissements et provisions devraient être toutefois effectués de manière régulière, selon un *plan déterminé* (comme le prévoit la loi allemande), conformément aux «principes généralement admis dans le commerce», qui semblent à ce sujet relativement établis. En outre et surtout, le rapport de gestion devrait donner des *indications précises et compréhensibles* sur les méthodes d'évaluation et d'amortissements pratiquées.

D'ailleurs, la circulaire de l'Association des bourses suisses, de décembre 1964, demande déjà que l'on donne un

«aperçu sur les méthodes d'évaluation des actifs et pratique d'amortissements».

L'art. 663 C. O. permet ensuite indiscutablement de constituer des *réserves latentes destinées à être ultérieurement dissoutes*, c'est-à-dire utilisées pour compenser une perte ou une diminution de bénéfice. Il s'agit donc de prévoir la couverture de risques généraux de l'entreprise, mais non pas de développer l'exploitation de celle-ci. La constitution de ces réserves latentes peut (et doit même) être effectuée de manière à ne pas éveiller l'attention de l'assemblée générale. Dans ce cadre cependant, elle doit être effectuée de manière à porter le moins possible atteinte au principe de la clarté et de la sincérité du bilan. Contrairement au Tribunal fédéral [28], nous pensons que la société ne peut pas choisir absolument librement les biens au moyen desquels elle entend constituer une réserve latente. En outre, le but même de ces réserves implique qu'*elles ne peuvent pas être constituées sans limite.* Il n'est guère concevable, par exemple, que de telles réserves soient constituées dans une mesure excédant le montant de deux à trois bénéfices nets annuels moyens. A notre avis, faute d'une précision légale, l'administration devrait indiquer, une fois pour toutes, la mesure dans laquelle elle s'estime légitimée à manipuler les réserves latentes. L'assemblée générale serait ainsi orientée, sans qu'elle puisse savoir la manière dont l'administration utilise sa compétence, et l'organe de contrôle serait déchargé d'une lourde responsabilité.

Que doit-on enfin penser de la quatrième sorte de réserves latentes, destinées à *financer le développement de la société?* Nous hésitons à proposer l'interdiction de ces réserves latentes. Cette conclusion nous semblerait aller au-delà d'une interprétation de la loi, même placée dans son contexte. Nous croyons, en revanche, que la constitution de telles réserves latentes *doit être indiquée par l'administration à l'assemblée générale, chaque année et de manière précise.* L'administration

---

[28] Arrêt du 19 mars 1956, ATF 82 II p. 220.

constitue ainsi librement les réserves nécessaires pour le développement de la société, mais elle ne se soustrait pas à tout contrôle et à toute discussion au sein de l'assemblée générale. Ceci est d'ailleurs logique, puisque la dissolution de ces réserves latentes devrait de toute manière faire l'objet d'une information.

44. Quant à la *dissolution* des réserves latentes, elle ne doit pas être indiquée à l'assemblée générale dans le troisième cas, c'est-à-dire lorsqu'elles ont précisément été constituées dans ce but. Nous réservons naturellement le cas dans lequel la responsabilité de l'administration pourrait être en cause, cas dont nous avons d'ailleurs souligné le caractère délicat[29].

Dans tous les autres cas, nous estimons que la dissolution des réserves latentes devrait être indiquée à l'assemblée générale, soit lorsqu'elle compense des pertes ou une diminution bénéfice, soit lorsqu'elle constitue un bénéfice extraordinaire.

45. Quels sont *les risques et les difficultés* qu'une information plus complète et plus précise sur le bénéfice net risque de comporter pour les sociétés ? La concurrence pourra peut-être profiter de certaines indications, mais cet élément ne joue pas ici un grand rôle. Le risque d'une réaction politique d'ensemble est peut-être un peu plus sérieux.

Deux autres points paraissent plus délicats. Tout d'abord, l'administration pourra avoir plus de difficulté à *limiter la distribution des dividendes*, pour réinvestir dans la société une grande partie des bénéfices. Même si la majorité de l'assemblée générale accepte les propositions de l'administration, la réaction d'une minorité agissante et les critiques possibles dans la presse financière pourront éventuellement contraindre l'administration à diminuer l'autofinancement. Nous n'avons pas à discuter ici les avantages et les inconvénients de l'autofinancement, sur le plan de l'économie po-

---

[29] Cf. ch. 35 ci-dessus.

litique. Il ne s'agit pas non plus d'examiner l'autofinancement dans la perspective de l'actionnaire individuel et de son droit au dividende. La question qui se pose est celle-ci: est-il nécessaire que la décision concernant l'autofinancement, décision sociale essentielle s'il en est, soit prise par l'administration à l'insu de l'assemblée générale alors que celle-ci est exclusivement compétente pour déterminer l'utilisation du bénéfice net? Si cette situation était vraiment nécessaire pour des raisons psychologiques, cela montrerait que l'organisation actuelle de la société anonyme est périmée et que l'assemblée générale devrait être remplacée par un organe de surveillance plus discret, mais plus efficace.

D'autre part et surtout, les actionnaires pourront poser *des questions beaucoup plus précises et pertinentes* sur la gestion de l'administration. Ils pourront constater, d'une année à l'autre, les variations du bénéfice, même si celles-ci sont un peu atténuées par des réserves latentes constituées et dissoutes dans des limites désormais fixées. Lorsque des bénéfices extraordinaires apparaîtront, par exemple ensuite de la dissolution d'une provision ou de la réalisation d'une participation, l'administration devra nécessairement donner certaines explications. Il est manifeste qu'un exposé plus clair de la situation permet beaucoup plus facilement la critique. Or, nous avons vu plus haut[30] que la critique pouvait dégénérer et compromettre ainsi l'efficacité de la gestion des sociétés.

46. Nous croyons toutefois que ces risques peuvent être raisonnablement assumés par les sociétés. Le dernier risque, en particulier, concerne surtout les grandes sociétés. Or, celles-ci ne peuvent pas bénéficier de tous les avantages que donne un financement public sans en assumer aucun inconvénient.

Nous pensons surtout que ces risques peuvent être circonscrits et même éliminés par *une politique d'information*

---

[30] Cf. ci-dessus ch. 29.

active et intelligente. L'administration ne devrait pas seulement souligner dans son rapport de gestion les succès de la société. Elle devrait aussi parler de ses difficultés (et non pas seulement de celles qui résultent de la conjoncture ou de l'intervention de l'Etat), de ses besoins, des risques qui doivent être nécessairement encourus. Est-il vraiment inconcevable qu'une administration explique même comment et pourquoi elle s'est trompée, dans telle appréciation de la situation, sans peut-être qu'aucune faute quelconque ne puisse lui être imputée ? En face d'une information objective, retenant les faits essentiels, les critiques démagogiques auraient infiniment moins de poids.

L'interprétation de l'art. 663 C.O. que nous avons proposée ne se heurte donc pas, à notre avis, à des objections pratiques déterminantes. Pour qu'une interprétation de ce genre s'impose effectivement en réalité, il faudrait toutefois, soit qu'elle fasse l'objet d'une jurisprudence du Tribunal fédéral, soit, mieux encore, qu'elle soit officiellement adoptée par une ou plusieurs associations professionnelles compétentes[31]. A cette condition, il serait possible d'arriver à une solution tout à fait raisonnable et satisfaisante, sans modifier le droit actuel.

Section 3:

Bilan, compte de pertes et profits et rapport de gestion

a) Bilan et compte de pertes et profits

47. Pour la présentation du bilan et du compte de pertes et profits, la question essentielle est la suivante: faut-il imposer *un plan comptable détaillé ou se contenter de prévoir des principes généraux?*

---

[31] Par exemple, l'Association des bourses suisses, la Chambre suisse pour expertises comptables, le Groupement des holdings industrielles, le Vorort de l'Union suisse du commerce et de l'industrie, etc.

Une présentation précise et détaillée du bilan et du compte de pertes et profits est imposée aux sociétés anonymes allemandes depuis 1931. Ces dispositions ont été améliorées depuis lors, notamment par la «petite réforme» de 1959, pour le compte de pertes et profits. La loi de 1965 a encore apporté quelques améliorations au système.

En France, conformément à un décret du 29 novembre 1965 «relatif à l'information des actionnaires et du public»[32], les sociétés dont les actions sont inscrites à la cote officielle d'une bourse de valeurs sont désormais tenues de présenter leur bilan conformément à un plan très détaillé et selon des règles précises, notamment en matière d'évaluations. Si leur bilan dépasse dix millions de francs, elles doivent présenter (et publier) un compte d'exploitation générale distinct du compte de pertes et profits, faisant apparaître le montant des principales charges et des principaux produits d'exploitation «et précisant s'il y a lieu le montant des dépenses de toute nature exclues des charges déductibles pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés».

En Suisse, les bilans des sociétés d'assurances et surtout les bilans des banques sont soumis à des prescriptions relativement détaillées. Le projet de loi fédérale sur les fonds de placement propose également de prévoir une présentation schématique et détaillée des comptes, qui serait fixée par le Conseil fédéral (art. 15 al. 4 du projet). Pour l'ensemble des sociétés anonymes, seules s'appliquent les quelques dispositions des art. 662ss. C. O., ainsi que l'art. 959 C. O., proclamant la clarté et la sincérité du bilan, que la pratique considère comme une lettre morte. Dans l'ensemble, les bilans et les comptes de pertes et profits sont, on peut bien le dire, aussi obscurs et peu détaillés que possible, prenant ainsi exactement le contrepied de l'art. 959 C. O.

Cette situation ne pourra plus durer longtemps. Il est toutefois peu vraisemblable que les tribunaux aient l'occa-

[32] Notamment publié au Jurisclasseur périodique du 8 décembre 1965, TEXTES, No 31554, et commenté dans le Jurisclasseur périodique du 29 décembre 1965, DOCTRINE, No 1966.

sion d'intervenir dans ce domaine; d'ailleurs, ils n'interviendraient que sur certains points de détail et leur jurisprudence n'aurait probablement pas de conséquence générale. Il n'y a donc, nous semble-t-il, que deux solutions.

L'art. 959 C.O. pourrait être la source de développements détaillés, grâce aux efforts de l'économie privée elle-même. Il serait cependant indispensable que des associations professionnelles compétentes prennent la tête du mouvement[33]. Ainsi se développeraient des «principes généralement admis dans le commerce» qui auraient peu à peu force de loi, grâce à la première phrase de l'art. 959 C.O.

Si une telle évolution ne se produit pas, il faudra bien que *le législateur intervienne*[34] et fixe alors, comme en Allemagne ou en France, un plan comptable obligatoire, pour toutes les sociétés anonymes ou au moins pour certaines d'entre elles. Cette solution ne serait pas la meilleure. Nécessairement rigide, elle ne pourrait que difficilement tenir compte de la situation particulière des différentes sociétés. En outre, elle impliquerait probablement une distinction arbitraire entre plusieurs sortes de sociétés anonymes.

48. Le bilan et le compte de pertes et profits devraient en tout cas être établis de manière identique chaque année, en respectant ainsi le principe de la *continuité du bilan*. C'est en effet la condition d'une comparaison possible entre les comptes de plusieurs exercices. L'importance de cet élément est d'ailleurs souligné dans la circulaire de 1964 de l'Association des bourses suisses.

D'une manière générale, la présentation détaillée du

---

[33] Voir ci-dessus ch. 46 note 1.

[34] Cf. notamment postulat du conseiller national MUHEIM du 22 septembre 1964: «...Le Conseil fédéral est invité à présenter un rapport et des propositions tendant à réviser le code des obligations, en ce sens que les sociétés anonymes soient obligées d'assurer une plus large publicité en faisant connaître leurs bilans, leurs comptes annuels et leurs rapports de gestion, et d'y faire figurer un minimum de chiffres et d'informations.»

compte de pertes et profits importe plus que celle du bilan. Elle donne en effet des éléments plus déterminants pour comprendre la portée du bénéfice net. Il serait notamment essentiel que le compte de pertes et profits ne comporte que des *chiffres bruts*, sans qu'aucune compensation ait été préalablement opérée entre certaines recettes et certaines dépenses. Il conviendrait notamment, dans cette perspective, que ce compte parte du chiffre d'affaires total.

Il n'est naturellement pas possible, dans le présent rapport, d'entrer plus avant dans le détail des renseignements qui devraient être ainsi donnés. La loi allemande et le plan comptable français constituent d'ailleurs d'excellentes bases de discussion. En Suisse même, certaines propositions précises ont déjà été faites[35]. Une solution adoptée par l'économie privée devrait aboutir à des règles suffisamment précises pour qu'elles ne soient pas facilement être éludées et pour qu'elles soient appliquées sans trop de difficultés, notamment par les contrôleurs. Elle pourrait toutefois ne pas tomber dans un schématisme excessif et permettre de tenir compte de l'importance de chaque société.

49. Un problème particulier se pose pour les «*sociétés holdings*», dont l'activité unique, principale ou seulement accessoire, consiste à acquérir et gérer des participations dans d'autres entreprises. Souvent, la société holding possède la totalité du capital de sociétés qui sont alors ses filiales[36]. Telle est d'ailleurs la forme juridique employée en général pour le développement des entreprises suisses à l'étranger.

A l'heure actuelle, ces participations apparaissent au bilan à leur valeur d'acquisition, éventuellement même diminuée par des amortissements ou des provisions, alors que leur valeur effective est souvent infiniment supérieure. La

---

[35] Cf. notamment Ernst Bossard, «Zur Reform des Bilanz-, Publizitäts- und Prüfungsrechts», publié par la Chambre suisse pour expertises comptables, Zurich 1966.

[36] La majorité peut aussi suffire. En France et en Allemagne, on admet l'existence d'une filiale dès qu'une participation dépasse 50 %.

société ne comptabilise comme revenus que les dividendes et les intérêts encaissés et transférés, ce qui ne donne pas la moindre idée du bénéfice effectivement réalisé par les filiales ou les sociétés dans lesquelles elle possède une participation. Cette situation n'est pas admissible. Par l'intermédiaire de ses filiales, une société peut ainsi exercer une série d'activités sans que son assemblée générale en soit jamais informée. Le bilan présenté par la société mère ne reflète plus aucune réalité économique quelconque. La loi ne saurait être éludée de la sorte.

Deux solutions sont théoriquement possibles: *soit présenter un bilan consolidé, soit donner des indications plus précises sur le détail des participations*, l'activité des filiales et le bénéfice réalisé par elles. Dans le cadre du droit actuel, ni l'une ni l'autre de ces solutions ne peut être exigée pour la présentation du bilan ou du compte de pertes et profits. En revanche, l'une ou l'autre de ces solutions devrait trouver sa place dans le rapport de gestion, conformément à l'art. 724 C.O. Comme nous le verrons plus bas[37], cette disposition légale n'a pas retenu jusqu'ici l'attention de la doctrine et la pratique ne semble pas penser que l'art. 724 C.O. impose des obligations précises. Il est toutefois évident que le rapport de gestion a précisément pour but de compléter les comptes présentés à l'assemblée générale, en donnant à celle-ci les éléments d'appréciation les plus importants qui ne résultent pas du bilan et du compte de pertes et profits. L'exemple le plus évident de ce besoin est précisément fourni par le cas des «sociétés holdings».

La présentation d'un bilan consolidé soulève certes une série de problèmes techniques parfois délicats: par exemple pour les participations seulement majoritaires, pour le cours de change des monnaies étrangères, pour l'époque à laquelle les bilans des filiales doivent être clos, etc. Beaucoup d'entreprises suisses estiment qu'elles peuvent donner certaines indications sur l'activité du groupe entier, mais que la pré-

---

[37] Cf. ci-dessous ch. 51.

sentation de comptes consolidés complets va trop loin et serait de nature à induire l'assemblée générale en erreur. Le problème a été notamment discuté de manière détaillée dans un supplément de la «Neue Zürcher Zeitung» du 18 janvier 1966, contenant une série d'articles émanant d'éminentes personnalités. Nous n'examinerons pas en détail cette controverse, nous contentant de relever qu'aucun obstacle technique n'est insurmontable en l'occurrence.

En outre, la présentation d'un bilan consolidé nous semble infiniment plus avantageuse pour les sociétés que la seconde solution mentionnée ci-dessus. En effet, il est délicat de donner des indications relativement détaillées sur les différentes participations et filiales, ce qui revient souvent à donner des indications sur l'exploitation du groupe dans les différents pays. Ce genre d'information, qui n'est d'ailleurs pas indispensable à l'assemblée générale, risque de causer aux sociétés des dommages certains, en livrant à leurs concurrents et aux autorités étrangères des informations trop précises.

50. Les sociétés holdings détenant des participations à l'étranger ont des problèmes beaucoup plus délicats que celles qui détiennent simplement des participations dans leur propre pays. Cela se reflète d'ailleurs dans les législations des pays qui nous entourent.

Ainsi, le nouveau droit allemand règle de manière particulièrement détaillée le droit des «groupes de sociétés». Les art. 329 ss. de la nouvelle loi imposent la présentation de comptes consolidés, qui sont définis en détail. Cependant, toutes les participations et filiales à l'étranger n'ont pas besoin d'être comprises dans le bilan consolidé (art. 329 al. 2)[38]. Il est seulement prévu que si des pertes importantes

---

[38] L'exposé des motifs ne donne aucune raison particulière pour cette exception, manifestement inspirée par des préoccupations de concurrence internationale, tant à l'égard des entreprises que des autorités étrangères.

affectent ces entreprises étrangères, elles doivent être mentionnées dans le rapport de gestion (art. 334 al. 2).

De même, en France, le décret du 29 novembre 1965 impose aux sociétés dont les actions sont inscrites à la cote officielle d'une bourse de valeurs la présentation d'un inventaire détaillé des valeurs mobilières, par catégorie de valeurs, avec le nombre de titres et la valeur d'inventaire. Cependant, conformément à un arrêté du Ministère des finances du 31 décembre 1965[38bis], les valeurs suivantes peuvent être inscrites pour leur valeur d'inventaire globale:

- les titres et participations dont la valeur d'inventaire est inférieure à FF 100000.– par catégorie;
- les participations dans des sociétés immobilières dont les actions ne sont pas cotées;
- enfin et surtout les participations dans des sociétés étrangères dont les actions ne sont pas admises à la cote officielle d'une bourse de valeur (en France).

D'autre part, les mêmes sociétés doivent désormais annexer à leur bilan un tableau de renseignements concernant les filiales et les participations (conformément au décret du 29 novembre 1965). Or, conformément au même arrêté du 31 décembre 1965, qui fixe le modèle exact de ce tableau, les participations détenues dans des sociétés étrangères peuvent figurer de manière globale.

Ces exemples étrangers donnent à réfléchir. Il ne faudrait pas, pour réagir contre la discrétion excessive qui règne actuellement en Suisse, imposer à nos entreprises des règles sensiblement plus strictes que celles qui sont adoptées dans les autres pays au sujet des filiales et des participations à l'étranger.

b) Rapport de gestion

51. Conformément à l'art. 724 C.O., le rapport de gestion devrait commenter le bilan et le compte de pertes et profits,

---

[38bis] Journal officiel du 4 janvier 1966, p. 64.

et donner d'autre part des renseignements sur l'activité de la société.

Un commentaire du *bilan* ne peut pas se contenter de paraphraser les chiffres contenus dans ce document. Il est précisément destiné à donner les indications supplémentaires, qui permettent de mieux le comprendre. Le rapport de gestion doit donc notamment indiquer les méthodes pratiquées en matière d'évaluations, de provisions et d'amortissements. D'autre part, il doit contenir des indications, même sommaires, sur la valeur réelle des actifs figurant à leur valeur d'acquisition et ayant subi depuis lors une importante plusvalue. Nous avons vu la portée de ces problèmes au sujet des réserves latentes.

Quant au *résultat de l'exercice*, le rapport de gestion doit tout d'abord distinguer le bénéfice ordinaire d'exploitation et les bénéfices ou pertes extraordinaires. Il doit donner quelques explications pour ces derniers et expliquer l'évolution éventuelle du bénéfice ordinaire d'exploitation.

Si les sources de revenus ou la nature des dépenses se sont sensiblement modifiées, un commentaire s'impose également. Naturellement, tout ceci n'a de sens que lorsque le montant du bénéfice net lui-même reflète approximativement la réalité.

Enfin, le rapport doit relater les faits essentiels de l'activité sociale elle-même et mentionner les problèmes particuliers les plus importants qui se sont posés à l'administration.

Tout ceci nous semble déjà résulter clairement du texte légal actuel. Faut-il vraiment, pour l'obtenir, utiliser une technique législative énumérant dans le détail les mentions obligatoires de ce rapport? Ce procédé serait bien étranger à nos traditions juridiques libérales. De nouveau, ne serait-il pas opportun que les associations professionnelles compétentes émettent les directives nécessaires pour que cette disposition ne reste pas lettre morte?

52. Le rapport de gestion devrait en outre contenir un exposé sur *l'activité déployée par l'administration elle-même*

au cours de l'exercice[39]. Une disposition semblable est d'ailleurs contenu à l'art. 171 al. 2 de la loi allemande, reprenant textuellement à cet égard le texte de l'art. 96 al. 2 de la loi de 1937:

> «Dans son rapport, le conseil de surveillance doit dire de quelle manière et dans quelle mesure il a contrôlé la gestion de la société pendant l'exercice.»

Selon la doctrine (voir notamment Großkommentar, SCHMIDT/MEYER-LANDRUT, ad. art. 96 note 5), le rapport devrait notamment mentionner le nombre des séances du conseil de surveillance, la fréquence des contrôles, leur objet et les méthodes utilisées. Il devrait également indiquer dans quelle mesure le conseil de surveillance a agi dans son ensemble ou par l'intermédiaire de certains comités, éventuellement en faisant appel à des experts. En pratique cependant, les rapports des conseils de surveillance allemands sont parfaitement laconiques et se contentent de confirmer, en quelques lignes, qu'ils ont accompli les devoirs prévus par la loi, sans jamais donner de précisions supplémentaires. Il s'agit d'un exemple type d'une disposition légale qui, malgré sa relative précision, est restée lettre morte.

Ce n'est toutefois pas une raison, nous semble-t-il, pour renoncer à cette exigence. Celle-ci est d'ailleurs d'autant plus nécessaire qu'en droit suisse, les fonctions de l'administration varient beaucoup d'une société à l'autre, en passant de la direction complète et exclusive des affaires à la haute surveillance de la société. Cette organisation souple nous semble nécessairement impliquer une certaine information sur la manière dont l'administration a compris ses devoirs.

En outre, ces indications sont nécessaires pour que l'assemblée générale puisse prendre une décision sérieuse au moment de la nomination ou de la réélection des administrateurs et surtout au moment de la décision sur la décharge. Ce sont même les informations les plus importantes qu'elle recevrait à cet égard, en tout cas pour la décharge. «De lege

---

[39] Cf. ci-dessus ch. 7.

ferenda», il serait souhaitable que ces renseignements soient rendus obligatoires et que l'organe de contrôle doive les vérifier. Ils permettraient d'ailleurs de simplifier de manière considérable, dans les cas litigieux, la discussion des problèmes de responsabilité.

Le rapport de gestion devrait donc préciser quelle a été l'activité du conseil d'administration dans son ensemble, de certains comités et des administrateurs délégués. Il devrait préciser non seulement la nature des problèmes traités à chaque échelon, mais aussi le temps consacré par les administrateurs à leurs fonctions. Il est normal et même indispensable que l'assemblée générale sache quelle a été l'activité de ceux à qui elle a fait une large confiance.

CHAPITRE III

LE CONTROLE

Section 1:

Le rôle des contrôleurs[40]

53. La doctrine et les praticiens sont d'accord pour admettre que les contrôleurs jouent actuellement, dans les sociétés anonymes, un rôle trop effacé. On en voit la cause dans le fait que la loi permet à n'importe qui de s'improviser contrôleur. Ces fonctions ne sont pas réservées à des personnes disposant de compétences particulières, par exemple aux experts-comptables et aux fiduciaires. D'autre part, la loi n'impose pas que les contrôleurs soient indépendants de la société.

C'est ainsi qu'en pratique, le contrôle est parfois effectué par des personnes n'ayant aucune des compétences requises à cet effet. Certaines grandes sociétés, par exemple, nomment comme contrôleurs des actionnaires importants, qui se consolent ainsi de n'être pas membres du conseil d'administration. Il est difficile de savoir quelle est la nature de leur activité, son importance pratique et la mesure de leur esprit critique. En effet, la lecture de leur rapport ne donne en général aucune précision sur la manière dont ils ont rempli leurs fonctions. Il semble que leur travail reste généralement assez superficiel.

Dans certaines petites et moyennes sociétés, on nomme parfois comme contrôleur l'expert-comptable qui a établi lui-même le bilan et qui s'occupe également des questions fiscales. Cet expert-comptable serait ainsi censé contrôler sa propre activité, ce qui n'a guère de sens.

---

[40] Cf. ALAIN HIRSCH, L'organe de contrôle dans la S.A., Genève 1965.

Enfin, certaines sociétés nomment parfois des contrôleurs de complaisance, en la personne d'un parent ou d'un ami d'un administrateur. Cela revient à ne nommer aucun contrôleur, cas qui n'est d'ailleurs pas si rare en pratique.

54. Les errements qui viennent d'être décrits se passent de commentaire. Cependant, les contrôleurs «professionnels» eux-mêmes (c'est-à-dire les fiduciaires et les experts-comptables) commettent souvent une erreur plus subtile: ils tendent à confondre le contrôle légal des sociétés anonymes avec une revision comptable. Or, à notre avis, malgré certaines analogies pratiques, les deux opérations sont bien différentes.

La *revision comptable* est destinée à l'administration. Pour surveiller sérieusement la gestion d'une société anonyme, l'administration doit notamment recevoir des comptes clairs, complets et détaillés, à l'exactitude desquels elle puisse se fier absolument. Il est en effet exclu que l'administration effectue elle-même des vérifications comptables approfondies, pour s'assurer que les comptes qui lui sont remis reflètent bien la réalité. Cette tâche de vérification comptable, dont l'importance ne peut pas être sous-estimée, doit être confiée à des spécialistes; ceux-ci sont les auxiliaires de l'administration, à qui ils adressent un rapport complet.

Une telle revision comptable est consacrée à l'art. 723 C. O., pour les grandes sociétés anonymes. Dans ces sociétés, l'administration doit nommer des «experts-comptables», qui doivent être «étrangers à la gestion de la société»; le législateur a toutefois renoncé à instituer une liste officielle des experts-comptables agréés. Le rapport de ces experts doit être adressé à l'administration, ainsi qu'à l'organe de contrôle.

Le *contrôle légal* des sociétés anonymes poursuit un but différent: il permet à l'assemblée générale d'approuver ou de refuser le bilan qui lui est soumis (sans qu'elle puisse, à notre avis, le modifier), et de prendre une décision sur l'utilisation du bénéfice net. Il ne s'agit plus ici d'une revision

comptable détaillée, portant sur un très grand nombre de chiffres et d'une haute technicité; celle-ci doit avoir été effectuée au préalable, sur les instructions et pour le compte du conseil d'administration. Pour l'assemblée générale, ce qui importe, c'est que la manière dont *les comptes ont été arrêtés par l'administration* soit l'objet d'un examen critique, par des contrôleurs indépendants. Il s'agit avant tout de contrôler les écritures de bouclement, c'est-à-dire les principes d'évaluations, le montant des provisions et des amortissements, etc. L'assemblée générale doit savoir que le bilan qui lui est présenté reflète, dans son ensemble, une situation réelle et comptable qu'elle ne peut pas connaître.

A notre avis, la revision comptable et le contrôle légal des sociétés anonymes doivent être effectués dans un esprit différent. Il n'est donc pas certain qu'il soit opportun de confier ces deux fonctions à la même personne, d'autant plus que sa situation peut être délicate: comme contrôleur, elle est amenée à critiquer l'administration et la direction, pour le compte desquelles elle vient d'effectuer un travail de revision comptable important.

Or, en pratique, la revision comptable constitue le travail essentiel des contrôleurs professionnels; à leur avis, le contrôle légal ne s'en distingue que sur un plan strictement juridique. De même, ils se contentent d'un rapport très sommaire à l'assemblée générale, semblable à «l'attestation» du droit allemand, après avoir adressé un rapport complet au conseil d'administration (soit sur la base de l'art. 723 CO, soit sur la base d'un mandat particulier).

55. Traditionnellement, les contrôleurs exercent surtout leur activité dans l'intérêt des *créanciers*. Ils vérifient que la situation sociale n'est pas présentée, dans le bilan, sous un jour trop *favorable*.

Aujourd'hui, on pense cependant que les contrôleurs doivent également veiller aux intérêts des *actionnaires*, en vérifiant que la situation sociale n'est pas présentée sous un jour trop *défavorable*. Telle est notamment la conséquence,

pour les contrôleurs allemands, du nouveau régime des réserves latentes, qui transformera profondément leurs habitudes professionnelles.

C'est dans cette perspective qu'à notre avis, les contrôleurs doivent veiller au respect du principe de la clarté du bilan (cf. chiffre 58) et vérifier si des réserves latentes n'ont pas été constituées dans une mesure excessive (cf. chiffre 60). Ces deux vérifications constituent une tâche essentielle des contrôleurs, qui reste à effectuer même après une revision comptable approfondie, effectuée pour le compte de l'administration.

Les contrôleurs peuvent être amenés à consacrer, selon l'époque et la situation particulière de la société, une attention plus particulière aux droits des créanciers, des actionnaires, ou à d'autres éléments encore. En tout cas, ils contribuent à assurer une organisation harmonieuse de la société anonyme, en équilibrant le pouvoir de l'administration, dont ils contrôlent la reddition des comptes. Dans les petites et moyennes sociétés, leur intervention doit être directement utile à l'assemblée générale, notamment aux actionnaires minoritaires. Dans les grandes sociétés, leur rôle est aussi important, du fait de l'effacement de l'assemblée générale.

56. En matière de contrôle, le *droit comparé* est très utile pour plusieurs questions de détail. Pour les problèmes fondamentaux, il donne souvent lieu à de regrettables confusions, notamment lorsqu'on compare le droit allemand et le droit suisse.

En effet, la mission du contrôleur suisse et du contrôleur allemand (Pflichtprüfer) est bien différente, vu l'organisation de la société anonyme dans les deux pays. En Allemagne, le contrôleur effectue précisément une révision comptable, approfondie, pour le compte du conseil de surveillance (et de la direction) à qui il adresse légalement son rapport. Il ne délivre à l'assemblée générale qu'une simple attestation. C'est le conseil de surveillance qui serait censé présenter à l'assemblée générale un véritable rapport de contrôle, por-

tant aussi bien sur les comptes (grâce notamment au rapport des contrôleurs, que l'assemblée ne connaît pas) que sur la gestion[41]. Une comparaison avec le droit suisse n'est donc pas indiquée.

D'autre part, tous les contrôleurs allemands sont obligatoirement des experts, officiellement reconnus comme tels. Même s'il est souhaitable que le droit suisse pose une condition semblable, il n'est pas possible d'interpréter la loi actuelle comme si cette condition existait déjà. Les critères professionnels des fiduciaires et des experts-comptables ne peuvent pas être déterminants, à l'heure actuelle, pour interpréter l'art. 728 C.O.

Section 2:

Amélioration du contrôle «de lege lata»

a) Les vérifications

57. Conformément à l'art. 728 C.O., les contrôleurs doivent rechercher:

- si le compte de profits et pertes et le bilan sont conformes aux livres,
- si ces derniers sont tenus avec exactitude,
- et si l'état de la fortune sociale et des résultats de l'entreprise répond aux règles établies par la loi pour les évaluations en matière de bilan, ainsi que, le cas échéant, aux prescriptions spéciales des statuts.

Examinons successivement ces trois tâches.

58. Lorsque la loi impose aux contrôleurs de rechercher *si le bilan est conforme aux livres*, il ne s'agit pas de comparer les chiffres du bilan et les totaux figurant dans les livres, pour

---

[41] En pratique, ce rapport est fort laconique (cf. ch. 52).

vérifier qu'ils sont arithmétiquement identiques. Il s'agirait là d'une opération peut-être utile mais manifestement secondaire. Ce ne peut pas être le sens de la loi de prévoir, comme première tâche des contrôleurs, un travail qui pourrait être confié à n'importe quel secrétaire ou aide-comptable.

Le bilan résulte bien des livres, mais il nécessite une opération préalable de classification, de mise en ordre, de résumé. Ce sont ces opérations qu'à notre avis le contrôleur doit examiner. En d'autres termes, le contrôleur doit vérifier si le principe de la clarté et de la sincérité du bilan, prescrit par l'art. 959 C. O., a été respecté.

Cette idée est d'ailleurs admise en général par la doctrine. Mais elle est admise abstraitement, sans que l'on se demande quelles obligations précises la loi impose ainsi aux contrôleurs. Si le bilan et le compte de pertes et profits devaient obligatoirement être établis selon un plan fixé en détail par la loi, comme en Allemagne, la tâche des contrôleurs ne serait pas douteuse. Mais comment ceux-ci peuvent-ils vérifier l'application d'un principe général, laissant aux intéressés une grande liberté d'appréciation ? Nous avons vu que la doctrine et la pratique reconnaissent que l'art. 959 C. O. est resté lettre morte et qu'il n'est pas susceptible d'une interprétation stricte. La tâche des contrôleurs est donc d'autant plus délicate.

Cependant, s'il nous semble déjà anormal que les sociétés n'appliquent pas l'art. 959 C. O., il est encore moins admissible que les contrôleurs éludent ainsi la première tâche qui leur est imposée par l'art. 728 al. 1 C. O., même si elle pose de grandes difficultés en pratique. A notre avis, ce serait le rôle des associations professionnelles compétentes[42] de fixer les critères d'un bilan clair et sincère.

Toutefois, même si la tâche des contrôleurs est particulièrement ardue, tant que des règles générales n'auront pas été ainsi établies, il n'en reste pas moins qu'ils ont l'obligation de vérifier la clarté et la sincérité du bilan. S'ils se contentent

---

[42] Cf. p. 55 note 31.

de comparer des totaux, ce qui semble malheureusement assez fréquent, nous croyons qu'ils violent la loi.

Tout ce qui vient d'être dit au sujet du bilan s'applique également pour le compte de pertes et profits.

59. Les contrôleurs doivent vérifier ensuite *si les livres sont tenus avec exactitude.*

Si l'on s'en tient à la lettre de cette disposition, les contrôleurs pourraient être tenus d'effectuer une révision comptable approfondie, en vérifiant le détail de la comptabilité, par des méthodes appropriées. Cette conception est d'ailleurs certainement exacte dans les toutes petites sociétés, où le conseil d'administration tient lui-même la comptabilité, ou du moins la dirige directement.

En revanche, cette conception est exclue dans les grandes sociétés, où le service de comptabilité comporte un nombre imposant d'employés. Ce qui importe de vérifier alors, c'est la manière dont l'administration (ou, dans les très grandes sociétés, le directeur responsable de ce département) a organisé la comptabilité de la société, a donné au service comptable des instructions sur les principes à appliquer et *surveille enfin (ou fait surveiller) la comptabilité.* Pratiquement, c'est surtout ce dernier élément qu'il convient de vérifier régulièrement, les deux autres ne se modifiant normalement pas sensiblement d'année en année. Selon l'importance de la société, cette surveillance interne de la comptabilité doit être organisée de manière différente. Les contrôleurs doivent être particulièrement stricts sur ce point, car leur tâche est impossible à exécuter convenablement s'ils ne peuvent pas se baser sur une comptabilité convenablement surveillée.

Dans une société d'importance moyenne déjà, il est normalement indispensable que, au moins de temps à autre, une révision comptable approfondie soit effectuée par un expert-comptable indépendant de la société. C'est ce que la loi impose annuellement aux grandes sociétés, en vertu de l'art. 723 C.O.

Malheureusement, il semble bien qu'à l'heure actuelle les contrôleurs considèrent en général qu'ils n'ont pas à vérifier l'organisation de cette surveillance interne, qui relève selon eux de la gestion. A notre avis, il s'agit d'une erreur ou d'un malentendu: la gestion doit être vérifiée par les contrôleurs, dans la mesure où elle porte précisément sur la comptabilité. Au contraire, le contrôleur qui effectue lui-même une révision comptable interne effectue précisément une tâche de gestion réservée à l'administration.

Après ce contrôle essentiel, les contrôleurs doivent encore, il est vrai, vérifier, par quelques sondages judicieux, que les personnes chargées de la surveillance de la comptabilité ont effectivement et consciencieusement effectué la tâche qui leur a été confiée et qu'ils ont décrite dans leur rapport. A ce stade, les fonctions des contrôleurs relèvent effectivement de la révision comptable. Cependant, contrairement à l'opinion dominante, nous pensons qu'il s'agit d'une étape relativement mineure de leur mission. Ne forçons-nous pas cependant ainsi le texte de l'art. 728 C. O., qui parle de «tenir les livres avec exactitude»? Nous ne le pensons pas, car il s'agit en définitive d'organiser pratiquement un contrôle aussi efficace que possible. Le contrôle des livres est fort différent suivant l'importance de la société contrôlée. D'ailleurs, les travaux préparatoires confirment notre argumentation. Le projet HUBER obligeait les contrôleurs à vérifier «dans la mesure du possible l'exactitude et la probité... de la comptabilité». Le projet HOFFMANN les obligeait simplement à rechercher «si les livres sont régulièrement tenus». M. HOFFMANN précisa dans son rapport: «Les contrôleurs peuvent vérifier si les livres sont tenus *d'une manière ordonnée*, mais ils ne peuvent pas confirmer que la comptabilité est exacte». Cette disposition ne fit plus l'objet de discussions, dans la suite des travaux préparatoires. En outre et surtout, le texte allemand et italien de l'art. 728 C. O. confirme également cette interprétation: les livres doivent être tenus «*ordnungsmäßig*, *regolarmente*», et non pas «avec exactitude».

60. Le contrôleur doit vérifier enfin si le bilan et le compte de pertes et profits ont été établis sur la base de *principes d'évaluation conformes à la loi* (et, le cas échéant, aux statuts). Telle est la manière dont il faut, à notre avis, interpréter la troisième fonction conférée aux contrôleurs par l'art. 728 al. 1 C. O.

Les contrôleurs n'ont pas, à notre avis, l'obligation de contrôler l'évaluation de chaque actif. Ils doivent en revanche demander à l'organe responsable, à l'échelon le plus élevé, quels ont été les principes appliqués pour ces évaluations, puis juger si ces principes sont bien conformes à la loi. Ils vérifieront enfin, par des sondages adéquats, que ces principes ont été effectivement appliqués; c'est d'ailleurs ainsi seulement qu'ils pourront apprécier leur portée pratique et juger en connaissance de cause de leur légalité.

Les contrôleurs doivent ainsi vérifier tous les principes d'évaluation appliqués, pour tous les actifs et les passifs, ainsi que leurs conséquences sur le compte de pertes et profits. Il n'y a aucune raison de faire une distinction entre différents actifs, dont certains devraient être vérifiés plus attentivement que d'autres, contrairement à ce qu'a jugé le Tribunal fédéral, d'ailleurs dans un «obiter dictum» non spécialement motivé (JT 1945 p. 244). Si, dans un domaine particulier, les contrôleurs éprouvent des difficultés en matière d'évaluation, il leur appartient de faire appel à un collaborateur, spécialisé dans le domaine commercial ou technique en cause.

Les évaluations font partie des «écritures de bouclement», auxquelles les contrôleurs doivent consacrer une attention particulière; elles sont normalement effectuées par des organes subalternes, sur la base de principes établis d'une manière générale et appliqués d'année en année. Il est cependant d'autres écritures de bouclement, effectuées de cas en cas, en principe par les organes de direction supérieure ou par l'administration elle-même: amortissements spéciaux, provisions particulières, autres redressements, etc. Ces écritures là, qui ne correspondent pas à des principes généraux, doivent être *toutes* contrôlées, l'une après l'autre, et avec un

esprit critique particulièrement ouvert. Il s'agit en effet ici de la véritable activité de l'administration en matière comptable (ou de la direction supérieure à qui elle a délégué cette activité).

Parmi ces écritures, les plus importantes concernent la constitution et la dissolution des *réserves latentes*. Le rôle des contrôleurs à ce sujet est particulièrement important, comme le confirme l'art. 663 al. 3 C. O. Il n'est pas question ici de sondages ou de surveillance indirecte: le contrôleur doit se renseigner complètement sur la manière dont les réserves latentes ont été constituées ou dissoutes et doit apprécier souverainement si la loi a été respectée ou non. Ici comme ailleurs, ce n'est pas parce que l'interprétation de la loi est douteuse que les contrôleurs peuvent simplement se référer à l'interprétation donnée par l'administration. A l'heure actuelle, les contrôleurs estiment n'avoir jamais à intervenir lors de la constitution de réserves latentes et n'avoir à intervenir que dans les cas d'abus manifeste en cas de dissolution. Or, il s'agit peut-être de la tâche la plus importante des contrôleurs, de celle où le législateur leur a fait le plus confiance...

Comme pour la clarté et la sincérité du bilan, la difficulté de la mission des contrôleurs devrait entraîner l'adoption de règles d'application édictées par les milieux professionnels. Là aussi, en l'absence de ces règles, le contrôleur n'est pas délié de ses obligations légales.

b) Le rapport

61. Le rapport des contrôleurs, prévu à l'art. 729 al. 1 C. O., est adressé à l'assemblée générale. C'est à elle qu'il doit rendre compte de sa mission.

Il est vrai que le contrôleur peut, au préalable, attirer l'attention de l'administration sur certaines irrégularités. Un dialogue utile peut ainsi s'engager entre l'administration

et les contrôleurs. Ce dialogue ne saurait en aucun cas remplacer le rapport légal[43].

Le contrôleur doit, dans son rapport, *se prononcer sur le bilan* soumis à l'assemblée générale. Il doit proposer l'approbation du bilan, s'il estime que celui-ci est conforme à la loi. Il doit proposer le renvoi du bilan à l'administration s'il estime que la loi a été violée. En pratique, on admet généralement que cette proposition ne doit être faite que dans des cas particulièrement graves, voire même seulement lorsque la société est en difficultés. Nous croyons au contraire que le contrôleur n'a pas à distinguer les dispositions légales «importantes» et celles que l'on pourrait impunément violer. D'ailleurs, dans les cas mineurs, l'administration se ralliera normalement au point de vue des contrôleurs. Quoi qu'il en soit, il appartiendra ensuite à l'assemblée générale de trancher le débat, sous réserve d'une action judiciaire.

Le contrôleur peut cependant aussi proposer l'approbation du bilan «*avec réserves*». S'agit-il de proposer l'approbation du bilan, sous réserve de certaines modifications? A notre avis, tel ne peut pas être le cas, puisque nous croyons que l'assemblée générale n'est pas compétente pour modifier le bilan. Par conséquent, même si celui-ci doit être modifié sur un point mineur, il faut impérativement le renvoyer à l'administration. Une proposition d'approbation du bilan, même «avec réserves» indique à l'assemblée générale que le bilan peut être adopté tel quel.

En proposant d'adopter le bilan «avec réserves», le contrôleur peut tout d'abord inviter l'assemblée génerale à adopter le bilan «avec réserves», c'est-à-dire, croyons-nous, à demander certaines modifications pour l'année suivante seulement[44]. Le contrôleur peut aussi exprimer ainsi certains

---

[43] Nous laissons de côté le rapport spécial prévu à l'art. 729 al. 3, qui concerne les irrégularités *dans la gestion*, constatées *à l'occasion* du contrôle des comptes: les questions dont il s'agit ici ne concernent pas la mission principale des contrôleurs.

[44] Cf. ci-dessus ch. 8.

doutes, de fait ou de droit, l'incertitude de la question ne lui permettant pas de proposer le renvoi du bilan à l'administration. Le contrôleur peut enfin également effectuer certaines réserves sur la manière dont il a dû accomplir sa mission. Il appartient ensuite à l'asemblée générale de trancher.

Il peut être très délicat, pour un contrôleur, d'effectuer de telles réserves dans son rapport. En effet, l'assemblée générale risque de donner à ses remarques une importance excessive. Dans le public même, l'importance de ces réserves risque d'être surestimée, ce qui pourrait causer un tort certain à la société. Nous pensons par conséquent[45] que, dans la plupart des cas où il éprouve un doute, le contrôleur peut demander à l'administration de soulever cette question dans le rapport de gestion, en indiquant la manière dont elle a été résolue. L'assemblée générale est ainsi parfaitement et suffisamment renseignée, sur un point simplement douteux, sans que l'on alarme inutilement les actionnaires ou les tiers[46]. Le contrôleur ne devrait donc faire de réserves dans son propre rapport que si l'administration se refusait à soulever correctement la question dans le rapport de gestion (ainsi que dans des cas d'une importance pratique particulière).

62. Les contrôleurs doivent également donner *leur préavis sur la proposition de l'administration concernant l'utilisation du bénéfice net.* Ils doivent tout d'abord vérifier si cette proposition est conforme à la loi.

Avec une partie de la doctrine, nous pensons qu'ils doivent également intervenir si la proposition de l'administration est susceptible de porter un préjudice sérieux à la société, notamment à ses créanciers. Dans ce cas, les compétences des contrôleurs dépasseraient donc exceptionnellement le contrôle de la légalité et s'étendraient à une question de gestion,

---

[45] Contrairement à ce que nous écrivions dans notre ouvrage au ch. 174 (cité ss. ch. 53 ci-dessus).

[46] Le projet de loi sur les fonds de placement contient une solution analogue (art. 15 et 37).

mais seulement dans les cas extrêmes. Cette intervention est justifiée par la portée exceptionnelle de la décision en cause.

Nous ne pensons pas que les contrôleurs doivent réagir si la proposition de l'administration leur semble porter préjudice aux actionnaires. Ce serait là une intrusion inadmissible dans la compétence de l'administration, sans qu'un intérêt légitime impérieux le justifie.

63. Le rapport des contrôleurs doit-il contenir, à part le jugement sur le bilan et le préavis sur l'utilisation du bénéfice net, d'autres indications?

En tout cas, il ne doit contenir *aucun autre jugement* concernant la gestion, ou aucune autre proposition (notamment concernant la décharge). Ceci excèderait évidemment la mission des contrôleurs et engagerait inutilement leur responsabilité.

D'autre part, le rapport des contrôleurs ne doit comporter *aucune information* sur les comptes. Si les comptes ne sont pas clairs et précis, le contrôleur doit le dire: il n'a pas à donner à l'assemblée générale les informations qui lui sont refusées par l'administration. La tâche d'informer l'assemblée générale relève exclusivement de la gestion sociale et les contrôleurs n'ont pas à s'en mêler. Naturellement, lorsqu'ils proposent le renvoi du bilan à l'administration, ou formulent même une réserve, ils doivent motiver ce jugement; leurs motifs doivent être parfaitement compréhensibles pour l'assemblée générale, sans comporter de précisions inutiles.

En revanche, nous croyons que les contrôleurs doivent toujours et obligatoirement décrire, dans leur rapport, *la nature et l'importance de leur activité.* Les mêmes motifs que nous avons évoqués pour le rapport de gestion [47] s'appliquent ici, d'autant plus que les fonctions des contrôleurs sont loin d'être appliquées de manière uniforme en pratique [47bis]. Ces

---

[47] Cf. ci-dessus ch. 52.

[47bis] Si des règles uniformes étaient établies et publiées par les

indications constituent la seule possibilité, pour l'assemblée générale, d'apprécier la valeur du rapport de contrôle, sur la base duquel elle prend ses décisions. Elles constituent d'autre part la condition «sine qua non» d'une décharge valable des contrôleurs par l'assemblée générale. Il est donc étonnant que ces indications ne soient pratiquement jamais données, ou de manière très insuffisante.

Concrètement, les contrôleurs doivent préciser comment ils ont effectué les différentes tâches qui leur sont attribuées par la loi. Ils doivent indiquer les méthodes qu'ils ont employées, à qui ils se sont adressés pour obtenir des renseignements, combien de temps ils ont consacré à leur mission et à chacune de ses parties essentielles. Le contrôleur doit notamment insister sur les points de son contrôle qui varient d'année en année. Il n'est pas question de donner des détails fastidieux, mais d'effectuer un résumé compréhensible et concret.

Section 3:

Amélioration du contrôle «de lege ferenda»

64. Si l'on envisage de modifier les dispositions légales concernant le contrôle, c'est aux conditions imposées pour la *nomination* des contrôleurs que l'on songe tout d'abord. En effet, la doctrine et la pratique déplorent qu'aucune condition d'indépendance et de compétence ne soit légalement imposée. On songe notamment au droit allemand, où seuls les contrôleurs inscrits sur une liste officielle peuvent fonctionner comme tels dans une société anonyme; telle sera également la situation en France, quelques années après l'entrée en vigueur du nouveau projet de loi.

Il serait manifestement souhaitable que *l'indépendance* des contrôleurs soit imposée par la loi, comme c'est le cas

---

associations professionnelles compétentes, les contrôleurs pourraient s'y référer et simplifier ainsi considérablement cette partie de leur rapport.

pour les «experts» prévus par l'art. 723 C. O. Le droit français et le droit allemand prévoient une série imposante d'incompatibilités pour les contrôleurs. Toutefois, la liste la plus complète ne pourrait pas énumérer tous les cas de dépendance possibles, résultant de liens personnels, économiques ou financiers, bien plus dangereux que les liens de famille, par exemple. Ainsi, nous préférons l'introduction dans la loi du principe général de l'indépendance des contrôleurs, même s'il est parfois délicat de dire s'il est vraiment respecté dans un cas concret.

Faut-il, d'autre part, que la loi impose des conditions de *compétence* pour la nomination des contrôleurs, en instituant par exemple un monopole en faveur des sociétés fiduciaires et des experts-comptables membres d'une organisation professionnelle, ou portés sur une liste officielle? Le fait de confier le contrôle légal des sociétés anonymes à un corps professionnel déterminé faciliterait certainement l'élaboration de règles volontairement adoptées, à la fois strictes dans leur principe et souples dans leur application, qui compléteraient fort heureusement un texte légal qui doit rester général. On pourrait cependant se demander si les règles ainsi adoptées ne devraient pas alors être soumises à l'autorité publique compétente et approuvée par elle.

En outre, le seul fait du monopole confèrerait évidemment aux contrôleurs reconnus une indépendance beaucoup plus réelle que ne le pourrait n'importe quel principe consacré dans la loi ou n'importe quelle liste d'incompatibilités.

Les sociétés fiduciaires et les experts-comptables devraient alors, lorsqu'ils fonctionnent comme contrôleurs, se dégager suffisamment de la technique comptable. A cet égard, une expérience extrêmement intéressante va commencer: la révision obligatoire des fonds de placement. En effet, le projet de loi sur les fonds de placement n'admet, pour le contrôle obligatoire, qu'un réviseur reconnu par l'autorité de surveillance. Or, sa tâche n'est pas essentiellement de nature comptable. L'art. 37 du projet de loi est parfaitement clair à cet égard:

> «Le réviseur vérifie si la direction et la banque dépositaire ont respecté la loi et le règlement; il contrôle *notamment* les comptes annuels du fonds de placement...»

Il s'agit-là d'une innovation extrêmement importante, d'une tâche complètement nouvelle pour les intéressés. Même dans le cadre de la loi sur les banques, les réviseurs ne doivent vérifier que les comptes et c'est seulement sur leur légalité qu'ils ont à se prononcer. Si cette expérience réussit, ce sera un argument de poids pour admettre le monopole des sociétés fiduciaires et des experts-comptables dans le contrôle des sociétés anonymes.

65. L'activité des contrôleurs dans le *domaine comptable* ne nous semble pas devoir être sensiblement modifiée. Si la loi était revue sur ce point, elle devrait surtout, à notre avis, confirmer l'interprétation du texte actuel que nous avons proposée.

Tout au plus, pourrait-on prévoir que la partie du rapport de gestion consacrée à l'explication du bilan et du compte de pertes et profits, ou à d'autres questions de nature comptable, devrait également être soumise aux contrôleurs, comme en droit allemand et en droit français.

Nous avons vu plus haut que les contrôleurs doivent vérifier *la manière* dont le conseil d'administration a délégué ses pouvoirs en matière comptable, notamment pour l'établissement du bilan et du compte de pertes et profits. Devraient-ils aussi, contrôler si la *mesure* de cette délégation reste conforme à la loi ? D'une manière générale, cette mesure dépend de l'appréciation du cas concret et ne peut pas être jugée abstraitement. Les décisions qui affectent sensiblement le bénéfice net méritent toutefois une mention spéciale. Il nous semble difficilement admissible que le conseil d'administration se contente de ratifier, sans les discuter ni même les apprécier, les propositions d'un comité ou de la direction concernant les «écritures de bouclement», qui reviennent pratiquement à fixer l'importance du bénéfice net.

Dans les cas extrêmes, où l'administration abandonne en

fait toutes ses prérogatives, le contrôleur devrait, à notre avis, proposer le renvoi du bilan. Dans les autres cas, ils devrait simplement vérifier que l'administration donne, dans son rapport de gestion, des indications suffisantes sur la mesure dans laquelle elle a ainsi délégué ses fonctions.

66. Faudrait-il «de lege ferenda» étendre les activités du contrôleur à des *domaines extra-comptables?* Il ne faut pas transformer les contrôleurs en organe de surveillance, ce qui diminuerait à la fois l'efficacité de leur contrôle et l'efficacité de la gestion sociale. On peut seulement se demander si les contrôleurs ne pourraient pas être chargés de vérifier *l'ensemble de la «reddition de comptes»* de l'administration à l'assemblée générale, c'est-à-dire l'ensemble des informations données à cette dernière, par les comptes ou par le rapport de gestion (ou par d'autres éléments encore). Il ne s'agirait donc pas de vérifier la gestion sociale, mais l'ensemble des informations données à l'assemblée générale sur cette gestion. Les contrôleurs devraient non seulement vérifier que cette information est exacte et compréhensible, mais aussi qu'elle est suffisamment détaillée et complète, c'est-à-dire que les faits importants n'échappent pas ainsi aux actionnaires.

Il s'agirait surtout de soumettre aux vérifications des contrôleurs l'ensemble du rapport de gestion, et non seulement la partie qui se rapporte aux comptes. Ainsi, pour les fonds de placement, conformément à l'art. 37 al. 1 du projet de loi, les contrôleurs devraient vérifier l'ensemble du rapport de gestion, y compris les «indications sur les questions présentant une importance économique ou juridique particulière», qui peuvent n'avoir pas de rapport avec les comptes et même ne pas concerner l'interprétation ou l'application de la loi ou du règlement.

67. L'activité des contrôleurs s'épuise dans le rapport qu'ils adressent à l'assemblée générale. Ils n'ont aucun *autre pouvoir d'intervention dans la vie sociale.* Doit-on considérer

que l'efficacité de leur action est ainsi suffisamment garantie, ou faudrait-il leur donner d'autres moyens?

La doctrine s'est préoccupée de ce problème au sujet de l'art. 725 C. O., lorsque la moitié du capital social n'est plus couverte ou que le capital social est entièrement absorbé. Dans ce cas, on a notamment proposé que les contrôleurs puissent saisir directement le juge. En l'état, le Tribunal fédéral a rejeté cette solution[48]. Une modification de la loi sur ce point renforcerait la position des contrôleurs et soulignerait leur indépendance à l'égard de la société.

Nous serions partisan, d'une manière générale, de permettre aux contrôleurs de saisir le juge lorsqu'il estime que *les intérêts des créanciers* sont compromis. Il faudrait cependant prévoir une procédure particulièrement discrète, car il peut s'agir de questions délicates, que le contrôleur hésiterait à soulever si le public devait en être immédiatement averti.

Qu'en est-il lorsque les droits des actionnaires sont en cause, qu'il s'agisse de l'ensemble des actionnaires ou d'une partie d'entre eux[49]? Dans les petites sociétés, le contrôleur n'a normalement aucune raison d'être particulièrement réservé. En revanche, les contrôleurs hésiteront normalement à soulever de pareilles questions pour de grandes sociétés, auxquelles ils peuvent ainsi porter un préjudice illégitime par la publicité faite à leur rapport. C'est notamment dans ces cas que le contrôleur pourrait exiger que certaines explications soient données dans le rapport de gestion[50]. Il est toutefois possible que l'administration refuse de donner les explications requises dans le rapport de gestion ou les donne de manière trop vague ou trop confuse. Surtout dans une très grande société, s'il s'agit d'une question particulièrement délicate et juridiquement incertaine, le contrôleur peut hésiter à appliquer la loi de manière intransigeante et à

---

[48] ATF 86 II p. 171.

[49] En supposant, naturellement, que la loi soit violée (cf. en revanche ci-dessus ch. 62).

[50] Cf. ci-dessus ch. 61.

mentionner le cas dans son rapport de contrôle. Ne faudrait-il donc pas également donner aux contrôleurs la possibilité de saisir alors le juge, pour contraindre l'administration à donner telle explication? Faudrait-il plutôt prévoir une autre instance qu'un organe judiciaire: par exemple, pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, les Chambres de bourse compétentes ne pourraient-elles pas jouer un rôle d'arbitre?

Ces questions ne sont pas encore mûres, mais il est indispensable que les milieux intéressés y songent, car il faut éviter de placer les contrôleurs devant des situations inextricables, où leur responsabilité pourrait être engagée soit parce qu'ils ne sont pas intervenus, soit parce qu'ils sont intervenus à tort. Une procédure préalable, rapide et discrète, mettrait les contrôleurs à l'aise et leur permettrait de jouer avec efficacité et indépendance leur rôle de censeurs.

CONCLUSION

68. L'organisation de la société anonyme n'implique pas, pour être améliorée, une modification importante du droit actuel. Une modification ne nous semble urgente et nécessaire que sur un seul point: l'introduction de *l'action sans droit de vote*, permettant de remplacer avantageusement le système récent des «bons de participation», qui ne repose pas sur une base juridique claire et solide. Plus l'on tardera, plus cette réforme sera difficile, à cause des nombreuses émissions de «bons de participation» qui auront déjà eu lieu.

Nous avons souvent mentionné *le rôle des associations professionnelles*, qui pourraient intervenir pour permettre une application plus précise et plus juste du droit actuel. Qu'il s'agisse des réserves latentes[51], de la présentation des comptes et du rapport de gestion, de l'intervention des contrôleurs, il serait conforme aux traditions d'une économie libérale d'éviter l'intervention d'un appareil administratif officiel pour appliquer la loi.

Des organismes privés pourraient d'ailleurs arriver à un résultat meilleur, plus souple, qui tiendrait compte de la situation différente de chaque société, qui définirait progressivement certaines catégories de sociétés. Des questions qui ne sont pas encore mûres pourraient trouver ainsi peu à peu leur solution, notamment à la lumière d'expériences pratiques.

Les associations professionnelles joueraient ainsi un rôle essentiel dans l'intérêt public, déchargeant l'Etat de tâches importantes. Elles éviteraient surtout une intervention législative et administrative qui sera inéluctable, si l'économie privée ne fait pas spontanément l'effort nécessaire.

---

[51] C'est notre proposition essentielle, cf. ch. 43.