

## Rapport explicatif relatif à la modification du code des obligations (droit de la société anonyme)

du ...

---

### Condensé

*L'avant-projet vise à transférer dans la loi formelle l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés cotées en bourse, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014, et à améliorer la gouvernance d'entreprise, notamment dans les sociétés non cotées. Les dispositions sur la fondation et sur le capital sont rendues plus flexibles et le droit de la société anonyme est adapté au nouveau droit comptable. Enfin, l'avant-projet propose une réglementation de la transparence dans les grandes sociétés extractrices de matières premières.*

### Contexte

*Le 21 décembre 2007, le Conseil fédéral a approuvé le projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable. Celui-ci visait principalement à améliorer la gouvernance d'entreprise, à permettre aux sociétés de structurer leur capital plus librement, à mettre en place un nouveau droit comptable et à moderniser le fonctionnement de l'assemblée générale.*

*Deux mois plus tard, le dépôt de l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » a chamboulé les travaux législatifs en cours. Il s'en est suivi une course d'obstacles de plusieurs années. En mars 2013, l'initiative a été acceptée par une grande majorité du peuple et des cantons: l'art. 95 de la Constitution a été complété d'un troisième alinéa prévoyant le renforcement des droits des actionnaires des sociétés cotées, l'interdiction de certains types de rémunération, une obligation de voter et de communiquer pour les caisses de pension, ainsi que la création de nouvelles normes pénales. Se fondant sur le nouvel art. 197, ch. 10, de la Constitution, le Conseil fédéral a approuvé l'ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives, destinée à mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles jusqu'à l'entrée en vigueur d'une modification de la loi formelle.*

*Lors de la session d'été 2013, le Parlement a renvoyé au Conseil fédéral le projet et le message de 2007 en vue de leur adaptation.*

---

## **Contenu de l'avant-projet**

*L'avant-projet reprend la révision du droit de la société anonyme laissée en friche depuis plusieurs années. Comme le Conseil des Etats avait fini, en 2009, de délibérer sur le projet de 2007 et qu'il restait peu de points contestés, ce document a été utilisé comme base pour la présente révision. Ont notamment été repris les éléments sur la fondation, sur le capital, sur l'amélioration de la gouvernance d'entreprise (également pour les sociétés non cotées) et sur l'utilisation de médias électroniques dans le cadre de l'assemblée générale. Le projet de 2007 a également été amélioré sur la base de la doctrine et de la jurisprudence les plus récentes.*

*Plusieurs révisions ayant eu lieu depuis et certains objets ayant été dissociés du projet de 2007, il est aujourd'hui nécessaire de procéder à quelques ajustements. Le traitement à part, depuis l'été 2009, de la révision du droit comptable qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013 a donné lieu à quelques dissonances auxquelles l'avant-projet permet de remédier. Les dispositions sur les réserves et sur les actions propres sont harmonisées, le capital-actions ne doit plus nécessairement être libellé en francs suisses et le remboursement des réserves issues du capital est soumis à de nouvelles mesures de protection. La trésorerie de l'entreprise à court et à long terme est davantage prise en considération dans le cadre des réductions de capital, des remboursements de réserves issues du capital et de l'assainissement.*

*L'avant-projet transfère les dispositions de l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans différentes lois fédérales (code des obligations, loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, code pénal). Il règle également d'autres aspects présentant un lien étroit avec l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives », dans le but de renforcer la sécurité et l'application du droit. Il précise en particulier le devoir de diligence du conseil d'administration et de la direction en matière de rémunérations, interdit le vote prospectif sur les rémunérations variables, fixe des limites pour les primes d'embauche et les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence et simplifie le recours à l'action en restitution de prestations.*

*En plus de ces trois grands axes, l'avant-projet traite différents points soulevés récemment par des interventions parlementaires ou des débats politiques et publics, comme la représentation de chaque sexe au sein des conseils d'administration et des directions des grandes sociétés cotées en bourse, et les problèmes liés à une proportion élevée d'actions dispo. La révision des dispositions sur l'assainissement doit inciter les entreprises à s'assainir rapidement, si possible avant l'ouverture d'une procédure concordataire. Sur le plan de la procédure civile, le recours aux actions relevant du droit de la société anonyme, notamment en responsabilité, est simplifié.*

*Enfin, l'avant-projet s'inspire du droit européen pour proposer une réglementation de la transparence dans les grandes sociétés extractrices de matières premières dans le sens d'une obligation de communiquer sur les paiements effectués au profit de gouvernements.*

## Table des matières

<b>Condensé</b>	<b>1</b>
<b>1 Présentation du projet</b>	<b>7</b>
1.1 Contexte	7
1.1.1 Projet du 21 décembre 2007	7
1.1.2 Dépôt de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» et projet du 5 décembre 2008	8
1.1.3 Clôture des débats au premier conseil	9
1.1.4 Suspension des débats au second conseil et premier contreprojet direct	9
1.1.5 Sortie de l'impasse grâce à l'initiative parlementaire de la CAJ-E	9
1.1.6 Nouveau contreprojet indirect de 2010	10
1.1.6.1 Elaboration et prise en compte d'une nouvelle initiative parlementaire	10
1.1.6.2 Projet 1 de l'objet 10.443 comme nouveau contreprojet indirect	11
1.1.6.3 Projet 2 de l'objet 10.443 et deuxième contreprojet direct	12
1.1.7 Acceptation de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives»	12
1.1.8 Mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst.	13
1.1.8.1 Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse	13
1.1.8.2 Pas d'applicabilité directe pour l'art. 95, al. 3, Cst. et primauté de l'ORAb	14
1.1.8.3 Vue d'ensemble des dispositions de l'ORAb	14
1.1.8.4 Durée de validité de l'ORAb	16
1.1.8.5 Rejet du projet du 21 décembre 2007 et mandat parlementaire	16
1.2 Un projet d'une seule pièce	17
1.3 Dispositif proposé	18
1.3.1 Capital et réserve	18
1.3.1.1 Capital-actions en monnaie étrangère	18
1.3.1.2 Libération et valeur nominale	20
1.3.1.3 Reprise de biens (effective ou envisagée)	21
1.3.1.4 Réduction et marge de fluctuation du capital	25
1.3.1.5 Réserves	26
1.3.2 Capital-investissement et fonds spéculatifs	26
1.3.2.1 Débat sur les sauterelles en Allemagne	26
1.3.2.2 Situation en Suisse	28
1.3.3 Actions dispo	29
1.3.3.1 Définition	29
1.3.3.2 Problèmes potentiels liés aux actions dispo	30
1.3.3.3 Projet du 21 décembre 2007	30
1.3.3.4 Principes du modèle de l'actionnaire fiduciaire	31

1.3.3.5	Avantages et inconvénients du modèle de l'actionnaire fiduciaire	32
1.3.3.6	Solution proposée	33
1.3.3.7	Recours aux médias électroniques	34
1.3.4	Mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst.	34
1.3.4.1	Dispositions relatives à la SA	34
1.3.4.2	Dispositions relatives aux institutions de prévoyance	35
1.3.4.3	Dispositions pénales	36
1.3.4.4	Primes d'embauche et indemnités pour prohibition de faire concurrence	38
1.3.5	Représentation de chaque sexe au sein du conseil d'administration et de la direction	39
1.3.6	Gouvernance d'entreprise	41
1.3.6.1	Equilibre entre les différents organes	41
1.3.6.2	Droit de demander des renseignements et de consulter des documents	41
1.3.6.3	Droit d'obtenir des renseignements sur les indemnités perçues par les cadres supérieurs	42
1.3.6.4	Autres aspects de la gouvernance d'entreprise	42
1.3.6.5	Exercice des droits des actionnaires (actions intentées par les actionnaires)	43
1.3.6.6	Abaissement des seuils pour l'exercice des droits des actionnaires	44
1.3.6.7	Action en restitution	46
1.3.6.8	Droit d'intenter une action en paiement à la société aux frais de celle-ci	46
1.3.6.9	Prolongation et suspension du délai de péremption	49
1.3.7	Droit de l'assainissement dans le CO	50
1.3.7.1	Contexte et principaux objectifs de la révision	50
1.3.7.2	Prêts dans le cadre de l'assainissement	51
1.3.7.3	Intégration de l'ajournement dans les dispositions sur le concordat de la LP	52
1.3.7.4	Autres possibilités d'assainissement que celles proposées par le CO	52
1.3.8	Suppression de la consolidation à la valeur comptable	53
1.3.9	Rapport des entreprises de matières premières sur les paiements effectués au profit de gouvernements	53
1.3.9.1	Contexte	53
1.3.9.2	Aperçu de la réglementation	54
1.3.9.3	Objectifs	55
1.3.10	Cohérence entre les différentes parties du droit des sociétés	55
1.4	Rapports avec le droit européen	56
1.4.1	Pas d'obligation directe	56
1.4.2	Directive 2007/36/CE concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées	57

1.4.3	Proposition de modification de la directive 2007/36/CE de la Commission européenne	57
1.4.4	Deuxième directive sur le droit des sociétés 2012/30/UE (directive sur le capital)	59
1.4.5	Recommandations de la Commission sur la rémunération dans les sociétés cotées	60
1.4.6	Directives 2013/34/UE (directive comptable) et 2013/50/UE (modification de la directive sur la transparence)	61
1.5	Mise en œuvre	62
1.6	Classement d'interventions parlementaires	62
1.6.1	Interventions parlementaires à classer	62
1.6.2	Interventions non encore examinées par le Parlement	64
<b>2</b>	<b>Commentaire des dispositions</b>	<b>64</b>
2.1	Société anonyme	64
2.1.1	Organisation de la société anonyme	64
2.1.2	Libération du capital et reprise de biens	70
2.1.3	Avantages particuliers	75
2.1.4	Inscription au registre du commerce	75
2.1.5	Augmentation ordinaire du capital-actions	76
2.1.6	Augmentation au moyen d'un capital conditionnel	79
2.1.7	Réduction ordinaire	81
2.1.8	Formes particulières de la réduction du capital	83
2.1.9	Marge de fluctuation du capital	85
2.1.10	Bons de participation	89
2.1.11	Acquisition par la société de ses propres actions	91
2.1.12	Variation des dividendes en fonction de la représentation des actionnaires à l'assemblée générale	93
2.1.13	Abrogation des dispositions du droit de la société anonyme sur la présentation des comptes	94
2.1.14	Réserves	94
2.1.15	Dividendes intermédiaires	98
2.1.16	Remboursements interdits	99
2.1.17	Restitution de prestations	100
2.1.18	Restrictions à la transmissibilité des actions nominatives cotées en bourse	102
2.1.19	Représentation à l'assemblée générale	103
2.1.20	Droit de vote, actions à droit de vote privilégié	106
2.1.21	Communication du rapport de gestion	107
2.1.22	Droit de demander des renseignements et de consulter certains documents	107
2.1.23	Examen spécial	109
2.1.24	Droit d'intenter une action aux frais de la société	111
2.1.25	Clause d'arbitrage statutaire	113
2.1.26	Droits intransmissibles de l'assemblée générale	114
2.1.27	Convocation de l'assemblée générale et ordre du jour	114
2.1.28	Lieu de réunion de l'assemblée générale	118

2.1.29	Recours aux médias électroniques	119
2.1.30	Déroulement de l'assemblée générale	122
2.1.31	Composition et organisation du conseil d'administration	126
2.1.32	Responsabilité pour les organes	132
2.1.33	Menace d'insolvabilité, perte de capital et surendettement	132
2.1.34	Attributions et organisation de l'organe de révision	137
2.1.35	Rémunérations dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse	138
2.1.36	Dissolution de la société	150
2.1.37	Responsabilité des organes	151
2.1.38	Participation des corporations de droit public	155
2.2	Modifications d'autres dispositions du code des obligations	155
2.2.1	De la société en commandite par actions	155
2.2.2	Société à responsabilité limitée	155
2.2.3	Société coopérative	159
2.2.4	Etablissement et présentation des comptes	162
2.2.5	Transparence dans les entreprises de matières premières	165
2.2.6	Dispositions transitoires	169
2.3	Modification d'autres actes	171
2.3.1	Code civil	171
	2.3.1.1 Associations	171
	2.3.1.2 Fondations	172
2.3.2	Loi du 3 octobre 2003 sur la fusion	173
2.3.3	Code de procédure civile	174
2.3.4	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite	175
2.3.5	Code pénal	178
2.3.6	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct	185
2.3.7	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes	185
2.3.8	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité	186
2.3.9	Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs	189
2.3.10	Loi du 8 novembre 1934 sur les banques	189
2.3.11	Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances	189
<b>3</b>	<b>Conséquences</b>	<b>190</b>
3.1	Conséquences pour la Confédération	190
	3.1.1 Conséquences financières	190
	3.1.2 Conséquences en matière de personnel	190
3.2	Conséquences pour les cantons	190
3.3	Conséquences économiques	191
	3.3.1 Structure du capital	191
	3.3.2 Gouvernance et droits des actionnaires	193
	3.3.3 Mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst.	195

3.3.4	Représentation des sexes au sein du conseil d'administration et de la direction	195
3.3.5	Suppression de la présentation des comptes consolidés à la valeur comptable	196
3.4	Influence de l'avant-projet sur la position de la Suisse en matière de protection des investisseurs	196
<b>4</b>	<b>Relation avec le programme de la législation et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral</b>	<b>198</b>
<b>5</b>	<b>Aspects juridiques</b>	<b>199</b>
5.1	Constitutionnalité	199
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales	199
5.3	Forme de l'acte à adopter	199
5.4	Délégation de compétences législatives	199

## **1 Présentation du projet**

### **1.1 Contexte**

#### **1.1.1 Projet du 21 décembre 2007**

Le projet du Conseil fédéral du 21 décembre 2007<sup>1</sup> visait à moderniser le droit de la société anonyme (SA) pour qu'il réponde aux besoins de l'économie, en fonction de quatre objectifs: renforcer le gouvernement d'entreprise, octroyer une plus grande marge de manœuvre en matière de structure du capital, réglementer l'usage des médias électroniques pendant le déroulement de l'assemblée générale et remplacer l'ancien droit comptable, devenu obsolète<sup>2</sup>.

Le 7 avril 2009, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E) a séparé le droit comptable des autres dispositions, générant ainsi, sous le même numéro d'objet 08.011, un projet 2, qui a depuis été examiné séparément du droit de la SA (projet 1). Alors qu'initialement, cette séparation devait empêcher l'examen du droit comptable de nuire à celui du droit de la SA<sup>3</sup>, elle a finalement surtout servi le droit comptable en le tenant à l'écart de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» (voir point 1.1.2 ss). Le 21 novembre 2012, le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur simultanée du droit comptable et de la nouvelle ordonnance sur les normes comptables reconnues (ONCR)<sup>4</sup> au 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>5</sup>.

Lors de la première partie de son examen détaillé du projet 2, le Conseil national a approuvé, le 20 septembre 2010, une proposition individuelle de relèvement des

<sup>1</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407 ss. Voir KATHARINA RÜDLINGER, «Was bringt der Entwurf zum neuen Aktienrecht?», ST 2008/1–2, p. 18 ss.

<sup>2</sup> Communiqué de presse du DFJP du 21 décembre 2007

<sup>3</sup> Communiqué de presse de la CAJ-E du 16 juin 2009. BO **2009** E 602; BO **2009** E 1187.

<sup>4</sup> RS **221.432**

<sup>5</sup> Communiqué de presse du DFJP du 22 novembre 2007. Voir FLORIAN ZIHLER, «Überblick über das neue Rechnungslegungsrecht», ST 2012/11, p. 806 ss.

valeurs seuils fixées à l'art. 727, al. 1, ch. 2, du code des obligations (CO)<sup>6</sup>, qui distinguent le contrôle ordinaire du contrôle restreint. Ces valeurs sont ainsi passées de 10 à 20 millions de francs pour le total du bilan, de 20 à 40 millions de francs pour le chiffre d'affaires et de 50 à 250 emplois à temps plein en moyenne annuelle pour l'effectif. Il en a résulté le projet 3 de l'objet 08.011<sup>7</sup>. Ce relèvement des valeurs seuils, lesquelles n'étaient en vigueur que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, a été clairement approuvé par les deux chambres après quelques tergiversations et mis en vigueur par le Conseil fédéral le 1<sup>er</sup> janvier 2012<sup>8</sup>.

### **1.1.2 Dépôt de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» et projet du 5 décembre 2008**

Deux mois après l'adoption par le Conseil fédéral du projet de 2007 (voir point 1.1.1), un comité d'initiative déposait l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives». Objectif: modérer les indemnités, jugées excessives, qui sont versées aux cadres supérieurs dans les SA cotées en bourse, en mettant en œuvre différents moyens: transparence accrue des systèmes de rémunération, interdiction de certains types de rémunération, renforcement des droits de participation des actionnaires, obligation, pour les caisses de pension, de voter et de communiquer la teneur de leur vote, et nouvelles dispositions pénales. L'initiative prévoyait d'ajouter un troisième alinéa à l'art. 95 de la Constitution fédérale (Cst.)<sup>9</sup>, consacré à l'activité économique lucrative privée.

Le 5 décembre 2008, le Conseil fédéral présentait un nouveau projet<sup>10</sup> dans lequel il recommandait le rejet de l'initiative populaire au motif qu'elle représentait une intrusion excessive dans l'autonomie privée et la liberté économique des sociétés cotées en bourse. Ce projet complétait toutefois celui de 2007 par des dispositions spécifiques concernant les indemnités versées aux cadres supérieurs. Il prévoyait notamment de préciser le devoir de diligence du conseil d'administration et de la direction, de faciliter l'action en restitution, de renforcer les droits de participation des actionnaires et d'accroître la transparence. Ses dispositions statutaires étaient en revanche moins restrictives pour les sociétés et surtout pour les actionnaires que celles de l'initiative populaire<sup>11</sup>.

En 2008, le Conseil fédéral et la Banque nationale suisse ont uni leurs efforts pour éviter l'effondrement d'UBS<sup>12</sup>. Le géant bancaire s'était retrouvé au bord du gouffre par suite d'opérations sur des titres et des droits-valeurs américains dont il avait perdu le contrôle. Il disposait de fonds propres insuffisants et n'était plus en mesure d'en lever de nouveaux, les banques américaines *Bear Stearns* et *Lehman Brothers*

<sup>6</sup> RS 220

<sup>7</sup> BO 2010 N 1373

<sup>8</sup> Communiqué de presse du DFJP du 31 août 2011. Voir FLORIAN ZIHLER, «Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR», ST 2011/9, p. 670 ss.

<sup>9</sup> RS 101

<sup>10</sup> Message du 5 décembre 2008 relatif à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» et à la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme), FF 2009 265 ss.

<sup>11</sup> Communiqué de presse du DFJP du 5 décembre 2008. Voir OLIVER BLANC/FLORIAN ZIHLER, «Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008», GesKR 2009/1, p. 66 ss.

<sup>12</sup> Message du 5 novembre 2008 concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse, FF 2008 8027 ss.



ayant fait faillite. Une partie de ses problèmes résultait par ailleurs d'un système de rémunération incitant aux comportements à hauts risques, système que bon nombre d'autres sociétés cotées en bourse n'ont modifié qu'à regret, alors qu'il faisait l'objet de critiques de plus en plus vives dans les assemblées générales, lors des consultations sur la révision du droit de la SA et dans l'opinion. Tous ces éléments ont généré une forte agitation, qui a marqué les débats parlementaires sur la révision du droit de la SA jusqu'à fin 2012.

### **1.1.3 Clôture des débats au premier conseil**

Le Conseil des Etats, en sa qualité de premier conseil, a réussi à échapper à l'essentiel de cette agitation. Il a terminé l'examen des projets de 2007 et de 2008 lors de la session d'été 2009<sup>13</sup>.

### **1.1.4 Suspension des débats au second conseil et premier contreprojet direct**

La Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a reçu en peu de temps une avalanche d'amendements.

A l'automne 2009, elle a décidé de scinder formellement le droit de la SA en deux parties, l'une applicable à toutes les sociétés et l'autre applicable uniquement aux sociétés cotées en bourse<sup>14</sup>. En janvier 2010, le Département fédéral de justice et police (DFJP) avait élaboré à son intention un dépliant dans ce sens. Ce dépliant, non accessible sur Internet, n'a été utilisé que lors d'une seule séance début 2010, car au même moment, le Conseil national et sa Commission des affaires juridiques ont entamé l'examen d'un contreprojet *direct* à l'initiative populaire, marqué par le droit de la SA<sup>15</sup>.

### **1.1.5 Sortie de l'impasse grâce à l'initiative parlementaire de la CAJ-E**

La CAJ-E ne souhaitait pas s'engager sur la voie du contreprojet direct. Elle ne pouvait pas pour autant réactiver les projets de 2007 et de 2008 comme contreprojets indirects, car, du fait de l'examen anticipé du contreprojet direct, ils se trouvaient encore chez son homologue du Conseil national<sup>16</sup>.

Au printemps 2010, la révision du droit de la SA aboutissait donc dans une impasse. La CAJ-E a trouvé le moyen d'en sortir, en déposant le 20 mai 2010 une initiative

<sup>13</sup> BO 2009 E 601 ss (9–11 juin 2009)

<sup>14</sup> Communiqué de presse de la CAJ-N du 30 octobre 2009

<sup>15</sup> Communiqué de presse de la CAJ-N du 26 février 2010. Il s'agissait d'intégrer à la Constitution fédérale l'art. 113, al. 2, let. f, et l'art. 122, al. 1<sup>bis</sup>, voir [http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/ratsunterlagen.aspx?gesch\\_nr=20080080](http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/ratsunterlagen.aspx?gesch_nr=20080080).

<sup>16</sup> Voir OLIVIER BLANC/FLORIAN ZIHLER, «Revision des Aktien-, Rechnungslegungs- und Revisionsrechts – Stand der parlamentarischen Beratung», *Anwaltsrevue* 2011/10, p. 412 ss

parlementaire<sup>17</sup> à laquelle son homologue du Conseil national s'est ensuite ralliée<sup>18</sup>. Il s'agissait de réviser les dispositions CO, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)<sup>19</sup>, de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)<sup>20</sup> et du code pénal (CP)<sup>21</sup> sur lesquelles portait l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives». Cette révision partielle devait s'inspirer de ladite initiative et du contreprojet direct du Conseil national. L'initiative parlementaire, ou plus exactement les dispositions légales à élaborer, visait le retrait de l'initiative populaire.

Pour prévenir toute contradiction interne et éviter de compliquer davantage les débats, la CAJ-N a suspendu à l'automne 2010 l'examen du projet de 2007 et des dispositions relatives au droit de la SA dans le projet de 2008<sup>22</sup>. Elle ne l'a jamais repris (voir point 1.1.9).

## **1.1.6 Nouveau contreprojet indirect de 2010**

### **1.1.6.1 Elaboration et prise en compte d'une nouvelle initiative parlementaire**

Durant l'été et l'automne 2010, une sous-commission de la CAJ-E a élaboré le nouveau contreprojet indirect<sup>23</sup>.

La procédure, déjà complexe, recevait ainsi un volet supplémentaire. Le 21 juin 2010, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (CER-E) a décidé, également par la voie d'une initiative parlementaire<sup>24</sup> et en accord avec une motion déposée peu de temps auparavant au Conseil des Etats<sup>25</sup>, que les rémunérations supérieures à trois millions de francs par bénéficiaire devaient être considérées comme des bénéfiques et donc autorisées par l'assemblée générale dans le cadre de la répartition du bénéfice (modèle des tantièmes). La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) s'est là aussi ralliée à cette initiative<sup>26</sup>. La CAJ-E devait mettre en œuvre cette initiative parlementaire et cette motion dans le cadre de l'élaboration du nouveau contreprojet indirect<sup>27</sup>.

Les deux initiatives parlementaires ont abouti au rapport du 25 octobre 2010<sup>28</sup>, fortement inspiré du projet de 2008, et au rapport complémentaire du 22 novembre

<sup>17</sup> Initiative parlementaire de la CAJ-E du 20 mai 2010, contre-projet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» (10.443).

<sup>18</sup> Communiqué de presse de la CAJ-N du 2 juin 2010

<sup>19</sup> RS **831.40**

<sup>20</sup> RS **831.10**

<sup>21</sup> RS **311.0**

<sup>22</sup> Communiqué de presse de la CAJ-N du 3 septembre 2010

<sup>23</sup> Communiqué de presse de la CAJ-E du 17 août 2010

<sup>24</sup> Initiative parlementaire de la CER-E du 21 juin 2010, «Traitement des rémunérations très élevées du point de vue du droit des sociétés et du droit fiscal» (10.460).

<sup>25</sup> Motion GRABER du 10 juin 2010, «Soumettre les rémunérations supérieures à trois millions de francs à la décision de l'assemblée générale» (10.3402).

<sup>26</sup> Communiqué de presse de la CER-N du 29 juin 2010

<sup>27</sup> Communiqué de presse de la CAJ-E du 20 août 2010; communiqué de presse de la CER-N du 27 août 2010.

<sup>28</sup> Initiative parlementaire, contre-projet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», rapport de la CAJ-E du 25 octobre 2010, FF **2010** 7521 ss.

2010<sup>29</sup> de la CAJ-E, et aux deux avis du Conseil fédéral du 17 novembre<sup>30</sup> et du 3 décembre 2010<sup>31</sup>.

### 1.1.6.2 **Projet 1 de l'objet 10.443 comme nouveau contreprojet indirect**

Le projet présenté dans le rapport du 25 octobre 2010 (projet 1 de l'objet 10.443, voir point 1.1.6.1) constituait la base du nouveau contreprojet indirect qui a été opposé à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» lors de la votation du mars 2013. Le Conseil des Etats<sup>32</sup> et le Conseil national<sup>33</sup> ont adopté à une grande majorité ce contreprojet indirect<sup>34</sup> lors du vote final du 16 mars 2012. Il prévoyait notamment les dispositions suivantes:

Le conseil d'administration des sociétés cotées en bourse édicte dans un règlement les principes de rémunération des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif. Le règlement de rémunération doit être soumis aux actionnaires pour approbation. Les rémunérations versées au conseil d'administration, à la direction et au conseil consultatif d'une société cotée en bourse sont publiées chaque année dans le rapport de rémunération et soumises à l'approbation des actionnaires. L'assemblée générale peut décider, contrairement à ce que prévoit l'initiative populaire, si ses décisions ont vis-à-vis de la direction un caractère contraignant ou uniquement consultatif. Le versement d'indemnités de départ et d'indemnités anticipées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif est interdit. L'assemblée générale peut, contrairement à ce que prévoit l'initiative populaire, octroyer des dérogations dans la mesure où elles sont dans l'intérêt de la société. La représentation institutionnelle ne peut être assurée que par des représentants indépendants. Ces représentants sont désignés par les actionnaires, qui peuvent leur accorder des pouvoirs et leur donner des instructions en vue de l'assemblée générale par voie électronique également. La durée légale du mandat du conseil d'administration est d'un an. Elle peut, contrairement à ce que prévoit l'initiative populaire, être portée à trois ans maximum dans les statuts. Le projet ne prévoit pas de nouvelle disposition pénale, le droit pénal en vigueur étant suffisant. Les caisses de pension sont soumises à une obligation de voter moins stricte que dans l'initiative populaire: elles exercent leur droit de vote «dans la mesure du possible».

Le contreprojet indirect prévoyait par contre des dispositions plus précises que celles de l'initiative populaire concernant le devoir de diligence du conseil

<sup>29</sup> Initiative parlementaire, contre-projet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», rapport complémentaire de la CAJ-E du 22 novembre 2010, FF **2011** 207 ss.

<sup>30</sup> Avis du Conseil fédéral du 17 novembre sur le rapport de la CAJ-E du 25 octobre 2010, FF **2010** 7589 ss.

<sup>31</sup> Avis du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 sur le rapport complémentaire de la CAJ-E du 22 novembre 2010, FF **2011** 241 ss.

<sup>32</sup> BO **2012** E 269 s.

<sup>33</sup> BO **2012** N 553 s.

<sup>34</sup> Projet de la Commission de rédaction pour le vote final du 16 mars 2012 (<http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2010/20100443/Texte%20pour%20la%20votation%20finale%201%20NS%20F.pdf>). Le nouveau contre-projet indirect n'a été publié à aucun autre endroit.

d'administration et de la direction en matière de rémunération. Il simplifiait aussi l'ouverture d'une action en restitution de prestations injustifiées.

### **1.1.6.3                   Projet 2 de l'objet 10.443 et deuxième contreprojet direct**

Le projet présenté dans le rapport complémentaire du 22 novembre 2010 (projet 2 de l'objet 10.443) reprenait l'intégralité du projet 1 mais prévoyait en plus, conformément au modèle des tantièmes préconisé par la CER-E (voir point 1.1.6.1), des dispositions relevant du droit des sociétés et du droit fiscal sur les rémunérations très élevées (fréquemment qualifiées à tort de taxes sur les bonus)<sup>35</sup>. Il a toutefois fait long feu, le Conseil national ayant décidé par deux fois de ne pas entrer en matière<sup>36</sup>.

La CAJ-N a ultérieurement repris les dispositions de droit fiscal sur les rémunérations très élevées sous la forme d'un nouveau contreprojet *direct*<sup>37</sup>: la part de la rémunération d'un membre du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif ou d'un employé, qui dépasse trois millions de francs par bénéficiaire ou par personne qui lui est proche, aurait été considérée comme rémunération très élevée et aurait été exclue, au point de vue du droit fiscal, des charges justifiées par l'usage commercial. Ce contreprojet direct a lui aussi échoué au Conseil national lors du vote final du 15 juin 2012<sup>38</sup>. Résultat: après plusieurs années de discussions par article, le Parlement n'a pas été en mesure d'émettre une recommandation de vote pour l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives»<sup>39</sup>.

### **1.1.7                    Acceptation de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives»**

Le nouveau contreprojet indirect n'a jamais dépassé le stade du Parlement. Dès le 3 mars 2013, il était relégué aux oubliettes de l'histoire du droit: ce jour-là, 68 % des électeurs et tous les cantons ont accepté l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives»<sup>40</sup>. C'est le meilleur score jamais enregistré par une initiative populaire, hormis celle «pour un jour de la fête nationale fériée».

Cette acceptation a entraîné l'ajout à l'art. 95 Cst., consacré à l'activité économique lucrative privée, d'un troisième alinéa matériel:

<sup>35</sup> En vue de protéger l'économie, la propriété privée et les actionnaires et d'assurer une gestion d'entreprise durable, la loi oblige les sociétés anonymes suisses cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger à respecter les principes suivants:

a. l'assemblée générale vote chaque année la somme globale des rémunérations (argent et valeur des prestations en nature) du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif. Elle désigne chaque année le président du conseil d'administration et, un par un, les membres du conseil

<sup>35</sup> Voir Dépliant Projet 2 Session d'automne 2011 Conseil des Etats (<http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2010/20100443/S2-3%20F.pdf>), en particulier les dispositions de l'art. 731n AP-CO (droit de la société anonyme), de l'art. 59, al. 3, AP-LIFD et de l'art. 25, al. 1<sup>er</sup>, AP- LHID (droit fiscal).

<sup>36</sup> BO 2011 N 1949

<sup>37</sup> Communiqué de presse de la CAJ-N du 2 février 2012

<sup>38</sup> BO 2012 N 1234 ss

<sup>39</sup> BO 2012 E 637

<sup>40</sup> Voir <http://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis348.html>

d'administration et les membres du comité de rémunération ainsi que le représentant indépendant. Les caisses de pension votent dans l'intérêt de leurs assurés et communiquent ce qu'elles ont voté. Les actionnaires peuvent voter à distance par voie électronique; ils ne peuvent pas être représentés par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire;

- b. les membres des organes ne reçoivent ni indemnité de départ ni autre indemnité, aucune rémunération anticipée ni prime pour des achats ou des ventes d'entreprises, et ne peuvent pas être liés par un autre contrat de conseil ou de travail à une société du groupe. La gestion de la société ne peut pas être déléguée à une personne morale;
- c. les statuts règlent le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes, les plans de bonus et de participation et le nombre de mandats externes de ces derniers, de même que la durée du contrat de travail des membres de la direction;
- d. toute violation des dispositions prévues aux let. a à c sera sanctionnée d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles.

La disposition suivante est venue compléter, sous un nouveau ch. 10, l'art. 197 Cst., qui contient les dispositions transitoires de la Cst.:

D'ici à l'entrée en vigueur des dispositions légales, le Conseil fédéral édictera, dans un délai d'une année après l'acceptation de l'art. 95, al. 3, par le peuple et les cantons, les dispositions d'exécution nécessaires.

Le Conseil fédéral devait donc édicter, dans l'année qui suivait la votation populaire, une ordonnance d'exécution de l'art. 95, al. 3, Cst.

## **1.1.8 Mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst.**

### **1.1.8.1 Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse**

Le DFJP a chargé l'Office fédéral de la justice (OFJ) de planifier les travaux de mise en œuvre de manière à permettre au Conseil fédéral de fixer l'entrée en vigueur de l'ordonnance au 1<sup>er</sup> janvier 2014<sup>41</sup>.

Le 14 juin 2013, le DFJP ouvrait une audition écrite sur l'avant-projet (intitulé à l'époque: ordonnance contre les rémunérations abusives,) et son rapport explicatif<sup>42</sup>. Le 28 juillet 2013, 71 avis, dont certains très développés, avaient été déposés. Malgré de nombreuses suggestions d'amendement, l'avant-projet a reçu un accueil positif car il présentait un bon équilibre entre les contraintes de la disposition constitutionnelle et une mise en œuvre réaliste<sup>43</sup>. Les deux commissions des affaires juridiques ont été consultées le 26 août et les 5 et 6 septembre 2013. Toutes deux ont également approuvé l'avant-projet.

Le DFJP a alors retravaillé l'avant-projet et rédigé le rapport additionnel du 8 octobre 2013 en s'appuyant sur les résultats de l'audition. Le 20 novembre 2013, le Conseil fédéral décidait de fixer l'entrée en vigueur de l'ordonnance contre les

<sup>41</sup> Communiqué de presse du DFJP du 26 mars 2013

<sup>42</sup> Communiqué de presse du DFJP du 14 juin 2013; rapport explicatif du DFJP du 14 juin 2013 concernant l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb); voir NZZ du 15 juin 2013, n° 136.

<sup>43</sup> Résumé des prises de position sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives du DFJP du 4 septembre 2013

rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb)<sup>44</sup> au 1<sup>er</sup> janvier 2014<sup>45</sup>.

### **1.1.8.2 Pas d'applicabilité directe pour l'art. 95, al. 3, Cst. et primauté de l'ORAb**

Le DFJP a considéré que l'art. 95, al. 3, let. a à d, Cst. n'était pas applicable tel quel en raison de la phrase programmatique liminaire, où les prescriptions des let. a à d sont qualifiées de «principes». Certains aspects importants du texte constitutionnel sont sujets à interprétation dans une mesure telle que seul le Parlement (ou le Conseil fédéral, durant la phase de transition) peut en régler la mise en œuvre par un acte normatif. Il s'agit par conséquent d'un mandat législatif.

L'ensemble des dispositions de l'art. 95, al. 3, Cst. sont mises en application dans une seule ordonnance (voir point 1.1.8.3 s.). Bien que cette ordonnance modifie forcément le CO, le DFJP a renoncé à intervenir formellement dans la loi fédérale, c'est-à-dire dans un acte normatif du Parlement. Une disposition liminaire de l'ORAb précise toutefois que les dispositions de l'ordonnance priment les dispositions contraires du CO (art. 1, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase). Avantage: lors de l'entrée en vigueur de la loi formelle adoptée par le Parlement, il ne faudra abroger que l'ordonnance<sup>46</sup>.

### **1.1.8.3 Vue d'ensemble des dispositions de l'ORAb**

Le champ d'application de l'ORAb englobe toutes les SA au sens des art. 620 à 762 CO, dont les actions sont cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger<sup>47</sup> (art. 1, al. 1, ORAb). Ces sociétés ont leur siège en Suisse et sont inscrites à un registre du commerce cantonal. Peu importe si leur actionnariat est majoritairement étranger, si elles réalisent la majeure partie de leur activité à l'étranger<sup>48</sup> ou, le cas échéant, ce qu'elles ont pu faire à l'étranger avant de transférer leur siège en Suisse<sup>49</sup>.

L'assemblée générale élit chaque année, un par un, le président et les membres du conseil d'administration, les membres du comité de rémunération et le représentant indépendant (art. 2 ss ORAb). Chaque SA possède par conséquent un comité de rémunération, dont les tâches et les compétences doivent impérativement être réglées, sommairement, dans les statuts (art. 12, al. 1, ch. 3, ORAb). Il est possible de

<sup>44</sup> RS 221.331

<sup>45</sup> Communiqué de presse du 20 novembre 2013; rapport additionnel du DFJP du 8 octobre 2013 relatif au projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb); voir FLORIAN ZIHLER, «Verordnung gegen übermässige Vergütungen», ST 2014/1-2, p. 46 ss; NZZ du 10 décembre 2013, n° 287, p. 29 («Aufgeblasene Mängelliste zu den neuen «Minder-Regeln»).

<sup>46</sup> Rapport explicatif du DFJP du 14 juin 2013 concernant l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb), p. 6 s.

<sup>47</sup> Rapport explicatif, p. 9.

<sup>48</sup> Sans quoi toutes les grandes sociétés seraient sans doute sorties du champ d'application de l'ordonnance, ce qui n'eût pas été compatible, ni sur la forme ni sur le fond, avec l'art. 95, al. 3, Cst.

<sup>49</sup> Voir NZZ du 19 septembre 2013, n° 217 («Eine kühne Achtergruppe, Firmen wollen Ausnahmeklausel für Minder-Initiative») et l'avis de la Swiss-American Chamber of Commerce à ce sujet, exprimé le 23 juillet 2013.

confier au comité des tâches supplémentaires. L'assemblée générale vote annuellement et séparément sur les rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif. Le résultat du vote a un caractère contraignant (art. 18, al. 1 et 3, ORAb). Les statuts doivent fixer les modalités du vote (art. 12, al. 1, ch. 4, ORAb; exemples: vote prospectif et/ou rétrospectif; approbation ou décision avec possibilité pour les actionnaires de soumettre une proposition; votes sur les rémunérations individuelles; vote supplémentaire à caractère consultatif sur le rapport de rémunération). Ils peuvent aussi fixer les modalités de la marche à suivre en cas de refus des rémunérations par l'assemblée générale (art. 12, al. 2, ch. 6, et art. 18, al. 2, ORAb)<sup>50</sup>. En cas de refus, il est interdit de reconduire automatiquement les rémunérations approuvées l'année précédente, l'assemblée générale étant tenue de se prononcer chaque année. Le vote de l'assemblée générale ne peut pas être purement consultatif<sup>51</sup>.

Le conseil d'administration a l'attribution intransmissible et inaliénable d'établir chaque année un rapport de rémunération à l'intention de l'assemblée générale (art. 5, al. 13 ss, ORAb). L'organe de révision doit vérifier si les éléments quantitatifs du rapport de rémunération sont conformes à l'ORAb notamment (art. 17 ORAb)<sup>52</sup>.

Il est interdit au conseil d'administration de déléguer tout ou partie de la gestion à une personne morale. Il peut toutefois déléguer la gestion de fortune à une personne morale (art. 6 ORAb)<sup>53</sup>.

La représentation des actionnaires par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire est abolie (art. 11 ORAb). Le seul mode de représentation institutionnel autorisé est assuré par un représentant indépendant élu chaque année par l'assemblée générale (art. 8 ss ORAb). La société s'assure que les actionnaires ont la possibilité de donner des pouvoirs et des instructions au représentant indépendant par la voie électronique également (vote indirect)<sup>54</sup>. L'établissement de pouvoirs ou d'instructions permanents est interdit<sup>55</sup>.

Les statuts doivent contenir des dispositions sur certaines activités et modalités d'embauche des organes de même que sur les tâches et les compétences du comité de rémunération et sur le mécanisme d'approbation (art. 12, al. 1, ORAb)<sup>56</sup>. Les indemnités de départ, les indemnités anticipées et les provisions pour restructuration sont interdites (art. 20 ORAb)<sup>57</sup>. Le versement d'indemnités aux membres du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif pour des prestations supplémentaires en faveur de sociétés du groupe est autorisé sous réserve d'être publié dans le rapport de rémunération et approuvé par l'assemblée générale (art. 21 ORAb)<sup>58</sup>.

<sup>50</sup> Rapport additionnel du DFJP du 8 octobre 2013 relatif au projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb), p. 9 s.

<sup>51</sup> Rapport additionnel, p. 10.

<sup>52</sup> Rapport explicatif, p. 18; rapport additionnel, p. 8.

<sup>53</sup> Rapport additionnel, p. 4 s.

<sup>54</sup> Rapport explicatif, p. 14.

<sup>55</sup> Rapport additionnel, p. 6.

<sup>56</sup> Rapport additionnel, p. 7 s.

<sup>57</sup> Rapport additionnel, p. 11 s.

<sup>58</sup> Rapport explicatif, p. 26.

Les institutions de prévoyance soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP)<sup>59</sup> doivent exercer dans l'intérêt des assurés les droits de vote liés aux actions qu'elles détiennent dans une SA entrant dans le champ d'application (art. 22 ORAb). L'obligation de voter s'étend aussi aux actions détenues indirectement, pour autant que l'institution contrôle le fonds ou dispose d'un droit de vote. Elle ne concerne toutefois que certains aspects de l'ORAb, par exemple les votes sur les rémunérations<sup>60</sup>. L'intérêt des assurés est réputé respecté lorsque l'exercice du droit de vote assure d'une manière durable la prospérité de l'institution de prévoyance. La perspective à long terme est donc déterminante<sup>61</sup>. Les institutions de prévoyance doivent communiquer à leurs assurés la manière dont elles ont voté (art. 23 ORAb).

La violation de certaines dispositions de l'ORAb expose le contrevenant à des sanctions pénales variables selon qu'il appartient à un organe supérieur de direction ou d'administration de la SA (art. 24 ORAb) ou de l'institution de prévoyance (art. 25 ORAb). Il s'agit, dans les deux cas, d'infractions poursuivies d'office et de délits propres véritables<sup>62</sup>. L'auteur doit agir sciemment. Le dol éventuel est donc exclu<sup>63</sup>.

#### **1.1.8.4 Durée de validité de l'ORAb**

Conformément aux dispositions transitoires (art. 26 ss ORAb), l'ORAb entre progressivement en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014 (art. 33 ORAb). Ses dispositions pénales entrent également en vigueur progressivement, en même temps que les articles auxquels elles se rapportent.

L'ORAb a été édictée pour une durée indéterminée. Le Conseil fédéral l'abrogera cependant au moment de l'entrée en vigueur des dispositions d'exécution légales formelles, en vertu de l'art. 197, ch 10, Cst. L'avant-projet présenté ici constitue une première étape dans l'exécution légale formelle de l'art 95, al. 3, Cst.

#### **1.1.8.5 Rejet du projet du 21 décembre 2007 et mandat parlementaire**

Le Conseil national et le Conseil des Etats ont tous deux, à la mi-2013, renvoyé au Conseil fédéral le projet de 2007, en suspens depuis l'automne 2010, de même que les dispositions relatives au droit de la SA dans le projet de 2008, en le chargeant d'intégrer les dispositions d'exécution de l'art. 95, al 3, Cst. au projet de 2007<sup>64</sup>.

Le Conseil fédéral a profité de ce mandat pour intégrer à l'avant-projet présenté ici des améliorations et des ajustements ponctuels du projet de 2007, et pour rebondir sur des aspects particulièrement importants aux yeux du Parlement et de l'opinion publique.

<sup>59</sup> RS **831.42**

<sup>60</sup> Rapport additionnel, p. 12.

<sup>61</sup> Rapport additionnel, p. 12.

<sup>62</sup> Rapport explicatif, p. 33 ss; rapport additionnel, p. 14 s.

<sup>63</sup> Rapport additionnel, pp. 14 et 17.

<sup>64</sup> BO **2013** N 884 ss; BO **2013** E 568 ss.



## 1.2

### Un projet d'une seule pièce

L'avant-projet prévoit à dessein une révision d'une seule pièce du droit de la SA. Il n'implique ni scission du droit de la SA (sociétés cotées / non cotées en bourse) ni projet distinct pour la mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst. Ces deux variantes ont été clairement écartées dans le cadre de l'examen de la révision du droit de la SA de 2007:

- La CAJ-N a abandonné son idée de scinder le droit de la SA en deux parties (voir point 1.1.4)<sup>65</sup> au printemps 2013.<sup>66</sup>
- Le Conseil national et le Conseil des Etats ont tous deux, à la mi-2013, renvoyé au Conseil fédéral le projet de révision du droit de la SA de 2007, en le chargeant d'y intégrer les dispositions d'exécution de l'art. 95, al 3, Cst. (initiative populaire «contre les rémunérations abusives»)<sup>67</sup>.

C'est donc à dessein que l'avant-projet ne prévoit pas d'actes distincts pour l'exécution de l'art. 95, al 3, Cst. et pour la révision du droit de la SA:

- alors que l'examen des projets de révision du droit de la SA a été marqué par une longue période de turbulences politiques, il est temps de mettre en consultation puis de soumettre au Parlement un projet d'un seul tenant. C'est le seul moyen de préserver la cohérence du contenu et son corollaire, la sécurité juridique. D'autant qu'il serait impossible d'opérer une séparation nette. Les dispositions relatives, par exemple, au forum électronique à mettre en place, pour les actionnaires, avant l'assemblée générale, à l'utilisation des médias électroniques, aux actions dispo, au devoir de diligence et aux actions en restitution relèvent des deux domaines. En outre, elles concernent souvent et les sociétés cotées en bourse et les sociétés non cotées. Sans compter le fait qu'il faudrait parfois créer des subdivisions au sein même d'une disposition. Cela compliquerait encore davantage les débats parlementaires, dès le moment en tout cas où les deux projets auraient atteint ce stade. Il n'existe donc aucune raison valable de scinder le projet de révision en deux, d'autant qu'une telle scission générerait potentiellement de gros problèmes de cohérence, tant sur le fond que sur la forme.
- La séparation du droit comptable du droit de la SA dans le cadre de la révision de 2007 (voir point 1.1.1), d'une envergure et d'une complexité nettement moindres, avait déjà généré des problèmes de cohérence (notamment en ce qui concerne le traitement des actions propres de la société, la comptabilité commerciale et la présentation des comptes en monnaie étrangère, ainsi que les réserves).
- Une division ne ferait pas gagner de temps. Les aspects relatifs à l'exécution de l'art. 95, al. 3, Cst. sont controversés et l'ont toujours été. Les domaines connexes, et notamment les dispositions relatives à l'interdiction de faire concurrence et aux primes d'embauche, le seront aussi. La seule chose qui justifierait une scission, c'est le gage qu'elle permettrait au Parlement d'examiner et d'adopter beaucoup plus rapidement les prescriptions d'exécution de l'art 95, al. 3, Cst. Or rien n'est moins sûr, si l'on considère le temps qu'a pris l'examen

<sup>65</sup> Communiqué de presse de la CAJ-N du 30 octobre 2009

<sup>66</sup> Communiqué de presse de la CAJ-N du 26 avril 2013

<sup>67</sup> BO 2013 N 884 ss; BO 2013 E 568 ss

du projet de 2007, de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» et des différentes interventions politiques. En cas de scission, on risquerait en outre de voir les mêmes propositions déposées deux fois, ce qui entraînerait un double examen et donc une perte de temps supplémentaire.

### **1.3 Dispositif proposé**

#### **1.3.1 Capital et réserve**

##### **1.3.1.1 Capital-actions en monnaie étrangère**

#### **Manque de cohérence entre le droit de la SA et le droit comptable**

Le nouveau droit comptable autorise la tenue et la présentation des comptes dans une monnaie étrangère si celle-ci est la plus importante au regard des activités de l'entreprise (art. 957a, al. 4, et 958d, al. 3, CO). On parle de monnaie fonctionnelle<sup>68</sup>. Celle-ci doit être librement convertible en francs suisses. Toutefois, comme les comptes doivent être établis conformément au droit suisse et non au droit étranger ou à une norme comptable reconnue, toutes les dispositions du CO doivent être observées, notamment le principe de prudence et les règles en matière d'évaluation. Si les comptes sont établis en monnaie étrangère, les valeurs du bilan, du compte de résultat et de l'annexe doivent être aussi indiquées en francs suisses (art. 958d, al. 3, CO)<sup>69</sup>.

Selon le droit en vigueur, le capital-actions doit être en francs suisses (art. 621 CO)<sup>70</sup>. Par conséquent, son montant est aussi inscrit en francs suisses dans le registre du commerce (art. 45, al. 1, let. h, de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce [ORC]<sup>71</sup>)<sup>72</sup>. Les autres dispositions relatives au capital de la SA n'ont pas été touchées par la révision du droit comptable. Les réserves doivent aussi être calculées en francs suisses. De même que les valeurs sur la base desquelles l'assemblée générale se fonde pour approuver les comptes annuels et déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan (art. 698, al. 2, ch. 3 et 4, CO)<sup>73</sup>. Du reste, le capital-actions et les réserves en francs suisses sont les valeurs de références pour déterminer si la société est confrontée à une perte de capital ou à un surendettement (art. 725 CO; art. 6, al. 1, de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion [LFus]<sup>74</sup>)<sup>75</sup>.

<sup>68</sup> Voir Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Tome « Buchführung und Rechnungslegung », Zurich 2014, p. 45 s.

<sup>69</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la SA et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407 1522.

<sup>70</sup> Contrairement par ex. à la commandite (art. 608 CO; art. 41, al. 2, let. g, ORC; RINO SIFFERT, Art. 41 n° 23, in: Rino Siffert/Nicholas Turin, Stämpflis Handkommentar (HRegV), Berne 2013.

<sup>71</sup> RS **221.411**

<sup>72</sup> Voir ADRIAN TAGMANN, Art. 45 n° 12, in: Rino Siffert/Nicholas Turin, Stämpflis Handkommentar (HRegV), Berne 2013.

<sup>73</sup> Voir PETER BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, ST 11/2012, p. 830.

<sup>74</sup> RS **221.301**

<sup>75</sup> Voir HANSPETER WÜSTINER, art. 725 n° 18 ss, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit comptable, la question se pose de savoir si les principes de régularité (art. 958c, al. 1, CO) et les dispositions relatives à l'évaluation (art. 960 ss CO) ne sont applicables qu'aux comptes établis en monnaie étrangère selon le CO (monnaie fonctionnelle dans laquelle la comptabilité est tenue et les comptes annuels présentés) ou également aux comptes annuels convertis en francs suisses. Dans la pratique, ces règles sont aussi appliquées aux comptes en francs suisses, qui doivent satisfaire au principe de prudence et pour lesquels il convient de tenir compte des valeurs historiques (coûts d'acquisition ou de revient) en francs suisses. Les valeurs historiques en francs suisses sont donc déterminantes au moment de la conversion, même si l'ensemble ou la plupart des acquisitions sont effectuées en monnaie étrangère. Dès lors, les comptes annuels en monnaie étrangère ne peuvent pas être simplement calculés en effectuant une règle de trois à partir du cours moyen ou du cours à la date de bouclage des comptes. En effet, les résultats ne seraient pas conformes, entre autres, au principe de prudence. Les variations de cours peuvent biaiser les résultats lors de la conversion. Or, ces distorsions larvées poseront des problèmes au moment d'établir les comptes annuels en francs suisses. Dans certains cas, un bénéfice annuel en monnaie étrangère peut même se transformer, si l'on applique à nouveau le principe de prudence au moment de la conversion, en une perte annuelle en francs suisses<sup>76</sup>.

### **Solution mise en place dans la pratique<sup>77</sup>**

En vertu de l'art. 958, al. 1, CO, les comptes doivent présenter la situation économique de l'entreprise de façon qu'un tiers puisse s'en faire une opinion fondée. Il y a dès lors lieu d'appliquer les dispositions comptables du CO (principe d'imparité, principe du coût d'acquisition) aux comptes établis en monnaie étrangère si le franc suisse n'est pas la monnaie la plus importante au regard des activités de l'entreprise. Dans ce cas, la comptabilité n'est plus tenue en francs suisses. De même, c'est en principe également la monnaie étrangère qui fait foi lors de l'établissement des comptes en vue et lors de la validation par l'organe de révision de la conformité des comptes annuels aux dispositions du CO. Les valeurs en francs suisses ne sont indiquées que pour faciliter la lecture des comptes annuels. Elles ne sauraient être utilisées pour se forger une opinion fondée.

Pour les questions relevant du droit des sociétés, c'est toutefois la monnaie nationale qui fait foi du fait que les dispositions relatives aux fonds propres et notamment à la protection du capital font référence à la monnaie nationale. La proposition concernant l'affectation du bénéfice doit être présentée en devise et en francs suisses, mais seul le franc suisse est déterminant pour fixer la part maximale du bénéfice pouvant être distribuée. Par précaution, une perte de capital ou un surendettement éventuels (art. 725 CO) doivent aussi être présentés dans les deux monnaies. En cas de valeurs critiques, le conseil d'administration est obligé d'agir que ce soit la présentation en francs suisses ou celle en monnaie étrangère qui lui ait été soumise en premier lieu.

### **Solution: capital-actions en monnaie étrangère**

La manière la plus facile de remédier aux insécurités et aux difficultés juridiques qui ne peuvent pas être évitées au moyen des pratiques exposées ci-dessus est de sup-

<sup>76</sup> Voir RENÉ BUCHMANN/JOLANDA DOLENTE, Rechnungslegung in Fremdwährung, ST 2012/11, p. 890 ss avec exemples concrets.

<sup>77</sup> Voir Treuhand-Kammer, Ausgewählte Fragen und Antworten zum neuen Rechnungsrecht (état au 14 février 2014), p. 30 ss.

primer l'obligation de fixer la valeur nominale des actions en francs suisses<sup>78</sup>. La possibilité de définir un capital-actions dans la monnaie la plus importante au regard des activités de l'entreprise doit être offerte (art. 621 AP-CO). Toutes les opérations liées au capital (constitution de réserves, décision de distribuer un dividende, remboursement d'apports en capital, constatation d'une perte de capital ou d'un surendettement) seraient ensuite effectuées sur la base des comptes en monnaie étrangère. Le principe fixé à l'art. 958*d*, al. 3, CO<sup>79</sup>, qualifié de solution libérale dans le message de 2007, pourrait être généralisé, ce qui contribuerait à renforcer la sécurité du droit de la SA, du droit comptable, du droit de la révision et du droit fiscal. Cette modification permettrait aussi de supprimer les coûts liés au manque de cohérence entre le droit de la SA et le droit comptable.

### 1.3.1.2 Libération et valeur nominale

Selon le droit en vigueur, le capital-actions n'a pas besoin d'être libéré en intégralité lors de la constitution de la SA (art. 632 CO). En raison de l'engagement inconditionnel des fondateurs d'effectuer un apport correspondant au prix d'émission (art. 630, ch. 2, CO), les actionnaires sont tenus de compléter leurs apports ultérieurement, s'ils n'ont libéré ceux-ci que partiellement au moment de la fondation. L'art. 634*a* CO règle les modalités.

Dans la pratique, les offices du registre du commerce constatent que, dans la plupart des cas, les actions sont entièrement libérées au moment de la constitution de la SA. Les libérations partielles sont rares. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société à responsabilité limitée (Sàrl), la libération partielle semble être tombée en désuétude. En effet, avec un capital minimum de 20 000 francs, il est aujourd'hui possible de fonder une société de capitaux semblable en de nombreux points à la SA. L'obligation de libérer entièrement le capital permettrait en outre de mettre un terme à la pratique actuelle, contraire à la loi, consistant à émettre des actions au porteur qui n'ont été libérées que partiellement. L'avant-projet prévoit donc que, lors de la constitution de la société ou lors d'une augmentation de capital, un apport correspondant au prix d'émission doit, pour chaque action, être entièrement libéré (art. 632 AP-CO), ce qui correspond à la proposition qui a été faite dans l'avant-projet de modernisation du registre du commerce<sup>80</sup> et qui a été accueillie favorablement par la plupart des participants à la consultation<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Voir STEPHAN GLANZ/DIETER PFAFF, *Kapitalschutz und Steuerbemessung bei Rechnungslegung in Fremdwährung* (Art. 958*d* Abs. 3 OR), ASA 82 2013/2014, n° 9, p. 522 s.

<sup>79</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la SA et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407 1522.

<sup>80</sup> Avant-projet de modification du code des obligations (Droit du registre du commerce et adaptation des droits de la société anonyme, de la société à responsabilité limitée et de la société coopérative) ainsi que du droit de la surveillance de la révision, 2012. Voir la page: <https://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>

<sup>81</sup> DFJP, résumé des résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de modification du code des obligations (Droit du registre du commerce et adaptation des droits de la société anonyme, de la société à responsabilité limitée et de la société coopérative) ainsi que du droit de la surveillance de la révision, août 2013.

Actuellement, le droit de la SA postule par ailleurs que l'action a une valeur nominale. C'est pourquoi les statuts définissent en chiffres absolus la part du capital-actions qui correspond à chaque action. La loi fixe en outre un seuil au-dessous duquel la valeur nominale des actions ne peut descendre: la «valeur nominale minimale». Lorsque l'entreprise prospère, la valeur réelle de ses actions atteint souvent un multiple de leur valeur nominale (ce que reflètent très bien les cours boursiers). Or, à cause de la valeur minimale fixée par la loi, il n'est souvent plus possible de subdiviser les actions pour les rendre plus liquides. Le droit de la SA de 1936 avait fixé cette valeur à 100 francs. Cette valeur élevée a eu une influence négative sur la négociabilité des titres suisses. C'est pour cela que la révision de 1991 avait ramené la valeur nominale minimale des actions à 10 francs. En 2001, celle-ci avait encore été réduite à un centime (art. 622, al. 4, CO). Mais dans certains cas, même une valeur nominale minimale d'un centime peut être problématique, car une division d'actions ou une réduction de la valeur nominale peut toujours s'avérer nécessaire. Par conséquent, l'avant-projet prescrit uniquement que les actions doivent avoir une valeur nominale supérieure à zéro centime (art. 622, al. 4, AP-CO).

En revanche, il ne sera pas créé d'action sans valeur nominale improprement dites. Il s'agit d'une action sans valeur nominale fixe mais dont la valeur peut être obtenue en divisant le capital-actions par le nombre d'actions<sup>82</sup>. Ce type d'actions offre la possibilité de procéder à des divisions d'actions sans restriction. La création d'actions sans valeur nominale improprement dites nécessiterait toutefois de nombreuses adaptations du droit de la SA. Elle obligerait notamment à envisager une délicate réforme du régime des actions à droit de vote privilégié (art. 693, al. 1, CO).

La réduction proposée de la valeur nominale à une fraction d'un centime permet d'obtenir pratiquement la même liberté qu'avec l'action sans valeur nominale, avec l'avantage de ne pas engendrer de modifications en cascade dans le droit de la SA<sup>83</sup>. L'inconvénient reste que, en cas de division d'actions ou de réduction de la valeur nominale, les titres doivent être remplacés. Les entreprises sont toutefois de moins en moins nombreuses à émettre des titres «physiques», en particulier depuis l'entrée en vigueur de loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (LTI)<sup>84</sup>. Cet inconvénient est donc aujourd'hui sans grande conséquence pratique.

### **1.3.1.3 Reprise de biens (effective ou envisagée)**

L'art. 628 CO précise la forme à respecter pour les apports en nature, les reprises de biens (effectives ou envisagées) ou pour la stipulation d'avantages particuliers. Par rapport à la fondation par apports en espèces, ces trois cas de figure présentent un risque plus élevé que le capital-actions et le capital-participation, dont la société répond vis-à-vis des créanciers, soient dès le départ partiellement inexistantes ou volatilisés. Le droit en vigueur prévoit donc différentes mesures de sécurité pour encadrer ces formes qualifiées de fondation, à savoir des règles de forme (art. 631 et 634 CO), un rapport de fondation (art. 635 CO), une attestation de vérification (art.

<sup>82</sup> HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, Zurich/Berne 2001, p. 3 ss.

<sup>83</sup> Rapport explicatif du 2 décembre 2005 concernant l'avant-projet de révision du code des obligations: Droit de la société anonyme et droit comptable, p. 23 ss.

<sup>84</sup> RS 957.1

635a) et l'indication de certaines informations dans les statuts (art. 628 CO) et dans le registre du commerce (art. 642 CO).

Du fait que les dispositions ont été formulées de manière générale et que par conséquent un grand travail d'interprétation est nécessaire, il est souvent difficile de dire si tel acte juridique est à considérer comme une reprise de biens et pendant combien de temps *après* la fondation ou l'augmentation de capital une reprise de biens peut être considérée comme ayant encore un lien avec l'un de ces événements. Dans la pratique, la distinction est particulièrement difficile en présence d'une reprise de biens envisagée, car l'intention comporte nécessairement une dimension subjective. Différents avis coexistent sur plusieurs points<sup>85</sup>. Comme en cas de non-respect des dispositions, la reprise de biens court le risque d'être déclarée nulle<sup>86</sup>, l'insécurité juridique actuelle nuit clairement aux personnes souhaitant céder un bien.

Du reste, les mécanismes de protection dans le cadre des reprises de biens s'appliquent uniquement à des cas bien précis. Ainsi, tout de suite après sa fondation, une société peut conclure certains contrats, notamment de bail, ou procéder à d'autres actes juridiques, sans qu'aucun mécanisme de protection puisse être utilisé pour l'en empêcher. Or, il existe ici aussi un risque que le capital-actions et le capital-participation, qui servent de garantie envers les créanciers, soient fragilisés. On pense notamment au cas de figure où une société s'installerait sur une propriété appartenant à un actionnaire et paierait à celui-ci un loyer très élevé.

La révision du CO du 16 décembre 2005 a permis de préciser que les transactions impliquant des personnes complètement étrangères à la société ne pouvaient pas être considérées comme des reprises de biens. Le Parlement a en effet décidé que les dispositions sur la reprise de bien ne concernaient que les transactions sur lesquelles des actionnaires ou des personnes qui leur sont proches ont une influence et qui dès

<sup>85</sup> Voir NIKLAUS DIETSCHI, *Beabsichtigte Sachübernahmen*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht SSHW, volume 311, Zurich/St-Gall 2012, n° 3.

<sup>86</sup> ATF 83 II 290, «Die Folge der Nichtbeachtung der Vorschrift von Art. 628 Abs. 2 OR und Art. 636 OR bei der Gründung der Wohnbau A.-G. ist die Nichtigkeit der Übernahme, d. h. des Erwerbes ders vier Wohnhäuser durch die Klägerin. Das ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift und ist denn auch die einhellige Auffassung von Rechtsprechung und Schrifttum [...]. Die Nichtigkeit ist absolut, und der ungültige Übernahmevertrag kann daher nicht gültig werden durch Zeitablauf, Erfüllung oder einfache Genehmigung durch die Gesellschaft (BGE 64 II 282). Heilbar ist der Mangel durch Statutenänderung gemäss Art. 628 und 636 OR und durch Handelsregistereintrag. Weil eine einfache Genehmigung durch die Gesellschaft den Mangel nicht zu beheben vermag, ist es entgegen der Meinung der Beklagten ohne rechtliche Bedeutung, dass die Generalversammlung der Klägerin vom 13. Januar 1953 den ersten Geschäftsbericht, Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung genehmigte und den Verwaltungsrat entlastete.»  
Traduction: «Le non-respect des dispositions des art. 628, al. 2, et 636 CO lors de la constitution de la société Wohnbau AG a entraîné la nullité de la reprise, c'est-à-dire de l'acquisition par la demanderesse de quatre maisons d'habitation. Cette conséquence se déduit non seulement du but des dispositions, mais correspond également à l'avis unanime défendu par la jurisprudence et la doctrine [...]. La nullité est absolue. Le contrat de reprise n'est pas valable et ne le deviendra pas pour autant du fait de l'écoulement d'un délai, du fait de son exécution ou du fait de son approbation par la société (ATF 64 II 282). Le moyen de remédier à ce vice est de modifier les statuts conformément aux art. 628 et 636 CO et d'inscrire la reprise au registre du commerce. Contrairement à l'avis des défendeurs, comme une simple approbation par la société n'est pas suffisante pour remédier au vice en question, le fait que l'assemblée générale ait approuvé, le 13 janvier 1953, le premier rapport de gestion, le bilan et le compte de pertes et profits et qu'elle ait donné sa décharge au conseil d'administration n'a pas de valeur sur le plan juridique.»

lors peuvent compromettre la libération du capital (art. 628, al. 2, CO). Quelques problèmes ont donc été résolus. Néanmoins, une certaine insécurité juridique subsiste dans de nombreux domaines.

Dans le cadre du projet de 2007<sup>87</sup>, on a voulu régler la reprise de biens (effective et envisagée) de manière plus claire dans la loi et réduire encore plus l'insécurité juridique. Mais beaucoup de dispositions seraient restées inchangées et les problèmes existants n'auraient été que partiellement résolus.

L'avant-projet renonce entièrement à reconnaître la reprise de biens comme fondation ou augmentation de capital qualifiée. Les dispositions sur l'inscription des reprises de biens dans les statuts et au registre du commerce disparaissent aussi, de même que celles concernant les mesures de sécurité pour les fondations et les augmentations de capital qualifiées. L'obligation de produire un rapport de fondation ou d'augmentation de capital, ainsi qu'une attestation de vérification est aussi supprimée. On pourrait craindre que cette profonde modification fragilise le capital et que les dispositions sur les apports en nature pourront être facilement contournées. Toutefois, n'oublions pas que la reprise de biens d'actionnaires ou de personnes qui leur sont proches est soumise, aujourd'hui déjà, aux dispositions sur la conservation de l'actif social et à celles sur la responsabilité<sup>88</sup>.

L'art. 678 CO sur la restitution de prestations, dont l'al. 2 est précisé dans l'avant-projet, et l'art. 680, al. 2, CO sur l'interdiction de réclamer la restitution de versements sont alors applicables. Une reprise de biens d'un actionnaire aux mêmes conditions que si elle était conclue avec une personne étrangère à l'entreprise correspond à une simple permutation d'actifs et ne représente pas de risques par rapport aux intérêts protégés par l'art. 680 CO. En revanche, une reprise de biens disproportionnée tombe sous le coup de l'interdiction pour les actionnaires de réclamer la restitution de leurs versements dès lors que le capital protégé par l'art. 680 CO est menacé. Dans tous les cas, les cas de violation de l'interdiction de restitution des versements par le biais de la reprise de biens constituent également des cas de distributions dissimulées de bénéfices. L'art. 678 sur la restitution de prestations a une portée plus large que les dispositions sur la reprise de biens: il englobe non seulement la reprise de biens, mais également la conclusion d'autres actes juridiques dans la mesure où la prestation est en disproportion manifeste avec la contre-prestation (art. 678, al. 2, AP-CO).

Les manquements aux devoirs en lien avec les reprises de biens tombent sous le coup de la responsabilité de l'art. 754 CO, notamment en cas de surévaluation des biens repris (art. 717, al. 1, en relation avec l'art. 754 CO).

Par ailleurs, du point de vue de la procédure civile, le risque de devoir supporter les frais judiciaires est réduit afin d'encourager le recours aux actions en restitution et en prestation (art. 697j s. AP-CO et 107, al. 1<sup>bis</sup>, de l'avant-projet du code de procédure civile [CPC]<sup>89</sup>).

<sup>87</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407 1458 s.

<sup>88</sup> Voir NIKLAUS DIETSCHI, *Beabsichtigte Sachübernahmen*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht SSHW, volume 311, Zurich/St-Gall 2012, n° 653, note 1611.

<sup>89</sup> RS 272

Les nouvelles dispositions sur la comptabilité commerciale et la présentation des comptes<sup>90</sup> garantissent aussi une certaine protection en matière de reprise de biens. Une société qui reprend un bien est tenue de l'inscrire à l'actif de son bilan (art. 959, al. 2, CO) conformément au principe de régularité (art. 957a, al. 2, et 958c, al. 1, CO). Acquérir un bien à un prix surévalué et l'inscrire à ce prix-là au bilan peut être contraire à la loi (non-respect des principes de fidélité et de prudence et aux règles en matière d'évaluation)<sup>91</sup>. Des amortissements et des corrections de valeurs importants et enregistrés en peu de temps peuvent être des indicateurs de surévaluation d'un bien au moment de l'acquisition de celui-ci, d'une distribution dissimulée de bénéfices ou d'un remboursement d'apports. Il y a lieu d'appliquer les dispositions sur le maintien du capital et sur la responsabilité.

Les créanciers sont protégés par certaines dispositions sur la faillite<sup>92</sup> que l'avant-projet précise et durcit (art. 725 ss AP-CO). Il n'est pas nécessaire de protéger les créanciers à un stade antérieur, car ceux-ci ne peuvent subir de dommage qu'à partir du moment où la société est en faillite. En cas de non-paiement de créances échues de la part de la société, les créanciers disposent des moyens de recours proposés par le droit de la poursuite et de la faillite.

Certaines dispositions pénales sont également applicables, comme l'art 152 CP (faux renseignements sur des entreprises commerciales), l'art. 158 CP (gestion déloyale), l'art. 163 CP (banqueroute frauduleuse et fraude dans la saisie), l'art. 164 CP (diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers) et l'art. 165 CP (gestion fautive).

Le champ d'application de ces mécanismes de protection n'est limité ni à la reprise de biens, ni aux actes juridiques liés à la fondation d'une société ou à une augmentation de capital. L'existence des différentes dispositions sur la responsabilité ou la protection du capital applicables à la reprise de biens doit inciter les membres du conseil d'administration, dans le cadre des activités ayant une incidence manifeste sur les biens ou sur les liquidités de la société, à adopter une approche juste et neutre au moment d'évaluer et de comptabiliser un bien repris par la société.

Les mécanismes de protection existants permettent suffisamment de protéger le capital et permettront, une fois modifiés par l'avant-projet, d'encadrer les libérations

<sup>90</sup> Précisées à l'occasion de la révision du droit comptable entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013.

<sup>91</sup> Voir HANS PETER WALTER/MAJA BLUMER, «Sieben Thesen und Denkanstösse zur Sachübernahme», in: ROBERT WALDBURGER/CHARLOTTE M. BAER/URSULA NOBEL/BENNO BERNET (éd.), Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Berne 2005, p. 412.

<sup>92</sup> Sur l'action paulienne dans le cadre de la reprise de biens, voir NIKLAUS DIETSCHI, *Beabsichtigte Sachübernahmen*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht SSWH, volume 311, Zurich/St-Gall 2012, n° 464.



de capital de manière encore plus rigoureuse. La suppression de l'art. 628, al. 2, CO apparaît dès lors justifiée<sup>93</sup>.

#### 1.3.1.4 Réduction et marge de fluctuation du capital

Les dispositions législatives sur la réduction du capital-actions, contrairement à celles sur l'augmentation du capital-actions, sont aujourd'hui rudimentaires, imprécises et lacunaires. Elle pose notamment un problème matériel du fait que le rapport de révision doit être produit *avant* l'avis aux créanciers (art. 732 CO). En effet, à ce moment-là, on ignore encore si la société a des dettes non comptabilisées. De plus, on considère que l'assemblée générale doit rendre deux décisions, ce qui pose souvent de grandes difficultés dans la pratique. Etant donné ces défauts, les dispositions actuelles doivent être modifiées. Dans un souci de consolidation, l'avant-projet traite la réduction et l'augmentation de capital dans un nouveau chapitre consacré aux variations de capital (art. 650 ss AP-CO). L'idée de fixer des valeurs maximale et minimale pour la réduction de capital n'a pas été retenue. À la place, il a été décidé de créer le concept de marge de fluctuation du capital.

La marge de fluctuation du capital permettra à l'assemblée générale d'autoriser le conseil d'administration à augmenter ou à réduire le capital-actions inscrit au registre du commerce dans une fourchette fixe dans un délai de cinq ans au maximum (art. 653s ss AP-CO). La décision devra être inscrite dans le registre du commerce. La marge de fluctuation du capital sera limitée vers le bas par le capital de base, qui ne pourra être inférieur à la moitié du capital-actions. Le capital de base revêtira ainsi la fonction de valeur limite qui revient aujourd'hui au capital-actions. La marge de fluctuation du capital sera limitée vers le haut par le capital maximal, qui ne pourra excéder une fois et demie le capital inscrit dans le registre du commerce.

La protection des créanciers est déjà assurée au moment de l'instauration de la marge de fluctuation du capital (art. 653w, al. 1, AP-CO). Le conseil d'administration peut ensuite procéder à des réductions du capital sans devoir préalablement publier l'avis aux créanciers et solliciter une attestation de vérification d'un réviseur. Les sociétés qui se sont fixé une marge de fluctuation du capital doivent soumettre leurs comptes annuels au moins au contrôle restreint. Pour protéger les intérêts des créanciers, il n'est, dans ce cas-là, pas possible d'y renoncer (art. 653s, al. 1, et 727a, al. 2, AP-CO). L'idée d'instaurer une protection a posteriori des créanciers, comme le proposait le projet de 2007<sup>94</sup>, n'a pas su convaincre<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> HANS PETER WALTER et MAJA BLUMER avaient déjà songé à cette solution («Allerdings bleibt auch bei diesen «Symptomtherapien» das un gute Gefühl, eine im Weg stehende sperrige Tanne solle auf ein Bonsai-Format gestutzt anstatt gefällt werden. Vielleicht wäre daher gar eine Radikallösung zu bedenken und die Bestimmung von Art. 628 Abs. 2 OR ersatzlos zu streichen.» Traduction: «Cette thérapie axée sur les symptômes donne l'impression désagréable que, lorsqu'un sapin bloque le passage, il vaut mieux le réduire au format de bonsai, plutôt que l'abattre. Or, il serait peut-être judicieux d'opter pour une solution plus radicale, à savoir supprimer totalement l'art. 628, al. 2, CO.»). Voir «Sieben Thesen und Denkanstösse zur Sachübernahme», in: ROBERT WALDBURGER/CHARLOTTE M. BAER/URSULA NOBEL/BENNO BERNET (éd.), Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Berne 2005, p. 405 ss.

<sup>94</sup> Art. 653x du projet de 2007 (FF 2008 1407 1474 et 1571 1585).

<sup>95</sup> Voir LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Berne 2009, p. 229 s.

L'assemblée générale peut restreindre la marge de manœuvre du conseil d'administration en statuant par exemple qu'il peut uniquement augmenter le capital-actions. La marge de fluctuation du capital s'apparente alors à l'actuelle augmentation autorisée du capital. A l'inverse, si l'assemblée générale ne donne au conseil d'administration que l'autorisation de réduire le capital, la marge de fluctuation du capital est assimilable à une réduction autorisée du capital. Il n'existe pas de réel besoin de maintenir l'augmentation et la réduction autorisées du capital en plus de la marge de fluctuation du capital. C'est pourquoi le projet prévoit d'abroger les dispositions actuelles sur l'augmentation autorisée du capital.

### **1.3.1.5 Réserves**

Les dispositions sur les réserves (art. 671 ss AP-CO) sont adaptées au nouveau droit comptable (art. 959a, al. 2, ch. 3, CO), comme le prévoyait le projet de 2007<sup>96</sup>.

Comme l'a notamment demandé le Conseil des Etats, l'avant-projet prévoit un assouplissement des dispositions sur le remboursement aux actionnaires des réserves légales issues du capital et du bénéfice (art. 671, al. 2, ch. 4, AP-CO). Pour protéger les créanciers et garantir les liquidités de la société, il prévoit en revanche l'instauration d'une obligation d'attestation par un expert-réviseur agréé (art. 671, al. 3, AP-CO).

Contrairement à ce que prévoyait le projet de 2007<sup>97</sup>, la possibilité de réévaluer les participations et les immeubles pour équilibrer un bilan déficitaire (art. 670 et 671b CO) n'est pas supprimée. Elle est par contre intégrée aux nouvelles dispositions prévues sur l'assainissement (art. 725c AP-CO).

Si la société présente une perte au bilan, le remboursement des réserves légales issues du capital et du bénéfice, ainsi que la réduction ordinaire du capital, ne sont pas autorisés (art. 677a AP-CO).

## **1.3.2 Capital-investissement et fonds spéculatifs**

### **1.3.2.1 Débat sur les sauterelles en Allemagne**

Le 22 novembre 2004, l'une des figures de proue du SPD, Franz Müntefering, a tenu un discours sur la liberté et la responsabilité dans le cadre du programme de son parti pour 2005 et a déclaré entre autre : «Zum Beispiel aber auch, wenn es darum geht, in der globalisierten Wirtschaft die Rechte derer zu schützen, die hilflos sind, wenn anonyme Aktionäre ihnen die Arbeitsplätze zerstören. Wir müssen denjenigen Unternehmern, die Zukunftsfähigkeit ihrer Unternehmen und die Interessen ihrer Arbeitnehmer im Blick haben, helfen gegen die verantwortungslosen Heuschrecken-

<sup>96</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407 1477 ss.

<sup>97</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407 1477.

schwärme, die im Vierteljahrestakt Erfolg messen, Substanz absaugen und Unternehmen kaputtgehen lassen, wenn sie sie abgefressen haben. Kapitalismus ist keine Sache aus dem Museum, sondern brandaktuell.»<sup>98</sup> (Traduction: «Dans une économie mondiale, il importe aussi de défendre les droits de ceux qui sont sans défense lorsque leurs places de travail sont menacées par des actionnaires anonymes. Nous devons aider les entrepreneurs soucieux de l'avenir de leur entreprise et des intérêts de leurs collaborateurs à se protéger contre les nuées de sauterelles sans scrupules qui mesurent la performance des entreprises au trimestre, les exploitent au maximum et les laisse sombrer lorsqu'elles n'ont plus rien à retirer d'eux. Le capitalisme n'appartient pas à l'histoire, il est un problème actuel.»)

F. Müntefering n'a pas donné d'exemples concrets pour illustrer sa métaphore autant zoologique que biblique. Sa diatribe a toutefois suscité des débats agités jusqu'à fin 2015.

Dans le cadre de ces débats, il est apparu que ces sauterelles désignaient les investisseurs financiers, surtout américains, organisés sous forme de sociétés de *capital-investissement* (*private equity*) ou de *fonds spéculatifs* (*hedge funds*)<sup>99</sup>.

Le *capital-investissement* est une notion générique couvrant toutes les formes de participation d'acteurs privés qui investissent dans une entreprise à moyen terme. Parmi les sociétés de capital-investissement, en fonction du stade de développement de l'entreprise visée, on peut distinguer les sociétés de capital-risque (*venture capital*), qui investissent dans des entreprises qui viennent d'être fondées ou qui sont encore en phase d'expansion, des sociétés (appelées généralement, mais dans un sens plus restreint, « sociétés de capital-investissement ») qui investissent dans des entreprises qui sont arrivées à maturité ou qui ont besoin d'être assainies. Généralement, ces dernières s'engagent sur plusieurs années et ont une influence importante sur les décisions stratégiques de l'entreprise.

Les *fonds spéculatifs* ont, eux, une vision à plus court terme. Ils investissent presque exclusivement dans des entreprises cotées en bourse pour dégager du profit grâce aux variations de cours. La limite entre le capital-investissement et les fonds spéculatifs est devenue de plus en plus floue. Ces derniers ont notamment une influence toujours plus importante sur les décisions des cadres supérieurs<sup>100</sup>.

Les débats ont donné l'impression qu'il y avait des bons et des méchants investisseurs et que certaines personnes ou certains organes étaient à même de les répartir entre ces deux catégories.

Ensuite de ces débats, le *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung* (*Sachverständigenrat*, Conseil d'experts allemand pour l'appréciation de l'évolution économique générale)<sup>101</sup> a abordé la thématique dans *Jahresgutachten 2005/2006*. Il a estimé que la plupart des arguments étaient réducteurs et que le capital-investissement et les fonds spéculatifs contribuaient au bon fonctionnement des marchés financiers, soutenaient le processus de formation des prix, diversifiaient les possibilités de placement, pouvaient endosser les risques supportés par les autres acteurs du marché et offraient de nouvelles possibilités de financement aux entreprises. Les débats de 2005 ont mis l'accent sur

<sup>98</sup> Voir <http://www.franz-muentefering.de/reden/pdf/19.11.04.pdf>, p. 6.

<sup>99</sup> Voir par ex. le Stern online du 28 avril 2005 (*Die Namen der «Heuschrecken»*).

<sup>100</sup> Voir *Jahresgutachten 2005/06* des Sachverständigenrats, p. 464.

<sup>101</sup> Voir <http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/index.html>.

les risques pesant sur les entreprises sur lesquelles les investisseurs financiers intéressés par le profit à court terme s'abattaient comme des sauterelles pour les ravager avant de poursuivre leur chemin. Le *Sachverständigenrat* a expliqué que cette conception simpliste n'était pas défendable du point de vue économique, car elle sous-entendait que les investisseurs cherchaient systématiquement à ruiner une entreprise, mais espéraient paradoxalement revendre leurs participations avec une plus-value.

Les craintes les plus profondes étaient liées à la prétendue indifférence des investisseurs aux conséquences sociales de leurs actes. On craignait en particulier que ceux-ci cherchent systématiquement à supprimer des postes pour augmenter leurs bénéfices. À ces critiques, le *Sachverständigenrat* a répondu qu'il pouvait effectivement exister un conflit d'intérêts à court terme entre des rendements élevés et le maintien d'un nombre d'emplois important et que, à long terme, seules les entreprises durablement performantes pouvaient garder voire augmenter leur nombre d'employés. La reprise d'une entreprise par des investisseurs ne crée de nouveaux emplois que si de nouvelles perspectives économiques sont réalisées. Si en revanche l'entreprise était déjà en train de supprimer des postes parce qu'elle a par exemple omis de faire certaines adaptations dans le passé ou ne s'est pas suffisamment souciée de renforcer sa valeur, les suppressions d'emplois ne peuvent pas vraiment être imputées aux nouveaux investisseurs. L'arrivée de ceux-ci nécessitera quoi qu'il en soit de procéder à certaines adaptations. Les effets sur le nombre de postes restent alors difficiles à déterminer, car il faudrait comparer l'évolution effective de l'entreprise avec celle qu'elle aurait connue sans l'intervention des investisseurs. Les études empiriques menées dans différents pays sur le sujet suggèrent que les entreprises financées par des sociétés de capital-investissement, par rapport à celles financées d'autres manières, ont davantage tendance à croître, à créer des emplois et à investir dans la recherche-développement. Même si ces analyses doivent être prises avec précaution du fait que les cas étudiés sont peu nombreux et par ailleurs par forcément représentatifs, elles sont soutenues par d'autres études reposant sur des méthodes d'estimation microéconomiques qui permettent de surmonter le problème de la représentativité. Une étude sur l'Allemagne montre ainsi que l'intervention de sociétés de capital-risque dans une entreprise permet à celle-ci de multiplier au moins par deux la croissance annuelle de ses effectifs.

Le *Sachverständigenrat* est parvenu à la conclusion que l'intervention de fonds spéculatifs ou de société de capital-investissement n'entraînait pas de risques majeurs pour les entreprises et les investisseurs. D'après lui, il n'y avait pas besoin de mettre en place un système de protection en faveur des entreprises au niveau national. Il était dès lors opposé à l'idée d'interdire le prêt de titres ou de limiter l'action des investisseurs intéressés par le court terme et jouissant de droits sociaux<sup>102</sup>.

### 1.3.2.2 Situation en Suisse

Alors que les débats sur les fonds spéculatifs et les sociétés de capital-investissement ont été vifs en Allemagne, le sujet n'a pas fait beaucoup de vagues en Suisse<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> Voir Jahresgutachten 2005/06 des Sachverständigenrats, p. 35 et 468. Pour plus de précisions, voir p. 463 ss.

<sup>103</sup> Quelques interventions parlementaires ont été déposées en lien avec le changement de propriétaire d'OC Oerlikon, groupe qui avait été durement frappé: interpellation GUTZWILLER (10.3337), et interpellation KAUFMANN (10.3285).

L'image des sauterelles a rarement été utilisée<sup>104</sup>. Les débats ont notamment porté, surtout en 2008, sur les milliards investis par des fonds souverains russes, arabes et asiatiques dans des sociétés cotées en bourse ayant leur siège en Suisse. Néanmoins, en raison du fort besoin en fonds des banques et des assurances après la crise financière mondiale et du fait que les fonds souverains offraient une certaine transparence, notamment quant aux buts des investissements (principes de Santiago), les débats se sont presque entièrement taris. En 2008, le Conseil fédéral a volontairement renoncé à modifier le droit des sociétés, mais a tenu à ce que l'évolution des investissements des fonds souverains soit surveillée. Les investisseurs étrangers sont généralement les bienvenus en Suisse, ce que reflète la part importante des investissements étrangers dans notre pays. Ils contribuent à la compétitivité de notre économie et créent des emplois<sup>105</sup>.

Comme en Allemagne, il n'existe pas de base empirique qui inviterait à considérer les activités des fonds spéculatifs et des sociétés de capital-investissement comme préjudiciables à l'économie. Jusqu'à aujourd'hui, aucune suppression massive de postes ou déroute de groupes ou d'entreprises n'a pu être attribuée à leurs activités. La situation dans les deux pays étant comparable, les considérations du *Sachverständigenrat* valent aussi pour la Suisse. Enfin, personne n'est non plus en mesure en Suisse de déterminer clairement qui sont les bons et les méchants investisseurs ou actionnaires. Pour ces raisons, on estime qu'il n'est aujourd'hui pas nécessaire d'agir de manière globale sur le plan du droit de la SA.

### 1.3.3 Actions dispo

#### 1.3.3.1 Définition

Les actions dispo sont des actions nominales acquises en bourse dont les acquéreurs n'ont pas demandé à être inscrits au registre des actions de la société. Or, ne sont considérées comme actionnaires à l'égard de la société que les personnes inscrites au registre des actions (art. 686, al. 4, CO).

L'actionnaire qui vend ses titres en bourse perd aussitôt tous ses droits et est biffé du registre des actions dès que sa banque a annoncé la vente à la société (art. 685e CO). Le nouvel acquéreur n'est en revanche inscrit au registre que s'il dépose une demande de reconnaissance comme actionnaire (art. 685f CO). La rubrique correspondante dans le registre des actions reste vide aussi longtemps que l'acquéreur ne s'est pas manifesté.

L'acquéreur non inscrit ne peut exercer ni le droit de vote ni les autres droits attachés au droit de vote (art. 685f, al. 2 et 3, CO; art. 689a, al. 1, CO). Généralement, la société verse à la banque dépositaire les dividendes qui reviennent à cette personne. Les avis sont toutefois partagés quant à la légalité de cette pratique<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> Interpellation DAVID (10.3254) «Les criquets s'abattent sur la Suisse orientale». L'image a peu été utilisée lors des délibérations sur la révision du droit de la SA et sur l'initiative «contre les rémunérations abusives» (2008-2012) (08.011; BO 2009 E 603; BO 2013 E 568, BO 2013 N 885; 08.080; BO 2010 N 461 ss, BO 2010 N 475, BO 2010 N 340/344, BO 2010 N 340; 10.443; BO 2011 N 838 ss). Ces quelques occurrences ne permettent pas de tirer de conclusions.

<sup>105</sup> Communiqué du Conseil fédéral du 30 janvier 2008 (Observation active des fonds souverains).

<sup>106</sup> Voir PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 6 n° 163-165.

### 1.3.3.2

### Problèmes potentiels liés aux actions dispo

Les sociétés qui présentent une part importante d'actions dispo peuvent être confrontées aux problèmes suivants<sup>107</sup>:

- Le principe même de l'action nominative est vidé de son sens: les actions nominatives doivent entre autres permettre au conseil d'administration de connaître les actionnaires de la société. Si les actions dispo sont en nombre important, ce but ne peut plus être atteint, car les actions dispo équivalent à des bons de participations au porteur. De fait, cette pratique permet également de contourner le droit intransmissible qu'a l'assemblée générale de convertir des actions en bons de participation.
- La gouvernance est compromise: une part importante des actionnaires ne participe plus au processus de décision de la société (les personnes non inscrites au registre des actions n'ont pas de droit de vote). Or, moins une décision est soutenue, moins elle est légitime.
- Le risque de reprise inamicale est accru: si la part d'actions dispo est élevée, il suffit d'une participation relativement modeste pour prendre le contrôle de la société. Si les actions dispo représentent plus du tiers du capital-actions, une participation inférieure à 33 1/3 % (seuil à partir duquel toute nouvelle acquisition d'actions est soumise à l'obligation de soumettre une offre) devient suffisante pour prendre le contrôle de la société. Les autres actionnaires ne peuvent dès lors plus profiter de cet instrument proposé par le droit boursier pour s'opposer à une reprise inamicale de la société (art. 32 de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses [LBVM]<sup>108</sup>).
- Les quorums de présence ne peuvent plus être atteints: les quorums de présence fixés par les statuts, qui, conformément à la doctrine majoritaire, nécessitent justement un quorum précis pour être modifiés, ne peuvent plus être atteints.

### 1.3.3.3

### Projet du 21 décembre 2007

Les problèmes évoqués ci-dessus ont déjà été abordés dans le message du 21 décembre 2007<sup>109</sup> et dans le rapport explicatif du 2 décembre 2005<sup>110</sup>. Toutefois, comme chacune des solutions envisagées était d'une manière ou d'une autre problématique (système de l'actionnaire fiduciaire ou *nominee*, déchéance du droit au dividende pour les actions dispo, distribution d'un dividende supérieur aux actionnaires qui participent à l'assemblée générale), le Conseil fédéral a renoncé à mettre

<sup>107</sup> Voir KARIM MAIZAR, *Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften*, Zurich 2012, p. 461.

<sup>108</sup> RS 954.1

<sup>109</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407 1437.

<sup>110</sup> Rapport explicatif du 2 décembre 2005 concernant l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, p. 17 ss.

en place une réglementation contraignante pour résoudre le problème des actions dispo<sup>111</sup>.

La majorité du Conseil des Etats était en revanche en faveur d'une réglementation et a approuvé le modèle très controversé de l'actionnaire fiduciaire<sup>112</sup>, conçu par PETER BÖCKLI et JAN BANGERT et soutenu notamment par la fédération des entreprises suisses ECONOMIESUISSE<sup>113</sup>. Le Conseil national ne s'est pas penché sur ce modèle.

#### **1.3.3.4 Principes du modèle de l'actionnaire fiduciaire**

L'idée centrale du modèle de l'actionnaire fiduciaire est d'inscrire, dans le registre des actions de la société, une banque ou un négociant au sens de l'art. 4, al. 2, let. a et b, LTI en tant que dépositaire jouissant du droit de vote. En tant qu'actionnaire fiduciaire, le dépositaire n'est ni propriétaire ni usufruitier de l'action dispo. Mais il n'est pas pour autant un simple représentant, car il exerce en son propre nom le droit de vote attaché à celle-ci.

Pour éviter que la même action soit inscrite deux fois au registre des actions, c'est le dépositaire qui est seul compétent pour requérir l'inscription. Après 30 jours, il est automatiquement inscrit en tant qu'actionnaire fiduciaire. Il ne sera remplacé dans le registre que si l'actionnaire lui demande à être personnellement inscrit auprès de la société.

Le dépositaire vote conformément aux instructions de l'actionnaire sans révéler à la société l'identité de celui-ci ou les instructions qu'il lui a données. Si, à l'occasion d'une assemblée générale, il ne reçoit pas d'instructions particulières (l'actionnaire n'a par exemple pas réagi), il vote selon les instructions générales de l'actionnaire (lequel lui aura par exemple recommandé de voter conformément aux propositions du conseil d'administration). Les instructions générales figurent le plus souvent dans les conditions générales du contrat de dépôt.

Le droit de vote dont jouit un dépositaire en tant que représentant d'un actionnaire est limité à 0,2 % des voix. Les statuts peuvent prévoir une limite plus élevée. Ils peuvent aussi prévoir que la société renonce entièrement au modèle de l'actionnaire fiduciaire.

Le modèle de l'actionnaire fiduciaire aura un coût pour le dépositaire: ce dernier doit transmettre à l'actionnaire toutes les informations envoyées par la société, lui demander des instructions de vote et voter conformément à sa réponse. Aussi a-t-il le droit d'imputer ces frais inévitables à la société, dans l'intérêt de laquelle il entreprend ces différentes démarches.

<sup>111</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407 1438 s.

<sup>112</sup> BO **2009** E 602 ss et 620 ss.

<sup>113</sup> S.

[http://www.economiesuisse.ch/de/PDF/%20Download/%20Files/dispoaktie\\_vorsch\\_gesetzesaend\\_20080825.pdf](http://www.economiesuisse.ch/de/PDF/%20Download/%20Files/dispoaktie_vorsch_gesetzesaend_20080825.pdf).

### 1.3.3.5 Avantages et inconvénients du modèle de l'actionnaire fiduciaire

Le modèle de l'actionnaire fiduciaire présente des avantages à condition que les actionnaires communiquent leurs instructions aux dépositaires. Il pourrait apporter les améliorations suivantes:

- Il n'y aurait techniquement plus d'actions dispo, car, si aucune demande d'inscription n'a été déposée, la société pourrait inscrire après 30 jours le nom du dépositaire dans les rubriques vides du registre des actions.
- La communication entre la société et les détenteurs d'actions dispo serait améliorée de manière indirecte, via le dépositaire.
- Un nombre plus élevé d'actionnaires seraient représentés aux assemblées générales, ce qui augmenterait la probabilité que les quorums de présence fixés par les statuts soient atteints.
- Les risques de reprises (inamicales) seraient réduits, car une prise de contrôle nécessiterait un plus grand soutien. Rappelons que la société peut aujourd'hui déjà se défendre contre les reprises grâce aux dispositions sur les actions liées (refus d'un actionnaire lorsque sa participation dépasse un certain seuil en pour-cent).
- La protection des actionnaires minoritaires inscrits serait renforcée, car, pour prendre le contrôle de la société, le seuil à partir duquel toute nouvelle acquisition d'action serait soumise à l'obligation de faire une offre serait effectivement à 33 1/3 %.

Le modèle de l'actionnaire fiduciaire présente néanmoins les inconvénients suivants:

- La société ne connaît toujours pas l'identité des détenteurs d'actions dispo. La transparence, du point de vue de la gouvernance d'entreprise au sens actuel, n'est donc pas renforcée.
- Aujourd'hui, les détenteurs d'actions dispo touchent certes un dividende, mais ne peuvent pas exercer leur droit de vote. Or, le modèle de l'actionnaire fiduciaire leur permettrait d'exercer celui-ci, au moins partiellement, par le biais des instructions qu'ils donnent aux dépositaires. Ce modèle est donc susceptible d'inciter encore plus de personnes à ne pas s'inscrire dans le registre des actions.
- L'art. 4, al. 3, LTI reconnaît comme dépositaires également les banques et les négociants étrangers. Le modèle de l'actionnaire fiduciaire prévoit en revanche que seuls des banques et des négociants suisses puissent être dépositaires. Il discrimine donc directement les établissements étrangers. Les personnes domiciliées à l'étranger auraient en outre des difficultés à exercer leur droit de vote par le biais d'un actionnaire fiduciaire du fait que leurs actions sont souvent conservées et gérées par une banque dans leur pays.
- Les dépositaires pourraient facturer les frais occasionnés par leurs clients à la société, et ainsi aux actionnaires inscrits régulièrement dans le registre des actions, ce qui serait contraire au principe de causalité. Cela constituerait une incitation supplémentaire à ne pas s'inscrire et à exercer son droit de vote et son droit à un dividende par le biais d'un dépositaire.



- Le dépositaire ne peut voter que s'il a reçu des instructions concrètes ou au moins des instructions générales de l'actionnaire. Les instructions générales sont contenues dans le contrat de dépôt. Le plus souvent, celui-ci précise que le dépositaire est tenu de suivre les propositions du conseil d'administration si l'actionnaire ne lui donne pas d'instructions pour le vote. Depuis l'acceptation de l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives », l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. interdit explicitement le vote par le biais d'un dépositaire. Le modèle de l'actionnaire fiduciaire qui prévoit un droit de vote par le biais d'un représentant dépositaire (banque) qui n'est pas actionnaire et qui ne doit pas nécessairement être indépendant correspondrait de fait au vote par représentation interdit par la Cst. et permettrait donc de contourner cette interdiction. La possibilité de donner des instructions générales nuirait aussi à d'autres objectifs de l'art. 95, al. 3, Cst., notamment le renforcement de la volonté des actionnaires et, partant, de la légitimité des décisions prise par l'assemblée générale.

### 1.3.3.6 Solution proposée

Du point de vue de l'art. 11 ORAb, qui concrétise l'interdiction de la représentation par un dépositaire inscrite à l'art. 95, al. 3, let. a, 4<sup>e</sup> phrase, Cst., le modèle de l'actionnaire fiduciaire doit être écarté.

Pour cette raison, et compte tenu du fait que le Parlement, lors des délibérations sur le projet de 2007 avait considéré qu'il pouvait être problématique que les actions dispo représentent une part trop importante du capital, l'avant-projet, contrairement au texte de 2007, propose une solution concrète. Précisons qu'une forte proportion d'actions dispo peut aussi correspondre à un choix rationnel des investisseurs indigènes et étrangers et qu'il n'est donc par forcément le reflet d'un dysfonctionnement de la société<sup>114</sup>.

On a renoncé à inscrire une norme contraignante dans l'avant-projet. On a préféré laissé au conseil d'administration et aux actionnaires la possibilité de décider s'ils voulaient prévoir un dividende plus élevé ou plus faible pour les actionnaires dont les droits de votes sont, respectivement, exercés ou non exercés à l'assemblée générale (art. 661 AP-CO). L'avant-projet impose en outre aux sociétés dont les actions sont cotées en bourse de veiller à ce que l'acquéreur puisse déposer sa demande de reconnaissance par voie électronique (art. 686b AP-CO).

<sup>114</sup> Voir HANS CASPAR VON DER CRONE/MARTINA ISLER, Dispoaktien, GesKR Sondernummer, Die grosse Aktienrechtsrevision, Zurich 2008, p. 77; KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Zurich 2012, p. 462 s.

### **1.3.3.7 Recours aux médias électroniques**

Par rapport au projet de 2007<sup>115</sup>, les nouvelles dispositions offrent aux sociétés une marge de manœuvre plus large en matière de recours aux médias électroniques (art. 701c ss AP-CO). On a tenté de prendre en compte les critiques issues de la pratique et de la doctrine<sup>116</sup>.

Les sociétés dont les actions sont cotées en bourse devront également mettre en place un forum électronique avant la tenue de l'assemblée générale. Celui-ci permettra aux actionnaires d'échanger entre eux leurs opinions sur les thèmes abordés lors de l'assemblée générale, et d'en discuter également avec le conseil d'administration (art. 701g AP-CO).

## **1.3.4 Mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst.**

### **1.3.4.1 Dispositions relatives à la SA**

L'ORAb est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014 (voir point 1.1.8.1). Elle contient des dispositions qui devraient être placées dans le CO, le CP et dans la LPP. L'avant-projet prévoit de transférer ces dispositions dans les lois correspondantes, autrement dit de les placer au niveau de la loi formelle.

En plus des thèmes traités dans l'ORAb, l'avant-projet règle d'autres aspects que le Conseil fédéral n'a pas pu intégrer dans l'ordonnance du fait que la base constitutionnelle était lacunaire et ambiguë. Pour l'avant-projet, le législateur se fonde en revanche non seulement sur l'art. 95, al. 3, Cst., mais également sur les art. 113 (prévoyance professionnelle), 122 (droit civil et procédure civile) et 123 (droit pénal) Cst. L'AP-CO prévoit donc des dispositions dans les domaines suivants, du fait qu'ils présentent tous un lien matériel étroit avec l'initiative « contre les rémunérations abusives » :

- action en restitution de prestations (art. 678 s.);
- devoir de diligence des membres du conseil d'administration et de la direction en matière d'indemnités (art. 717, al. 1<sup>bis</sup>);
- vote sur les rémunérations variables (art. 735, al. 3, ch. 4)
- primes d'embauche (art. 735c, al. 1, ch. 5; voir point 1.3.4.4);
- prohibition de faire concurrence, notamment indemnités en cas d'irrégularité (art. 735c, al. 1, ch. 2 et 3, et al. 3; voir point 1.3.5.4);
- indemnités versées en relation avec une précédente activité au sein d'un organe de la société (art. 735c, al. 1, ch. 4);
- procédure civile pour l'exercice des droits des actionnaires (art. 697k AP-CO; art. 107, al. 1<sup>bis</sup>, AP-CPC; voir point 1.3.6.8).

<sup>115</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407 1499 ss.

<sup>116</sup> Voir notamment INES PÖSCHEL, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Rolf Watter (éd.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, p. 223 ss.

En mentionnant le devoir de diligence, l'avant-projet fixe une maxime de conduite aux cadres supérieurs dans le domaine des rémunérations. Celle-ci aura également un effet préventif et contribuera, avec le renforcement de l'action en restitution à mettre en place une réglementation en matière de rémunération qui soit cohérente et applicable avant et après l'assemblée générale. L'avant-projet complète les droits dont les actionnaires jouissent pendant l'assemblée générale en renforçant les voies de droit dont ceux-ci disposent sur le plan civil. En effet, ils pourront, sous certaines conditions, intenter une action en restitution ou en responsabilité aux frais de la société. C'est la seule manière de garantir une action judiciaire efficace contre les rémunérations interdites. Là aussi on s'attend à ce que cette nouvelle règle ait un effet préventif. L'avant-projet instaure la sécurité juridique dans le domaine des primes d'embauches, des indemnités versées aux anciens cadres supérieurs et des indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence. Les indemnités anticipées interdites (art. 735c, al. 1, ch. 6, AP-CO; art. 20, ch. 2, ORAb) et les indemnités de départ interdites (art. 735c, al. 1, ch. 1, AP-CO; art. 20, ch. 1, ORAb) sont définies plus précisément au niveau de la loi. Ces clarifications sont dans l'intérêt des cadres supérieurs, étant donné qu'ils encourent de lourdes peines pécuniaires et privatives de liberté en cas d'infraction (art. 154, AP-CP).

Du fait que rien ne justifie objectivement de prévoir une réglementation différente pour les sociétés cotées et les sociétés non cotées, les dispositions sur la restitution des prestations, le devoir de diligence et les voies de droit des actionnaires valent pour les deux types de sociétés.

#### **1.3.4.2 Dispositions relatives aux institutions de prévoyance**

L'avant-projet reprend le contenu des art. 22, 23 et 25 ORAb. Ces dispositions, qui règlent l'obligation de voter et de communiquer des institutions de prévoyance soumises à la LFLP sont transférées dans la LPP (voir notamment art. 71a s. et 76, al. 1, let. h, AP-LPP).

Le terme « caisse de pension », utilisé à l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., correspond à la notion d'institution de prévoyance en droit des assurances sociales. On renonce à étendre l'obligation de voter et de communiquer au fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et de l'APG et aux fondations de placement, du fait que ces institutions n'ont pas d'assurés directs. En effet, conformément à l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., les caisses de pension doivent voter dans l'intérêt de leurs assurés. Or, cette obligation n'a de sens que pour les institutions dont les assurés ont des intérêts directement identifiables. De plus, dans les fondations de placement, les institutions de prévoyance parties n'ont souvent pas de lien entre elles. Elles forment un groupe hétérogène lié en réalité uniquement par le but de leurs placements.

### 1.3.4.3 Dispositions pénales

#### Droit pénal à utiliser en dernier recours

Les dispositions pénales prévues indirectement à l'art. 95, al. 3, let. d, Cst. et directement aux art. 24 et 25 ORAb sont transposées à l'art. 154 AP-CP et à l'art. 76 AP-LPP.

L'art. 154 AP-CP règle la punissabilité des membres du conseil d'administration et de la direction de sociétés dont les actions sont cotées en bourse (actuellement art. 24 ORAb). La punissabilité dans le domaine des institutions de prévoyance (actuellement art. 25 ORAb) est intégrée à l'art. 76 LPP.

Les dispositions pénales restent très proches de la teneur de l'art. 95, al. 3, Cst. L'idée d'étendre la punissabilité à des domaines non mentionnés directement dans cet article (par ex. indemnités interdites) a été étudiée, mais n'a pas été retenue pour les raisons suivantes:

Le droit pénal vise à protéger l'ordre social<sup>117</sup>. Seuls les comportements qui portent atteinte à la société<sup>118</sup> de manière relativement grave doivent être soumis aux juridictions pénales, autrement dit à l'outil de contrainte le plus puissant de l'Etat. Le principe de proportionnalité, inscrit dans la Cst., doit dans tous les cas être respecté (art. 5, al. 2, et 36, al. 3, Cst.). Le droit pénal peut porter largement atteinte à la liberté et à la propriété des particuliers. Il est dès lors justifié d'y recourir uniquement si les autres mesures de droit civil ou administratif et les outils non juridiques à disposition (par ex. prévention) ne suffisent pas pour faire cesser un comportement répréhensible (subsidiarité du droit pénal). L'Etat doit donc recourir au droit pénal avec retenue et uniquement en dernier recours<sup>119</sup>.

Les révélations sur les rémunérations excessives, octroyées parfois lors de périodes délicates pour les sociétés, ont suscité l'incompréhension et l'indignation de la population. L'acceptation de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» est le reflet de ce mécontentement. On peut toutefois se demander si la répréhension de ce genre de pratiques, en dernier recours, relève bien du droit pénal. La question se pose d'autant plus que le droit de la SA actuel, y compris l'ORAb, comme l'avant-projet, propose différents instruments, notamment aux actionnaires, pour influencer sur la politique de rémunération (subsidiarité du droit pénal): action en restitution de prestations (art. 678 et 697k AP-CO), action en responsabilité (art. 754 CO), contestation et nullité des décisions de l'assemblée générale (art. 706 ss et 714 CO), observation des devoirs de diligence par les membres du conseil d'administration et de la direction en matière de rémunération (art. 717, al. 1<sup>bis</sup>, AP-CO), révocation par exemple des membres du conseil d'administration qui sont en tort (art. 705, al. 1, CO), vote de l'assemblée générale sur les rémunérations (art. 735 AP-CO et 18 s. ORAb), fiscalisation des rémunérations très élevées (art. 27, al. 4, et art. 59, al. 3, de l'avant-projet pour la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct

<sup>117</sup> Pour la fonction de protection de l'ordre social, des biens de première nécessité et des valeurs fondamentales, voir FRANZ RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2007, § 4 n° 8.

<sup>118</sup> Pour les atteintes aux biens juridiquement protégés qui nuisent à l'ensemble de la société et menacent la paix sociale, voir KURT SEELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2012, p. 6 ss.

<sup>119</sup> Voir FRANZ RIKLIN, *op. cit.*, § 4 n° 4 ss; KURT SEELMANN, *op. cit.*, p. 6 ss; PETER ALBRECHT, *Strafrecht ohne Recht?* RPS 04/2013, p. 387.

[LIFD]<sup>120</sup>). Enfin, il est aussi possible d'agir sur le plan du droit du travail contre les membres de la direction qui sont en tort (par ex. résiliation des rapports de travail et action en dommages-intérêts).

### **Infractions poursuivies d'office**

L'art. 95, al. 3, Cst. ne précise pas si les infractions définies doivent être poursuivies d'office ou sur plainte. Dans le droit pénal en vigueur, la plupart des infractions sont poursuivies d'office par l'Etat. Les autres infractions sont poursuivies sur plainte. Autrement dit, il faut que la personne lésée demande que l'infraction soit poursuivie (art. 30 ss CP). La doctrine majoritaire recommande au législateur de considérer la poursuite d'une infraction comme soumise au dépôt d'une plainte dans les circonstances suivantes: a) si le tort est relativement minime; b) si on peut s'attendre à ce que la procédure pénale portera fortement atteinte à la sphère privée de la personne lésée; ou c) si la procédure risque de porter préjudice aux relations étroites qu'entretiennent la victime et l'auteur de l'infraction<sup>121</sup>.

Etant donné que les infractions en question concernent en premier lieu des intérêts privés des actionnaires, à savoir leurs droits sociaux et patrimoniaux, notamment en matière de transparence, il apparaît opportun qu'elles soient poursuivies sur plainte. Cette option se justifie aussi par le fait que le droit de la SA reprend relève du droit privé et du droit commercial. Enfin, lors de la consultation sur l'avant-projet de l'ORAb, un petit nombre de participants étaient en faveur de cette option.

Toutefois, pour les raisons suivantes, il apparaît plus cohérent que ces infractions soient poursuivies d'office:

Premièrement, il est difficile de déterminer si les actionnaires sont directement lésés dans leurs intérêts patrimoniaux, autrement dit si un intérêt protégé juridiquement est en jeu. Par exemple, en cas de gestion loyale (art. 158 CP) au détriment d'une SA, seule la société est à envisager comme lésée, et non les actionnaires<sup>122</sup>. La poursuite sur plainte entraînerait en outre le risque que le plaignant et le prévenu parviennent à un arrangement et que la procédure soit donc classée (art. 316 du code de procédure pénale [CPP]<sup>123</sup>). Les prévenus disposant de gros moyens financiers pourraient payer pour le classement de la procédure, ce qui n'est pas du tout conforme à l'esprit de l'art. 95 Cst. Par ailleurs, au-delà des intérêts individuels des actionnaires, il faut considérer que l'économie, dans son ensemble, est également concernée<sup>124</sup>. De ce point de vue, il y a un intérêt public à ce que ces infractions, ou du moins une partie d'entre elles, soient poursuivies. C'est pourquoi l'avant-projet prévoit que celles-ci soient poursuivies d'office.

### **Sanctions**

Le principe de proportionnalité est inscrit dans la Cst. (art. 5, al. 2, et 36, al. 3) et vaut autant pour les autorités judiciaires que pour le législateur. Il prévoit que les sanctions doivent correspondre, d'une part, à la gravité de l'atteinte au bien juri-

<sup>120</sup> RS 642.11

<sup>121</sup> Voir CHRISTOPH RIEDO, *Basler Kommentar Strafrecht I*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2007, remarque liminaire avant l'art. 30 n° 9, avec renvois.

<sup>122</sup> Voir MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Basler Kommentar Strafrecht II*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2007, art. 158 n° 151.

<sup>123</sup> RS 312.0

<sup>124</sup> Voir début de l'art. 95, al. 3, Cst.: «En vue de protéger l'économie [...]»

dique<sup>125</sup> et, d'autre part, aux sanctions encourues pour d'autres infractions de même gravité<sup>126</sup>. La sanction prévue par l'art. 95, al. 3, let. d, Cst. (peine privative de liberté de trois ans au plus et peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles) doit donc être adaptée en fonction des cas (voir art. 154, al. 1 et 2, AP-CP et 76, al. 1, AP-LPP). En effet, les comportements visés par cette disposition n'ont pas tous la même gravité. Par exemple, la perception illégale d'une rémunération de plusieurs millions n'est pas comparable au non-respect, pour les institutions de prévoyance, de l'obligation de communiquer. De nombreux participants à la consultation sur l'avant-projet de l'ORAb ont d'ailleurs demandé que des sanctions différentes soient prévues en fonction de la gravité des infractions<sup>127</sup>.

### 1.3.4.4 Primes d'embauche et indemnités pour prohibition de faire concurrence

#### Primes d'embauche

Les primes d'embauche sont des indemnités versées à l'entrée en service pour compenser des prétentions mesurables en argent à l'égard de l'ancien employeur ou du mandant (par ex. participation à un plan d'option en cours, actions bloquées), qu'un membre du conseil d'administration ou de la direction aurait pu faire valoir s'il n'avait pas changé d'entreprise. Elles ne visent donc pas à rémunérer le travail auprès du nouvel employeur, mais à indemniser la personne concernée pour les prétentions ou les attentes qu'elle aurait pu avoir auprès de son *ancien* employeur si elle n'y avait pas renoncé. Conformément à l'ORAb, les primes d'embauche ne sont actuellement pas considérées comme des indemnités interdites (art. 20 ORAb), mais elles doivent figurer dans le rapport de rémunération (art. 14, al. 2, ch. 5, ORAb) et être approuvées par l'assemblée générale<sup>128</sup>. Pour inscrire une interdiction ou une limitation des primes d'embauche dans l'ORAb, il aurait fallu une base constitutionnelle explicite<sup>129</sup>.

Si une prime d'embauche ne compense pas un désavantage financier réel, il y a lieu de la considérer comme une indemnité interdite (indemnité anticipée, art. 20, ch. 2 ORAb)<sup>130</sup>. Dans l'intérêt de la sécurité du droit, l'avant-projet précise que les primes d'embauche qui ne s'inscrivent pas en réparation d'un désavantage financier clairement établi sont à considérer comme des indemnités interdites (art. 735c, al. 1, ch. 5, AP-CO).

<sup>125</sup> ATF 123 IV 29 consid. 4c.

<sup>126</sup> Voir rapport explicatif relatif à la loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire, ch. 1.4; accessible à l'adresse: [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/sicherheit/ref\\_gesetzgebung/ref\\_s\\_trafrahmenharmonisierung.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_s_trafrahmenharmonisierung.html)

<sup>127</sup> Voir résumé des prises de position sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (DFJP, 4 septembre 2014), p. 7; accessible à l'adresse: [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/wirtschaft/ref\\_gesetzgebung/ref\\_aktienrechtsrevision.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_aktienrechtsrevision.html)

<sup>128</sup> Voir rapport explicatif du 14 juin 2013 sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb), p. 25 s. et rapport additionnel du 8 octobre 2013 sur le projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb), p. 11.

<sup>129</sup> Voir art. 95, al. 3, let. b, Cst.

<sup>130</sup> Voir rapport additionnel du 8 octobre 2013 sur le projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb), p. 11.

## **Indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence**

Le raisonnement est le même pour l'indemnité découlant d'une prohibition de faire concurrence, en particulier après la fin des rapports de travail. On entend ici la somme versée à un employé qui s'engage par écrit à restreindre son activité professionnelle, y compris au service d'une autre entreprise, pendant un certain temps pour ne pas faire concurrence à son ancien employeur. Pour inscrire les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence dans l'ORAb, il aurait aussi fallu une base explicite dans l'art. 95, al. 3, Cst.

Il serait exagéré de prévoir une interdiction générale, car il peut être justifié, par exemple, de passer un accord de non-concurrence avec un membre de la direction qui connaîtrait des secrets d'affaires sensibles en matière de recherche-développement. Dans ce cas, l'ancien collaborateur a droit à une indemnité équitable.

Si le montant de l'indemnité pour prohibition de faire concurrence n'est pas conforme à la pratique du marché, qu'il est disproportionné par rapport à la prohibition convenue et qu'il apparaît clairement que la volonté des parties étaient de négocier une indemnité de départ sous couvert d'indemnité pour prohibition de concurrence (art. 18 CO), alors il s'agit d'une indemnité interdite (art. 735c, al. 1, ch. 1, AP-CO; art. 20, ch. 1, ORAb<sup>131</sup>). Contrairement à l'ORAb, l'avant-projet définit clairement ces infractions et précise que sont concernées autant les «indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence qui ne sont pas conformes à la pratique du marché» que les «indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence qui n'est pas justifiée par l'usage commercial». On précise enfin qu'une prohibition de faire concurrence ne peut pas dépasser douze mois (art. 735c, al. 1, ch. 2, et al. 3, AP-CO).

### **1.3.5 Représentation de chaque sexe au sein du conseil d'administration et de la direction**

Le 14 novembre 2012, la Commission européenne a approuvé un projet de directive fixant des proportions pour la représentation de chaque sexe dans les conseils d'administration<sup>132</sup>. La directive proposée vise à porter à 40 % la proportion du sexe sous-représenté aux postes d'administrateurs non exécutifs dans les sociétés cotées en bourse. Les sociétés n'atteignant pas ce pourcentage seront tenues de pourvoir ces postes sur la base d'une analyse comparée des qualifications de chaque candidat, en appliquant des critères clairs, sans ambiguïtés et n'établissant aucune distinction fondée sur le sexe. À niveau de qualification égal, la priorité doit être donnée au sexe sous-représenté. Cet objectif minimal de 40 % de membres du sexe sous-

<sup>131</sup> Voir rapport explicatif du 14 juin 2013 sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb), p. 24 s.

<sup>132</sup> COM (2012) 614 final; accessible à l'adresse: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0614:FIN:en:PDF>. A la fin du mois de novembre 2013, le parlement européen a examiné en première lecture une proposition de la commission prévoyant un objectif de 40 % pour le conseil de surveillance dans les sociétés comptant plus de 250 collaborateurs. La proposition a ensuite été transmise au conseil des ministres. Depuis, les travaux sont au point mort, notamment en raison de l'opposition de plusieurs Etats membres qui contestent la compétence de l'Union pour réglementer dans ce domaine.

représenté parmi les administrateurs non exécutifs devrait être atteint par les sociétés cotées en 2020 et dès 2018, soit deux ans plus tôt, par les entreprises publiques. La directive devrait s'appliquer à quelque 5000 sociétés cotées de l'Union européenne. Elle ne s'appliquera ni aux petites et moyennes entreprises (entreprises de moins de 250 salariés et dont le chiffre d'affaires annuel mondial n'excède pas 50 millions d'euros) ni aux entreprises non cotées en bourse. Le 20 novembre 2013, le Parlement européen a adopté cette proposition de la Commission sous une forme modifiée. Les 40 % à atteindre sont désormais une valeur indicative et non plus un taux strict. Le Conseil des ministres n'a pas encore approuvé la proposition. Certains Etats membres se sont déjà fixé des proportions. Néanmoins, aucun n'a déjà atteint les objectifs définis par la Commission<sup>133</sup>. Certains gouvernements européens qualifient l'instauration d'un taux de représentation des femmes de « surréglementation ».

En Suisse aussi, la définition d'une proportion pour la représentation des femmes au sein des conseils d'administration et des directions fait l'objet d'un débat<sup>134</sup>. Le Schillingreport 2014<sup>135</sup>, qui étudie chaque année la composition de la direction et du conseil d'administration des 100 plus grandes entreprises suisses, montre que la proportion de femmes dans les conseils d'administration est passée de 12 % en 2013<sup>136</sup> à 13 % en 2014<sup>137</sup>. Cette légère augmentation est liée aux nouvelles affectations: la part de femmes élues membres de conseils d'administration était de 22 % en 2014 et de 23 % en 2013. La proportion de femmes dans les directions s'élevait en 2014, toujours selon le Schillingreport, à 6 %. Malgré ce faible chiffre, on observe une évolution positive, en particulier en ce qui concerne les nouvelles affectations dans les directions: 13 % de femmes nommées en 2011, mais rechute à 9 % en 2012 et 8 % en 2013, puis remontée à 9 % en 2014.

Le Code suisse de bonne pratique d'économie suisse, qui depuis 2002 sert de référence pour la gouvernance d'entreprise et influe sur le développement des entreprises, contient dans sa nouvelle version<sup>138</sup> une indication sur la représentation des sexes dans les conseils d'administration. Au ch. 12 (composition du conseil d'administration et de la direction), il recommande de constituer des conseils d'administration réunissant des hommes et des femmes dotés des aptitudes nécessaires pour garantir la formation de décisions dans le cadre d'un échange de vues critique avec la direction<sup>139</sup>.

Même si on observe une évolution positive, la part de femmes au sein des conseils d'administration et des directions reste encore bien inférieure à celle recommandée par la directive européenne. Il est donc nécessaire et justifié que les milieux politiques fassent pression et mettent en place une réglementation adéquate.

<sup>133</sup> Mentionnons toutefois la Norvège, pionnière en la matière, qui a introduit en 2009 un taux légal de représentation des femmes, fixé à 40 %, que les sociétés cotées en bourse devaient atteindre pour 2008.

<sup>134</sup> Voir par ex. la NZZ du 28 février 2014, n° 49, «Frauen sind im Kommen», et la NZZ du 4 mars 2014, n° 52, «Mehr Chefinnen - Schweizer Firmen im Wandel».

<sup>135</sup> Schillingreport 2014 der guido schilling ag, Transparenz an der Spitze, Die Geschäftsleitungen und Verwaltungsräte der hundert grössten Schweizer Unternehmen im Vergleich.

<sup>136</sup> En 2010, ce taux était de 10 %.

<sup>137</sup> Ces taux reflètent la situation au 31 décembre 2013 pour 2014, et au 31 décembre 2012 pour 2013.

<sup>138</sup> La nouvelle version a fait l'objet d'une consultation publique jusqu'au 30 juin 2014. Elle est publiée en septembre 2014.

<sup>139</sup> [http://www.economiesuisse.ch/fr/PDF%20Download%20Files/swisscode\\_f\\_20140926.pdf](http://www.economiesuisse.ch/fr/PDF%20Download%20Files/swisscode_f_20140926.pdf)



L'art. 734e AP-CO prévoit quant à lui que les grandes sociétés cotées en bourse dont la représentation de chaque sexe au sein du conseil d'administration et de la direction n'atteint pas 30 % doivent mentionner dans le rapport de rémunération certaines informations: les raisons pour lesquelles le pourcentage n'est pas atteint et les mesures envisagées ou prises pour remédier à la situation.

L'obligation relative aux mentions faites dans le rapport de rémunération doit être respectée au plus tard dès l'exercice débutant cinq ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit (art. 5 des dispositions transitoires de l'AP-CO).

### **1.3.6 Gouvernance d'entreprise**

#### **1.3.6.1 Equilibre entre les différents organes**

Un gouvernement d'entreprise efficace et moderne doit permettre d'atteindre un équilibre fonctionnel entre les différents organes de la société (*checks and balances*), une transparence suffisante des processus internes et la protection de la position juridique des actionnaires. L'avant-projet vise aussi à renforcer la gouvernance des sociétés non cotées en bourse. Il règle le droit à l'information de façon plus précise et instaure un droit de demander des renseignements par écrit.

#### **1.3.6.2 Droit de demander des renseignements et de consulter des documents**

Les droits de demander des renseignements et de consulter certains documents sont les garants d'une certaine transparence au sein de la société. Ils jouent un rôle important pour la protection juridique des actionnaires car ils leur permettent de juger si des mesures supplémentaires s'imposent, par exemple s'il convient d'instituer un examen spécial (art. 697c ss AP-CO) ou d'introduire une action en responsabilité (art. 754 AP-CO) ou une action en restitution de prestations (art. 678 AP-CO).

Aujourd'hui, les associés des sociétés non cotées ne disposent que de faibles moyens pour obtenir des informations au sujet de l'entreprise. Ils ne peuvent faire valoir leur droit d'être informés que dans le cadre de l'assemblée générale. L'avant-projet prévoit donc que tout actionnaire d'une société dont les actions ne sont pas cotées en bourse peut demander par écrit, au conseil d'administration, des renseignements sur les affaires de la société dans la mesure où la fourniture de ces renseignements est nécessaire à l'exercice de ses droits et ne compromet pas le secret des affaires ni d'autres intérêts sociaux prépondérants. Le conseil d'administration est tenu de répondre au moins deux fois par an aux demandes des actionnaires. Les renseignements fournis par le conseil d'administration devront pouvoir être consultés lors de l'assemblée générale suivante ou être publiés immédiatement sous forme électronique (art. 697, al. 2 et 3, AP-CO).

Le droit de consultation reste inchangé (art. 697a AP-CO).

### **1.3.6.3 Droit d'obtenir des renseignements sur les indemnités perçues par les cadres supérieurs**

Avant l'entrée en vigueur de l'ORAb, les indications sur les indemnités perçues par les cadres supérieurs des sociétés non cotées devaient figurer dans l'annexe au bilan (comptes annuels) (art. 663<sup>bis</sup> CO). L'avant-projet prévoit, comme l'ORAb, que les sociétés présentent ces indemnités dans un document à part: le rapport de rémunération (art. 734 ss AP-CO). Ces dispositions sur la transparence (art. 663<sup>bis</sup> CO et 734 ss AP-CO) ne s'appliquent qu'aux sociétés cotées en bourse.

Toutefois, les indemnités que le conseil d'administration choisit de s'accorder peuvent aussi poser un problème dans les sociétés non cotées. Les actionnaires qui ne participent pas à la gestion de la société, en particulier les personnes disposant de participations minoritaires, sont parfois insuffisamment protégés sur le plan juridique. Les opinions divergent quant à la question de savoir si le droit actuel prévoit un droit d'obtenir des informations sur les indemnités perçues par les membres du conseil d'administration. Les actionnaires ont néanmoins besoin de connaître au préalable ces indemnités pour exercer certains droits qui visent à protéger leurs intérêts, comme l'action en restitution de prestations (art. 678 AP-CO), l'action en responsabilité (art. 754 AP-CO) et le droit à l'institution d'un examen spécial (art. 697<sup>c</sup> ss AP-CO).

Pour protéger ces actionnaires, il faudrait renforcer la transparence en matière de rémunérations dans les SA non cotées. Il faut toutefois tenir compte du fait que ces dernières ont des exigences de confidentialité légitimement plus élevées que les sociétés qui lèvent des capitaux sur les marchés publics. C'est pourquoi elles ne doivent pas être obligées de divulguer les indemnités perçues par les cadres supérieurs dans l'annexe aux comptes annuels ou dans un rapport de rémunération. Le conseil d'administration doit toutefois informer les actionnaires sur ces indemnités lors de l'assemblée générale pendant laquelle les comptes annuels sont approuvés (art. 697, al. 4, AP-CO). Sur l'applicabilité aux sociétés non cotées des dispositions relatives aux rémunérations dans les sociétés cotées, voir point 1.3.6.4.

Un droit de demander des renseignements sur les indemnités perçues par l'administration est également accordé aux associés de sociétés coopératives. De plus, les grandes coopératives sont soumises aux mêmes obligations de publicité que les SA cotées en bourse (art. 857, al. 2<sup>bis</sup>, AP-CO).

### **1.3.6.4 Autres aspects de la gouvernance d'entreprise**

D'autres droits sont accordés aux actionnaires pour améliorer la gouvernance d'entreprise.

L'avant-projet prévoit que les actionnaires, en tant que propriétaires de la société, peuvent influencer la politique de rémunération des cadres supérieurs s'ils le veulent. Les sociétés non cotées peuvent prévoir dans leurs statuts qu'une partie ou l'ensemble des dispositions relatives aux rémunérations dans les sociétés cotées leur sont applicables (art. 732, al. 2, AP-CO). Il est ainsi possible que le conseil d'administration doive établir un rapport de rémunération ou que l'assemblée générale soit habilitée à voter sur les rémunérations.

Il convient également d'adapter les dispositions relatives à l'action en restitution de prestations (voir point 1.3.6.7).

On renonce à la possibilité, prévue dans le projet de 2007<sup>140</sup>, d'inscrire dans les statuts que certaines décisions du conseil d'administration doivent être obligatoirement soumises à l'approbation de l'assemblée générale. En introduisant une telle disposition dans la loi, le législateur nuirait au principe de parité entre les organes de la SA. Or, la SA se distingue précisément par le fait que l'intégralité de la gestion des affaires est confiée au conseil d'administration pour autant qu'il ne cherche pas à procéder à une liquidation de fait de la société ou ne modifie pas le but de cette dernière<sup>141</sup>. Un système d'approbation obligatoire des décisions du conseil d'administration causerait des difficultés dans la pratique et porterait gravement atteinte à la sécurité des transactions et du droit. On peut penser notamment à des dispositions statutaires imprécises qui ne permettraient pas de savoir quelles décisions doivent être approuvées par l'assemblée générale. La question des informations à mettre à disposition des actionnaires en vue de leur décision pose aussi problème du fait que ceux-ci n'ont pas de devoir de fidélité vis-à-vis de la société<sup>142</sup>. Pour la SA, on en restera donc au principe de parité. Les sociétés dont les associés souhaitent avoir un contrôle sur certaines décisions des organes de direction peuvent opter pour la forme juridique de la Sàrl.

### **1.3.6.5 Exercice des droits des actionnaires (actions intentées par les actionnaires)**

Les événements survenus ces dernières années, en particulier la crise financière mondiale qui a commencé en 2007, ont mis en lumière le fait qu'il était souvent difficile pour les actionnaires, surtout dans les grandes sociétés dont l'actionnariat est très fragmenté, de défendre leurs intérêts convenablement. D'une part, on assiste fréquemment, dans les faits, à un glissement de pouvoir des propriétaires de la société vers la direction de l'entreprise. A cela s'ajoute que, en matière de droits de

<sup>140</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407 1429 s.

<sup>141</sup> Conformément à l'ATF **111** II 288 s. et à l'ATF **116** II 323, le conseil d'administration doit simplement agir de manière à ne pas être en contradiction avec le but de la société.

<sup>142</sup> Pour plus de détails sur les problèmes que poserait un système d'approbation obligatoire, voir LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Berne 2009, p. 248 ss et PETER BÖCKLI, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, RSJ 104 (2008), p. 359 ss.

l'actionnaire, les efforts d'autorégulation ont par nature une portée limitée<sup>143</sup>. D'autre part, bien que des voies de droit leur soient ouvertes, les actionnaires se heurtent à des obstacles procéduraux, notamment les frais et les risques que la démarche représente pour eux<sup>144</sup>. Le renforcement de ces droits par le biais de règles contraignantes, opposables à l'égard des tiers par la voie judiciaire, incombe avant tout au législateur. L'avant-projet comporte donc diverses propositions, au niveau du droit matériel et du droit procédural, qui visent à renforcer les droits des actionnaires.

### 1.3.6.6 Abaissement des seuils pour l'exercice des droits des actionnaires

Les seuils pour l'exercice des droits des actionnaires sont unifiés autant que possible. L'avant-projet prévoit toutefois des seuils différents pour les sociétés cotées et les sociétés non cotées en raison de leurs particularités.

La définition de seuils différents pour chacun des droits garantis aux minorités, comme le prévoyait en partie le projet de 2007<sup>145</sup>, pourrait entraîner certaines incohérences. En particulier dans les sociétés non cotées, il est préférable de prévoir des seuils aussi unifiés que possible pour des raisons de simplicité<sup>146</sup>. Ces valeurs sont définies en termes de capital-actions comme en termes de voix. Une éventuelle restriction légale ou statutaire du droit de vote d'un actionnaire n'a ici pas à être prise en compte pour le calcul des voix. Contrairement au droit en vigueur et au projet de 2007, l'avant-projet ne tient plus compte de la valeur nominale, car celle-ci ne reflète pas avec précision le montant investi par un actionnaire.

<sup>143</sup> En vue de leur autorégulation, les milieux économiques ont codifié certains principes en matière de gouvernance d'entreprise. Le Code suisse de bonne pratique d'économiesuisse est un recueil de recommandations non contraignantes qui traite essentiellement de la composition, de l'organisation et des tâches du conseil d'administration. La Directive Corporate Governance de SIX Swiss Exchange (SIX) est une directive qui s'applique aux sociétés dont les titres de participation sont cotés à la Bourse suisse. Elle exige la publication d'informations essentielles intéressant le marché des capitaux et repose sur le principe *comply or explain*, littéralement «appliquer ou expliquer», selon lequel l'absence d'une information requise doit être justifiée. La publicité des indemnités perçues par les cadres y figure comme une obligation à laquelle il ne peut être dérogé. La directive de la SIX ne vise que les sociétés cotées en bourse. Pourtant, des manquements aux principes de la gouvernance sont aussi constatés dans les sociétés non cotées. De plus, l'application du principe *comply or explain* souffre de quelques faiblesses dans sa mise en œuvre. Enfin, cette directive ne traite que d'un aspect de la gouvernance, à savoir la transparence des informations relatives au marché des capitaux. Elle exclut ainsi d'autres éléments essentiels qui concourent à l'efficacité de la gouvernance, comme le renforcement des pouvoirs de l'assemblée générale et des droits de contrôle et de participation des actionnaires.

<sup>144</sup> Voir avis du Conseil fédéral du 13 octobre 2010 sur le rapport du 30 mai 2010 des Commissions de gestion des Chambres fédérales « Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis », FF 2011 3263 3305.

<sup>145</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407 1428 s.

<sup>146</sup> Voir LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Berne 2009, p. 241 s.

L'avant-projet s'inspire en grande partie du droit actuel pour fixer les seuils applicables aux sociétés non cotées. En effet, lors de la consultation sur le projet de 2007, des voix ont contesté l'abaissement (en dessous des 10 % prévus actuellement) des seuils nécessaires pour demander l'institution d'un contrôle spécial (examen spécial dans l'AP) et pour requérir la convocation de l'assemblée générale.

En revanche, les seuils définis pour les sociétés cotées se sont révélés trop élevés: les 10 % requis pour demander l'institution d'un contrôle spécial et pour requérir la convocation de l'assemblée générale nuisent à l'exercice convenable de ces droits dans les sociétés dont l'actionariat est atomisé. Ce seuil est donc abaissé à 3 %. Le choix de ce seuil est d'autant plus justifié qu'il renvoie, en droit boursier, à celui prévu pour l'obligation de déclarer les participations (art. 20, al. 1, LBVM) et celui pour avoir qualité de partie à la procédure devant la commission des offres publiques d'acquisition (art. 33*b*, al. 3, LBVM).

Un abaissement des seuils requis pour le droit d'inscription d'un objet à l'ordre du jour et pour le droit de proposition est justifié, autant pour les sociétés cotées que pour les non cotées. En effet, l'exercice de ces droits, contrairement à la convocation de l'assemblée générale par exemple, a un coût relativement faible pour la société. Il est en outre important que les actionnaires puissent s'exprimer devant l'assemblée générale, sur des sujets non inscrits à l'ordre du jour par le conseil d'administration. Il y a donc lieu de faciliter l'exercice de ces deux droits par un abaissement du seuil requis, et ce, comme nous l'avons dit, autant dans les sociétés cotées que dans les non cotées.

La dissolution de la société ne doit être envisagée qu'en dernier recours. Il est donc important que le seuil requis pour l'action en dissolution soit suffisamment élevé, en particulier dans les sociétés cotées. Un régime différent pour les sociétés non cotées ne se justifiant toutefois pas, l'avant-projet maintient le seuil unitaire fixé actuellement à 10 %.

Les nouveaux seuils sont les suivants:

	<b>Sociétés non cotées en bourse</b>	<b>Sociétés cotées en bourse</b>
<b>Institution d'un examen spécial (art. 697e)</b>	10 %	3 %
<b>Convocation de l'assemblée générale (art. 699)</b>	10 %	3 %
<b>Inscription d'un objet à l'ordre du jour (art. 699a)</b>	2.5 %	0.25 %
<b>Proposition concernant les objets inscrits (art. 699a)</b>	2.5 %	0.25 %
<b>Dissolution de la société (art. 736)</b>	10 %	10 %
<b>Autorisation d'intenter action aux frais de la société (art. 697j s.)</b>	10 %	3 %

### **1.3.6.7 Action en restitution**

Les dispositions relatives à l'obligation, pour les personnes liées de près à la société de restituer les prestations qu'elles ont indûment perçues se sont avérées inapplicables et doivent donc être améliorées, notamment en précisant les personnes et les prestations auxquelles elles s'appliquent. La situation économique de l'entreprise n'est plus prise en compte. S'il y a une disproportion manifeste, au détriment de la société, entre la prestation et la contreprestation, la prestation doit être restituée, même si la société se porte bien économiquement (art. 678, al. 2, AP-CO).

Dans certaines conditions, les actionnaires peuvent intenter une action en restitution de prestations au frais de la société (art. 697j s. AP-CO).

### **1.3.6.8 Droit d'intenter une action en paiement à la société aux frais de celle-ci**

#### **Besoin de réforme de l'action sociale**

Dans une perspective d'amélioration de la gouvernance d'entreprise, des réformes visant à faciliter l'introduction d'une action en paiement à la société (action sociale) et à réduire les obstacles à son exercice sont souhaitables. Les actions en responsabilité du droit de la SA (art. 752 ss CO) peuvent être intentées par la société ou par chaque actionnaire, qui agit en paiement à la société (art. 756, al. 1, CO). Le but premier de l'action en responsabilité est la réparation du dommage causé à la société, ainsi qu'aux actionnaires et aux créanciers sociaux, du fait d'une violation de la loi ou des statuts par les organes de la société. Elle a également une fonction préventive: le risque de devoir répondre d'un manquement à leurs devoirs doit inciter les organes à s'y conformer. Les buts de l'action en responsabilité ne peuvent être atteints que si les prétentions qui en découlent peuvent effectivement être déduites en justice. En pratique, on constate cependant qu'en dehors de l'hypothèse d'une faillite, l'action en responsabilité contre les organes n'est qu'exceptionnellement exercée, même en cas de violation grave de leur devoir de diligence.<sup>147</sup> Le constat est identique pour l'action en restitution (art. 678 CO; cf. ch. 1.3.6.7).

#### **Intérêt suffisant à l'exercice de l'action**

Le conseil d'administration est généralement réticent à l'idée d'agir contre ses membres, actuels ou anciens, contre ceux de la direction ou contre les réviseurs, car il encourt alors le risque de révéler l'existence de dysfonctionnements dans son organisation ou de manquements dans l'exercice de ses devoirs de direction et de surveillance.

Souvent, l'actionnaire renonce également à intenter action car son intérêt économique individuel est insuffisant. En effet, l'actionnaire qui exerce l'action sociale agit en paiement à la société et ne profite par conséquent de son action que de ma-

<sup>147</sup> PETER FORSTMOSER/THOMAS SPRECHER/GIAN ANDRI TÖNDURY, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht*, Zurich 2005, p. 105; ISABELLE CHABLOZ, *Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance*, Genève 2012, p. 41; HANS-UELI VOGT, *Aktionärsdemokratie*, Zurich 2012, p. 145; DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, art. 756 n° 4, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

nière indirecte et au pro rata de sa participation. Dans les sociétés cotées en bourse, dont l'actionnariat est très fragmenté, le bénéfice retiré par l'actionnaire demandeur en cas de gain du procès est généralement très faible. En revanche, il prend le risque de devoir supporter les frais de la procédure dont le montant est fixé en fonction de la totalité du dommage et qui, compte tenu de la valeur litigieuse, sont habituellement très élevés. A l'inverse, les actionnaires qui ne sont pas partie au procès en retirent les mêmes bénéfices, sans avoir à supporter les risques. En règle générale, lorsque l'actionnariat est fragmenté, les risques liés au procès sont plus importants que les bénéfices individuels escomptés.

Du point de vue de la société et de l'ensemble des actionnaires, l'introduction d'une action est souhaitable lorsque les coûts engendrés sont inférieurs aux bénéfices collectifs retirés. Cependant, en raison du conflit d'intérêts dans lequel se trouve le conseil d'administration et de l'absence d'intérêt économique suffisant de l'actionnaire, les actions en justice visant à obtenir la réparation du dommage causé à la société par un organe ou la restitution de prestations perçues indûment restent l'exception<sup>148</sup>. Il en résulte que les violations par les organes de leurs obligations légales ou statutaires demeurent trop souvent sans conséquence. Pour remédier à ce problème, on trouve dans la doctrine différentes propositions visant à inciter les actionnaires à agir aussi dans l'intérêt collectif. Les solutions proposées cherchent à augmenter l'intérêt économique individuel de l'actionnaire à intenter une action en réduisant les coûts à sa charge ou en augmentant ses bénéfices en cas de gain du procès<sup>149</sup>.

### **Droit d'intenter une action en paiement de la société aux frais de celle-ci - procédure d'autorisation**

La solution retenue dans le cadre de la présente réforme pour favoriser l'action sociale consiste à reconnaître à une minorité qualifiée d'actionnaires le droit d'intenter une action en paiement à la société aux frais de celle-ci. Cette nouvelle institution est réglée aux articles 697j et 679k AP-CO. Elle permettra à l'actionnaire ou aux actionnaires qui souhaitent agir en responsabilité ou en restitution de requérir du tribunal l'autorisation d'exercer l'action sociale aux frais de la société. Cette autorisation lui sera délivrée si le bien-fondé de son action est reconnu, à titre préjudiciel, par le tribunal. Afin de limiter le risque d'actions chicanières, la procédure est réservée aux actionnaires dont la participation atteint les seuils prévus en matière d'examen spécial (art. 697j, al. 1, et 679k, al. 1, AP-CO). Par ailleurs, afin de garantir le caractère subsidiaire de l'intervention des actionnaires, ceux-ci seront tenus de proposer à l'assemblée générale d'ouvrir une action avant de pouvoir requérir l'autorisation du tribunal (art. 697j AP-CO).

### **Règles procédurales pour la répartition des frais**

La situation qui prévaut depuis l'entrée en vigueur du code de procédure civile (CPC)<sup>150</sup> le 1<sup>er</sup> janvier 2011 en ce qui concerne les frais dans l'action sociale<sup>151</sup> a

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Voir ISABELLE CHABLOZ, *Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance*, Genève 2012, p. 460 ss; Hans Caspar von der Crone, *Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert*, SWZ 70/1998, p. 164; HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, *Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»*, GesKR 1/2013, p. 46.

<sup>150</sup> RS 272

d'ores et déjà été qualifiée d'insuffisante. Le Parlement a adopté le 16 mars 2012 un nouvel art. 107, al. 1<sup>bis</sup>, CPC en tant que partie intégrante du contre-projet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives».<sup>152</sup> Cette disposition prévoyait qu'en cas de rejet d'une action du droit de la société en paiement à cette dernière, le tribunal pourra répartir les frais entre la société et le demandeur selon sa libre appréciation. En raison de l'acceptation de l'initiative par le peuple le 3 mars 2013, cette disposition n'est pas entrée en vigueur. Le présent avant-projet la reprend.

Cette nouvelle règle constitue un complément utile à la procédure d'autorisation prévue aux art. 697j et 697k AP-CO. Elle permettra au tribunal de mettre les frais à la charge de la société lorsque l'actionnaire exerce l'action sociale à ses propres frais, soit parce qu'il n'a pas sollicité l'autorisation du tribunal, soit parce que sa requête a été rejetée.

Seul, le nouvel art. 107, al. 1<sup>bis</sup>, AP-CPC n'offrirait pas de solution satisfaisante aux problèmes liés aux coûts excessifs pouvant être mis à la charge des actionnaires, qui constituent un obstacle majeur à l'introduction de l'action sociale. Selon les règles de répartition des frais de la procédure civile, les actionnaires demandeurs resteront notamment tenus de faire les avances de frais, dont le montant est calculé en fonction de la totalité du dommage invoqué et non de leurs intérêts individuels au procès. De plus, ils supporteraient seuls le risque d'insolvabilité du ou des défendeurs en cas d'admission de leur action.

### **Renonciation à l'introduction d'un privilège**

L'octroi au demandeur d'un pourcentage sur le montant récupéré à l'issue du procès est parfois présenté comme une solution aux problèmes de l'action sociale<sup>153</sup>. Un tel privilège, qui implique un versement de la société à un nombre limité d'actionnaires, est problématique du point de vue du principe de l'égalité des actionnaires et des règles sur la protection du capital. En outre, le versement d'un pourcentage sur le montant récupéré entraînerait une double indemnisation du demandeur qui serait contraire aux principes de responsabilité civile. En cas de gain du procès, l'actionnaire serait indemnisé deux fois: une première fois directement lors du paiement du privilège et une deuxième fois indirectement lors du versement du solde à la société, sous la forme d'une augmentation de la valeur de son action.

La nouvelle procédure d'autorisation prévue aux articles 697j et 679k AP-CO permet d'augmenter l'intérêt de l'actionnaire à agir en paiement à la société en supprimant le risque lié aux frais. Il n'est par conséquent pas nécessaire de reconnaître en plus à l'actionnaire un droit à pourcentage du montant récupéré pour l'inciter à intenter

<sup>151</sup> Cf. l'art. 756, al. 2, aCO, selon lequel si, compte tenu de l'état de fait et de droit, l'actionnaire avait de bonnes raisons d'agir, le juge répartit les frais selon sa libre appréciation entre le demandeur et la société, dans la mesure où il ne les met pas à la charge du défendeur. Cette disposition a été abrogée lors de l'entrée en vigueur du CPC.

<sup>152</sup> BO 2012 E 269; BO 2012 N 554.

<sup>153</sup> Voir avis du Conseil fédéral du 13 octobre 2010 sur le rapport du 30 mai 2010 des Commissions de gestion des Chambres fédérales « Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis », FF 2011 3263 3304 s.; rapport du Conseil fédéral du 3 juillet 2013 sur l'exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives, p. 49 s.; et HANS-UELI VOGT, Aktionärsdemokratie, Zurich 2012, p. 147 s.



action. Pour les motifs qui précèdent, la solution du privilège a été écartée de l'avant-projet.

### **Maintien du droit individuel d'ouvrir action**

Il sied de souligner que l'avant-projet n'affecte pas le droit individuel qu'a chaque actionnaire d'agir en paiement à la société tel qu'il existe sous le droit actuel. Les actionnaires dont la participation n'atteint pas les seuils requis, qui renoncent à solliciter l'autorisation de procéder ou qui voient leur requête rejetée par le juge à l'issue de la procédure préalable, restent donc libres d'intenter l'action sociale.

#### **1.3.6.9 Prolongation et suspension du délai de péremption**

L'art. 758, al. 2, CO impartit un délai de six mois aux actionnaires qui n'ont pas adhéré à la décharge pour exercer l'action sociale hors faillite. La décharge ne couvre que les faits révélés (art. 758, al. 1, CO), c'est-à-dire ceux qui ont été portés à la connaissance de l'assemblée générale de façon claire et complète ou qui étaient des faits notoires. Elle ne concerne au demeurant que l'action en dommages-intérêts dont la société dispose hors faillite à l'encontre de ses organes. Elle est donc sans effet lorsque l'action en responsabilité est intentée après le prononcé de la faillite, par l'administration de la faillite, un créancier social ou un actionnaire (art. 757 CO).

Le plus souvent, les faits susceptibles de fonder une action en responsabilité contre les organes n'étaient pas connus des actionnaires au moment du vote et ne sont donc pas couverts par la décharge. Cependant, il arrive que de tels faits soient connus de l'ensemble des actionnaires et qu'une majorité d'entre eux décide malgré tout d'octroyer la décharge. Dans un tel cas de figure, les actionnaires minoritaires devraient pouvoir agir en responsabilité contre les organes. En pratique, le délai de six mois prévu à l'art. 758, al. 2, CO s'est avéré trop bref pour permettre aux actionnaires qui se sont opposés à la décharge ou se sont abstenus de voter pour intenter une action sociale. Ce délai ne leur permet notamment pas de recourir au contrôle spécial pour fonder une action en responsabilité (art. 697c ss CO) et va ainsi à l'encontre du but de cette institution<sup>154</sup>. En effet, à l'échéance du délai de six mois à compter de l'octroi de la décharge par l'assemblée générale, le contrôleur spécial n'a bien souvent pas encore débuté sa mission<sup>155</sup>. Afin de garantir le bon exercice du droit des actionnaires, l'avant-projet prolonge à douze mois le délai de l'art. 758, al. 2, CO et prévoit que celui-ci sera suspendu pendant l'examen spécial ou la procédure d'autorisation d'exercer l'action sociale. Pour des raisons similaires, l'avant-projet prévoit une suspension du délai de prescription de l'action en restitution de prestations en cas d'examen spécial ou d'introduction de la procédure d'autorisation (art. 678a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase).

<sup>154</sup> Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF 1983 II 757, 787 (ch. 213.42).

<sup>155</sup> Voir PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4 éd., 2009, § 16 n° 97; ISABELLE CHABLOZ, *Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance*, Genève 2012, p. 362.

## 1.3.7 Droit de l'assainissement dans le CO

### 1.3.7.1 Contexte et principaux objectifs de la révision

Le 1<sup>er</sup> janvier 2014, la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)<sup>156</sup> portant sur le droit de l'assainissement est entrée en vigueur<sup>157</sup>. Deux motions identiques<sup>158</sup> ont été déposées lors des délibérations parlementaires sur ce projet. Elles ont chargé le Conseil fédéral de présenter, en complément à son message sur la révision de la LP (droit de l'assainissement), un rapport et une proposition visant à prévoir, dans le CO, une procédure d'assainissement complète qui permettra ou facilitera les assainissements d'entreprises avant l'introduction d'une procédure concordataire publique formelle. A cet effet, une commission consultative a été mise en place<sup>159</sup>.

Les modifications élaborées par la commission s'inscriront essentiellement aux art. 725 à 725c CO. Conformément aux motions, il importe surtout de préciser et de compléter les obligations des entreprises, ou plus exactement de leur conseil d'administration, pour que des mesures d'assainissement puissent être prises le plus tôt possible. On pense surtout à la création de «systèmes d'alerte précoce», dont l'un des critères centraux est la menace d'insolvabilité. Le conseil d'administration se verra donc chargé de nouvelles obligations qui concerneront également, dans une certaine mesure, l'organe de révision et l'assemblée générale. Ces obligations doivent, d'une part, permettre de rendre le conseil d'administration attentif, si nécessaire, à la gravité de la situation et, d'autre part, lui enjoindre de surveiller de près l'évolution des finances de la société et, surtout, qu'une procédure concordataire soit ouverte ou non, de procéder aux mesures d'assainissement nécessaires et de surveiller l'efficacité de celles-ci en continu.

Même si un surendettement inscrit au bilan ne signifie par nécessairement qu'une entreprise est vouée à cesser ses activités, il est important de ne pas assouplir la règle actuelle qui prévoit que le tribunal doit absolument être avisé. Le critère pour déterminer quand cet avis doit être transmis reste le surendettement de la société. Toutefois, le débiteur doit pouvoir bénéficier d'un délai de tolérance de 90 jours pour avertir le juge s'il peut faire valoir un projet d'assainissement concret et viable et s'il remplit certaines conditions strictes.

Parallèlement aux dispositions révisées de la LP sur l'assainissement, les nouveaux art. 725 à 725c AP-CO prévoient pour les sociétés en difficultés financières un système flexible faisant intervenir les différents acteurs de manière progressive (organe de révision, assemblée générale, tribunal concordataire). Elles ne visent toutefois pas à ce que la procédure concordataire de la LP ou l'avis de surendettement surviennent plus tard qu'aujourd'hui, mais au contraire à ce que des mesures d'assainissement soient prises plus tôt et à ce que le conseil d'administration utilise en temps opportun tous les instruments offerts par le droit de la SA et par le concordat. Le devoir de diligence du conseil d'administration joue ici un rôle important.

<sup>156</sup> RS 281.1

<sup>157</sup> RO 2013 4111

<sup>158</sup> Motions de la CAJ-E et de la CAJ-N du 21 mai 2012 et du 28 juin 2012 « Procédure d'assainissement précédant le sursis concordataire et l'ouverture de la faillite ».

<sup>159</sup> Cette commission, présidée par MONIQUE JAMETTI (OFJ), réunit les experts suivants : THOMAS BAUER (Bâle), ANDREAS BINDER (Baden/St-Gall), UELI HUBER (Zurich), VINCENT JEANNERET (Genève) et RODRIGO RODRIGUEZ (OFJ). FLORIAN ZIHLER (OFJ) y a participé à titre consultatif.

Par rapport au droit actuel, la révision du droit de l'assainissement se fait dans le CO et met l'accent sur les points suivants pour éviter et pour résoudre les difficultés financières rencontrées par les sociétés: le maintien de la solvabilité (art. 725 AP-CO), une protection du capital anticipée et plus étendue (art. 725a AP-CO) et un sauvetage de l'entreprise garantissant les intérêts des créanciers (art. 725b AP-CO). Les renvois au droit de la SA qui figurent dans d'autres dispositions sont adaptés.

On a pu reprendre du projet de 2007 les dispositions sur la libération par compensation de créances non entièrement couvertes par les actifs à des fins d'assainissement (art. 634a, al. 2, AP-CO; art. 634b, al. 2, du projet de 2007) et celles sur la simplification de la réduction et de l'augmentation simultanées du capital-actions (art. 653p ss AP-CO; art. 653p ss du projet de 2007).

### 1.3.7.2 Prêts dans le cadre de l'assainissement

Les experts consultés se sont montrés défavorables à l'idée de traiter comme des prêts subordonnés les prêts en remplacement de capital propre octroyés par des actionnaires ou des personnes qui leur sont proches ou à fondre ceux-ci dans le capital propre. D'une part, il est difficile de définir les critères auxquels devraient répondre les prêts concernés, d'autre part, les conséquences juridiques d'une telle réglementation ne seraient pas forcément de nature à répondre aux problèmes posés. De plus, en période de difficultés, les personnes proches sont souvent les seules sources de financement dont disposent les entreprises. Il s'agirait donc d'un obstacle à l'assainissement que de soumettre ces personnes à un régime encore plus risqué. Le Tribunal fédéral estime d'ailleurs que les prêts en remplacement de capital propre sont étrangers au droit suisse en vigueur<sup>160</sup>, que les créances des actionnaires envers leur SA doivent être considérées comme des capitaux étrangers et, sous réserves des cas d'abus, être remboursées par la société<sup>161</sup>. Il est dès lors préférable de ne pas prévoir de réglementation supplémentaire dans l'avant-projet.

L'avant-projet renforce la mise en œuvre du droit de l'assainissement instauré par la révision de la LP. Aujourd'hui, seuls le tribunal du concordat et la commission de surveillance peuvent accomplir des actes juridiques non révocables. L'avant-projet prévoit que d'autres engagements pris pendant le sursis avec l'accord du commissaire pourront être non révocables (art. 285, al. 4, AP-LP). Ainsi, certaines mesures d'assainissement, notamment en matière de nouveaux emprunts, pourront être prises rapidement et de manière irrévocable. Grâce à cette modification, il sera beaucoup plus facile de prendre des mesures d'assainissement lors du sursis concordataire. Les mesures prises avant celui-ci, y compris les prêts, resteront soumises à la jurisprudence actuelle<sup>162</sup>.

<sup>160</sup> ATF 5C.226/2005 du 2 mars 2005, consid. 3.

<sup>161</sup> ATF 4A\_496/2010 du 14 février 2011, consid. 2.4. Pour plus de détails, voir: JÜRIG ROTH, Sanierungsdarlehen, Nachrang – Vorrang – Gleichrang, Bâle 2009.

<sup>162</sup> Voir surtout SUSAN EMMENEGGER, Das Sanierungsdarlehen, in: Susan Emmenegger (éd.), Kreditrecht, Bâle 2010, p. 153 ss, en particulier p. 169 ss; et OLIVIER HARI, Action révocatoire et prêt d'assainissement font-ils bon ménage?, GesKR 4 (2008), p. 372 ss.

### 1.3.7.3

#### **Intégration de l'ajournement dans les dispositions sur le concordat de la LP**

Le projet de révision de l'assainissement dans la LP prévoyait à l'origine de fondre l'ajournement de la faillite dans les dispositions sur le concordat (art. 725a CO). Le Parlement a toutefois renoncé à supprimer l'ajournement de la faillite en raison des avantages qu'il présentait par rapport au sursis concordataire: d'une part, il permet au conseil d'administration de remplir son obligation d'aviser le juge et de corriger le tir avant qu'une procédure de faillite soit ouverte; d'autre part, il permet, contrairement à la procédure concordataire révisée, de procéder à un assainissement « tacite » (soit sans publication) sans contrainte de délai, ce qui peut toutefois être problématique pour les créanciers. L'avant-projet intègre les avantages de l'ajournement de la faillite aux dispositions sur le concordat et prévoit donc une adaptation ponctuelle de la LP en la matière. Le sursis concordataire provisoire (donc tacite) est prolongé de quatre mois au maximum (pour une durée totale maximale de huit mois) dans les cas qui le justifient (art. 293a, al. 2, AP-LP). Au vu de la procédure d'assainissement que l'avant-projet propose d'insérer dans le CO (art. 725 ss AP-CO), il serait possible de traiter l'ajournement de la faillite dans le droit concordataire (LP) et de le supprimer totalement du CO. Les entreprises pourraient alors bénéficier d'une procédure qui leur permettrait, si nécessaire, d'avoir plusieurs mois à disposition pour tenter de s'assainir sur la base du droit de la SA ou du concordat, et ce en évitant que leur réputation ne soit entachée par une publication et en garantissant les intérêts des créanciers.

Conformément à l'art. 293c, al. 2, LP, il est possible de renoncer à rendre public le sursis provisoire dans les cas où cela se justifie. Cette disposition, légèrement différente de l'art. 725a, al. 3, CO, ne veut pas dire que la non-publication doit avoir un caractère exceptionnel. La non-publication, dans le cas d'espèce, doit simplement représenter un intérêt du point de vue de l'assainissement de l'entreprise. Au moment d'appliquer cette règle, on veillera à ne pas soumettre la non-publication à des exigences plus strictes qu'elle ne l'est actuellement dans le cadre de l'ajournement « tacite » de la faillite. Lors de la pesée des intérêts, on veillera également à ce que, en cas de non-publication, les intérêts des créanciers soient dûment protégés au moment de la nomination obligatoire d'un commissaire.

### 1.3.7.4

#### **Autres possibilités d'assainissement que celles proposées par le CO**

La commission d'experts a examiné d'autres possibilités d'assainissement en dehors du CO (notamment: relativisation du principe de nantissement et révision de la protection des créanciers en cas de scission et de transfert de patrimoine dans le cadre de la LFus). Les propositions de révision dans ces domaines dépasseraient toutefois le cadre matériel de l'avant-projet, et ne pourraient dans tous les cas pas être traitées dans le délai prévu pour l'avant-projet. De plus, avant d'entreprendre d'autres réformes, il apparaît judicieux d'observer la manière dont les modifications, en matière d'assainissement, apportées par la révision de la LP<sup>163</sup> et celles proposées par l'avant-projet (CO) seront mises en œuvre.

<sup>163</sup> RO 2013 4111

### 1.3.8 **Suppression de la consolidation à la valeur comptable**

Très schématiquement, lors de la consolidation à la valeur comptable, la comptabilité des entreprises du groupe est reprise presque telle quelle dans la comptabilité du groupe. Le concept de consolidation à la valeur comptable n'est toutefois pas défini de manière uniforme. La pratique et la doctrine apprécient d'ailleurs différemment son utilité. En appliquant des règles de consolidation strictes et cohérentes, par exemple celles du Manuel suisse d'audit<sup>164</sup>, on obtient une image fiable pour un tiers de la santé économique du groupe<sup>165</sup>. Certains auteurs estiment que ces règles sont insuffisantes<sup>166</sup>. Quant à la consolidation à la valeur comptable, tous les auteurs s'accordent à dire qu'elle est problématique. Quoiqu'il en soit, on considère que seules des normes comptables reconnues<sup>167</sup> permettent de tenir une comptabilité de groupe moderne.

Dans son rapport du 13 décembre 2013 sur les coûts de la réglementation<sup>168</sup>, le Conseil fédéral souligne le fait que la consolidation à la valeur comptable entraîne des coûts de plusieurs millions et qu'elle est contestée quant à son utilité. C'est pourquoi, dans l'avant-projet, on a préféré relever les valeurs seuils à partir desquelles un groupe est tenu de dresser des comptes consolidés (art. 963a AP-CO). La possibilité de consolider les comptes à la valeur comptable étant supprimée, les comptes consolidés doivent simplement être établis selon une norme comptable reconnue (art. 963b AP-CO). Cette solution avait déjà été suggérée dans le rapport susmentionné. Le potentiel de réduction des coûts est évalué à environ 20 millions de francs.

### 1.3.9 **Rapport des entreprises de matières premières sur les paiements effectués au profit de gouvernements**

#### 1.3.9.1 **Contexte**

Le 25 juin 2014, le Conseil fédéral a adopté le rapport du 16 mai 2014 relatif à la recommandation 8 du rapport de base sur les matières premières et au postulat 13.3365 du 29 avril 2013 de la Commission de politique extérieure du Conseil national (CPE-N) « Davantage de transparences dans le secteur des matières pre-

<sup>164</sup> Voir Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfung, Tome «Buchführung und Rechnungslegung», Zurich 2014, p. 373; ainsi que STEPHAN GLANZ, Die Konzernrechnung, Zurich 2009, p. 54 s.

<sup>165</sup> Voir RETO EBERLE, Buchwertkonsolidierung – Auslaufmodell oder Normalfall?, ST 2012/11, p. 898 ss.

<sup>166</sup> Voir MARKUS R. NEUHAUS/JÖRG BLÄTTLER, art. 663g n° 11, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012; MARKUS ZENHÄUSERN/PETER BERTSCHINGER, Konzernrechnungslegung, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, p. 150 s.; STEPHAN GLANZ, Die Konzernrechnung, Zurich 2009, p. 24.

<sup>167</sup> Ordonnance du 21 novembre 2012 sur les normes comptables reconnues (ONCR, RS 221.432).

<sup>168</sup> Rapport, p. 29 ss, disponible à l'adresse: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=51395>.

mières »<sup>169</sup>. Le Conseil fédéral recommande de régler la question de la transparence en Suisse en s'inspirant des actes de l'UE. La modification du 26 juin 2013 de la directive 2013/34/UE (directive comptable) est entrée en vigueur le 19 juillet 2013 et doit être mise en œuvre par les Etats membres d'ici au 19 juillet 2015. La directive 2013/50/UE, adoptée le 22 octobre 2013, prévoyait plusieurs modifications de la directive sur la transparence. Celle-ci est entrée en vigueur le 26 novembre 2013 et doit être mise en œuvre par les Etats membres d'ici au 26 novembre 2015. Or, la directive comptable et la directive sur la transparence contiennent des dispositions sur la publication des paiements au profit de gouvernements effectués par des entreprises productrices de matières premières.

Aux Etats-Unis, des dispositions similaires figurent à la section 1504 du *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, adopté le 21 juillet 2010. Elles n'ont toutefois pas encore été mises en œuvre, car, dans son arrêt du 2 juillet 2013, la Cour du district de Columbia a considéré comme fondé un recours de l'American Petroleum Institute et de l'U.S. Chamber of Commerce contre les dispositions d'exécution de la section 1504. La Cour a demandé à la Securities and Exchange Commission d'élaborer de nouvelles dispositions d'exécution.

### 1.3.9.2 Aperçu de la réglementation

Les nouveaux art. 964a ss AP-CO s'inspirent dans une large mesure des directives européennes susmentionnées (voir point 1.3.9.1). L'avant-projet propose de les placer au titre trente-deuxième du CO sur la comptabilité commerciale et la présentation des comptes. Une disposition pénale est en outre prévue (art. 325<sup>bis</sup> AP-CP). La réglementation sur la transparence dans les entreprises de matières premières est intégrée au CO, car elle est étroitement liée, thématiquement, aux dispositions sur la présentation des comptes. En effet, la comptabilisation des paiements effectués au profit de gouvernements devant être réalisée de manière régulière et efficace, elle est soumise aux dispositions sur la comptabilité commerciale et la présentation des comptes. Si d'autres aspects de l'activité des entreprises de matières premières (relevant notamment du droit public) devaient être réglés à l'avenir (par ex. obligation d'obtenir une autorisation), il y aurait lieu d'édicter une loi spéciale.

La réglementation vaut uniquement pour les entreprises que la loi soumet au contrôle ordinaire et qui sont actives dans la production de matières premières (minerais, pétrole, gaz naturel, bois provenant de forêts primaires). Ne sont concernées que les grandes entreprises cotées en bourse. L'avant-projet veut obliger celles-ci à rendre compte dans un rapport écrit de tous les paiements effectués au profit de gouvernements qui dépassent 120 000 francs par exercice comptable. Le rapport doit être publié par voie électronique. Les entreprises sont également tenues de conserver les rapports et les autres pièces importantes pendant au moins dix ans. L'avant-projet prévoit enfin une norme de délégation permettant au Conseil fédéral d'étendre les obligations des art. 964a ss AP-CO aux entreprises actives dans le négoce de matières premières (cf. art. 964f). L'art. 325<sup>bis</sup> AP-CP, quant à lui, sanctionne l'inobservation des prescriptions relatives à l'établissement du rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements.

<sup>169</sup> Le rapport est disponible à l'adresse:  
<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2014/2014-06-25.html>.

### 1.3.9.3 Objectifs

L'économie dépendant des ressources naturelles, l'industrialisation et la mondialisation entraîne une forte demande en matières premières. La plus grande partie d'entre elles provient des pays en développement. Or, dans ces pays, les structures étatiques sont souvent insuffisantes. Il existe dès lors un grand risque que les paiements effectués à leurs gouvernements dans le cadre de l'extraction et du négoce de matières premières soient détournés (mauvaise gestion, corruption, etc.), servent à financer des conflits ou soient utilisés à d'autres fins non souhaitables. Parmi les activités en lien avec les matières premières, on peut distinguer la production du commerce physique. Dans le cadre du commerce de transit, comme celui pratiqué par les entreprises sises en Suisse, la marchandise ne passe généralement pas sur le territoire suisse. Au cours des dernières décennies, la Suisse est devenue l'une des places de négoce des matières premières les plus importantes au monde. Elle a donc une responsabilité particulière.

L'obligation, pour les entreprises ayant leur siège en Suisse, de publier les versements effectués au profit de gouvernements (entreprises publiques comprises) contribuera à renforcer la transparence. Les investisseurs et les banques des entreprises de matières premières pourront se faire une idée plus claire de la manière dont ces entreprises interviennent sur les plans économique et financier dans les pays producteurs. Au niveau international, on observe une tendance vers plus de transparence sur les paiements effectués par les entreprises de matières premières au profit des gouvernements. La mise en place d'une réglementation sur la transparence permettra à la Suisse de réduire la pression internationale exercée sur elle et de préserver sa réputation.

Les paiements à inscrire dans le rapport sont les mêmes que ceux que l'Initiative pour la transparence des industries extractives (ITIE) recommande de publier.

Les art. 964a ss AP-CO ne seront dans un premier temps applicables qu'aux entreprises actives dans la production de matières premières. Une norme de délégation prévoit toutefois que le Conseil fédéral pourra étendre leur champ d'application, dans le cadre d'une procédure harmonisée à l'échelle internationale, aux entreprises de négoce de matières premières.

### 1.3.10 Cohérence entre les différentes parties du droit des sociétés

Le droit des sociétés est composé de plusieurs parties qui ciblent des problématiques juridiques et économiques différentes. Si ces différentes parties ne prévoient pas des réglementations fondamentalement différentes les unes des autres, il convient de régler les aspects qui réapparaissent dans chacune d'entre elles de la manière la plus similaire possible. C'est là la seule manière d'éviter les contradictions et d'assurer la cohérence interne du droit des sociétés.

L'avant-projet prévoit aussi une harmonisation des dispositions sur la Sàrl, la société coopérative, l'association et la fondation avec celles sur la SA, notamment en ce qui concerne les points suivants:

- Capital social en monnaie étrangère;

- Valeur nominale des actions et des parts sociales supérieures à zéro;
- Nouvelle réglementation pour la réduction de capital;
- Réduction des dispositions statutaires obligatoires au minimum nécessaire;
- Suppression de la reprise de biens en tant que procédé qualifié lors de la fondation ou de l'augmentation de capital;
- Restitution de prestations;
- Dispositions sur les dividendes et les dividendes intermédiaires;
- Recours aux médias électroniques pour la préparation et le déroulement de l'assemblée générale;
- Obligation d'aviser le tribunal et assainissement.

Le droit des sociétés est caractérisé par un certain parallélisme entre ses différentes parties. Il importe de préciser que les renvois entre les parties sont dynamiques. Autrement dit, lorsqu'une norme à laquelle une autre disposition renvoie, est modifiée, le renvoi est maintenu et se rapporte à cette nouvelle norme. Dans le cas contraire, il faudrait que le législateur le prévienne expressément<sup>170</sup>.

## **1.4 Rapports avec le droit européen**

### **1.4.1 Pas d'obligation directe**

Aucun traité international n'oblige la Suisse à reprendre le droit dérivé de l'Union européenne (UE) relatif aux sociétés.

Il n'en reste pas moins que l'adoption par elle d'une législation totalement indépendante en la matière poserait un certain nombre de problèmes<sup>171</sup>.

L'avant-projet est largement conforme au droit correspondant de l'UE. Il n'intègre pas cependant les dispositions européennes non convaincantes sur le fond ou contraires soit à des dispositions contraignantes de l'art. 95, al 3, Cst., soit à une institution juridique établie dans la pratique suisse.

L'avant-projet ne se réfère aucunement à la nationalité des personnes physiques. Il ne présente donc à première vue aucun risque de discrimination illicite au niveau de la loi, en particulier concernant les accords bilatéraux liant la Suisse et l'UE.

Les points qui suivent dressent un comparatif entre l'avant-projet et des actes normatifs importants de l'UE concernant le droit des sociétés.

<sup>170</sup> Voir HEINRICH KOLLER/HANSPETER KLÄY, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht (zur «Breitenwirkung» des revidierten Aktienrechts), in: Roland von Büren (éd.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz – Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Berne 1997, p. 193 ss.

<sup>171</sup> Voir le rapport final du groupe de réflexion «Droit des sociétés» du 24 septembre 1993, p. 8



### 1.4.2

#### **Directive 2007/36/CE concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées**

Dans quelle mesure l'avant-projet correspond-il à la directive (Dir.)<sup>172</sup> en ce qui concerne l'exercice transfrontalier de certains droits des actionnaires? La directive vise en priorité à faciliter la participation d'actionnaires non-résidents à l'assemblée générale de sociétés cotées. L'avant-projet s'en écarte sur les points relativement insignifiants qui suivent:

- L'assemblée générale ordinaire est convoquée 30 jours au moins et l'assemblée générale extraordinaire 20 jours au moins avant la date à laquelle elle doit avoir lieu (art. 700, al. 1, AP-CO). L'art. 5 de la directive prévoit 21 jours, le délai pouvant être réduit à 14 jours si certaines conditions sont remplies. Un délai de 21 jours serait trop court, notamment pour permettre au forum électronique (voir art. 701g AP-CO) de jouer entièrement son rôle dans la formation de l'opinion des actionnaires.
- La directive contient des instructions détaillées quant à la forme et au contenu de la convocation et à la publication des informations correspondantes sur le site Internet de l'entreprise (art. 5 Dir.). L'avant-projet s'abstient d'aller aussi loin (voir art. 700, al. 2 à 5, AP-CO).
- Contrairement à la directive (art. 12 Dir.), l'avant-projet ne prévoit pas explicitement le vote par correspondance. Il prévoit en revanche l'élection obligatoire d'un représentant indépendant (voir art. 689c AP-CO) et la possibilité de convoquer une assemblée générale virtuelle (voir art. 701d AP-CO).
- La directive exige que les résultats des votes de l'assemblée générale soient publiés sur le site Internet de la société dans les 15 jours (art. 14 Dir.). L'avant-projet statue quant à lui que le procès-verbal de l'assemblée générale est mis à la disposition des actionnaires en version intégrale, sous forme électronique ou sur papier, dans les 20 jours qui suivent l'assemblée générale (voir art. 702, al. 3, AP-CO). Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, les décisions et le résultat des votes avec indication de la répartition exacte des voix sont accessibles par voie électronique dans les deux jours qui suivent l'assemblée générale (voir art. 702, al. 4, AP-CO).

### 1.4.3

#### **Proposition de modification de la directive 2007/36/CE de la Commission européenne**

Le 9 avril 2014, la Commission européenne a publié une proposition de modification de la directive 2007/36/CE (voir point 1.4.2) visant à promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires<sup>173</sup>. La Commission européenne souhaite que les Etats

<sup>172</sup> Directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées (JO L 184/17 du 14 juillet 2007)

<sup>173</sup> La proposition de la Commission européenne (COM (2014) 213 final) est accessible ici: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=COM:2014:213:FIN&from=FR> et tous les autres documents ici: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/modern/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_fr.htm)

membres édictent des dispositions concernant les quelque 10 000 sociétés cotées en bourse, en particulier dans les domaines suivants:

- Les Etats membres garantissent que, à la demande de l'entreprise, l'intermédiaire communique sans délai indu à l'entreprise le nom et les coordonnées des actionnaires. L'intermédiaire doit transmettre les informations de la société aux actionnaires. Il peut prélever des frais proportionnés<sup>174</sup>. Les intermédiaires de pays tiers qui ont établi une filiale dans l'UE sont tenus de respecter ces obligations<sup>175</sup>.
- La proposition prévoit des prescriptions plus strictes en matière de transparence pour les investisseurs institutionnels (assurances-vie, institutions de retraite professionnelle) et leurs gestionnaires d'actifs en ce qui concerne l'engagement des actionnaires (politique d'engagement) et la stratégie d'investissement, notamment dans la perspective des objectifs à long terme et de la prévention des conflits d'intérêts<sup>176</sup>.
- Les conseillers en vote doivent faire preuve de davantage de transparence. Ils doivent notamment publier les méthodes et les modèles sur lesquels ils fondent leurs recommandations de vote, leurs principales sources d'information, leur façon de régler les conflits d'intérêts, de même que le nombre total de recommandations de vote fournies au cours de l'année écoulée<sup>177</sup>.
- Les rémunérations versées aux administrateurs doivent être publiées dans un rapport sur la rémunération. Ce rapport est soumis chaque année au vote des actionnaires. Lorsque les actionnaires votent contre le rapport sur la rémunération, la société explique, dans le rapport sur la rémunération suivant, si le vote des actionnaires a été pris en compte ou non et dans l'affirmative, de quelle manière. La politique de rémunération de la société doit être soumise à l'approbation des actionnaires au moins tous les trois ans. La politique de rémunération doit notamment expliquer la manière dont elle contribue aux intérêts et à la viabilité à long terme de l'entreprise Elle doit aussi décrire la manière dont les conditions d'emploi et de rémunération des salariés de l'entreprise ont été prises en compte lors de son établissement, en expliquant le ratio entre la rémunération moyenne des administrateurs et la rémunération moyenne des salariés. La proposition ne fixe pas de plafond pour la rémunération des cadres mais oblige les entreprises à en prévoir un dans leur politique de rémunération interne. Les transactions avec des parties liées doivent également être publiées et, si nécessaire, soumises à un avis indépendant et au vote des actionnaires<sup>178</sup>.

La Commission européenne a demandé aux Etats membres de lui fournir des documents explicatifs concernant la future mise en œuvre de sa proposition, dans le but de clarifier la relation entre les dispositions de la nouvelle directive et les mesures nationales de transposition envisagées<sup>179</sup>.

<sup>174</sup> Art. 3 bis à quinquies

<sup>175</sup> Art. 3 sexies

<sup>176</sup> Art. 3 septies à nonies

<sup>177</sup> Art. 3 decies

<sup>178</sup> Art. 9 bis à quater

<sup>179</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 9 avril 2014 modifiant la directive 2007/36/CE, voir p. 11.

Le Parlement européen et le Conseil ont approuvé en mai 2014 la directive modificatrice 2014/59/UE<sup>180</sup>, dont l'art. 121 modifie ponctuellement la directive 2007/36/CE (en réduisant notamment le délai de convocation à une assemblée générale pour décider de procéder à une augmentation de capital, afin d'éviter des mesures de résolution de défaillance et d'assainissement plus poussées). Les aspects évoqués ci-dessus n'ont toutefois pas encore été traités.

#### **1.4.4 Deuxième directive sur le droit des sociétés 2012/30/UE (directive sur le capital)**

La version remaniée de la deuxième directive européenne sur le droit des sociétés<sup>181</sup> (Dir. 2) revêt elle aussi une certaine importance quant à plusieurs dispositions de l'avant-projet. Les deux textes sont très semblables. Leurs points de divergence sont rares:

- L'avant-projet ne prévoit pas d'obligation de publier les frais de constitution (art. 3, let. j, Dir. 2).
- Il abolit la libération partielle du capital nominal (voir art. 632 AP-CO), contrairement à la directive (art. 9 et 30 Dir. 2).
- Il va dans le même sens que la directive en ce qui concerne les apports en nature (voir art. 634 AP-CO et art. 10 Dir. 2) mais, contrairement à elle (art. 10, al. 4, et 11 s., Dir. 2), il ne prévoit pas la possibilité de renoncer aux prescriptions concernant la fondation par apport en nature. Contrairement au droit en vigueur, l'avant-projet prévoit toutefois de supprimer le concept des reprises de biens (effectives ou envisagées) (voir point 1.3.1.3).
- Contrairement à la directive (art. 20 Dir. 2), l'avant-projet ne prévoit toujours pas d'interdire à une société d'acquérir ses propres actions (voir art. 659 s. AP-CO)<sup>182</sup>.
- En ce qui concerne les conditions et la divulgation de l'acquisition d'actions propres, les dispositions de l'avant-projet sont analogues à celles de la directive (art. 21 ss. Dir. 2), mais moins détaillées (voir art. 659 s. AP-CO; art. 959c, al. 2, ch. 4 et 5, CO). La directive donne par exemple la liste exhaustive des cas dans lesquels la société peut acquérir ses propres actions au-delà du seuil de 10 % du capital nominal (art. 22 Dir. 2). Elle précise aussi que les actions acquises au-delà de ce seuil doivent être cédées dans un délai de trois ans. Dans l'avant-projet, comme dans le droit en vigueur (art. 659, al. 2, CO), ce délai est de deux ans. Cette moindre tolérance est justifiée car l'acquisition d'actions propres équivaut à un partage de l'actif social en de-

<sup>180</sup> Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 (JO L 173/190 du 12 juin 2014).

<sup>181</sup> Directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (JO L 315/74 du 14 novembre 2012).

<sup>182</sup> Voir PETER BÖCKLI, «Schweizer Aktienrecht», 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 4 n° 32 ss.

hors de toute procédure de réduction du capital ou de liquidation en bonne et due forme.

- Le droit de souscription préférentiel fait l'objet de divergences minimales, comme c'est déjà le cas avec le droit en vigueur (Art. 652*b* CO et AP-CO). La nouvelle disposition de l'avant-projet concernant la préservation du droit de souscription préférentiel en cas de prise ferme (voir art. 652*b*, al. 1<sup>bis</sup>, AP-CO) est conforme à la directive (art. 33, al. 7, Dir. 2).
- Les nouvelles dispositions relatives à la réduction ordinaire du capital-actions (voir art. 653*j* ss AP-CO) sont conformes à celles de la directive. Mais contrairement à cette dernière (art. 44 Dir. 2), ni le droit en vigueur (art. 703 s. CO) ni l'avant-projet (voir art. 703 s. AP-CO) n'exigent à cet égard de quorum qualifié. Par ailleurs, contrairement à ce que prévoit la directive (art. 35 Dir. 2, voir aussi art. 29, par. 3, Dir. 2) la suppression d'actions à droit de vote privilégié ne nécessite pas d'assemblée spéciale des actionnaires concernés (une disposition d'ailleurs controversée dans la pratique<sup>183</sup>). Contrairement à la directive (art. 34 Dir. 2), le but d'une réduction du capital-actions ne doit pas figurer expressément dans la décision de réduction (voir art. 653*n*, al. 1, AP-CO).

#### **1.4.5 Recommandations de la Commission sur la rémunération dans les sociétés cotées**

Ces dernières années, la Commission européenne a émis à l'intention des Etats membres plusieurs recommandations sur la rémunération:

- recommandation du 14 décembre 2004 encourageant la mise en œuvre d'un régime approprié de rémunération des administrateurs des sociétés cotées<sup>184</sup>;
- recommandation du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance<sup>185</sup>;
- recommandation du 30 avril 2009 complétant les recommandations 2004/913/CE et 2005/162/CE en ce qui concerne le régime de rémunération des administrateurs des sociétés cotées<sup>186</sup>.

Ces recommandations avaient pour but de garantir la transparence des pratiques de rémunération et le contrôle par les actionnaires de la politique de rémunération et de la rémunération individuelle grâce à la divulgation des rémunérations, à l'instauration d'un vote obligatoire ou consultatif concernant la déclaration sur les rémunérations et à l'approbation par les actionnaires des plans de rémunération basée sur des actions. Elles avaient aussi pour objectif d'assurer qu'une surveillance non exécutive efficace et indépendante soit exercée et que le comité de rémunération joue un rôle au moins consultatif au sujet des pratiques de rémunération.

<sup>183</sup> Voir PETER BÖCKLI, «Schweizer Aktienrecht», 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 12 n° 375.

<sup>184</sup> Recommandation 2004/913/CE, JO L 385/55 du 29 décembre 2004

<sup>185</sup> Recommandation 2005/162/CE, JO L 52/51 du 25 février 2005

<sup>186</sup> Recommandation 2009/385/CE, JO L 120/28 du 15 mai 2009

#### 1.4.6 Directives 2013/34/UE (directive comptable) et 2013/50/UE (modification de la directive sur la transparence)

Les dispositions de l'avant-projet relatives à l'établissement d'un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements s'appuient quant au fond sur les directives 2013/34/UE (directive comptable)<sup>187</sup> et 2013/50/UE (modification de la directive sur la transparence)<sup>188</sup>. Ces deux directives sont entrées en vigueur respectivement le 19 juillet et le 26 novembre 2013, et les Etats membres de l'UE ont pour les transposer dans leur législation nationale jusqu'au 19 juillet 2015 pour la première et jusqu'au 26 novembre 2015 pour la seconde. Aussi reste-t-il de nombreuses questions d'interprétation à régler et dans l'UE et dans les législations nationales des Etats membres (en ce qui concerne les sanctions, par ex.).

L'avant-projet s'écarte délibérément des directives européennes sur quelques points: les dispositions relatives à la transparence s'appliquent aux entreprises que la loi soumet au contrôle ordinaire de leurs comptes annuels. Elles renvoient à l'art. 727, al. 1, CO et aux seuils fixés au ch. 2. Ces seuils sont indiqués en francs suisses alors que, dans les directives européennes, les seuils sont indiqués en euros. Il n'y a, dans l'avant-projet, ni conversion ni relèvement des seuils, parce que cela affecterait à peine le nombre des entreprises concernées par cette disposition à défaut de conversion, et que le taux de change varie constamment. La conversion et la modification des seuils entraîneraient une redéfinition des petites et moyennes entreprises, simplement pour répondre aux dispositions sur la transparence des paiements. Cela n'est ni nécessaire ni utile. Le Parlement s'est toujours montré très attaché à l'uniformité des seuils applicables aux petites et moyennes entreprises en droit commercial (voir les seuils concordants définis à l'art.727, al. 1, ch. 2, let. a et b, CO concernant l'obligation de révision ordinaire, à l'art. 963a, al. 1, ch. 1, CO concernant l'obligation de dresser des comptes consolidés et à l'art. 2, let. e, LFus concernant la définition des petites et moyennes entreprises en cas de restructuration). Cette uniformité des seuils a d'ailleurs fait ses preuves; il n'y a donc aucune raison de s'en écarter dans les dispositions sur la transparence des paiements.

Le montant minimum des paiements à rendre publics est fondé sur les directives européennes, qui prévoient la somme de 100 000 euros. Dans l'avant-projet, il est libellé en francs suisses et correspond au cours actuel à environ 120 000 francs.

L'avant-projet impose la publication des paiements effectués au profit d'une personne proche d'un gouvernement. Le terme de proche est déjà utilisé aux art. 663<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 5, CO et 16 ORAb concernant la publication des rémunérations pour les sociétés cotées en bourse. Il n'est pas possible de dire pour le moment si cette for-

<sup>187</sup> Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil (JO L 182/19 du 29 juin 2013).

<sup>188</sup> Rectificatif à la directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2007/14/CE de la Commission portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive 2004/109/CE.

mulation dépasse le champ d'application des directives de l'UE car les Etats membres ne les ont pas encore mises en œuvre.

La disposition pénale sert à mettre en œuvre les nouvelles obligations et complète la réglementation<sup>189</sup>.

Les directives de l'UE comprennent un mécanisme qui permet de reconnaître l'équivalence d'exigences étrangères (art. 46 de la directive 2013/34/UE et art. 23 de la directive 2004/109/CE modifiée par la directive 2013/50/UE). L'avant-projet ne prévoit pas de tel mécanisme, car le contrôle de cette équivalence serait forcément complexe et générateur de difficultés.

## **1.5 Mise en œuvre**

La mise en œuvre des nouvelles dispositions concerne principalement les entreprises, en particulier les SA et leurs organes de révision, mais aussi les autorités du registre du commerce pour ce qui est des faits à publier dans le registre du commerce (modification du capital nominal, par ex.) et de la modification des statuts, de même que les autorités cantonales de poursuite pénale en cas de violation des dispositions pénales. L'avant-projet ne modifie pas fondamentalement l'exécution actuelle du droit de la SA, des dispositions relatives à la prévoyance professionnelle et du droit pénal.

Pour le reste, nous renvoyons aux explications concernant la délégation de compétences législatives (voir point 5.4).

## **1.6 Classement d'interventions parlementaires**

### **1.6.1 Interventions parlementaires à classer**

Les interventions parlementaires suivantes requièrent des améliorations du droit de la SA:

- postulats «Action sans valeur nominale» et «Introduction de l'action sans valeur nominale» de la CER-E et de la CER-N des 11 septembre et 30 octobre 2000<sup>190</sup>;
- motion LEUTENEGGER OBERHOLZER «Transparence des salaires des cadres et des indemnités des administrateurs» du 22 mars 2001 (transmise sous forme de postulat)<sup>191</sup>;

<sup>189</sup> Selon l'«executive summary» du message du Department for Business Innovation & Skills britannique d'août 2014 relatif à la mise en œuvre de la directive 2013/34/UE, p. 5, le droit national doit prévoir des sanctions permettant d'infliger des amendes sans limitation de montant et des peines de prison (voir [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/343599/bis-14-1006-eu-accounting-directive-implementation-extractive-industries-reporting-response.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/343599/bis-14-1006-eu-accounting-directive-implementation-extractive-industries-reporting-response.pdf)).

<sup>190</sup> 00.3423/00.3598

<sup>191</sup> 01.3153

- motion LEUTENEGER OBERHOLZER «Renforcement de la protection des actionnaires minoritaires» du 9 mai 2001 (transmise partiellement sous forme de postulat)<sup>192</sup>;
- motion WALKER «Société par actions. Principes de la ‘corporate governance’» du 20 juin 2001 (transmise sous forme de postulat)<sup>193</sup>;
- postulat WICKI «Expertise juridique suite à la débâcle de Swissair» du 12 mars 2002<sup>194</sup>;
- postulat WALKER «Corporate governance. Protection des investisseurs» du 20 mars 2002<sup>195</sup>;
- motions «Procédure d’assainissement précédant le sursis concordataire et l’ouverture de la faillite» de la CAJ-E et de la CAJ-N des 21 mai et 28 juin 2012<sup>196</sup>.

Les requêtes exprimées ont été examinées et largement prises en compte dans l’avant-projet. Nous renvoyons aux explications relatives aux différents sujets.

Trois autres initiatives parlementaires ont déjà été mises en œuvre sur le fond par la révision de lois ou d’ordonnances:

- motion «Renforcement des dispositions légales relatives à la présentation des comptes et au contrôle des entreprises» de la COMMISSION DE GESTION DU CONSEIL DES ETATS du 19 septembre 2002<sup>197</sup>. Cette motion a été mise en œuvre par la LFus, par le nouveau droit de la (surveillance de la) révision (en particulier les art. 727 ss CO et la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision [LSR]<sup>198</sup>), par des modifications ponctuelles de la LBVM et par le nouveau droit comptable du 23 décembre 2001 (en particulier les art. 957 ss CO);
- motion LEUTENEGER OBERHOLZER «Etablissement des comptes et révision» du 25 septembre 2002<sup>199</sup>. Cette motion a également été mise en œuvre par le droit de la (surveillance de la) révision et par le nouveau droit comptable;
- postulat IMFELD «Accès libre par Internet aux données des registres du commerce» du 8 mars 2006<sup>200</sup>. Ce postulat a été exécuté dans l’art. 12 de l’ORC.

En ce qui concerne les dispositions relatives à l’établissement d’un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements (voir point 1.3.9), il convient de rappeler le postulat «Davantage de transparence dans le secteur des matières premières»<sup>201</sup> de la CPE-N. Ce postulat se réfère à la recommandation 8 du rapport de

<sup>192</sup> 01.3261

<sup>193</sup> 01.3329

<sup>194</sup> 02.3045

<sup>195</sup> 02.3086

<sup>196</sup> 12.3403/12.3654

<sup>197</sup> 02.3470

<sup>198</sup> RS **221.302**; voir aussi ordonnance du 22 août 2007 sur la surveillance de la révision (OSRev; RS **221.302.3**).

<sup>199</sup> 02.3489

<sup>200</sup> 06.3026

<sup>201</sup> 13.3365

base sur les matières premières<sup>202</sup>, dans laquelle le Conseil fédéral envisage d'évaluer les effets pour le secteur suisse des matières premières d'une adoption - à l'image des Etats-Unis et de l'UE - de dispositions sur la transparence, et d'examiner l'idée d'élaborer un projet destiné à la consultation. Il charge le Conseil fédéral d'examiner si ces dispositions pourraient être appliquées à l'ensemble du secteur des matières premières, autrement dit aussi bien aux entreprises cotées en bourse qu'à celles ne l'étant pas, et aussi bien aux activités d'extraction qu'aux activités de négoce. Il invite également le gouvernement à indiquer comment il entend s'engager en faveur de normes de transparence globales. Le rapport du 16 mai 2014 en réponse à la recommandation 8 du rapport de base sur les matières premières et au postulat a été approuvé par le Conseil fédéral le 25 juin 2014.

Les motions et postulats qui viennent d'être énoncés peuvent par conséquent être classés.

## **1.6.2 Interventions non encore examinées par le Parlement**

Deux autres interventions parlementaires relatives au droit de la SA n'ont toujours pas été traitées par le Parlement (état: août 2014):

- motion SCHWAAB «Pour des rémunérations variables durables et conformes à la situation économique de l'entreprise» du 6 mars 2013<sup>203</sup>;
- motion LEUTENEGGER OBERHOLZER «Conséquences fiscales du versement d'indemnités ou de bonus excessifs en cas de report de pertes» du 20 mars 2014<sup>204</sup>.

## **2 Commentaire des dispositions**

### **2.1 Société anonyme**

#### **2.1.1 Organisation de la société anonyme**

##### *Art. 620 Définition*

La définition légale de la SA dans l'actuel art. 620 CO n'est pas satisfaisante. Elle contient des éléments inessentiels (allusion à la raison sociale, par ex.) tout en omettant d'évoquer explicitement des éléments structurels importants.

L'al. 1 décrit la structure de base de la société. Dans sa nouvelle version, il prévoit qu'outre les personnes physiques et morales et les sociétés commerciales (sociétés en nom collectif et sociétés en commandite), les communautés de droit, en particulier les communautés d'héritiers et les sociétés simples, peuvent également fonder une SA. L'ancienne formulation le leur interdisait. Les communautés de droit pou-

<sup>202</sup> Voir Rapport de base du 27 mars 2013 sur les matières premières, p. 49 (à consulter sur: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/30134.pdf>).

<sup>203</sup> 13.3044

<sup>204</sup> 14.3186



vaient cependant acquérir des actions une seconde logique après la fondation. Il n'y a donc pas lieu de les exclure de la première étape, la fondation elle-même<sup>205</sup>.

La structure de base de la SA correspond à celle d'une société de capitaux («kapitalbezogene Kapitalgesellschaft»<sup>206</sup>) dotée d'un capital-actions défini dans les statuts. Si la société dispose d'un capital conditionnel ou d'une marge de fluctuation du capital, les statuts ne permettront pas forcément de connaître le montant réel du capital émis, mais ils fixeront le montant maximal du capital-actions. Les dettes de l'entreprise ne sont garanties que par l'actif social

L'al. 2 fournit une description générale de la situation juridique des actionnaires, lesquels sont tenus uniquement à la libération du prix d'émission de leurs actions. La société ne peut leur imposer aucune obligation non prévue par la loi (art. 680, al. 1, CO).

Comme pour les autres entités juridiques, il est inutile de préciser que la SA peut poursuivre un but de nature économique ou non, d'où la suppression de l'actuel al. 3. Il n'en résulte aucune modification matérielle.

#### *Art. 621 Capital-actions*

L'al. 1 correspond à l'art. 621 CO en vigueur. Il statue que le capital-actions doit s'élever à au moins 100 000 francs.

Le nouvel al. 2 prévoit que le capital-actions peut être fixé dans la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise (dollar américain, euro ou livre sterling, par ex.), et non plus forcément en francs suisses. Cette monnaie fonctionnelle est déjà prévue dans le nouveau droit comptable (art. 957a, al. 4 et 958d, al. 3, CO). Du fait de ce lien avec le droit comptable, le choix d'une monnaie étrangère pour le capital-actions doit être justifié par des critères objectifs et le montant librement convertible en francs suisses. Le capital-actions ou le capital social de la Sàrl en monnaie étrangère existe dans d'autres pays, dans la Principauté du Liechtenstein, par exemple, qui autorise les euros et les dollars américains<sup>207</sup>. Le nouvel al. 2 permet aux sociétés de fixer dans la monnaie étrangère choisie tous les aspects liés au capital tels que la constitution des réserves (voir art. 671 ss AP-CO), la distribution de dividendes (art. 698, al. 2, ch. 4, CO) et l'évaluation du risque de surendettement (voir art. 725b AP-CO). Il instaure entre le droit de la SA et le nouveau droit comptable (art. 958d, al. 3, CO) la cohérence nécessaire, qui n'avait pas pu être établie jusqu'à présent (voir point 1.3.1.1). Les impôts indirects et directs continueront d'être prélevés en francs suisses, la conversion pouvant se faire selon une simple règle de trois (voir art. 80, al. 1<sup>bis</sup>, AP-LIFD ou art. 31, al. 3<sup>bis</sup> et 5, AP-LHID).

Pour que la société puisse profiter des avantages qui viennent d'être évoqués, il faut que la monnaie étrangère dans laquelle est libellé le capital-actions corresponde à la monnaie la plus importante au regard des activités de l'entreprise (art. 958d, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, CO). C'est le seul moyen de garantir une conversion simple eu égard

<sup>205</sup> Voir LUKAS GLANZMANN, «Die grosse Aktienrechtsrevision», in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., «Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV», Berne 2009, p. 213 s.

<sup>206</sup> Voir ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, «Schweizerisches Gesellschaftsrecht», 11<sup>e</sup> éd., Berne 2012, § 3 n° 8 ss et § 16 n° 29 s.

<sup>207</sup> Art. 122, al. 1a, de la Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) du 20 janvier 1926, à consulter en allemand sur: <https://www.gesetze.li/Seite1.jsp?LGBIm=1926004>.

notamment aux impôts et aux informations en francs suisses exigées par le droit comptable (art. 958*d*, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, CO). Lorsque le capital-actions est fixé dans une monnaie étrangère conformément à l'al. 2, la même monnaie doit impérativement être utilisée pour la comptabilité commerciale et la présentation des comptes (al. 2, 3<sup>e</sup> phrase). Il n'est donc pas possible de fixer son capital-actions en euros, par exemple, mais de tenir sa comptabilité et établir ses comptes en dollars ou en francs suisses (art. 958*d*, al. 3, CO).

L'al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, autorise le conseil d'administration à demander à l'assemblée générale de modifier la monnaie dans laquelle le capital-actions est libellé. Les actionnaires ne peuvent pas effectuer ce changement de leur propre initiative car l'organisation de la comptabilité et de la planification financière est une tâche intransmissible et inaliénable du conseil d'administration, lequel ne peut pas non plus agir sans la participation des actionnaires, car le changement de monnaie implique une modification des statuts (art. 626, ch. 3 et 4, et 698, al. 2, ch. 1, CO). Pour protéger les actionnaires, l'assemblée générale doit prendre sa décision concernant le changement de la monnaie dans laquelle le capital-actions est libellé à la majorité qualifiée (voir art. 704, al. 1, ch. 9, AP-CO).

L'al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, contient des dispositions contraignantes concernant ce changement: il peut se faire de francs suisses en une monnaie étrangère conformément à l'al. 2 ou inversement. Il peut aussi se faire entre deux monnaies étrangères conformément à l'al. 2 (d'euros en couronnes danoises, par ex.). L'al. 3 vise à garantir en particulier le respect des prescriptions relatives au capital minimal (ch. 1 et 2, art. 621, al. 1 et 2, AP-CO) et à la régularité de l'établissement des comptes (ch. 4 et 5, art. 958*c*, al. 1, ch. 6, CO), et statue que le changement doit avoir lieu au début de l'exercice annuel (ch. 3) par mesure de transparence et de sécurité juridique. Il n'est donc pas possible de modifier en cours d'exercice la monnaie dans laquelle le capital-actions est libellé. Le procès-verbal de l'assemblée générale doit indiquer clairement l'exercice au début duquel le changement doit avoir lieu. En cas de changement, il convient de modifier l'inscription de la société au registre du commerce, mais pas forcément le jour précis du début de l'exercice. En revanche, la comptabilité commerciale et la présentation des comptes doivent être libellées dans la nouvelle monnaie dès le premier jour de l'exercice concerné.

Les sociétés fondées et inscrites au registre du commerce avant l'entrée en vigueur de l'art. 621 AP-CO pourront elles aussi changer, en vertu des prescriptions de l'al. 3, la monnaie dans laquelle leur capital-actions est libellé. Conformément à la pratique constante des offices du registre du commerce, les actionnaires peuvent, lorsque le capital-actions est en francs suisses, effectuer leurs versements dans une monnaie étrangère librement convertible en francs suisses<sup>208</sup>. Pour éviter toute émission au-dessous de la valeur nominale, le législateur prévoit une marge de sécurité pour couvrir les conséquences de fluctuations de cours susceptibles de se produire entre l'annonce à l'office du registre du commerce et l'inscription au journal. Les versements de ce type sont considérés, conformément à la pratique constante des offices du registre du commerce, comme des versements constituants en espèces et non comme des apports en nature ou des reprises de biens au sens de

<sup>208</sup> Voir RINO SIFFERT/ADRIAN TAGMANN, «SHK-HRegV, Art. 43 n° 20», in: Rino Siffert/Nicholas Turin, «Stämpflis Handkommentar (HRegV)», Berne 2013

l'art. 628 CO<sup>209</sup>. Cette pratique éprouvée, qui est codifiée et précisée dans l'art. 633, al. 3, AP-CO, n'est en rien affectée par l'art. 621 AP-CO.

#### *Art. 622, al. 3 à 5 Actions: espèces*

L'art. 622, al. 3, CO prévoit qu'il est possible de convertir entre elles les différentes espèces d'actions *pour autant que les statuts le prévoient*. Selon la doctrine et la jurisprudence, le droit en vigueur permet déjà l'instauration de la convertibilité par une modification ultérieure des statuts. L'art. 622, al. 3, CO ne s'y oppose pas puisqu'il n'implique pas que la convertibilité doive être inscrite dans les statuts depuis l'origine<sup>210</sup>. Aussi, dans la pratique, la convertibilité est-elle fréquemment inscrite dans les statuts au moment même de la conversion. Etant donné que la conversion des actions entraîne de toute façon une modification des statuts, il est inutile que les statuts en prévoient expressément la possibilité, d'autant que l'instauration de la convertibilité ne nécessite aucune majorité particulière selon le droit en vigueur. La référence aux statuts dans l'art. 622, al. 3, AP-CO n'a donc plus lieu d'être. Avant de soumettre à l'assemblée générale une demande de conversion, en particulier lorsqu'il s'agit de convertir des actions au porteur en actions nominatives liées, le conseil d'administration doit procéder à l'examen approfondi des intérêts en jeu, car cette opération touche au droit plus ou moins acquis des actionnaires de vendre librement leurs actions. L'actionnaire ne doit accepter une telle conversion que si les intérêts de la société sont clairement prédominants.

L'art. 622, al. 4, AP-CO prévoit que la valeur nominale de l'action peut être inférieure à un centime<sup>211</sup>. Il suffit désormais qu'elle soit supérieure à zéro. Cela permet aux sociétés de diviser des actions dont le cours en bourse élevé rend le négoce difficile en autant de parts d'une valeur nominale inférieure que souhaité. Elles jouissent ainsi concrètement de la même souplesse qu'avec des actions sans valeur nominale, sans qu'il soit nécessaire de modifier fondamentalement le droit suisse de la SA (voir point 1.3.1.2). La formulation neutre de l'art. 622, al. 4, AP-CO quant à la monnaie est compatible avec l'art. 621, al. 2, AP-CO qui prévoit que le capital-actions peut aussi être libellé dans une monnaie étrangère.

L'al. 5 est modifié en fonction des pratiques actuelles. La nouvelle formulation précise ainsi que les sociétés ne sont pas tenues d'émettre des titres «physiques». En revanche, les actionnaires peuvent toujours demander l'établissement d'une simple pièce justificative. Par ailleurs, la signature des titres par un membre du conseil d'administration peut être manuscrite ou mécanique, comme c'est déjà le cas aujourd'hui (art. 14 CO).

#### *Art. 623, al. 2 Division et réunion*

Selon le droit en vigueur, la réunion d'actions ne peut s'opérer qu'avec le consentement des actionnaires concernés. Dans les sociétés cotées en bourse dont l'actionnariat est très fragmenté, cette condition pose souvent des problèmes insur-

<sup>209</sup> Voir PAUL THALMANN, «Bares ist Wahres», REPRAX 4/2003, p. 40

<sup>210</sup> Voir CARL BAUDENBACHER, «Art. 622, n° 17», in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), «Basler Kommentar Obligationenrecht II», 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

<sup>211</sup> Le dernier abaissement avait fait passer la valeur nominale minimale de dix francs à un centime (voir Initiative parlementaire «Réduction de la valeur nominale minimale des actions» (CER-CE), Rapport et propositions de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats du 11 septembre 2000, FF 2000 5091 s. (objet 00.435).

montables, par exemple en cas d'assainissement. C'est pourquoi l'al. 2 prévoit désormais que seule la réunion d'actions non cotées nécessite le consentement de tous les actionnaires concernés. Pour la réunion d'actions cotées, une décision à la majorité qualifiée conformément à l'art. 704, al. 1, ch. 2, AP-CO suffit.

La nécessité d'obtenir le consentement de toutes les personnes concernées pour la réunion d'actions non cotées découle du caractère absolu du droit acquis à la préservation de la participation<sup>212</sup>. Car si une décision à la majorité qualifiée suffisait, la réunion d'actions pourrait être utilisée à dessein pour exclure des actionnaires minoritaires de la société. Dans le cas où la nouvelle valeur nominale de l'action serait très élevée, les personnes concernées devraient en effet décider si elles veulent investir massivement dans la société ou si elles veulent aliéner leur participation. Mais la plupart du temps il est difficile de vendre ces actions à leur valeur réelle car il n'existe pas de véritable marché. C'est pourquoi dans les sociétés non cotées, l'accord de tous les actionnaires concernés sera toujours nécessaire.

*Art. 625 Abrogé*

L'art 625 est désormais contenu dans l'art. 620, al. 1, d'où son abrogation.

*Art. 626 Statuts: dispositions nécessaires*

L'art. 626, ch. 3, CO est adapté aux nouvelles dispositions concernant la libération du capital (cf. art. 632 concernant la libération totale du capital).

Il faut réduire les dispositions nécessaires des statuts au strict minimum. Dans la pratique, pour les points visés à l'art. 626, ch. 5 et 6, CO, les statuts reprennent les dispositions du CO. Il convient donc d'abroger ces deux chiffres, par mesure de simplification. Sauf disposition contraire des statuts, les dispositions très complètes du droit en vigueur et du droit futur s'appliquent (en particulier les art. 692 ss CO pour le droit de vote, les art. 699 ss CO pour la convocation de l'assemblée générale, les art. 707 ss CO pour le conseil d'administration et les art. 727 ss CO pour l'organe de révision).

Conformément à l'art. 626, ch 7, CO, les statuts doivent aussi contenir des dispositions sur la forme à observer pour les publications de la société. On entend par publications les communications aux actionnaires de même que celles aux tiers (aux créanciers de la société, par ex.). L'art 931, al 2, CO prévoit que toutes les publications exigées par la loi doivent être faites dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). En font notamment partie toutes les communications qui ne sont pas inscrites au registre du commerce, comme l'appel aux créanciers en cas de réduction ordinaire du capital (voir art. 653k AP-CO), par exemple. Comme ces communications doivent de toute façon être publiées dans la FOSC, il est inutile de la citer explicitement dans les statuts comme organe de publication vis-à-vis des tiers. Selon le nouvel art. 626, al 1, ch 7, seule la forme des communications de la société à ses actionnaires doit encore figurer parmi les dispositions nécessaires. Cela concerne également la forme de la convocation de l'assemblée générale (voir art. 700, al. 5, AP-CO).

<sup>212</sup> Voir CARL BAUDENBACHER, «Art. 623, n° 9», in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), «Basler Kommentar Obligationenrecht II», 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

L'art. 626 est complété par un nouvel al. 2 que seules les sociétés cotées en bourse sont tenues d'appliquer. Conformément à l'art. 12, al. 1, ORAb, les statuts doivent contenir des dispositions sur le nombre de fonctions admises occupées par les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif dans des organes supérieurs de direction ou d'administration d'entreprises à but économique. Il y a but économique lorsqu'une société vise un avantage économique (bénéfice) au profit de ses associés<sup>213</sup>. Selon l'al. 3, ne font pas partie des activités visées à l'al. 2, ch. 1, les activités exercées au sein d'entreprises contrôlées par la société ou qui contrôlent la société.

Les statuts doivent également préciser la durée des contrats qui prévoient les rémunérations des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif et le délai de congé pour les contrats de durée indéterminée (ch. 2); concernant la durée maximale et le délai de congé, cf. art. 735b CO.

Ils doivent aussi indiquer le rapport entre la rémunération fixe et la rémunération globale pour chacun des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (ch. 3), ce rapport pouvant être fixé de façon détaillée et fonction par fonction (exemples: pour le président-directeur général («CEO») ou le président du conseil d'administration, ou encore exclusion des rémunérations variables pour le conseil d'administration).

Ils doivent enfin contenir les principes régissant les tâches et les compétences du comité de rémunération (ch. 4) et les modalités du vote de l'assemblée générale sur les rémunérations des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (ch. 5).

#### *Art. 627 Abrogé*

Cet article énumère les dispositions qui ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts. Cette liste est incomplète et insatisfaisante. La loi prévoit en effet un certain nombre de dispositions devant également figurer dans les statuts pour être valables, et que l'art. 627 ne mentionne pas<sup>214</sup>. Il s'agit notamment de celles concernant la fondation qualifiée, l'élection d'un représentant d'une catégorie d'actions au conseil d'administration, l'augmentation autorisée et l'augmentation du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel, les réserves et le quorum de l'assemblée générale, pour ne citer que quelques exemples.

Le projet de 2007 prévoyait de compléter l'art. 627<sup>215</sup>. Malgré un allongement considérable à 25 chiffres<sup>216</sup>, il laissait en suspens un trop grand nombre d'objets que les sociétés ne peuvent régler que dans les statuts, même faute d'une mention à l'art. 627.

<sup>213</sup> Voir ARTHUR MEIER-HAYOZ, PETER FORSTMOSER, «Schweizerisches Gesellschaftsrecht», 11<sup>e</sup> éd., Berne 2012, § 4 n<sup>o</sup> 5 ss

<sup>214</sup> Voir PETER BÖCKLI, «Schweizer Aktienrecht», 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 1 n<sup>o</sup> 488

<sup>215</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1456

<sup>216</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1572 s.

Pour être véritablement complet, l'art. 627 devrait comporter une cinquantaine de chiffres. En plus d'être illisible et peu commode à utiliser, donc pas très utile, il nécessiterait probablement des mises à jour fastidieuses à chaque révision de la loi. Il faut donc que les dispositions valables à condition de figurer dans les statuts puissent être déduites des dispositions matérielles (de l'art. 634, al. 4, AP-CO pour les apports en nature, par ex.). L'art. 627 n'ayant pas de signification propre, il peut être abrogé. Son abrogation n'entraîne aucune modification matérielle.

## 2.1.2 Libération du capital et reprise de biens

*Art. 628 Abrogé*

Cette disposition est remplacée par la nouvelle réglementation des formes qualifiées de fondation définie aux art. 634 ss et peut donc être abrogée. L'objectif est d'aboutir à une réglementation plus claire et plus homogène de ces formes qualifiées et de combler autant que possible leurs lacunes (voir l'art. 634 AP-CO pour les apports en nature, l'art. 634a AP-CO pour les apports par compensation et l'art. 636 AP-CO pour les avantages particuliers).

Seule la reprise de biens (effective ou envisagée), régie jusqu'à présent par l'art. 628, al. 2, CO, disparaît des art. 634 ss. Elle n'est en effet plus considérée comme forme qualifiée de fondation ou d'augmentation de capital, et n'est donc plus soumise à l'obligation de figurer dans le registre du commerce et dans les statuts, ni aux autres mesures de sécurité renforcée (rapport de fondation ou d'augmentation de capital-actions, rapport de révision). Nous renvoyons aux explications du point 1.3.1.3 pour les motifs de ce changement.

*Art. 629, titre marginal et al. 2, ch. 2 et 2<sup>bis</sup> Fondation, contenu de l'acte constitutif*

L'abrogation de l'art. 625 nécessite une adaptation formelle du titre marginal.

Le droit de la SA imposant désormais lui aussi la libération intégrale (voir art. 632 AP-CO), une modification s'impose à l'al. 2, ch. 2. Les fondateurs doivent constater que les apports (et non les apports *promis*, comme le prévoit le droit en vigueur) correspondent au prix total d'émission. La formulation est ainsi identique à celle du droit de la Srl en vigueur, qui impose d'ores et déjà la libération intégrale (art. 777 CO).

Un nouveau ch. 2<sup>bis</sup> vient par ailleurs compléter l'al. 2 pour préciser que dans le cas des sociétés dont le capital-actions est fixé dans une monnaie étrangère, les fondateurs doivent constater dans l'acte constitutif que le capital a une contre-valeur de 100 000 francs au moins (voir art. 621). Pour que cette constatation soit possible, le montant doit être librement convertible en francs suisses. Le taux de change applicable est celui de la date de l'acte constitutif. Les éventuelles fluctuations de cours survenant entre cette date et l'inscription au registre du commerce, et plus particulièrement entre la réquisition d'inscription et l'inscription effective, ne doivent pas pénaliser la société (voir art. 633, al. 3, AP-CO, qui rattache également la libération en monnaie étrangère au moment de la décision de constatation).

*Art. 631, al. 2, ch. 6 Abrogé*

L'art. 631, al. 2, énonce les pièces justificatives devant être annexées à l'acte constitutif. Les reprises de biens n'étant plus considérées désormais comme des faits qualifiés en cas de fondation ou d'augmentation de capital et n'étant plus soumises à l'obligation de figurer dans le registre et dans les statuts (voir point 1.3.1.3), le ch. 6 peut être abrogé; les contrats de reprises de biens existants ne sont plus des annexes de l'acte constitutif.

*Art. 632 Apports: règles générales*

L'ensemble des actions doit désormais être pleinement libéré. La grande majorité des sociétés présentent déjà un capital-actions pleinement libéré dès leur fondation. Si l'on ne peut pas fournir le capital-actions minimal de 100 000 francs, on peut toujours se contenter de fonder une Sàrl au capital social pleinement libéré de 20 000 francs seulement (art. 773 s. CO). Cette disposition vise à mettre fin à la pratique largement répandue quoique illégale de la libération partielle d'actions au porteur. C'est pourquoi l'art. 632 AP-CO statue que toutes les actions doivent être émises au moins à leur valeur nominale, d'où l'abrogation de l'art. 634a CO (libération ultérieure) actuellement en vigueur. L'obligation de libérer complètement les actions a été accueillie favorablement par de très nombreux participants lors de la toute récente consultation sur la modernisation du registre du commerce<sup>217</sup>.

La formulation de l'art. 632 s'inspire de celle du droit de la Sàrl en vigueur, qui impose d'ores et déjà la libération intégrale (art. 777c CO).

Les SA existantes bénéficient de la garantie des droits acquis tant qu'elles ne modifient pas leur capital (voir art. 3, al. 2, des dispositions transitoires de l'AP-CO).

*Art. 633 al. 3 Libération des apports: en espèces*

L'art. 633, al. 3, précise qu'une libération effectuée au moyen de devises librement convertibles a, dans le cas d'un capital-actions en francs suisses, qualité d'apport en espèces et non d'apport en nature, codifiant ainsi une pratique constante de l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) depuis 1999<sup>218</sup>.

La 2<sup>e</sup> phrase précise désormais que la contre-valeur de la somme apportée en monnaie étrangère doit être au moins équivalente au capital à libérer au moment de la décision de constatation. Dans le cadre de ces constatations, les fondateurs doivent donc confirmer explicitement que les apports correspondent au moins au montant du capital-actions en francs suisses selon le taux de change en vigueur (voir art. 629). Cela permet de prévenir les problèmes découlant de la pratique actuelle, qui se réfère au moment de l'inscription au registre du commerce (concernant par ex. les fluctuations de cours et, le cas échéant, la marge de sécurité exigée par les offices du registre du commerce).

Il convient de préciser que le capital-actions peut désormais être libellé dans une monnaie étrangère (voir art. 621 AP-CO).

<sup>217</sup> Voir Office fédéral de la justice, résumé des résultats de la procédure de consultation, août 2013, p. 15. A consulter sous: <https://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>

<sup>218</sup> Voir PAUL THALMANN, «Bares ist Wahres», REPRAX 4/2003, 19 ss

L'al. 1 codifie la pratique dominante selon laquelle un actif peut avoir qualité d'apport en nature s'il peut être porté à l'actif du bilan et s'il est transférable, disponible et réalisable<sup>219</sup>. Pour pouvoir le porter à l'actif du bilan, il faut pouvoir estimer sa valeur de façon fiable (art. 959, al. 2, CO). L'apport en nature doit pouvoir être évalué, c'est-à-dire qu'il faut pouvoir lui attribuer une valeur monétaire. Il doit être transférable dans le capital de la société, c'est-à-dire que son transfert ne doit se heurter à aucun obstacle contractuel ni légal. Il doit aussi être disponible: dès l'inscription au registre du commerce, la société doit pouvoir jouir de son droit immédiat, libre et inconditionnel de disposer de cet actif, ou du droit inconditionnel de le faire inscrire au registre foncier s'il s'agit d'un terrain. Le pouvoir de disposer économiquement et juridiquement doit donc être intégralement transféré à la société. L'actif doit en outre pouvoir être réalisé à la satisfaction des créanciers, c'est-à-dire que la société doit pouvoir le transférer à des tiers et le convertir en argent, ce qui suppose au moins l'existence d'un marché présentant une certaine activité pour ce type d'actif. L'apport en nature doit garantir un substrat de responsabilité pour les créanciers en cas de faillite de la société. En vertu de ces critères, le travail, les aptitudes personnelles et les droits futurs ne peuvent pas avoir qualité d'apport en nature.

L'al. 2 reprend le contenu de l'actuel art. 634, ch. 1, CO.

L'authentification des documents de fondation n'est rattachée à aucun lieu particulier. Cependant, si l'acte authentique porte sur des terrains, on considère le plus souvent qu'il est soumis à la *lex rei sitae*, qui impose son établissement sur le lieu de l'objet concerné<sup>220</sup>. A l'instar de l'art. 70, al. 2, LFus, l'al. 3 précise qu'un acte authentique unique suffit lorsque plusieurs immeubles font l'objet d'un apport en nature, même s'ils sont situés dans des cantons différents. L'acte authentique doit être dressé par l'officier public compétent au siège de la société. D'un point de vue matériel, il paraît judicieux d'adopter ici une réglementation identique à celle prévue par la LFus pour le transfert de patrimoine<sup>221</sup>. Le but n'est pas d'instaurer une compétence unique pour l'authentification de tous les apports en nature, mais de permettre aux sociétés de n'avoir qu'un seul acte authentique à faire établir. La nouvelle réglementation ne vise ni à favoriser le «tourisme d'authentification» ni à saper la primauté des compétences cantonales en matière d'authentification (art. 55, al. 1, du titre final [tit. fin.] du code civil [CC]<sup>222</sup>). En matière de compétences, on distingue trois types de situation: 1. Un apport en nature doit être authentifié dans le canton X. Les terrains faisant l'objet de l'apport en nature sont également situés dans le canton X. Cette circonstance n'est pas évoquée dans l'art. 634, al. 3, pour la simple raison qu'en vertu du droit en vigueur, un acte authentique unique suffit déjà dans ce type de situation. 2. Un apport en nature doit faire l'objet d'un acte authentique dans le canton X, mais les terrains faisant l'objet de l'apport en nature sont situés dans le canton Y. L'art. 634, al. 3 ne s'applique pas non plus car les terrains ne sont pas situés dans des cantons différents. Il suffit donc de faire établir un acte authentique unique dans le canton Y, sur le lieu de l'objet concerné. Il est donc

<sup>219</sup> Communication de l'Office fédéral du registre du commerce du 15 août 2001 concernant les apports en nature et la reprise de biens, REPRAX 2/01, p. 66 ss

<sup>220</sup> Voir CHRISTIAN BRÜCKNER, «Schweizerisches Beurkundungsrecht», Zurich 1993, § 106 n° 2985.

<sup>221</sup> Au sujet de la réglementation prévue dans la loi sur la fusion, voir BO 2003 N 242 s.

<sup>222</sup> RS 210



inutile de faire figurer cette circonstance dans l'art. 634, al. 3. 3. Un apport en nature doit faire l'objet d'un acte authentique dans le canton X; les terrains faisant l'objet de l'apport en nature sont situés dans les cantons X et Y ou Y et Z. L'art. 634, al. 2, s'applique à cette situation particulière (compétences intercantionales variables pour la cession des terrains) et permet l'établissement d'un acte authentique unique par un officier public au siège de la société. Si les terrains faisant l'objet de l'apport en nature sont situés dans le même canton (et ne sont donc pas soumis à des compétences *intercantionales* variables), mais que des compétences *intracantonales* variables exigent l'établissement de plusieurs actes authentiques, il paraît judicieux d'appliquer l'art. 634, al. 3 par analogie (un seul acte authentique établi au siège de la société par un officier public responsable des opérations foncières dans la commune du siège selon les règles du canton du siège). Si la commune du siège possède plusieurs circonscriptions notariales (comme la ville de Zurich, par ex.), il paraît judicieux de se référer à l'adresse du siège). On entend donc en principe par officier public au siège de la société un officier public du *canton* du siège (notaire du canton de Berne, par ex.). Si le canton du siège possède plusieurs circonscriptions d'authentification, il faut considérer que l'officier public compétent est celui de la *commune* du siège. De même, si la commune du siège possède plusieurs circonscriptions d'authentification, il faut considérer que l'officier public compétent est celui du siège de la société. Dans les cas, très rares, de sociétés ayant plusieurs sièges (Zurich et Bâle pour UBS SA, par ex.), l'officier public compétent peut être celui de l'un ou de l'autre siège.

En vertu de l'al. 4, un certain nombre d'indications concernant les apports en nature devraient figurer dans les statuts. L'assemblée générale peut abroger les dispositions statutaires correspondantes au bout de dix ans. L'al. 5 concerne les faits à inscrire au registre du commerce. Lorsqu'un actionnaire effectue un apport en nature pour un montant qui dépasse le prix d'émission des actions souscrites et que la société lui attribue une contre-prestation en plus des actions émises, on parle couramment d'apport en nature combiné avec une reprise de biens. Conformément à l'art. 45, al. 3, ORC, une reprise de biens est inscrite au registre du commerce à concurrence du montant de cette contre-prestation. Cette reprise de biens doit aussi être inscrite dans les statuts. Les nouvelles dispositions relatives aux apports en nature et aux reprises de biens ne changent rien à la pratique qui consiste à combiner les deux. L'apport en nature avec contre-prestation supplémentaire restera autorisé et sera entièrement régi par les règles relatives aux apports en nature. Ce qui signifie que toute contre-prestation supplémentaire devra être inscrite dans les statuts et au registre du commerce, comme le précisent les art. 4 et 5 («toute autre contre-prestation»).

#### *Art. 634a Compensation de créances*

Le contenu de l'actuel art. 634a CO est rendu obsolète par la suppression de la libération partielle (voir art. 632 AP-CO) puisque, à l'avenir, toutes les actions et tous les bons de participation devront être entièrement libérés.

C'est pourquoi le nouvel art. 634a codifie la libération par compensation, que le droit actuel ne régleme que de façon très lacunaire. Il codifie la pratique actuelle sur le fond tout en clarifiant plusieurs points controversés.

L'al. 1 statue que la libération par compensation est autorisée. Il va de soi que le devoir de diligence des personnes impliquées dans la fondation ou dans une aug-

mentation de capital et les responsabilités qui en découlent (art. 752 ss CO) s'appliquent aussi à la compensation de manière illimitée.

L'al. 2 règlemente la question controversée, dans la doctrine comme dans la pratique, de la recevabilité d'une libération par compensation lors d'une augmentation de capital, en particulier dans le but d'assainir la société. La créance qui doit être compensée par la créance en libération du capital de la société ne doit pas forcément être entièrement couverte par les actifs de l'entreprise. Il devient donc possible de compenser des créances dépréciées. Ce qui compte, c'est que malgré cette perte de valeur, la compensation entraîne une diminution des dettes financières de la société. Même si cette dernière n'encaisse rien, ses capitaux étrangers se réduisent en proportion. Etant donné que la conversion de capital étranger en capital propre améliore la situation financière de la société, la compensation ne lèse ni les droits ni les intérêts des autres actionnaires, qu'il appartient au législateur de protéger. Il paraît donc judicieux, du point de vue économique, d'autoriser la libération par compensation dans ces cas également. Les dispositions relatives à la perte de capital et au surendettement sont réservées et, notamment, rien ne vient restreindre les obligations du conseil d'administration visées aux art. 725 ss.

Le régime ordinaire de la compensation (art. 7 CC en relation avec les art. 120 ss CO) s'applique aussi lors d'une libération par compensation. Il existe une exception: il est exclu qu'une créance litigieuse soit apportée en compensation d'une créance en libération du capital-actions, même si les règles générales régissant la compensation l'autorisent. Cette interdiction découle des art. 635, ch 2, et 652e, ch 2, CO, qui exigent respectivement des fondateurs et du conseil d'administration qu'ils rendent compte dans un rapport de l'existence de la dette et de la réalisation des conditions nécessaires à sa compensation.

Dans le droit actuel, la libération par compensation, contrairement à la libération par apports en nature, ne doit être mentionnée ni dans les statuts ni dans le registre du commerce. Cette incohérence est toutefois sans fondement. Les tiers peuvent certes se rendre à l'office du registre du commerce pour consulter le rapport de fondation ou le rapport sur l'augmentation de capital qui les informe, le cas échéant, d'une libération par compensation. Il n'en reste pas moins que rien ne justifie une réglementation différente pour la publicité des apports en nature et pour la publicité des libérations par compensation. La mention de la compensation de créances dans les statuts et au registre du commerce correspond à un ancien postulat de la doctrine. Les al. 3 et 4 améliorent la transparence pour les créanciers et les investisseurs. L'inscription dans les statuts et au registre du commerce n'alourdit pas significativement la charge administrative de la société, puisque celle-ci doit de toute manière déposer les pièces justificatives relatives à sa constitution ou à l'augmentation du capital-actions auprès de l'office du registre du commerce. En cas d'inobservation des nouveaux al. 3 et 4, la libération est frappée de nullité.

Tout comme l'augmentation de capital au moyen de fonds propres ou contre des apports en nature, la libération par compensation en cas d'augmentation du capital doit désormais faire l'objet d'une décision de l'assemblée générale prise à la majorité qualifiée, conformément à l'art. 704, al. 1, ch. 3, AP-CO.

#### *Art. 635 Vérification des apports: rapport de fondation*

L'art. 635 traite du rapport de fondation dans le cadre de fondations qualifiées. Par suite de la modification concernant la reprise de biens (voir art. 628), l'allusion à la

reprise de biens est supprimée de l'al. 1. Rien ne change sur le fond quant à la forme et au contenu du rapport de fondation ni quant aux responsables de son établissement.

Le rapport doit prouver que l'apport en nature a été évalué correctement. C'est le moyen de garantir qu'il n'y a pas eu émission d'actions au-dessous du pair. En cas d'apport en nature avec contre-prestations supplémentaires, il faut bien entendu que cette prestation soit également couverte par la valeur appropriée de l'apport en nature.

### **2.1.3 Avantages particuliers**

*Art. 636 Avantages particuliers*

Les dispositions de l'art. 628, al. 3, CO relatif aux avantages particuliers figurent désormais dans l'art. 636 AP-CO. Les bénéficiaires doivent être expressément nommés dans les statuts. Il n'est cependant pas nécessaire d'inscrire leur nom dans le registre du commerce. Le contenu et la valeur des avantages particuliers doivent être inscrits au registre du commerce et dans les statuts. Sur le fond, la norme correspond à la réglementation actuelle.

### **2.1.4 Inscription au registre du commerce**

*Art. 640 Titre marginal*

L'abrogation de l'art. 625 CO nécessite une adaptation formelle du titre marginal.

*Art. 642 Abrogé*

L'art. 642 CO énumère les aspects des faits qualifiés devant être inscrits au registre du commerce. Comme ils sont précisés à l'art. 634, al. 5, AP-CO pour les apports en nature, à l'art. 634a, al. 4, pour la compensation et à l'art. 636, al. 2, pour les avantages particuliers, l'art. 642 CO n'a plus lieu d'être.

*Art. 643 Titre marginal*

L'abrogation de l'art. 625 CO nécessite une adaptation formelle du titre marginal.

*Art. 647 Titre marginal*

L'abrogation de l'art. 625 CO nécessite une adaptation formelle du titre marginal.

## 2.1.5 Augmentation ordinaire du capital-actions

*Art. 650 Augmentation ordinaire: décision de l'assemblée générale*

La procédure actuelle d'augmentation ordinaire du capital-actions n'est pratiquement pas modifiée. Des changements minimes s'imposent toutefois en raison de modifications plus importantes dans d'autres domaines. Par la même occasion, certaines faiblesses du système actuel sont supprimées.

L'avant-projet complète ainsi la liste des points que la décision de l'assemblée générale doit obligatoirement mentionner, notamment en cas de libération par compensation (al. 2, ch. 5). En raison d'une modification concernant la reprise de biens, l'ancien ch. 5 est supprimé. Il n'est plus nécessaire de préciser la nature de l'apport (ancien ch. 4, première partie de la phrase) puisque les autres renseignements obligatoires la révèlent sans équivoque.

Le droit actuel accorde au conseil d'administration trois mois pour exécuter l'augmentation ordinaire du capital (art. 650, al. 1, CO). En réalité ce délai est souvent trop bref; c'est pourquoi l'al. 3 le fait passer à six mois. La décision de l'assemblée générale peut raccourcir ce délai mais pas le prolonger. Il est également précisé que le délai court à compter de la décision de l'assemblée générale. Contrairement à ce que laisse entendre l'actuel al. 3, il suffit, pour que le délai soit respecté, que le conseil d'administration ait requis valablement l'inscription de l'augmentation du capital auprès de l'office du registre du commerce. La réquisition d'inscription faite dans les délais est réputée valable si elle respecte les conditions fixées dans la loi et dans l'ORC et si elle est accompagnée des pièces justificatives requises. En revanche, l'inscription de l'augmentation du capital dans le registre du commerce n'est pas pertinente pour déterminer si le délai est respecté, dans la mesure où cet acte dépend de l'office du registre du commerce. Si le délai de réquisition de l'inscription auprès du registre du commerce n'est pas respecté, la décision d'augmentation devient caduque avec effet rétroactif.

*Art. 651 et 651a Abrogés*

La création de la marge de fluctuation du capital rend l'augmentation autorisée du capital obsolète. Les dispositions correspondantes peuvent donc être abrogées (voir point 1.3.1.4).

*Art. 652, titre marginal et al. 3 Souscription d'actions*

Le délai prévu à l'art. 652, al. 3, CO pour la perte du caractère obligatoire du bulletin de souscription doit être adapté à la modification de l'art. 650, al. 3, et passe donc aussi de trois à six mois. Le facteur déterminant pour le respect du délai est ici aussi la date à laquelle la réquisition d'inscription a été valablement déposée à l'office du registre du commerce.

*Art. 652a, titre marginal, al. 1, ch. 1 à 3, 5 et 5<sup>bis</sup>, et al. 4 Prospectus d'émission*

Les modifications portées aux ch. 1 à 3 sont purement rédactionnelles et ne changent rien sur le fond. Le ch. 5 précise dans quelles conditions un bilan intermédiaire doit être joint au prospectus d'émission. Le ch. 5<sup>bis</sup> précise que le prospectus doit égale-

ment donner des indications, le cas échéant, sur le rapport de rémunération et le rapport de révision correspondant.

L'al. 4 permet de renoncer à l'établissement d'un prospectus d'émission lorsque les actions sont exclusivement offertes en souscription à des investisseurs qualifiés au sens de la LPCC<sup>223</sup>.

*Art. 652b, al. 1<sup>bis</sup> et 4      Droit de souscription préférentiel*

L'al. 1<sup>bis</sup> règle la question du droit de souscription préférentiel dans le cadre d'une procédure de prise ferme. La prise ferme est un contrat passé entre un «preneur ferme» (généralement une banque) et la société, par lequel le premier s'engage à souscrire toutes les actions émises dans le cadre de l'augmentation du capital, puis à les proposer à la vente aux actionnaires. L'avant-projet dispose que le droit de souscription préférentiel est préservé si les actions sont proposées aux actionnaires proportionnellement à leur participation antérieure et que le contrat de prise ferme est conclu avec un établissement soumis à la loi du 8 novembre 1934 sur les banques<sup>224</sup> ou avec un négociant en valeurs mobilières soumis à la surveillance de la bourse (voir art. 10 LBVM et art. 17 de l'ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses [OBVM]<sup>225</sup>), à la condition que la banque ou le négociant ait obtenu l'autorisation d'exercer avant de procéder à la prise ferme. Le contrat de prise ferme peut donc également être conclu avec la succursale suisse d'une banque étrangère. Cette disposition n'envisage pas le cas où la société souscrit les actions elle-même, car cela permettrait de contourner les règles visant à protéger le droit de souscription préférentiel.

Si le preneur ferme n'est ni une banque ni un négociant en valeurs mobilières, les règles prévues en cas de suppression du droit de souscription préférentiel s'appliquent (notamment l'exigence d'une majorité qualifiée au sens de l'art. 704, al. 1, ch. 4, AP-CO). En revanche, le fait que le preneur ferme place les actions lui-même ou par l'intermédiaire d'une autre banque ou d'un autre négociant en valeurs mobilières n'est pas déterminant.

Le contrat passé entre la société et le preneur ferme sur l'offre des actions aux actionnaires proportionnellement à leur participation antérieure est une *stipulation pour autrui* (art. 112 CO). Si le preneur ferme ne satisfait pas à ses obligations, l'actionnaire lésé peut ouvrir une action contre la banque ou le négociant. Le respect des droits de souscription préférentiels est en outre garanti par des instruments prudentiels.

Si l'actionnaire renonce à l'exercice de son droit de souscription préférentiel, le preneur ferme peut valablement vendre les actions correspondantes à des tiers.

Contrairement au projet de 2007<sup>226</sup>, l'avant-projet ne précise plus explicitement qu'il est interdit d'entraver l'exercice du droit de souscription préférentiel de manière infondée. Cette interdiction découle en effet du droit en vigueur, en relation avec le recours en annulation prévu à l'art. 706, al. 2, ch. 2 et 3, CO et le devoir de diligence visé à l'art. 717, al. 1, CO.

<sup>223</sup> Voir aussi le projet de loi fédérale sur les services financiers (loi sur les services financiers, LSFIn), qui prévoit l'abrogation de l'art. 652a CO.

<sup>224</sup> RS 952.0

<sup>225</sup> RS 954.11

<sup>226</sup> Art. 652b, al. 4, projet 2007 (BBI 2008 1407, 1464 et 1577).

En vertu de l'al. 5, le prix d'émission des nouvelles actions ne doit pas être sensiblement inférieur à leur valeur réelle<sup>227</sup>, à moins que le droit de souscription soit négociable ou que tous les actionnaires représentés à l'assemblée générale aient approuvé le prix d'émission. La finalité de cette règle est de garantir le droit de propriété des actionnaires en excluant qu'une augmentation du capital-actions ne puisse entraîner une dilution de la substance de leurs actions au cas où ils ne pourraient ou ne souhaiteraient pas participer à la transaction. La négociabilité des droits de souscription au sens de cette disposition suppose l'existence d'un marché suffisamment large pour qu'il puisse s'y former un prix correspondant à la valeur réelle des droits. Il ne suffit donc pas que quelques personnes s'offrent pour acquérir les droits de souscription préférentiels à bas prix. Par contre, l'organisation d'une vente aux enchères pourrait être envisagée. L'autorisation de fixer un prix d'émission inférieur avec le consentement de tous les actionnaires présents à l'assemblée générale a été incluse dans l'avant-projet pour tenir compte des besoins des PME.

Si l'assemblée générale définit des modalités d'exercice du droit de souscription ou un prix d'émission de manière abusive, la décision peut être annulée (art. 706 CO). En revanche, l'avant-projet exclut le droit des actionnaires d'intenter une action contre les décisions du conseil d'administration relatives au droit de souscription ou au prix d'émission qui ont été prises en rapport avec une marge de fluctuation du capital (voir art. 653u AP-CO). Une telle prérogative aurait conduit à un changement de système dans le droit de la SA. L'action en dommages-intérêts demeure toutefois réservée.

*Art. 652c, titre marginal Libération des apports*

La numérotation du titre marginal change du fait de modifications apportées à la systématique de la loi.

*Art. 652d, titre marginal et al. 2 Augmentation au moyen de fonds propres*

Cette disposition fait l'objet de quelques aménagements syntaxiques (et terminologiques dans la version allemande seulement), mais aucun changement matériel n'y est apporté. On relèvera simplement que l'établissement d'un bilan intermédiaire nécessite dans tous les cas la préparation d'un compte de résultat, au moins sommaire. Une annexe est également exigée si les informations qu'elle contient peuvent avoir une grande influence sur l'appréciation du bilan (voir art. 675a et 960f AP-CO).

Une interprétation grammaticale stricte de la formulation existante permettrait de conclure que la vérification du bilan intermédiaire par une personne non agréée par l'autorité fédérale de surveillance de la révision suffirait. Pour éviter tout malentendu, la formulation a été complétée (par un bilan intermédiaire *vérifié par un réviseur agréé*<sup>228</sup>).

<sup>227</sup> Le terme de «valeur réelle» est une notion juridique indéterminée qui figure déjà dans le CO et dans la LFus (par ex. art. 670, al. 1, CO, art. 725c AP-CO, art. 685b, al. 4, CO, art. 7, al. 2, LFus).

<sup>228</sup> Remarque: une personne physique ne peut fournir à titre indépendant des prestations en matière de révision que si elle a inscrit au moins une entreprise individuelle au registre du commerce et que cette entreprise dispose de l'agrément nécessaire (art. 8, al. 1, ordonnance du 22 août 2007 sur la surveillance de la révision, OSRev; RS **221.302.3**).

*Art. 652e*

*Rapport d'augmentation*

Le ch. 1 est adapté conformément aux autres dispositions en ce sens que la reprise de biens ne figure plus parmi les faits qualifiés dont le conseil d'administration doit rendre compte. Voir également le commentaire de l'art. 635 (rapport de fondation dans le cadre d'une fondation qualifiée).

*Art. 652f, titre marginal*

*Attestation de vérification*

La numérotation du titre marginal change du fait de modifications apportées à la systématique de la loi.

*Art. 652g, titre marginal et al. 2 et 3*      *Modifications des statuts et constatations du conseil d'administration*

L'art. 652g, al. 2, CO statue que l'officier public doit mentionner tous les documents à la base de l'augmentation de capital et attester qu'ils ont été soumis au conseil d'administration. Conformément aux dispositions relatives à la fondation (art. 631, al. 1, CO), l'officier public devra désormais attester que ces documents lui ont été soumis à lui de même qu'au conseil d'administration (voir art. 47, al. 2, let. d, ORC). L'officier public doit vérifier que les justificatifs sont formellement conformes, qu'ils contiennent les renseignements requis par la loi et que leur contenu correspond à la constatation du conseil d'administration pour laquelle il doit établir un acte authentique.

*Art. 652h, titre marginal et al. 1 et 2*

*Inscription au registre du commerce*

L'art. 652h, al. 1, subit une modification terminologique: remplacement de «registre du commerce» par «office du registre du commerce».

L'al. 2 est abrogé. A l'avenir, les justificatifs à communiquer au registre du commerce seront régis uniformément dans l'ORC (voir art. 46 ORC).

## **2.1.6**

### **Augmentation au moyen d'un capital conditionnel**

*Art. 653 et 653b, al. 1, ch. 4*

*Augmentation au moyen d'un capital conditionnel: décision de l'assemblée générale*

La réglementation actuelle sur l'augmentation du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel n'est pratiquement pas modifiée. Seuls quelques ajustements y sont opérés.

L'art. 653, al. 1, désigne désormais les actionnaires et les membres du conseil d'administration comme bénéficiaires possibles de l'augmentation du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel. La pratique actuelle autorise déjà l'émission d'options dites gratuites ou d'actionnaires dans le cadre d'une augmentation au moyen d'un capital conditionnel<sup>229</sup>. Il est également courant d'attribuer des options

<sup>229</sup> Voir GAUDENZ G. ZINDEL/PETER R. ISLER, art. 653 n° 17 s., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), «Basler Kommentar Obligationenrecht II», 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

aux membres du conseil d'administration dans le cadre de leur rémunération<sup>230</sup>. Dans ce cas, le droit de souscription prioritaire ou préférentiel des actionnaires de la société qui procède à l'augmentation au moyen d'un capital conditionnel ne peut pas non plus être limité ou supprimé, sauf si les conditions prévues à l'art. 653c AP-CO sont remplies. Les personnes correspondantes d'une société du groupe peuvent également être prises en compte en cas d'augmentation au moyen d'un capital conditionnel.

L'al. 2 donne au conseil d'administration, comme pour l'augmentation ordinaire du capital-actions, un délai de 30 jours pour requérir l'inscription de l'augmentation au moyen d'un capital conditionnel auprès de l'office du registre du commerce. Une telle augmentation peut en effet revêtir une certaine importance aux yeux d'investisseurs potentiels et influencer leur décision de placement.

L'art. 653b, al. 1, ch. 4, précise que, le cas échéant, la suppression ou la limitation du droit de souscription préférentiel doit figurer dans les statuts. La modification du ch. 1 est d'ordre rédactionnel.

*Art. 653c et 653d, al. 1*

*Protection des actionnaires*

L'art. 653c, al. 1, dispose que les règles relatives au droit de souscription préférentiel sont applicables lors d'une augmentation ordinaire du capital (voir art. 652b), lorsque des droits d'options sont accordés aux actionnaires.

Ce renvoi interne est également valable pour l'exercice du droit de souscription et pour la fixation du prix d'émission. L'ancien al. 1 est déplacé à l'al. 2.

Selon l'al. 3, les sociétés ouvertes au public peuvent limiter ou supprimer le droit de souscription prioritaire même en l'absence de justes motifs (ch. 1), pour autant que les actionnaires aient la possibilité d'acquérir les titres correspondants à la bourse à des conditions équitables (ch. 2), ce qui leur permet de sauvegarder leurs intérêts par le biais du marché.

L'ancien al. 3 devient l'al. 4. Les modifications sont d'ordre rédactionnel.

Les termes «actionnaire» et «membre du conseil d'administration» doivent être ajoutés dans le libellé de l'art. 653d, al. 1, en raison de la modification apportée à l'art. 653, al. 1.

*Art. 653f, 653g, 653i*

*Attestation de vérification, modification des statuts et constatations du conseil d'administration, épuration*

Les art. 653f et 653g subissent quelques modifications, essentiellement de nature formelle, qui visent à les rendre plus intelligibles et à harmoniser la terminologie. L'art. 653g, al 2, indique que la modification des statuts doit être constatée par un acte authentique. Il est conforme à l'art. 652, g, al 2, CO.

L'art. 653i fixe de nouvelles règles matérielles. Il arrive qu'une société décide d'une augmentation du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel et qu'elle ne la réalise pas ou qu'elle souhaite l'interrompre avant son terme. Cette disposition énonce les modalités applicables dans ce cas de figure.

<sup>230</sup> Voir GAUDENZ G. ZINDEL/PETER R. ISLER, art. 653 n° 16, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedom Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), «Basler Kommentar Obligationenrecht II», 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.



Le conseil d'administration a l'obligation d'exécuter les décisions de l'assemblée générale (art. 716a, al. 1, ch. 6, CO). A défaut, il doit répondre du préjudice éventuel en application de l'art. 754 CO. Cette règle s'applique aussi lorsqu'il renonce à procéder à l'augmentation du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel sans l'accord de l'assemblée générale. Les nouvelles prescriptions de l'art. 653i ne modifient pas ces prémisses.

L'art. 653i AP-CO règle les situations où des droits de conversion ou d'option ont déjà été attribués. La disposition statutaire sur l'augmentation du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel ne peut alors être supprimée que si un expert-réviseur agréé atteste par écrit que tous les ayants droit ont renoncé par écrit à exercer leurs droits. Si une partie des titulaires des droits de conversion ou d'option refuse de renoncer à ses droits, la disposition des statuts ne peut pas être abrogée, mais une modification des statuts reste possible.

Les ayants droit qui renoncent à exercer leurs droits de conversion ou d'option peuvent éventuellement être indemnisés en espèces ou en nature (remise d'actions, par ex.). Par mesure de transparence, le montant de l'indemnisation doit être indiqué dans le rapport de gestion (art. 959a, al. 3, CO).

## 2.1.7 Réduction ordinaire

### *Art. 653j Réduction ordinaire du capital-actions: principes*

Les nouvelles règles régissant la réduction de capital sont désormais regroupées dans le chapitre consacré aux procédures de modification du capital-actions, avec les différents types d'augmentation du capital. La réglementation actuelle sur la réduction du capital-actions présente des imprécisions et des lacunes, que l'avant-projet vise à éliminer (voir point 1.3.1.4).

L'art. 653j règle les principes de la réduction ordinaire du capital-actions. L'al. 1 attribue à l'assemblée générale la compétence de fixer le montant de la réduction du capital-actions. Comme le prévoit déjà le droit actuel, il incombe au conseil d'administration de préparer et d'exécuter la réduction.

Selon l'al. 2, la réduction peut revêtir la forme d'une réduction de la valeur nominale ou d'une destruction d'actions. La décision de réduction de l'assemblée générale doit donc contenir des indications à ce sujet (voir art. 653n, al. 1, ch. 2, AP-CO).

Conformément à l'al. 3, le capital-actions ne peut, comme dans le droit actuel, être réduit à un montant inférieur au montant minimal fixé par la loi (voir art. 621 AP-CO) que s'il est simultanément augmenté au moins à concurrence de ce montant (voir art. 653p AP-CO).

### *Art. 653k Protection des créanciers*

Cette disposition fixe les modalités de l'appel aux créanciers. La société peut procéder à l'appel public avant ou après la décision de l'assemblée générale de réduire le capital. Cette possibilité assouplit la marge de manœuvre du conseil d'administration dans l'organisation de la réduction. Par mesure de transparence envers les actionnaires, il vaut mieux que l'appel aux créanciers et le contrôle de l'expert-réviseur agréé aient lieu avant l'assemblée générale. Cela permet à l'organe suprême de la

société de connaître les résultats de l'appel public et du contrôle avant de statuer sur la réduction du capital. Cela n'est cependant pas toujours nécessaire d'un point de vue matériel, car dans la plupart des cas, la situation est claire. Il faut donc laisser à la société la possibilité de tenir l'assemblée générale avant (voire pendant) l'appel aux créanciers, ce qui permet d'accélérer la procédure. Il peut être également judicieux d'attendre de connaître la position de l'assemblée générale au sujet de la réduction du capital avant de publier l'appel. En tout état de cause, l'application des dispositions légales sur la protection des créanciers est garantie par l'inscription de la réduction au registre du commerce (voir art. 653o, al. 4 et 5, AP-CO).

L'al. 2 réduit de deux à un mois la période pendant laquelle les créanciers peuvent produire leurs créances. La durée totale de la procédure de réduction du capital-actions s'en trouve réduite d'autant, ce qui est dans l'intérêt des sociétés. Malgré cette diminution, le temps dont disposent les créanciers pour produire leurs créances reste suffisant.

Les al. 3 et 4 reprennent en grande partie les règles de l'appel aux créanciers de l'art. 25 LFus. Conformément à l'al. 3, l'entreprise peut être libérée de son obligation de garantir les créances produites lorsqu'elle démontre que la réduction du capital ne compromet pas leur exécution. Dans la plupart des cas, l'attestation de l'expert-réviser agréé indiquant que les capitaux étrangers resteront entièrement couverts après la réduction du capital-actions sera considérée comme une preuve suffisante. Mais parfois, l'attestation de vérification pourrait ne pas suffire, en particulier pour les créances exigibles très longtemps après la réduction.

Le fait de pouvoir exiger des sûretés ne doit pas permettre aux créanciers d'obtenir un meilleur statut que si la réduction du capital n'avait pas eu lieu. Conformément à l'al. 4, la société peut exécuter les créances au lieu de les garantir, à condition que les autres créanciers ne s'en trouvent pas désavantagés (principe d'égalité de traitement des créanciers découlant du droit des poursuites). Il faut toutefois que la créance puisse faire l'objet d'une exécution anticipée (art. 81 CO).

#### *Art. 653l Bilan intermédiaire*

L'art 653l exige, en accord avec la pratique aujourd'hui généralisée, que la société établisse un bilan intermédiaire lorsque le dernier bilan remonte à plus de six mois<sup>231</sup>. Les exigences légales relatives au contenu du bilan intermédiaire sont désormais régies de manière centralisée à l'art. 960f (pour plus de détails, voir le commentaire correspondant). La norme correspond sur le fond à la teneur de l'art. 11 LFus. Le besoin de protection qui justifie l'obligation d'établir un bilan intermédiaire étant le même lors d'une réduction du capital-actions que lors de la restructuration d'entités juridiques, il semble judicieux de reprendre ici les dispositions y relatives du droit de la fusion.

#### *Art. 653m Attestation de vérification*

L'art. 653m énonce les règles relatives à l'attestation de vérification délivrée par l'expert-réviser agréé. Celui-ci doit, conformément à l'al. 1, attester que la réduc-

<sup>231</sup> Voir PETER BÖCKLI, «Schweizer Aktienrecht», 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 2 n° 356; de même que KARL REBSAMEN, «Das Handelsregister», 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1999, n° 585; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER Nobel, «Schweizerisches Aktienrecht», Berns 1996, § 53 n° 95.

tion du capital ne compromet pas l'exécution des créances et qu'il n'existe pas de raison sérieuse d'admettre que la société sera insolvable dans les douze mois à venir. Désormais, la vérification inclut explicitement les conséquences de la réduction de capital pour la trésorerie de la société, laquelle constitue un élément de focalisation fort de l'avant-projet (voir art. 671, al. 3, et art. 725 AP-CO). Dans la pratique, ce type de vérification est d'ores et déjà effectué.<sup>232</sup>

L'al. 2 exige notamment que l'attestation rende compte obligatoirement du résultat de l'appel aux créanciers (voir art. 653k), améliorant ainsi la pertinence de ce document par rapport à la situation actuelle.

Dans les sociétés qui n'ont pas d'organe de révision et dans les cas où l'expert-réviseur agréé qui a été mandaté n'est pas l'organe de révision de la société, la personne mandatée doit évaluer dans quelle mesure elle doit contrôler le bilan qui lui est soumis pour pouvoir délivrer l'attestation de vérification requise.

Lorsque l'attestation de vérification est déjà disponible au moment de l'assemblée générale, le conseil d'administration communique le résultat aux actionnaires avant le vote (al. 3). Dans ce cas, l'expert-réviseur agréé doit être présent à l'assemblée. Mais comme pour l'approbation des comptes annuels (art. 731, al. 2, CO), l'assemblée générale peut renoncer à sa présence.

#### *Art. 653n, 653o Décision de l'assemblée générale; adaptation des statuts*

L'art. 653n régleme le contenu et la forme de la décision de l'assemblée générale sur la réduction du capital-actions.

L'art. 653o fixe les obligations du conseil d'administration lors de l'exécution de la décision de réduction du capital prise par l'assemblée générale (modification des statuts, constatations, inscription au registre du commerce).

L'art. 653o, al. 3, fixe un délai de 30 jours pour requérir l'inscription de la modification des statuts au registre du commerce.

L'al. 4 précise que l'office du registre du commerce ne peut inscrire la réduction du capital au registre du commerce que si une attestation de vérification conforme aux exigences de la loi a été délivrée à la société. L'office du registre du commerce doit refuser l'inscription si l'attestation de vérification contient une réserve ou une restriction relative au résultat du contrôle, ce pour protéger les créanciers.

En vertu de l'al. 5, les fonds disponibles par suite de la réduction du capital-actions ne peuvent être distribués aux actionnaires qu'après l'inscription de la réduction au registre du commerce.

### **2.1.8 Formes particulières de la réduction du capital**

#### *Art. 653p Réduction et augmentation simultanées du capital-actions; principe*

Le droit en vigueur prévoit déjà cette transaction sur le capital, appelée communément «accordéon», qui consiste en une réduction du capital suivie immédiatement

<sup>232</sup> Voir PETER BÖCKLI, «Schweizer Aktienrecht», 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 2 n° 357 s.

d'une augmentation du même montant, sans modification du montant libéré. Mais il ne la réglemente pas de manière systématique. L'art. 732, al. 1, CO en vigueur la mentionne comme mesure de substitution à la réduction de capital déclarative; l'al. 5 autorise une réduction en deçà du capital minimal de 100 000 francs dans le cadre de l'accordéon pendant une seconde logique. L'avant-projet consacre à cette forme particulière de réduction du capital une disposition distincte, qui en principe correspond sur le fond à la pratique en vigueur.

Lorsque la décision est prise de réduire et d'augmenter simultanément le capital-actions, il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions régissant la réduction de capital si l'augmentation est au moins équivalente à la réduction. C'est ce qui ressort du nouvel art. 653p, al. 1, qui statue que les dispositions concernant la protection des créanciers, le bilan intermédiaire, l'attestation de vérification et les constatations du conseil d'administration qui régissent la réduction ordinaire du capital ne s'appliquent pas. L'exclusion générale des dispositions régissant la réduction ordinaire du capital envisagée dans le projet de 2007<sup>233</sup> manque en revanche de précision, car les principes (voir art. 653j AP-CO) et les dispositions relatives à la décision de l'assemblée générale (voir art. 653n AP-CO) ont été jusqu'à présent appliqués couramment, y compris en cas d'accordéon.

Conformément à l'al. 2, les dispositions régissant l'augmentation ordinaire du capital (voir art. 650 ss) s'appliquent par analogie.

Les al. 3 et 4 contiennent des dispositions spéciales concernant respectivement la modification des statuts (pas de modification lorsque le montant du capital-actions et la valeur nominale des actions restent inchangés) et l'inscription au registre du commerce (à effectuer dans les six mois).

#### *Art. 653q Destruction des actions*

Cette disposition exige la destruction des actions émises lorsque, à des fins d'assainissement, le capital-actions est réduit à zéro puis augmenté à nouveau. En contrepartie, les actionnaires ont un droit de souscription préférentiel qui ne peut pas leur être retiré. L'art. 732a CO prévoit une disposition identique. Il y a assainissement lorsqu'il y a au moins un bilan déficitaire (à propos du terme de bilan déficitaire, voir art. 653r AP-CO).

#### *Art. 653r Réduction du capital-actions en cas de bilan déficitaire*

Le droit en vigueur autorise un assouplissement de la procédure de réduction si elle vise à supprimer un excédent passif constaté au bilan (art. 735 CO)<sup>234</sup>. Ce cas particulier de réduction de capital, qu'on appelle aussi réduction de capital déclarative ou nominale, est désormais régi par l'art. 653r. La norme correspond sur le fond à l'ancienne disposition, en plus clair et en plus précis. Elle détermine explicitement, par exemple, le contenu du rapport de révision correspondant, qui découlait jusqu'à présent de l'art. 735 CO. L'expert-réviseur agréé doit, conformément à l'al. 1, attester que le montant de la réduction du capital ne dépasse pas celui de l'excédent passif à supprimer. Il vérifiera par la même occasion que le bilan est bien déficitaire. S'il est possible de compenser la perte au bilan avec des réserves issues du capital ou

<sup>233</sup> Art. 653p, al 2, projet 2007 (BBI 2008 1407, 1582)

<sup>234</sup> Voir «Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung», vol. 3, Zürich 2009, p. 61

du bénéficiaire (voir art. 674 AP-CO), le bilan n'est pas déficitaire, ce qui exclut tout recours à la réduction de capital au sens de l'art. 653r AP-CO. La seule existence de réserves latentes ne doit cependant pas suffire à contester l'existence d'un bilan déficitaire. Il s'agit d'un apurement d'un bilan conforme aux principes de l'établissement régulier des comptes annuels, non d'une compensation globale par la valeur vénale des actifs existants. La dissolution des réserves latentes n'est autorisée que dans la mesure où elles ont été constituées dans le dessein explicite de diminuer le résultat de la période, c'est-à-dire par des amortissements et des provisions volontairement exagérés, et qu'elles existent toujours. Le principe selon lequel le résultat de la période doit être dûment exposé doit être respecté<sup>235</sup>.

Dans le cadre d'une réduction du capital-actions visant à équilibrer un bilan déficitaire, les dispositions qui régissent la réduction ordinaire du capital relatives à la protection des créanciers (voir art. 653k AP-CO) et aux constatations du conseil d'administration (voir art. 653o AP-CO) ne s'appliquent pas.

Conformément à l'al. 2, l'assemblée générale décide de la réduction de capital déclarative en s'appuyant sur le rapport de révision. Sa décision contient, outre les indications nécessaires à une réduction ordinaire du capital (voir art. 653n AP-CO), la constatation du rapport de révision et l'adaptation des statuts.

### 2.1.9 Marge de fluctuation du capital

#### *Art. 653s Autorisation*

L'avant-projet crée une nouvelle institution juridique: la marge de fluctuation du capital, qui a pour but d'assouplir les procédures d'augmentation et de réduction du capital-actions (voir point 1.3.1.4). La marge de fluctuation du capital remplace l'augmentation autorisée du capital-actions (art. 651 ss CO).

Selon l'art. 1, elle est réservée exclusivement aux sociétés qui soumettent leurs comptes annuels à un contrôle ordinaire ou restreint (voir art. 727a AP-CO).

L'assemblée générale pourra autoriser le conseil d'administration à augmenter et à réduire le capital-actions à sa guise entre deux valeurs limites. Comme c'est le cas aujourd'hui pour l'augmentation autorisée du capital, la décision de l'assemblée générale doit être prise à la majorité qualifiée (voir art. 704, al. 1, ch. 5, AP-CO) et revêtir la forme authentique (art. 653s, al. 5, AP-CO). Dans sa décision, l'assemblée générale fixe le capital maximal, qui est la valeur limite jusqu'à laquelle le conseil d'administration peut augmenter le capital-actions, et un capital de base au-dessous duquel le capital-actions ne peut être réduit. Le troisième paramètre est le capital-actions inscrit au registre du commerce. Selon l'al. 2, le capital maximal ne peut pas dépasser le capital-actions inscrit au registre du commerce de plus de 50 % et le capital de base ne peut être inférieur à la moitié du capital-actions inscrit. Il convient en tout état de cause de respecter le capital minimal légal (voir art. 621 CO).

Le conseil d'administration peut augmenter et réduire le capital émis à l'intérieur de la fourchette délimitée par le capital maximal et le capital de base. L'al. 1 fixe la

<sup>235</sup> Voir PETER BÖCKLI, «Schweizer Aktienrecht», 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 2 n° 400. Autre avis: MANFRED KÜNG, «Art. 735 N 6», in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), «Basler Kommentar Obligationenrecht II», 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

durée maximale de l'autorisation à cinq ans. Le projet de 2007 prévoyait un délai de trois ans en raison des résultats de la procédure de consultation<sup>236</sup>, mais le Conseil des Etats s'était prononcé en faveur d'un délai de cinq ans<sup>237</sup>. L'avant-projet suit la décision du Conseil des Etats.

Selon l'al. 7, la durée de validité de l'autorisation court à partir de la décision de l'assemblée générale. Lorsque l'autorisation arrive à expiration, le conseil d'administration doit supprimer les dispositions statutaires relatives à la marge de fluctuation du capital, à moins que l'assemblée générale ne prolonge l'autorisation (art. 653t, al. 2, AP-CO). La décision du conseil d'administration revêt la forme authentique.

L'assemblée générale est libre de restreindre la marge de manœuvre du conseil d'administration. Selon l'al. 3, elle peut prévoir des restrictions et des conditions (voir art. 653t, al. 1, ch. 3). Elle peut par exemple prévoir que le conseil d'administration est autorisé uniquement à augmenter le capital, ou uniquement à le réduire. Lorsque le conseil d'administration ne peut qu'augmenter le capital-actions, la marge de fluctuation du capital est assimilable à l'augmentation autorisée prévue dans le droit actuel. C'est pourquoi cette institution juridique devient superflue et peut donc être abrogée. Mais si l'assemblée générale ne permet au conseil d'administration que de réduire le capital-actions, sa décision est comparable à une réduction autorisée du capital-actions qui n'est, elle, pas prévue dans le droit en vigueur.

L'al. 4 précise que le capital-actions peut aussi être augmenté au moyen d'un capital conditionnel dans les limites de la marge de fluctuation du capital. Dans ce cas, les dispositions relatives à la marge de fluctuation du capital et celles relatives à l'augmentation du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel s'appliquent cumulativement, la règle la plus stricte étant toujours prépondérante. A défaut d'une base statutaire, le conseil d'administration ne peut toutefois prévoir, dans le cadre d'une marge de fluctuation du capital, ni une augmentation de capital au moyen d'un capital conditionnel, ni un capital-participation (voir art. 653t, al. 1, ch. 9 et 10). La décision correspondante appartient à l'assemblée générale.

L'inscription de la décision de l'assemblée générale concernant la création d'une marge de fluctuation du capital doit être requise auprès de l'office du registre du commerce dans un délai de 30 jours à compter de la date de la décision (art. 653s, al. 5, AP-CO).

#### *Art. 653t Bases statutaires*

Cette disposition traite des bases statutaires imposées par une marge de fluctuation du capital.

L'assemblée générale peut déléguer certaines décisions au conseil d'administration, par exemple celles concernant le droit de souscription préférentiel (ch. 7), mais il y

<sup>236</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1471

<sup>237</sup> BO 2009 E 646

en a d'autres qu'elle doit impérativement prendre elle-même<sup>238</sup>. Il découle ainsi des ch. 1, 2, 4 et 5 que la décision de l'assemblée générale doit obligatoirement mentionner le capital maximal et le capital de base, la durée de validité de l'autorisation de même que le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions. D'autres modalités de la transaction ne sont valables que lorsqu'elles sont stipulées dans les statuts, (restrictions à la transmissibilité des actions, par ex., ch. 6). Selon le ch. 8, l'assemblée générale doit aussi fixer les conditions d'exercice des droits de souscription acquis conventionnellement. Il s'agit là d'une restriction complémentaire applicable à la première acquisition des actions.

*Art. 653u et 653v*

*Augmentation et réduction du capital-actions  
dans les limites de la marge de fluctuation du  
capital*

En vertu de l'art. 653u, al. 1, AP-CO, le conseil d'administration peut augmenter et réduire le capital à sa guise, dans les limites de l'autorisation de l'assemblée générale. Par exemple, si le capital maximal a été fixé à 600 000 francs et le capital de base à 200 000 francs, et que le capital inscrit au registre du commerce est de 400 000 francs au moment de la création de la marge de fluctuation du capital, le conseil d'administration peut commencer par augmenter le capital-actions à 500 000 francs avant de le réduire à 200 000 francs pour l'augmenter à nouveau à 600 000 francs.

Lors de chaque augmentation et de chaque réduction du capital-actions, le conseil d'administration fait les constatations nécessaires et adapte les statuts en conséquence. Selon l'al. 2, il édicte les dispositions requises qui ne sont pas contenues dans la décision de l'assemblée générale instituant la marge de fluctuation du capital. Selon l'al. 3, après chaque modification du capital, le conseil d'administration dispose de 30 jours pour en requérir valablement l'inscription au registre du commerce. Il s'agit donc d'une prescription d'ordre.

Selon l'al. 4, les dispositions régissant l'augmentation ordinaire du capital-actions et l'augmentation au moyen d'un capital conditionnel de même que la réduction ordinaire de capital doivent être appliquées par analogie, sauf dispositions contraires de la loi. Ainsi par exemple, la décision d'augmenter le capital-actions prise par le conseil d'administration doit indiquer la nature de l'apport (apport en nature, libération au moyen de capital propre, par ex.), si l'assemblée générale ne s'est pas réservé le droit de décider de la forme de la libération.

Pendant la durée de validité de la marge de fluctuation du capital, l'assemblée générale peut décider de modifier le capital-actions. La décision d'augmentation ou de réduction annule alors automatiquement, pour des questions de sécurité juridique, la décision instituant la marge de fluctuation du capital. De plus, les statuts doivent être adaptés en conséquence, selon l'art. 653v. L'assemblée générale peut toutefois stipuler une nouvelle marge de fluctuation du capital dans les statuts après la décision d'augmentation ou de réduction ordinaire du capital.

<sup>238</sup> Ce système des compétences de décisions inaliénables et intransmissibles de l'assemblée générale existe aujourd'hui déjà dans le régime de l'augmentation autorisée du capital (art. 651 CO).

Le système de la marge de fluctuation du capital instaure une protection des créanciers anticipée en ce sens que selon l'al. 1, l'appel aux créanciers doit avoir lieu avant la décision de l'assemblée générale instituant une marge de fluctuation du capital. La même règle s'applique pour l'établissement d'une attestation de vérification par un expert-réviseur agréé. Ici, l'attestation se limite à constater que les capitaux étrangers resteront couverts après la réduction du capital au niveau du capital de base. Toute autre affirmation concernant d'éventuelles réductions du capital futures dans les limites de la marge de fluctuation du capital est exclue. L'inscription de la marge de fluctuation du capital au registre du commerce permet toutefois aux créanciers de savoir que le capital-actions peut être réduit jusqu'au capital de base indiqué.

La société n'est pas obligée de procéder à l'appel aux créanciers ni de se faire délivrer une attestation de vérification lorsque la marge de fluctuation du capital est instituée lors de la constitution de la société ou lorsque le capital de base n'est pas inférieur au capital-actions inscrit au registre du commerce.

L'al. 2 statue que l'appel aux créanciers n'est plus requis lorsque le conseil d'administration réduit le capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation du capital

Mais l'al. 3 précise que la condition préalable à cette opération est que l'exécution des créances de la société ne s'en trouve pas compromise. Il appartient au conseil d'administration de s'en assurer et il en répond selon le régime de responsabilité du droit de la SA (art. 754 CO). Selon les circonstances, et pour diminuer le risque, il peut procéder à un appel aux créanciers et se faire délivrer une attestation de vérification, mais il n'y est pas tenu.

L'une des caractéristiques essentielles de la marge de fluctuation est que le capital de base qui doit être inscrit au registre du commerce y revêt la même fonction de valeur limite que le capital inscrit dans le droit en vigueur. Pour les créanciers, le chiffre de référence est donc le capital de base, qui ne peut être abaissé que dans le cadre d'une procédure de réduction ordinaire du capital-actions. La protection des créanciers semble donc garantie (voir également art. 653x et 727a, AP-CO).

*Art. 653x Indications dans l'annexe  
aux comptes annuels*

Contrairement au projet de 2007<sup>239</sup>, l'avant-projet n'oblige plus le conseil d'administration à se faire délivrer une attestation de vérification par un expert-réviseur agréé à la fin de l'exercice lorsque le capital-actions a été réduit dans les limites de la marge de fluctuation du capital. Il n'exige plus non plus la remise de cette attestation de vérification à l'office du registre du commerce. Il oblige par contre les sociétés ayant institué une marge de fluctuation du capital à soumettre leurs comptes annuels à un contrôle ordinaire ou restreint (voir art. 653s et 727a, al. 2, AP-CO). Ces sociétés ne sont donc plus en mesure de renoncer au contrôle

<sup>239</sup> Art. 653x projet 2007 (FF 2008 1407, 1474 et 1585)



restreint des comptes annuels («opting-out»). Cette disposition offre aux créanciers une protection efficace. De plus, elle n'occasionne bien souvent aucuns frais supplémentaires, puisque les sociétés recourent déjà au moins au contrôle restreint de leurs comptes annuels. Le contrôle des comptes annuels permet de faire vérifier par une instance indépendante et dans un cadre raisonnable que la société n'est pas surendettée, autrement dit que ses créances sont toujours entièrement couvertes. Cette disposition offre un compromis équilibré entre la souplesse de la marge de fluctuation du capital et la nécessité de protéger les créanciers.

Conformément à l'art. 653x, AP-CO, les augmentations et les réductions du capital auxquelles le conseil d'administration a procédé dans les limites de la marge de fluctuation doivent être commentées dans l'annexe aux comptes annuels.

## **2.1.10 Bons de participation**

*Art. 656a, al. 1 et 4*      *Bons de participation: définition*

Etant donné que le nouvel art. 621, al. 2, autorise désormais de libeller le capital-actions dans la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise, il est précisé à l'al. 1 que le capital-participation doit obligatoirement être libellé dans la même monnaie que celle du capital-actions, afin d'éviter que les différentes parties du capital propre ne correspondent à des monnaies différentes. Cela risquerait en effet de créer des difficultés pour le calcul du montant maximal du capital-participation (voir art. 656b, al. 1, AP-CO) et pour les cas où le capital-participation s'ajoute au capital-actions (voir art. 656b, al. 3, AP-CO).

Contrairement à celle du capital-actions, la création d'un capital-participation est un droit mais non un devoir des sociétés. Selon l'al. 4, elle peut être simultanée ou postérieure à la constitution de la société, ce qui correspond au principe actuellement en vigueur (art. 656b, al. 5, CO). En vertu de la norme générale de renvoi de l'art. 656a, al. 2, CO, le capital-participation peut être créé après constitution de la société par le biais non seulement d'une augmentation ordinaire, mais aussi d'une augmentation au moyen d'un capital conditionnel ou dans le cadre d'une marge de fluctuation du capital.

La transformation des bons de participation en actions est régie par l'art. 704, al. 1, ch. 6, AP-CO (décision de l'assemblée générale à la majorité qualifiée), et celle des actions en bons de participation par l'art. 704a AP-CO (décision de l'assemblée générale à la majorité qualifiée et accord de tous les actionnaires concernés).

*Art. 656b*      *Capital-participation et capital-actions*

L'ancienne limitation du capital-participation au double du capital-actions pour les bons de participation cotés en bourse est abandonnée. Les sociétés concernées peuvent, selon l'al. 1, fixer le montant de leur capital-participation indépendamment de celui de leur capital-actions, ce qui leur confère une plus grande marge de manœuvre en matière de structure du capital. Cette disposition ne pose aucun problème car les participants peuvent revendre librement en bourse leurs bons de participation en cas de désaccord avec la gestion de l'entreprise ou avec les décisions de l'assemblée générale. Cette possibilité permanente de réduire sa participation compense dans une certaine mesure l'absence de droits sociaux. La revente de bons de

participation non cotés est en revanche souvent difficile, voire quasiment impossible en fonction des circonstances. L'absence de droits sociaux peut alors se révéler problématique pour la protection juridique de la propriété. C'est pourquoi l'actuel plafond imposé à l'émission de bons de participation (art. 656*b*, al. 1, CO) est maintenu pour les titres non cotés, afin de garantir un certain équilibre entre capital-risque «avec droit de vote» et capital-risque «sans droit de vote».

La nouvelle version de l'art. 656*b* redéfinit diverses règles en fonction de l'abolition partielle du plafond du capital-participation. Ainsi, selon l'al. 5 en relation avec l'art. 659, le capital-participation n'est plus ajouté au capital-actions pour calculer le seuil maximal de rachat par la société de ses propres actions, étant donné que le capital-actions et le capital-participation constituent deux bases de calcul séparées. Sinon, compte tenu du fait que le capital-participation peut être un multiple du capital-actions lorsque les bons de participation sont cotés en bourse, la société pourrait racheter toutes ses actions, sauf une. Elle n'aurait alors plus qu'un seul actionnaire, qui pourrait contrôler l'entreprise grâce à une minuscule participation financière, dénaturant ainsi la SA.

L'al. 2 précise, comme le droit en vigueur, que les dispositions sur le capital minimum ne sont pas applicables (voir art. 621, al. 1, AP-CO). Le capital-participation doit toutefois être complètement libéré, comme le capital-actions.

L'al. 3 précise les circonstances dans lesquelles le capital-participation s'ajoute au capital-actions, par exemple pour constituer la réserve légale issue du bénéfice (voir art. 672, AP-CO).

Selon l'al. 4, la distinction entre actionnaires d'une part et participants d'autre part est également valable en vue de l'institution d'un contrôle spécial (art. 697*d*, AP-CO). L'inconvénient, c'est que les personnes qui participent au capital de l'entreprise avec des statuts différents ne peuvent plus se regrouper pour demander l'institution d'un contrôle spécial. Le calcul séparé des seuils garantit cependant aux actionnaires de pouvoir exiger un contrôle spécial même si le capital-actions est relativement limité par rapport au capital-participation. Par ailleurs, le droit de demander l'institution d'un examen spécial (voir art. 656*c*, al. 3, AP-CO) et l'introduction d'une action en dissolution (art. 736 AP-CO) revêt une importance particulière pour les participants, puisqu'ils n'ont aucune possibilité d'influer sur la formation de la volonté de l'entreprise, bien qu'ils encourent le même risque économique que les actionnaires. La loi doit donc garantir une protection minimale de leur droit de propriété.

En ce qui concerne les valeurs seuils applicables au droit de requérir la convocation de l'assemblée générale, au droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et au droit de proposition (voir art. 699 s. AP-CO), l'al. 6 précise qu'elles sont calculées exclusivement sur la base du capital-actions puisque les droits sociaux sont réservés aux actionnaires.

*Art. 656c, al. 3, 656d, titre marginal et al. 2*      *Situation juridique des participants; communication de la convocation et informations sur les décisions de l'assemblée générale*

Les modifications de l'art. 656c, al. 3, sont purement formelles (remplacement de l'expression «contrôle spécial» par «examen spécial», etc.<sup>240</sup>).

Parmi les mesures destinées à améliorer la gouvernance, l'art. 702, al. 3, AP-CO prévoit que le procès-verbal de l'assemblée générale doit être mis à la disposition des actionnaires sous forme électronique ou leur être délivré par la poste. L'art. 656d, al. 2, prévoit explicitement le même droit de consultation pour les participants, ce qui améliore sensiblement l'information en général, et en particulier pour les personnes domiciliées à l'étranger.

*Art. 657 Titre marginal*

L'abrogation de l'art. 625 CO nécessite une adaptation formelle du titre marginal.

## **2.1.11 Acquisition par la société de ses propres actions**

*Art. 659 Conditions et limitations*

Les al. 1 et 2 réglementent l'acquisition par la société de ses propres actions. Comme le prévoit le droit actuel, la société ne peut utiliser que des fonds propres dont elle dispose librement pour acquérir ses propres actions à concurrence d'un montant maximum représentant 10 % du capital-actions.

L'al. 3 étend à l'action en dissolution (art. 736, al. 1, ch. 4, AP-CO) la limite spéciale de 20 % prévue par le droit actuel pour l'acquisition en rapport avec une clause de restriction à la transmissibilité. Le but de cette libéralisation est que, en cas d'action en dissolution, la société puisse recourir dans une plus large mesure à la solution de rechange que représente le rachat de ses propres actions. Cela facilite aussi la sortie des actionnaires minoritaires dans les SA privées.

Si la société s'est dotée d'une marge de fluctuation du capital (voir art. 653s ss), la limite maximale pour l'acquisition d'actions propres est calculée sur la base du capital émis.

*Art. 659a Conséquences de l'acquisition*

Selon l'al. 1, le droit de vote lié aux actions acquises par la société est suspendu. Par conséquent, le conseil d'administration ne peut exercer les droits de vote de ces actions. L'al. 2 précise que cette règle s'applique aussi lorsque les actions propres sont aliénées dans le cadre d'un prêt de titres, d'une pension de titres ou d'un acte juridique comparable. Cette disposition englobe tous les actes juridiques portant sur les propres actions de la société qui, d'un point de vue économique, peuvent être considérés comme des prêts (voir art. 14 de l'ordonnance de la FINMA du 25 octobre 2008 sur les bourses [OBVM-FINMA]<sup>241</sup>). Pour des questions de sécurité juridique et de praticabilité, les motivations qui fondent la transaction sont sans objet.

<sup>240</sup> En ce qui concerne le droit des participants de requérir l'institution d'un examen spécial, voir art. 697d AP-CO ss.

<sup>241</sup> RS **954.193**

Si le droit de vote est exercé en violation des al. 1 et 2, l'al. 3 prévoit que les dispositions sur la participation sans droit (art. 691 CO) s'appliquent, puisqu'il y a contournement d'une restriction des droits de vote imposée par la loi.

Conformément à l'al. 4, la société doit soustraire des capitaux propres un montant correspondant à la valeur d'acquisition des actions propres qu'elle détient. Les capitaux propres librement disponibles diminuent ainsi de la même façon que ce que prévoit le droit en vigueur, mais le bilan s'en trouve réduit comme lors d'une réduction de capital. L'inscription au bilan est régie par l'art. 959a, al. 2, ch. 3, let. e, CO. Par rapport au droit actuel, les comptes seront simplement présentés de manière différente. Contrairement à ce que prévoyait le projet de 2007<sup>242</sup>, le montant des actions propres ne doit pas être déduit des réserves issues du bénéfice<sup>243</sup>. La société reste donc libre de décider si elle souhaite soustraire le montant correspondant à l'acquisition d'actions propres des réserves issues du bénéfice ou des réserves de capital.

*Art. 659b Actions propres au sein du groupe*

L'art. 659b vise toujours à éviter le contournement, par le biais d'autres entreprises, des dispositions régissant l'acquisition d'actions propres (voir art. 659 et 659a AP-CO). Il simplifie la norme actuelle et fusionne les al. 1 et 2 de l'art. 659b en vigueur, dont les conclusions sont les mêmes sur le fond.

L'al. 1 statue que si une société contrôle, directement ou indirectement, une ou plusieurs entreprises, l'acquisition de ses actions par ces entreprises est soumise aux mêmes limitations et a les mêmes conséquences que l'acquisition par la société de ses propres actions. Les entreprises contrôlées directement ou indirectement sont donc également tenues d'affecter à cette acquisition des fonds propres librement disponibles.

L'al. 1 est adapté aux nouvelles dispositions relatives aux comptes consolidés (art. 963, al. 1 et 2, CO). Ils évoquent désormais explicitement le contrôle indirect pour tenir compte de la situation des groupes de sociétés, ce qui correspond à la pratique actuelle<sup>244</sup>.

Etant donné que le nouveau droit comptable (art. 959a, al. 2, ch. 3, let. e, CO) exige que les actions propres soient inscrites au bilan en diminution des capitaux propres, il faut modifier l'al. 3 en conséquence: en vertu de l'al. 2, la société contrôlante doit traiter les actions selon l'al. 1 comme ses propres actions, même si elles sont détenues par une entreprise contrôlée directement ou indirectement. Elle doit déduire des participations le montant d'acquisition ou le prix d'émission de ces actions propres. L'existence d'un groupe est donc prise en considération de façon immédiate au niveau de la présentation des comptes.

<sup>242</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1587.

<sup>243</sup> Il ne fallait déjà pas à l'époque entendre par là une compensation avec les réserves issues du bénéfice.

<sup>244</sup> Voir CHRISTIAN LENZ/ANDREAS VON PLANTA, «Art. 659b n° 4», in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), «Basler Kommentar Obligationenrecht II», 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

## 2.1.12 Variation des dividendes en fonction de la représentation des actionnaires à l'assemblée générale

*Art. 661 Calcul de ces parts*

L'ancien al. 661 CO devient l'al. 1.

L'al. 2, ch. 1, statue que désormais les statuts peuvent prévoir que les actionnaires dont les droits de vote sont exercés à l'assemblée générale (notamment par un représentant librement choisi ou par le représentant indépendant) perçoivent un dividende ou un remboursement des réserves issues du capital jusqu'à 20 % plus élevé. Cela permet aux sociétés de créer une incitation matérielle positive à la participation à l'assemblée générale.

L'al. 2, ch. 2, prévoit par ailleurs une incitation matérielle négative, à l'inverse de l'incitation positive prévue au ch. 1 en ce que les statuts peuvent prévoir que les actionnaires dont les droits de vote ne sont pas exercés à l'assemblée générale perçoivent un dividende ou un remboursement des réserves issues du capital jusqu'à 20 % plus faible.

Conformément aux réflexions suscitées par le projet de 2007<sup>245</sup>, l'avant-projet ne prévoit pas d'obligation légale pour les sociétés. Il les laisse libres de recourir aux possibilités offertes par l'al. 2 et d'en fixer les modalités d'application. Les statuts doivent toutefois indiquer clairement que les dividendes sont susceptibles de varier en fonction des circonstances.

Les sociétés pourront, surtout si leurs actions sont cotées en bourse, créer à l'intention de leurs actionnaires des incitations à exercer leurs droits de vote particulièrement fortes. Si l'incitation est suffisante, elle entraînera très probablement la diminution du nombre d'actions dispo (voir point 1.3.3.1). Le droit de vote et les droits qui s'y rattachent ne peuvent en effet être exercés qu'après avoir été reconnus par le conseil d'administration, même en cas de recours à un représentant librement choisi ou à un représentant indépendant. La création de telles incitations peut en outre avoir un effet direct sur les investisseurs institutionnels, puisqu'elle les oblige concrètement à exercer leurs droits de vote. Ils risquent en effet, s'ils ne le font pas, de contrevenir à leur devoir de diligence en matière de gestion de fortune.

Lors de l'élaboration de l'avant-projet, la question de savoir si la péremption de tout ou partie des droits patrimoniaux, comme le droit à un dividende décidé par l'assemblée générale, par exemple, pourrait constituer un moyen efficace de réduire un nombre excessif d'actions dispo a été examinée en détail. On s'est donc repenché sur l'idée émise à ce sujet par le Conseil des Etats lors de la révision du droit de la SA de 1991. A l'époque, le Conseil des Etats avait fini, après moult tergiversations, par se rallier à l'avis du Conseil national, qui privilégiait la situation juridique en vigueur actuellement<sup>246</sup> (voir aussi point 1.3.3.1). Même en instaurant un délai de péremption plus modéré que celui préconisé à l'époque par le Conseil des Etats, il serait impossible d'éviter durablement les difficultés qui avaient déjà été identifiées

<sup>245</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1438.

<sup>246</sup> Voir HANSPETER KLÄY, «Die Vinkulierung», Bâle 1997, pp. 119 s., 546 et 553. L'avis du Conseil des Etats de l'époque figure au BO **1988** E 498 (art. 685f)

alors, et l'intrusion relativement lourde dans la liberté économique des actionnaires. Sans compter les effets difficilement prévisibles sur le négoce en bourse, notamment au moment de l'assemblée générale et juste avant l'expiration du délai de péremption.

Par ailleurs, la possibilité de se faire inscrire au registre des actions par voie électronique pourrait réduire le nombre d'actions dispo (voir art. 686b).

## **2.1.13 Abrogation des dispositions du droit de la société anonyme sur la présentation des comptes**

*Art. 663b<sup>bis</sup>, 663c et 670 Abrogés*

La plupart des dispositions du droit de la SA relatives à la présentation des comptes ont été abrogées par l'entrée en vigueur du nouveau droit comptable<sup>247</sup>.

L'art. 663b<sup>bis</sup> CO est abrogé car les indemnités versées aux cadres supérieurs des sociétés cotées en bourse ne doivent plus figurer dans l'annexe aux comptes annuels (bilan) mais dans le rapport de rémunération distinct visé aux art. 734 ss.

L'art. 663c CO (organisation des participations dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse) est abrogé. Les informations visées à l'al. 2 sont désormais librement accessibles en vertu de l'art. 20 LBVM. L'al. 3 a été transféré dans le nouveau droit comptable (art. 959c, al. 2, ch. 11, CO).

Contrairement au projet de 2007<sup>248</sup>, l'avant-projet maintient l'art. 670 CO sur le fond, mais en l'intégrant aux dispositions fortement remaniées du droit de la SA sur l'assainissement (voir art. 725c AP-CO). Aussi est-il abrogé formellement ici.

## **2.1.14 Réserves**

*Art. 671 Réserve légale issue du capital*

Dans le nouveau régime sur la constitution des réserves des SA ayant leur siège en Suisse, les questions de l'affectation des réserves et de leur origine sont fondamentales. L'avant-projet s'appuie largement sur les propositions du projet de 2007<sup>249</sup>. L'objectif des modifications est toujours de simplifier le droit actuel et de l'adapter aux usages internationaux. Une distinction nette est ainsi établie entre les réserves issues du capital et celles issues du bénéfice. Elle figure d'ailleurs déjà dans le nouveau droit comptable, qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013 (art. 959a, al. 2, ch. 3, let. b à d, CO).

<sup>247</sup> RO 2012 6679

<sup>248</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407, 1477.

<sup>249</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407, 1477 s.

La réserve légale issue du capital visée à l'art. 671 représente des fonds qui ont été versés par les bailleurs de capitaux propres de la société. Selon l'al. 1, ch. 1, il faut donc affecter à cette réserve le produit réalisé lors de l'émission d'actions au-dessus de leur valeur nominale, sous déduction des frais d'émission (autrement dit la prime d'émission ou l'agio).

Conformément au ch. 2, il faut aussi affecter à cette réserve les paiements libératoires retenus en cas de déchéance des actions (art. 681 s. CO), pour autant qu'aucune moins-value n'ait été réalisée sur les nouvelles actions émises (gain issu de la déchéance des actions).

En vertu du ch. 3, les apports et les versements supplémentaires effectués par les titulaires de titres de participation doivent désormais aussi être affectés à la réserve légale issue du capital. Cette proposition doit être mise en parallèle avec la réforme de l'imposition des entreprises II, notamment avec la modification apportée à l'art. 20, al. 3, LIFD. En cas de remboursement aux actionnaires, ces prestations de même que les primes d'émission prévues au ch. 1 doivent, à l'instar des remboursements du capital-actions, être traitées comme un remboursement de la valeur nominale du capital (principe dit de l'apport en capital). A cette fin, les primes d'émission, les apports et les versements supplémentaires doivent apparaître dans le bilan commercial sous un compte séparé. Cela permet d'éviter la double imposition des fonds injectés dans l'entreprise. L'avantage de cette comptabilisation dans la réserve légale issue du capital est qu'il ressort directement du bilan que ces fonds ne sont pas générés par l'activité de l'entreprise.

Selon l'al. 2, la réserve légale issue du capital peut être affectée à la couverture de pertes (ch. 1, voir art. 674, al. 1, ch. 4 AP-CO), à des mesures permettant à l'entreprise de poursuivre ses activités malgré la mauvaise marche des affaires (ch. 2), à la lutte contre le chômage et à l'atténuation de ses conséquences (ch. 3), de même qu'au remboursement aux actionnaires (ch. 4). Seul le ch. 4 est nouveau par rapport au projet de 2007. Il statue que les réserves légales issues du capital peuvent être remboursées aux actionnaires tant que les réserves légales issues du capital et du bénéfice dépassent la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce. Ce ch. 4 apporte la cohérence nécessaire par rapport au principe de l'apport en capital de la réforme de l'imposition des entreprises II évoqué plus haut, cohérence qui manquait au projet de 2007. Il correspond en outre à la décision très claire prise par le Conseil des Etats lors de la session d'été 2009<sup>250</sup>.

Selon l'al. 3, il ne peut y avoir remboursement aux actionnaires que si un expert-réviseur agréé atteste par écrit, en se fondant sur le bilan, que le remboursement visé à l'al. 2, ch. 4, ne compromet pas l'exécution des créances et qu'il n'existe pas de raison sérieuse d'admettre que la société sera insolvable dans les douze mois à venir. L'attestation en question constitue un document spécifique (comme l'attestation de vérification visée à l'art. 653m AP-CO en cas de réduction du capital). Précision: si le remboursement de la réserve issue du capital a lieu dans le cadre de l'assemblée générale ordinaire lors de laquelle sont approuvés les comptes annuels, il est tout à fait possible d'intégrer l'attestation explicite visée à l'al. 3 au rapport de révision. L'expert-réviseur agréé doit être présent à l'assemblée générale, à moins que cette dernière ne renonce à sa présence à l'unanimité. L'avant-projet n'interdit pas le remboursement aux actionnaires de réserves légales issues du capital. Il prévoit

cependant une attestation de vérification, comme pour la réduction du capital-actions engendrant un reflux de fonds vers les actionnaires (voir art. 653m AP-CO). Comme il s'agit de la même procédure du point de vue économique, cette obligation de vérification trouve sa justification objective dans la protection des créanciers.

A ce sujet, voir aussi l'art. 677a (remboursements interdits).

*Art. 671a, art. 671b Abrogés*

L'actuel art. 671a CO (réserve pour actions propres) est abrogé car la manière de présenter les actions propres ou les actions propres détenues par des sociétés du groupe est désormais régie par le nouveau droit comptable (art. 959a, al. 2, ch. 3, let. e, CO, voir art. 659 ss AP-CO).

L'actuel art. 671b CO, relatif à la réserve de réévaluation, est abrogé et, tout comme l'art. 670, transféré aux dispositions du CO relatives à l'assainissement. Sa teneur reste identique (voir art. 725c AP-CO).

*Art. 672 Réserve légale issue du bénéfice*

Les réserves issues du bénéfice englobent toutes les réserves constituées avec les bénéfices non distribués de la société. Conceptuellement, elles se composent d'une réserve légale (art. 672, AP-CO) et de réserves facultatives (art. 673, AP-CO).

En vertu de l'art. 672, al. 1, AP-CO, la société doit affecter 5 % du bénéfice de l'exercice (voir art. 959b, al. 2, ch. 11, et al. 3, ch. 8) à la réserve légale issue du bénéfice. Un éventuel report de pertes doit être couvert avant l'affectation à la réserve.

L'al. 2 prescrit que cette réserve doit être alimentée jusqu'à atteindre, avec la réserve légale issue du bénéfice, 50 % du capital-actions inscrit au registre du commerce. Si le montant maximal de la réserve légale passe de 20 % du capital-actions libéré à 50 % du capital-actions émis, il faut aussi relever que la deuxième affectation à la réserve légale (voir art. 671, al. 2, ch. 3, CO) disparaît. Le processus de constitution des réserves s'en trouve donc simplifié.

Le capital-participation doit être ajouté au capital-actions pour déterminer le montant jusqu'auquel la société doit alimenter la réserve légale issue du bénéfice (voir art. 656b, al. 3, ch. 1, AP-CO). Il reste bien sûr possible, soit par le biais des statuts soit au moyen d'une décision de l'assemblée générale, de relever le plafond de 50 % de même que la part du bénéfice de l'exercice devant être affectée à cette réserve, puisque cela a pour effet de restreindre les possibilités de distribution des produits réalisés. En revanche il n'est pas possible d'abaisser ces seuils.

Lorsque le but principal de la société est la prise de participations dans d'autres entreprises (société holding), la réserve légale issue du bénéfice est alimentée jusqu'à atteindre, avec la réserve légale issue du capital, 20 % du capital-actions inscrit au registre du commerce. Le droit en vigueur prévoit déjà des allègements pour ce type de sociétés (art. 671, al. 4, CO).

Conformément à l'al. 3, l'affectation de la réserve légale issue du bénéfice est régie par les mêmes principes que ceux qui s'appliquent à la réserve légale issue du capital (voir art. 671, al. 2 et 3, AP-CO). A ce sujet, voir aussi l'art. 677a AP-CO (remboursements interdits).



*Art. 673 Réserves facultatives issues du bénéfice*

Selon l'al. 1, l'assemblée générale peut prévoir une disposition statutaire sur la constitution de réserves facultatives supplémentaires issues du bénéfice ou prendre une décision portant constitution de telles réserves.

En vertu de l'al. 2, des réserves facultatives ne peuvent en outre être constituées que si cela se justifie pour assurer durablement la prospérité de l'entreprise, compte tenu des intérêts de tous les actionnaires. Dans une perspective de protection des intérêts minoritaires, la société ne peut donc pas constituer des réserves supplémentaires de façon discrétionnaire. Elle ne serait par exemple pas autorisée à constituer des réserves affectées à un but étranger à l'activité de l'entreprise, ni pour «affamer» les personnes détenant des participations minoritaires, ni non plus pour maintenir abusivement le cours de l'action à un bas niveau au moyen de faibles distributions de dividendes.

La possibilité prévue par le droit en vigueur de constituer des réserves à des fins de remplacement (voir art. 674, al. 2, ch. 1, CO) n'est plus évoquée. Des amortissements et corrections de valeur supplémentaires peuvent cependant être opérés à des fins de remplacement (art. 960a, al. 4, CO). Les sociétés disposent par ailleurs d'une marge de manœuvre suffisante en ce qui concerne la constitution de réserves pour assurer leur prospérité à long terme.

Conformément à l'al. 3, il appartient à l'assemblée générale de statuer sur l'affectation des réserves facultatives issues du bénéfice, sous réserve des dispositions applicables en matière de compensation des pertes (voir art. 674, AP-CO). Fondamentalement, tant qu'il n'y a pas de perte, les réserves constituées en vertu des statuts ou d'une décision de l'assemblée générale sont affectées au but pour lequel elles ont été instituées.

Les art. 673 et 674, al. 3, CO, relatifs à la constitution de réserves à des fins de prévoyance en faveur des travailleurs sont abrogés, puisqu'en vertu de l'art. 331, al. 1, CO, les prestations de cette nature doivent être transférées à d'autres entités juridiques (fondation de prévoyance en faveur du personnel, par ex.). Les réserves à des fins de prévoyance ont d'ailleurs considérablement perdu en importance<sup>251</sup>.

*Art. 674 Compensation des pertes*

Selon l'al. 1, les pertes doivent être compensées avec, dans l'ordre suivant, le bénéfice reporté (ch. 1), les réserves facultatives issues du bénéfice (ch. 2), la réserve légale issue du bénéfice (ch. 3) et la réserve légale issue du capital (ch. 4).

Conformément à l'al. 2, il est possible de reporter des pertes résiduelles partiellement ou intégralement à compte nouveau au lieu de les compenser avec la réserve légale issue du bénéfice ou avec la réserve légale issue du capital.

A ce sujet, voir aussi l'art. 677a (remboursements interdits).

<sup>251</sup> Voir MARKUS R. NEUHAUS/PATRICK BALKANYI, «Art. 674 n° 6, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), «Basler Kommentar Obligationenrecht II», 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

L'art. 675 est complété par un nouvel al. 3: le dividende ne peut être fixé qu'après l'affectation à la réserve légale et aux réserves facultatives issues du bénéfice (voir art. 672 et 673 AP-CO).

## 2.1.15 **Dividendes intermédiaires**

Art. 675a; et art. 676 et 677, titre marginal *Dividendes intermédiaires*

Dans la pratique, on relève une nécessité de plus en plus pressante de pouvoir verser des dividendes intermédiaires (appelés aussi dividendes intérimaires ou acomptes sur dividendes), en particulier dans le but de redistribuer les liquidités à l'intérieur d'un groupe et dans les sociétés dont les actionnaires sont habitués aux dividendes trimestriels, comme cela se fait parfois à l'étranger. Mais le droit en vigueur autorise-t-il vraiment le versement de tels dividendes?<sup>252</sup> L'avant-projet vise à créer une base légale claire à ce sujet.

Conformément à l'art. 675a, al. 1, ch. 1, AP-CO, les statuts doivent prévoir explicitement la possibilité de verser des dividendes intermédiaires. De plus, selon le ch. 2, les actionnaires doivent statuer sur la base d'un bilan intermédiaire qui ne date pas de plus de six mois (voir aussi art. 698, al. 2, ch. 5, AP-CO).

L'établissement d'un bilan intermédiaire suppose la préparation d'un compte de résultat, au moins sommaire. C'est ce qui découle déjà du principe de la comptabilité double<sup>253</sup>. Toute information complémentaire importante pour l'évaluation du bilan intermédiaire et du compte de résultat sommaire par l'organe de révision ou par les actionnaires (art. 959a, al. 3 et 959b, al. 5, CO) doit être fournie dans une annexe abrégée.

L'organe de révision doit vérifier le bilan intermédiaire avant que l'assemblée générale ne statue sur le versement d'un dividende intermédiaire aux actionnaires. Il applique pour ce faire le mode de révision applicable aux comptes annuels de la société<sup>254</sup>. Compte tenu des particularités du bilan intermédiaire, on peut toutefois imaginer de le soumettre à une vérification quelque peu allégée (voir art. 960f). Contrairement à la décision du Conseil des Etats relative au projet de 2007, il n'est cependant plus possible de verser des dividendes intermédiaires aux actionnaires sans que le bilan intermédiaire ait été vérifié, car les sociétés dont les statuts contiennent des dispositions sur ces dividendes ne sont plus en mesure de renoncer au contrôle restreint des comptes annuels (voir art. 727a, al. 2, AP-CO).

L'al. 3 précise enfin que la distribution du dividende intermédiaire est régie par les mêmes règles que la distribution du dividende annuel. Et par rapport au projet de 2007, il mentionne explicitement l'art. 731 CO, d'où il ressort clairement que si le rapport de révision n'a pas été présenté, la décision de l'assemblée générale

<sup>252</sup> Voir RICO A. CAMPONOVO/HANS MOSER, «Interimsdividende soll in der Schweiz möglich werden», *L'expert comptable suisse* 2010/1-2, p. 48.

<sup>253</sup> Voir PETER BÖCKLI, «Schweizer Aktienrecht», 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 13 n° 770; Recommandation d'audit 800-1 de la Chambre fiduciaire, version 2.0, Audit selon la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus), n° 63.

<sup>254</sup> BO 2009 E 649 s.

concernant le versement des dividendes intermédiaires est nulle. Les dividendes intermédiaires perçus dans ces conditions doivent être restitués, conformément à l'art. 678, al. 1, AP-CO.

La réglementation des dividendes intermédiaires n'empêche pas les actionnaires de décider, en s'appuyant sur le bilan annuel approuvé, plusieurs distributions de dividendes lors de l'assemblée générale ordinaire. Il ne s'agit alors pas de dividendes intermédiaires mais de versements échelonnés prélevés sur le bénéfice résultant du bilan de l'exercice clos.

Le contenu des art. 676 (intérêts intercalaires) et 677 (tantièmes) est inchangé. Les nouvelles règles applicables aux dividendes intermédiaires imposent toutefois un changement de numérotation des titres marginaux.

### **2.1.16 Remboursements interdits**

#### *Art. 677a Remboursements interdits*

Ce nouvel article statue que le remboursement des réserves légales issues du capital et du bénéfice (voir art. 671 s. AP-CO) de même que de la réduction ordinaire du capital (voir art. 653j ss AP-CO) n'est pas autorisé tant que la société présente une perte au bilan (perte d'exercice plus éventuelles pertes reportées). L'art. 674 AP-CO indique l'ordre dans lequel utiliser les différents moyens à disposition pour compenser les pertes.

L'art. 677a n'interdit pas à la société de reporter des pertes sur l'exercice suivant. Il ne prévoit donc à cet égard aucun changement de système. En effet, il n'inscrit pas dans la loi une nouvelle obligation générale de compensation des pertes. Il interdit cependant la réduction de postes importants du capital propre tant que la société présente une perte au bilan et souffre des problèmes économiques qui en découlent. Le but est de prévenir les fausses incitations économiques, tant pour protéger les actionnaires que pour assurer la prospérité à long terme de l'entreprise.

Restent toutefois autorisées la réduction et l'augmentation simultanées du capital-actions à concurrence d'un montant au moins équivalent (accordéon, voir art. 653p s. AP-CO) et la réduction de capital en cas de bilan déficitaire (voir art. 653r AP-CO), puisqu'elles n'entraînent aucune sortie de fonds. L'art. 677a interdit par contre toute réduction du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation du capital si elle correspond à une réduction ordinaire du capital.

Selon le droit en vigueur, il n'est déjà possible de prélever des dividendes que sur le bénéfice résultant du bilan et sur les réserves constituées à cet effet (art. 675, al. 2, CO), ces réserves devant être supérieures à une éventuelle perte au bilan<sup>255</sup>.

<sup>255</sup> Voir PETER KURER/CHRISTIAN KURER, «Art. 675 n° 23», in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), «Basler Kommentar Obligationenrecht II», 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

## 2.1.17 Restitution de prestations

*Art. 678 Restitution de prestations; en général*

Il est capital, dans l'optique de la gouvernance, d'améliorer l'efficacité du régime actuel de l'action en restitution des prestations perçues indûment applicable aux sociétés cotées et non cotées. Cela permettra notamment d'annuler des transferts d'actifs sociaux injustifiés. L'art. 678 protège donc les droits de propriété des actionnaires et défend les intérêts des créanciers.

L'al. 1 cite explicitement dans le cercle des personnes visées par l'action en restitution les personnes s'occupant de la gestion et les membres du conseil consultatif<sup>256</sup>. Cette formulation souligne clairement le fait que l'obligation de restituer concerne autant les organes matériels que les organes de fait. Cette disposition vise aussi les personnes proches des actionnaires, des membres du conseil d'administration, des personnes qui s'occupent de la gestion et des membres du conseil consultatif, dans le but d'éviter tout contournement de l'obligation de restituer. L'al. 1 précise en outre explicitement que cette obligation porte aussi sur le remboursement injustifié de réserves légales issues du capital ou du bénéfice (voir art. 671, al. 3, et 677a AP-CO) de même que sur le versement injustifié d'indemnités interdites ou soumises à des conditions particulières (voir en particulier les art. 735c s. AP-CO).

L'al. 2 statue désormais explicitement que si la société a repris des biens d'actionnaires (y compris les participants), de membres du conseil d'administration ou du conseil consultatif, de personnes qui s'occupent de la gestion ou de personnes qui leur sont proches, ou si elle a conclu d'autres actes juridiques avec elles en échange d'une contre-prestation en disproportion manifeste avec la valeur des biens ou avec la prestation reçue, elle est en droit d'exiger la restitution de cette contre-prestation. Il faut souligner, en relation avec la suppression de la reprise de biens (effective ou envisagée, voir point 1.3.1.3), que la reprise, au détriment de la société, de biens des personnes mentionnées à des conditions manifestement non conformes à celles du marché est interdite. Le droit à restitution ne porte pas sur la totalité de la contre-prestation, mais uniquement sur la partie qui est en disproportion manifeste avec la prestation reçue. Le reste de l'acte juridique ainsi conclu reste valable. L'al. 2 précise que non seulement l'acquisition de biens à un prix excessif mais aussi tous les autres actes juridiques conclus au détriment de la société (contrat de location ou de leasing entre un actionnaire et la société ou contrat de travail entre un membre de la direction et la société, par ex.) fondent un droit à la restitution si la prestation et la contre-prestation sont en disproportion manifeste.

Le critère supplémentaire contenu dans l'al. 2 en vigueur précisant qu'il doit y avoir disproportion évidente avec la situation économique de l'entreprise est abandonné. La prospérité d'une entreprise ne saurait justifier une disproportion entre la prestation et la contre-prestation au détriment de l'entreprise. Il suffit donc que l'al. 2 sanctionne une telle disproportion.

L'une des conditions posées par le droit actuel est la mauvaise foi du bénéficiaire des prestations indues (art. 678, al. 1, CO). Pour que l'action en restitution ne soit pas systématiquement vouée à l'échec, il ne faut pas qu'elle dépende de la bonne ou de la mauvaise foi du bénéficiaire. En effet, la mauvaise foi est subjective et ne peut pratiquement jamais être prouvée. D'ailleurs, dans l'optique de la protection de

<sup>256</sup> En ce qui concerne la notion de conseil consultatif, voir le commentaire des art. 734a à c.

l'actif social ou des actionnaires, rien ne justifie une dérogation aux règles générales régissant l'enrichissement illégitime, qui veulent que celui qui s'est enrichi aux dépens d'autrui sans cause légitime soit tenu à restitution, même s'il a reçu la prestation de bonne foi (art. 62, al. 1, CO). L'avant-projet prévoit toutefois dans un nouvel al. 3, en application des mêmes règles générales régissant l'enrichissement illégitime (art. 64 OR), que le bénéficiaire de bonne foi ne doit restituer les prestations que s'il est encore enrichi au moment de l'action en restitution. La bonne foi est présumée en vertu de l'art. 3, al. 1, CC. Toutefois, en vertu de l'art. 3, al. 2, CC, le bénéficiaire ne pourra le plus souvent pas invoquer la bonne foi dans les situations définies à l'art. 678, al. 1 et 2, AP-CO (perception indue, disproportion manifeste). On simplifiera la procédure en prévoyant qu'il lui incombera simplement de prouver qu'il n'est plus enrichi.

L'al. 4 correspond à l'actuel al. 3.

Dans un nouvel al. 5, l'avant-projet permet explicitement à l'assemblée générale de décider que la société doit intenter l'action en restitution. Cela permet aux actionnaires d'engager une action contre une prestation envers la société sans risquer de devoir assumer eux-mêmes les frais de procédure. Pour éviter tout conflit d'intérêts, l'assemblée générale peut confier la conduite du procès à un représentant, plutôt qu'au conseil d'administration. Pour constater les faits, les actionnaires peuvent notamment faire valoir leur droit d'être renseignés et requérir l'institution d'un examen spécial.

En ce qui concerne la possibilité d'intenter l'action en restitution aux frais de la société, nous renvoyons le lecteur au commentaire des art. 697j et 697k AP-CO.

#### *Art. 678a Prescription*

La prescription du droit à la restitution est désormais réglée dans un article 678a distinct.

Conformément au but recherché lors de la révision du droit de la prescription<sup>257</sup>, l'avant-projet adopte le concept du double délai de prescription, avec un délai relatif court et un délai absolu plus long. Selon l'al. 1, le droit à la restitution se prescrit par trois ans à compter du jour où la société ou l'actionnaire en a eu connaissance et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit. Ce délai est toutefois suspendu pendant la procédure judiciaire visant l'institution d'un examen spécial et son exécution (voir art. 697d ss) ou pendant la procédure d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société (voir art. 697j).

L'al. 2 règle le cas particulier dans lequel le fait qui donne lieu à la prétention résulte d'un acte punissable de la personne tenue à restitution. Dans ce cas, l'action se prescrit au plus tôt à l'échéance du délai de prescription de l'action pénale. Si la prescription de l'action pénale ne court plus parce qu'un jugement de première instance a été rendu, l'action civile se prescrit au plus tôt par trois ans à compter de la notification du jugement.

<sup>257</sup> Message du 29 novembre 2013 relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription), FF 2014 221, 229 (objet 13.100)

*Art. 679 Titre marginal*

La numérotation du titre marginal change du fait de modifications apportées à la systématique de la loi.

## **2.1.18 Restrictions à la transmissibilité des actions nominatives cotées en bourse**

*Art. 685 Abrogé*

L'instauration d'une libération intégrale obligatoire (voir art. 632 AP-CO) permet d'abroger l'art. 685 CO, qui statue que les actions nominatives qui ne sont pas intégralement libérées ne peuvent être transférées qu'avec l'approbation de la société.

*Art. 685a Titre marginal*

La numérotation du titre marginal change du fait de modifications apportées à la systématique de la loi.

*Art. 685d, al. 2 Conditions de refus*

L'art. 685d vise à réduire l'usage abusif du prêt de titres et autres transactions comparables, lorsque ces contrats sont conclus dans le but exclusif d'influencer l'issue des élections et des votes lors de l'assemblée générale. C'est pourquoi l'al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, prévoit que la société peut refuser l'exercice du droit de vote à un acquéreur d'actions nominatives cotées (art. 685f, al. 2, CO) lorsque ces titres font l'objet de restrictions à la transmissibilité et que l'acquéreur refuse de déclarer qu'il ne les a pas acquises dans le cadre d'un prêt de titres. Le régime est ainsi le même que pour les acquéreurs d'actions à titre fiduciaire. La disposition est en outre adaptée à la formulation de l'art. 685d, al. 1, CO, étant donné que l'inscription au registre des actions n'est pas constitutive dans l'appréciation de la situation juridique.

Il ne paraît pas opportun de généraliser l'interdiction d'exercer les droits sociaux lorsque les actions ont été acquises dans le cadre d'un prêt de titres ou d'une transaction comparable. Les sociétés doivent pouvoir déterminer elles-mêmes dans quelle mesure elles veulent permettre l'exercice des droits de vote des actions acquises de cette manière. Seules les propres actions de la société qui ont été aliénées par le biais d'un prêt de titres font exception: selon l'art. 659a, al. 2, AP-CO, le droit de vote de ces actions doit impérativement être suspendu.

Outre la possibilité, qui existe déjà, de radier l'inscription dans le registre des actions (art. 686a CO), l'avant-projet ne prévoit aucune sanction explicite en droit de la SA lorsque l'acquéreur fait une fausse déclaration. Si celui-ci est inscrit sur la base de fausses informations et qu'il prend part à l'assemblée générale, les décisions de cet organe sont en principe valables.

L'art. 685d, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, précise désormais que la société ne peut pas refuser l'inscription comme actionnaire au registre des actions au seul motif que la demande a été déposée par la banque de l'acquéreur. L'acquéreur peut donc recourir aux services de sa banque sans risquer de se voir rejeter comme actionnaire.

*Art. 686b Demande de reconnaissance électronique*

Cet article oblige le conseil d'administration des sociétés dont les actions sont cotées en bourse à veiller à ce que l'acquéreur puisse déposer sa demande de reconnaissance comme actionnaire par voie électronique, ce qui simplifie grandement la procédure, en particulier pour les acquéreurs domiciliés à l'étranger ou les banques dépositaires étrangères. Cette disposition crée, à l'instar du nouvel art. 661, al 2 et 3, une incitation supplémentaire à se faire inscrire comme actionnaire au registre des actions et à participer activement à l'assemblée générale, le cas échéant.

*Art. 687 Abrogé*

L'instauration d'une libération intégrale obligatoire (voir art. 632 AP-CO) permet d'abroger l'art. 687 CO

*Art. 688 Titre marginal*

La numérotation du titre marginal change du fait de modifications apportées à la systématique de la loi.

## **2.1.19 Représentation à l'assemblée générale**

*Art. 689, al. 2 Abrogé*

Cet alinéa ne fait que rapporter à la participation à l'assemblée générale la disposition de portée générale de l'art. 689b, al. 1. Il est donc superflu et peut être abrogé.

*Art. 689a, al. 2 à 4 Légitimation à l'égard de la société*

L'al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, concernant la forme de légitimation à l'égard de la société pour les actions au porteur, est abrogé. Sa teneur est désormais contenue dans l'al. 4. La 1<sup>re</sup> phrase de l'al. 2 demeure inchangée.

L'al. 3 correspond à l'art. 689b, al. 2, CO. L'obligation de produire un «document spécial» au titre de pouvoir écrit est abandonnée. Il n'y a pas d'autre modification de contenu.

Le nouvel al. 4 permet au conseil d'administration d'autoriser, sauf disposition contraire des statuts, d'autres formes de légitimation à l'égard de la société que la procuration écrite (al. 1 et 3) et que la production des actions au porteur (al. 2). Exemples: une procuration électronique (avec ou sans signature électronique qualifiée conformément à l'art. 14, al. 2<sup>bis</sup>, CO) ou le dépôt des actions au porteur pendant une période donnée. Du fait de son devoir de diligence, le conseil d'administration doit veiller à ce qu'aucune personne non habilitée ne participe à l'assemblée générale, et donc à ce que les décisions qui y sont prises ne puissent être contestées ni être tenues pour nulles à cause de sa propre négligence.

*Art. 689b Représentation de l'actionnaire en général*

Selon l'al. 1, l'actionnaire peut exercer ses droits sociaux, en particulier son droit de vote, par l'intermédiaire d'un représentant.

Selon l'al. 2, la représentation par un membre d'un organe de la société (art. 689c CO) ou par un dépositaire (art. 689d CO) est interdite. Ces dispositions correspondent au projet de 2007<sup>258</sup>. Pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, cette interdiction résulte également de l'art. 11 ORAb, qui met en œuvre l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. Les actionnaires gardent toutefois la possibilité de s'organiser entre eux et de déterminer, par exemple, un représentant commun librement choisi. Le forum électronique leur sera utile à cet égard (voir art. 701g, AP-CO). L'actuel al. 2 est désormais contenu dans l'art. 689a, al. 3.

Conformément à l'al. 3, le représentant indépendant est tenu d'exercer les droits sociaux conformément aux instructions (art. 398, al. 1 et 2, CO). A défaut d'instructions, il doit s'abstenir.

Les art. 689c et 689d règlent d'autres aspects de la représentation en faisant une distinction entre les sociétés aux actions cotées et les sociétés aux actions non cotées en bourse.

*Art. 689c Représentation dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse*

L'art. 689c correspond aux art. 8 et 9 ORAb, qui mettent en œuvre l'art. 95, al. 3, let. a, Cst.

Conformément à l'al. 1, dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, l'élection du représentant indépendant est une compétence intransmissible de l'assemblée générale (voir art. 698, al. 3, ch. 3, AP-CO). Cette élection a lieu en principe lors de l'assemblée générale ordinaire pour la période qui suit, jusqu'à la fin de l'assemblée générale suivante. Le représentant indépendant est donc élu aussi pour toutes les assemblées générales extraordinaires qui auront lieu entre son élection et l'assemblée générale ordinaire suivante. La réélection est possible.

Selon l'al. 2, sont éligibles les personnes physiques ou morales et les sociétés de personnes indépendantes par rapport à la société cotée en bourse. Selon l'al. 3, cette indépendance s'évalue conformément aux dispositions de l'art. 728, al. 2 à 6, CO, concernant l'indépendance de l'organe de révision pour le contrôle ordinaire.

La possibilité permanente de destituer le représentant indépendant entraînerait des problèmes pratiques considérables, car elle rendrait sans objet les pouvoirs et les instructions donnés par les actionnaires, lesquels ne seraient donc plus représentés. C'est pourquoi l'al. 4 prévoit que l'assemblée générale ne peut révoquer le représentant indépendant que pour la fin d'une assemblée générale.

Si sa révocation figure à l'ordre du jour, le représentant indépendant doit exercer les pouvoirs qui lui ont été conférés dans le respect du devoir de diligence résultant du rapport de représentation et conformément aux instructions reçues, même si la révocation est approuvée. Le devoir de récusation serait impraticable et équivaldrait à une révocation anticipée.

Si la société n'a plus de représentant indépendant, l'al. 5 oblige le conseil d'administration à en désigner un pour l'assemblée générale suivante, à titre excep-

<sup>258</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407, 1431 s.



tionnel. Le cas peut se présenter lorsque le représentant indépendant démissionne sans préavis ou perd son indépendance ou que le vote de l'assemblée générale n'aboutit pas. Les statuts peuvent prévoir une solution de rechange, par exemple l'élection préalable d'un suppléant par l'assemblée générale.

Conformément à l'al. 6, le conseil d'administration doit s'assurer que les actionnaires ont la possibilité d'octroyer des instructions individuelles sur toute proposition relative aux objets portés à l'ordre du jour (ch. 1) et des instructions générales sur toute proposition non annoncée de même que sur tout nouvel objet au sens de l'art. 703, al. 1, CO, que la proposition ou l'objet émane du conseil d'administration ou d'autres actionnaires (ch. 2). Le formulaire de la société doit en tenir compte. Les actionnaires doivent avoir la possibilité de rejeter ou d'approuver les nouveaux objets et propositions, de même que de s'abstenir. Seule l'option «Approbation de la proposition du conseil d'administration»/«Abstention» pour les propositions non annoncées serait interdite. En effet, le principe qui veut qu'on puisse exprimer une opinion inaltérée vaut également pour les propositions et les objets non annoncés.

L'al. 7, 1<sup>re</sup> phrase, interdit l'octroi au représentant indépendant de pouvoirs et d'instructions permanents. Cette disposition découle notamment du fait que le mandat du représentant indépendant est limité à un an et empêche la représentation de s'exercer automatiquement, sans tenir compte de la volonté claire des actionnaires.

En vertu de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., les actionnaires peuvent voter à distance par voie électronique. L'al. 7, 2<sup>e</sup> phrase, met en œuvre ce principe constitutionnel relatif du vote indirect (au sujet du vote direct non obligatoire, voir art. 701c AP-CO). Les actionnaires ont désormais la possibilité d'octroyer également par la voie électronique des pouvoirs et des instructions au représentant. Les systèmes d'identification et de communication électroniques permettant la mise en œuvre du vote indirect sont placés sous la responsabilité du conseil d'administration. Les actionnaires disposant de connaissances et d'un équipement informatique de technicité moyenne doivent pouvoir utiliser les médias électroniques (voir art. 701e, AP-CO).

*Art. 689d Représentation dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse*

L'al. 1 permet aux sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse de continuer de prévoir, dans leurs statuts, qu'un actionnaire ne peut être représenté à l'assemblée générale que par un autre actionnaire. Cette réglementation sert à concrétiser les restrictions statutaires (art. 685b CO): elle permet d'exclure la prise d'influence de personnes à qui, en vertu des statuts, les actions ne peuvent être cédées.

Si la société recourt à cette possibilité, le conseil d'administration est toutefois tenu, en vertu de l'al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, de désigner un représentant indépendant lorsqu'un actionnaire l'exige. Les actionnaires ont ainsi la garantie de pouvoir se faire représenter par une personne neutre. Cette règle est particulièrement importante pour les sociétés qui ont très peu d'actionnaires car à défaut, les actionnaires pourraient se voir contraints de se faire représenter par des personnes qui ne partagent pas leur avis. Selon l'al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, les statuts déterminent jusqu'à quel moment l'actionnaire peut requérir la désignation d'un représentant indépendant (par ex. dans les deux mois qui suivent la fin de l'exercice ou dans les deux semaines qui suivent la communication du conseil d'administration). Au cas où la demande de recourir à

un représentant indépendant serait restreinte ou impossible, les décisions de l'assemblée générale concernée seront au moins annulables.

Conformément à l'al. 3, le conseil d'administration doit communiquer le nom et l'adresse du représentant indépendant à tous les actionnaires au moins dix jours avant la date annoncée de l'assemblée générale. S'il failloit à cette obligation, l'actionnaire peut se faire représenter par un tiers de son choix.

L'al. 4 précise que l'art. 689c, al. 2, 3 et 6, ch. 1 et 2, AP-CO, relatif à la représentation dans les sociétés cotées, est applicable. Le vote indirect électronique (voir art. 689c, al. 6, ch. 4, AP-CO) n'est donc pas obligatoire. Contrairement aux actionnaires de sociétés cotées (voir art. 689c, al. 7, AP-CO), les actionnaires de sociétés non cotées peuvent établir une procuration ou des instructions permanentes en faveur du représentant indépendant. Cet allègement a notamment pour objectif de réduire la charge administrative des PME.

*Art. 689e, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase*

*Communication*

Les règles régissant la communication des informations sur la représentation institutionnelle lors de l'assemblée générale doivent être modifiées en fonction du nouveau régime institué aux art. 689c et 689d.

*Art. 691, al. 2<sup>bis</sup>*

*Participation sans droit à l'assemblée générale*

L'al. 2<sup>bis</sup> précise que les membres du conseil d'administration et de la direction ne sont pas considérés comme des participants sans droit lors d'une assemblée générale, même s'ils ne sont pas actionnaires. S'ils sont présents à l'assemblée générale, ils peuvent se prononcer sur tous les objets inscrits à l'ordre du jour (voir art. 702a AP-CO).

## **2.1.20 Droit de vote, actions à droit de vote privilégié**

*Art. 692, al. 3 Abrogé*

En vertu de l'art. 692, al. 1 et 2, CO, les actionnaires exercent leur droit de vote à l'assemblée générale proportionnellement à la fraction du capital-actions nominal que représentent leurs actions, chaque action donnant droit à une voix au moins. Le droit en vigueur prévoit une exception en cas de réduction de la valeur nominale des actions dans le cadre d'un assainissement. L'al. 3 prévoit en effet que l'assemblée générale peut alors décider de maintenir le droit de vote proportionnellement à la valeur nominale d'origine. Dans les faits, il s'agit d'une forme particulière d'action à droit de vote privilégié «improprement dite» (voir art. 693 CO).

Ce privilège accordé aux anciens actionnaires n'est cependant pas sans poser des problèmes. D'abord, parce que dans les petites SA ceux-ci font généralement partie de la direction et portent donc en partie la responsabilité des difficultés économiques de l'entreprise. Ensuite, parce que les nouveaux bailleurs de fonds propres sont souvent d'anciens créanciers qui se trouvent pratiquement contraints de convertir leurs créances en capital-actions pour assainir la société.

L'avant-projet veut abolir ce privilège qui pose problème sur le plan matériel et qui est contraire à l'esprit du droit de la SA. Il abroge donc l'art. 692, al. 3, CO. Il reste

néanmoins possible, dans le cadre d'une réduction de la valeur nominale des actions aux fins d'assainissement, de convertir les anciens titres en actions à droit de vote privilégié au sens de l'art. 693 CO. La valeur nominale des actions nouvelles ne doit cependant pas être plus de dix fois supérieure à celle des actions à droit de vote privilégié (art. 693, al. 2, CO). Cette solution préserve mieux, et de manière plus transparente, les intérêts des parties en présence que la disposition d'exception actuelle. L'abrogation de cette disposition paraît également justifiée dans la perspective de l'extinction des droits des actionnaires lors d'une réduction du capital à zéro, tel que le prévoit l'art. 653q AP-CO.

*Art. 693, al. 2 et 3, ch. 3 à 5*                      *Actions à droit de vote privilégié*

Conformément à l'art. 632 AP-CO, toutes les actions doivent être intégralement libérées. Il est donc inutile de préciser que les actions nominatives doivent être intégralement libérées (al. 2, 1<sup>re</sup> phrase).

Les modifications prévues à l'art. 693, al. 3, ch. 3 et 4, sont de nature terminologique (l'al. 4, du reste, ne concerne que le texte allemand). Seul le nouveau ch. 5 fixe de nouvelles règles matérielles. L'attribution du droit de vote doit aussi se baser exclusivement sur la valeur nominale des actions lorsqu'il s'agit de décider l'ouverture d'une action en restitution de prestations (voir art. 678 AP-CO). En d'autres termes, cette disposition suspend le droit de vote spécial des actionnaires privilégiés, comme dans le cas de l'action en responsabilité (art. 756 CO) et du droit à l'institution d'un examen spécial (art. 697c AP-CO).

## **2.1.21**                      **Communication du rapport de gestion**

*Art. 696, al. 3*                      *Communication du rapport de gestion*

Cette disposition précise que les actionnaires peuvent se faire délivrer *gratuitement* les rapports de gestion et de révision.

## **2.1.22**                      **Droit de demander des renseignements et de consulter certains documents**

*Art. 697, titre marginal, al. 2 à 4*                      *Renseignements*

Contrairement au projet de 2007, l'avant-projet renonce à instaurer pour les actionnaires de sociétés non cotées le droit d'obtenir des renseignements à tout moment, qui entraînerait, selon l'actionnariat, une charge administrative considérable, en particulier pour le conseil d'administration<sup>259</sup>. En vertu de l'al. 2, les actionnaires peuvent toujours adresser à tout moment et par écrit des questions au conseil d'administration si cela est nécessaire à l'exercice de leurs droits. Le conseil d'administration répond aux demandes de renseignements des actionnaires au moins deux fois par année. L'une de ces deux fois peut coïncider avec l'assemblée générale ordinaire, ce qui permet de structurer de manière optimale les réponses à des ques-

<sup>259</sup> Voir LUKAS GLANZMANN, «Die grosse Aktienrechtsrevision», in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., «Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV», Berne 2009, p. 238 s.

tions au contenu semblable. Toutes les réponses doivent être mises à disposition pour consultation lors de l'assemblée générale suivante, ou communiquées immédiatement aux actionnaires.

Conformément à l'al. 3, le conseil d'administration peut refuser de fournir les renseignements demandés s'ils ne sont pas nécessaires à l'exercice des droits des actionnaires ou s'ils compromettent le secret des affaires ou d'autres intérêts prépondérants de la société. Tout refus doit être motivé par écrit.

L'avant-projet s'écarte aussi du projet de 2007 en modifiant le droit en vigueur concernant les indemnités, prêts et crédits accordés aux membres du conseil d'administration et de la direction. Conformément à l'al. 4, le conseil d'administration informe de sa propre initiative les actionnaires sur les indemnités, prêts et crédits selon les art. 734a à 734c, lors de l'assemblée générale pendant laquelle les comptes annuels doivent être approuvés. Il est très important d'améliorer la transparence quant aux rémunérations perçues afin de protéger la propriété des actionnaires, surtout dans les sociétés non cotées. Cela permet aux actionnaires minoritaires de mieux juger si la décision du conseil d'administration ou de l'actionnaire majoritaire de renoncer au versement d'un dividende est économiquement justifiée. Contrairement aux sociétés cotées, les sociétés non cotées ne sont toutefois pas obligées d'établir un rapport de rémunération formel et contrôlé (voir art. 734 ss AP-CO). Le conseil d'administration n'est pas non plus obligé de réagir dans les 45 jours, comme le prévoyait le projet de 2007.

#### *Art. 697a Consultation*

Selon l'al. 1, le droit de consulter certains documents est maintenu en l'état: les livres et les dossiers peuvent être consultés avec le consentement de l'assemblée générale ou du conseil d'administration. Le terme « dossier » est adopté à des fins d'harmonisation avec le droit de la Sarl en vigueur (art. 802, al. 2, CO). Les termes « livres » et « correspondance » sont d'ores et déjà soumis à une interprétation extensive<sup>260</sup>. L'harmonisation avec le droit de la Sarl instaure le terme plus précis de dossiers, sans toutefois entraîner de modification matérielle.

La société a le droit de refuser la consultation pour les mêmes motifs que ceux applicables à la demande de renseignements (voir art. 697, al. 3, AP-CO). L'al. 2 précise désormais explicitement que le droit de consultation doit être refusé s'il compromet des intérêts prépondérants de la société (la loi en vigueur n'évoque que le secret des affaires). Cette clarification ne change rien sur le plan matériel. Le conseil d'administration doit accorder le droit de consultation en respectant son devoir de fidélité à l'égard de la société (art. 717, al. 1, CO), et doit donc le refuser s'il compromet des intérêts prépondérants de la société.

Il doit par ailleurs motiver tout refus par écrit, même si ce refus émane de l'assemblée générale.

<sup>260</sup> ROLF H. WEBER, «Art. 697 N 16, Hinweise auf die Rechtsprechung», in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), «Basler Kommentar Obligationenrecht II», 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012

*Art. 697b Refus de la demande de renseignements ou de consultation*

En cas de rejet de la demande de renseignements ou de consultation, l'actionnaire peut toujours demander au tribunal d'ordonner à la société de fournir les renseignements ou d'accorder le droit de consultation (art. 697, al. 4, CO). Il s'agit d'une action indépendante, qui peut être intentée aussi bien contre la décision de l'assemblée générale que contre celle du conseil d'administration<sup>261</sup>.

### **2.1.23 Examen spécial**

*Art. 697c Droit à l'institution d'un examen spécial avec l'accord de l'assemblée générale*

La numérotation des dispositions existantes relatives à l'examen spécial change en raison de l'ajout, en amont, de nouvelles dispositions concernant notamment le droit à l'information des actionnaires.

L'avant-projet remplace le terme de «contrôle spécial» par celui d'«examen spécial» pour mieux souligner la nature de cette institution juridique et pour éviter toute confusion avec les activités de l'organe de révision.

L'art. 697c AP-CO correspond à l'art. 697a CO. Les modifications sont d'ordre terminologique.

*Art. 697d En cas de refus de l'assemblée générale*

Les obstacles à son institution s'étant révélés trop élevés dans la pratique, en particulier pour les sociétés cotées en bourse, l'ancien contrôle spécial a très peu servi (voir point 1.3.8.1). Aussi l'avant-projet en redéfinit-il les conditions, de manière à répondre aux exigences d'une gouvernance d'entreprise améliorée<sup>262</sup>. Si l'assemblée générale refuse l'institution d'un examen spécial, des actionnaires peuvent demander au tribunal d'en ordonner un sous réserve qu'ils détiennent, séparément ou ensemble, une participation atteignant, selon l'al. 1, au moins une des deux valeurs seuils prévues par la loi: 3 % du capital-actions ou des voix dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse; 10 % du capital-actions ou des voix dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse.

L'abaissement des valeurs seuils pour les sociétés cotées augmente les chances des personnes impliquées financièrement dans l'entreprise d'exercer leur droit à l'institution d'un examen spécial. En outre, contrairement au droit en vigueur (art. 697b, al. 1, CO), l'avant-projet instaure une distinction entre les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et les autres. La valeur seuil de 10 % est déjà en vigueur actuellement. La prise en compte du pourcentage des droits de vote importe dans les sociétés qui disposent d'actions à droit de vote privilégié. Ces actions ont

<sup>261</sup> Contrairement au recours en annulation «normal» concernant les décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO), cette action peut être intentée sans limitation de délai.

L'actionnaire doit néanmoins agir dans un délai raisonnable (intérêt à agir), y compris si son action vise une décision du conseil d'administration.

<sup>262</sup> PETER BÖCKLI/CLAIRE HUGUENIN/FRANÇOIS DESSEMONTET, «Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts», Zurich 2004, p. 191 ss

une valeur nominale jusqu'à dix fois inférieure à celle des actions ordinaires (art. 693 CO).

L'avant-projet précise clairement dans l'al. 2 que la requête demandant l'institution d'un examen spécial peut porter sur toute question qui a fait l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation, ou qui a été soulevée durant les débats de l'assemblée générale concernant la proposition d'institution d'un examen spécial, sous réserve qu'elle puisse faire l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation (voir art. 697 s. AP-CO).

Selon l'al. 3, le tribunal ordonne un examen spécial lorsque les requérants rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont enfreint les dispositions de la loi ou des statuts et que cette violation est de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires, à condition que ces déclarations soient suffisamment étayées. Contrairement au droit en vigueur, il n'est toutefois plus nécessaire de rendre vraisemblable un préjudice effectif; il suffit que la violation soit de nature à porter préjudice. En effet, si des organes de la société ont vraisemblablement enfreint la loi ou les statuts d'une manière susceptible de porter préjudice, il n'y a aucune raison d'attendre, pour instituer un examen spécial, que le préjudice ait effectivement eu lieu.

Pour que le tribunal ordonne un tel examen dans un délai raisonnable, le CPC lui impose d'ores et déjà de statuer, le cas échéant, en procédure sommaire (art. 250, let. c, ch. 8, CPC). Les cantons disposent, pour l'examen de la demande, d'une instance cantonale unique (art. 5, al. 1, let. g, CPC). Cette accélération de la procédure tient compte du fait que l'examen spécial est conçu comme une étape préalable à une éventuelle action en responsabilité ou à un autre type d'action de la part d'actionnaires. Cet examen doit en outre être effectué rapidement, pour éviter la survenue du préjudice redouté. Toute prolongation de la procédure écarterait l'institution juridique de son but. Les deux dispositions du CPC doivent être adaptées, sur la forme, aux nouvelles dispositions relatives à l'examen spécial (art. 5, al. 1, let. g et 250, let. c, ch. 8, AP-CPC).

*Art. 697e à 697i Procédure judiciaire, déroulement de l'examen spécial, rapport, coûts de l'examen spécial*

La réglementation en vigueur relative à la procédure judiciaire d'institution de l'examen spécial reste pratiquement inchangée (art. 697c CO). Les modifications prévues sont essentiellement d'ordre rédactionnel et terminologique (art. 697e).

Les dispositions de l'art. 697d CO (697f AP-CO) sur le déroulement de l'examen spécial et de l'art. 697e CO (697g AP-CO) sur le rapport des experts ne connaissent aucun changement sur le fond. Toutes les modifications sont de nature terminologique ou sont dictées par la technique législative. Il va sans dire que le juge peut désigner une ou plusieurs personnes en qualité d'expert, ce qui permet d'abroger l'art. 697c, al. 3, CO.

L'art. 697h AP-CO correspond intégralement à l'art. 697f CO.

Les règles actuelles sur la répartition des frais de l'examen spécial ne connaissent aucun changement fondamental mais elles sont simplifiées (art. 697i AP-CO): en principe il incombe à la société de supporter les frais de l'examen spécial, y compris une éventuelle avance de frais. Il en va ainsi, que l'examen spécial ait été décidé par l'assemblée générale ou ordonné par le juge, sous réserve de l'abus de droit, auquel

cas les frais sont mis à la charge du requérant. Etant donné que l'institution d'un examen spécial par le juge est soumise à des conditions très strictes, les cas d'abus de droit dans le domaine de l'examen spécial devraient rester épisodiques.

## **2.1.24 Droit d'intenter une action aux frais de la société**

*Art. 697j Droit d'intenter une action aux frais de la société*

Selon l'al. 1, tout actionnaire qui souhaite intenter une action en paiement à la société aux frais de celle-ci doit en faire la proposition à l'assemblée générale. Cette procédure vise à ce que l'intervention des actionnaires aux frais de la société reste subsidiaire, en les empêchant de requérir du tribunal l'autorisation d'intenter une action tant que l'assemblée générale n'a pas pu examiner la situation. Compte tenu des effets potentiels d'un procès sur la société, le droit de faire une proposition à l'assemblée générale n'est pas accordé à chaque actionnaire, mais seulement à une minorité qualifiée. L'instauration de valeurs seuils contribue à prévenir les abus et à limiter les risques, pour l'entreprise, de se retrouver paralysée par des actions. Ces valeurs seuils sont les mêmes que pour l'examen spécial (voir art. 697d, al. 1, AP-CO). Cela permet aux actionnaires d'exiger plus facilement, à titre individuel ou collectif, un examen spécial ou l'introduction d'une action. Ces valeurs seuils sont les suivantes: 3 % du capital-actions ou des voix dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse (ch. 1), 10 % du capital-actions ou des voix dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse (ch. 2).

L'al. 2 prévoit explicitement que l'assemblée générale est libre de donner suite à la proposition ou non et qu'elle peut confier la conduite du procès au conseil d'administration ou à un représentant. Selon l'al. 3, si l'assemblée générale donne suite à la proposition de l'actionnaire ou du groupe d'actionnaires, le conseil d'administration ou le représentant ont six mois pour introduire l'action. Ce délai tient compte du fait que la société peut renoncer à intenter l'action ou la reporter. Le but est d'éviter aux actionnaires qui souhaitent intenter une action de se retrouver dans une situation moins favorable si l'assemblée générale a accepté leur proposition que si elle l'a rejetée. Au terme de ce délai de six mois, n'importe quel actionnaire peut, même s'il n'atteint pas les valeurs seuils visées à l'al. 1, requérir l'autorisation d'intenter une action aux frais de la société. Si toutes les conditions énoncées à l'art. 697k AP-CO sont remplies, le tribunal doit admettre la requête.

*Art. 697k En cas de refus de l'assemblée générale*

Si l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition, les actionnaires peuvent, en vertu de l'al. 1, requérir du tribunal l'autorisation d'intenter une action aux frais de la société. Ce droit n'est pas réservé aux actionnaires qui ont fait à l'assemblée générale la proposition visée à l'art. 697j AP-CO, il appartient aussi à tout actionnaire ou groupe d'actionnaires dont les participations correspondent aux valeurs seuils.

Le tribunal admet la requête si les conditions énoncées à l'al. 2 sont toutes remplies, à savoir:

- les requérants rendent vraisemblable une violation de la loi ou des statuts ainsi qu'un dommage ou un préjudice financier causé à la société;

- ils ont acquis leur participation avant d'avoir eu connaissance de la violation invoquée (let. b), et
- l'action ne porte pas préjudice à des intérêts prépondérants de la société (let. c).

L'al. 2, let. c, vise les cas dans lesquels le requérant a certes rendu vraisemblable le dommage ou le préjudice financier causé à la société du fait de la violation d'une disposition légale ou statutaire, mais où l'introduction d'une action est contraire aux intérêts de la société. Cela peut se produire, par exemple, lorsque la violation en question n'a infligé à la société qu'un dommage insignifiant, lorsque le débiteur n'est manifestement pas en mesure de satisfaire aux exigences de la société, ou lorsque la perspective de dommages et intérêts ne compense pas, pour la société, les conséquences désagréables d'un procès, en particulier pour son activité. Selon la let. c, le tribunal peut aussi rejeter la requête s'il est manifeste que le requérant agit de manière frauduleuse dans le but d'obtenir un avantage indu.

La procédure sommaire est applicable (voir art. 250, let. c, ch. 14, AP-CPC). La requête de l'autorisation d'intenter une action est dirigée contre la société, laquelle est en principe représentée par le conseil d'administration et auditionnée comme partie. L'avant-projet renonce à réglementer spécifiquement la répartition des coûts de la procédure de requête, si bien que ce sont les règles générales du CPC qui s'appliquent (art. 104 ss CPC). Les actionnaires requérant l'autorisation d'intenter une action courent donc le risque de devoir assumer les frais engendrés par la procédure sommaire si leur requête est rejetée (art. 106, al. 1, CPC), sous réserve d'une répartition en équité au sens de l'art. 107 CPC, notamment si les actionnaires requérants ont intenté le procès de bonne foi (let. b) ou si des circonstances particulières justifient une dérogation (let. f). Ce risque financier contribue également à protéger la société contre les actions abusives. Il constitue le revers financier des avantages que la nouvelle institution juridique confère aux actionnaires minoritaires. Compte tenu de la procédure sommaire applicable et de la valeur litigieuse de la procédure, qui correspond non pas à au dommage invoqué dans l'action en responsabilité mais seulement à l'intérêt pécuniaire de l'actionnaire requérant à ce que le procès soit à la charge de la société<sup>263</sup>, ce risque financier ne paraît pas disproportionné.

L'intervention des actionnaires doit être subsidiaire à celle de la société. Si la société déclare vouloir intenter l'action à la place des actionnaires, le tribunal lui impartit, selon l'al. 3, un délai de six mois pour le faire, en l'avertissant que faute d'introduction d'instance à l'échéance de ce délai, la requête des actionnaires sera admise. Selon l'al. 4, si le tribunal admet la requête, les requérants disposent également d'un délai de six mois pour intenter l'action.

Selon l'al. 5, les délais fixés aux al. 3 et 4 pour introduire l'action peuvent être prolongés de façon appropriée par le tribunal. En cas de demande de prolongation du délai fixé à l'al. 3, le tribunal doit vérifier si la société a déjà manqué de donner suite à une première décision positive de l'assemblée générale (voir. art. 697I, al. 3, AP-CO).

Selon l'al. 6, le tribunal peut, sur demande des requérants, exiger que la société leur verse une provision ou leur fournisse des sûretés pour qu'ils puissent financer la préparation de la procédure au fond, ainsi que leur représentation juridique.

<sup>263</sup> ATF 123 III 261, consid. 4



Selon l'al. 7, la société supporte l'ensemble des frais de la procédure au fond, y compris la fourniture d'avances et de sûretés, ainsi que les frais d'une représentation légale adéquate des requérants, sauf en cas de mauvaise foi ou de comportement téméraire.

## 2.1.25 Clause d'arbitrage statutaire

### *Art. 697l Tribunal arbitral*

L'avant-projet vise, comme le projet de 2007 et le droit de la SA de 1991, une amélioration de la protection des minorités et de l'application de la loi. Les tribunaux arbitraux peuvent contribuer grandement à cet objectif. Ils présentent l'avantage de la confidentialité, de jugements rendus par des juges spécialisés et d'un règlement rapide des litiges. Toutes ces spécificités sont particulièrement importantes pour les litiges relevant du droit des sociétés et touchant donc, en général, des entreprises. En Allemagne et en Autriche, bon nombre des litiges relevant du droit des sociétés sont réglés par des tribunaux arbitraux.

Ce n'est pas le cas en Suisse, où l'admissibilité des clauses d'arbitrage statutaires est controversée. Alors que les ouvrages consacrés à l'arbitrage et même les tribunaux y sont largement favorables, le droit de la SA oppose à ces clauses l'interdiction d'imposer des obligations supplémentaires (art. 620, al. 2, et 680, al. 1, CO) et celle de limiter le droit d'intenter action en justice des actionnaires (art. 706b, ch. 1, CO). En tout état de cause, il faut l'accord de tous les actionnaires pour inscrire dans les statuts une clause d'arbitrage valable juridiquement<sup>264</sup>. C'est la raison pour laquelle elles sont aujourd'hui si rares dans les statuts des SA.

Pour améliorer l'application du droit de la SA, l'avant-projet vise à établir une base juridique claire pour les clauses d'arbitrage statutaires. Selon l'al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, les statuts peuvent prévoir une clause d'arbitrage. Une telle clause n'est pas contraire au droit impératif de la SA, et les statuts en indiquent la forme exigée. Ils doivent aussi préciser (2<sup>e</sup> phrase) qui est lié par la clause, de façon, par exemple, que l'arbitrage soit prévu pour tout litige relevant du droit des sociétés entre des actionnaires, entre des actionnaires et la société, et entre la société et ses organes. Une clause aussi détaillée fait prendre conscience aux actionnaires que la société renonce aux tribunaux étatiques, et aux nouveaux actionnaires que les litiges relevant du droit des sociétés seront tranchés par un tribunal arbitral<sup>265</sup>. Les nouveaux actionnaires sont *ipso jure* assujettis à la clause d'arbitrage, sans qu'aucune autre approbation ou forme soit nécessaire. Mais les statuts peuvent aussi réserver l'arbitrage aux seuls litiges entre la société et ses organes, par exemple, pour faire valoir notamment des prétentions en matière de responsabilité.

Selon l'al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, la procédure arbitrale est régie par les dispositions du code CPC concernant l'arbitrage national. Le droit arbitral applicable est ainsi conforme aux exigences posées aux tribunaux par l'état de droit. Les statuts peuvent régler les

<sup>264</sup> En ce qui concerne la situation juridique, voir MARC ANDRÉ MAUERHOFER, «Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln», GesKR 2011/1, p. 20 ss

<sup>265</sup> Il faut prévoir, à l'art. 45 ORC, que l'inscription au registre du commerce doit mentionner la clause d'arbitrage statutaire (tout comme les restrictions à la transmissibilité des actions).

modalités de la procédure arbitrale. Ils peuvent notamment décrire précisément les droits d'actionnaires ou d'organes impliqués dans la procédure sans y être parties. Ils ne peuvent pas en revanche limiter les droits de tiers dans la procédure arbitrale (art. 376 CPC); ils doivent régler les modalités de la procédure dans le cadre des dispositions du CPC (2<sup>e</sup> phrase).

Dans le cas d'actions intentées contre la totalité des actionnaires (comme le recours en annulation visé à l'art. 706 CO, voir son al. 5), la clause d'arbitrage signifie qu'un arbitrage peut être opposable à tous les actionnaires, même si seul l'actionnaire demandeur et la société étaient parties à la procédure. C'est la raison pour laquelle il faut selon l'al. 3 prévoir, comme c'est le cas en Allemagne<sup>266</sup>, que le conseil d'administration communique à tous les actionnaires l'institution d'une procédure d'arbitrage (voir art. 626, al. 1, ch. 7, AP-CO) en leur signalant leurs droits à cet égard (conformément au CPC et, le cas échéant, aux statuts). Il n'est par contre pas indispensable que les actionnaires impliqués dans la procédure sans y être parties puissent participer à l'institution du tribunal arbitral, car le CPC offre des garanties suffisantes pour l'indépendance du tribunal arbitral.

L'introduction d'une clause d'arbitrage dans les statuts équivalant pour les actionnaires à renoncer aux tribunaux étatiques, elle doit être décidée à la majorité qualifiée (voir art. 704, al. 1, ch. 13, AP-CO).

## **2.1.26 Droits intransmissibles de l'assemblée générale**

*Art. 698, al. 2, ch. 5 à 8, et al. 3 Ses pouvoirs*

Le nouveau ch. 5 précise que lors du versement d'un dividende intermédiaire (art. 675a AP-CO) le bilan intermédiaire doit être approuvé par l'assemblée générale.

Le nouveau ch. 6 est une adaptation nécessaire du droit de la SA à la réforme de l'imposition des entreprises II, qui a rendu fiscalement attrayant le remboursement aux actionnaires de réserves issues du capital. Il statue que l'assemblée générale doit bien séparer ses décisions concernant l'utilisation des réserves issues du capital (et en particulier des agios, voir art. 671, al. 1, ch. 1 et al. 2, ch. 4, AP-CO) de celles concernant le versement de dividendes (autrement dit la redistribution des bénéfices de la société).

Le ch. 7 correspond à l'ancien ch. 5 et le ch. 8 à l'ancien ch. 6.

L'al. 3 correspond à la transposition de l'art. 2 ORAb, ou plutôt des dispositions de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. dans le droit de la SA.

## **2.1.27 Convocation de l'assemblée générale et ordre du jour**

*Art. 699 Convocation et déroulement de l'assemblée générale; mode de convocation*

<sup>266</sup> Voir, par ex., CHRISTIAN BORRIS, «Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Klagen in der Aktiengesellschaft», NZG 2010, p. 481 ss.

L'al. 1 demeure inchangé. L'al. 2 subit une modification d'ordre rédactionnel et ne concerne plus que le déroulement de l'assemblée générale ordinaire.

Comme pour l'institution d'un examen spécial (art. 697d AP-CO), l'avant-projet abaisse les seuils requis pour demander la convocation de l'assemblée générale d'une société cotée en bourse. Cet assouplissement a pour but d'améliorer le statut juridique des actionnaires, dans l'intérêt d'une meilleure gouvernance. Dans les grandes sociétés, l'organisation d'une assemblée générale entraîne toutefois des coûts importants. De plus, contrairement au droit de requérir l'institution d'un examen spécial, le droit de requérir la convocation de l'assemblée générale n'est lié à aucune autre condition matérielle. Le seuil d'exercice de ce droit ne doit donc pas être fixé trop bas.

L'al. 3, ch. 1, fixe ainsi la valeur limite à 3 % du capital-actions pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse. Par contre, dans les sociétés anonymes privées, le seuil reste fixé à 10 % du capital-actions, en vertu du ch. 2. Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse comme dans celles dont les actions ne sont pas cotées, le seuil peut aussi être calculé en fonction des voix, et non uniquement de la participation au capital, afin de garantir la protection des propriétaires d'actions à droit de vote privilégié. Les mêmes seuils de participation sont requis pour la part au capital-actions et pour le pourcentage de voix ; ils sont de 3 % dans les sociétés cotées et de 10 % dans les sociétés non cotées.

L'al. 4 reprend la dernière phrase de l'actuel al. 3 avec de légères adaptations rédactionnelles.

L'al. 5 fixe désormais un délai de 60 jours au conseil d'administration pour convoquer une assemblée générale extraordinaire. La réglementation actuelle, qui exige que le conseil d'administration donne suite à la requête dans un délai convenable, n'est pas suffisamment concrète pour donner de la substance au droit de requérir la convocation de l'assemblée générale. Le délai fixé court à compter de la réception de la requête par la société et il s'éteint avec la remise de la convocation. Si le conseil d'administration n'agit pas, il appartient au juge de convoquer l'assemblée générale, comme c'est déjà le cas aujourd'hui. Le juge statue en procédure sommaire (voir art. 250, let. c, ch. 9, AP-CPC).

*Art. 699a Droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et droit de proposition*

Les seuils fixés pour pouvoir requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour sont considérablement abaissés. Ils sont même fixés beaucoup plus bas que pour la convocation d'une assemblée générale ou l'institution d'un examen spécial, car l'inscription d'un nouvel objet à l'ordre du jour engendre un surcroît de travail et des coûts nettement moindres que ces deux autres droits (voir art. 697d, al. 1, et 699, al. 3, AP-CO). En comparaison internationale, on notera d'ailleurs que dans les autres pays aussi, les seuils définis pour l'exercice du droit de demander l'inscription d'un objet à l'ordre du jour sont relativement bas. En Grande-Bretagne par exemple, 100 actionnaires peuvent déposer ensemble une requête allant dans ce sens (quelle que soit leur participation).

Il a toutefois été démontré que les seuils doivent être différenciés selon qu'ils se rapportent à une société cotée ou à une société non cotée, étant donné qu'il faut tenir compte des différences dans la structure de l'actionariat. Dans les sociétés ouvertes

au public, le droit de requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour peut donc, selon l'avant-projet, être exercé avec une participation de 0,25 % du capital-actions ou des voix. Pour les sociétés anonymes privées, les valeurs limites sont fixées à 2,5 % du capital-actions ou des voix (al. 1, ch. 1 et 2).

Selon l'al. 2, les actionnaires peuvent aux mêmes conditions requérir l'inscription dans la convocation à l'assemblée générale de propositions concernant les objets inscrits à l'ordre du jour.

L'al. 3 prévoit désormais explicitement que le droit des actionnaires de demander l'inscription d'un objet à l'ordre du jour ou d'une proposition comprend la possibilité de joindre à la demande une motivation succincte rédigée par eux-mêmes à l'intention des autres actionnaires, dans la convocation à l'assemblée générale.

Les seuils prévus dans la loi pour l'exercice des droits des actionnaires peuvent être abaissés dans les statuts. Ils ne peuvent en revanche pas être relevés.

Selon l'al. 4, les statuts déterminent jusqu'à quel moment les actionnaires doivent déposer leur requête au sens des al. 1 et 2 (par ex. dans les deux mois qui suivent la fin de l'exercice ou dans les deux semaines qui suivent la communication du conseil d'administration). Au cas où le droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et le droit de proposition seraient restreints ou impossibles, les décisions de l'assemblée générale concernée seront au moins annulables.

En vertu de l'al. 5, les actionnaires peuvent s'adresser au juge si le conseil d'administration refuse de donner suite à leur requête, comme c'est déjà le cas actuellement. Le juge statue en procédure sommaire (voir art. 250, let. c, ch. 9, AP-CPC). Il n'est pas nécessaire de prévoir un délai analogue à celui fixé à l'art. 699, al. 5, AP-CO, puisque les intéressés peuvent constater par eux-mêmes, au plus tard à la réception de la convocation, si leur requête a été prise en considération ou non.

L'al. 6 indique clairement que chaque actionnaire peut, durant l'assemblée générale, formuler des propositions concernant les objets inscrits à l'ordre du jour. Cette réglementation correspond à une pratique bien établie. En outre, il est possible de soumettre les objets mentionnés à l'art. 703, al. 1, en plus des objets inscrits à l'ordre du jour.

#### *Art. 700      Forme, contenu et communication*

Jusqu'à présent, l'assemblée générale devait être convoquée au moins 20 jours avant la date à laquelle elle devait avoir lieu, sous la forme prévue par les statuts (art. 700, al. 1, CO). Ce délai est considéré comme trop court, surtout pour l'assemblée générale ordinaire<sup>267</sup>. L'al. 1 le porte désormais à 30 jours pour l'assemblée générale ordinaire, sans le modifier pour l'assemblée générale extraordinaire, laquelle doit pouvoir être convoquée dans un délai plus court puisqu'il s'agit souvent de régler des questions urgentes.

L'al. 2 précise les éléments à mentionner dans la convocation. Il a été restructuré pour une meilleure compréhension. Il faut donc mentionner d'une part les objets portés à l'ordre du jour (ch. 1; voir art. 703, al. 1, AP-CO). Les objets ne nécessitant pas de décision ne doivent pas forcément être annoncés à l'avance. Cette évidence, qui figure dans l'actuel art. 700, al. 4, CO, a été supprimée dans l'avant-projet sans

<sup>267</sup> KARIM MAIZAR, «Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften», Zurich 2012, p. 358 ss.

entraîner de changement matériel. Doivent également être mentionnées dans la convocation de l'assemblée générale les propositions du conseil d'administration et des actionnaires. Pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, le conseil d'administration doit motiver brièvement ses propositions (ch. 2). Les actionnaires de toutes les sociétés ont le droit d'exiger du conseil d'administration qu'il intègre à la convocation une motivation succincte relative à leurs propositions (ch. 3; voir art. 699a, al. 3, AP-CO). Pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, la convocation doit mentionner le nom et l'adresse du représentant indépendant et le pourcentage du capital-actions constitué d'actions dispo (ch. 4). Le but est d'améliorer la transparence concernant la répartition des droits de vote dans l'assemblée générale.

Selon l'al. 3, le conseil d'administration doit veiller à ce que les objets inscrits à l'ordre du jour respectent l'unité de la matière. Les actionnaires doivent en effet pouvoir exercer leur droit de vote de manière précise et authentique, comme les électeurs en cas de modification de la Cst. (art. 139, al. 3, et 194, al. 2, Cst.). L'obligation de mettre en place de nouvelles dispositions contraignantes, comme l'ORAb, est la seule raison pour laquelle il pourrait ne pas y avoir de lien étroit entre les différents aspects d'un objet. L'al. 3 de l'avant-projet n'a pas pour but de générer le chaos autour de chaque disposition des statuts. Mais un point de l'ordre du jour ne peut concerner qu'un seul sujet dont tous les aspects présentent un lien étroit les uns avec les autres (par exemple, l'ensemble des dispositions statutaires relatives au comité de rémunération, ou l'ensemble des dispositions statutaires relatives au vote sur les rémunérations)<sup>268</sup>. En cas d'atteinte au principe de l'unité de la matière, la décision correspondante est au moins annulable (art. 706, al. 2, ch. 1 et 2, CO). Chaque actionnaire a le droit, pendant l'assemblée générale, de demander l'examen séparé d'objets (partiels) de l'ordre du jour n'ayant aucun rapport entre eux (voir art. 699a, al. 6, AP-CO). L'unité de la matière est particulièrement importante lors des votes sur des modifications des statuts. Il faut en effet éviter que l'assemblée générale ait à statuer sur des sujets disparates réunis en lot. Il peut y avoir violation du principe de l'unité de la matière lorsque l'ordre du jour ne prévoit qu'un point unique pour l'adaptation des statuts à de nouvelles contraintes juridiques. Ainsi, il ne sera plus possible à l'avenir de décider d'une révision totale des statuts en une seule disposition (sauf s'il s'agit d'une modification formelle n'affectant pas les normes sur le fond).

L'al. 3 oblige en outre le conseil d'administration à fournir aux actionnaires toutes les informations pertinentes pour la prise de décisions.

Selon l'al. 4, le conseil d'administration peut faire une présentation succincte des objets portés à l'ordre du jour dans la convocation et mettre des informations plus détaillées à disposition des actionnaires sous forme électronique. Le but est d'éviter une charge administrative trop lourde, dans le cas d'un remaniement des statuts en profondeur, par exemple.

Selon l'al. 5, les statuts fixent les autres modalités relatives à la forme, au contenu et à la communication de la convocation.

<sup>268</sup> Voir PETER BÖCKLI, «Schweizer Aktienrecht», 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 12 n° 100d.

L'al. 2 est adapté à la possibilité d'employer des médias électroniques (voir art. 701c ss AP-CO), d'où le remplacement de «sont présents» par «participent», qui indique qu'une réunion de tous les actionnaires ne nécessite pas impérativement la présence physique de chacun. Cette réunion peut donc très bien se dérouler sous la forme d'une assemblée générale virtuelle (voir art. 701d AP-CO).

## 2.1.28 Lieu de réunion de l'assemblée générale

Le droit suisse de la SA ne contient aucune disposition sur le lieu de réunion de l'assemblée générale. L'avant-projet comble cette lacune.

En vertu de l'art. 701a, al. 1, AP-CO, le conseil d'administration décide du lieu où se tient l'assemblée générale, sauf si les statuts en disposent autrement. Le lieu de réunion ne doit cependant pas être choisi sciemment de manière à ce que la plus grande partie de l'actionnariat soit dans l'impossibilité de participer à l'assemblée générale. L'interdiction du formalisme excessif s'applique aussi au choix du lieu de réunion, sans quoi les décisions prises par l'assemblée générale peuvent être frappées de nullité (art. 706, al. 2, ch. 1 et 2, CO). Il serait également inadmissible de choisir une langue de délibération incomprise de la majorité des actionnaires.

Conformément à l'al. 2, l'assemblée générale peut se tenir simultanément à plusieurs endroits (assemblée générale multi-sites), à condition que toutes les interventions soient retransmises en direct par des moyens audiovisuels sur tous les sites de réunion. Le site principal est déterminé par le conseil d'administration, sauf disposition contraire dans les statuts. Le président de l'assemblée générale doit y être présent, de même que l'organe de révision ou l'expert-réviseur agréé, que l'officier public chargé de constater les décisions par acte authentique le cas échéant (art. 701a, al. 3, ch. 1 à 3, AP-CO), et que la personne chargée de dresser le procès-verbal (art. 701a, al. 3, ch. 4, AP-CO, voir art. 702 CO). Malgré la multiplicité des sites de réunion, il n'y a formellement qu'une seule assemblée générale.

Elle peut se dérouler à l'étranger si les statuts le prévoient (art. 704, al. 1, ch. 10, AP-CO) et qu'un représentant indépendant est désigné (art. 701b, al. 1, AP-CO). Pour les sociétés cotées en bourse, cet élément découle déjà de l'art. 689c AP-CO. Les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse peuvent renoncer à désigner un représentant indépendant si l'ensemble des actionnaires consent à la tenue de l'assemblée générale à l'étranger (art. 701b, al. 2, AP-CO). Il appartient au conseil d'administration de fixer le mode d'expression du consentement des actionnaires si les statuts ne contiennent aucune disposition à ce sujet. Le conseil d'administration peut prévoir qu'un défaut de réponse équivaut à un consentement à la non-désignation d'un représentant indépendant (sur le modèle de l'art. 727a, al. 3, CO).

L'assemblée générale peut également se dérouler simultanément à plusieurs endroits à l'étranger, ou à plusieurs endroits en Suisse et à l'étranger. Dans ce cas, les dispositions de l'art. 701a, al. 2 et 3, AP-CO s'appliquent, y compris si le site de réunion principal se trouve à l'étranger.

Même si les statuts prévoient la tenue de l'assemblée générale à l'étranger, les décisions de cet organe peuvent être annulées si le fait de réunir les actionnaires à l'étranger supprime ou limite de facto le droit de participation d'une grande partie d'entre eux (cf. art. 706b, ch. 1 et 2, CO).

Lorsque l'assemblée générale se tient à l'étranger et que des décisions requérant la forme authentique sont prises, l'art. 25 ORC s'applique.

## 2.1.29 Recours aux médias électroniques

### *Art. 701c Exercice des droits des actionnaires*

L'art. 701c constitue la base légale permettant aux actionnaires d'exercer leur droit de vote par voie électronique (*direct voting*) dans le cadre d'une assemblée générale qui se tient dans au moins un lieu de réunion physique. Les statuts doivent prévoir cette possibilité.

L'avant-projet n'impose pas en revanche l'obligation juridique de prévoir un vote direct électronique. Le conseil d'administration ou les actionnaires doivent décider si l'utilité du vote direct l'emporte sur le coût et les éventuels problèmes de mise en œuvre.

Quant au vote indirect par l'intermédiaire d'un représentant indépendant, voir art. 689c, al. 7, AP-CO.

### *Art. 701d Assemblée générale virtuelle*

Conformément à l'al. 1, une assemblée générale peut se tenir sans lieu de réunion physique (art. 701a à 701c AP-CO). Cette assemblée générale virtuelle est autorisée lorsqu'elle est prévue dans les statuts et lorsqu'un représentant indépendant est désigné (art. 689c s. AP-CO). Comme il est ainsi dérogré au principe de l'immédiateté au sens physique, la base statutaire à cette fin est assujettie à la majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 10, AP-CO).

L'obligation de désigner un représentant indépendant sert notamment à éviter que les actionnaires soient forcés à utiliser des médias électroniques même lors d'une assemblée générale virtuelle. Ils ont la possibilité d'octroyer au représentant indépendant les pouvoirs et les instructions aussi sur papier. Le représentant indépendant exerce ensuite les droits de l'actionnaire dans le cadre de l'assemblée générale virtuelle.

A la différence du projet de 2007<sup>269</sup>, l'assemblée générale virtuelle n'est plus exclue lorsque des décisions doivent revêtir la forme authentique. Il est cependant possible que législation cantonale sur les actes authentiques, se fondant sur l'art. 55 tit. fin. CC<sup>270</sup>, n'autorise notamment pas une assemblée générale virtuelle constitutive ou l'instrumentation d'une déclaration de volonté entre absents. S'il s'agit en revanche de l'instrumentation portant sur des faits, comme c'est généralement le cas des déci-

<sup>269</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407 1499.

<sup>270</sup> RS 210

sions de l'assemblée générale, il n'existe aucune raison de fond pour qu'une assemblée générale virtuelle soit inadmissible même pour les décisions requérant la forme authentique. En effet, il est d'ores et déjà considéré que les votes par correspondance et les décisions par voie de circulation peuvent être constatés par un acte authentique<sup>271</sup>.

L'al. 2 permet de renoncer à désigner un représentant indépendant dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, si l'ensemble des actionnaires consent à la tenue d'une assemblée générale virtuelle. En l'absence de dispositions statutaires, le conseil d'administration définit le mode d'expression du consentement des actionnaires (voir art. 701b AP-CO).

#### *Art. 701e Conditions du recours aux médias électroniques*

Cette disposition règle les conditions du recours aux médias électroniques lors de l'assemblée générale en ce qui concerne l'exercice des droits des actionnaires (art. 701c AP-CO) et la tenue de l'assemblée générale (art. 701d AP-CO).

Le principe de l'immédiateté veut que les actionnaires puissent former leur opinion sur la base des interventions du conseil d'administration et des autres actionnaires (al. 2, ch. 2 et 3). C'est pourquoi le ch. 2 exige que tous les participants puissent faire des propositions et prendre une part active à l'assemblée générale. Le conseil d'administration doit s'assurer que l'identité des participants est clairement établie (al. 2, ch. 1) et que le résultat du vote n'est pas falsifié (al. 2, ch. 4). Vu l'interdiction du formalisme excessif, le conseil d'administration doit prendre en considération les systèmes d'exploitation vieillissants mais encore très répandus et garantir la compatibilité Apple et PC. Les actionnaires moyennement doués et équipés sur le plan technique doivent être en mesure d'utiliser les médias électroniques.

Le conseil d'administration devrait aussi garder à l'esprit le développement technique. La diffusion d'un appareil (par ex. tablettes en ce moment) ou d'un logiciel peut ainsi exiger une adaptation des médias électroniques (par ex. mise à disposition d'une application).

#### *Art. 701f Problèmes techniques auprès de la société*

Si des problèmes techniques se posent auprès de la société, le conseil d'administration doit répéter la votation ou l'élection. Il ne peut se dégager de cette obligation, même s'il peut prouver que les problèmes techniques n'ont eu aucune incidence sur le résultat du vote ou de l'élection. Les actionnaires ont le droit inaliénable d'exiger que les votes et les élections relatifs aux points inscrits à l'ordre du jour aient lieu sans accros.

Si, en raison de problèmes techniques auprès de la société, l'assemblée générale ne se déroule pas ou ne se termine pas en conformité avec les dispositions légales et statutaires, elle doit, selon l'al. 1, être convoquée à nouveau, à un moment ultérieur. Il n'est alors pas nécessaire de respecter le délai prévu à l'art. 700, al. 1, AP-CO, pour la convocation de l'assemblée générale. Il suffit que la nouvelle date soit fixée de telle manière qu'une majorité d'actionnaires puisse y participer. Si l'ordre du jour initial est adapté ou complété, les dispositions légales et statutaires relatives à la

<sup>271</sup> Voir CHRISTIAN BRÜCKNER, *Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen*, vol. 94 (1998), n° 2, p. 33 ss.



convocation doivent être respectées, car il s'agit de facto d'une nouvelle convocation. Autrement, il serait possible de contourner ces prescriptions en avançant de prétendus problèmes techniques pour ajouter de nouveaux points à l'ordre du jour.

Les difficultés des actionnaires avec l'entreprise de télécommunications qu'ils utilisent ne sont pas considérées comme des problèmes techniques auprès de la société. Cependant, si une entreprise de télécommunications importante a des problèmes de grande envergure et s'il est à supposer que la majeure partie des actionnaires a recours à ses services, le conseil d'administration de la société ne saurait ignorer ces difficultés. Il doit alors interrompre brièvement l'assemblée générale, voire la convoquer à nouveau à un moment ultérieur. Les problèmes liés au matériel personnel et au logiciel général, notamment au navigateur, relèvent par contre de la responsabilité des actionnaires.

Selon l'al. 2, les points qui ont pu être traités avant l'apparition des problèmes techniques ne doivent pas être remis à l'ordre du jour et faire l'objet d'une nouvelle décision. Les décisions concernées sont exécutoires sous réserve d'autres conditions (par ex. quorums qualifiés).

#### *Art. 701g Forum électronique*

L'art. 701g impose une nouvelle obligation au conseil d'administration des sociétés dont les actions sont cotées en bourse: celui-ci doit veiller à mettre à la disposition des actionnaires un forum électronique (ci-après: forum) dès la convocation et jusqu'à deux jours avant la tenue de l'assemblée générale, ordinaire ou extraordinaire (voir art. 700, al. 1, AP-CO). Cette disposition vise à améliorer les possibilités de communication entre les actionnaires *avant* l'assemblée générale, considérées comme insuffisantes actuellement<sup>272</sup>, ainsi que de faciliter la communication entre les actionnaires et le conseil d'administration. Toutefois, l'art. 701g n'oblige le conseil d'administration ni à ouvrir le registre des actions ni à mettre en place un forum disponible tout au long de l'année.

Conformément à l'al. 2, le forum permet en particulier aux actionnaires de discuter les objets et les propositions portés à l'ordre du jour de l'assemblée générale convoquée. La communication entre actionnaires doit être possible (par ex. dans un salon de discussion en ligne); autrement, il ne s'agirait pas d'un forum permettant de débattre des objets à traiter<sup>273</sup>. Les actionnaires doivent en outre pouvoir s'exprimer sur les sujets relatifs à la société qui ne sont pas portés à l'ordre du jour de l'assemblée générale, ainsi que donner des recommandations de vote<sup>274</sup>. Les règles définies par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sont applicables aux actions de concert avec des tiers et aux groupes organisés (art. 10 s. OBVM-FINMA). Du point de vue du forum, il importe de déterminer si le droit de vote est

<sup>272</sup> Voir KARIM MAIZAR, *Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften*, Zurich 2012, p. 374 ss; PETER FORSTMOSER/HERBERT WOHLMANN/KARL HOFSTETTER, *Stärkung der Aktionärsdemokratie durch das Internet*, in: NZZ du 3 avril 2012, n° 79, p. 29.

<sup>273</sup> Duden, *Deutsches Universalwörterbuch*, Mannheim 2003.

<sup>274</sup> Pour les allègements relatifs aux obligations envers l'Instance pour la publicité des participations, voir Instance pour la publicité des participations de SIX Swiss Exchange SA, *Empfehlung V-02-10 Gruppenbegriff und indirektes Halten im Zusammenhang mit Abstimmungsempfehlungen*, p. 124 ss, in: Rapport annuel 2010.

exercé librement par chacun ou s'il est exercé « en groupe » par voie de concertation structurelle<sup>275</sup>.

Conformément à l'al. 3, le conseil d'administration peut prendre part activement au forum et reprendre lors de l'assemblée générale les idées, remarques et critiques qui y sont exprimées, dans le respect du principe de l'objectivité et de l'égalité de traitement des actionnaires. Il doit défendre ses positions avec toute la diligence nécessaire (art. 717 CO). Le conseil d'administration ne doit pas instrumentaliser des personnes pour que celles-ci interviennent dans le forum en leur propre nom, mais en faveur du conseil d'administration. En outre, il ne doit pas acheter des voix, ce qui serait contraire non seulement au devoir de diligence, mais aussi aux mœurs (art. 19, al. 2, CO).

L'al. 4 interdit l'utilisation anonyme du forum. Le conseil d'administration doit veiller à ce que l'identité de l'actionnaire soit visible pour les autres participants (par ex. lors de la connexion au salon de discussion).

Conformément à l'al. 5, le conseil d'administration règle notamment l'accès au forum et la garantie de son fonctionnement. Un actionnaire moyennement doué et équipé sur le plan technique doit pouvoir participer au forum par Internet. Selon la complexité des objets portés à l'ordre du jour, le conseil d'administration doit aussi choisir une structure de forum adaptée offrant les informations nécessaires (par ex. lien au rapport sur les rémunérations, aux comptes annuels ou au curriculum vitae d'une personne à élire). Par souci d'objectivité, il peut en outre éliminer du forum notamment les déclarations qui portent manifestement atteinte à la personne, tout en évitant bien entendu un formalisme excessif. Les règles fixées par le conseil d'administration sont accessibles aux actionnaires dans le forum électronique.

Les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse peuvent aussi prévoir un forum, ce qui est recommandable lorsque l'actionnariat est très fragmenté.

La prolongation du délai de convocation de 20 à 30 jours a aussi été décidée dans l'intérêt du forum. S'agissant notamment de l'assemblée générale ordinaire, les 20 jours qui étaient prévus jusqu'ici ne sont pas suffisants à la formation de la volonté des actionnaires, même si un forum est en place (voir art. 700, al. 1, AP-CO).

### **2.1.30 Déroutement de l'assemblée générale**

*Art. 702, al. 2 à 4 Mesures préparatoires; procès-verbal*

L'art. 702, al. 2 concerne le contenu du procès-verbal de l'assemblée générale.

Le ch. 1 est reformulé conformément à la nouvelle réglementation de la représentation (voir art. 689 ss AP-CO).

Lorsque l'assemblée générale se tient simultanément en plusieurs lieux (voir art. 701a AP-CO), le procès-verbal doit mentionner le site principal (ch. 2).

Il doit en outre mentionner les décisions et le résultat des votes avec indication de la répartition exacte des voix (ch. 3).

<sup>275</sup> Voir ROLF H. WEBER, art. 20 n° 91, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, Basel 2011; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 7 n° 70 ss.

Le ch. 4 précise que les demandes de renseignements, de même que les réponses fournies, ne doivent figurer dans le procès-verbal que si les questions ont été traitées lors de l'assemblée générale. Les demandes de renseignements écrites au sens de l'art. 697, al. 2, ne sont donc pas visées par cette disposition.

Un certain nombre d'adaptations s'imposent également en raison des nouvelles règles concernant le recours aux médias électroniques (voir art. 701c ss). En vertu des ch. 6 et 8, le procès-verbal doit ainsi fournir, le cas échéant, des renseignements sur l'utilisation de médias électroniques, sur le nombre de votes exprimés par voie électronique et sur l'apparition de problèmes techniques durant l'assemblée générale.

Lorsque l'assemblée générale d'une société dont les actions ne sont pas cotées en bourse se tient à l'étranger (art. 701b AP-CO) ou lorsqu'il s'agit d'une assemblée générale virtuelle (voir art. 701d AP-CO), le procès-verbal doit mentionner la renonciation au représentant indépendant par l'ensemble des actionnaires (ch. 7).

Il faut aussi adapter les modalités du droit des actionnaires de consulter le procès-verbal de l'assemblée générale aux nouvelles possibilités techniques. L'al. 3 précise donc que le procès-verbal doit être mis à la disposition des actionnaires sous une forme électronique, ou être délivré à ceux qui en font la demande, dans les 20 jours qui suivent l'assemblée générale. L'envoi peut se faire par courrier électronique. En tout état de cause, les frais sont à la charge de la société. L'al 4 prévoit que dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, les décisions et le résultat des élections avec indication de la répartition exacte des voix (voir al. 2, ch. 3) sont accessibles par voie électronique dans les deux jours suivant l'assemblée générale. Le traitement électronique nécessaire à cette fin n'entraîne presque aucun surcroît de travail, mais est d'un grand intérêt pour l'actionnariat.

*Art. 702a Droit des membres du conseil d'administration et de la direction de s'exprimer*

En règle générale, c'est le conseil d'administration qui convoque et organise l'assemblée générale. Dans ce cadre, les membres du conseil d'administration et de la direction présents à l'assemblée générale ont, selon l'art. 702a, le droit de s'exprimer sur les objets portés à l'ordre du jour et de faire des propositions. Même s'ils ne font pas partie de l'actionnariat, ils sont considérés comme des ayants droit (voir art. 691, al. 2<sup>bis</sup>, AP-CO).

Par contre, ils n'ont pas un droit de participation juridiquement exécutoire; or, le libellé de l'art. 702a CO actuel n'est pas clair à ce sujet<sup>276</sup>. Grâce à la simplification du libellé de l'art. 702a, il est désormais clair qu'une assemblée générale (par ex. réunion de tous les actionnaires, art. 701 CO) peut se tenir en partie voire totalement en l'absence des membres du conseil d'administration ou de la direction. Les membres du conseil d'administration sont libres de déterminer leur réaction au refus de les admettre à l'assemblée générale. Dans des cas extrêmes, ils n'ont plus d'autre choix que de démissionner du conseil d'administration.

<sup>276</sup> Voir DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, art. 702a n° 2 ss, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

Les art. 703 et 704 sont modifiés compte tenu de la nouvelle réglementation du droit de donner des instructions en cas de représentation (voir art. 689c s. AP-CO): ce ne sont plus les voix représentées à l'assemblée générale qui font foi, mais les votes exprimés. Selon l'art. 703, al. 2, les abstentions ne sont pas considérées comme des voix exprimées. Même les statuts ne peuvent déroger à cette règle.

L'al. 1 de l'art. 703 AP-CO correspond à l'al. 3 de l'art. 700 CO en vigueur. Le droit d'intenter action aux frais de la société est expressément mentionné (voir art. 697j AP-CO).

La phrase introductive de l'art. 704, al. 1, est modifiée en fonction du contenu de l'art. 703. Dans ce cas aussi, les votes exprimés font foi. L'adjectif «absolue» est supprimé car dans le cadre d'un vote sur un objet il n'y a aucune différence entre la majorité absolue et la majorité simple. La notion de majorité absolue n'aurait de sens qu'en cas d'une élection. Or, en vertu de l'art. 703, une majorité simple est toujours suffisante pour l'élection des membres et du président du conseil d'administration. La même règle vaut pour l'élection de l'organe de révision.

La liste des décisions requérant une majorité qualifiée, qui fait l'objet de l'art. 704, al. 1, ch. 1 à 13, est complétée en fonction des dispositions en partie nouvelles de l'avant-projet. Elle mentionne désormais la réunion d'actions (ch. 2, voir art. 623 AP-CO), la libération par compensation (ch. 3, voir art. 634a AP-CO), la marge de fluctuation du capital (ch. 5, voir art. 653s ss AP-CO), la transformation de bons de participation en actions (ch. 6), le changement de la monnaie dans laquelle le capital-actions est libellé (ch. 9), l'adoption d'une disposition statutaire relative à la tenue d'une assemblée générale à l'étranger ou d'une assemblée générale (ch. 10) et l'introduction d'une clause d'arbitrage dans les statuts (ch. 13).

L'al. 2 précise que toute disposition statutaire qui doit être adoptée à la majorité qualifiée ne peut être supprimée qu'à la majorité qualifiée. En cas contraire, les quorums statutaires adoptés pour protéger les actionnaires minoritaires pourraient être abrogés à la majorité simple, ce qui les viderait purement et simplement de leur substance.

Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et qui comptent un grand nombre d'actions dispo, il peut arriver que les quorums statutaires qui se rapportent à la totalité du capital-actions et non aux actions représentées à l'assemblée générale ne puissent *de facto* jamais être atteints. Dans ce cas, il appartient en dernier lieu au juge d'annuler la clause statutaire visée<sup>277</sup>.

*Art. 704a Transformation d'actions en bons de participation*

Le droit en vigueur ne règle pas explicitement la transformation d'actions en bons de participation ni l'opération inverse. La transformation *indirecte* d'actions en bons de participation moyennant une réduction du capital-actions combinée avec l'émission simultanée de nouveaux bons de participation entièrement libérés est admise (de même que l'opération inverse).

<sup>277</sup> A cet égard voir l'ATF 117 II 290 314 s., prononcé sous l'ancien droit de la société anonyme.

Quant à la transformation *directe* d'actions en bons de participation, elle doit remplir les conditions cumulatives suivantes<sup>278</sup>:

- une disposition des statuts est nécessaire, comme c'est le cas pour la transformation d'actions au porteur en actions nominatives ou inversement (cf. art. 622, al. 3, et 627, ch. 7, CO);
- tous les actionnaires concernés par la transformation doivent consentir à l'opération. Ils peuvent donner leur accord soit dans le cadre d'une décision unanime de l'assemblée générale (à laquelle a pris part ou a été représenté l'ensemble des actionnaires concernés), soit dans une déclaration écrite à l'attention de la société. Si tous les associés concernés ne sont pas présents à l'assemblée générale, la décision de transformation est soumise à la condition (suspensive) que les actionnaires absents donnent ultérieurement leur accord;
- l'approbation de l'assemblée générale à la majorité absolue des valeurs nominales représentées est requise (art. 703 CO).

L'art. 704a AP-CO règle explicitement la transformation des actions en bons de participation. L'exigence de la base statutaire ne figure plus dans l'avant-projet afin d'éviter un doublon administratif. La base statutaire est en effet nécessaire dans la pratique actuelle, car il n'existe pas de base légale à l'appui de la transformation. L'accord des actionnaires concernés est repris conformément à la pratique actuelle (art. 704a, 2<sup>e</sup> phrase, AP-CO). L'accord des actionnaires concernés est indispensable vu que le droit de vote minimal est supprimé. Même si l'actionnaire garde une action donnant droit à une voix, l'accord est requis, car le statut d'actionnaire est notamment inaliénable: la personne qui a opté pour la participation sous forme d'action ne peut être forcée contre sa volonté à une division de son action en deux types de participation, «bon de participation» et «action»<sup>279</sup>. Conformément à l'art. 704a AP-CO, une décision de l'assemblée générale recueillant au moins les deux tiers des voix exprimées et la majorité des valeurs nominales attribuées aux voix exprimées est nécessaire pour la transformation d'actions en bons de participation.

A l'inverse, la transformation de bons de participation en actions entraîne la suppression du droit de souscription des actionnaires actuels. En référence à l'art. 704, al. 1, ch. 4, AP-CO, le quorum qualifié requis est inscrit explicitement au ch. 6 aussi pour cette transformation. L'accord des participants concernés n'est en revanche pas nécessaire, car ils ne perdent aucun droit. Au contraire, vu qu'ils deviennent actionnaires du fait de la transformation, ils se voient investis de nouveaux droits, en particulier toutes les possibilités liées au droit de vote. Aujourd'hui, cette façon de faire correspond simplement à la pratique de l'OFRC. Pour les raisons déjà présentées, l'exigence de la base statutaire n'est plus prévue dans l'avant-projet (voir art. 622, al. 3, AP-CO).

<sup>278</sup> Communication 1/09 de l'OFRC du 12 mars 2009.

<sup>279</sup> Voir PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 5 n° 30.

## 2.1.31

### Composition et organisation du conseil d'administration

#### *Art. 705 Révocation*

L'al. 1, 2<sup>e</sup> phrase, prévoit que, si l'assemblée générale élit le président du conseil d'administration, elle peut également le révoquer. Le droit de l'assemblée générale de révoquer les membres du conseil d'administration reste inchangé, mais il est précisé en ce qui concerne le président. L'assemblée générale a donc la possibilité de révoquer la personne concernée uniquement dans sa fonction de président ou comme membre du conseil d'administration.

#### *Art. 707 En général; personnes physiques*

L'art. 707 prévoit explicitement que seules des personnes physiques peuvent être membres du conseil d'administration. Cela découle notamment du caractère très personnel de cette fonction et correspond à la pratique et au droit actuels<sup>280</sup>. L'al. 3 en vigueur, qui y est lié, est abrogé vu que sa teneur est triviale et qu'il ne permet pas de résoudre le problème des membres «détachés».

#### *Art. 710 Durée des fonctions*

Conformément à l'al 1, les actionnaires des sociétés dont les actions sont cotées en bourse élisent chaque année les membres du conseil d'administration. La durée des fonctions s'achève à la fin de l'assemblée générale ordinaire suivante, ce qui permet de garantir que le conseil d'administration en fonction peut encore organiser cette assemblée. Il ne peut pas être dérogé au rythme électoral annuel, qui est impératif en vertu de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst.

Conformément à l'al. 2, les actionnaires des sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse élisent les membres du conseil d'administration pour quatre ans au maximum, sauf si les statuts prévoient une durée plus courte.

Quelle que soit la société, chaque membre du conseil d'administration doit être élu individuellement selon l'al. 3. Une élection *in corpore* est exclue, ce qui permet aux actionnaires une expression fidèle et différenciée de leur volonté. La réélection est possible.

#### *Art. 712 Organisation; président*

Conformément à l'al. 1, l'assemblée générale des sociétés dont les actions sont cotées en bourse doit élire un des membres du conseil d'administration président. La durée des fonctions s'achève au plus tard à la fin de l'assemblée générale ordinaire suivante. Une durée des fonctions plus longue ou une autre procédure électorale violerait les dispositions contraignantes de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst.

En ce qui concerne les autres sociétés, c'est le conseil d'administration qui élit un de ses membres président (al. 2). Les statuts peuvent aussi prévoir que le président est élu par l'assemblée générale.

<sup>280</sup> ATF 71 II 277 consid. 1, p. 279; art. 120 ORC; voir MARTIN WEBER, Vertretung im Verwaltungsrat, Qualifikation - Zulässigkeit - Schranken, Zurich 1994, p. 91 ss.

En vertu de l'al. 3, la réélection est possible.

Le conseil d'administration peut suspendre dans ses fonctions un président élu par l'assemblée générale<sup>281</sup>. Cette mesure se justifie notamment lorsque l'activité du président met en danger des intérêts importants de la société. En cas de suspension, le conseil d'administration doit immédiatement convoquer une assemblée générale (art. 726, al. 2, CO).

Lorsque la fonction de président est vacante, le conseil d'administration désigne un nouveau président pour la durée restante de la fonction, en vertu de l'al. 4. Les statuts peuvent prévoir d'autres dispositions afin de remédier à la carence dans l'organisation, par exemple la convocation immédiate d'une assemblée générale extraordinaire ou une durée de fonction allant jusqu'à la fin de l'assemblée générale suivante.

Conformément à l'al. 5, le conseil d'administration nomme le vice-président et le secrétaire, lequel ne doit pas nécessairement être membre du conseil d'administration.

#### *Art. 713, al. 2 Décisions*

L'al. 2 permet au conseil d'administration de prendre ses décisions sous la forme d'une approbation donnée par écrit à une proposition ou sous une forme purement électronique, à moins qu'un membre demande une discussion orale. Cette manière de procéder est utile lorsque la tenue d'une séance dans un lieu de réunion physique est impossible en raison de l'urgence ou lorsque les décisions à prendre sont d'une importance mineure. Cependant, les séances du conseil d'administration ne doivent pas être majoritairement tenues sous forme écrite ou électronique. C'est pourquoi tout membre du conseil d'administration peut demander une discussion orale. L'immédiateté physique semble en effet plus adaptée pour permettre aux membres d'établir une bonne culture de discussion et de mieux se connaître.

Bien entendu, ces délibérations et décisions doivent être consignées dans un procès-verbal selon l'al. 3 en vigueur. Le conseil d'administration doit en outre veiller, conformément à ses devoirs de diligence et de fidélité (art. 717 CO), à ce qu'aucune personne non autorisée ne participe à la prise de décisions par écrit ou par voie électronique ni ne puisse fausser le résultat du vote.

#### *Art. 716a, al. 1, ch. 3, 7 et 8 Attributions intransmissibles*

Un élément infondé est éliminé à l'art. 716a, al. 1, ch. 3: selon le droit en vigueur, le conseil d'administration ne doit fixer un plan financier que si celui-ci est nécessaire à la gestion de la société. Cette restriction ne se justifie pas quant au fond. En outre, il est nécessaire que le conseil d'administration veille à l'établissement d'un plan financier compte tenu de la nouvelle disposition concernant les mesures destinées à parer la menace d'insolvabilité de la société (voir art. 725 AP-CO). Bien entendu, le plan financier peut être adapté à l'importance économique de la société et de l'activité commerciale. Personne ne demande à une petite entreprise de disposer d'une planification financière complexe comparable à celle de sociétés dont les actions sont cotées en bourse. Mais même une petite entreprise doit veiller, mis à part le budget, à ce que le volume des liquidités et le rapport entre le capital propre et le capital

<sup>281</sup> Voir PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, Zurich 2009, § 13 n° 110.

étranger ne mettent pas en danger la pérennité de la société<sup>282</sup>. C'est souvent un (simple) tableau des flux de trésorerie qui est nécessaire à cette fin<sup>283</sup>.

Selon le droit en vigueur, l'information du tribunal en cas de surendettement (actuel ch. 7) peut conduire à la faillite ou, si un assainissement paraît possible, à un ajournement de la faillite. Vu la suppression de l'ajournement de la faillite en vertu de la LP révisée et la possibilité nouvelle d'utiliser le sursis concordataire comme outil d'assainissement, celui-ci a désormais la fonction de l'ajournement de la faillite (voir point 1.3.7.3). Démarche de grande importance dans l'existence d'une société, le dépôt de la demande de sursis concordataire doit être une tâche intransmissible du conseil d'administration, comme le prévoit désormais explicitement le ch. 7.

Selon le ch. 8, le conseil d'administration des sociétés dont les actions sont cotées en bourse est compétent pour établir le rapport de rémunération (voir art. 734 ss AP-CO).

#### *Art. 716b Délégation de la gestion*

L'art. 95, al. 3, let. b, Cst. interdit la délégation de la gestion de la société à une personne morale pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse. L'al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, met en œuvre cette règle pour l'ensemble des sociétés. La législation en vigueur relative au registre du commerce prévoit d'ores et déjà que seules les personnes physiques peuvent être inscrites au registre comme membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration et comme personnes autorisées à signer (art. 120 ORC<sup>284</sup>).

Conformément à la 2<sup>e</sup> phrase de l'al. 1, il est permis de déléguer à une personne morale la gestion de fortune. Sinon, notamment les sociétés d'investissement dont les actions sont cotées en bourse auraient des problèmes insurmontables (voir art. 2, al. 3, LPCC). La gestion de fortune comprend l'activité du gestionnaire de fortune conformément aux art. 18 s. LPCC. Le conseil d'administration de la société transférante est toujours chargé de surveiller les gestionnaires de fortune externes et de prendre les décisions clés relatives à la politique de placement (art. 716a, al. 1, ch. 3, CO). L'art. 735d AP-CO est applicable si la gestion de fortune est déléguée à des sociétés faisant partie du groupe. En revanche, lorsque ce sont des sociétés réellement tierces, la question des indemnités ne se pose pas puisqu'il n'y a pas de conflits d'intérêts. L'al. 1, 2<sup>e</sup> phrase, n'ouvre donc pas de possibilités de contourner les règles contraignantes relatives aux rémunérations dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse.

L'al. 2 sur le règlement d'organisation est restructuré et complété par quelques éléments matériels. Il fixe le contenu minimal obligatoire du règlement, qui doit décrire l'organisation interne et les éventuels comités du conseil d'administration (ch. 1), l'organisation de la gestion (ch. 2), y compris les postes de gestion et les tâches attachées à ces postes, de même que les modalités des rapports au sein du conseil d'administration ou entre la direction et le conseil d'administration (ch. 3). En outre, il doit aborder la gestion des conflits d'intérêts (voir art. 717a AP-CO).

<sup>282</sup> Voir déjà le message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF 1983 II 757, 948.

<sup>283</sup> Voir PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zurich 2009, § 13 n° 353 s.

<sup>284</sup> Voir aussi CHRISTIAN CHAMPEAUX, Art. 120 n° 4 ss, in: Rino Siffert/Nicholas Turin, Stämpfli Handkommentar (HRegV), Berne 2013.



Conformément à l'al. 4, le conseil d'administration doit renseigner par écrit tout actionnaire qui en fait la demande au sujet de l'organisation du conseil d'administration et de la gestion. L'actionnaire ne doit pas démontrer l'existence d'un intérêt particulier, mais son droit à l'information est limité aux informations qui font partie du contenu obligatoire du règlement d'organisation selon l'al. 2. Le but de cette restriction est d'éviter qu'une société ne limite le contenu de leur règlement d'organisation au minimum absolu par crainte de devoir divulguer certaines informations. Les créanciers ont le même droit à l'information, mais ils doivent rendre vraisemblable l'existence d'un intérêt digne de protection. (al. 4; voir aussi art. 958e, al. 2 CO).

*Art. 717, titre marginal et al. 1<sup>bis</sup> Devoirs de diligence et de fidélité; en général*

Outre le devoir de diligence général de l'art. 717, al. 1, CO, le nouvel al. 1<sup>bis</sup> impose explicitement au conseil d'administration et aux personnes qui s'occupent de la gestion un devoir de diligence lorsqu'ils fixent les indemnités. Il les oblige à veiller à ce que les indemnités soient fixées non seulement en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme, mais aussi en adéquation avec les tâches, la prestation et la responsabilité du bénéficiaire de l'indemnité.

L'al. 1<sup>bis</sup> précise que le conseil d'administration et les personnes qui s'occupent de la gestion peuvent devoir faire face à une action en responsabilité s'ils ont commis une négligence lors de la fixation des indemnités au préjudice de la société. Des indemnités accordées aux cadres supérieurs conformément aux pratiques du marché qui, faute d'être en disproportion manifeste avec la contre-prestation effectuée, ne peuvent pas faire l'objet d'une action en restitution au sens de l'art. 678, al. 1, AP-CO pourraient donc tout de même engager la responsabilité du conseil d'administration si elles n'étaient pas fixées en considération de la situation économique de l'entreprise ou de sa prospérité à long terme ou si elles n'étaient pas en adéquation avec les tâches, la prestation et la responsabilité du bénéficiaire.

Le critère de la situation économique veut que les indemnités soient fixées en fonction de la marche des affaires (les facteurs à retenir sont, entre autres, la couverture du capital, le taux d'endettement, la situation bénéficiaire ou la marge brute d'autofinancement). Les indemnités sont fixées compte tenu des succès et des échecs de l'entreprise dans une proportion équilibrée.

Le renvoi à la situation économique de l'entreprise dans le cadre du devoir de diligence en matière d'indemnités n'est pas en contradiction avec l'abandon de ce critère pour l'action en restitution de prestations (art. 678, al. 1, AP-CO). L'objet de l'art. 678 est la protection de l'actif social, lequel doit être défendu contre les prélèvements occultes de bénéfices et de capital, quelle que soit la situation économique de l'entreprise. En revanche, l'objet de l'art. 717, al. 1<sup>bis</sup>, AP-CO est d'obliger le conseil d'administration et les personnes qui s'occupent de la gestion à faire preuve de diligence lorsqu'ils fixent les indemnités, cas dans lequel il est logique de tenir compte de la situation économique de l'entreprise.

La notion de prospérité de l'entreprise à long terme n'est pas nouvelle dans le droit suisse (art. 960e, al. 3, ch. 4, CO). Dans le contexte du devoir de diligence en matière de fixation des indemnités, elle exprime le fait que la politique de rémunération ne doit pas entraîner une course aux bénéfices à court terme mais qu'elle devrait, au contraire, favoriser la constance des bénéfices, dans l'intérêt à plus long terme de la société.

Le conseil d'administration et les tiers qui s'occupent de la gestion disposent d'une marge d'appréciation lors de la fixation des indemnités. Ces dernières ne doivent pas être figées en fonction d'indices économiques. On peut ainsi imaginer des situations où, malgré une situation économique difficile, il serait judicieux d'offrir des salaires attractifs afin de retenir ou de pouvoir recruter des cadres ou des spécialistes hautement qualifiés.

Quant au critère de l'adéquation de l'indemnité avec les tâches, la prestation et la responsabilité de son destinataire, il exprime le fait que la diligence requise ne saurait être appréciée uniquement en fonction de facteurs relevant de la situation générale de la société; elle doit tenir compte des performances individuelles de celui qui reçoit l'indemnité. Les indemnités ne doivent pas être fixées arbitrairement en cas de bonne conjoncture et de bonnes perspectives de la société, sans être justifiées par les tâches, les prestations et les responsabilités assumées par leurs bénéficiaires. Ce critère supplémentaire rend superflu tout plafonnement des indemnités, absolu ou relatif, par l'Etat (par ex. une indemnité maximale d'un million de francs, ou bien un rapport maximal de 1 à 20 entre la plus forte et la plus faible indemnité), comme certains l'ont réclamé (voir toutefois art. 626, al. 2, ch. 3, AP-CO, quant à l'amélioration de la transparence).

L'idée d'une indemnité convenable n'est pas une nouveauté dans le droit suisse des sociétés. Ce critère a été utilisé dans l'art. 679 aCO<sup>285</sup> et subsiste à ce jour pour les sociétés coopératives, à l'art. 904 CO. Le montant convenable n'est pas un montant absolu, il doit être apprécié, dans chaque cas, en fonction des tâches, de la prestation et de la responsabilité du bénéficiaire de l'indemnité<sup>286</sup>.

Le devoir de diligence en matière d'indemnités, tel qu'il est défini à l'al. 1<sup>bis</sup>, ne signifie pas qu'il est possible d'établir les rémunérations qui ne sont pas fixées par le conseil d'administration ou par des personnes chargées de la gestion sans observer la diligence requise et à l'encontre des intérêts de la société.

L'art. 717, al. 1<sup>bis</sup>, a déjà été prévu dans le contre-projet à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» du 16 mars 2012<sup>287</sup> (voir point 1.1.6.2). Le Conseil fédéral n'a pas pu préciser le devoir de diligence dans l'ORAb, car l'art. 95, al. 3, Cst. ne lui conférerait pas une compétence suffisante à cette fin (voir point 1.3.4.1).

#### *Art. 717a Conflits d'intérêts*

Cette disposition innove en matière de gestion des conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration, contribuant ainsi à une meilleure gouvernance. En l'absence de règles spécifiques dans le droit en vigueur, les intéressés se réfèrent aujourd'hui, pour résoudre ce type de problèmes, aux dispositions sur l'obligation de fidélité des membres du conseil d'administration (art. 717, al. 1, CO) et dans le domaine du travail et des rapports de travail (art. 321a et 398, al. 1, CO). L'al. 1 prévoit donc explicitement que les membres du conseil d'administration doivent

<sup>285</sup> RO 1937 185, 216 et 344; en vigueur jusqu'au 30 juin 1992.

<sup>286</sup> Voir WOLFHART BÜRGI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, b/1, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697), Zurich 1957, Art. 679 aOR n°9.

<sup>287</sup> Voir <http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2010/20100443/Texte%20pour%20la%20votation%20finale%201%20NS%20F.pdf> (p. 8).

informer le président du conseil d'administration sans retard et de manière complète lorsqu'ils se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts (par ex. lorsqu'un membre entretient des rapports étroits avec un tiers qui entre en affaires avec la société).

L'al. 2 prévoit qu'en cas de conflit d'intérêts, le président du conseil d'administration s'adresse au vice-président et, en l'absence de cette fonction au sein de la société, au conseil d'administration.

Selon la nature et les conséquences potentielles du conflit d'intérêts pour la société, le président (al. 1) ou le vice-président (al. 2) informe les autres membres du conseil d'administration, ce qui est le cas en règle générale. Le règlement d'organisation peut imposer au président l'obligation de notifier au conseil d'administration tous les conflits d'intérêts dont il a connaissance.

En vertu de l'al. 3, le conseil d'administration ou le (vice-)président est tenu d'adopter les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société<sup>288</sup>. Il va de soi que le membre visé ne peut prendre part à la décision le concernant sur l'opportunité de prendre des mesures. La récusation du membre concerné peut porter sur l'examen de l'objet et sur la décision ou, dans les cas moins sérieux, uniquement sur la décision. Si la personne est par exemple la seule qui dispose de connaissances suffisantes pour porter un jugement pertinent sur l'affaire, sa participation aux délibérations peut s'avérer nécessaire et elle ne devra se récuser que pour le vote. Lorsque le président ou le vice-président n'a pas dû informer les autres membres du conseil d'administration, il doit prendre lui-même les mesures selon l'al. 3.

Si le conseil d'administration a délégué entièrement ou en partie la gestion de la société, le règlement d'organisation doit fixer les règles applicables en cas de conflits d'intérêts (voir art. 716b, al. 2, ch. 4, AP-CO). Le conseil d'administration doit donc adopter des procédures claires et participer activement à la résolution des conflits.

Il n'en reste pas moins qu'en vertu de l'obligation de fidélité prévue par le droit de la SA (art. 717 CO), les membres du conseil d'administration et de la direction sont tenus d'éviter, dans la mesure du possible, l'apparition de conflits d'intérêts.

Sur la base de l'art. 754 CO, ils répondent du préjudice qu'il cause à la société en cas de mauvaise gestion d'un conflit d'intérêts. Cela s'applique également aux membres du conseil d'administration qui, ayant connaissance d'un conflit d'intérêts, n'entreprennent aucune mesure, en dépit de l'art. 717a, al. 3, AP-CO.

*Art. 718 Titre marginal*

*Représentation; en général*

La numérotation change en raison de la nouvelle systématique de la loi.

<sup>288</sup> Voir BÖCKLI PETER, HUGUENIN CLAIRE ET DESSEMONTET FRANÇOIS, *Le Gouvernement d'entreprise, Rapport du Groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme*, Lausanne 2004, p. 208 s.

## 2.1.32 Responsabilité pour les organes

*Art. 722 Responsabilité pour les organes*

Le titre marginal fait l'objet d'une rectification: en effet, il ne s'agit pas de la responsabilité des organes, mais de la responsabilité de la société pour les organes (art. 55 CC<sup>289</sup>) et pour les personnes autorisées à représenter la société. Cependant, rien ne change quant au fond.

## 2.1.33 Menace d'insolvabilité, perte de capital et surendettement

Les dispositions actuelles concernant la perte de capital et le surendettement de la société font l'objet d'un remaniement global. Des indicateurs supplémentaires de difficultés économiques et le fait de recourir par étapes à des instances externes visent à ce que le conseil d'administration prenne les mesures d'assainissement plus tôt qu'actuellement. Ces mesures devront être prises en complément des instruments d'assainissement prévus par la nouvelle réglementation de la procédure concordataire ou avant le recours à ces instruments.

*Art. 725 Menace d'insolvabilité*

L'art. 725 porte sur la menace d'insolvabilité, l'élément principal du système d'alerte précoce évoqué ci-dessus (voir point 1.3.7.1), et sur les obligations d'agir qui en découlent.

La planification financière fait partie des tâches intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration (voir art. 716a, al. 1, ch. 3, AP-CO). Le nouvel art. 725 renforce cette obligation face à des problèmes de liquidités imminents, en complétant la planification par des obligations d'agir explicites, dont l'accomplissement efficace devra être surveillé de près. L'art. 725, placé avant les règles concernant la perte de capital et le surendettement, est l'élément clé de la nouvelle réglementation relative à l'assainissement.

Il y a insolvabilité au sens de l'al. 1 lorsque le débiteur ne dispose ni de liquidités pour acquitter ses dettes échues à long terme, ni du crédit nécessaire pour se procurer ces liquidités<sup>290</sup>. S'il n'est incapable de s'acquitter d'une dette dans le délai prévu à cette fin qu'une seule fois, cela ne constitue pas une raison suffisante<sup>291</sup>. La crainte d'insolvabilité est notamment fondée lorsqu'il y a de plus en plus d'indices que la société ne sera pas à même de remplir ses obligations de paiement durant les douze prochains mois, que ce soit en raison d'événements particuliers ou de changements structurels dans l'environnement entrepreneurial. Les douze mois correspondent à la période déterminante pour la continuation de l'exploitation selon le droit comptable (art. 958a CO).

Innovations importantes concernent les conséquences juridiques ou les obligations: la menace d'insolvabilité déclenchera en premier lieu l'obligation du conseil d'administration d'établir un plan de trésorerie (al. 1 à 3); l'assemblée générale ne doit être convoquée que dans une deuxième phase (al. 4).

<sup>289</sup> RS 210

<sup>290</sup> ATF 111 II 206

<sup>291</sup> ATF 109 II 78

Le plan de trésorerie selon l'al. 2 est un tableau des flux de trésorerie au sens de l'art. 961*b* CO, mais il comprend des éléments prospectifs. Il fait apparaître aussi bien l'état que les fluctuations prévisibles de la trésorerie de l'entreprise par suite des encaissements et des décaissements liés aux activités d'exploitation, d'investissements et de financement. A la différence du plan de trésorerie selon la nouvelle réglementation de la procédure concordataire, on définit une période de douze mois, ce qui n'exclut pas que le plan de trésorerie établi au sens de cet article puisse être utilisé aussi pour motiver la requête de sursis concordataire selon l'art. 293 LP.

Conformément à l'al. 1, il doit être intégré dans une évaluation globale de la situation économique de l'entreprise (voir art. 958 CO), qui peut mettre en évidence des raisons sérieuses d'admettre le surendettement au sens de l'art. 725*b* AP-CO. Le conseil d'administration devra alors s'acquitter des obligations prévues dans cet article.

Le plan de trésorerie peut comprendre les mesures d'assainissement décidées ou envisagées par le conseil d'administration dans l'exercice de ses compétences (art. 716, al. 1, CO) et les effets escomptés de ces mesures. Il est donc implicitement posé que conseil d'administration prend déjà les mesures à ce moment-là. En outre, il est libre de convoquer une assemblée générale, notamment lorsque les mesures d'assainissement nécessaires ou souhaitées sont soumises à l'approbation de l'assemblée générale (par ex. augmentation ordinaire du capital-actions).

S'il résulte du plan de trésorerie qu'il n'existe aucune menace d'insolvabilité, le conseil d'administration le soumet, en vertu de l'al. 3, à un réviseur agréé, par exemple à l'organe de révision de la société. La notion de réviseur agréé doit être interprétée selon l'art. 727*a* s. CO. Le réviseur agréé ou l'organe de révision doit examiner l'exactitude des données relatives à la fortune et la plausibilité des hypothèses concernant l'avenir. L'examen de la plausibilité vise à exclure tout plan de trésorerie se fondant sur des hypothèses trop optimistes avancées par le conseil d'administration pour prévenir l'insolvabilité.

S'il résulte du plan de trésorerie qu'il existe une menace d'insolvabilité ou si le réviseur agréé ne confirme pas la plausibilité du plan de trésorerie, le conseil d'administration convoque selon l'al. 4 une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement. S'il apparaît, avant même l'examen par le réviseur agréé ou par l'organe de révision, que la menace d'insolvabilité ne peut être parée, le conseil d'administration doit immédiatement convoquer une assemblée générale, comme sous la législation actuelle, et lui proposer des mesures d'assainissement, notamment celles qui sont soumises à l'approbation de l'assemblée générale. Lorsque les mesures proposées sont insuffisantes ou qu'elles sont rejetées, il y a lieu d'examiner l'application de l'art. 725*b*. En outre, l'introduction de la procédure concordataire selon l'art. 293 LP (al. 6) peut être opportune en tout temps.

Les procédures d'assainissement sont urgentes et les acteurs doivent agir vite. Vu la diversité des cas de figure (taille de l'entreprise, appartenance à un groupe, complexité des mesures à prendre, etc.), on renonce à prescrire des délais fixes pour les obligations précitées. En revanche, l'al. 5 impose au réviseur agréé ou à l'organe de révision et au conseil d'administration l'obligation d'agir avec célérité. En référence à la pratique développée par le Tribunal fédéral en matière d'ajournement de la faillite, il est envisageable de laisser au conseil d'administration le temps nécessaire pour élaborer les mesures et les soumettre à l'assemblée générale, à condition qu'il existe des raisons sérieuses d'admettre que ces mesures seront efficaces et suffisantes.

Aucun autre retard ne peut être toléré et le conseil d'administration doit comme jusque'à présent agir avec célérité. L'obligation de célérité prévue à l'al. 5 revêt une importance particulière en cas de surendettement ultérieur (voir art. 725b AP-CO), car sa violation peut déclencher la responsabilité du conseil d'administration.

Au lieu de procéder selon les al. 1 à 4, le conseil d'administration peut demander le sursis concordataire en vertu de l'al. 6 (art. 293, let. a, LP). La requête doit également être accompagnée d'un plan de trésorerie (art. 293, al. 1, LP), qui toutefois ne doit pas être vérifié. La nomination du commissaire et la publication permettent en effet de préserver les intérêts des créanciers au moins dans la même mesure que la procédure selon les al. 1 à 4. Un créancier peut également requérir le sursis concordataire (art. 293, let. b, LP), ce qui ne veut pas dire que le conseil d'administration est exempté de ses obligations prévues par le CO, à moins qu'il s'associe à la requête. Si le juge est informé en cas de surendettement, les obligations selon les al. 1 à 4 sont caduques.

#### *Art. 725a Perte de capital*

L'al. 1 mentionne d'autres indicateurs d'alerte relatifs pour l'essentiel au capital. Le projet s'inspire de la réglementation éprouvée<sup>292</sup> tout en la complétant par une liste en vue d'une action rapide du conseil d'administration.

La perte de capital déterminante passe en vertu du ch. 1 de la moitié à un tiers du capital-actions et des réserves légales, de sorte que cet indicateur intervient plus tôt que celui prévu par le droit en vigueur (art. 725, al. 1, CO). Le ch. 2 introduit un nouvel indicateur: la diminution rapide du capital propre causée par une perte annuelle élevée. Le ch. 3, également nouveau, mentionne des pertes subies trois années consécutives. Les indicateurs selon l'al. 1 sont tirés des comptes annuels établis en bonne et due forme (art. 958 ss CO).

Chacun des trois cas de figure prévus par l'al. 1 déclenche les obligations selon l'art. 725 AP-CO (établissement et, le cas échéant, vérification d'un plan de trésorerie et évaluation globale de la situation économique de l'entreprise de même que, éventuellement, convocation d'une assemblée générale). En effet, les cas de figure que les indicateurs précités permettent d'identifier correspondent souvent à des difficultés de liquidités ou de capitalisation.

L'al. 2 prévoit de plus que, si la société ne dispose pas d'organe de révision, elle doit charger un réviseur agréé d'effectuer au moins un contrôle restreint des derniers comptes annuels, afin de s'assurer qu'elle n'enjolive pas sa situation économique.

La référence à l'art. 725 AP-CO comprend l'obligation d'agir avec célérité incombant au conseil d'administration et au réviseur agréé ou à l'organe de révision (voir art. 725, al. 5, AP-CO).

Les actionnaires sont libres de fixer dans les statuts des indicateurs supplémentaires pour l'adoption des mesures d'assainissement ou des règles plus strictes que les conditions légales. Elles peuvent par exemple prévoir l'obligation d'intervenir lorsqu'un quart du capital-actions et des réserves légales n'est plus couvert. En revanche, il n'est pas permis d'assouplir les indicateurs fixés aux art. 725 et 725a AP-CO par le biais de dispositions statutaires.

<sup>292</sup> Voir notamment les indicateurs cités dans l'ATF 132 III 572 s., consid. 5.1.

*Art. 725b Surendettement*

L'art. 725b AP-CO porte sur l'endettement et correspond dans une large mesure à l'actuel art. 725 CO.

D'une manière générale, une situation et une procédure visées aux art. 725 ou 725a AP-CO précèdent l'apparition de circonstances relevant de l'art. 725b, mais ce n'est pas toujours le cas. Il peut être nécessaire d'examiner l'existence du surendettement avant que les obligations selon les art. 725 et 725a soient déclenchées. Certes, les trois articles sont étroitement liés quant au fond, mais les obligations qui en découlent sont indépendantes d'un cas à l'autre.

L'al. 1 correspond pour l'essentiel à l'art. 725, al. 2, CO en vigueur. La 2<sup>e</sup> phrase concerne le cas particulier dans lequel un bilan intermédiaire à la valeur de liquidation est suffisant (art. 958a, al. 2, CO). Les références aux «bilans intermédiaires» faites dans les alinéas subséquents de cet article visent, pour ce cas particulier, uniquement le bilan intermédiaire à la valeur de liquidation.

Conformément à l'al. 2, le conseil d'administration doit charger un réviseur agréé ou l'organe de révision de contrôler les bilans intermédiaires.

Selon l'al. 3, l'information du tribunal n'est obligatoire qu'en cas de surendettement. L'appel au juge peut se faire sous la forme d'une requête de sursis concordataire (définitif ou provisoire) ou d'une demande d'ouverture de la faillite. L'insolvabilité n'est par contre pertinente qu'en ce qui concerne les conséquences de l'art. 725 AP-CO, mais elle aboutit régulièrement aux mesures d'exécution forcée de la part des créanciers et, en dernier lieu, à une procédure de sursis concordataire ou de faillite.

Selon l'al. 4, l'ajournement, prévu dans le droit en vigueur et complété par de nouvelles dispositions ou précisions proposées dans le projet de 2007 (exigence de l'ajournement des intérêts pour une durée précisée), permet en vertu du ch. 1 de renoncer à l'information du tribunal (voir aussi art. 757, al. 4, AP-CO). Les créances de rang inférieur concernées, relevant de l'art. 959a, al. 3, CO, doivent apparaître séparément dans le bilan.

Le ch. 2 prévoit une nouvelle disposition permettant de différer l'information du tribunal, à condition que des exigences strictes soient respectées:

- il existe des raisons sérieuses d'admettre qu'il est possible de supprimer le surendettement en temps utile<sup>293</sup>; et
- il existe de plus des raisons sérieuses d'admettre que le surendettement ne s'aggrave pas sensiblement durant la période concernée.

Ce n'est que si ces conditions cumulatives sont réunies que les intérêts des créanciers ne sont pas menacés. Une entreprise en surendettement ne devrait toutefois pas pouvoir participer indéfiniment aux transactions juridiques même si ces conditions sont remplies. Un délai de 90 jours est donc prévu. S'il apparaît que ce délai est insuffisant ou que le surendettement s'aggrave sensiblement, il ne peut plus être renoncé à l'avis de surendettement. Le conseil d'administration peut alors demander un sursis concordataire (provisoire) afin de terminer l'assainissement avec l'assistance d'un commissaire.

<sup>293</sup> ATF 116 II 533, consid. 5a; ATF 132 III 564 consid. 5.1; arrêt 4C.366/2000 du 19 juin 2001, consid. 4b.

Si la société ne dispose pas d'un organe de révision, il appartient selon l'al. 5 au réviseur agréé de procéder aux avis obligatoires qui incombent à l'organe de révision chargé du contrôle restreint. Cette disposition correspond pour l'essentiel à l'art. 725, al. 3, CO en vigueur.

Comme dans les cas de la menace d'insolvabilité et de la perte de capital, le conseil d'administration et le réviseur agréé ou l'organe de révision doivent agir avec célérité en vertu de l'al. 6 (voir art. 725 AP-CO).

Lorsque l'art. 725b s'applique en vertu d'un renvoi prévu dans les dispositions relatives à la Sàrl (voir art. 820, al. 1, AP-CO) ou à la société coopérative (voir art. 903, AP-CO), les versements supplémentaires qui sont encore dus à court terme (jusqu'à l'échéance du délai de 90 jours) peuvent être pris en compte, toujours à condition que les versements supplémentaires, seuls ou combinés avec les autres mesures d'assainissement, soient suffisants pour éliminer le surendettement. En cas d'incertitude, il est indiqué de demander un sursis concordataire (provisoire). Si l'avis de surendettement a déjà été déposé, l'art. 173a LP peut s'appliquer.

#### *Art. 725c Réévaluation*

Les al. 1 et 2 de l'art. 725c conservent la teneur de l'art. 670 CO et de l'art. 671b CO. A certaines conditions, les immeubles ou les participations peuvent donc toujours être réévalués. Il est renoncé à supprimer cette mesure d'assainissement du bilan, comme le prévoyait encore le projet de 2007<sup>294</sup>, en raison des arguments bien fondés qui ont été avancés contre cette suppression<sup>295</sup>; en outre, les règles relatives à la menace d'insolvabilité ont été renforcées (voir art. 725 AP-CO).

Selon l'al. 2, la réévaluation n'est autorisée que si un réviseur agréé ou l'organe de révision atteste à l'intention de l'assemblée générale que les conditions légales sont remplies. Le montant de la réévaluation doit en outre figurer séparément dans la réserve légale issue du bénéfice (art. 959a, al. 2, ch. 3, let. c, CO) comme réserve de réévaluation.

Ces dispositions sont applicables tant au surendettement (voir art. 725b) qu'à la perte de capital (voir art. 725a, al. 1, ch. 1).

A l'instar du droit en vigueur, l'al. 3 prévoit que la réserve de réévaluation ne peut être dissoute qu'à certaines conditions. La transformation en capital-actions (nominal) comprend à cet égard la transformation en capital-participation (nominal).

#### *Art. 726, titre marginal Révocation et suspension*

La numérotation change en raison de la nouvelle systématique de la loi.

<sup>294</sup> Voir message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407 1477.

<sup>295</sup> Voir LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrechts, Bâle 2013, n° 662 ss.



## 2.1.34 Attributions et organisation de l'organe de révision

*Art. 727, al. 1, ch. 1, let. c, et ch. 3* Obligation de révision; contrôle ordinaire

Cette modification ne concerne que la version française: l'expression « comptes de groupe » est remplacée par l'expression « comptes consolidés ».

*Art. 727a, al. 2* Contrôle restreint

L'al. 2 prévoit expressément que la société ne peut renoncer au contrôle restreint lorsque ses statuts contiennent des dispositions sur la marge de fluctuation du capital (voir art. 653s AP-CO) ou sur les dividendes intermédiaires (voir art. 675a AP-CO), deux institutions qui sont difficiles sur le plan juridique et potentiellement délicates pour les créanciers.

*Art. 728, al. 6* Contrôle ordinaire; indépendance de l'organe de révision

Le libellé de l'art. 728, al. 6, est adapté aux nouvelles dispositions relatives à l'obligation d'établir des comptes consolidés (art. 963, al. 1 et 2, CO). Le principe du contrôle remplace en outre le principe de direction<sup>296</sup>. Le fait de contrôler suffit pour que l'indépendance de l'organe de révision soit restreinte en apparence (art. 728, al. 1, CO).

*Art. 728a, al. 1, ch. 4* Attributions de l'organe de révision

Selon le droit actuel, les indemnités doivent être publiées dans l'annexe au bilan (annexe aux comptes annuels) (art. 663<sup>bis</sup> CO). Cette annexe faisant partie des comptes annuels en vertu de l'art. 958, al. 2, CO, l'organe de révision vérifie aussi que les indications concernant les indemnités sont conformes à la loi, aux statuts et au référentiel comptable choisi (art. 728a, al. 1, ch. 1 CO)<sup>297</sup>.

Les art. 734 ss AP-CO ont pour effet de transférer les informations concernant les indemnités de l'annexe aux comptes annuels dans le nouveau rapport de rémunération. Il faut donc adapter formellement les attributions de l'organe de révision quant à la vérification du rapport de rémunération. C'est la raison pour laquelle l'art. 728a, al. 1, ch. 4 prévoit que l'organe de révision d'une société coté doit vérifier si le rapport de révision est conforme à la loi et aux statuts, ce qu'elle doit d'ores et déjà faire pour les comptes annuels et l'utilisation du bénéfice résultant du bilan. Un autre traitement de la vérification du rapport de rémunération quant au fond et quant à la forme ne serait pas pertinent. Par ailleurs, rien ne change sur le plan matériel si l'on se réfère à l'art. 17 ORAb<sup>298</sup>. L'organe de révision doit vérifier si le rapport de rémunération est complet et si les informations qu'il contient sont exactes.

<sup>296</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407 1543.

<sup>297</sup> Voir Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, vol. 1, Zurich 2009, p. 292 s.; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zurich 2014, p. 88.

<sup>298</sup> Voir Rapport additionnel du 8 octobre 2013 sur le projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb), p. 9.

Si les indications concernant les indemnités versées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif sont inexactes, l'organe de révision devra généralement en informer l'assemblée générale, puisque cela constitue une violation grave selon l'art. 728c, al. 2, ch. 1, CO. L'indication de données incomplètes ou erronées dans le rapport de rémunération biaise la formation de l'opinion de l'assemblée générale et porte ainsi atteinte au droit de codécision des actionnaires inscrit à l'art. 735 AP-CO<sup>299</sup>.

*Art. 729 Rectification du titre marginal concernant le contrôle restreint*

Le titre marginal actuel de l'art. 729 comprend le terme «*review*», introduit dans le cadre du nouveau droit de la révision entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008<sup>300</sup>. Ce terme induit en erreur, car il ne se réfère pas, dans la pratique, au contrôle restreint, mais à un examen plus limité des comptes et d'autres éléments, par exemple des budgets<sup>301</sup>. Afin de prévenir tout malentendu supplémentaire, le terme «*review*» est biffé. En outre, le nouveau libellé de l'art. 729 indique clairement que le contrôle restreint n'est pas seulement un examen limité dit *review* (voir aussi commentaire de l'art. 960f). Cette précision ne change rien quant au fond de l'art. 729 et aux exigences concernant le contrôle restreint (art. 729a ss CO).

## **2.1.35 Rémunérations dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse**

*Art. 732 Champ d'application*

Le chapitre IV s'appliquait jusqu'à présent à la réduction du capital-actions (art. 732 à 735 CO), qui relève désormais des art. 653j ss. A la suite de ce déplacement, le chapitre IV contient les dispositions détaillées relatives aux rémunérations dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse. Cette réglementation concrétise des aspects essentiels des règles contraignantes de l'art. 95, al. 3, Cst. Elle reprend en grande partie les dispositions correspondantes de l'ORAb, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014.

Conformément à l'al. 1, le chapitre IV s'applique aux sociétés dont toutes les actions ou une partie d'entre elles sont cotées en bourse. Le champ d'application recouvre donc en principe celui de l'art. 1 ORAb. Peu importe que les actions soient liées ou partiellement ou entièrement libérées, cotées en Suisse ou à l'étranger ou encore, qu'il s'agisse d'actions au porteur ou d'actions nominatives. Par souci de clarté, relevons que les art. 732 ss AP-CO ne sont applicables qu'aux sociétés selon les art. 620 ss CO. Les

<sup>299</sup> Voir WATTER/MAIZAR, art. 728c n° 22, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

<sup>300</sup> Message du 23 juin 2004 concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF **2004** 3745, 3769.

<sup>301</sup> Voir Treuhand-Kammer, Schweizer Prüfungsstandard 910, Review (prüfende Durchsicht) von Abschlüssen, éd. de 2013; Treuhand-Kammer, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Eingeschränkte Revision», Zurich 2013, p. 3; SPR-MARTIN HÜRZELER, § 7 n° 103, in: Roland von Büren/Christine Chappuis/Daniel Girsberger/Ernst A. Kramer/Thomas Sutter-Somm/Sibylle Hofer/Wolfgang Wiegand/Stephan Wolf, Schweizerisches Privatrecht, Bâle 2014; PETER BÖCKLI, Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, Zurich 2007, n° 456.

sociétés par actions ne sont donc pas concernées lorsque les éléments essentiels de leur organisation sont réglés par une loi spéciale (par ex. Banque nationale suisse<sup>302</sup>) et qu'ils ne sont pas réglés plus ou moins par un renvoi aux art. 620 ss CO (par ex. entreprise fédérale de télécommunication, Swisscom SA<sup>303</sup>). L'art. 763 CO exclut l'application des dispositions concernant les SA aux établissements de droit public. En outre, le champ d'application n'englobe pas les sociétés dont seuls les bons de participations sont cotés. Cela correspond à l'art. 95, al. 3, Cst., qui mentionne certes les «sociétés anonymes suisses cotées en bourse», mais qui vise en premier lieu à renforcer les droits des actionnaires<sup>304</sup>. C'est pourquoi l'application contraignante des art. 732 ss AP-CO ne concerne que les actions, c'est-à-dire des valeurs mobilières à droit de vote. Rien ne change à cet égard lorsque les statuts, en application de l'art. 656c, al. 1 et 2 CO, confèrent aux participants un ou plusieurs droits associés au droit de vote.

En Suisse, on entend par bourse toute organisation de commerce de valeurs mobilières qui vise l'échange simultané d'offres entre plusieurs négociants ainsi que la conclusion d'opérations (art. 2, let. b, LBVM). Même si le droit étranger règle les bourses de manière autonome, la définition suisse doit être appliquée par analogie aux notions étrangères de bourse. Seules les institutions réglementées par la loi et reconnues correspondant à la définition de l'art. 2, let. b, LBVM sont pertinentes en ce qui concerne les obligations visées au chapitre IV<sup>305</sup>. Autrement, le législateur étranger voire des acteurs privés pourraient exercer une influence directe sur le champ d'application des art. 732 ss AP-CO.

Selon l'art. 2, let. c, LBVM, on entend par «cotation» l'admission au négoce sur le marché principal ou sur le marché annexe. La notion de cotation en bourse ne se réfère qu'à une cotation faite à l'initiative de la société.

L'al. 2 permet aux sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse de prévoir dans leurs statuts que ce chapitre est applicable entièrement ou en partie. Des dispositions statutaires peuvent ainsi imposer au conseil d'administration l'obligation d'établir un rapport de rémunération ou habiliter l'assemblée générale à voter sur les rémunérations.

#### *Art. 733 Comité de rémunération*

Selon l'al. 1, toute société dont les actions sont cotées en bourse doit disposer d'un comité de rémunération. Un comité est une «réunion de personnes prises dans un corps plus nombreux (assemblée, société...) pour s'occuper de certaines affaires»<sup>306</sup>. C'est pourquoi il ne peut pas être composé de tous les membres du conseil d'administration à la fois. Une seule personne ne peut pas non plus constituer un comité.

<sup>302</sup> Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (loi sur la Banque nationale, LBN, RS **951.11**).

<sup>303</sup> Loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (Loi sur l'entreprise de télécommunications, LET, RS **784.11**).

<sup>304</sup> Voir GesKR-Kommentar VegüV-HANS-UELI VOGT, Art. 1 n° 19 m. w. H., in: Gerhard, Frank/, Maizar, Karim/Spillmann, Till/Wolf, Matthias, Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, GesKR-Kommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Zurich 2014.

<sup>305</sup> Voir ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, art. 727 n° 9, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

<sup>306</sup> Le Grand Robert électronique, Paris, 1994.

L'assemblée générale ne peut élire au comité de rémunération que des membres du conseil d'administration. L'al. 2 prévoit que chaque membre est élu individuellement.

La durée des fonctions s'achève à la fin de l'assemblée générale ordinaire suivante et la réélection est possible (al. 3).

Ces trois alinéas concrétisent les dispositions de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst.

Compte tenu des différents besoins des sociétés, nous renonçons volontairement à prescrire des exigences en matière d'éligibilité pour les membres du comité de rémunération, comme c'est déjà le cas dans le cadre de l'ORAb. A cet égard, le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise d'ECONOMIESUISSE peut servir de guide en matière de bonne gouvernance. Il prévoit notamment que les membres du conseil de rémunération doivent être indépendants<sup>307</sup>, afin d'éviter des conflits d'intérêts lors de la fixation des indemnités et de renforcer la crédibilité des membres auprès des actionnaires.

Lorsque le comité de rémunération n'est pas complet, le conseil d'administration peut, en vertu de l'al. 4, remédier à cette carence dans l'organisation sans le concours de l'assemblée générale, sous réserve de dispositions statutaires contraires. Bien entendu, le conseil d'administration doit alors respecter les dispositions légales et statutaires relatives à l'éligibilité (membres du conseil d'administration, règles relatives à l'indépendance, etc.).

Les membres du comité de rémunération auront exactement les mêmes droits qu'en leur qualité de membres du conseil d'administration, par exemple le droit aux renseignements et à la consultation (art. 715a CO). Dans la mesure où cela est nécessaire à l'accomplissement de ses tâches, chaque membre du conseil de rémunération pourra demander la production et une explication détaillée de dossiers (par ex. contrats de travail) ou de livres (par ex. documents comptables).

Les tâches et les compétences du comité de rémunération devront être inscrites dans les statuts (al. 5), qui pourront par exemple prévoir que le comité de rémunération a une pleine compétence de décision, une compétence de décision sous réserve d'approbation de l'ensemble du conseil d'administration, ou encore une simple compétence de proposition<sup>308</sup>. L'al. 5 garantit ainsi le droit de codécision des actionnaires tout en permettant la mise en place de solutions flexibles, adaptées à chaque situation. Les modalités relatives au comité de rémunération doivent être fixées dans le règlement d'organisation (voir art. 716b, al. 2, ch. 1, AP-CO) et accessibles aux actionnaires (voir art. 716b, al. 4, AP-CO).

#### *Art. 734 Rapport de rémunération; en général*

Jusqu'à présent, les indemnités versées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ne devaient pas être indiquées dans un rapport spécial, mais dans l'annexe au bilan (annexe aux comptes annuels) (art. 663b<sup>bis</sup>, CO). Les sociétés devront désormais les indiquer, par souci de transparence, dans un

<sup>307</sup> ECONOMIESUISSE, Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, Zurich 2007, annexe 1, point 2.

<sup>308</sup> Voir Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, Zurich 2007, annexe 1, point 1. Il est également possible de combiner ces modèles (par ex. le comité de rémunération propose au conseil d'administration la rémunération du président du conseil d'administration et du CEO, mais détermine lui-même celle de tous les autres membres du conseil d'administration et de la direction).

rapport de rémunération à part, qui est également soumis au contrôle de l'organe de révision (voir art. 728a, al. 1, ch. 4, AP-CO). Ce déplacement permet d'éviter que l'assemblée générale approuve les indemnités lors de l'approbation des comptes annuels (art. 698, al. 2, ch. 4, CO) ou lors de l'approbation des montants globaux des indemnités (voir art. 735 AP-CO). Il permet ainsi de prévenir des votes contradictoires.

Selon l'al. 1, le conseil d'administration doit établir annuellement un rapport de rémunération écrit à l'intention de l'assemblée générale (voir aussi art. 716a, al. 1, ch. 8, AP-CO). Ce rapport, présentant les éléments quantitatifs prévus aux art. 734a à d, ne sert donc pas à l'expression de l'opinion subjective du conseil d'administration sur le système de rémunération de la société (par ex. «indemnités équitables et compétitives»). De telles opinions doivent être évitées ou du moins nettement séparées des indications quantitatives.

L'al. 2 contient plusieurs références aux dispositions du nouveau droit comptable. Celles-ci s'imposent parce que les indemnités ne sont plus présentées dans l'annexe des comptes annuels et que ces dispositions ne sont donc plus automatiquement applicables. L'établissement des comptes est toujours régi en particulier par les principes de régularité (art. 958c CO). A cet égard, l'application de l'importance relative (art. 958e, al. 1, ch. 4, CO) ne signifie pas que les indemnités doivent avoir une importance déterminante pour l'ensemble des dépenses de la société: si c'était le cas, dans les grandes sociétés, une grande partie des indemnités disparaîtrait dans l'ombre des détails sans importance<sup>309</sup>. Rien ne change donc quant au fond par rapport au droit en vigueur<sup>310</sup>. En outre, la référence à l'art. 958d, al. 2, CO précise clairement que le rapport de rémunération doit aussi présenter les chiffres de l'année précédente. Quant à la monnaie et à la langue, l'al. 2 se réfère à l'art. 958d, al. 3 et 4 CO. Par ailleurs, l'art. 958f CO précise notamment qu'un exemplaire imprimé et signé du rapport de rémunération doit être conservé pendant dix ans.

Selon l'al. 3, la communication et la publication du rapport de rémunération et du rapport de l'organe de révision sont régies par les prescriptions relatives au rapport de gestion (art. 696 et 958e, al. 1, CO).

#### *Art. 734a à c Rapport de rémunération; indemnités, prêts et crédits, proches*

Les art. 734a à c règlent en détail la teneur du rapport de rémunération, qui doit être établi par le conseil d'administration. Ces dispositions correspondent en principe à l'art. 663b<sup>bis</sup> CO<sup>311</sup> ou aux art. 14 à 16 ORAb, qui sont entrées en vigueur entre-temps. Il s'agit donc toujours de la déclaration de l'ensemble des indemnités, des prêts et des crédits accordés aux membres actuels et anciens du conseil d'administration (organe supérieur de gestion ou d'administration), de la direction, du conseil consultatif, ainsi qu'aux personnes qui leur sont proches.

Conformément à l'art. 734a, al. 1, ch. 2, AP-CO, la direction est composée des personnes physiques (voir art. 716b AP-CO) auxquelles le conseil d'administration a délégué tout ou partie de la gestion. Comme selon l'art. 663b<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 2, CO, c'est

<sup>309</sup> Voir PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 8 n° 525.

<sup>310</sup> Voir WATTER/MAIZAR, art. 663b<sup>bis</sup> n° 68, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedin Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

<sup>311</sup> Message du 23 juin 2004 relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF 2004 4223 4241 ss.

l'organe subordonné directement au conseil d'administration<sup>312</sup>, soit l'échelon hiérarchique le plus élevé après ce dernier<sup>313</sup>.

Le conseil consultatif est rare dans les sociétés suisses en raison des problèmes juridiques parfois délicats liés aux tâches intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration<sup>314</sup>. Les art. 734a à d CO le mentionnent toutefois explicitement afin de prévenir déjà au niveau de la loi formelle les abus concernant la déclaration tels que le déplacement d'indemnités du conseil d'administration au conseil consultatif. Compte tenu de la diversité des conseils consultatifs possibles et imaginables, il est renoncé à une définition définitive. Une certaine institutionnalisation est cependant nécessaire: le conseil consultatif doit être organisé et avoir un statut défini vis-à-vis de la société et du conseil d'administration. Autrement, les conseillers sollicités même régulièrement par le conseil d'administration n'ont pas qualité de membre du conseil consultatif<sup>315</sup>.

Quelques adaptations de fond par rapport à l'art. 663b<sup>bis</sup> CO s'imposent notamment en relation avec l'art. 95, al. 3, let. b et c, Cst.:

- la référence aux indemnités de départ, qui sont interdites à l'art. 735c, ch. 1, AP-CO, a été supprimée (actuel art. 663b<sup>bis</sup>, al. 2, ch. 5, CO);
- mis à part les prestations en nature, l'art. 734a, al. 2, ch. 3 mentionne les prestations de services, mais cela ne constitue pas une extension du champ matériel du rapport de rémunération, puisque l'énumération actuelle n'est pas non plus exhaustive (voir la phrase introductive de l'art. 663b<sup>bis</sup>, al. 2, CO). Tous les compléments salariaux accordés sous forme de prestations en nature ou de prestations de services gratuites ou à prix réduit sont donc toujours pris en considération. Ils sont souvent appelés *fringe benefits* dans la pratique;
- le ch. 5 mentionne expressément les primes d'embauche. A la différence des indemnités de départ, elles ne sont interdites que si elles ne s'inscrivent pas en réparation d'un désavantage financier clairement établi (voir art. 735c, ch. 5, AP-CO);
- le ch. 10 prévoit explicitement que les indemnités liées à une prohibition de faire concurrence doivent être déclarées dans le rapport de rémunération. L'impératif de transparence se justifie en l'occurrence. En effet, les actionnaires doivent disposer d'informations leur permettant d'identifier les indemnités non conformes à la pratique du marché et donc interdites (voir art. 735c, ch. 3, AP-CO);
- conformément à l'art. 734a, al. 3, ch. 3, le montant complémentaire doit être déclaré dans le rapport de rémunération (voir art. 735a AP-CO). Cette déclaration permet aux actionnaires de vérifier si ce montant, qui n'est pas assujéti au vote sur les rémunérations (voir art. 735a, al. 3, AP-CO), n'est pas abu-

<sup>312</sup> Message du 23 juin 2004 relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF 2004 4223 4234.

<sup>313</sup> ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Art. 663b<sup>bis</sup> n° 28, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 8 n° 496 ss.

<sup>314</sup> Voir PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 13 n° 428 ss.

<sup>315</sup> S. ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Art. 663b<sup>bis</sup> n° 18; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

sif. Les actionnaires doivent en outre pouvoir savoir quel membre a reçu quelle part du montant complémentaire global.

En ce qui concerne l'art. 734a, al. 2, ch. 8, qui correspond entièrement à l'actuel art. 663b<sup>bis</sup> al. 2, ch. 8, les prestations issues d'avoirs soumis à la LFLP ne sont pas des indemnités au sens de l'art. 734a: elles ne proviennent pas de la société mais, de l'institution de prévoyance, y compris celles versées aux membres du conseil d'administration. En revanche, les charges de la société imputables à des prestations de prévoyance ont la qualité d'indemnités.

Le contenu de l'art. 663b<sup>bis</sup> CO est en outre réparti entre trois dispositions, ce qui en améliore la lisibilité:

- les al. 1 et 2 correspondent aux al. 1 et 2 de l'art. 734a AP-CO (indemnités);
- l'al. 3 constitue l'art. 734b AP-CO (prêts et crédits);
- en raison de la nouvelle répartition, l'al. 4 doit figurer tant à l'art. 734a qu'à l'art. 734b AP-CO;
- l'al. 5 est repris à l'art. 734c AP-CO (personnes proches).

Les art. 734a, al. 3, ch. 2, et 734b, al. 2, AP-CO prévoient désormais que la déclaration du montant accordé à chaque membre de la direction doit comprendre la mention de son nom et de sa fonction. Il n'est plus justifié d'exiger une déclaration individuelle des membres du conseil d'administration et du conseil consultatif, mais non des membres de la direction, dont les indemnités comptent parmi les plus élevées dans la société. L'art. 95, al. 3, let. a, Cst. confère aux actionnaires des droits de participation impératifs (notamment vote annuel des rémunérations), qui ne peuvent être exercés effectivement vis-à-vis de la direction que si une transparence étendue est garantie. Les membres de la direction ne sauraient cacher leurs rémunérations individuelles derrière l'anonymat de la somme globale. En revanche, le nom des proches ne doit toujours pas être mentionné (art. 734c, al. 2, AP-CO).

L'expression «versées directement ou indirectement» précise qu'une rémunération qui n'a pas été versée par la société elle-même, mais par une autre société du groupe, doit également être déclarée<sup>316</sup>.

L'élément déterminant pour l'obligation de publier les indemnités dans le rapport de rémunération est, comme dans le droit actuel, le moment où celles-ci doivent être portées en compte. Le rapport de rémunération se réfère donc à l'exercice écoulé.

*Art. 734d Rapport de rémunération; fonctions exercées auprès d'autres entreprises*

Conformément à l'al. 1, le rapport de rémunération présente les activités des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif revêtant des fonctions comparables auprès de sociétés suisses ou étrangères à but lucratif (voir art. 626, al. 2, ch. 1, et al. 3, AP-CO).

L'al. 2 prescrit que les indications contiennent le nom des membres, la désignation de l'entreprise et la fonction exercée. Exemple: H. A.: membre du conseil d'administration et du comité de rémunération de N. Ltd.; directeur de S. plc; membre du

<sup>316</sup> Tel était déjà le cas dans le message dans le message du 23 juin 2004 relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF 2004 4223 4241.

conseil de fondation des fondations H. et I.; membre de la direction de A. Sàrl; membre de l'administration et du comité d'audit de la société coopérative G.; membre de conseil d'administration des filiales O. SA, D. SA, E. Sàrl, S. Sàrl et de S. société en commandite de la société coopérative A., où il est aussi membre de l'administration et de la direction du groupe; membre de la direction de l'organisation faitière de l'économie E. L'indication détaillée des fonctions est importante pour que les actionnaires puissent évaluer les éventuels conflits d'intérêts (voir art. 717a AP-CO) et l'emploi du temps approximatif de la personne concernée. La raison de commerce ou le nom doit aussi être indiqué en entier afin que les entreprises puissent être clairement identifiées.

Cette règle de transparence n'est pas prévue dans l'ORAb. Elle s'impose toutefois vu que, dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance, de nombreuses sociétés ont interprété de manière juridiquement discutable l'obligation de fixer dans les statuts le nombre de fonctions admises (voir art. 12, al. 1, ch. 1, ORAb). Les entreprises hésitent manifestement à déclarer à l'assemblée générale le nombre exact de fonctions admises. D'une part, les fonctions occupées dans d'autres groupes sont indiquées comme une seule fonction, même si la personne concernée est engagée comme cadre supérieur dans de nombreuses sociétés ou groupes; d'autre part, les fonctions occupées dans des associations et des fondations ne sont parfois pas prises en compte.

Il n'est toutefois pas prévu de renforcer les dispositions relatives à la base statutaire dans l'avant-projet. En revanche, la transparence étendue en ce qui concerne les fonctions occupées par les personnes concernées en dehors de leur société est garantie aux actionnaires. Se fondant sur ces informations, l'assemblée générale peut mieux évaluer si elle veut adapter la base statutaire de la société et limiter le nombre des fonctions admises. En outre, l'organe de révision contrôle les indications fournies (voir art. 728a, al. 1, ch. 4, AP-CO).

*Art. 734e Rapport de rémunération; représentation des sexes au sein du conseil d'administration et de la direction*

L'art. 734e veut que les sociétés dont les actions sont cotées en bourse doivent donner dans le rapport de rémunération certaines indications sur la composition du conseil d'administration et de la direction si la représentation de l'un des deux sexes est inférieure à 30 %. Elles doivent ainsi mentionner les raisons pour lesquelles la représentation de chaque sexe n'atteint pas au minimum 30 % et les mesures prévues ou déjà prises pour promouvoir le sexe moins bien représenté (principe « comply or explain »). Cette obligation doit être respectée au plus tard dès l'exercice débutant cinq ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit (voir art. 5 des dispositions transitoires de l'AP-CO).

Les grandes sociétés s'efforcent certes depuis quelques années d'élire plus de femmes au sein de leurs conseils d'administration et de leurs directions, mais si l'on considère les 100 plus grandes entreprises suisses, la situation demeure décevante. Selon l'édition 2014 du *Schillingreport*, qui analyse depuis neuf ans la composition des organes de direction et d'administration des plus grandes entreprises suisses, la part des femmes ne représente que 13 % dans les conseils d'administration et 6 % au sein des directions (les chiffres pour 2014 se fondent sur un relevé à la date de



référence du 31 décembre 2013).<sup>317</sup> La pression politique et juridique est donc nécessaire et légitime.

L'objectif de 30 % est un signal clair à l'intention de l'économie, appelée à intensifier ses efforts de promotion active et complète des femmes aux postes de cadre. L'objectif fixé et le délai transitoire de cinq ans, quant à eux, permettent aux sociétés de procéder avec prudence, sans être écrasées par des exigences déraisonnables. L'avant-projet évite d'imposer au conseil d'administration et à la direction une limitation disproportionnée de leur marge de manœuvre tout en garantissant la variété des membres nécessaire compte tenu des activités de l'entreprise et des tâches du conseil d'administration et de la direction, notamment en ce qui concerne l'expérience, la formation et les capacités.

L'avant-projet se réfère aux seuils élevés fixés à l'art. 727, al. 1, ch. 2, CO (total du bilan: 20 millions de francs, chiffre d'affaires: 40 millions de francs, effectif: 250 emplois à temps plein),<sup>318</sup> ce qui permet d'éviter que les petites entreprises dont les actions sont cotées en bourse, notamment celles dont les actions ne sont pas cotées au *Main Standard* de SIX Swiss, tombent dans le champ d'application. Seul 0,37 % des entreprises suisses, que leurs actions soient cotées en bourse ou non (il ne s'agit pas seulement de SA), présente plus de 250 emplois à temps plein, et seul 1,3 % réalise un chiffre d'affaires supérieur à 40 millions de francs.<sup>319</sup> Quant au total du bilan, il n'existe pas de chiffres fiables, car la marge de manœuvre des entreprises est assez grande en la matière, vu notamment la possibilité de constituer des réserves latentes arbitraires.

#### *Art. 735 Vote de l'assemblée générale; rémunérations*

Conformément à l'al. 1, l'assemblée générale vote sur les rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif accordées directement ou indirectement par la société.

Afin d'aménager une certaine flexibilité dans le cadre des dispositions de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., l'art. 735 ne contient que les conditions essentielles, à respecter impérativement (al. 3, ch. 1 à 4), ce qui permet aux sociétés de choisir un système répondant à leurs besoins spécifiques. Les statuts doivent fixer les modalités du vote de l'assemblée générale sur les rémunérations (al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, art. 626, al. 2, ch. 5, AP-CO). Les statuts peuvent donc conférer aux actionnaires des droits plus étendus, par exemple la possibilité de voter sur les rémunérations versées à certaines personnes. Ils peuvent de plus fixer la marche à suivre en cas de refus des rémunérations par l'assemblée générale (al. 2, 2<sup>e</sup> phrase).

La notion de vote se réfère tant à l'approbation qu'à la décision. La société peut donc choisir entre deux options: soit l'assemblée générale approuve les rémunérations et les actionnaires ne peuvent pas formuler d'autres propositions, soit elle décide sur les

<sup>317</sup> Schillingreport 2014 de guido schilling ag, Transparenz an der Spitze, Die Geschäftsleitungen und Verwaltungsräte der hundert grössten Schweizer Unternehmen im Vergleich, p. 15 et 24.

<sup>318</sup> Ces seuils ont été relevés le 1er janvier 2012 de 10-20-50 à 20-40-250; cf. FLORIAN ZIHLER, Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR, ST 2011/9, p. 670 ss.

<sup>319</sup> Concernant les chiffres de 2010 de l'Office fédéral de la statistique et l'Administration fédérale des contributions, cf. FLORIAN ZIHLER, Das zukünftige Rechnungslegungsrecht, ST 2011/1-2, p. 43 s. Cf. également NZZ du 12 août 2014, no. 184, p. 22.

rémunérations proposées. Dans le second cas de figure, chaque actionnaire peut soumettre à l'assemblée générale de nouvelles propositions, portant par exemple sur une réduction de la somme globale des indemnités.

L'avant-projet ne prescrit pas une période de référence pour les rémunérations soumises au vote des actionnaires. Cependant, l'exigence du vote annuel fixée à l'al. 3, ch. 1, exclut par exemple le vote prospectif d'un budget de rémunération pluriannuel. L'al. 3, ch. 4, interdit le vote prospectif sur les rémunérations variables. Le vote prospectif sur la rémunération *fixe* permet à la société de planifier la rémunération de ses organes, notamment des membres de sa direction. Les rémunérations variables (« bonus ») ne peuvent être fixés et approuvés par l'assemblée générale que sur la base des comptes annuels révisés et donc des chiffres définitifs. Ainsi, les actionnaires ne fondent pas leurs décisions de vote sur de simples éventualités.

L'art. 735 renonce délibérément à prescrire la procédure à suivre lorsque les actionnaires refusent la somme globale. En tout état de cause, il ne doit pas être possible de déplacer les compétences prévues à l'art. 95, al. 3, Cst. Les rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ne sont définitivement fixées que lorsqu'elles ont été adoptées par l'assemblée générale. Il est interdit d'inscrire dans les statuts des dispositions prévoyant, en cas de refus des actionnaires, l'application des dernières rémunérations approuvées ou déléguant le pouvoir de décision au comité de rémunération. Cependant, la société est libre de convoquer une assemblée générale extraordinaire ou d'organiser un nouveau vote sur les rémunérations lors de l'assemblée générale ordinaire suivante.

L'al. 3 fixe quatre conditions essentielles cumulatives pour le vote relatif aux rémunérations. Il établit que l'assemblée générale vote sur les indemnités du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif

- tous les ans (ch. 1),
- séparément (ch. 2) et
- avec effet contraignant (ch. 3) ;
- l'assemblée générale n'est en outre pas autorisée à voter de manière prospective sur les rémunérations variables.

Des votes consultatifs sont donc interdits.

#### *Art. 735a Vote de l'assemblée générale; montant complémentaire*

La nomination et la révocation des membres de la direction sont des attributions intransmissibles du conseil d'administration (art. 716a, al. 1, ch. 4, CO). A la différence de l'élection des membres du conseil d'administration, elles ne nécessitent pas la convocation d'une assemblée générale. Il serait dès lors disproportionné d'organiser une assemblée générale à la seule fin de voter la rémunération d'un nouveau membre de la direction dans une société dont les actions sont cotées en bourse.

A l'instar de l'art. 19 ORAb<sup>320</sup>, l'avant-projet prévoit donc la possibilité de prévoir dans les statuts un montant complémentaire pour la rémunération des membres de la direction nommés entre deux assemblées générales en principe ordinaires. Comme l'art. 735 AP-CO ne prescrit pas une période de référence pour les rémunérations,

<sup>320</sup> RS 221.331

l'al. 1 précise que le montant complémentaire ne peut être utilisé que si l'assemblée générale vote sur les rémunérations de la direction de manière prospective. En cas de vote rétrospectif sur les rémunérations, l'utilisation du montant complémentaire équivaldrait à détourner la compétence de l'assemblée générale, car le nouveau membre de la direction se trouverait dans la même situation que les membres sortants.

L'al. 2 définit quand le montant complémentaire prévu peut être utilisé. Premièrement, il ne peut être utilisé que si le montant global décidé par l'assemblée générale pour la rémunération de la direction ne suffit pas pour couvrir la rémunération d'un ou plusieurs *nouveaux* membres. L'utilisation du montant complémentaire total ou d'une partie de ce montant ne doit pas conduire à l'augmentation des indemnités versées aux membres sortants de la direction. Ce montant ne doit donc pas être affecté directement ou indirectement à des promotions internes. Deuxièmement, il ne peut être utilisé que jusqu'au prochain vote de l'assemblée générale sur les rémunérations (*pro rata temporis* jusqu'à la prochaine assemblée générale).

Conformément à l'al. 3, l'assemblée générale ne vote pas sur le montant complémentaire effectivement utilisé. Celui-ci doit toutefois être déclaré dans le rapport de rémunération par bénéficiaire (voir art. 734a, al. 3, ch. 3, AP-CO).

#### *Art. 735b Durée des rapports contractuels*

L'al. 1 veut que la durée des contrats qui prévoient les rémunérations du conseil d'administration consultatif ne doit pas excéder la durée de mandat des membres (voir art. 710 AP-CO). Les contrats doivent donc préciser que les indemnités sont fixées sous réserve de réélection.

Selon l'al. 2, la durée maximale et le délai de résiliation des contrats qui prévoient les rémunérations de la direction et du conseil consultatif ne doivent pas excéder un an, ce qui permet de délimiter l'exécution correcte de ces contrats d'avec des indemnités de départ institutionnelles interdites. On renforcera ainsi la sécurité du droit. L'assemblée générale ne peut prolonger ce délai, mais elle peut le réduire par exemple à six mois par une disposition statutaire (voir art. 735c, ch. 1, AP-CO).

#### *Art. 735c Indemnités interdites; dans la société*

L'art. 735c, al. 1, ch. 1 à 9, régleme tant les rémunérations interdites en elles-mêmes (par ex. indemnités de départ institutionnelles ou provisions de la société pour des restructurations) que les rémunérations qui ne le sont qu'à certaines conditions (par ex. indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence qui n'est pas justifiée par l'usage commercial).

Les rémunérations ci-dessous octroyées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif sont interdites.

- Les indemnités de départ convenues contractuellement et celles prévues par les statuts, interdites au ch. 1. Selon l'al. 2, les indemnités dues jusqu'à la fin du rapport contractuel (art. 735b), notamment les salaires versés après la résiliation du contrat de travail, ne sont pas considérées comme des indemnités de départ. En vertu de l'art. 626, al. 2, ch. 2, l'assemblée générale peut participer à la fixation du montant de ces rémunérations en renonçant par exemple à utiliser pleinement le délai de congé maximal selon l'art. 735b, al.

2. Les indemnités de départ découlant du droit contraignant suisse ou étranger (par ex. art. 339b CO) ne sont pas non plus interdites en vertu du ch. 1.

- Ces dernières années, les indemnités liées à une prohibition de faire concurrence ont parfois fait l'objet de vives discussions lors d'assemblées générales et d'un grand débat public<sup>321</sup>. Une interdiction absolue de la prohibition de faire concurrence et des indemnités qui en découlent pour les cadres supérieurs d'une société serait disproportionnée et représenterait une intervention trop forte dans l'économie. Il peut être tout à fait justifié de convenir d'une clause de non-concurrence soumise à indemnité avec un membre de la direction qui détient par exemple des informations sensibles issues de la recherche-développement de l'entreprise. L'avant-projet prévoit donc des restrictions: selon le ch. 2, il convient d'abord d'examiner si la prohibition de la concurrence est justifiée par l'usage commercial. Elle doit préserver des intérêts dignes de protection de la société et prévenir des dommages qui pourraient la frapper. La durée de la prohibition de la concurrence doit également être justifiée par l'usage commercial, ce qui n'est notamment pas le cas pour une durée dépassant douze mois, selon l'al. 3. Si la prohibition de la concurrence est justifiée par l'usage commercial, il y a lieu d'examiner, en vertu du ch. 3, si le montant des éventuelles indemnités est conforme à la pratique du marché. A cet égard, la durée et la portée de la prohibition, ses répercussions sur le développement professionnel de la personne concernée et l'usage dans la branche constituent des facteurs de première importance.
- Le ch. 4 interdit les indemnités versées en relation avec une activité antérieure au sein d'un organe de la société qui ne sont pas conformes à la pratique du marché. Il a pour but d'éviter que l'interdiction des indemnités de départ convenues contractuellement (ch. 1) et des indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence non conformes à la pratique du marché (ch. 3) soient vidées de toute substance des années après le départ de la société. En définitive, il s'agit là d'une concrétisation de l'interdiction générale de l'abus de droit selon l'art. 2, al. 2, CC.
- Les primes d'embauche sont distinctes des indemnités anticipées, lesquelles sont frappées d'une interdiction générale (ch. 6). Les primes d'embauche ont un caractère compensatoire: elles sont versées à l'entrée en service pour compenser des prétentions mesurables en argent à l'égard de l'ancien employeur ou mandant (par ex. participation à un plan d'option en cours, actions bloquées), qu'un membre du conseil d'administration ou de la direction aurait pu exercer s'il n'avait pas changé d'entreprise. Cette prestation demeure admissible, mais le ch. 5 prévoit qu'elle doit s'inscrire en réparation d'un désavantage financier clairement établi du bénéficiaire en raison de son entrée en service auprès de la société. Il ne s'agit donc pas d'un dommage purement hypothétique ou d'une simple valeur d'affection. De même, un versement forfaitaire («bonus d'entrée») n'est plus admis s'il ne sert pas à compenser un désavantage financier clairement établi du bénéficiaire.
- Le ch. 6 interdit le versement des indemnités anticipées. Cette disposition a pour but d'éviter que des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif reçoivent de (grosses) rémunérations en argent

<sup>321</sup> Voir NZZ online du 15 février 2013

ou en nature avant même d'avoir été actifs au sein de la société, d'y avoir assumé des responsabilités et d'avoir généré une plus-value. L'art. 95, al. 3, let. b, Cst. mentionne explicitement l'interdiction de ce type de rémunération.

- Selon l'art. 95, al. 3, let. b, Cst., les membres des organes ne reçoivent pas de «prime pour des achats ou des ventes d'entreprises». Le ch. 7 concrétise comme suit cette exigence formulée de manière ouverte et non juridique: les provisions versées aux membres du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif au titre du transfert ou de la reprise de la totalité ou d'une partie d'une entreprise sont interdites (par ex. vente d'une entreprise directement contrôlée par la société à un tiers, acquisition d'une entreprise contrôlée indirectement au moment donné ou transfert d'actifs ou de passifs à une autre entreprise du groupe). Le libellé est volontairement lâche afin de viser non seulement les fusions, les scissions et les transferts de patrimoine au sens de la LFus, mais également les transactions assimilables à ces processus telles que les quasi-fusions et les fusions imparfaites<sup>322</sup>. La notion de provision est empruntée au droit du travail (art. 322b CO) et a pour but de souligner que les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ne peuvent être rémunérés *spécifiquement* pour une restructuration effectuée. Il restera toutefois possible de tenir compte des prestations liées à des restructurations lors de la fixation d'autres indemnités (voir art. 717, al. 1<sup>bis</sup>, AP-CO).
- Les ch. 8 et 9 interdisent, lorsque les principes les régissant ne sont pas prévus par les statuts, les prêts, les crédits, les prestations de prévoyance en dehors de la prévoyance professionnelle, les indemnités liées aux résultats, les titres de participation, ainsi que les droits de conversion et les droits d'option destinés aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif.

#### *Art. 735d Indemnités interdites; dans le groupe*

L'art. 95, al. 3, let. b, Cst. prévoit que les membres des organes «ne peuvent pas être liés par un autre contrat de conseil ou de travail à une société du groupe».

L'esprit de cette disposition constitutionnelle n'est pas que les membres des organes ne doivent conclure strictement aucun contrat avec d'autres sociétés du groupe. Cela compliquerait le contrôle et la conduite des groupes de façon disproportionnée. L'art. 95, al. 3, let. b, Cst. a plutôt pour but d'éviter que la part de la rémunération des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif provenant d'autres sociétés du groupe ne soit pas dévoilée ou que la même activité soit rémunérée plusieurs fois. De plus, l'omission de ces indemnités dans le rapport de rémunération pourrait conduire à un contournement de la compétence d'approbation de l'assemblée générale (art. 735 AP-CO).

L'art. 735d prévoit donc que les indemnités rémunérant les activités des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif dans des entreprises qui sont contrôlées directement ou indirectement par la société sont en principe interdites, à moins que ces indemnités soient conformes aux dispositions légales et statutaires et qu'elles soient de plus approuvées par l'assemblée générale de la société.

<sup>322</sup> Voir LUKAS GLANZMANN, *Umstrukturierungen*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2014, n° 70 ss.

té. L'obligation de publier ces indemnités découle a priori de la formulation de l'art. 734a, al. 1, AP-CO («versées [...] indirectement»).

Les notions de «contrôle» et d'«entreprise» sont reprises des nouvelles dispositions sur les comptes consolidés en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013 (art. 963, al. 1, CO)<sup>323</sup>.

Il est bien entendu interdit d'utiliser la porte entrouverte par les indemnités admissibles sous condition au sein du groupe, au sens de l'art. 735d, pour verser des indemnités interdites en vertu de l'art. 735c aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif de la société.

## 2.1.36 Dissolution de la société

*Art. 736, al. 1, ch. 4, et al. 2*                      *Dissolution en général; motifs*

Selon l'al. 1, ch. 4, les actionnaires peuvent requérir la dissolution de la société pour de justes motifs s'ils représentent au moins 10 % du capital-actions (comme jusqu'à présent) ou 10 % des voix. On ne fait plus la distinction entre les sociétés cotées en bourse et celles qui ne le sont pas (voir point 1.3.6.6).

En vertu de l'al. 2, le juge peut adopter en lieu et place de la dissolution une autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés. La première possibilité à laquelle il faut penser est le rachat des parts du requérant par la société. En effet, dans les sociétés anonymes privées les actionnaires minoritaires n'ont souvent aucune possibilité d'aliéner leurs parts. L'action en dissolution représente quasiment la seule porte de sortie pour eux. Si l'on considère, comme c'est le cas en Suisse, que la forme de la SA est aussi utilisée pour de très petites entités dont les actions ne peuvent objectivement pas être vendues faute de marché actif, l'action en dissolution est importante pour la protection des actionnaires minoritaires: elle joue le rôle d'une action «en désengagement» de la société pour de justes motifs<sup>324</sup>.

La nouvelle réglementation concernant l'acquisition par la société de ses propres actions doit aussi être mise en relation avec la modification de l'art. 736. En effet, parallèlement à l'abaissement du seuil de l'action en dissolution, la fraction du capital-actions que la société peut racheter a été relevée à 20 % si l'achat des propres titres a lieu en rapport avec une action en dissolution (voir art. 659, al. 3, AP-CO).

<sup>323</sup> Message concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407 1542 s, en relation avec .1515 Pour la notion d'entreprise qui n'est plus explicitement définie dans la loi, voir FLORIAN ZIHLER, Die Konzernrechnung gemäss zukünftigem Rechnungslegungsrecht, ST 2012/5, p. 285.

<sup>324</sup> RETO SANWALD, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Zurich 2009, p. 177 s.

## 2.1.37

### Responsabilité des organes

#### *Art. 753, ch.1 Responsabilité des fondateurs*

La reprise de biens n'étant plus considérée comme une forme qualifiée de fondation, la responsabilité en la matière n'est plus prévue en ce qui concerne les actes de fondation. Si une reprise de biens cause des dommages, il s'agira de la responsabilité selon l'art. 754 AP-CO et de la restitution de prestations au sens de l'art. 678 AP-CO (voir point 1.3.1.3).

#### *Art. 754, al.1 Responsabilité des administrateurs, du représentant indépendant et des personnes qui s'occupent de la gestion et de la liquidation*

La responsabilité au sens de l'art. 754 est étendue à celle du représentant indépendant. Au demeurant, cet article reste inchangé. L'élargissement du champ d'application relatif aux personnes est justifié vu que dans la foulée de la mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst., l'avant-projet attribue au représentant indépendant un statut important quant à l'exercice du droit de vote de l'actionnaire (voir 689c ss AP-CO). Si par exemple une assemblée générale doit être en partie répétée par la faute du représentant indépendant, il est justifié que ce dernier puisse être tenu responsable du dommage causé notamment vis-à-vis de la société.

#### *Art. 756, al. 2 Dommage subi par la société; prétentions hors faillite*

Un al. 2 est inséré pour les mêmes raisons que dans le cas de l'art. 678, al. 5, AP-CO.

En ce qui concerne la possibilité d'engager une action en restitution au frais de la société, on se reportera au commentaire des art. 697j et 697k .

#### *Art. 757, al. 4 Prétentions dans la faillite*

Le nouvel al. 4 de l'art. 757 est lié à la révision des dispositions du CO relatives à l'assainissement des entreprises (voir point 1.3.7) et porte sur le traitement des créances qui ont fait l'objet d'un ajournement dans le cadre d'une action en responsabilité.

Certes, l'ajournement n'est pas en soi une véritable mesure d'assainissement, mais il représente souvent une première étape importante pour assainir une entreprise. Il y a ajournement lorsqu'un créancier d'une entreprise endettée déclare qu'il renonce au paiement de sa créance avant que les autres créanciers soient honorés (voir art. 725b, al. 4, ch. 1). Lorsque l'assainissement échoue par la suite et qu'une faillite est ouverte, le conseil d'administration répond du dommage causé à la société à certaines conditions (art. 754 ss CO). D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>325</sup>, les créances qui ont fait l'objet d'un ajournement doivent être prises en compte dans le calcul de ce dommage (indirect). Cette interprétation est critiquée par la doctrine, selon laquelle le conseil d'administration a agi conformément à ses obligations en ce qui concerne cette partie du «dommage» et un ajournement accordé en bonne et due forme ne représente pas un dommage<sup>326</sup>. La jurisprudence précitée entrave les assai-

<sup>325</sup> Confirmée le plus récemment dans l'ATF 4A\_277/2010, 2 septembre 2010, consid. 2.3.

<sup>326</sup> RICO A. CAMPONOVO/ANDREAS C. BAUMGARTNER, *Wird der Rangrücktritt unbrauchbar? Schadens erhöhende Wirkung von Rangrücktrittserklärungen im Verantwortlichkeitsfall*, ST 2011/12, p. 1036 ss.

nissements: conformément aux considérations du Tribunal fédéral, lorsque l'assainissement échoue par la suite et qu'une faillite est ouverte, les créances ajournées sont prises en compte dans le calcul du dommage relatif à l'action en responsabilité, ce qui ne paraît indiqué ni eu égard aux créanciers tiers bénéficiant de l'ajournement ni du point de vue de la responsabilité des organes. Une clarification de la part du législateur est donc nécessaire dans ce domaine si l'on veut éviter de pérenniser la situation juridique actuelle, qui rend difficile l'obtention d'ajournements par les entreprises.

*Art. 758, al. 2 Effet de la décharge*

En vertu de l'al. 2, les actionnaires qui n'ont pas adhéré à la décharge disposent d'un délai prolongé de six à douze mois pour intenter l'action sociale hors faillite. Cette prolongation est nécessaire car le délai actuel de six mois s'avère souvent trop court. Dans les cas complexes, il ne permet notamment pas aux actionnaires de réunir les informations nécessaires pour fonder leur action<sup>327</sup>.

Le délai est suspendu pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial et son exécution ou une procédure d'autorisation d'intenter action aux frais de la société. Ainsi, les résultats de ces procédures pourront être utilisés et pris en compte au moment de l'introduction de l'action sociale.

*Art. 759 Responsabilité solidaire différenciée et action récursoire*

Tout comme le droit en vigueur, l'al. 1 prévoit une solidarité différenciée. Si plusieurs personnes répondent d'un même dommage, chacune d'elles est solidairement responsable dans la mesure où le dommage peut lui être imputé personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances. Cette réglementation fut introduite dans la loi lors de la révision du droit de la SA de 1991. Elle tient compte du fait que la faute des différentes personnes soumises à responsabilité dans la SA est souvent très variable. Cette disposition a principalement pour but de prendre en considération le fait que le conseil d'administration et la direction, d'une part, et l'organe de révision, d'autre part, remplissent des tâches dont les fonctions sont fondamentalement différentes. Il en résulte fréquemment des fautes difficilement comparables.

La nouvelle réglementation de la solidarité dans la révision de 1991 ne s'est cependant pas imposée dans la pratique. De manière non justifiée, l'organe de révision est devenu la partie visée en premier lieu par les actions en responsabilité. Il n'est pas rare que seul l'organe de révision soit appelé en justice, sans qu'il soit tenu compte de la faute des autres personnes concernées, notamment pour les raisons suivantes:

- les normes professionnelles dans la révision sont vastes et détaillées; dans le cadre d'un procès en responsabilité, il peut donc être plus aisé de démontrer une négligence, même très légère, de l'organe de révision qu'une violation en soi plus grave du devoir de diligence du conseil d'administration ou de la direction;

<sup>327</sup> Voir PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 16 n° 97; ISABELLE CHABLOZ, *Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance*, Genève 2012, p. 362.



- les entreprises de révision sont en général plus solvables que les membres du conseil d'administration et de la direction; elles disposent régulièrement d'une assurance en responsabilité civile;
- des raisons commerciales liées à leur réputation soumettent les entreprises de révision à une pression importante qui les incite à éviter une procédure judiciaire devant les tribunaux en transigeant dans le cadre de litiges; en outre, l'intervention des assureurs en responsabilité civile entraîne régulièrement un règlement extrajudiciaire des cas litigieux.

Il est juridiquement problématique que les organes de révision doivent régulièrement prendre en charge une grande part du dommage, malgré une faute légère, alors que les personnes qui ont commis une faute plus grave ne sont pas poursuivies en justice. Le fait que les actions en responsabilité soient dirigées dans une large mesure contre les organes de révision a pour conséquence un report de la responsabilité des organes de direction sur l'organe de révision. Dans l'optique d'une meilleure gouvernance d'entreprise, il y a lieu d'améliorer l'équilibre entre les différents organes de la société en matière de responsabilité et de rétablir ainsi la position particulière de l'organe de révision face aux organes de direction: dans le cadre de leurs tâches de contrôle, les réviseurs n'ont en effet pas la possibilité d'empêcher directement la survenance d'un dommage; ils ne peuvent le plus souvent que limiter l'aggravation d'un dommage qui a déjà été causé. La réglementation légale doit assurer que ce sont les organes de direction qui répondent en première ligne des dommages découlant de leurs fautes.

Il convient en outre d'assurer la fonctionnalité du marché des prestations en matière de révision en évitant que les organes de révision se voient réclamer en justice des montants pouvant mettre leur existence en danger, alors que leur faute est faible en comparaison avec celle des autres personnes impliquées.

L'avant-projet de 2005 (du projet de 2007) contenait, à l'instar de certaines législations étrangères, l'introduction d'une disposition limitant la responsabilité solidaire de l'organe de révision à un montant maximum, lorsque ce dernier n'a commis qu'une faute légère. Cette limite était fixée à 10 millions de francs, ou 25 millions pour la révision des sociétés dont les titres de participation sont cotés en bourse ou qui sont d'une certaine importance économique<sup>328</sup>. Les réactions à l'avant-projet de 2005 dans la procédure de consultation ont été très contrastées. La majorité des organisations consultées ont considéré que la réglementation de l'avant-projet introduisait un privilège injustifié pour l'organe de révision vis-à-vis des autres organes de la société. Il a été par ailleurs demandé qu'un réexamen complet des règles de responsabilité de la SA soit effectué, qui ne se limiterait pas à la responsabilité de l'organe de révision. Seule une petite partie des organisations consultées ont favorablement accueilli les limites prévues dans l'avant-projet de 2005<sup>329</sup>.

Sur la base des résultats de la procédure de consultation, le conseil fédéral a examiné différentes alternatives visant à améliorer la réglementation légale. Une révision totale de la responsabilité des organes de la SA n'est pas indispensable et pourrait aboutir à des effets difficilement prévisibles dans l'application du droit. Une limitation générale de la responsabilité pour les prestations en matière de révision, par

<sup>328</sup> Voir Rapport explicatif du 2 décembre 2005 concernant l'avant-projet de révision du code des obligations, p. 85.

<sup>329</sup> Voir DFJP, Résumé des résultats de la procédure de consultation, février 2007, p. 24.

exemple à 25 % du total du dommage, pose également certains problèmes. Cette proposition de réglementation se base sur la généralisation d'un arrêt du Tribunal fédéral, qui a limité dans un cas concret la responsabilité solidaire de l'organe de révision à un quart du dommage causé, en application de l'art. 759, al. 1, CO (même si, en l'espèce, une faute considérable pouvait être reprochée à l'organe de révision)<sup>330</sup>. Une telle réglementation concrétiserait une solution forfaitaire matériellement injustifiée. Il a également été proposé de prévoir une limitation de responsabilité autonome de l'organe de révision dans les statuts de la société à réviser. Le montant de la limite serait convenu entre la société et son organe de révision. Cette solution risquerait toutefois d'altérer fortement la situation juridique des créanciers et on se trouverait en présence d'un contrat au détriment de tiers. De plus, il s'ensuivrait des différences de responsabilité matériellement non justifiées entre les sociétés. Une limitation de responsabilité statutaire serait donc douteuse du point de vue juridique. Une limitation de la responsabilité qui correspondrait à une proportion des honoraires de l'organe de révision ne convainc pas non plus: une telle règle aurait pour résultat que les honoraires de révision seraient selon les cas artificiellement maintenus à un niveau très bas, pendant que d'autres prestations, dépassant le cadre de la tâche principale de révision, seraient facturées séparément. Il en découlerait de graves difficultés de délimitation en pratique.

Pour les raisons mentionnées ci-dessus, l'avant-projet, qui se fonde sur le projet de 2007, écarte ces solutions et en prévoit une autre, qui précise la solution de la solidarité différenciée déjà connue en droit actuel. L'actuel al. 1 est applicable de manière inchangée aux membres du conseil d'administration et de la direction. Un régime différencié selon les fautes et les circonstances s'applique également à ces personnes, en lieu et place d'une solidarité absolue. Pour les personnes qui sont soumises à une responsabilité dans la révision, un nouvel al. 2 spécifie ce régime différencié: dans la mesure où les personnes qui effectuent la révision causent un dommage uniquement par négligence dans le cadre de leurs attributions légales, elles en répondent à concurrence du montant auquel elles seraient tenues à la suite d'un recours. Il est ainsi tenu compte de la position particulière de l'organe de révision. On évite que celui-ci doive de facto complètement assumer la faute du conseil d'administration et de la direction, alors qu'il n'a lui-même commis qu'une faute très légère. La réglementation prévue correspond au projet et au message du Conseil fédéral relatif à la révision du droit de la SA du 23 février 1983<sup>331</sup>. Elle évite des limitations de responsabilité forfaitaires et indépendantes de la faute et correspond à la solution différenciée de l'al. 1.

L'al. 2 s'applique non seulement à l'organe de révision mais également aux autres personnes qui effectuent des prestations de révision prévues par la loi.

La réglementation couvre tous les cas de négligence. Une différenciation entre la négligence légère, moyenne ou grave soulèverait en pratique de telles questions d'interprétation et de délimitation qu'il en résulterait finalement les mêmes problèmes d'application qu'en droit actuel. Le degré de négligence sera toutefois pris en considération, étant donné que la gravité de la faute présente une importance centrale dans la détermination du montant dans le cadre du recours. L'al. 2 est donc

<sup>330</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4C.506/1996 du 3 mars 1998.

<sup>331</sup> Voir déjà le message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF 1983 II 757, 966.

d'une portée moins importante en cas de négligence grave qu'en cas de négligence légère.

L'expression «juge» est remplacée par «tribunal» aux al. 3 et 4. Il s'agit là d'une adaptation purement rédactionnelle.

*Art. 760 Prescription*

Cette disposition établit le même régime de prescription que l'art. 678a; le délai relatif de prescription de cinq ans prévu dans le droit en vigueur est maintenu.

## **2.1.38 Participation des corporations de droit public**

*Art. 762, al. 5 Participation des corporations de droit public*

L'al. 5 précise que les règles sur le droit de la corporation de droit public de déléguer un représentant et de le révoquer au sens de l'art. 762 CO s'appliquent également aux sociétés dont les actions sont cotées en bourse.

En raison d'un champ d'application assez limité, cette réserve en faveur du droit de délégation au sens de l'art. 762 AP-CO, qui est déjà prévue dans la 2<sup>e</sup> phrase de l'art. 1, al. 1, ORAb, ne conduit pas à un contournement de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst.

## **2.2 Modifications d'autres dispositions du code des obligations**

### **2.2.1 De la société en commandite par actions**

*Art. 765, al. 2 Administration, désignation et pouvoirs*

L'avant-projet prévoit désormais expressément que la nationalité des administrateurs étrangers ainsi que des étrangers autorisés à représenter la société doit aussi être inscrite dans le registre du commerce, ce qui correspond à l'art. 119, al. 1, let d, ORC.

### **2.2.2 Société à responsabilité limitée**

*Art. 772, al. 1 Définition*

La 1<sup>re</sup> phrase de l'art. 772, al. 1, est adaptée à l'art. 620: on précise explicitement que les communautés de droit peuvent elles aussi fonder une Sàrl. Selon la lettre du droit en vigueur, tout au moins, une communauté de droit, par exemple une communauté héréditaire, ne pouvait acquérir ou aliéner que des parts sociales d'une Sàrl existante (art. 788, al. 1, CO en relation avec l'art. 792 CO).

*Art. 773 Capital social*

Par analogie au droit de la SA, le capital social peut désormais être fixé dans une monnaie étrangère. Il doit alors avoir une contre-valeur de 20 000 francs au moins au moment de l'inscription au registre du commerce.

Pour tout autre aspect du capital social libellé en monnaie étrangère, nous vous renvoyons au commentaire relatif à la SA (art. 621 AP-CO).

*Art. 774 Parts sociales*

A l'instar du droit de la SA, il est prévu que les parts sociales doivent avoir une valeur nominale supérieure à zéro. Même si la Sàrl est conçue principalement en fonction des besoins des sociétés dont le cercle des associés est restreint, il apparaît opportun de la rapprocher du droit de la SA. Le besoin d'une valeur nominale inférieure à 100 francs peut notamment se présenter en cas de restructuration. En outre, cela facilite l'exécution des dispositions relatives au capital social libellé en monnaie étrangère (voir art. 773 AP-CO).

*Art. 775 Abrogé*

Tout comme la disposition analogue du droit de la SA (voir art. 625 AP-CO), l'art. 775 CO peut être abrogé en raison du remaniement de l'art. 772, al. 1.

*Art. 776, ch. 4 Statuts; contenu exigé par la loi*

L'expression «publications» est remplacée par la notion plus pertinente de communications. A cet égard, les statuts doivent désormais contenir des indications sur la forme des communications de la société à ses actionnaires (voir art. 626, ch. 7). Ces dispositions fixent en même temps la forme statutaire de la convocation de l'assemblée des associés (art. 805, al. 5, ch. 1, CO, en relation avec l'art. 700, al. 1, AP-CO).

*Art. 777, al. 2, ch. 2bis Fondation*

Par analogie au droit de la SA, l'al. 2 est complété par un ch. 2<sup>bis</sup>, selon lequel les fondateurs doivent s'assurer que le capital social fixé dans une monnaie étrangère a une contre-valeur de 20 000 francs (voir art. 629 AP-CO).

*Art. 776a Abrogé*

Par analogie au droit de la SA, l'art. 776a est abrogé: on renonce donc à la liste concernant le contenu statutaire conditionnel. Nous renvoyons le lecteur au commentaire de l'art. 627 AP-CO pour l'exposé des motifs; rien ne change quant au fond.

*Art. 777b, al. 2, ch. 6 Pièces justificatives*

En référence à la modification du droit de la SA, une reprise de biens (effective ou envisagée) ne sera plus considérée comme une forme qualifiée de fondation ou d'augmentation du capital, assujettie à la publicité dans les statuts et dans le registre du commerce (voir point 1.3.1.3).

Les contrats de reprise de biens ne devant plus être joints à l'acte constitutif, l'art. 777b, al. 2, ch. 6, peut être abrogé (voir art. 628 AP-CO).

*Art. 777c Apports*

Le nouveau droit de la SA imposant une libération intégrale de l'apport (voir art. 632), il peut être renvoyé globalement à ce droit (voir art. 632 ss).

*Art. 781, al. 4 Augmentation du capital social*

En référence à la modification du droit de la SA, le délai d'inscription de l'augmentation du capital social est porté de trois à six mois (voir art. 650).

*Art. 782, al. 2 Réduction du capital social*

L'art. 782, al. 2, fait l'objet d'une adaptation rédactionnelle: le capital social ne peut être réduit à un montant inférieur au capital minimal tel que défini à l'art. 773 AP-CO. Cette formulation découle du nouvel art. 773, mais rien ne change quant au fond.

*Art. 791, al. 1 Inscription au registre du commerce*

L'avant-projet prévoit désormais expressément que la nationalité des associés étrangers doit aussi être inscrite dans le registre du commerce, ce qui correspond à l'art. 119, al. 1, let d, ORC.

*Art. 798, 798a et 798b Dividendes, intérêts, tantièmes*

L'art. 798 renvoie globalement au droit de la SA concernant les dividendes, les dividendes intermédiaires, les intérêts, les intérêts intercalaires et les tantièmes, notamment à l'art. 660 CO et aux art. 661 et 675a à 677, AP-CO. Les art. 798a et 798b sont donc abrogés.

Quant aux réserves et à leur remboursement, l'art. 801 CO renvoie également au droit de la SA, en particulier aux art. 671 à 674 et 677a.

*Art. 802, al. 2 et 4 Droit aux renseignements et à la consultation*

Une modification de nature purement terminologique concerne la version allemande de l'art. 802, al. 2, CO («*Geschäftsbücher*») remplace «*Bücher*» pour assurer la cohérence avec l'art. 958f CO).

La modification de l'al. 4 ne concerne que le texte français: l'expression «juge» est remplacée par «tribunal» et la disposition est précisée sur le plan rédactionnel.

*Art. 804, al. 2, ch. 3, 5<sup>bis</sup> et 14 Assemblée des associés; attributions*

Le ch. 3 est adapté au nouveau droit de la révision entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Selon l'art. 728a CO, l'organe de révision de la SA vérifie le cas échéant aussi

les comptes consolidés. Il en va de même pour la Sàrl. La mention du réviseur des comptes consolidés peut donc être biffée.

Par analogie au droit de la SA, le ch. 5<sup>bis</sup> mentionne expressément la décision du remboursement des réserves issues du capital, qui est nettement séparé de l'utilisation du bénéfice (voir art. 698, al. 2, ch. 6, AP-CO).

La modification du ch. 14 ne concerne que le texte français: l'expression «juge» est remplacée par «tribunal».

*Art. 805, al. 4 et 5, ch. 2, 2<sup>bis</sup>, 8 et 10 Convocation et réalisation*

Le droit de la Sàrl prévoit que les décisions de l'assemblée des associés peuvent être prises par écrit. Le projet de 2007<sup>332</sup> proposait de limiter la forme écrite aux décisions qui ne doivent pas être constatées par acte authentique, ce qui n'est pas conforme aux tendances actuelles dans la doctrine, selon lesquelles les décisions par voie de circulation peuvent être constatées par un acte authentique (voir commentaire de l'art. 701d).

Le renvoi aux dispositions du droit de la SA concernant le droit de convocation et le droit de porter des objets à l'ordre du jour de l'assemblée générale est adapté à l'art. 805, l'al. 5, ch. 2, 2<sup>bis</sup>, 8 et 10.

*Art. 808b, al. 1, ch. 2<sup>bis</sup>, 6<sup>bis</sup> et 8 Décisions importantes*

Les ch. 2<sup>bis</sup> et 6<sup>bis</sup> représentent l'adaptation aux nouvelles dispositions du droit de la Sàrl (voir art. 773 et 805, al. 5, ch. 10, AP-CO) et du droit de la SA (voir art. 704, al. 1, ch. 9 et 10, AP-CO).

La modification du ch. 8 ne concerne que le texte français: l'expression «juge» est remplacée par «tribunal».

*Art. 810, al. 2, ch. 3, 5 et 7 Attributions des gérants*

Les ch. 3, 5 et 7 de l'art. 810, al. 2 sont adaptés au droit de la SA (voir art. 716a AP-CO).

*Art. 820 Menace d'insolvabilité, perte de capital et surendettement*

Les modifications du droit de la SA proposées dans le domaine de l'assainissement (voir art. 725 ss AP-CO) entraînent une modification des renvois.

En vertu du renvoi aux règles sur la SA, les dispositions relatives au capital-actions doivent être appliquées au capital social. Les obligations du conseil d'administration concernent *mutatis mutandis* la direction de la Sàrl (voir art. 810, al. 2, ch. 7, AP-CO).

<sup>332</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407 1545.

L'intégration de l'ajournement de la faillite dans la réglementation de la procédure concordataire (voir point 1.3.7.3) entraîne la suppression de sa mention dans l'art. 820.

Il convient donc désormais d'examiner les versements supplémentaires opérés sans délai notamment dans le cadre de l'application de l'art. 725*b*, al. 4, ch. 2, AP-CO ou de la procédure concordataire

Le renvoi au droit de la SA comprend comme jusqu'à présent la disposition relative à la réévaluation des immeubles et des participations (art. 725*c* AP-CO).

### 2.2.3 Société coopérative

*Art. 832, ch. 1 et 3 à 5      Contenu exigé par la loi*

Une modification rédactionnelle ne concernant que la version allemande est apportée au ch. 1.

Le ch. 3 est abrogé. Du point de vue matériel et systématique, cette disposition fait partie du contenu conditionnel des statuts, autrement dit des autres dispositions prévues à l'art. 833 CO.

L'organisation de l'administration et de la représentation au sein de la société coopérative est réglée aux art. 894 ss. et 898 ss. CO; quant à l'organe de révision, les dispositions du droit de la SA sont applicables par analogie (art. 906, al. 1, CO, en relation avec l'art. 727 ss. CO). Comme il n'est pas nécessaire d'imposer l'adoption de dispositions statutaires, le ch. 4 peut être abrogé (voir également art. 626 AP-CO).

Comme pour la SA et la Sàrl, il convient de remplacer l'expression «publications» par «communications» au ch. 5 (voir art. 626 AP-CO).

*Art. 833, ch. 3, 5 et 8      Autres dispositions*

A la différence des droits de la SA et de la Sàrl (voir art. 627 et 776*a* AP-CO), la disposition relative au contenu statutaire conditionnel n'est pas abrogée en ce qui concerne la société coopérative (voir art. 627 et 776*a* AP-CO). Même si une analogie peut sembler indiquée en ce qui concerne le contenu statutaire conditionnel, la situation de la société coopérative est différente: les normes matérielles sont beaucoup moins complètes et détaillées. D'une part, le droit en vigueur de la société coopérative est encore dans une large mesure fondé sur le CO de 1936; d'autre part, il prévoit plus de souplesse et de liberté, des normes matérielles analogues à celles applicables à la SA et à la Sàrl faisant souvent défaut. Corporation à caractère personnel, la coopérative ne dispose pas d'un capital fixe subdivisé en plusieurs parts, à l'inverse de la SA ou de la Sàrl. Il n'y a pas de dispositions relatives au capital, notamment au montant minimal, à la valeur nominale minimale des parts ou à la libération minimale. Si l'on abrogeait l'art. 833 par analogie au droit de la SA, on devrait compléter une multitude de dispositions quant au fond et revoir la systématique des dispositions. Il faudrait par exemple créer une disposition concernant le capital prévoyant que la société peut disposer d'un capital social s'il existe une base statutaire à cette fin et, comme pour la SA, des règles relatives à la constitution par apports en nature. Or, de telles modifications ne sont pas l'objet la présente révision

du droit de la SA. C'est pourquoi l'art. 833 en vigueur est maintenu et seuls les points nécessitant une révision sont adaptés.

A l'instar du droit de la SA, une reprise de biens ne doit plus être considérée comme une forme qualifiée de fondation ou d'augmentation du capital, assujettie à la publicité dans les statuts et dans le registre du commerce (voir point 1.3.1.3). Le ch. 3 peut donc être abrogé. Une disproportion manifeste de la contre-prestation reçue avec la valeur des biens engendre un droit à la restitution (voir art. 902a, en relation avec l'art. 678 AP-CO).

L'art. 832, ch. 3, CO est transféré à l'art. 833, ch. 5, et remanié sur le plan rédactionnel (voir art. 832, ch. 3, AP-CO).

L'expression «destination de l'excédent actif» est remplacée par «affectation du bénéfice résultant du bilan», comme pour la SA (voir art. 698, al. 2, ch. 4, CO).

*Art. 834, al. 2 Assemblée constitutive*

L'al. 2 est adapté aux modifications des droits de la SA et de la Sàrl (une reprise de biens n'est plus considérée comme une fondation qualifiée, assujettie à la publicité dans les statuts et dans le registre du commerce; voir point 1.3.1.3): seuls les apports en nature doivent désormais être mentionnés dans le rapport de fondation.

*Art. 856, titre marginal et al. 2 Communication du rapport annuel, des comptes annuels et des comptes consolidés*

La norme est adaptée pour établir un parallélisme avec le droit de la SA (voir art. 696, al. 3, AP-CO).

*Art. 857, al. 2bis et 3 Renseignements*

Les dispositions du droit de la SA sur la publicité des rémunérations des cadres supérieurs doivent s'appliquer par analogie aux sociétés coopératives. Si une coopérative compte plus de 2 000 membres, les rémunérations doivent être déclarées conformément aux art. 734 à 734d AP-CO. L'art. 697, al. 4, AP-CO est applicable aux autres sociétés coopératives.

L'expression «juge» est remplacée par «tribunal» à l'al. 3. Il s'agit d'une correction d'ordre rédactionnel.

*Art. 874, al. 2 Modification du régime de la responsabilité*

La terminologie utilisée dans cette disposition est adaptée à celle du droit de la SA. Le renvoi général fait ressortir que tant une réduction ordinaire qu'une réduction en cas de bilan déficitaire ou une réduction et une augmentation simultanée sont possibles, comme pour la SA (voir art. 653j ss AP-CO).

*Art. 879, al. 2, ch. 2bis et 3bis Assemblée générale; pouvoirs*

Lors de l'adaptation au nouveau droit comptable, la compétence de l'assemblée générale d'approuver le rapport annuel et les comptes consolidés a aussi été expres-



sément prévue pour la société coopérative (art. 879, al. 2, ch. 3, CO)<sup>333</sup>. Le droit de l'assemblée générale d'approuver le compte d'exploitation (compte de résultat) et le bilan, de même que la répartition de l'excédent, a donc été effacé (voir art. 879, al. 2, ch. 3, aCO). La réintégration de l'ancien ch. 3, dont la terminologie est par la même occasion adaptée au droit de la SA et au droit comptable, permet de corriger cette erreur législative.

Le nouveau ch. 3<sup>bis</sup> est introduit, en conformité au droit de la SA (voir art. 698, al. 2, ch. 6, AP-CO).

#### *Art. 893a Recours aux médias électroniques*

Un renvoi au droit de la SA règle désormais le recours aux médias électroniques (voir art. 701c ss AP-CO).

#### *Art. 902 al. 3 Obligations. En général*

Cette disposition doit être réaménagée pour des raisons de technique législative et adaptée sur le plan rédactionnel. En outre, le nouveau régime comptable nécessite l'utilisation de l'expression «rapport de gestion» à l'al. 3, ch. 2.

#### *Art. 902a Restitution de prestations*

Le droit de la société coopérative ne connaît pas l'obligation générale de restituer les prestations prévue pour la SA (art. 678 CO) et pour la Sàrl (art. 800 CO). L'art. 904 CO ne prévoit qu'une protection des créanciers sociaux contre la perception non justifiée de prestations, et cela uniquement en cas de faillite.

Or, on ne comprend pas pourquoi un droit à la restitution n'existe pas pour la société coopérative, comme dans le droit de la SA et de la Sàrl, vu qu'il n'y a aucune différence essentielle en la matière entre ces entités juridiques. Les mêmes questions doivent en principe être réglées de la même manière, d'où le bien-fondé d'une harmonisation. Une nouvelle norme prévoit donc un renvoi au droit de la SA pour ce qui est de la restitution des prestations (voir art. 678 s.).

#### *Art. 903 Menace d'insolvabilité et surendettement*

Nous revoyons au commentaire de l'art. 820, sous réserve de quelques points particuliers.

Les obligations du conseil d'administration prévues aux art. 725 ss AP-CO incombent à l'administration de la société coopérative.

Les dispositions régissant la perte de capital (voir art. 725a AP-CO) ne s'appliquent par analogie qu'aux sociétés qui ont émis des parts sociales (art. 853 CO). Même si c'est le cas, logiquement, en tout état de cause, cette restriction est désormais explicitement inscrite à l'al. 2.

Les réserves selon l'art. 860 CO doivent être prises en compte dans le calcul de la perte de capital et du surendettement.

<sup>333</sup> RO 2012 6679, 6696

Considérée par la doctrine comme évidente et donc superflue, la précision figurant à l'actuel al. 6, selon laquelle les créances des associés dérivant de contrats d'assurance sont assimilées à des créances ordinaires, est supprimée<sup>334</sup>.

*Art. 919 Prescription*

Cette disposition établit le même régime de prescription qu'à l'art. 760 AP-CO relatif à la SA.

## 2.2.4 Etablissement et présentation des comptes

*Art. 958b, al. 3 Principes de la délimitation périodique et du rattachement des charges aux produits*

Selon l'avant-projet, le capital nominal des SA et des Sàrl peut aussi être libellé en monnaie étrangère (voir à art. 621 et 773 AP-CO). C'est pourquoi l'art. 958b doit être complété par un al. 3 relatif au mode de conversion.

*Art. 959c, al. 2, ch. 4 Annexe; parts de son propre capital détenues par l'entreprise*

L'art. 959c, al. 2, ch. 4 est adapté aux nouvelles dispositions sur les actions de la société (voir art. 959 ss AP-CO). L'entreprise doit indiquer dans l'annexe aux comptes annuels le nombre de parts de son propre capital détenues par elle-même et par les entreprises qu'elle contrôle, directement ou indirectement. Quant à la question de savoir quand une entreprise est contrôlée (directement ou indirectement), on renvoie à l'art. 963, al. 2, CO. Une déclaration dépassant le cadre du groupe échoue souvent vu qu'une société peut difficilement obtenir des informations sur une société qu'elle ne contrôle pas. La nouvelle réglementation correspond quant au fond à l'art. 663b, ch. 10, aCO, abrogé le 1<sup>er</sup> janvier 2013.

*Art. 960f Bilan intermédiaire*

Différentes dispositions imposent à la SA l'obligation d'établir un bilan intermédiaire, notamment dans les cas suivants: réduction du capital-actions, si la date de clôture du bilan est antérieure de plus de six mois à celle de l'assemblée générale qui statue sur cette réduction (voir art. 653l AP-CO), versement d'un dividende intermédiaire (voir art. 675a AP-CO) ou conclusion d'un contrat de fusion, si la date de clôture du bilan est antérieure de plus de six mois à celle de la conclusion de ce contrat ou si des modifications importantes sont intervenues dans leur patrimoine depuis la clôture du dernier bilan (art. 11 LFus). Pour uniformiser davantage les bilans intermédiaires et du fait que ces dispositions sont aussi pertinentes pour d'autres entités juridiques telles que la Sàrl, les exigences fondamentales sont désormais fixées à l'art. 960f, soit au titre trente-deuxième du CO (de la comptabilité commerciale et de la présentation des comptes).

<sup>334</sup> Voir par ex. HANSPETER WÜSTINER, Art. 903 n° 15., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

L'art. 960f s'inspire de l'art. 11 LFus, selon lequel l'établissement du bilan intermédiaire est régi par les dispositions et les principes relatifs aux comptes annuels (art. 958 ss CO), sous réserve de certains allègements. Le ch. 1 veut qu'il ne soit pas nécessaire de procéder à un nouvel inventaire et le ch. 2 que les évaluations figurant au dernier bilan ne sont modifiées qu'en fonction des mouvements d'écritures. Cependant, les amortissements, les corrections de valeur et les provisions intermédiaires ainsi que les changements importants de la valeur n'apparaissant pas dans les écritures (par ex. restitutions de capital, distributions de bénéfice) doivent être pris en considération. Selon l'évolution des affaires et de l'entreprise depuis l'établissement des derniers comptes annuels, il peut toutefois être indiqué que l'organe supérieur de direction ou d'administration procède au moins à un inventaire partiel ou à certaines réévaluations.

Si la société doit faire contrôler ses comptes annuels du fait d'une obligation légale ou statutaire de révision (par ex. art. 727 s. CO), le bilan intermédiaire doit également être révisé<sup>335</sup>. Un contrôle complet tel qu'il est prévu pour les comptes annuels, qu'il soit ordinaire ou restreint, est souvent impossible en raison des allègements précités. Il pourrait donc être nécessaire de déroger en partie aux normes d'audit applicables, non sans répercussions négatives dans l'attestation de l'organe de révision. L'ampleur du contrôle dépend de l'importance du bilan intermédiaire: la vérification doit notamment être plus approfondie en cas de dividende intermédiaire élevé (selon l'art. 675a) ou de restructuration décisive pour la société (selon la LFus). L'organe supérieur de direction ou d'administration doit donc logiquement renoncer entièrement ou en partie aux allègements précités<sup>336</sup> et permettre un contrôle restreint ou ordinaire complet du bilan intermédiaire. Dans des situations moins complexes ou si l'évolution des affaires a été normale depuis l'établissement des derniers comptes annuels, un examen limité (*review*) paraît admissible lorsque le bilan intermédiaire doit être révisé, par exemple dans le cadre de la LFus<sup>337</sup> et <sup>338</sup>. La fiabilité du contrôle et donc du bilan intermédiaire s'en trouve forcément limitée, mais l'attestation de l'organe de révision permet de le constater<sup>339</sup>.

<sup>335</sup> Concernant la loi sur la fusion, voir LUKAS GLANZMANN, *Umstrukturierungen*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, 2014, n° 318 s.; Office fédéral du registre du commerce, *Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz*, in: REPRAX 2/3/2004, p. 8 (encore selon le droit de la révision entré en vigueur 1<sup>er</sup> janvier 2008).

<sup>336</sup> Concernant la loi sur la fusion, voir Recommandation d'audit 800-1 de la Chambre fiduciaire, version 2.0: Audit en vertu de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion; LFus), n° 68; CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER, [www.fusg.ch](http://www.fusg.ch) – die Internetplattform zum Transaktionsrecht, <http://www.fusg.ch/site/fusion/rechtliches/bilanz/index.php?datum=2012-05-24>, normes d'audit (du 24 mai 2012).

<sup>337</sup> Voir Recommandation d'audit 800-1 de la Chambre fiduciaire, version 2.0: Audit en vertu de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion; LFus), n° 67.

<sup>338</sup> Voir Chambre fiduciaire, Norme d'audit suisse 910 Review (examen succinct), éd. de 2013.

<sup>339</sup> Voir Chambre fiduciaire, Norme d'audit suisse 910 Review (examen succinct), éd. de 2013, annexe 3.

Les seuils fixés à l'al. 1, ch. 1, doublent, passant de 20 à 40 millions de francs pour le total du bilan, de 40 à 80 millions de francs pour le chiffre d'affaires et de 250 à 500 emplois à temps plein pour le personnel. Il s'agit d'éviter que la suppression de la possibilité de consolidation à la valeur comptable (voir art. 963b AP-CO) contraigne à établir des comptes consolidés selon une norme comptable reconnue un grand nombre d'entreprises que le Parlement ne voulait pas soumettre à cette obligation<sup>340</sup>. Il est même à supposer que cette nette augmentation des valeurs seuils exclura d'autres groupes de sociétés du champ d'application de l'obligation discutée. L'art. 963a, al. 2, ch. 1 CO permet d'atténuer cette répercussion: l'organe supérieur de direction ou d'administration reste tenu d'établir des comptes consolidés si cette opération est nécessaire pour garantir une appréciation fiable de la situation économique<sup>341</sup>.

A l'al. 2, ch. 2, le seuil prévu pour l'exercice des droits minoritaires au sein de l'association est adapté aux art. 961d, al. 2, ch. 2 et 962, al. 2, ch. 2, CO. En effet, la fixation d'un seuil inférieur dans le domaine de la consolidation n'a aucune justification objective. Au demeurant, la protection des intérêts minoritaires reste inchangée.

L'al 2, ch. 5, correspondent à l'art. 963b, al. 1, ch. 1, CO en vigueur. La bourse doit toujours avoir la possibilité de demander aux sociétés dont les titres de participations sont cotés et qui ne dépassent pas les seuils fixés à l'al. 1, ch. 1, de présenter des comptes consolidés conformément à une norme comptable reconnue.

Selon l'avant-projet, le capital nominal des SA et des Sàrl peut aussi être libellé en monnaie étrangère (voir art. 621 et 773 AP-CO). L'art. 963a doit donc être complété par un al. 4 relatif au mode de conversion.

Selon le rapport du Conseil fédéral du 13 décembre 2013 sur les coûts de la réglementation, l'utilité des consolidations à la valeur comptable est controversée et ce type de consolidation coûte des millions (voir point 1.3.8). L'avant-projet prévoit donc une adaptation des dispositions relatives aux comptes consolidés. L'al. 1 veut que les comptes consolidés prescrits à l'art. 963a doivent être établis conformément à une norme comptable reconnue<sup>342</sup>, ce qui correspond quant au principe au projet

<sup>340</sup> BO 2010 N 1916 ss. Voir FLORIAN ZIHLER, Konzernrechnung nach zukünftigem Recht, ST 2012/5, p. 290.

<sup>341</sup> Voir PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 9 n° 28 (i): «In der Tat wird man nur in seltensten Fällen bei der Grössenordnung, die der Gesetzgeber ins Auge gefasst hat [10-20-200, Art. 663e Abs. 2 aOR], bestätigen können, dass noch ein zuverlässige Beurteilung ohne Konsolidierung möglich ist.» (en substance: En effet, on ne peut confirmer que dans les cas les plus rares [10-20-200, art. 663e, al. 2 aCO] qu'une appréciation fiable est possible sans la consolidation).

<sup>342</sup> Concernant les normes fixées par le Conseil fédéral, voir ordonnance du 21 novembre 2012 sur les normes comptables reconnues (ONCR, RS 221.432).

de 2007<sup>343</sup>. Cependant, les seuils sont maintenant fixés à un niveau nettement supérieur (voir art. 963a AP-CO). Les groupes de PME ne sont donc plus assujettis à une obligation légale générale de dresser des comptes consolidés et l'al. 3, servant notamment de base aux consolidations à la valeur comptable, est abrogé.

L'al. 4 peut également être abrogé vu qu'en particulier les minorités au sens de l'art. 963a, al. 2, ch. 2, peuvent imposer l'établissement de comptes consolidés selon une norme comptable reconnue contre la volonté de l'organe supérieur de direction ou d'administration. Cela correspond au droit en vigueur et ne représente ni une extension ni une restriction de la protection des intérêts minoritaires.

## 2.2.5                    **Transparence dans les entreprises de matières premières**

### *Art. 964a        Principe*

L'al. 1 règle les champs d'application matériel et personnel de l'obligation d'établir un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements dans le secteur des matières premières. Ainsi, les entreprises qui sont à la fois soumises par la loi au contrôle ordinaire de leurs comptes annuels et actives dans la production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de bois provenant de forêts primaires doivent établir chaque année un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements. L'art. 727 CO fixe les conditions auxquelles les entreprises sont soumises au contrôle ordinaire de leurs comptes annuels. Ainsi, cette obligation incombe aux sociétés qui ont des titres de participation cotés en bourse et à celles qui, durant deux exercices successifs, dépassent deux des valeurs suivantes: a) total du bilan: 20 millions de francs, b) chiffre d'affaires: 40 millions de francs, et c) effectif: 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle. La réglementation de l'art. 964a ne porte que sur les grandes entreprises cotées en bourse; les PME n'entrent pas dans le champ d'application<sup>344</sup>.

Si une entreprise doit dresser des comptes annuels consolidés (art. 963 CO), elle est aussi tenue, selon l'al. 2, d'établir un rapport consolidé sur les paiements effectués au profit de gouvernements. Les différentes sociétés qui en font partie n'ont alors plus besoin d'établir un rapport séparé. Le champ d'application de cette réglementation comprend les entreprises engagées directement ou indirectement dans le domaine de la production des matières premières et de l'exploitation des forêts primaires. Il englobe donc les activités des sociétés membres de groupe et des sous-traitants, peu importe que l'activité soit exercée par l'entreprise elle-même, par une filiale qu'elle contrôle ou par une société mandatée.

Les entreprises soumises à l'obligation de faire rapport doivent être actives dans le domaine de la production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou l'exploitation de bois provenant de forêts primaires. Par *minerais*, on entend des éléments ou des

<sup>343</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407 1445 s. et 1544 s.

<sup>344</sup> Abstraction faite des seuils fixés en monnaie différente, cette réglementation correspond dans une large mesure aux dispositions relatives à la transparence de l'UE (voir art. 1 et 3, ch. 4, de la directive 2013/34/UE).

composés chimiques qui ont été formés par cristallisation et par des processus géologiques, tels que le charbon (par ex. houille ou lignite), les minerais métallifères (par ex. minerai de fer) et les pierres naturelles comme le gravier, le sable ou l'argile. Les métaux précieux en font également partie. Le *pétrole* est défini comme un mélange d'une multitude de composés, principalement d'hydrocarbures, issus de la transformation de matières organiques et piégés dans la croûte terrestre. Le *gaz naturel* est un combustible fossile présent naturellement dans des roches poreuses et accompagnant souvent le pétrole, vu qu'il est le produit de processus similaires. Les gaz naturels sont principalement composés de méthane, mais se distinguent par d'autres composants chimiques. Le terme *bois* désigne dans l'usage linguistique général les tissus fermes ou durs des tiges (troncs, rameaux et branches) des arbres et arbrisseaux. Par forêts primaires, on entend des forêts d'essences indigènes qui se régénèrent naturellement, qui ne présentent pas d'indication clairement visible d'activité humaine et où les processus écologiques ne sont pas perturbés de manière importante.

La notion de production comprend, selon la définition de l'al. 3, toutes les activités de l'entreprise dans les domaines de l'exploration, de la prospection, de la découverte, de l'exploitation et de l'extraction. L'exploration englobe les activités liées à la recherche de gisements. La prospection consiste à retracer et à repérer des matières premières et des gisements. L'expression «découverte» se réfère à la recherche de nouveaux gisements ou matières premières. L'exploitation comprend les activités visant à les rendre accessibles et utilisables. Enfin, la dernière étape correspond à l'extraction industrielle des matières premières précitées (pétrole, gaz naturel, etc.).

Le but (statutaire) et l'activité effective de l'entreprise n'ont pas besoin de porter exclusivement ou essentiellement sur la production de matières premières. Les entreprises qui n'exercent des activités dans ce domaine que sporadiquement, voire une seule fois (par ex. dans le cadre d'un projet), entrent dans le champ d'application pour autant qu'elles atteignent les seuils légaux.

Selon l'al. 4, la réglementation s'applique aux paiements au profit de gouvernements, c'est-à-dire d'autorités nationales, régionales ou communales d'un pays tiers, y compris les membres de ces autorités. L'emplacement de ces autorités et la question de savoir si le paiement (par ex. virement bancaire) est effectué dans le pays ou à l'étranger ou depuis la Suisse vers l'étranger n'ont pas d'importance. Les paiements doivent être déclarés aussi lorsqu'ils ne sont pas faits directement à l'Etat ou à une autorité publique, mais aussi à des administrations et entreprises contrôlées par l'Etat, notamment à des établissements et corporations de droit public. La définition du contrôle (étatique) sur une administration ou une entreprise doit tenir compte des conditions relatives au contrôle d'une entreprise par une personne morale fixées à l'art. 963, al. 2, ch. 1 à 3 CO. Cependant, le contrôle consistant en une influence dominante de l'Etat sur une administration ou une entreprise peut aussi découler d'une loi. Les paiements faits à des personnes proches d'un gouvernement doivent également être déclarés en vertu de l'al. 4, ce qui vise notamment à prévenir les opérations évasives. Par personnes au sens de cette disposition, on entend aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Le terme «personne proche» est déjà connu dans le droit de la SA: il figure aux art. 628, 663<sup>bis</sup> et 678 CO et à l'art. 16 ORAb. La définition s'inspire donc de celles qui existent déjà. On peut donc comprendre par là notamment un parent, l'époux ou le concubin, voire un conseiller ou une personne de confiance d'un membre des autorités. En outre, une société de personnes ou de capitaux peut être une personne proche si un actionnaire a une

influence essentielle sur cette société. Nous avons sciemment renoncé à utiliser dans l'avant-projet le terme «personnes politiquement exposées à l'étranger», qui figure dans le projet du 21 mai 2014 de loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger<sup>345</sup>. En effet, cette notion est absente des directives de l'UE et inconnue du droit privé suisse et le cercle des personnes relevant de la réglementation prévue dans l'avant-projet est de toute manière très large.

*Art. 964b Types de prestations*

Peu importe comment le paiement est effectué: il peut se faire tant par virement bancaire qu'au comptant. Selon l'al. 1, il peut être effectué en espèces ou en nature. Dans le second cas de figure, l'objet, la valeur et le volume de la prestation doivent être mentionnés en vertu de l'al. 2. Il convient en outre d'indiquer la manière dont la valeur a été établie (méthode d'évaluation).

Conformément à l'al. 2, l'expression «paiement» désigne le versement d'une des prestations déterminées ou déterminables suivantes:

- les droits à la production;
- les impôts ou taxes sur la production, le revenu ou le bénéfice des entreprises, à l'exclusion des impôts ou taxes perçus sur la consommation (telles que par exemple les taxes sur la valeur ajoutée ou sur le chiffre d'affaires);
- les redevances;
- les dividendes, à l'exclusion des dividendes versés à un gouvernement en sa qualité d'actionnaire tant que ces dividendes lui sont versés à des conditions identiques à celles applicables aux autres actionnaires;
- les primes de signature, de découverte et de production;
- les droits de licence, de location et d'entrée et toute autre contrepartie d'autorisations ou de concessions;
- les paiements pour des améliorations des infrastructures.

*Art. 964c Forme et contenu du rapport*

Cette disposition règle les exigences posées aux rapports quant à la forme et quant au fond.

L'al. 1 veut que le rapport ne comprenne que les paiements provenant des activités de l'industrie productive de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou des activités relatives à l'exploitation des forêts primaires.

Selon l'al. 2, le rapport doit mentionner les paiements effectués au profit de gouvernements à partir de 120 000 francs par exercice. L'exercice correspond à la période qui fait l'objet des comptes annuels. Les paiements effectués durant l'exercice doivent être établis à la fin de l'exercice.

Si les paiements sont libellés en devises, les montants doivent être convertis à la fin de l'exercice en francs suisses au taux de change applicable le dernier jour de l'exercice, en référence aux cours moyens du marché interbancaire publiés par un système

<sup>345</sup> Voir [http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20140039](http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20140039) (14.039).

d'information sur les cours de devises reconnu à l'échelle mondiale tel que Reuters ou Bloomberg.

Les paiements au profit de gouvernements peuvent être des versements individuels ou des séries de paiements (par ex. acomptes) atteignant au moins 120 000 francs en tout. Selon l'art. 8 des dispositions transitoires de l'AP-CO, le chapitre 6 du titre 32<sup>e</sup> est applicable à compter de l'exercice qui commence une année, au plus tôt, après l'entrée en vigueur de la présente modification. Quant aux paiements faits par montants partiels ou acomptes durant le premier exercice suivant l'entrée en vigueur des dispositions, c'est-à-dire lors de la première application de la réglementation, on n'indiquera que les versements effectués au cours de ce premier exercice, même si des paiements étaient déjà effectués en vertu du même contrat avant l'entrée en vigueur de l'obligation d'informer.

Le rapport mentionne la somme des paiements effectués au profit de chaque gouvernement. Il indique en outre le montant total des paiements effectués au profit de chaque gouvernement par type de prestations selon l'art. 964b, al. 1, AP-CO. En outre, l'al. 3 règle les paiements destinés à des projets spécifiques: le rapport mentionne le montant total par type de prestations selon à l'art. 964b, l'al. 1, AP-CO, des paiements effectués pour chacun de ces projets, ainsi que le montant total des paiements correspondant à chaque projet. Par projet, on entend les activités opérationnelles qui découlent d'un seul contrat, licence, bail à loyer, concession ou autre accord juridique similaire et qui fondent des obligations de payer vis-à-vis d'un gouvernement; plusieurs accords liés quant au fond sont considérés comme un seul projet.

Selon l'al. 4, le rapport est établi par écrit et doit être approuvé par l'organe supérieur de direction ou d'administration. Le choix des langues (une des langues nationales ou l'anglais) correspond à la réglementation de la comptabilité commerciale (art. 957a, al. 5 CO).

#### *Art. 964d Publication*

Cette disposition impose à la société l'obligation de publier le rapport complet sur les paiements effectués au profit de gouvernements. La publication doit se faire annuellement par voie électronique, par exemple sur le site internet de l'entreprise. Le rapport doit en outre rester accessible au public au moins pendant dix ans. On peut supposer que les entreprises concernées disposent d'un site internet. L'obligation de publier le rapport va plus loin que le devoir d'information concernant les comptes annuels et les comptes consolidés selon l'art. 958e CO. En effet, le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements suscite selon toute vraisemblance un intérêt plus large que les comptes annuels et les comptes consolidés. Il intéressera notamment les organisations non gouvernementales.

#### *Art. 964e Conservation et documentation*

Cette disposition s'inspire de la réglementation sur la tenue et la conservation des livres prévue à l'art. 958f CO. L'al. 1 veut que le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements et toutes les autres pièces importantes doivent être conservés pendant au moins dix ans à partir de la fin de l'exercice. Les «pièces importantes» comprennent les pièces comptables concernant les paiements et les contrats pertinents.





statuts et règlements. Il a notamment fait ses preuves dans le cadre de la révision du droit comptable entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013.

Si la société ne procède pas aux modifications nécessaires à l'échéance du délai fixé par la loi, les dispositions statutaires et réglementaires qui ne sont toujours pas conformes au nouveau droit seront frappées de nullité, en application de l'art. 2, al. 2, des dispositions transitoires de l'AP-CO.

*Art. 3 des dispositions transitoires de l'AP-CO*      *Augmentation autorisée et augmentation du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel*

L'al. 1 dispose que le droit actuel reste applicable pour les augmentations conditionnelles ou autorisées du capital-actions (art. 651 et 653 CO) qui ont été décidées par l'assemblée générale avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Les décisions ne peuvent toutefois plus être prorogées ou modifiées.

*Art. 4 des dispositions transitoires de l'AP-CO*      *Apport*

Les sociétés existantes bénéficient de droits acquis en ce qui concerne l'apport minimum (qui doit désormais être entièrement libéré), à moins qu'elles modifient leur capital. En principe, les prescriptions relatives à la libération intégrale de l'apport ne s'appliquent pas aux sociétés constituées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Une société y est toutefois soumise si elle modifie son capital ou si elle modifie le degré de libération ou la valeur nominale de ses actions. La libération ultérieure est régie par les prescriptions du droit en vigueur (art. 634a CO). L'al. 2 mentionne explicitement la compétence actuelle du conseil d'administration. Par exemple, si une SA inscrite au registre du commerce dont le capital est libéré pour moitié augmente son capital de 100 000 à 200 000 francs, elle doit en même temps procéder à une libération ultérieure (elle doit donc réunir au moins 150 000 francs en tout). Une société dont le capital, libéré pour moitié, s'élève à 200 000 francs ne peut pas non plus augmenter la part libérée à 150 000 francs, par exemple, dans un premier temps: le capital doit impérativement être libéré dans son intégralité. De même, il est interdit aux sociétés dont le capital n'est que partiellement libéré de réduire leur capital si elles ne procèdent pas en même temps à une libération intégrale à concurrence du nouveau capital. Si le capital, libéré pour moitié, d'une société s'élève à 200 000 francs, il est interdit de le réduire à 150 000 francs sans effectuer simultanément une libération intégrale.

*Art. 5 des dispositions transitoires de l'AP-CO*      *Représentation des sexes*

Les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et qui dépassent les valeurs seuils fixées à l'art. 727, al. 1, ch. 2, CO sont tenues de respecter l'obligation relative aux mentions faites dans le rapport de rémunération selon l'art. 734e AP-CO au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur de la présente loi.

*Art. 6 des dispositions  
transitoires de l'AP-CO*

*Ajournement de la faillite*

Si un ajournement de la faillite a été autorisé avant l'entrée en vigueur du nouveau droit (art. 725a CO), la procédure se poursuivra et se terminera selon le droit en vigueur. Elle pourra également être prolongée. Pour autant que les conditions soient réunies, il est cependant envisageable de transformer la procédure en cours en procédure concordataire par une demande de sursis concordataire (art. 293 ss LP).

*Art. 7 des dispositions  
transitoires de l'AP-CO*

*Adaptation des contrats de travail conclus sous  
l'ancien droit*

Selon l'art. 7 des dispositions transitoires de l'AP-CO, les contrats de travail existant au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit doivent être adaptés dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit. Passé ce délai, celui-ci s'appliquera sans distinction à tous les contrats de travail. Vu les nombreux cas d'application possibles, l'avant-projet ne règle pas explicitement les conséquences juridiques, qui devront être déterminées dans les cas d'espèce par les tribunaux<sup>348</sup>.

*Art. 8 des dispositions  
transitoires de l'AP-CO*

*Transparence dans les entreprises de matières  
premières*

Le chapitre 6 du titre trente-deuxième de l'AP-CO, soit les dispositions des art. 964a ss relatives à la transparence dans les entreprises de matières premières, est applicable à compter de l'exercice qui commence une année après l'entrée en vigueur du nouveau droit, afin de laisser aux entreprises concernées suffisamment de temps pour la mise en œuvre des nouvelles normes en matière de transparence.

## **2.3 Modification d'autres actes**

### **2.3.1 Code civil**

#### **2.3.1.1 Associations**

*Art. 61, al. 3 Inscription au registre du commerce*

L'ORC règle quelles pièces justificatives doivent accompagner une réquisition d'inscription au registre du commerce (art. 90 ORC). L'art. 61, al. 3, CC peut donc être abrogé.

*Art. 69d Menace d'insolvabilité, perte de capital et surendettement*

Les art. 725 à 725c AP-CO seront applicables par analogie aux associations tenues de s'inscrire au registre du commerce (art. 61, al. 2, CC). Celles-ci seront donc soumises au même régime que les coopératives avec des parts sociales (art. 903 AP-CO).

<sup>348</sup> Voir Rapport explicatif du 14 juin 2013 concernant l'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb), p. 45.

En raison de leurs caractéristiques, les associations ne sont toutefois pas soumises à l'art. 725a, al. 1, ch. 1, AP-CO.

### 2.3.1.2 Fondations

#### *Art. 84a Menace d'insolvabilité et surendettement*

L'avant-projet soumet les fondations aux nouvelles dispositions de la SA sur l'insolvabilité et le surendettement (al. 1), et en particulier à l'obligation d'élaborer un plan de trésorerie en cas d'insolvabilité. Les nouvelles obligations introduites ici concernent l'organe suprême de la fondation (souvent appelé conseil de fondation). On a en revanche renoncé à soumettre les fondations aux dispositions sur la perte de capital (art. 725a AP-CO), car les autorités de surveillance des fondations peuvent identifier les problèmes relativement tôt et requérir les mesures appropriées.

Les compétences actuelles de l'autorité de surveillance ne sont pas modifiées. L'obligation de l'organe de révision d'informer l'autorité de surveillance est simplement mentionnée expressément à l'al. 2.

A l'al. 4, la mention de l'ajournement de la faillite est supprimée, de même que la mention des mesures d'exécution forcée, laquelle est déplacée à l'al. 3. Au lieu de mesures d'exécution forcée, on parlera d'avis au tribunal. Les deux expressions font quoi qu'il en soit allusion à la demande de sursis concordataire et à l'avis de surendettement.

#### *Art. 84b Publicité des indemnités*

L'avant-projet prévoit que l'organe suprême de la fondation communique annuellement à l'autorité de surveillance le montant des indemnités qui lui ont été versées directement ou indirectement (comparer avec l'art. 734a, al. 2, AP-CO). Si la fondation a une direction, les indemnités qui lui sont versées doivent être communiquées séparément à l'autorité de surveillance (art. 84b AP-CC). En règle générale, pour remplir la fonction qui lui incombe, cette dernière demande déjà aujourd'hui des informations sur les montants versés. Cette obligation mérite toutefois de figurer explicitement dans la loi.

#### *Art. 89a, al. 6, ch. 18 Fondations de prévoyance en faveur du personnel*

Il est précisé à l'art. 89a, al. 6, ch. 18, AP-CC que les art. 71a et 71b de l'AP-LPP, sur les obligations de voter en qualité d'actionnaire et de communiquer sur l'exercice de ce droit de vote, valent aussi pour les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité, qui sont soumises à la LFLP, et qui proposent exclusivement des prestations surobligatoires, pour autant qu'elles garantissent à leurs assurés des prestations de prévoyance<sup>349</sup>.

<sup>349</sup> Voir aussi initiative parlementaire 11.457 « Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle ».

### 2.3.2

### Loi du 3 octobre 2003 sur la fusion

*Art. 6, al. 1 et 1<sup>bis</sup> Fusion de sociétés en cas de perte de capital ou de surendettement*

La disposition concernant la postposition de créances consentie par les créanciers dans le cadre d'une fusion d'assainissement est adaptée aux art. 725 ss AP-CO et aux nouvelles dispositions sur les réserves (art. 671 s. AP-CO).

*Art. 9, al. 2 Augmentation de capital en cas de fusion par absorption*

L'art. 9 LFus prévoit que la fusion par absorption n'est pas touchée par l'art. 651, al. 2, CO, selon lequel le capital-actions autorisé, en cas d'augmentation, ne peut être supérieur à la moitié du capital-actions existant. Or, l'avant-projet supprime l'augmentation autorisée du capital au profit de la marge de fluctuation du capital. L'art. 9 LFus doit donc être adapté de manière à préciser que la limite d'augmentation fixée à l'art. 653s, al. 2, AP-CO n'est pas applicable à la fusion par absorption. Le renvoi aux dispositions concernant les apports en nature est aussi adapté (voir art. 634 AP-CO).

*Art. 11, al. 2 Abrogé*

L'avant-projet règle toutes les exigences relatives au bilan intermédiaire à l'art. 960f AP-CO. L'art. 11, al. 2, LFus peut donc être abrogé.

*Art. 32 Réduction de capital en cas de séparation*

L'art. 32 LFus vise à coordonner les dispositions sur la protection des créanciers de la LFus et du CO afin d'éviter les doublons. Les dispositions du CO sur la réduction de capital ayant été déplacées, l'art. 32 LFus doit être adapté.

*Art. 33, al. 2 Augmentation de capital*

Voir le commentaire de l'art. 9, al. 2, AP-LFus.

*Art. 35, al. 2 Abrogé*

L'avant-projet règle toutes les exigences relatives au bilan intermédiaire à l'art. 960f AP-CO. L'art. 35, al. 2, LFus peut donc être abrogé.

*Art. 58, al. 2 Abrogé*

L'avant-projet règle toutes les exigences relatives au bilan intermédiaire à l'art. 960f AP-CO. L'art. 58, al. 2, LFus peut donc être abrogé.

*Art. 70, al. 2, 3<sup>e</sup> phrase Conclusion du contrat de transfert*

Cette disposition est simplement modifiée dans sa formulation, dans un souci de cohésion avec l'art. 634, al. 3, 1<sup>re</sup> phrase, AP-CO.

### 2.3.3 Code de procédure civile

*Art. 5, al. 1, let. g Instance cantonale unique*

Adaptations rédactionnelles aux nouvelles dispositions sur l'examen spécial (Art. 697c ss AP-CO).

*Art. 47, al. 2, let. f Motifs de récusation*

La participation à une procédure d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société (art. 697k AP-CO), tout comme la participation à des procédures relatives à des mesures provisionnelles ou à l'octroi de l'assistance judiciaire, ne saurait être à elle seule un motif de récusation pour les magistrats et les fonctionnaires judiciaires. Elle est donc ajoutée à la liste négative de l'art. 47, al. 2, CPC.

*Art. 107, al. 1bis Répartition en équité*

Grâce à cette nouvelle disposition, qui avait déjà été adoptée par le Parlement dans le cadre de la révision du CO du 16 mars 2012 proposée comme contreprojet indirect à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives »<sup>350</sup>, le tribunal peut, en cas de rejet d'une action sociale, répartir les frais entre la société et le demandeur selon son appréciation. Ainsi, le risque, pour le demandeur, de devoir supporter les frais de procédure est réduit, autant pour l'action en restitution (art. 678 AP-CO) que pour l'action en responsabilité (art. 752 ss CO). Cette disposition permet en effet au juge de s'éloigner du principe énoncé à l'art. 106, al. 1, CPC pour répartir les frais de manière plus avantageuse pour la partie succombante.

Le tribunal répartit les frais en prenant en compte tous les éléments qui sont pertinents dans le cas d'espèce. Pour réduire la part des frais imputés à l'actionnaire demandeur, il faut dans tous les cas que son action apparaisse comme bien fondée au vu de l'état de fait et de la situation juridique de la société avant l'ouverture de la procédure. Le tribunal doit également tenir compte d'une éventuelle décision de l'assemblée générale ou procédure d'autorisation relative à l'ouverture d'une action sociale (art. 697j s. AP-CO). En réduisant fortement le risque de devoir supporter l'ensemble des frais judiciaires et en assouplissant l'obligation de payer une avance de frais pour les actions en restitution et en responsabilité, l'art. 107, al. 1<sup>bis</sup>, AP-CPC renforce le droit des actionnaires d'intenter une action en paiement à la société. L'application du droit s'en trouve considérablement renforcée.

*Art. 250, let. c, ch. 7 à 11 et 14 Code des obligations*

Les ch. 7 à 11 de l'art. 250, let. c, CPC sont adaptés à l'avant-projet et aux modifications du CO (droit des sociétés) du 16 décembre 2005 (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008). Ces chiffres ne subissent aucune modification sur le fond étant donné que les affaires concernées sont déjà soumises à la procédure sommaire dans le droit en vigueur.

Un ch. 14 est ajouté pour préciser que la procédure sommaire s'applique aussi à la demande d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société (art. 697j AP-CO). En effet, cette demande doit pouvoir être traitée par le biais d'une procédure

<sup>350</sup> BO 2012 E 269; BO 2012 N 554.

flexible et rapide, étant donné que les moyens d'attaques et de défense et les preuves à fournir sont relativement simples. De plus, il ne s'agit que d'une décision provisionnelle et provisoire portant sur les frais d'une procédure principale ultérieure.

### **2.3.4 Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite**

Les adaptations suivantes ont un lien étroit avec la révision des dispositions du CO sur l'assainissement (art. 725 ss AP-CO). Par ailleurs, suite à la révision de la LP entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014, de légères corrections doivent être apportées aux art. 295 et 319 LP.

#### *Art. 173a, al. 2 Ajournement de la faillite; en cas de demande d'un sursis concordataire ou extraordinaire ou d'office*

Les dispositions révisées de la LP sur l'assainissement ne sont plus axées exclusivement sur la conclusion d'un concordat. Elles visent également à permettre d'autres mesures, comme un simple sursis, lorsqu'un assainissement immédiat paraît possible<sup>351</sup>. La viabilité d'un concordat n'est plus une condition pour l'octroi d'un sursis. Dans sa version actuelle, l'art. 173a, al. 2, LP ne reflète pas cet aspect. L'avant-projet, en revanche, prévoit explicitement que le tribunal peut ajourner la faillite si un assainissement immédiat paraît probable, sans qu'il soit nécessaire de conclure un concordat.

La mention de la transmission du dossier au juge du concordat est conservée, même si, dans la plupart des cantons, il n'y a pas de transmission à proprement parler, mais un simple changement de rôle (sensé du reste) étant donné que la faillite et le concordat ressortissent du même tribunal. Cette pratique est à saluer, car la transmission du dossier à un autre tribunal ralentirait inutilement la procédure. Dans ce cas de figure, la procédure concordataire est introduite par la décision d'ajourner la faillite et l'« autotransmission » du dossier (art. 293, let. c, LP).

#### *Art. 285, al. 4 Principes*

Le droit de la révocation actuel expose l'activité du conseil d'administration ou du commissaire à une grande insécurité juridique, même après l'ouverture d'une procédure concordataire. Cette insécurité, qui a des conséquences pour les tiers (par ex. prêteurs ou fournisseurs potentiels), compromet les chances qu'aurait une entreprise de réussir à s'assainir pendant ou avant un sursis concordataire.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014, les actes juridiques accomplis durant un sursis concordataire et avalisés par un juge du concordat ou une commission des créanciers ne peuvent faire l'objet d'une action paulienne (art. 285, al. 3, LP). Cette nouvelle disposition ne prévoit toutefois pas que les actes avalisés par le commissaire sont également irrévocables.

Le nouvel alinéa prévoit que, durant le sursis toutes les dettes contractées avec l'accord du commissaire sont irrévocables, et non uniquement les dettes constituant la masse dans un concordat par abandon d'actifs ou dans une faillite subséquente

<sup>351</sup> Voir message du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite (droit de l'assainissement), FF 2010 5871, 5876.

(art. 310, al. 2, LP). Pour ne pas étendre l'irrévocabilité à trop d'actes, on a préféré recourir au terme « dette » de l'art. 310, al. 2, LP plutôt qu'au terme plus général d'« acte » utilisé dans le droit de la révocation.

Même si le prêt est ici un cas de figure courant, la disposition ne cible pas uniquement ce type de contrat. En effet, non seulement les prêteurs, mais également, par exemple, les fournisseurs qui consentent à faire crédit, peuvent jouer un rôle indispensable en vue du maintien des activités d'une entreprise et de son assainissement.

Sauf pour les dispositions relatives à l'actif immobilisé et les dispositions à titre gratuit (art. 298, al. 2, LP), qui nécessitent l'autorisation du juge du concordat ou de la commission des créanciers, l'avant-projet prévoit que l'aval du commissaire sera suffisant pour mettre un acte à l'abri de la révocation, comme un contrat de prêt. Ainsi, une constitution de gage (éventuellement en lien avec un prêt) restera soumise à l'autorisation du juge du concordat. Cette différence de régime est justifiée, car un prêt ne vise pas à aliéner des actifs du débiteur sur lesquels les créanciers ont éventuellement des prétentions, mais en premier lieu à obtenir de nouvelles liquidités pour poursuivre la marche des affaires, maintenir la valeur des actifs et assainir l'entreprise. Au final, les rendements générés pourront être utilisés pour rembourser le prêt (art. 310, al. 2, LP). Il incombe par ailleurs au commissaire de veiller à ce que le prêt soit utilisé adéquatement (art. 298, al. 1, LP). C'est pourquoi il paraît cohérent, par rapport à la réglementation en vigueur, de retenir comme critère le fait qu'une constitution de dette a été avalisée par le commissaire (et non nécessairement par le juge du concordat) pour qu'elle soit irrévocable. En ce qui concerne les actes visés à l'art. 310, al. 2, LP, les contreprestations découlant d'un contrat de durée sont également irrévocables.

La réglementation proposée porte sur les prêts contractés pendant le sursis concordataire et n'est donc pas concernée par la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le remboursement des prêts d'assainissement accordés avant l'octroi du sursis<sup>352</sup>. Cette jurisprudence n'est par remise en question. Toutefois, sur la base des critères retenus, il est souvent difficile de déterminer si un prêt, suivant le moment auquel il a été contracté, peut être considéré ou non *ex post* comme un prêt d'assainissement au sens de la jurisprudence. Grâce à l'art. 285, al. 4, AP-LP, les débiteurs concernés peuvent invoquer la procédure concordataire pour se mettre à l'abri de cette insécurité juridique. On crée ainsi une incitation à demander plus tôt un sursis provisoire comme mesure d'assainissement.

#### *Art. 293a, al. 2 Sursis provisoire*

Le premier sursis provisoire accordé doit rester limité à quatre mois (al. 2, 1<sup>re</sup> phrase). Le juge peut également impartir un délai plus court (une prolongation de celui-ci ne dépassant pas la durée totale de quatre mois est possible et n'est donc pas soumise aux conditions exposées ci-dessous).

Conformément au nouvel al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, le juge pourra prolonger le sursis provisoire de quatre mois au plus. Toutefois, il ne pourra le faire que « dans des cas justifiés », à savoir, notamment, si la procédure concordataire est particulièrement complexe, s'il est toujours opportun, après quatre mois, de ne pas rendre le sursis public ou si un assainissement est imminent. Comme la décision de prolonger le sursis provisoire est irrévocable, il n'y a lieu de la prendre que si l'octroi d'un sursis

<sup>352</sup> ATF 134 III 458 s. avec renvois.



définitif paraît inapproprié. En cas de prolongation, le juge peut décider de modifier les conditions du sursis (par ex. nommer un commissaire, en dépit de la publication, ou donner au commissaire déjà en place des tâches et des droits particuliers).

En ce qui concerne le droit transitoire, il est prévu que les sursis concordataires octroyés avant l'entrée en vigueur de la révision pourront aussi être prolongés sur la base de cette disposition.

#### *Art. 295, al. 4 Commissaire*

Lors de la dernière révision du droit de l'assainissement de la LP, l'ancien art. 295, al. 3, LP a été abrogé et remplacé par un alinéa sans lien direct avec la première disposition. Du fait que le message relatif à cette révision ne mentionne rien, il s'agit là, selon toute vraisemblance, d'une maladresse de la part du législateur<sup>353</sup>. Celui-ci n'ayant pas souhaité modifier le statut du commissaire, la présente révision est l'occasion de ressusciter l'ancien alinéa.

Par rapport à l'ancienne version, l'avant-projet ajoute l'art. 8a (droit de consultation) à la liste des dispositions auxquelles il est fait renvoi. Cet article doit pouvoir être appliqué par analogie au commissaire en raison de l'obligation de rédiger des procès-verbaux prévue à l'art. 8 LP. Dès lors, concrètement, seul l'art. 8a, al. 1, est visé par le renvoi.

#### *Art. 319, al. 1 Effets de l'homologation*

L'art. 308 LP, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014, prévoit que le concordat a force obligatoire à partir du moment où il devient exécutoire. L'art. 319, al. 1, LP, quant à lui, prévoit que le concordat par abandon d'actifs déploie ses effets lorsque son homologation devient définitive. Le débiteur n'a alors plus le droit de disposer de ses biens et le pouvoir de signature des anciens ayants droit s'éteint. Or, le moment de l'homologation définitive et le moment où le concordat devient exécutoire peuvent être différents, notamment, comme ici, lorsqu'un recours n'a pas d'effet suspensif (voir art. 309, let. b, ch. 7, CPC en relation avec les art. 325 et 336 CPC). Dans l'art. 319 LP, malgré la formulation actuelle, c'est le caractère exécutoire, et non définitif, du jugement portant sur l'homologation qui importe<sup>354</sup>. La nouvelle formulation permet à l'autorité de recours, si nécessaire, de suspendre l'exécution de la décision (art. 325, al. 2, CPC).

#### *Art. 334, al. 4 Sursis, désignation d'un commissaire*

Ici aussi, un renvoi (actuellement à l'art. 294, al. 3 et 4 aLP) doit être adapté à la révision entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014. Il convient d'appliquer l'art. 295c en ce qui concerne le recours et les effets de celui-ci contre les décisions visées à l'art. 334, al. 1 et 2, LP.

<sup>353</sup> Est également de cet avis : DANIEL HUNKELER, Gesetzgeberische Fehler im neuen Sanierungsrecht, in: Jusletter du 2 juin 2014, n° 12.

<sup>354</sup> Voir DANIEL HUNKELER, *ibid.*, n° 13.

### 2.3.5 Code pénal

#### *Art. 34, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase Peine pécuniaire. Fixation*

Actuellement, le jour-amende maximal, pour tout le droit pénal, est de 3000 francs (art. 34, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, CP). Il n'est pas prévu que ce montant puisse être dépassé, contrairement au nombre de jours-amende, pour lequel l'art. 34, al. 1, CP admet qu'il puisse y avoir des exceptions.

L'art. 154, al. 4, AP-CP prévoit que, pour le calcul de la peine pécuniaire, le juge n'est pas lié par le montant maximal du jour-amende (la peine pécuniaire est fixée autrement). Il convient dès lors d'adapter l'art. 34, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, CP.

#### *Art. 154 Punissabilité des membres du conseil d'administration et de la direction de sociétés dont les actions sont cotées en bourse*

L'art. 154 AP-CP est la transposition au niveau de la loi des dispositions de l'art. 24 ORAb.

Comme l'octroi et la perception d'indemnités interdites correspondent à des infractions contre le patrimoine, la nouvelle disposition est placée dans le titre du CP consacré à ces infractions (art. 137 ss CP).

#### **Al. 1**

L'al. 1 vise les infractions contre les règles de rémunération applicables aux sociétés cotées en bourse.

Seuls sont punissables les membres du conseil d'administration ou de la direction, car ces personnes sont responsables de la (haute) direction de la société<sup>355</sup> et exercent leur pouvoir décisionnel de manière indépendante.

Il s'agit dès lors d'une infraction propre, étant donné que la personne doit répondre à certains critères pour être coupable<sup>356</sup>. Les personnes ne répondant pas aux critères (par ex. membres du conseil consultatif ou de l'organe de révision, avocat, fiduciaires) peuvent également être punies, mais uniquement pour instigation (art. 24 CP) ou complicité (art. 25 CP). Elles s'exposent aux mêmes sanctions que l'auteur. Leur peine est toutefois atténuée (art. 26 CP).

L'art. 154 AP-CP ne concerne que les membres de conseil d'administration ou de direction de sociétés dont tout ou partie des actions sont cotées dans une bourse suisse ou étrangère (voir art. 732 AP-CO).

Est punissable non seulement la personne qui *octroie* une indemnité interdite, mais également celle qui la *reçoit*<sup>357</sup>. Il convient de punir les deux parties, car il existe souvent des liens personnels entre les membres des organes de direction.

Si l'infraction a été commise sur la base d'une décision d'un organe de la société (par ex. décision du conseil d'administration), chacun des membres de cet organe doit être jugé en fonction de son vote. En vertu du principe de droit pénal selon lequel on ne peut attribuer à une personne que les actes qui lui sont effectivement

<sup>355</sup> En droit civil, elles sont par ex. responsables du dommage qu'elles causent à la société (Art. 754 CO).

<sup>356</sup> Voir GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4<sup>e</sup> éd. 2011, § 9 n° 5.

<sup>357</sup> Voir art. 95, al. 3, let. b, Cst.: «... les membres des organes ne reçoivent ni ...».

imputables, seuls les membres ayant soutenu une décision (majoritaire) sont punissables<sup>358</sup>.

Ce ne sont pas l'octroi ou la perception des indemnités considérées comme interdites par l'art. 735c AP-CO ou par l'art. 735d AP-CO en relation avec l'art. 735c AP-CO, mais l'octroi ou la perception des rémunérations déclarées expressément comme interdites à l'art. 95, al. 3, let. b, Cst. qui sont punissables.

Il s'agit nommément des indemnités interdites suivantes:

- les indemnités de départ convenues contractuellement et celles prévues par les statuts; les indemnités dues jusqu'à la fin du rapport contractuel ne sont pas considérées comme des indemnités de départ (art. 735c, al. 1 et 2, ch. 1, en relation avec l'art. 626, al. 2, ch. 2, AP-CO) ;
- les indemnités anticipées (art. 735c, al. 1, ch. 6, AP-CO) ;
- les provisions pour la reprise ou le transfert de tout ou partie d'une entreprise (art. 735c, al. 1, ch. 7).

L'octroi et la perception de ces indemnités sont également punissables quand elles sont liées aux activités de sociétés appartenant au même groupe (art. 735d, ch. 1, en relation avec l'art. 735c, al. 1, ch. 1, 6 et 7, AP-CO).

L'octroi et la perception des autres indemnités prévues par l'avant-projet sont *limités*, mais non punissables. Sont visées par exemple certaines indemnités qui ne sont pas conformes à l'usage commercial ou à la pratique du marché (art. 735c, al. 1, ch. 2 à 4, AP-CO), les primes d'embauche qui ne s'inscrivent pas en réparation d'un désavantage financier clairement établi (art. 735c, al. 1, ch. 5, AP-CO) et certaines rémunérations dont les principes ne sont pas prévus par les statuts, comme les prêts, les crédits et les titres de participations (art. 735c, al. 1, ch. 8 et 9, AP-CO). Il pourrait paraître cohérent de punir toutes les indemnités interdites. Toutefois, cette idée n'a pas été retenue pour les raisons exposées au point 1.3.5.3. Du reste, ces indemnités ne sont en soi pas interdites.

Cela ne veut pas dire pour autant que, par exemple, les membres du conseil d'administration qui octroieraient ou recevraient des indemnités interdites non visées par l'art. 154, al. 1, AP-CP ne pourraient pas être punis. Certaines de ces pratiques ressortissent à la gestion déloyale (art. 158 CP).

Pour que l'élément constitutif subjectif de l'infraction soit rempli, l'auteur doit avoir agi selon une intention directe (voir commentaire de l'al. 3 ci-dessous).

Conformément à l'art. 95, al. 3, let. d, Cst., les infractions en question sont punies d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire. En plus de la peine privative de liberté, le juge a donc l'obligation de prononcer une peine pécuniaire, comme dans le cadre de l'art. 135, al. 3, CP (représentation de la violence), de l'art. 182, al. 3, CP (traite d'êtres humains) et de l'art. 305<sup>bis</sup>, ch. 2, CP (blanchiment d'argent). Contrairement à ce qui est prévu à l'art. 42, al. 4, CP, le juge doit ici obligatoirement prononcer une peine pécuniaire en cas de sursis ou de sursis partiel. Dans certaines circonstances, il peut suspendre entièrement ou partiellement l'exécution de la peine (privative de liberté et pécuniaire) (art. 42 ss CP). La sanc-

<sup>358</sup> Concernant la responsabilité pour les décisions collectives, voir : ANDREAS EICKER, Haftung für Dritte: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen in Unternehmen nach dem revidierten Allgemeinen Teil des StGB, PJA 6/2010, p. 683 ss.

tion prononcée (peine privative de liberté et peine pécuniaire) doit globalement être proportionnelle à la culpabilité de l'auteur (art. 47 CP).

## **Al. 2**

L'art. 154, al. 2, AP-CP énumère aux ch. 1 à 3 les infractions portant atteinte en premier lieu aux droits sociaux des actionnaires de sociétés cotées en bourse.

Contrairement à ce que prévoit l'art. 154, al. 1, AP-CP, dans un souci de proportionnalité, il est prévu que les infractions de l'al. 2 ne peuvent être commises que par les membres du conseil d'administration, car celui-ci a la tâche intransmissible et inaliénable de préparer l'assemblée générale et d'exécuter ses décisions (art. 716a, al. 1, ch. 6, CO). Les membres de la direction et du conseil consultatif, comme toute autre personne, peuvent également être poursuivies pour instigation (art. 24 CP) ou complicité (art. 25 CP). Comme à l'al. 1, pour que l'élément constitutif subjectif de l'infraction soit rempli, l'auteur doit avoir agi selon une intention directe (voir commentaire de l'al. 3 ci-dessous). Cette condition réduit le nombre de cas punissable et permet d'éviter certaines difficultés d'appréciation.

Comme les infractions définies à l'al. 2 sont moins graves que celles de l'al. 1, la sanction prévue est moins sévère, à savoir une peine privative de liberté de trois ans au plus *ou* une peine pécuniaire. L'idée est de tenir compte du principe de proportionnalité et de veiller à la cohérence du droit pénal (voir point 1.3.4.3).

## **Ch. 1**

L'art. 95, al. 3, let. b, Cst. interdit de déléguer à une personne morale la gestion d'une SA cotée en bourse. À cet égard, l'art. 716b, al. 1, AP-CO prévoit que les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres ou à d'autres personnes (direction) physiques conformément au règlement d'organisation. Seule la gestion de fortune peut être déléguée à une personne morale.

Le conseil d'administration qui, en violation de l'art. 716b, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, AP-CO, délègue tout ou partie de la gestion à une personne morale (à l'exception de la gestion de fortune) est punissable (art. 154, al. 2, ch. 1, AP-CP, voir art. 24, al. 2, ch. 1, ORAb).

## **Ch. 2**

L'art. 95, al. 3, let. a, Cst. interdit la représentation par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire. Cette interdiction est énoncée à l'art. 689b, al. 2, CO (voir art. 24, al. 2, ch. 2, ORAb).

## **Ch. 3**

Le ch. 3 punit certains comportements des membres du conseil d'administration susceptibles d'empêcher l'exercice de droits sociaux des actionnaires de sociétés cotées.

Par « empêcher », on entend un comportement qui aurait pour effet que certaines actions ne puissent pas avoir lieu (par ex. l'élection annuelle des membres du conseil d'administration par l'assemblée générale ou le vote annuel de cette dernière sur les rémunérations). Le simple accomplissement de l'acte en question (par ex. empêcher que le vote sur les rémunérations soit inscrit à l'ordre du jour) ne suffit pas pour que l'infraction soit considérée comme consommée. L'infraction n'est ici punissable

qu'à partir du moment où l'acte a produit un résultat (par ex. que le vote n'ait effectivement pas eu lieu suite à sa non-inscription à l'ordre du jour). Il s'agit donc d'une infraction matérielle (ou de résultat), par opposition à une infraction formelle (ou de pure activité).

#### **Let. a**

Conformément à l'art. 95, al. 3, let. c, Cst., les statuts règlent le nombre de mandats externes des membres des organes et la durée du contrat de travail des membres de la direction. Ces règles sont énoncées à l'art. 626, al. 2, ch. 1 et 2, AP-CO. L'art. 154, al. 2, ch. 3, let. a, AP-CP définit comme punissables les membres du conseil d'administration qui ont empêché l'assemblée générale de se prononcer sur l'insertion de ces dispositions obligatoires dans les statuts (par ex. en omettant de l'inscrire à l'ordre du jour) (voir art. 24, al. 2, ch. 3, let. d, ORAb).

#### **Let. b**

Conformément à l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., l'assemblée générale désigne chaque année le président du conseil d'administration et, un par un, les membres du conseil d'administration et les membres du comité de rémunération, ainsi que le représentant indépendant. L'art. 698, al. 2, ch. 2, CO attribue à l'assemblée générale, en tant que pouvoir suprême de la société, entre autres le droit intransmissible de nommer les membres du conseil d'administration. L'avant-projet propose à présent que, pour les sociétés cotées en bourse, l'assemblée générale ait en outre le droit intransmissible (art. 698, al. 3, ch. 1 à 3, AP-CO) :

- d'élire le président du conseil d'administration;
- d'élire les membres du comité de rémunération;
- d'élire le représentant indépendant.

Un membre du conseil d'administration devient dès lors punissable s'il a empêché, par exemple en omettant d'inscrire l'objet adéquat à l'ordre du jour, que l'assemblée générale élise chaque année le président du conseil d'administration, un par un les membres du conseil d'administration et les membres du comité de rémunération ou le représentant indépendant (art. 24, al. 2, ch. 3, let. a, ORAb).

#### **Let. c**

L'art. 698, al. 3, ch. 4, AP-CO prévoit que l'assemblée générale vote chaque année sur les rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (voir aussi art. 95, al. 3, let. a, Cst.). Un membre du conseil d'administration devient punissable s'il a empêché (par ex. en omettant d'inscrire l'objet à l'ordre du jour) que l'assemblée générale procède à ce vote (art. 154, al. 2, ch. 3, let. c, AP-CP; voir aussi art. 24, al. 2, ch. 3, let. b, ORAb).

#### **Let. d**

Conformément à l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., les actionnaires de sociétés cotées en bourse peuvent voter à distance par voie électronique.

Cette disposition est mise en œuvre de deux manières dans l'AP-CO. D'une part, l'art. 689c, al. 7, AP-CO prévoit que les pouvoirs et les instructions peuvent être octroyés au représentant indépendant par voie électronique (vote indirect).

D'autre part, l'art. 701c, al. 1, AP-CO prévoit que les sociétés peuvent autoriser les actionnaires qui ne sont pas présents au lieu où se tient l'assemblée générale à exercer leurs droits par voie électronique (vote direct). De même, sous certaines conditions, une assemblée générale peut se tenir exclusivement sous forme électronique (vote direct par le biais d'une assemblée générale virtuelle) (art. 701d, al. 1, AP-CO).

L'art. 154, al. 2, ch. 3, let. d, AP-CP punit les membres du conseil d'administration qui empêchent les actionnaires ou leur représentant d'exercer leurs droits par voie électronique à l'occasion de l'assemblée générale (en omettant par ex. de prendre les mesures nécessaires à cet effet). L'avant-projet ne prévoit d'obligation en la matière que pour le vote indirect (art. 689c, al. 7, AP-CO). C'est pourquoi seuls sont punissables les membres du conseil d'administration qui empêchent l'exercice du droit de vote indirect par voie électronique (voir aussi art. 24, al. 2, ch. 3, let. c, ORAb).

### Al. 3

L'al. 3 prévoit que le dol éventuel n'est pas punissable. Il y a dol éventuel lorsque l'auteur tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait (art. 12, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, CP).

Pour être puni, l'auteur doit agir par dol direct, et non uniquement s'accommoder de l'éventualité de la réalisation d'une infraction selon les al. 1 et 2<sup>359</sup>. Il y a dol direct, d'une part, lorsque l'auteur veut la réalisation de l'infraction (dol direct du 1<sup>er</sup> degré), indépendamment du fait qu'il la tienne pour certaine<sup>360</sup> ou possible.

Est punissable, par exemple, le conseil d'administration qui, en ne prenant pas les mesures nécessaires, empêche intentionnellement les actionnaires de transmettre leurs instructions par voie électronique au représentant indépendant (en ne mettant pas en place l'infrastructure technique nécessaire) (art. 154, al. 2, ch. 3, let. d, AP-CP en relation avec art. 689c, al. 6, AP-CO).

D'autre part, il y a également dol direct (du 2<sup>d</sup> degré) lorsque l'auteur est certain que l'infraction se réalisera par son acte, mais qu'il ne s'agit pas là du but recherché. Il accepte la réalisation de l'infraction comme une conséquence de l'action voulue ou comme un moyen d'y parvenir<sup>361</sup>.

Est par exemple punissable le conseil d'administration qui ne prend pas les mesures nécessaires parce qu'il cherche à faire des économies, bien qu'il sache que, ce faisant, il empêchera les actionnaires d'exercer leur droit de vote par voie électronique (voir ci-dessus).

L'exclusion du dol éventuel vise à punir uniquement les cas relativement graves. Certes, la plupart du temps, les infractions contre le patrimoine définies dans le CP ne posent pas le dol direct comme condition. Néanmoins, comme les sanctions prévues sont relativement lourdes, cette restriction paraît justifiée (principe de proportionnalité, voir aussi ch. 1.3.4.3). De plus, l'intention de s'enrichir n'est pas au

<sup>359</sup> Voir l'art. 260<sup>quinquies</sup>, al. 2, CP, qui propose une formulation similaire.

<sup>360</sup> Le degré de certitude peut être faible, car la conscience est souvent relative. Voir GUNTER ARZT, Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB, § 5 n° 32, in: Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäsche, N. Schmid (éd.), 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 2007.

<sup>361</sup> Pour plus de détails sur le dol direct, voir MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MÄDER, Art. 12 n° 43 ss, in: Basler Kommentar Strafrecht I, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2013.

nombre des éléments subjectifs. Enfin, cette exclusion vise à éviter les difficultés liées à la distinction entre le dol éventuel et la négligence consciente.

#### Al. 4

L'al. 4 règle la fixation de la peine pécuniaire. Conformément à l'art. 95, al. 3, let. d, Cst., celle-ci peut atteindre au plus six rémunérations annuelles.

En dérogation à l'art. 34, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, CP, le juge n'est pas lié par le montant maximal du jour-amende. La peine pécuniaire ne peut toutefois pas excéder six fois la rémunération annuelle convenue au moment de l'acte avec la société concernée.

Conformément à l'art. 34 CP, la peine pécuniaire est calculée en jours-amende (au maximum 360). Le juge fixe le montant du jour-amende selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement (art. 34, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, CP). Ce montant ne peut excéder 3000 francs (art. 34, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, CP). La peine peut donc s'élever au maximum à 1,08 millions de francs<sup>362</sup>. Comme la somme maximale autorisée est trop faible par rapport à la peine fixée dans la Cst. (six rémunérations annuelles), il est prévu que le juge peut déroger au montant quotidien maximal fixé dans le CP (art. 34, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, AP-CP). Pour fixer une limite au juge, l'art. 154, al. 3, AP-CP précise toutefois que la peine pécuniaire (nombre de jours-amende multiplié par le montant du jour-amende) ne peut excéder six fois la rémunération annuelle<sup>363</sup> convenue au moment de l'acte avec la société concernée.

Le sextuple de la rémunération annuelle est une limite supérieure. La peine pécuniaire peut se situer en deçà de 1,08 million de francs. Il se pourrait donc qu'un auteur bénéficiant d'une rémunération annuelle relativement basse ne se voie pas infliger une peine pécuniaire adaptée à sa situation personnelle et économique, et soit traité de manière plus favorable que d'autres auteurs condamnés à une peine pécuniaire sur la base du CP. Exemple: une personne exerce des mandats dans des conseils d'administration de trois SA cotées en bourse. Sa rémunération annuelle pour 2014 est de 10 000 francs auprès de X SA, de 500 000 francs auprès de Y SA et de 1 million de francs auprès de Z SA. En 2014, elle commet une infraction à l'art. 154, al. 1, AP-CP uniquement auprès de X SA. La peine maximale autorisée ne se situe donc qu'à 60 000 francs. Cette disproportion découle directement du texte de l'art. 95, al. 3, let. d, Cst.

Il serait toutefois inapproprié et disproportionné de prendre également en compte les rémunérations annuelles qu'une personne toucherait pour les mandats qu'elle exerce auprès d'autres sociétés (du même groupe ou d'un autre groupe) et dans lesquelles elle n'a pas commis d'infractions. C'est pourquoi, la limite supérieure est déterminée en fonction de la rémunération annuelle convenue au moment de l'acte avec la société concernée. Si plusieurs infractions ont été commises sur plusieurs années, on prendra en compte la rémunération annuelle moyenne des années concernées.

Même si le juge n'est ici pas lié par le montant maximal fixé à l'art. 34, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, CP, il doit calculer le montant du jour-amende conformément à la pratique et au droit actuels<sup>364</sup>, à savoir en fonction de la situation personnelle et économique de l'auteur, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode

<sup>362</sup> 360 jours-amende à 3000 francs = 1 080 000 francs

<sup>363</sup> Pour la notion de rémunération, voir art. 734a, al. 2, AP-CO.

<sup>364</sup> Pour plus de précisions sur le calcul : ANNETTE DOLGE, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2007, Art. 34 n° 42 ss.

de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital (art. 34, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, CP).

Cette façon de faire s'impose en raison des principes d'égalité et de cohérence du droit pénal. En ne prenant en compte que la rémunération annuelle versée à l'auteur par la société pour les prestations qu'il a fournies, on ne pourrait le punir que sur une partie de son salaire, ce qui correspondrait à une inégalité de traitement par rapport aux personnes condamnées à une peine pécuniaire dont le jour-amende est calculé en fonction de leur revenu total, peu importe d'où il provient. Il serait inapproprié dès lors d'accorder un traitement particulier aux membres de conseil d'administration ou de direction condamné sur la base de l'art. 154 AP-CP.

#### *Art. 325<sup>bis</sup>*

Cette nouvelle disposition est placée après l'art. 325 CP sur l'inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité, car l'obligation d'établir un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements est placée elle-même au titre trente-deuxième du CO « De la comptabilité commerciale et de la présentation des comptes ». L'infraction définie à l'art. 325 CP porte sur la tenue des livres comptables, à savoir ceux visés à l'art. 957 CO qui sont nécessaires, selon la nature et la taille de l'entreprise, pour établir la situation financière de l'entreprise, l'état des dettes et des créances se rattachant à l'exploitation, et le résultat des exercices annuels (notamment le grand livre, les livres auxiliaires, le bilan, le compte de résultat, l'inventaire; parfois aussi le tableau de financement et le rapport annuel). L'art. 325 CP englobe le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements.

Le cercle des auteurs est limité aux personnes tenues d'établir (let. a) ou de conserver (let. b) les rapports en question. Il s'agit donc d'infractions propres pures. L'obligation d'établir les rapports et l'obligation de les conserver sont réglées respectivement aux art. 964a et 964e AP-CO.

La norme pénale de l'art. 325<sup>bis</sup> CP vise à assurer l'application de ces dispositions (ch. 1, 4 et 6).

Elle prévoit deux infractions. Réalise les éléments constitutifs objectifs quiconque (i) donne des indications fausses dans le rapport visé à l'art. 964c AP-CO, ou (ii) omet totalement ou partiellement d'établir ce rapport. Sont considérées comme fausses les indications qui ne correspondent pas à la réalité. Les exigences quant au contenu du rapport sont définies à l'art. 964c, al. 1 à 3, AP-CO. Il y a omission, totale ou partielle, dans l'établissement du rapport lorsque certains paiements ne sont pas publiés ou pas entièrement publiés.

L'infraction peut être commise avec intention ou par négligence.

Les obligations de conservation et de documentation sont inscrites à l'art. 964e AP-CO. Les documents devant être conservés sont le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements et toutes les autres pièces importantes, et ce au moins pendant dix ans (al. 1). Le rapport sur les paiements doit être conservé sous la forme d'un exemplaire imprimé et signé (al. 2). Les données informatiques doivent être également accessibles pendant dix ans (al. 3). L'obligation de conservation n'est pas respectée si les documents visés ou leur support sont détruits ou rendus illisibles avant le délai prévu.

L'infraction peut être commise avec intention ou par négligence.



*Art. 325<sup>ter</sup>*

Pour cette disposition, seule la numérotation change.

*Art. 326<sup>bis</sup>*

L'art. 325<sup>bis</sup> devenant l'art. 325<sup>ter</sup>, le renvoi, dans le titre marginal et dans la disposition, doit être adapté.

### **2.3.6                   Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct**

*Art. 80, al. 1<sup>bis</sup>   Calcul du bénéfice net*

L'expression « établissement des comptes annuels » fait référence à l'art. 79, al. 3, LIFD: « Chaque année civile, excepté l'année de fondation, les comptes doivent être clos et un bilan et un compte de résultat établis. » Le capital-actions pourra être fixé en monnaie étrangère (art. 621 AP-CO), mais l'impôt continuera d'être prélevé en francs suisses. C'est pourquoi l'art. 80, al. 1<sup>bis</sup>, AP-LIFD impose le système de conversion suivant: le bénéfice net doit être converti au cours moyen (vente) de la période fiscale concernée. On veillera donc à prendre en compte le bénéfice réalisé pendant la période retenue. Pour une période fiscale de moins d'un an, on calculera le cours moyen de cette période (sur neuf mois par ex.).

Il n'est pas nécessaire de prévoir une réglementation analogue pour les entreprises individuelles et les sociétés de personnes, car seules les personnes morales avec un capital nominal ont le choix d'établir leurs comptes en francs ou dans une monnaie étrangère (voir art. 621 et 773 AP-CO).

### **2.3.7                   Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes**

*Art. 31, al. 3<sup>bis</sup> et 5                                   Imposition dans le temps*

Pour l'al. 3<sup>bis</sup>, voir le commentaire de l'art. 80, al. 1<sup>bis</sup>, AP-LIFD.

En droit commercial comme en droit fiscal, le capital propre est celui que la société présente au jour de référence. Dès lors, l'al. 5 prévoit que la conversion du capital propre en francs doit se faire au cours (vente) en vigueur au dernier jour de la période fiscale. Cette règle vaut également pour les périodes fiscales inférieures à un an (voir art. 80, al. 1<sup>bis</sup>, AP-LIFD).

### 2.3.8

## Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

*Art. 49, al. 2, ch. 21*      *Compétence propre*

Comme l'expression « caisses de pension » de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. englobe toutes les institutions de prévoyance qui garantissent des prestations de prévoyance à leurs assurés, l'art. 49, al. 2, ch. 21, AP-LPP précise que les obligations de voter et de communiquer prévues aux art. 71a et 71b AP-LPP valent aussi pour les institutions de prévoyance enveloppantes.

*Art. 53g, al. 1*      *But et droit applicable*

Le renvoi aux dispositions du CC est mis à jour, sans que cela n'entraîne de modification matérielle.

*Art. 65a, al. 3*      *Transparence*

Dans un souci de proportionnalité, on renonce à obliger l'organe suprême de l'institution de prévoyance à informer automatiquement les assurés des principes régissant l'exercice du droit de vote (art. 71a AP-LPP) et des modifications de ces principes. L'art. 65a, al. 3, AP-LPP prévoit simplement que l'organe suprême doit être en mesure de fournir des informations sur les principes régissant l'exercice du droit de vote en sa qualité d'actionnaire (art. 71a et 86b AP-LPP).

*Art. 71a*      *Obligation de voter en qualité d'actionnaire*

Conformément à l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., les caisses de pension doivent voter dans l'intérêt de leurs assurés. Dans la langue courante, l'expression « caisse de pension » est synonyme d'« institution de prévoyance » (voir point 1.3.4.2). Comme elles sont obligées de voter dans l'intérêt de leurs assurés, les institutions de prévoyance doivent s'imposer une obligation de voter conforme au sens et au but fixés dans la Cst. Leurs règlements doivent garantir aux assurés un droit aux prestations.

L'obligation de voter vaut en premier lieu pour les actions qu'elles détiennent directement (al. 1, 1<sup>re</sup> phrase). Exceptionnellement, l'obligation vaut aussi pour les actions détenues indirectement, à savoir lorsque la société dispose contractuellement d'un droit de vote (et non uniquement lorsqu'elle a la possibilité de faire part de ses préférences à la direction du fonds) ou lorsqu'elle contrôle un fonds de placement (fonds à investisseur unique) (al. 2, 2<sup>e</sup> phrase).

Les institutions de prévoyance doivent participer à toutes les élections et tous les votes annoncés. L'obligation de voter de l'art. 22, al. 1, ch. 1 à 3, ORAb couvre moins d'aspects que celle de l'art. 95, al. 3, Cst. En effet, la disposition constitutionnelle nécessitait un grand travail d'interprétation et nous n'étions pas encore certains qu'il s'agissait d'une obligation de voter générale<sup>365</sup>. Pourtant, déjà à cette époque, il n'y avait aucune raison particulière de penser que l'obligation de voter, pour les institutions de prévoyance, ne s'étendait pas aussi à l'approbation des comptes annuels, l'approbation de sorties de trésorerie (remboursement de réserves issues du

<sup>365</sup> Voir rapport additionnel du 8 octobre 2013 sur le projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb), p. 12,

capital, distribution de dividendes, réduction du capital) ou à la décharge aux membres du conseil d'administration.

Les institutions de prévoyance ne peuvent renoncer à l'avance à participer au vote, mais ont le droit, comme les autres actionnaires, de s'abstenir. Conformément à l'avant-projet, l'abstention ne compte pas comme une voix exprimée (non), mais comme une non-participation (art. 703 s. AP-CO). Les institutions de prévoyance ne peuvent toutefois s'abstenir que si cela est dans l'intérêt des assurés.

Selon l'organisation interne de chacune institution, le droit de vote peut être exercé par l'organe suprême lui-même, par un comité, par le gérant de fortune, par le directeur ou par le biais d'un représentant indépendant. Il incombe dans tous les cas à l'organe suprême de veiller à ce que le droit de vote soit exercé correctement (voir al. 3 ci-dessous).

Conformément à l'al. 2, les institutions de prévoyance votent dans l'intérêt des assurés. Celui-ci est réputé respecté lorsque le vote assure d'une manière durable la prospérité de l'institution. La notion de prospérité durable se retrouve dans plusieurs articles du CO (notamment art. 673 et 960a, al. 4, CO et 673, al. 2, et 717, al. 1<sup>bis</sup>, AP-CO). L'organe suprême doit fixer des principes visant à ce que le bénéfice de la société soit distribué de manière équitable et appropriée aux actionnaires, pour que l'institution de prévoyance, en fin de comptes, puisse reverser les dividendes à ses assurés.

L'al. 3 prévoit que l'organe suprême de l'institution est chargé de définir les principes qui concrétisent l'intérêt des assurés en relation avec l'exercice du droit de vote. En effet, ces principes ne peuvent pas être consignés sous la forme de dispositions légales générales et abstraites qui soient applicables à toutes les institutions de prévoyance. Ils doivent être définis en fonction des spécificités de chacune d'entre elles, notamment de leur structure (institution de prévoyance propre à une entreprise, institution commune, institution de prévoyance propre à une association) et de la structure de leurs fonds. C'est à l'organe suprême de l'institution qu'il incombe de définir ces principes de manière générale et abstraite dans un règlement.

En ce qui concerne l'obligation d'informer les actionnaires au sujet des principes régissant l'exercice du droit de vote (règlement), voir le commentaire de l'art. 86b, al. 2, AP-LPP.

*Art. 71b            Obligation de faire rapport et de communiquer concernant  
l'obligation de voter*

Etant donné qu'elles sont tenues de voter dans l'intérêt de leurs assurés (art. 71a, al. 2, AP-LPP), les institutions de prévoyance doivent communiquer sur la manière dont elles ont voté.

L'al. 1 prévoit qu'elles informent leurs assurés dans un rapport synthétique au moins une fois par an, ce qui correspond à la périodicité habituelle pour les institutions de prévoyance, les organes de révision et les autorités de surveillance. On évite ainsi de compliquer inutilement le travail des institutions. Les informations peuvent être présentées en même temps que les comptes annuels, sur le site Internet de l'institution ou via un autre canal. Il est judicieux de présenter ces informations sur l'annexe aux comptes annuels, car celui-ci est vérifié par l'organe de révision et est un support de communication publié de manière régulière.

Pour éviter un travail administratif disproportionné, l'al. 2 prévoit que les institutions doivent communiquer de manière détaillée uniquement lorsqu'elles ne suivent pas les propositions du conseil d'administration, c'est-à-dire quand elles les rejettent ou quand elles s'abstiennent.

Les institutions doivent communiquer sur la manière dont elles ont voté dans l'année qui suit l'assemblée générale. L'art. 71b contient des règles minimales. Rien n'empêche les institutions de communiquer de manière plus fréquente ou plus détaillée.

#### *Art. 76 Délits*

La structure de cet article est revue pour des raisons rédactionnelles.

La sanction prévue actuellement à l'art. 76, par. 8, LPP est adaptée au nouveau système de sanction de la partie générale du CP et est réglé dans la phrase introductive du nouvel al. 1.

Le nouvel al. 1 récapitule aux let. a à g les comportements punis définis aujourd'hui aux par. 1 à 7. Matériellement, rien ne change.

L'infraction à l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., sur l'obligation qu'ont les caisses de pension de voter dans l'intérêt de leurs assurés, est réglée à la let. h.

Pour satisfaire au principe de précision, le cercle des personnes potentiellement punissables doit être défini clairement. En l'occurrence, seules sont concernées les personnes disposant d'un certain pouvoir décisionnel. Les personnes ne répondant pas à ce critère peuvent être condamnées pour participation (instigation ou complicité).

Les nouvelles infractions sont en lien avec les art. 71a et 71b AP-LPP: pour l'art. 71a, le non-exercice du droit de vote (al. 1), le vote contraire à l'intérêt des assurés (ou aux principes fixés dans le règlement) (al. 2 et 3) et le fait de ne pas consigner dans un règlement les principes permettant de voter dans l'intérêt des assurés (al. 3); et pour l'art. 71b, le fait de ne pas publier une fois par an un rapport sur la manière dont l'institution a voté.

Il ressort de l'al. 2 que, pour réaliser l'élément constitutif subjectif, l'auteur doit agir par dol direct. Le dol éventuel n'est pas punissable. On évite ainsi certaines difficultés liées à l'évaluation de certains cas (voir art. 154 AP-CP).

Ces infractions étant moins graves que celles de l'art. 154, al. 1, AP-CP, les sanctions qui y sont attachées sont également moins sévères (voir point 1.3.4.3). Elles correspondent à celles déjà prévues pour les infractions de même gravité dans la LPP. La sanction prévue à l'art. 95, al. 3, let. d, Cst. serait ici disproportionnée. Les membres des organes suprêmes des institutions de prévoyance ne sont parfois même pas directement rémunérés pour cette tâche du fait qu'ils exercent cette fonction parallèlement dans le cadre de leur travail. De plus, de nombreux participants à l'audition sur l'ORAb étaient favorables à des sanctions moins sévères que pour l'art. 154 AP-CP<sup>366</sup>.

<sup>366</sup> Résumé des prises de position sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives, OFJ, 4 septembre 2013, p. 7 s.

En raison de la nouvelle obligation de communiquer sur l'exercice du droit de vote (art. 71b AP-LPP), une nouvelle let. d est ajoutée à l'art. 86b, al. 1, LPP.

Pour répondre au nouvel art. 65a, al. 3, AP-LPP, l'al. 2 prévoit expressément le droit qu'ont les assurés d'obtenir des informations sur les principes régissant l'exercice du droit de vote par l'organe suprême en sa qualité d'actionnaire (règlement). L'institution de prévoyance peut fournir ces informations par Internet ou d'une autre manière en même temps que le rapport annuel sur l'exercice du droit de vote (art. 71b AP-LPP).

### **2.3.9 Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs**

*Art. 137, al. 2 Ouverture de la faillite*

Le renvoi aux dispositions sur la procédure concordataire et sur l'avis au tribunal est adapté à la suppression de l'ajournement de la faillite et aux nouvelles dispositions sur l'avis au tribunal (voir point 2.1.33). Par ailleurs, on continuera d'appliquer par analogie les (nouvelles) obligations du conseil d'administration en cas de menace d'insolvabilité, de perte de capital ou de surendettement (voir art. 725 ss AP-CO).

### **2.3.10 Loi du 8 novembre 1934 sur les banques**

*Art. 25, al. 3 Mesures en cas de risque d'insolvabilité, conditions*

Le renvoi aux dispositions sur la procédure concordataire et sur l'avis au tribunal est adapté à la suppression de l'ajournement de la faillite et aux nouvelles dispositions sur l'avis au tribunal (voir point 2.1.33). Par ailleurs, on continuera d'appliquer par analogie aux banques et aux caisses d'épargne les (nouvelles) obligations du conseil d'administration en cas de menace d'insolvabilité, de perte de capital ou de surendettement (voir art. 725 ss AP-CO).

### **2.3.11 Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances**

*Art. 53, al. 2 Ouverture de la faillite*

Le renvoi aux dispositions sur la procédure concordataire et sur l'avis au tribunal est adapté à la suppression de l'ajournement de la faillite et aux nouvelles dispositions sur l'avis au tribunal (voir point 2.1.33). Par ailleurs, on continuera d'appliquer par analogie aux entreprises d'assurance les (nouvelles) obligations du conseil d'administration en cas de menace d'insolvabilité, de perte de capital ou de surendettement (voir art. 725 ss AP-CO).

### **3 Conséquences**

#### **3.1 Conséquences pour la Confédération**

##### **3.1.1 Conséquences financières**

Les nouvelles dispositions n'auront pas de conséquences directes sur les finances de la Confédération (pas de nouvelles charges). Elles ne nécessitent ni la mise en place d'une nouvelle autorité, ni l'agrandissement d'une autorité déjà existante.

Il est difficile de prédire si, en raison de la révision proposée, des SA cotées en bourse décideront de transférer leur siège à l'étranger, ce qui entraînerait des pertes en matière de fiscalité, de cotisations sociales et d'emplois. Il est peu probable que d'autres sociétés choisissent massivement de transférer leur siège à l'étranger étant donné que les aspects les plus importants de l'art. 95, al. 3, Cst. ont déjà été mis en œuvre par le biais de l'ORAb. Or, depuis, seuls quelques sièges, parfois juste le siège de sociétés holding, ont été déplacés. En revanche, on peut s'attendre à ce que les SA étrangères qui seraient concernées par le durcissement de la législation renoncent de plus en plus à s'installer en Suisse. Cette tendance s'observe déjà depuis l'acceptation de l'initiative « contre les rémunérations abusives ».

##### **3.1.2 Conséquences en matière de personnel**

Les nouvelles dispositions ne nécessiteront pas la création de nouveaux postes dans l'administration fédérale. L'exécution du droit de la SA continuera d'être principalement l'affaire des entreprises et des offices cantonaux du registre du commerce. L'instruction d'affaires en lien avec les nouvelles dispositions incombera aux autorités cantonales de poursuite pénale (voir point. 1.5).

L'OFRC, qui est rattaché à l'OFJ et qui exerce la haute surveillance sur la tenue du registre du commerce (art. 5 ORC), devra modifier l'ORC de manière globale. Il devra en outre s'assurer que les nouvelles dispositions sont appliquées de la manière la plus uniforme possible par les offices du registre du commerce (par ex. en publiant des communications<sup>367</sup>). Cette charge de travail supplémentaire temporaire pourra être assumée par le personnel déjà en place.

L'exercice des droits des actionnaires en matière de droit de la SA et de procédure civile étant facilité, surtout pour les sociétés cotées en bourse (art. 697j s., 699, al. 3, et 699a, al. 1, AP-CO; et 107, al. 1<sup>bis</sup>, AP-CPC), le nombre de recours devant le Tribunal fédéral pourrait augmenter, le temps que celui émette des arrêts de principe. Il ne sera toutefois pas nécessaire d'augmenter les ressources en personnel du Tribunal fédéral.

#### **3.2 Conséquences pour les cantons**

Lorsque les nouvelles dispositions et la modification de l'ORC entreront en vigueur, les offices cantonaux du registre du commerce verront pendant un certain temps leur charge de travail augmenter. Ceux-ci sont d'ailleurs sollicités à chaque grande

<sup>367</sup> Voir <http://www.zefix.ch> (bases légales).

modification du droit des sociétés, en particulier du droit de la SA. Il s'agira notamment de mettre en œuvre des nouvelles institutions, comme la marge de fluctuation du capital (art. 653s ss AP-CO). Pour cette tâche, les offices cantonaux seront soutenus par l'OFRC. Après cette période de transition, leur charge de travail devrait même se trouver réduite étant donné que la réglementation en matière de fondation (voir point 1.3.1.3) et de réduction du capital sera plus flexible qu'auparavant (par ex. art. 653k AP-CO). La révision de l'ORC sera également l'occasion d'améliorer certaines dispositions difficiles à appliquer, ce qui à terme allégera aussi la charge de travail des offices cantonaux. Par ailleurs, le registre du commerce est en train d'être modernisé, ce qui, à terme, devrait faciliter la mise en œuvre de la présente révision<sup>368</sup>.

L'exercice des droits des actionnaires ayant été facilité, surtout pour les sociétés cotées en bourse, le nombre de procédures devant les tribunaux de commerce et les tribunaux civils, au niveau cantonal, risque d'augmenter (voir point 3.1.2). Il ne sera toutefois probablement pas nécessaire d'augmenter les ressources en personnel des tribunaux uniquement en raison des nouvelles dispositions.

Bien que deux nouvelles dispositions pénales soient proposées (art. 154 AP-CP et 76 AP-LPP), il est peu probable que les autorités de poursuite pénale et les tribunaux pénaux cantonaux soient davantage sollicités qu'ils ne le sont depuis l'entrée en vigueur de l'ORAb.

Pour les conséquences fiscales au niveau des cantons, voir par analogie les explications sur les conséquences financières pour la Confédération (voir point 3.1.1).

### **3.3 Conséquences économiques**

#### **3.3.1 Structure du capital**

Les nouveautés législatives relatives à la constitution, à la libération, à la modification et à l'utilisation du capital-actions prévues dans l'avant-projet visent principalement à offrir une plus grande flexibilité aux entreprises et à renforcer la compétitivité des sociétés sur les marchés des capitaux. Les conséquences prévisibles de ces réformes, pour les entreprises et les autres acteurs de l'économie, sont les suivantes:

- La possibilité de fixer le capital-actions par exemple en dollar des Etats-Unis ou en euro (art. 621, art. 733, AP-CO) supprimera les incohérences qui existent entre les nouvelles dispositions du droit comptable et les règles du droit de la SA. Elle mettra un terme aux incertitudes juridiques existantes et facilitera la tenue de la comptabilité dans une monnaie étrangère.
- La suppression de la valeur nominale minimale permettra aux entreprises de diviser leurs actions selon leur gré (art. 622, al. 4, et 774, al. 1, AP-CO). L'abaissement du capital-actions par réduction de la valeur nominale s'en trouvera facilité.
- L'obligation de libérer au moins la valeur nominale de chaque action (art. 632 AP-CO) garantira l'entière libération du capital-actions. La société ainsi que ses actionnaires et ses créanciers seront mieux protégés contre le risque de défaut de l'apporteur. Les sociétés constituées avant l'entrée en vigueur

<sup>368</sup> Voir <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>

du nouveau droit ne seront toutefois pas tenues de s'adapter à cette nouvelle réglementation (art. 4 des dispositions transitoires de l'AP-CO). La suppression de la possibilité de libération partielle du capital-actions augmentera le montant nécessaire à la constitution d'une SA, mais ne devrait cependant pas constituer une barrière à la création de nouvelles sociétés de capitaux. En effet, les fondateurs qui ne peuvent pas réunir les 100 000 francs nécessaires à la constitution d'une SA auront toujours la possibilité de constituer une Sàrl avec un capital minimal de seulement 20 000 francs (art. 773 AP-CO).

- La suppression de la reprise de biens (effective ou envisagée) de la liste des cas de fondation qualifiée et d'augmentation qualifiée du capital-actions (art. 628, al. 2, et 652e AP-CO) épargnera aux sociétés les coûts liés à l'établissement du rapport de fondation ou d'augmentation et à l'obtention de l'attestation de vérification. Les transactions visées par les articles en vigueur sur la reprise de biens demeureront prohibées, notamment par les règles sur la protection du capital et sur la tenue de la comptabilité. Ces transactions pourront donner lieu à une action en responsabilité et/ou en restitution du droit de la SA, être contestées selon les règles de la LP, voire donner lieu à des poursuites pénales. La modification législative proposée ne devrait par conséquent pas entraîner d'augmentation des cas de reprise de biens à des conditions défavorables pour la société.
- La mise au point concernant l'admissibilité d'une libération par compensation en cas d'assainissement facilitera l'assainissement des entreprises (art. 634a, al. 2, AP-CO). De plus, les obligations incombant au conseil d'administration notamment en cas d'insolvabilité menaçante de la société devraient entraîner un lancement plus rapide des procédures d'assainissement (art. 725 ss).
- La nouvelle réglementation régissant l'augmentation et la réduction du capital-actions (art. 650 ss AP-CO) offrira une plus grande flexibilité au conseil d'administration dans la planification de la restructuration, tout en améliorant la protection des intérêts des actionnaires minoritaires et ceux des créanciers.
- L'institution de la marge de fluctuation du capital accélérera et facilitera le processus d'adaptation du montant du capital-actions aux besoins du marché des capitaux (art. 653s ss AP-CO).
- L'abolition de la limitation du montant du capital-participation au double du capital-actions lorsque les bons de participation de la société sont cotés en bourse (art. 656b, al. 1, AP-CO) confèrera aux sociétés concernées une plus grande liberté dans la définition de la structure de leur capital.
- L'application de la limite spéciale de 20 % d'actions propres en cas d'acquisition en rapport avec une action en dissolution (art. 659, al. 3, art. 736, al. 1, ch. 4, AP-CO) permettra à la société de recourir dans une plus large mesure au rachat de ses propres actions plutôt qu'à la dissolution et facilitera la sortie des actionnaires minoritaires dans les SA privées.
- La possibilité de rembourser les actionnaires par un prélèvement sur les réserves issues du capital lorsque les réserves légales dépassent la moitié du capital-actions (art. 671, al. 2, ch. 4, AP-CO) entérine en droit de la SA le principe de l'apport en capital adopté dans le cadre de la deuxième réforme



de l'imposition des entreprises et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011<sup>369</sup>. La consécration de ce principe dissipera les incertitudes juridiques qui subsistaient au sujet de l'admissibilité des remboursements d'apports au regard des règles sur la protection du capital. En permettant aux actionnaires de récupérer les versements effectués aux sociétés confrontées à des difficultés financières, la nouvelle réglementation devrait améliorer les perspectives d'assainissement de ces dernières. Les sociétés qui souhaitent effectuer un remboursement de capital devront cependant supporter les coûts inhérents à l'attestation du réviseur agréé confirmant que les créances resteront couvertes et que la société ne présente pas de risque d'insolvabilité (art. 671, al. 3, AP-CO).

### 3.3.2 Gouvernance et droits des actionnaires

Le renforcement de la gouvernance par la consolidation du statut juridique des actionnaires est l'un des objectifs majeurs de la présente réforme. Les modifications législatives concernant les droits sociaux des actionnaires (art. 689 ss AP-CO) et l'organisation de l'assemblée générale (art. 699 ss AP-CO) visent à améliorer l'équilibre fonctionnel entre les différents organes de la société en renforçant le contrôle des actionnaires sur le conseil d'administration et la direction. Les buts de la gouvernance, à savoir garantir la prise en compte des intérêts des actionnaires, une administration optimale des valeurs de la société et une certaine protection contre les erreurs de développement<sup>370</sup> pourront ainsi être atteints. La réforme devrait favoriser la croissance à long terme des entreprises et entraîner une amélioration de leurs performances financières.

La consolidation des mécanismes de gouvernance entraînera une réduction des risques que les organes agissent de façon contraire aux intérêts de la société et lui causent un préjudice, diminuant ainsi la fortune sociale. Les entreprises en bénéficieront directement, de même que leurs actionnaires, leurs créanciers et l'économie dans son ensemble. Il faut néanmoins s'attendre à ce que les modifications proposées entraînent une part de charges administratives et de coûts supplémentaires pour les sociétés concernées. Les coûts supplémentaires évoqués sont à mettre en balance avec les nombreuses améliorations apportées par la réforme. En outre, l'impact pour les PME devrait rester réduit grâce à la réglementation différenciée adoptée dans l'avant-projet, qui prévoit des exigences allégées pour les petites sociétés non cotées.

A ce jour, il n'est pas facile d'identifier précisément les inconvénients et avantages économiques des modifications législatives proposées. Il faut néanmoins compter avec les conséquences suivantes pour les entreprises et pour les autres acteurs de l'économie:

- La révision législative proposée contribue à une meilleure gouvernance en facilitant l'accès des actionnaires aux informations dont ils ont besoin pour prendre les décisions qui leur incombent et faire usage de leurs droits

<sup>369</sup> Loi du 23 mars 2007 sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (Loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II); RO 2008 2893.

<sup>370</sup> BÖCKLI PETER, HUGUENIN CLAIRE ET DESSEMONTET FRANÇOIS, Le Gouvernement d'entreprise, Rapport du Groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme, Lausanne 2004, p. 15 s.

en connaissance de cause (droit à l'information, art. 696 ss AP-CO). Les possibilités pour les actionnaires de soumettre des propositions à l'assemblée générale seront élargies (inscription d'un objet à l'ordre du jour, art. 699a AP-CO; proposition d'instituer un examen spécial, art. 697c AP-CO; droit d'intenter une action et proposition aux frais de la société, art. 697j s. AP-CO).

- Les réformes concernant la représentation des actionnaires à l'assemblée générale (art. 689 ss AP-CO), la tenue d'assemblées multi-sites ou à l'étranger (art. 701a, al. 2, et 701b AP-CO), le recours aux moyens de communication électroniques (art. 701c ss AP-CO) et la possibilité de prévoir le versement d'un dividende plus élevé aux actionnaires qui exercent leur droit de vote à l'assemblée générale, ou un dividende plus faible à ceux qui ne le font pas (art. 661, al. 2 et 3, AP-CO) entraîneront une participation plus active des actionnaires au processus de formation de la volonté de la société, ce qui est également dans l'intérêt de la gouvernance. Par ailleurs, la possibilité de recourir de manière plus intensive aux médias électroniques dans la phase de préparation de l'assemblée générale et lors de sa tenue permettra à beaucoup de sociétés qui le souhaitent de réduire leurs coûts.
- Les nouveaux droits d'information accordés aux actionnaires des entreprises dont les actions ne sont pas cotées en bourse pourraient engendrer un surcroît de travail administratif pour ces sociétés (art. 697, al. 2 à 4, AP-CO). Mais, étant donné que la grande majorité des sociétés anonymes privées ne comptent que quelques actionnaires, la charge supplémentaire restera contenue pour cette catégorie d'entreprises, tout particulièrement dans celles où les associés sont tous impliqués dans la gestion de l'entreprise et ont de ce fait un accès direct à toutes les informations concernant la marche des affaires.
- La réduction des obstacles à l'exercice des actions en responsabilité et en restitution (art. 678 s., 697j s. et 758, al. 2, AP-CO) contribuera à augmenter l'efficacité de l'action sociale. Les nouvelles dispositions exerceront un effet dissuasif accru sur les organes et devraient réduire le risque que ceux-ci ne causent un préjudice à la société en manquant à leurs devoirs (voir point 1.3.6.5).
- La modification du régime de responsabilité de l'organe de révision suit la même tendance que la réglementation européenne<sup>371</sup>. Elle a pour but de garantir le bon fonctionnement du marché des entreprises de révision qui vérifient les comptes des grandes entreprises. Elle est aussi dans l'intérêt de la gouvernance car elle permettra d'améliorer l'équilibre entre les différents organes de la société en matière de responsabilité et de rétablir ainsi la position particulière de l'organe de révision. L'art. 759, al. 2, AP-CO reporte le risque d'insolvabilité des coresponsables de l'organe de révision sur les entreprises, actionnaires et créanciers lésés. Ceux-ci ne pourront plus réclamer la réparation de l'entier du dommage aux réviseurs qui n'ont commis qu'une négligence. Ils devront actionner les autres responsables, principalement les membres du conseil d'administration ou de la direction, pour obtenir le solde de la réparation. Si ces autres responsables font défaut, les lésés pourraient

<sup>371</sup> Recommandation 2008/473/CE de la Commission du 5 juin 2008 sur la limitation de la responsabilité civile des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit

subir une perte financière. Ce type de situation devrait cependant rester l'exception car, en règle générale, la réparation est prise en charge par les assurances contractées par les organes recherchés ou par les entreprises lésées.

- L'élargissement des divers droits des actionnaires pourrait se traduire par une augmentation des procédures judiciaires en matière de droit des sociétés. Une grande partie de ces procédures sont toutefois dans l'intérêt des entreprises. C'est en principe le cas des actions en responsabilité (art. 756 AP-CO) et en restitution (art. 678 AP-CO) qui tendent à la réparation d'un dommage causé à la société. Au demeurant, les conditions formelles et matérielles d'exercices des droits des actionnaires sont suffisamment restrictives pour limiter le risque que les sociétés ne soient victimes d'actions chicanières ou abusives.
- Certaines sociétés devront adapter leurs statuts et leurs règlements aux nouvelles dispositions impératives dans un délai de deux ans à compter de leur entrée en vigueur (art. 2, al. 1, des dispositions transitoires de l'AP-CO). Il en résultera des frais liés à la consultation juridique de rigueur, à l'instrumentation en la forme authentique de la modification des statuts ainsi qu'à l'inscription au registre du commerce.

### **3.3.3 Mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst.**

La consécration au niveau de la loi des dispositions d'exécution de l'art. 95, al. 3, Cst. prévues dans l'ORAb, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014, ne devrait pas avoir d'impact propre (voir point 1.3.4). Quant aux nouveautés prévues dans l'avant-projet qui ne figurent pas dans l'ORAb faute de base constitutionnelles suffisantes, elles concrétisent ou précisent notamment des règles existantes. Elles permettront donc de réduire les incertitudes juridiques subsistantes sans entraîner de nouvelles conséquences économiques importantes pour les entreprises concernées.

### **3.3.4 Représentation des sexes au sein du conseil d'administration et de la direction**

Les nouvelles règles sur la représentation des sexes (art. 734e AP-CO) devraient, à terme, tendre vers la parité au sein des conseils d'administration et des directions.

Selon plusieurs études, la parité hommes-femmes au sein des conseils et des directions des sociétés pourrait permettre à ces dernières d'améliorer leurs performances financières, en favorisant l'instauration d'un environnement de travail plus productif et plus innovant<sup>372</sup>. Les PME ne seront pas touchées par cet objectif qui ne s'appliquera qu'aux grandes sociétés et aux sociétés cotées en bourse. Le délai de 15 ans accordé aux sociétés concernées pour se conformer à la nouvelle réglementation (art. 5 des dispositions transitoires de l'AP-CO) est suffisamment long pour éviter tout chamboulement des conseils d'administration et des directions qui pourrait nuire à son bon fonctionnement. Il existe au demeurant un grand nombre de femmes haute-

<sup>372</sup> Commission européenne, communiqué de presse du 14 novembre 2012 (IP/12/1205 14/11/2012).

ment qualifiées susceptibles de siéger au sein des conseils d'administration et des directions.

La réforme proposée est également dans l'intérêt de l'économie, car elle permettra de mettre mieux à profit les aptitudes professionnelles des femmes aux postes les plus élevés. Elle contribuera ainsi à palier les problèmes de vieillissement de la population et de pénurie de compétences qui vont en s'augmentant. De plus, elle devrait inciter plus fortement les femmes à entrer sur le marché du travail et à y rester, ce qui se traduira par une augmentation de leur taux d'activité. Même s'il réduit la marge de manœuvre dont dispose les sociétés concernées pour constituer leur conseil d'administration et leur direction, ce nouvel objectif ne devrait pas nuire à l'attractivité de la place économique suisse. En effet, de nombreux pays connaissent un tel système ou sont en voie de l'adopter.

### **3.3.5 Suppression de la présentation des comptes consolidés à la valeur comptable**

L'avant-projet relève les seuils applicables aux comptes consolidés tout en imposant leur établissement selon une norme comptable reconnue (art. 963a, al. 1, et 963b, al. 1, AP-CO). Concrètement, le relèvement des seuils libérera un certain nombre d'entreprises de l'obligation d'établir des comptes consolidés, ce qui leur permettra de réduire leurs coûts. Le rapport du Conseil fédéral du 13 décembre 2013 sur les coûts de la réglementation évalue à 23,5 millions de francs le potentiel de réduction des coûts en cas de suppression de la consolidation à la valeur comptable<sup>373</sup>. Les sociétés cotées ainsi que la plupart des sociétés concernées dressent déjà leurs états financiers selon une norme comptable reconnue. Elles n'encourent donc aucuns frais supplémentaires. Les autres entreprises qui présentaient leurs comptes consolidés à la valeur comptable devront adopter une norme comptable reconnue. Les frais plus élevés occasionnés par l'établissement des comptes selon une telle norme plutôt qu'à la valeur comptable seront contrebalancés par une utilité supérieure pour les sociétés concernées.

### **3.4 Influence de l'avant-projet sur la position de la Suisse en matière de protection des investisseurs**

Depuis 2003, la Banque mondiale publie chaque année son rapport *Doing Business* évaluant la régulation applicable aux entreprises privées dans les différents Etats. L'évaluation se fonde sur dix indicateurs partiels analysant les différentes étapes du cycle de vie des entreprises. L'indicateur *Doing Business*<sup>374</sup> évalue 189 Etats; la Suisse occupe le 20<sup>ème</sup> rang.

C'est par rapport à l'indicateur partiel sur la protection des investisseurs que la Suisse est la moins bien placée (78<sup>e</sup> position). Cet indicateur examine différentes questions sur la base d'une transaction hypothétique d'un cadre conduisant à son enrichissement personnel: (1) les mécanismes de transparence et d'approbation des

<sup>373</sup> Rapport sur les coûts de la réglementation, Estimation des coûts engendrés par les réglementations et identification des possibilités de simplification et de réduction des coûts, Berne, décembre 2013, p. 31

<sup>374</sup> <http://www.doingbusiness.org>.

transactions entre personnes proches (2) la responsabilité des cadres lors de transactions avec soi-même et (3) la possibilité pour les actionnaires de poursuivre les membres du conseil d'administration et de la direction en cas de comportement abusif. Dans son rapport 2015, la Banque mondiale prend davantage en compte les aspects de la gouvernance d'entreprise, comme les droits des actionnaires lors de prises de décisions importantes, la structure de direction et la divulgation des informations non financières. La position peu brillante de la Suisse s'explique notamment du fait que la réglementation suisse aurait également pu être interprétée différemment par les auteurs de l'étude. Ainsi, l'indicateur ne prend par exemple pas en compte le fait que, en cas de gestion déloyale, la direction peut être poursuivie sur la base de l'art. 158 CP (voir aussi art. 24 ORAb).

Il est probable que certaines dispositions de l'avant-projet (voir ci-dessous) permettent d'améliorer ou de consolider (lorsqu'il s'agit de transposer des dispositions de l'ORAb dans la loi) la position de la Suisse dans le classement portant sur la protection des investisseurs. Il convient néanmoins de distinguer les sociétés cotées en bourse des sociétés non cotées.

En ce qui concerne les droits des actionnaires et le rôle de l'assemblée générale:

- le renforcement du droit qu'ont la société ou les actionnaires d'intenter une action en restitution de prestations contre le conseil d'administration et la direction (art. 678 s. AP-CO);
- la possibilité d'intenter plus facilement une action en restitution ou en responsabilité (art. 697j s. AP-CO);
- l'élargissement de la majorité qualifiée à d'autres types de décisions (art. 704 AP-CO); et
- l'élection annuelle des membres et du président du conseil d'administration dans les sociétés cotées (art. 710 AP-CO).

En ce qui concerne le rôle du conseil d'administration et de la direction:

- l'obligation expresse pour les membres du conseil d'administration d'informer leur président de manière complète en cas de conflit d'intérêts, et l'obligation, au besoin, pour le président, d'informer l'ensemble du conseil (art. 717a, al. 1 à 3, AP-CO);
- l'inscription dans le règlement d'organisation du conseil d'administration de règles applicables aux conflits d'intérêts impliquant des personnes chargées de la gestion de la société (art. 716b, al. 2, ch. 4, AP-CO);
- l'obligation expresse pour les membres du conseil d'administration d'adopter les mesures qui s'imposent pour préserver les intérêts de la société et de veiller à ce que les personnes concernées se récusent lors de la prise de décision (art. 717a, al. 3, AP-CO);
- la responsabilité des membres du conseil d'administration ou de la direction causant un dommage à la société en raison d'un conflit d'intérêts mal géré, alors qu'ils auraient dû en avoir connaissance (art. 717a AP-CO en relation avec l'art. 754 CO);
- dans les sociétés cotées, la mention dans le rapport de rémunération vérifié par l'organe de révision de l'ensemble des indemnités, des prêts et des crédits accordés aux membres du conseil d'administration et de la direction (art. 728a, al. 1, ch. 4, et 734a à 734c AP-CO).

## Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

Contrairement au programme de la législature 2003 à 2007<sup>375</sup>, l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015<sup>376</sup> ne mentionne pas la révision du droit de la SA, et ce pour deux raisons:

- entre début 2008 et la fin de la session d'été 2013, le Parlement a traité différentes propositions de révision du droit de la SA (voir point 1.1) ;
- le peuple et les cantons n'ont accepté l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » que le 3 mars 2013 (voir point 1.1.7).

Au moment d'édicter l'arrêté fédéral sur le programme de la législature 2011 à 2015, il n'y avait pas encore de raison de mentionner le droit de la SA, car le Parlement n'a renvoyé le projet de 2007 au Conseil fédéral qu'en été 2013 (voir point 1.1.9).

Le Conseil fédéral a prévu explicitement dans ses objectifs 2014 d'ouvrir la consultation sur la révision du CO (droit de la SA et mise en œuvre de l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives ») au deuxième semestre 2014. En plus de mettre en œuvre l'art. 95, al. 3, Cst., le nouveau projet vise à régler d'autres aspects de la gouvernance, à moderniser les dispositions sur le capital et à préciser celles sur l'assemblée générale<sup>377</sup>.

Certains aspects importants de l'avant-projet sont annoncés indirectement dans l'arrêté fédéral sur le programme de la législature 2011 à 2015:

- réduire la charge administrative pour les entreprises (objectif 2, mesure 5) : l'avant-projet propose, entre autres, une réglementation plus flexible sur le capital, des dispositions plus strictes sur la fondation et de nouvelles mesures en matière de comptabilité (suppression de la présentation des comptes consolidés à la valeur comptable, capital nominal en monnaie étrangère). La mise en œuvre des dispositions contraignantes de l'art. 95, al. 3, Cst. entraînera toutefois, comme l'ORAb actuellement, une augmentation de la charge administrative, par exemple dans le cadre des élections et des votes annuels.
- mettre à jour et mettre en œuvre la stratégie pour une société de l'information en Suisse (objectif 7, mesure 24) : l'avant-projet propose un cadre légal pour l'exercice des droits des actionnaires par voie électronique. Il impose en outre aux sociétés cotées de mettre en place un forum électronique visant à l'échange d'opinions et d'informations.
- observer la situation qui prévaut dans les entreprises suisses s'agissant de l'évolution de la présence de femmes dans les conseils d'administration et des directions (objectif 27, mesure 113) : l'avant-projet prévoit que la représentation de chaque sexe dans les conseils d'administration et dans les directions des sociétés cotées doit atteindre au minimum 30 %. Les sociétés ont quinze ans pour s'adapter.

<sup>375</sup> FF **2004** 1035 1049 et 1080

<sup>376</sup> FF **2012** 6667 ss

<sup>377</sup> Décision du Conseil fédéral du 30 octobre 2013, objectif 2.

## **5 Aspects juridiques**

### **5.1 Constitutionnalité**

L'avant-projet met en œuvre l'art. 95, al. 3, Cst., qui contient des dispositions contraignantes sur les SA cotées en bourse et sur l'obligation de voter et de communiquer des caisses de pension, ainsi que des dispositions pénales.

Il a été élaboré dans le respect des compétences législatives prévues par la Cst.:

- art. 98 Cst., pour la législation sur les banques, les bourses et les assurances privées;
- art. 122, al. 1, Cst., pour la modification du droit des obligations, et notamment le droit de la SA et le droit comptable (titres 26<sup>e</sup> et 32<sup>e</sup> CO) ;
- art. 122, al. 1, Cst., pour la modification de la procédure civile; et
- art. 123, al. 1, Cst., pour le code pénal et le droit pénal accessoire, en l'occurrence dans la LPP.

### **5.2 Compatibilité avec les obligations internationales**

L'avant-projet ne touche pas aux obligations internationales de la Suisse et n'a pas d'effets sur les accords en vigueur entre la Suisse et l'UE.

### **5.3 Forme de l'acte à adopter**

Le droit de la SA, le droit de la prévoyance professionnelle et le droit pénal sont déjà réglés dans des lois fédérales, à savoir le CO, la LPP et le CP. L'avant-projet propose donc essentiellement de modifier ces trois actes.

Le Conseil fédéral a mis en œuvre les dispositions contraignantes de l'art. 95, al. 3, Cst. par le biais de l'ORAb. Conformément à l'art. 197, ch. 10, Cst., il abrogera cette ordonnance au moment de l'entrée en vigueur des dispositions légales (voir point 1.1.8.4).

### **5.4 Délégation de compétences législatives**

Le Conseil fédéral ne reçoit pas de nouvelles compétences législatives (voir toutefois art. 964*h* AP-CO).

Dans le cadre de la révision du droit de la SA, en particulier des dispositions sur la fondation et sur le capital, il conviendra d'adapter également l'ORC en se fondant sur le titre 30<sup>e</sup> du CO (notamment art. 929 CO)<sup>378</sup>.

L'entrée en vigueur des dispositions légales de mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst. rendra caduc l'art. 197, ch. 10, Cst., sur lequel le Conseil fédéral s'était fondé pour édicter l'ORAb.

<sup>378</sup> Voir aussi art. 940 de l'avant-projet du 19 décembre 2012 de modification du CO (modernisation du registre du commerce):  
<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>

