



16.077

Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme)

du 23 novembre 2016

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet de modification du code des obligations (droit de la SA), en vous proposant de l'adopter.

Nous vous proposons simultanément de classer les interventions parlementaires suivantes:

- | | | | |
|------|---|---------|--|
| 2000 | P | 00.3423 | Action sans valeur nominale (E 13.12.2000, Commission de l'économie et des redevances CE) |
| 2000 | P | 00.3598 | Introduction de l'action sans valeur nominale (N 30.11.2000, Commission de l'économie et des redevances CN) |
| 2001 | M | 01.3153 | Transparence des salaires des cadres et des indemnités des administrateurs (E 05.06.2002, transmise sous forme de postulat, Leutenegger Oberholzer) |
| 2001 | M | 01.3261 | Renforcement de la protection des actionnaires minoritaires (E 05.06.2002, transmise partiellement sous forme de postulat, Leutenegger Oberholzer) |
| 2001 | M | 01.3329 | Société par actions. Principes de la «corporate governance» (E 05.06.2002, transmise sous forme de postulat, Walker) |
| 2002 | P | 02.3045 | Expertise juridique suite à la débâcle de Swissair (E 05.06.2002, Wicki) |
| 2002 | P | 02.3086 | Corporate governance. Protection des investisseurs (N 21.06.2002, Walker) |

- 2012 M 12.3403 Procédure d'assainissement précédant le sursis concordataire et l'ouverture de la faillite
(N 03.12.2012, Commission des affaires juridiques CE)
- 2012 M 12.3654 Procédure d'assainissement précédant le sursis concordataire et l'ouverture de la faillite
(N 03.12.2012, Commission des affaires juridiques CN)

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

23 novembre 2016

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération,
Johann N. Schneider-Ammann
Le chancelier de la Confédération,
Walter Thurnherr

Condensé

Le projet du Conseil fédéral vise à transférer dans la loi formelle l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés cotées en bourse, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014, et à moderniser le droit de la société anonyme afin de l'adapter aux besoins de l'économie pour les années à venir. 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, le projet propose de fixer des seuils pour la représentation des sexes dans les grandes sociétés cotées en bourse, et de régler 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 modifié les travaux législatifs en cours. Il s'en est suivi une course d'obstacles de plusieurs années. Le 3 mars 2013, l'initiative a été acceptée par une 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 édicté 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 le projet de 2007 au Conseil fédéral en le chargeant de coordonner les travaux avec la mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, de la Constitution. Le 28 novembre 2014, le Conseil fédéral a envoyé en consultation l'avant-projet de modification du code des obligations (droit de la société anonyme). Les avis recueillis sont contrastés. Afin d'établir une certaine sécurité juridique, le Conseil fédéral a fixé dès le 4 décembre 2015 les grandes lignes du futur projet.

Contenu du projet

Le projet du Conseil fédéral reprend la révision du droit de la société anonyme laissée en friche depuis plusieurs années. Comme le Conseil des États 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 (y compris 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, afin d'instaurer une protection équilibrée des actionnaires minoritaires et une souplesse maximale pour les sociétés.

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^{er} janvier 2013 a donné lieu à quelques dissonances auxquelles le projet permet de remédier. Les dispositions sur les réserves et sur les actions propres sont harmonisées, et le capital-actions ne doit plus nécessairement être fixé en francs, ce qui renforce la sécurité juridique.

Le 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), concrétisant ainsi le mandat constitutionnel de l'art. 95, al. 3, de la Constitution. Contrairement à l'avant-projet, les dispositions de l'ordonnance contre les rémunérations abusives sont transférées dans la loi avec très peu de changements, ce qui renforce et la sécurité juridique et la place économique suisse.

Les seuils pour la représentation de chaque sexe au sein du conseil d'administration et de la direction des grandes sociétés cotées en bourse concrétise du moins en partie un second mandat constitutionnel (art. 8, al. 3, de la Constitution). L'égalité hommes-femmes dans la vie professionnelle, entre autres, est inscrite dans la Constitution fédérale depuis 1981.

En plus de ces grands axes, le projet traite différents points soulevés récemment par des interventions parlementaires ou des débats politiques et publics. La révision des dispositions sur l'assainissement doit inciter les entreprises à s'assainir rapidement, si possible avant l'ouverture d'une procédure concordataire. À cet égard, le projet accorde une importance accrue aux liquidités et améliore l'harmonisation du droit de la société anonyme avec la procédure concordataire. Dans les situations simples, il sera possible de fonder, de dissoudre et de radier du registre du commerce les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée et les coopératives sans recourir à un officier public. Le projet prévoit par ailleurs la possibilité de faire trancher les litiges relevant du droit de la société anonyme par un tribunal arbitral.

Enfin, le projet tient compte de l'évolution du droit international et 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

| | |
|--|------------|
| Condensé | 355 |
| 1 Présentation du projet | 363 |
| 1.1 Contexte de la révision du droit de la société anonyme | 363 |
| 1.1.1 Projet du 21 décembre 2007 | 363 |
| 1.1.2 Dépôt de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» et projet du 5 décembre 2008 | 364 |
| 1.1.3 Clôture des débats au conseil prioritaire | 365 |
| 1.1.4 Suspension des débats au second conseil et premier contreprojet direct | 365 |
| 1.1.5 Sortie de l'impasse grâce à l'initiative parlementaire de la CAJ-E | 365 |
| 1.1.6 Nouveau contreprojet indirect de 2010 | 366 |
| 1.1.6.1 Elaboration et prise en compte d'une nouvelle initiative parlementaire | 366 |
| 1.1.6.2 Projet 1 de l'objet 10.443 comme nouveau contreprojet indirect | 367 |
| 1.1.6.3 Projet 2 de l'objet 10 443 et deuxième contreprojet direct | 368 |
| 1.1.7 Acceptation de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» | 368 |
| 1.1.8 Mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst. | 369 |
| 1.1.8.1 Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse | 369 |
| 1.1.8.2 Pas d'applicabilité directe pour l'art. 95, al. 3, Cst. et primauté de l'ORAb | 370 |
| 1.1.8.3 Vue d'ensemble des dispositions de l'ORAb | 370 |
| 1.1.8.4 Durée de validité de l'ORAb | 372 |
| 1.1.9 Rejet du projet du 21 décembre 2007 et mandat parlementaire | 372 |
| 1.2 Avant-projet du 28 novembre 2014 de modification du code des obligations (droit de la société anonyme) | 373 |
| 1.2.1 Ouverture de la procédure de consultation | 373 |
| 1.2.2 Principaux résultats de la procédure de consultation | 373 |
| 1.2.3 Principaux résultats de l'analyse d'impact de la réglementation | 374 |
| 1.2.4 Décision du Conseil fédéral du 4 décembre 2015 concernant les résultats de la consultation | 375 |
| 1.2.5 Suspension ou division du projet? | 375 |
| 1.2.5.1 Pas de suspension | 375 |
| 1.2.5.2 Un projet d'une seule pièce | 376 |
| 1.3 Abandon de certaines dispositions de l'avant-projet | 377 |
| 1.3.1 Grandes lignes fixées par le Conseil fédéral le 4 décembre 2015 | 377 |
| | 357 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 1.3.2 | Abandon de la suppression de la libération partielle | 378 |
| 1.3.3 | Abandon du dividende plus ou moins élevé | 378 |
| 1.3.4 | Abandon de la subordination du remboursement des réserves issues du capital à une attestation par un expert-réviseur | 378 |
| 1.3.5 | Abandon de la suppression de la possibilité d'une consolidation à la valeur comptable | 379 |
| 1.3.6 | Abandon de plusieurs dispositions dépassant le cadre de l'ORAb | 379 |
| 1.3.7 | Abandon de l'extension de la responsabilité des organes au représentant indépendant | 381 |
| 1.3.8 | Abandon du forum électronique des actionnaires | 381 |
| 1.3.9 | Abandon de la possibilité d'intenter action aux frais de la société | 381 |
| 1.4 | Dispositif proposé | 382 |
| 1.4.1 | Capital et réserve | 382 |
| 1.4.1.1 | Capital-actions en monnaie étrangère | 382 |
| 1.4.1.2 | Valeur nominale | 384 |
| 1.4.1.3 | Reprise de biens (effective ou envisagée) | 385 |
| 1.4.1.4 | Réduction et marge de fluctuation du capital | 388 |
| 1.4.1.5 | Réserves | 389 |
| 1.4.2 | Suppression de l'obligation de la forme authentique pour les sociétés à structure simple | 390 |
| 1.4.3 | Capital-investissement | 391 |
| 1.4.3.1 | Débat sur les «nuées de sauterelles» en Allemagne | 391 |
| 1.4.3.2 | Situation en Suisse | 393 |
| 1.4.4 | Actions dispo | 393 |
| 1.4.4.1 | Définition | 393 |
| 1.4.4.2 | Problèmes potentiels liés aux actions dispo | 394 |
| 1.4.4.3 | Pas de réglementation dans le projet du 21 décembre 2007 | 395 |
| 1.4.4.4 | Principes du modèle de l'actionnaire fiduciaire approuvé par le Conseil des États | 395 |
| 1.4.4.5 | Avantages et inconvénients du modèle de l'actionnaire fiduciaire | 396 |
| 1.4.4.6 | Dividende plus ou moins élevé selon l'avant-projet et résultats de la consultation | 398 |
| 1.4.4.7 | Décision de ne pas légiférer | 399 |
| 1.4.5 | Recours aux médias électroniques | 400 |
| 1.4.6 | Mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst. | 400 |
| 1.4.6.1 | Dispositions relatives à la SA | 400 |
| 1.4.6.2 | Dispositions relatives aux institutions de prévoyance | 402 |
| 1.4.6.3 | Dispositions pénales | 402 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 1.4.7 | Représentation de chaque sexe au sein du conseil d'administration et de la direction | 405 |
| 1.4.8 | Gouvernance d'entreprise | 408 |
| 1.4.8.1 | Equilibre entre les différents organes | 408 |
| 1.4.8.2 | Exemple: droit de demander des renseignements et de consulter des documents | 408 |
| 1.4.8.3 | Abandon de l'approbation obligatoire de certaines décisions du conseil d'administration | 408 |
| 1.4.8.4 | Abaissement des seuils pour l'exercice des droits des actionnaires | 409 |
| 1.4.8.5 | Action en restitution | 412 |
| 1.4.8.6 | Maintien des actions à droit de vote privilégié | 412 |
| 1.4.9 | Droit de l'assainissement dans le CO | 415 |
| 1.4.9.1 | Contexte et principaux objectifs de la révision | 415 |
| 1.4.9.2 | Prêts dans le cadre de l'assainissement | 417 |
| 1.4.9.3 | Intégration de l'ajournement dans les dispositions sur le concordat de la LP | 417 |
| 1.4.10 | Rapport des entreprises de matières premières sur les paiements effectués au profit de gouvernements | 418 |
| 1.4.10.1 | Contexte | 418 |
| 1.4.10.2 | Aperçu de la réglementation | 419 |
| 1.4.10.3 | Objectifs | 420 |
| 1.4.11 | Cohérence entre les différentes parties du droit des sociétés | 421 |
| 1.5 | Relations avec le droit européen | 422 |
| 1.5.1 | Pas d'obligation directe | 422 |
| 1.5.2 | Directive 2007/36/CE concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées | 422 |
| 1.5.3 | Proposition de modification de la directive 2007/36/CE de la Commission européenne | 423 |
| 1.5.4 | Deuxième directive sur le droit des sociétés 2012/30/UE (directive sur le capital) | 425 |
| 1.5.5 | Recommandations de la Commission européenne sur la rémunération dans les sociétés cotées | 427 |
| 1.5.6 | Directives 2013/34/UE (directive comptable) et 2013/50/UE (modification de la directive sur la transparence) | 427 |
| 1.6 | Mise en œuvre | 429 |
| 1.7 | Classement d'interventions parlementaires | 429 |
| 1.7.1 | Interventions parlementaires à classer | 429 |
| 1.7.2 | Intervention non encore examinée par le Parlement | 431 |
| 2 | Commentaire des dispositions | 431 |
| 2.1 | Société anonyme | 431 |
| 2.1.1 | Organisation de la société anonyme | 431 |
| 2.1.2 | Libération du capital et reprise de biens | 438 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 2.1.3 | Avantages particuliers | 445 |
| 2.1.4 | Inscription au registre du commerce | 445 |
| 2.1.5 | Augmentation ordinaire du capital-actions | 447 |
| 2.1.6 | Augmentation au moyen d'un capital conditionnel | 452 |
| 2.1.7 | Réduction ordinaire | 455 |
| 2.1.8 | Formes particulières de la réduction du capital | 460 |
| 2.1.9 | Marge de fluctuation du capital | 462 |
| 2.1.10 | Bons de participation | 466 |
| 2.1.11 | Acquisition par la société de ses propres actions | 468 |
| 2.1.12 | Abrogation des dispositions du droit de la société anonyme sur la présentation des comptes | 470 |
| 2.1.13 | Réserves | 471 |
| 2.1.14 | Dividendes intermédiaires | 474 |
| 2.1.15 | Remboursements interdits | 476 |
| 2.1.16 | Restitution de prestations | 477 |
| 2.1.17 | Restrictions à la transmissibilité des actions nominatives cotées en bourse | 480 |
| 2.1.18 | Représentation à l'assemblée générale | 481 |
| 2.1.19 | Droit de vote, actions à droit de vote privilégié | 486 |
| 2.1.20 | Communication du rapport de gestion | 487 |
| 2.1.21 | Droit de demander des renseignements et de consulter certains documents | 488 |
| 2.1.22 | Examen spécial | 491 |
| 2.1.23 | Clause d'arbitrage statutaire | 493 |
| 2.1.24 | Droits intransmissibles de l'assemblée générale | 496 |
| 2.1.25 | Convocation de l'assemblée générale et ordre du jour | 497 |
| 2.1.26 | Lieu de réunion de l'assemblée générale | 503 |
| 2.1.27 | Recours aux médias électroniques | 505 |
| 2.1.28 | Déroulement de l'assemblée générale | 508 |
| 2.1.29 | Composition et organisation du conseil d'administration | 512 |
| 2.1.30 | Responsabilité pour les organes | 520 |
| 2.1.31 | Menace d'insolvabilité, perte de capital et surendettement | 520 |
| 2.1.32 | Attributions et organisation de l'organe de révision | 527 |
| 2.1.33 | Rémunérations dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse | 530 |
| 2.1.34 | Dissolution de la société | 544 |
| 2.1.35 | Responsabilité des organes | 545 |
| 2.1.36 | Participation des corporations de droit public | 549 |
| 2.2 | Modification d'autres dispositions du code des obligations | 550 |
| 2.2.1 | De la société en commandite par actions | 550 |
| 2.2.2 | Société à responsabilité limitée | 550 |
| 2.2.3 | Société coopérative | 555 |
| 2.2.4 | Registre du commerce | 559 |
| 2.2.5 | Établissement et présentation des comptes | 559 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 2.2.6 | Transparence dans les entreprises de matières premières | 564 |
| 2.2.7 | Papiers-valeurs | 569 |
| 2.2.8 | Dispositions transitoires | 569 |
| 2.3 | Modification d'autres actes | 571 |
| 2.3.1 | Code civil | 571 |
| 2.3.1.1 | Associations | 571 |
| 2.3.1.2 | Fondations | 571 |
| 2.3.2 | Loi du 3 octobre 2003 sur la fusion | 572 |
| 2.3.3 | Code de procédure civile | 574 |
| 2.3.4 | Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite | 575 |
| 2.3.5 | Code pénal | 578 |
| 2.3.6 | Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct | 587 |
| 2.3.7 | Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes | 591 |
| 2.3.8 | Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé | 591 |
| 2.3.9 | Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité | 592 |
| 2.3.10 | Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs | 596 |
| 2.3.11 | Loi du 8 novembre 1934 sur les banques | 596 |
| 2.3.12 | Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances | 596 |
| 3 | Conséquences | 597 |
| 3.1 | Conséquences pour la Confédération | 597 |
| 3.1.1 | Conséquences financières | 597 |
| 3.1.2 | Conséquences en matière de personnel | 597 |
| 3.2 | Conséquences pour les cantons | 597 |
| 3.3 | Conséquences économiques | 598 |
| 3.3.1 | Structure du capital | 598 |
| 3.3.2 | Gouvernance et droits des actionnaires | 600 |
| 3.3.3 | Mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst. | 602 |
| 3.3.4 | Représentation des sexes au sein du conseil d'administration et de la direction | 602 |
| 3.4 | Conséquences sur l'égalité hommes-femmes | 603 |
| 3.5 | Influence du projet sur la position de la Suisse en matière de protection des investisseurs | 603 |
| 3.6 | Récapitulatif: allègements administratifs, renforcement de la protection des actionnaires minoritaires, des investisseurs et des créanciers, et sécurité juridique | 605 |
| 3.6.1 | Remarques préliminaires | 605 |
| 3.6.2 | Allègements administratifs et souplesse accrue pour les entreprises | 606 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 3.6.3 | Protection des actionnaires minoritaires, des investisseurs et des créanciers | 609 |
| 3.6.4 | Renforcement de la sécurité juridique | 612 |
| 4 | Relation avec le programme de la législature et avec les objectifs du Conseil fédéral pour 2016 | 614 |
| 5 | Aspects juridiques | 614 |
| 5.1 | Constitutionnalité | 614 |
| 5.2 | Compatibilité avec les obligations internationales | 615 |
| 5.3 | Forme de l'acte à adopter | 615 |
| 5.4 | Délégation de compétences législatives | 615 |
| 5.5 | Frein aux dépenses | 615 |
| 6 | Tables des travaux législatifs et des abréviations | 616 |
| 6.1 | Tables des travaux législatifs | 616 |
| 6.2 | Table des abréviations | 622 |
| | Code des obligations (droit de la société anonyme) (<i>Projet</i>) | 625 |

Message

- 1** **Présentation du projet**
- 1.1** **Contexte de la révision du droit de la société anonyme**
- 1.1.1** **Projet du 21 décembre 2007**

Le projet du Conseil fédéral du 21 décembre 2007¹ 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 la gouvernance d'entreprise, octroyer une plus grande marge de manœuvre en matière de structure du capital, régler l'usage des médias électroniques pendant le déroulement de l'assemblée générale et remplacer l'ancien droit comptable, devenu obsolète².

Le 7 avril 2009, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (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 SA³, elle a finalement surtout servi le droit comptable en le tenant à l'écart de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» (ch. 1.1.2 ss). Le 21 novembre 2012, le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur simultanée du droit comptable et de l'ordonnance du 21 novembre 2012 sur les normes comptables reconnues au 1^{er} janvier 2013⁴.

Lors de la première partie de son examen par article du projet 2, le Conseil national a approuvé, le 20 septembre 2010, une proposition individuelle de relèvement des valeurs seuils fixées à l'art. 727, al. 1, ch. 2, du code des obligations (CO), 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 08.011⁵. Ce relèvement des valeurs seuils a été clairement approuvé par les deux chambres après quelques tergiversations et mis en vigueur par le Conseil fédéral au 1^{er} janvier 2012⁶.

¹ 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. Katharina Rüdlinger, «Was bringt der Entwurf zum neuen Aktienrecht?», L'Expert-comptable suisse 1-2/2008, p. 18 ss.

² Communiqué de presse du DFJP du 21 décembre 2007

³ Communiqué de presse de la CAJ-E du 16 juin 2009; BO 2009 E 602; BO 2009 E 1187

⁴ Communiqué de presse du DFJP du 22 novembre 2007.

⁵ BO 2010 N 1373

⁶ Communiqué de presse du DFJP du 31 août 2011. Florian Zihler, «Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 al. 1 ch. 2 OR», L'Expert-comptable suisse 9/2011, p. 670 ss.

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, 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.), consacré à l'activité économique lucrative privée.

Le 5 décembre 2008, le Conseil fédéral présentait un nouveau projet⁷, 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. Contrairement à l'initiative, le projet donnait plus de marge de manœuvre aux sociétés et surtout aux actionnaires lorsqu'il s'agit de concrétiser la réglementation dans les statuts⁸.

En 2008, le Conseil fédéral et la Banque nationale suisse ont uni leurs efforts pour éviter l'effondrement d'UBS⁹. 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* 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 délibérations parlementaires sur la révision du droit de la SA et dans l'opinion. Tous ces éléments ont marqué les débats parlementaires sur la révision du droit de la SA jusqu'à fin 2012.

⁷ 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.

⁸ Communiqué de presse du DFJP du 5 décembre 2008. Oliver Blanc/Florian Zihler, «Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008», GesKR 1/2009, p. 66 ss.

⁹ Message du 5 novembre 2008 concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse, FF 2008 8027 ss.

1.1.3 Clôture des débats au conseil prioritaire

Le Conseil des États, en sa qualité de conseil prioritaire, a réussi à échapper à l'essentiel de cette pression publique. Il a terminé l'examen des projets de 2007 et de 2008 lors de la session d'été 2009¹⁰.

1.1.4 Suspension des débats au second conseil et premier contreprojet direct

La Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N), commission du second conseil chargée de l'examen préalable, a reçu en peu de temps une avalanche de propositions d'amendements.

À 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 bourse¹¹. En janvier 2010, le Département fédéral de justice et police (DFJP) avait élaboré à son intention un tableau synoptique (ou «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, mettant l'accent sur le droit de la SA¹².

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 qui vient d'être évoqué, ils se trouvaient encore chez son homologue du Conseil national.

Au printemps 2010, la révision du droit de la SA aboutissait donc dans une impasse. La CAJ-E a trouvé le moyen procédural d'en sortir, en déposant le 20 mai 2010 une initiative parlementaire¹³ à laquelle son homologue du Conseil national s'est ensuite ralliée¹⁴. Il s'agissait de ne réviser que les dispositions du CO, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants et du code pénal (CP) sur lesquelles portait l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives». Cette révision partielle devait s'inspirer de l'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.

¹⁰ BO 2009 E 601 ss (9–11 juin 2009)

¹¹ Communiqué de presse de la CAJ-N du 30 octobre 2009

¹² 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^{bis}.

¹³ Initiative parlementaire de la CAJ-E du 20 mai 2010, contreprojet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» (10.443).

¹⁴ Communiqué de presse de la CAJ-N du 2 juin 2010

Pour prévenir toute contradiction matérielle 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 2008¹⁵. Elle ne l'a jamais repris (ch. 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, avec le soutien de l'Office fédéral de la justice (OFJ), le nouveau contreprojet indirect¹⁶.

La procédure, déjà complexe, recevait ainsi un volet supplémentaire. Le 21 juin 2010, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États (CER-E) a décidé, également par la voie d'une initiative parlementaire¹⁷ et en accord avec une motion déposée peu de temps auparavant au Conseil des États¹⁸, que les rémunérations supérieures à trois millions de francs par bénéficiaire devaient être considérées comme des bénéfices 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 ralliée à cette initiative¹⁹. La CAJ-E devait mettre en œuvre cette initiative parlementaire et cette motion dans le cadre de l'élaboration du nouveau contreprojet indirect²⁰.

Les deux initiatives parlementaires ont abouti au rapport du 25 octobre 2010²¹, fortement inspiré du projet de 2008, au rapport complémentaire du 22 novembre 2010²² de la CAJ-E, et aux deux avis du Conseil fédéral du 17 novembre²³ et du 3 décembre 2010²⁴.

¹⁵ Communiqué de presse de la CAJ-N du 3 septembre 2010

¹⁶ Communiqué de presse de la CAJ-E du 17 août 2010

¹⁷ 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).

¹⁸ Motion Graber du 10 juin 2010, «Soumettre les rémunérations supérieures à trois millions de francs à la décision de l'assemblée générale» (10.3402).

¹⁹ Communiqué de presse de la CER-N du 29 juin 2010

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

²¹ Initiative parlementaire, contreprojet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», rapport de la CAJ-E du 25 octobre 2010, FF **2010** 7521 ss.

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

²³ Avis du Conseil fédéral du 17 novembre sur le rapport de la CAJ-E du 25 octobre 2010, FF **2010** 7589 ss.

²⁴ Avis du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 sur le rapport complémentaire de la CAJ-E du 22 novembre 2010, FF **2011** 241 ss.

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) constituait la base du nouveau contreprojet indirect qui a été opposé à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» lors de la votation du 3 mars 2013. Le Conseil des États²⁵ et le Conseil national²⁶ ont adopté à une grande majorité ce contreprojet indirect²⁷ 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 des actionnaires 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 au 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 explicites que celles de l'initiative populaire concernant le devoir de diligence du conseil d'administration et de la direction en matière de rémunération. Il simplifiait aussi l'ouverture d'une action en restitution de prestations injustifiées.

²⁵ BO 2012 E 269 s.

²⁶ BO 2012 N 553 s.

²⁷ Projet de la Commission de rédaction pour le vote final du 16 mars 2012, accessible à l'adresse: www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2010/20100443/Texte%20pour%20la%20votation%20finale%201%20NS%20F.pdf. Le nouveau contreprojet indirect n'a été publié à aucun autre endroit.

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 (ch. 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)²⁸. Il a toutefois fait long feu, le Conseil national ayant décidé par deux fois de ne pas entrer en matière²⁹.

La CAJ-N a ultérieurement repris les dispositions de droit fiscal sur les rémunérations très élevées sous la forme d'un nouveau contreprojet *direct*³⁰: 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 2012³¹. 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»³².

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

Lors de la votation populaire du 3 mars 2013, 68 % des électeurs et tous les cantons ont accepté l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives»³³.

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

³ 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 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;

²⁸ Tableau synoptique Projet 2 Session d'automne 2011 Conseil des États (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^{er}, AP- LHID (droit fiscal).

²⁹ BO 2011 N 1949

³⁰ Communiqué de presse de la CAJ-N du 2 février 2012

³¹ BO 2012 N 1234 ss

³² BO 2012 E 637

³³ www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis348.html

- 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 (ch. 8 dans le texte de l'initiative), 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 14 juin 2013, le DFJP ouvrait une audition écrite sur le projet (intitulé à l'époque: ordonnance contre les rémunérations abusives) et son rapport explicatif³⁴. Le 28 juillet 2013, 71 avis, dont certains très développés, avaient été déposés. Malgré de nombreuses suggestions de modifications, le projet a reçu un accueil positif dans l'ensemble, car il présentait un bon équilibre entre les contraintes de la disposition constitutionnelle et une mise en œuvre réaliste³⁵. Les deux commissions des affaires juridiques ont été consultées respectivement le 26 août et les 5 et 6 septembre 2013. Toutes deux ont également approuvé le projet.

Le DFJP a alors retravaillé le 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 du 20 novembre 2013

³⁴ 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); NZZ du 15 juin 2013 («Minder-Initiative in Einzelschritten umsetzen»).

³⁵ Résumé des prises de position sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives du DFJP du 4 septembre 2013.

contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb) au 1^{er} janvier 2014³⁶.

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 directement applicable tel quel en raison de la phrase introductive programmatrice, où les prescriptions des let. a à d sont qualifiées de «principes» devant être régis par la loi. 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 [art 197, ch. 10, Cst.]) 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 (ch. 1.1.8.3 s.). Une disposition liminaire de l'ORAb précise que, en vertu de la Cst., les dispositions de l'ordonnance priment les dispositions contraires du CO (art. 1, al. 2, 1^{re} phrase). Avantage: lors de l'entrée en vigueur de la loi formelle adoptée par le Parlement, il ne faudra abroger que l'ordonnance³⁷.

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'étranger³⁸ (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'étranger³⁹ ou, le cas échéant, ce qu'elles ont pu faire à l'étranger avant de transférer leur siège en Suisse⁴⁰.

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

³⁶ Communiqué de presse du DFJP 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); Florian Zihler, «Verordnung gegen übermässige Vergütungen», L'Expert-comptable suisse 1-2/2014, p. 46 ss; NZZ du 10 décembre 2013, p. 29 («Aufgeblasene Mängelliste zu den neuen «Minder»-Regeln»).

³⁷ Rapport explicatif du DFJP du 14 juin 2013 concernant l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (AP-ORAb, p. 6 s.).

³⁸ Rapport AP-ORAb, p. 9

³⁹ 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 avec la lettre ni avec l'esprit de l'art. 95, al. 3, Cst.

⁴⁰ 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 et réitéré au sujet de l'AP-CO: rapport consultation droit de la SA 2014, p. 21.

régliées, sommairement, dans les statuts (art. 12, al. 1, ch. 3, ORAb). Il est possible de 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 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)⁴¹. 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 consultatif⁴².

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 et 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)⁴³.

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)⁴⁴.

La représentation des actionnaires par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire est abolie (art. 11 ORAb). La seule représentation institutionnelle autorisée est celle assurée 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)⁴⁵. L'établissement de pouvoirs ou d'instructions permanents est interdit⁴⁶.

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)⁴⁷. Les indemnités de départ, les indemnités anticipées et les provisions pour restructuration sont interdites (art. 20 ORAb)⁴⁸. 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)⁴⁹.

41 Rapport P-ORAb, p. 9 s.

42 Rapport P-ORAb, p. 10

43 Rapport AP-ORAb, p. 18; rapport P-ORAb, p. 8

44 Rapport P-ORAb, p. 4 s.

45 Rapport AP-ORAb, p. 14

46 Rapport P-ORAb, p. 6

47 Rapport P-ORAb, p. 7 s.

48 Rapport P-ORAb, p. 11 s.

49 Rapport AP-ORAb, p. 26

Les institutions de prévoyance soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP) 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 rémunérations⁵⁰. 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 déterminante⁵¹. 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 d'infractions propres pures⁵². L'auteur doit agir sciemment. Le dol éventuel est donc exclu⁵³.

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^{er} janvier 2014 (art. 33 ORAb). Ses dispositions pénales entrent également en vigueur progressivement, en même temps que les articles auxquels elles se rapportent. Depuis le 1^{er} janvier 2016, l'ordonnance est en vigueur dans son intégralité.

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. Le projet présenté ici vise l'exécution légale formelle de l'art 95, al. 3, Cst.

1.1.9 Rejet du projet du 21 décembre 2007 et mandat parlementaire

Le Conseil national et le Conseil des États ont tous deux, à la mi-2013, renvoyé au Conseil fédéral le projet de 2007, en suspens depuis l'automne 2010 et, de fait, 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 2007⁵⁴.

⁵⁰ Rapport P-ORAb, p. 12

⁵¹ Rapport P-ORAb, p. 12

⁵² Rapport AP-ORAb, p. 33 ss; rapport P-ORAb, p. 14 s.

⁵³ Rapport P-ORAb, p. 14 et 17

⁵⁴ BO 2013 N 884 ss; BO 2013 E 568 ss

1.2 Avant-projet du 28 novembre 2014 de modification du code des obligations (droit de la société anonyme)

1.2.1 Ouverture de la procédure de consultation

Le Conseil fédéral a mis en œuvre le mandat parlementaire évoqué plus haut dans l'avant-projet et le rapport explicatif du 28 novembre 2014 relatifs à la modification du code des obligations (droit de la société anonyme)⁵⁵. Il en a profité pour apporter des améliorations ponctuelles aux dispositions des projets de 2007 et de 2008 et pour formuler des propositions concernant des aspects qui avaient marqué les débats au Parlement et dans l'opinion publique, ou qui se sont imposés du fait de l'évolution du droit international, comme la nécessité d'augmenter la transparence des flux financiers des entreprises extractrices de matières premières⁵⁶.

1.2.2 Principaux résultats de la procédure de consultation

Le rapport du 17 septembre 2015 sur les résultats de la consultation sur l'avant-projet fait état d'avis très contrastés, certains participants manifestant une franche approbation du projet, d'autres un rejet catégorique.

Environ un quart des participants, notamment la majorité des cantons, ont approuvé expressément l'avant-projet dans son ensemble. Le transfert de l'ORAb au niveau de la loi, la libéralisation des dispositions sur la fondation et sur le capital, l'amélioration ponctuelle de la gouvernance d'entreprise et l'harmonisation du droit comptable et du droit de la SA ont notamment reçu un accueil favorable.

Un quart des participants, en particulier des associations économiques et professionnelles, ont quant à eux désapprouvé l'avant-projet. Ils se montrent d'autant plus critiques à l'égard de ses conséquences pour la place économique suisse que le taux plancher du franc face à l'euro a été abandonné en janvier 2015. Dans ce contexte, ils estiment qu'il faut éviter tout coût ou insécurité supplémentaire pour les entreprises. À défaut d'une suspension des travaux, ils recommandent d'élaborer un projet qui ne soit pas un fardeau pour l'économie, à savoir qui n'aille pas plus loin que les dispositions actuelles de l'ORAb et qui n'étende pas aux sociétés non cotées la réglementation applicable aux sociétés cotées⁵⁷.

⁵⁵ Accessibles sur le site de l'OFJ: www.bj.admin.ch/bj > Économie > Révision du droit de la société anonyme.

⁵⁶ Communiqué de presse du DFJP du 28 novembre 2014

⁵⁷ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 5 ss

1.2.3 Principaux résultats de l'analyse d'impact de la réglementation

Parallèlement à la consultation et à l'exploitation de ses résultats, deux hautes écoles d'économie ont été chargées d'effectuer une analyse d'impact des résultats (AIR) sur différents aspects de l'avant-projet de révision du droit de la SA⁵⁸. Cette analyse ne devait pas tenir compte des projets de 2007 et de 2008, qui n'auraient produit aucun enseignement nouveau, ayant déjà fait tous deux l'objet d'un examen intégral de la part du Conseil des États, et les deux commissions des affaires juridiques ayant procédé à leur sujet à l'audition de représentants de l'économie, notamment⁵⁹. Elle ne devait pas non plus porter sur le transfert des dispositions de l'ORAB, l'ORAB devant déjà être appliquée par les SA dont les actions sont cotées en bourse et par les institutions de prévoyance.

L'AIR a donc porté sur les éléments suivants: abrogation de la libération partielle du capital, représentation de chaque sexe parmi les cadres supérieurs des grandes SA cotées en bourse, primes d'embauche et prohibition de faire concurrence dans les SA cotées en bourse, interdiction des votes prospectifs pour les rémunérations variables, et précision du devoir de diligence des cadres supérieurs des SA concernant la politique de rémunération.

Les principaux résultats de l'AIR figurent dans le tableau ci-dessous:

| Avant-projet | Objet | Résultat principal |
|--|---|---|
| Libération partielle du capital-actions | | |
| Art. 632 AP-CO | Abrogation de la possibilité de libérer partiellement le capital | Au point de vue juridique, cette abrogation est approuvée parce qu'elle réduit l'insécurité juridique. Au point de vue microéconomique et macroéconomique, elle est approuvée avec réserve, malgré son faible coût probable sur ces deux plans. |
| Représentation de chaque sexe parmi les cadres supérieurs | | |
| Art. 734e AP-CO | Représentation de chaque sexe parmi les cadres supérieurs des grandes SA cotées en bourse | L'intervention de l'État permet d'atteindre plus rapidement une représentation équilibrée de chaque sexe dans les sociétés ouvertes au public. Compte tenu de la simple obligation de s'expliquer en cas de non-respect du quota («appliquer ou expliquer»), la restriction de la liberté économique est proportionnée pour le conseil d'administration comme pour la direction. |

⁵⁸ Haute école de gestion Arc, Neuchâtel/Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Analyse d'impact de la réglementation relative à la modernisation du droit de la société anonyme, rapport final, 30 septembre 2015. À retrouver sur le site de l'OFJ: www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html (Économie, Révision du droit de la société anonyme).

⁵⁹ Communiqué de presse de la CAJ-E du 26 août 2008; communiqué de presse de la CAJ-N du 28 août 2009.

| Avant-projet | Objet | Résultat principal |
|--|---|--|
| | | Cette disposition ne génère pas de coûts significatifs et n'a pas d'impact significatif sur la compétitivité de la Suisse. On s'attend à ce qu'elle ait même des effets positifs sur l'économie. |
| Règlementation des indemnités | | |
| Art. 735c, al. 1, ch. 2 et 3, AP-CO | Prohibition de faire concurrence pour les SA cotées en bourse | Plusieurs éléments justifient l'intervention de l'État, en particulier l'importance économique des clauses de non-concurrence, le risque de contournement de l'interdiction, en vigueur, des indemnités de départ, et les risques pénaux encourus par les parties. |
| Art. 735c, al. 1, ch. 5, AP-CO | Primes d'embauche dans les SA cotées en bourse | Les dispositions, prises isolément, n'auraient pas d'impact majeur sur les sociétés ni sur l'économie dans son ensemble. On craint cependant que leurs effets, aussi minimes soient-ils, ne dépassent le seuil de tolérance. |
| Art. 735, al. 3, ch. 4, AP-CO | Interdiction des votes prospectifs sur les rémunérations variables dans les SA cotées en bourse | L'interdiction des votes prospectifs sur les rémunérations variables aurait des effets extrêmement négatifs sans pour autant répondre aux attentes des investisseurs et des analystes. |
| Art. 717, al. 1 ^{bis} , AP-CO | Précision du devoir de diligence concernant la politique de rémunération | L'instauration d'un vote rétrospectif non contraignant sur le rapport de rémunération déjà exigé par l'ORAb offrirait une solution élégante et peu coûteuse. |

1.2.4 Décision du Conseil fédéral du 4 décembre 2015 concernant les résultats de la consultation

Le 4 décembre 2015, le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la consultation et de l'AIR sur l'avant-projet de révision du droit de la SA.

Il a chargé le DFJP d'élaborer un message à la lumière des résultats de la consultation, et de le lui soumettre fin 2016. Il a par ailleurs fixé les grandes lignes du projet de révision afin d'assurer à l'économie une certaine sécurité juridique et au DFJP une certaine stabilité pour l'élaboration du message (voir surtout ch. 1.3).

1.2.5 Suspension ou division du projet?

1.2.5.1 Pas de suspension

Compte tenu de la demande formulée lors de la consultation par des participants importants, le Conseil fédéral a commencé par se demander, du point de vue de la procédure, s'il fallait suspendre les travaux législatifs en cours et mettre en place un

«groupe de réflexion»⁶⁰ doté d'une large assise politique, avant de rejeter cette option. Il lui importait avant tout de donner au Parlement les moyens de mettre en œuvre l'art. 95, al. 3, Cst. dans la loi rapidement après l'acceptation de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives». Le Conseil fédéral estimait par ailleurs que le recours à un nouveau groupe d'experts était peu susceptible de produire de nouveaux résultats matériels ni politiques. Le droit de la SA a déjà fait l'objet de deux consultations (en 2005 et en 2014), et l'ORAb d'une audition écrite (en 2013). Ces procédures ont suscité de très nombreux avis, que le DFJP a publiés sur Internet et évalués. Leurs résultats ont donné lieu à des rapports. Autre élément déterminant pour le Conseil fédéral: le Conseil des États a déjà examiné en détail les projets de 2007 et de 2008, qui constituent, outre l'ORAb, le fondement de l'avant-projet, et les a approuvés en 2009 moyennant de rares modifications⁶¹.

1.2.5.2 Un projet d'une seule pièce

Au point de vue matériel, le Conseil fédéral a opté à dessein, le 4 décembre 2015, pour une révision d'une seule pièce du droit de la SA. Le projet n'implique donc 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 (ch. 1.1.4)⁶² au printemps 2013⁶³;
- le Conseil national et le Conseil des États ont tous deux, à la mi-2013, renvoyé au Conseil fédéral le projet 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»)⁶⁴.

C'est donc à dessein que le projet – suivant en cela 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. Voici pourquoi:

- 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 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, à l'utilisation des médias électroniques, à l'examen spécial 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 (lorsqu'il est question de seuils ou de délais diffé-

⁶⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 5

⁶¹ BO 2009 E 718

⁶² Communiqué de presse de la CAJ-N du 30 octobre 2009

⁶³ Communiqué de presse de la CAJ-N du 26 avril 2013

⁶⁴ BO 2013 N 884 ss; BO 2013 E 568 ss

rents, par ex.). Cela compliquerait encore davantage les débats parlementaires. Il n'existe donc aucune raison valable de scinder le projet de révision en deux, d'autant qu'une telle scission générerait 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 l'examen par le Parlement des projets de 2007 et de 2008, 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)⁶⁵:

- une division ne ferait pas gagner de temps. Les aspects relatifs à l'exécution de l'art. 95, al. 3, Cst. sont particulièrement controversés politiquement. 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 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;
- lors de la consultation, aucun participant n'a demandé une quelconque forme de division.

1.3 Abandon de certaines dispositions de l'avant-projet

1.3.1 Grandes lignes fixées par le Conseil fédéral le 4 décembre 2015

On trouvera exposés ci-après les principaux points abandonnés par rapport à l'avant-projet, par suite essentiellement du rejet très net d'une disposition ou d'une thématique complète lors de la consultation. Le Conseil fédéral a entériné et rendu publics ces choix le 4 décembre 2015 en formulant les grandes lignes du projet⁶⁶.

Les écarts de moindre portée par rapport à l'avant-projet sont exposés directement dans le commentaire des différentes dispositions.

On trouvera au ch. 6 une bibliographie ainsi qu'une liste des abréviations et des lois citées.

⁶⁵ Susanne Haas, Diskrepanzen zwischen neuem Rechnungslegungsrecht und bestehendem Aktienrecht, L'Expert-comptable suisse 10/2014, p. 868 ss.

⁶⁶ La plupart de ces grandes lignes figurent dans le communiqué de presse du DFJP du 4 décembre 2015. Karin Poggio/Florian Zihler en livrent un aperçu complet: Weiterer Meilenstein in der Aktienrechtsrevision, ExpertFocus 1-2/2016, p. 79 ss.

1.3.2 Abandon de la suppression de la libération partielle

En ce qui concerne la suppression de la possibilité de libérer partiellement le capital-actions⁶⁷, la consultation n'a pas livré de résultat net⁶⁸. Étant donné que la Sàrl n'offre pas les mêmes avantages que la SA (cette dernière prévoyant par ex. la possibilité d'un capital conditionnel) et compte tenu de la vigueur du franc, source de tensions conjoncturelles, et des résultats contrastés de l'AIR, la possibilité d'une libération partielle est maintenue.

1.3.3 Abandon du dividende plus ou moins élevé

La possibilité statutaire d'instaurer des dividendes plus ou moins élevés selon que les actionnaires sont actifs ou passifs⁶⁹ ayant été clairement rejetée lors de la consultation, elle est retirée du projet⁷⁰. Pour plus de détails, il est renvoyé au commentaire des ch. 1.4.4.6 s.

1.3.4 Abandon de la subordination du remboursement des réserves issues du capital à une attestation par un expert-réviser

L'obligation d'obtenir une attestation d'un expert-réviser pour le remboursement aux actionnaires de réserves issues du capital, notamment des agios⁷¹, a été rejetée lors de la consultation au motif qu'elle ne correspond pas à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁷² et qu'elle est disproportionnée⁷³.

Cette obligation a donc été retirée du projet. Le conseil d'administration peut toutefois ordonner un audit de ce genre avant de soumettre à l'assemblée générale une demande de remboursement de réserves issues du capital. Il peut même y être contraint par son devoir de diligence (art. 717 CO). L'assemblée générale peut elle aussi prévoir l'obligation d'obtenir une telle attestation.

L'abandon de cette disposition n'a aucune incidence sur l'étendue du contrôle des comptes annuels (art. 728a ou 729a CO).

⁶⁷ Art. 632 AP-CO; rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 20 s. et 73

⁶⁸ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 6

⁶⁹ Art. 661, al. 2, ch. 1 et 2, AP-CO; rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 33 et 93 s.

⁷⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 25 s.

⁷¹ Art. 671, al. 3, AP-CO; rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 26 et 95.

⁷² ATF 140 III 533 consid. 6.2.2, p. 547 s.

⁷³ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 25

1.3.5 Abandon de la suppression de la possibilité d'une consolidation à la valeur comptable

La suppression de la possibilité d'une consolidation à la valeur comptable, alliée à un relèvement des seuils applicables au devoir de consolidation⁷⁴, a suscité un rejet très net lors de la consultation, les participants invoquant les motifs suivants: le relèvement des seuils est précipité, du fait de l'absence complète de recul par rapport au nouveau droit comptable; il faut maintenir la possibilité d'une consolidation à la valeur comptable pour les groupes de moyenne importance, faute de quoi la constitution de réserves latentes serait vouée à l'échec; s'ils ne sont pas consolidés, les comptes annuels de la société contrôlante manquent de pertinence. Les actionnaires ne voient que la valeur comptable des participations mais pas le capital propre consolidé ni le total du bilan consolidé. Ils ne voient pas non plus le potentiel de revenu du groupe. Lorsque les comptes sont consolidés, le droit des actionnaires de poser des questions se rapporte aussi à ces comptes consolidés. L'avant-projet aurait donc pour effet d'affaiblir les droits des actionnaires⁷⁵.

Compte tenu de ces arguments, les dispositions de l'avant-projet concernant les comptes consolidés n'ont pas été maintenues dans le projet⁷⁶. Le nouveau droit comptable n'est entré en vigueur que le 1^{er} janvier 2013, et d'ailleurs les dispositions concernant les comptes consolidés ne sont applicables qu'à partir de l'exercice 2016⁷⁷.

1.3.6 Abandon de plusieurs dispositions dépassant le cadre de l'ORAb

Plusieurs dispositions de l'avant-projet ayant un rapport direct avec l'art. 95, al. 3, Cst. et dépassant le cadre de l'ORAb ont été clairement rejetées lors de la consultation, essentiellement au motif que l'on manque de recul concernant l'application de l'ORAb, laquelle n'est entrée en vigueur que le 1^{er} janvier 2014 et ne sera pleinement appliquée qu'à partir de l'exercice 2016 conformément aux dispositions transitoires. Les participants considèrent qu'il faut observer l'application de l'ORAb en toute objectivité afin de pouvoir déterminer s'il faut vraiment confronter les entreprises à ces nouvelles contraintes. Ils estiment qu'on ne peut pas demander aux entreprises ni à leurs actionnaires d'apporter de nouveaux changements importants à leurs statuts dans un délai aussi court, car cela nuirait fortement à la confiance dans la stabilité et dans la prévisibilité des conditions générales de la place économique suisse⁷⁸.

⁷⁴ Art. 963*b*, al. 1, en relation avec art. 963*a*, al. 1, ch. 1, AP-CO; rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 53 et 164 s.

⁷⁵ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 34

⁷⁶ Voir aussi le rapport du Conseil fédéral de février 2016 «Mesures visant à réduire les coûts de la réglementation: état de réalisation et suite des travaux», p. 5, 9 s. et 18.

⁷⁷ Art. 2, al. 3, des dispositions transitoires de la modification du 23 décembre 2011

⁷⁸ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 21

Ne figurent donc plus dans le projet les obligations ni les interdits suivants:

- l'obligation de définir dans les statuts le rapport maximal entre la rémunération fixe et la rémunération globale⁷⁹ (motif invoqué lors de la consultation: un plafonnement des bonus entraînerait une augmentation des rémunérations fixes et donc une souplesse moindre des entreprises en période de crise⁸⁰);
- la mention explicite du devoir de diligence des cadres supérieurs en matière de rémunérations⁸¹ (motif invoqué lors de la consultation: les devoirs généraux de diligence et de fidélité englobent la fixation des rémunérations et il n'est pas nécessaire de préciser un aspect de ceux-ci⁸²);
- la publication des rémunérations accordées à chacun de membres de la direction⁸³ (motifs invoqués lors de la consultation: en ce qui concerne l'indication des rémunérations, il est justifié de faire une distinction entre les membres du conseil d'administration [dont les rémunérations sont publiées] et ceux de la direction. Les rapports entre ces derniers et la société sont régis par le droit du travail et il incombe au conseil d'administration de décider de la rémunération des membres de la direction et de les engager ou licencier. Les membres du conseil d'administration sont quant à eux élus directement par l'assemblée générale, d'où l'opportunité d'indiquer les rémunérations de manière plus précise. L'extension de l'obligation risquerait par ailleurs de niveler les salaires vers le haut et de poser problème du point de vue de la protection des données⁸⁴);
- l'interdiction du vote prospectif sur les rémunérations variables⁸⁵ (motifs invoqués lors de la consultation: une telle interdiction rendrait la planification plus incertaine et les entreprises suisses moins attrayantes en ce qui concerne le recrutement au niveau international. Elle obligerait un grand nombre de sociétés à adapter une nouvelle fois leurs statuts, ce qui serait exorbitant si peu de temps après l'entrée en vigueur de l'ORAb. Et elle limiterait inutilement la liberté des actionnaires de choisir le système de vote qui leur paraît le plus adapté à leur société⁸⁶);
- l'extension de certaines dispositions de l'ORAb, c'est-à-dire de l'art. 95, al. 3, Cst. aux grandes coopératives. L'avant-projet prévoyait l'obligation de publier les indemnités versées aux membres de l'administration et de la direction⁸⁷. Cette proposition a été nettement rejetée lors de la consultation⁸⁸. En ce qui concerne le droit des membres de se renseigner sur la politique du personnel, il est renvoyé aux commentaires correspondants du droit de la SA (art. 697 P-CO).

⁷⁹ Art. 626, al. 2, ch. 3, AP-CO; rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 69.

⁸⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 15

⁸¹ Art. 717, al. 1^{bis}, AP-CO; rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 129 s.

⁸² Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 20

⁸³ Art. 734a, al. 3, ch. 2, AP-CO; rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 143.

⁸⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 22

⁸⁵ Art. 735, al. 3, ch. 4, AP-CO; rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 146.

⁸⁶ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 21

⁸⁷ Art. 857, al. 2^{bis}, AP-CO; rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 160.

⁸⁸ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 37

Rien n'empêche toutefois les entreprises qui le souhaiteraient d'inscrire ces principes dans leurs statuts puisqu'il ne s'agit pas de compétences inaliénables du conseil d'administration.

1.3.7 Abandon de l'extension de la responsabilité des organes au représentant indépendant

L'avant-projet prévoyait d'étendre la responsabilité des organes au représentant indépendant⁸⁹, option qui a été nettement rejetée lors de la consultation⁹⁰ au motif que le représentant indépendant n'est pas un organe de la société, qu'il n'exerce aucune fonction d'organe et qu'il assume exclusivement des tâches fiduciaires. Le projet maintient par conséquent le droit en vigueur.

1.3.8 Abandon du forum électronique des actionnaires

L'obligation proposée pour les SA cotées en bourse de mettre à la disposition des actionnaires un forum électronique avant une assemblée générale⁹¹ a été clairement rejetée lors de la consultation aux motifs suivants: on craint qu'un tel forum n'entraîne de lourdes charges administratives, n'ait un coût élevé et ne représente une grosse charge de travail pour le conseil d'administration. Ces charges sont trop élevées par rapport à l'intérêt du forum. Il existe en outre un risque que celui-ci dévie de sa fonction première et que la responsabilité du conseil d'administration soit mise à mal en raison des contenus publiés dans le forum⁹².

L'obligation d'un tel forum a été abandonnée dans le projet, mais on peut imaginer que le conseil d'administration, notamment, en instaure un de sa propre initiative.

1.3.9 Abandon de la possibilité d'intenter action aux frais de la société

Les dispositions relatives au droit d'intenter une action en remboursement ou en responsabilité aux frais de la société⁹³ ont été clairement rejetées lors de la consultation aux motifs suivants: le risque d'abus de la part d'actionnaires querulents et d'avocats est considéré comme élevé. Les entreprises pourraient subir des pressions injustifiées et déstabilisantes. La consultation préalable de l'assemblée générale n'a aucun sens dans la mesure où des actionnaires minoritaires pourraient saisir le tribunal même en cas de refus de l'assemblée générale. On se demande aussi pourquoi le tribunal, lors de l'examen de l'admissibilité de la requête, serait mieux qualifié que l'assemblée générale pour juger des intérêts de la société. Une importance

⁸⁹ Art. 754, al. 1, AP-CO; rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 151.

⁹⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 28

⁹¹ Art. 701g AP-CO; rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 121 s.

⁹² Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 18 s.

⁹³ Art. 697j s. AP-CO, rapport avant-projet droit de la SA 2004, p. 47 ss et 111 ss.

considérable est accordée, lors de l'examen de l'emplacement d'une entreprise, aux conditions relevant du droit de la procédure auxquelles sont confrontées les entreprises⁹⁴. La possibilité d'intenter action aux frais de la société est par conséquent abandonnée dans le projet.

1.4 Dispositif proposé

1.4.1 Capital et réserve

1.4.1.1 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 fonctionnelle⁹⁵. Celle-ci doit être librement convertible en francs. 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 (art. 958d, al. 3, CO)⁹⁶.

Selon le droit en vigueur, le capital-actions doit être en francs (art. 621 CO)⁹⁷. Par conséquent, son montant est aussi inscrit en francs dans le registre du commerce (art. 45, al. 1, let. h, de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce [ORC])⁹⁸. 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. 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)⁹⁹. Du reste, le capital-actions et les réserves en francs 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])¹⁰⁰.

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

⁹⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 28

⁹⁵ Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Tome «Buchführung und Rechnungslegung», Zurich 2014, p. 45 s.

⁹⁶ Message droit de la SA 2007, p. 1522

⁹⁷ Contrairement par ex. à la commandite (art. 608 CO; art. 41, al. 2, let. g, ORC; Rino Siffert, Art. 41 n° 23, in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (éd.), Stämpflis Handkommentar (HRegV), Berne 2013.

⁹⁸ Adrian Tagmann, Art. 45 n° 12, in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (éd.), Stämpflis Handkommentar (HRegV), Berne 2013.

⁹⁹ Peter Böckli, Neue OR-Rechnungslegung, L'Expert-comptable suisse 11/2012, p. 830.

¹⁰⁰ Hanspeter Wüstiner, art. 725 n° 18 ss, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

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. Au sens strict, ces règles doivent aussi s'appliquer aux comptes en francs, 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. Les valeurs historiques en francs 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. 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 francs¹⁰¹.

Solution mise en place dans la pratique

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. Dans ce cas, la comptabilité n'est plus tenue en francs. De même, c'est en principe également la monnaie étrangère qui fait foi lors de l'établissement des comptes et de la validation par l'organe de révision de la conformité des comptes annuels aux dispositions du CO. Les valeurs en francs ne sont indiquées que pour faciliter la lecture des comptes annuels. Elles ne sauraient être utilisées pour se forger une opinion fondée¹⁰².

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, mais seul le franc 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 ou celle en monnaie étrangère qui lui ait été soumise en premier lieu¹⁰³.

¹⁰¹ René Buchmann/Jolanda Dolente, Rechnungslegung in Fremdwährung, L'Expert-comptable suisse 11/2012, p. 890 ss avec exemples concrets.

¹⁰² Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Tome «Buchführung und Rechnungslegung», Zurich 2014, p. 45 s.

¹⁰³ Stephan Glanz/Dieter Pfaff, art. 958d n° 39 ss, in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (éd.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxis-kommentar, Zurich 2014; Peter Böckli, Neue ÖR-Rechnungslegung, Zurich 2014, n° 154.

Solution simple et libérale: possibilité de définir le capital-actions en monnaie étrangère

La manière la plus facile de remédier à cette incohérence entre droit comptable et droit de la SA est de supprimer l'obligation de fixer la valeur nominale des actions en francs¹⁰⁴. 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 P-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. Serait éliminé du même coup le problème de la conversion monétaire aux fins de taxation¹⁰⁵. Le principe fixé à l'art. 958*d*, al. 3, CO¹⁰⁶, qualifié de solution libérale dans le projet 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. Cette proposition d'un capital-actions en monnaie étrangère a suscité une large approbation dans le cadre de la consultation¹⁰⁷.

1.4.1.2 Valeur nominale

Actuellement, le droit de la SA postule que l'action a une valeur nominale définie dans les statuts. 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 en vigueur, 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, le projet prescrit uniquement que les actions doivent avoir une valeur nominale supérieure à zéro centime (art. 622, al. 4, P-CO).

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Stephan Glanz/Dieter Pfaff, art. 958*d* n° 49 s., in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (éd.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxis-kommentar, Zurich 2014;

¹⁰⁶ Message droit de la SA 2007, p. 1522.

¹⁰⁷ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 7

En revanche, il ne sera pas créé d'action sans valeur nominale improprement dite. 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'actions¹⁰⁸. 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 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 importantes dans le droit de la SA¹⁰⁹. 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). Cet inconvénient est donc aujourd'hui sans grande conséquence pratique.

1.4.1.3 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. 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 important 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 un lien avec l'un de ces événements. La distinction est particulièrement difficile en présence d'une reprise de biens envisagée, car l'intention comporte nécessairement une dimension subjective¹¹⁰. Comme, en cas de non-respect des dispositions, la reprise de biens court le risque d'être

¹⁰⁸ Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil I: Nennwertlose Aktien, Zurich/Berne 2001, p. 3 ss.

¹⁰⁹ Rapport avant-projet droit de la SA 2004, p. 21

¹¹⁰ Niklaus Dietschi, Beabsichtigte Sachübernahmen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht SSHW, volume 311, Zurich/St-Gall 2012, n° 173 ss et 628 ss; Markus D. Vischer, Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen, RSDA 4/2012, p. 294.

déclarée nulle (alors même que les effets de cette nullité sont controversés)¹¹¹, 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 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 un loyer 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 lors peuvent compromettre la libération du capital (art. 628, al. 2, CO)¹¹². Quelques problèmes ont donc été résolus. Néanmoins, l'insécurité juridique évoquée subsiste dans les autres domaines.

Dans le cadre du projet de 2007, on a voulu préciser les conditions de la reprise de biens (effective et envisagée) et réduire au moins en partie l'insécurité juridique¹¹³. Mais beaucoup de dispositions seraient restées inchangées et les problèmes existants n'auraient été que partiellement résolus.

Le projet renonce entièrement – comme l'avant-projet – 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 puissent 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 responsabilité¹¹⁴.

¹¹¹ ATF 83 II 284 consid. 4, p. 290; Adrian Plüss, art. 628 n° 19 s., in: Wibmer, Jeannette K. (éd.) Aktienrecht Kommentar, Zurich 2016.; Franz Schenker, Art. 628 n° 13, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

¹¹² RO 2007 4791, 4822

¹¹³ Message droit de la SA 2007, p. 1458 s.

¹¹⁴ Niklaus Dietschi, Beabsichtigte Sachübernahmen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht SSHW, volume 311, Zurich/St-Gall 2012, n° 653, note 1611.

L'art. 678 CO sur la restitution de prestations, dont l'al. 2 est précisé par rapport au droit en vigueur, et l'art. 680, al. 2, CO sur l'interdiction de réclamer la restitution de versements sont 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. Quoi qu'il en soit, 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 parce que cette première est fonctionnelle et non liée à un objet: 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, P-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).

Les nouvelles dispositions du droit comptable¹¹⁵ 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 est contraire à la loi (non-respect des principes de fidélité et de prudence et aux règles en matière d'évaluation)¹¹⁶. Pour les impôts directs, les autorités fiscales devront à l'avenir contrôler elles-mêmes l'évaluation des reprises de biens, ce qui est associé à des coûts administratifs supplémentaires. 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, et donc 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. Dans le cas d'une reprise de biens surévaluée, et non reconnaissable d'emblée par l'autorité fiscale, l'impôt sur le bénéfice est par conséquent trop faible en raison d'amortissements excessifs. Cela peut conduire à des baisses de recettes fiscales d'une importance non quantifiable.

Les créanciers sont protégés par certaines dispositions sur l'assainissement¹¹⁷ que le projet précise (art. 725 ss P-CO). En cas de non-paiement de créances échues de la part de la société, les créanciers disposent en outre des moyens de recours proposés par le droit de la poursuite et de la faillite.

¹¹⁵ Art. 957 ss. CO, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013.

¹¹⁶ Hans Peter Walter/Maja Blumer, «Sieben Thesen und Denkanstösse zur Sachübernahme», in: Waldburger Robert/Baer Charlotte M./Nobel Ursula/Bernet Benno (éd.), Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Berne 2005, p. 412.

¹¹⁷ Sur l'action paulienne dans le cadre de la reprise de biens, Niklaus Dietschi, Beabsichtigte Sachübernahmen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht SSHW, volume 311, Zurich/St-Gall 2012, n° 464.

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 le conseil d'administration, dans le cadre des activités ayant principalement une incidence 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 le projet, d'encadrer les libérations de capital de manière encore plus rigoureuse. La suppression de l'art. 628, al. 2, CO apparaît dès lors justifiée¹¹⁸. La question n'a pas suscité de réserves particulière lors de la consultation: la suppression de la reprise de biens (effective ou envisagée) a été largement approuvée¹¹⁹.

1.4.1.4 Réduction et marge de fluctuation du capital

Les nouvelles dispositions sur le capital apportent plus de souplesse aux entreprises et augmentent la sécurité juridique par leur clarté. Elles ont été clairement approuvées lors de la consultation¹²⁰.

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. Elles posent 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, certains considèrent que l'assemblée générale doit rendre deux décisions¹²¹, ce qui cause souvent de grandes difficultés dans la pratique. Étant donné ces défauts, les dispositions actuelles doivent être modifiées. Dans un souci de consolidation, le projet traite la réduction et l'augmentation de capital dans un nouveau chapitre

¹¹⁸ Hans Peter Walter et Maja Blumer: «Allerdings bleibt auch bei diesen «Symptomtherapien» das ungute 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.», «Sieben Thesen und Denkanstösse zur Sachübernahme», p. 405 ss., in: Waldburger, Robert/Baer, Charlotte M./Nobel, Ursula/Bernet, Benno (éd.), Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Berne 2005.

¹¹⁹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 9 ss

¹²⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 9 ss

¹²¹ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 2 n° 342 ss.

consacré aux variations de capital (art. 650 ss P-CO). Comme l'avant-projet, il comble les lacunes du droit en vigueur par des dispositions claires et complètes.

La nouvelle marge de fluctuation du capital prévue par le projet 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 P-CO). La décision devra être inscrite dans le registre du commerce. La limite inférieure de la marge de fluctuation ne pourra être inférieure à la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce. Le capital-actions inscrit au registre du commerce ne sera plus la limite inférieure infranchissable comme cela est le cas en droit actuel. La limite supérieure de la marge de fluctuation ne pourra excéder une fois et demie le capital inscrit dans le registre du commerce.

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, et non le réduire. La marge de fluctuation du capital s'apparente alors à l'actuelle augmentation autorisée du capital. À l'inverse, si l'assemblée générale n'autorise le conseil d'administration qu'à réduire le capital, la marge de fluctuation est assimilable à une réduction autorisée du capital, que le droit en vigueur ne connaît pas sous cette forme. Il n'existe pas de réel besoin de disposer d'une augmentation et d'une réduction autorisées du capital en plus de la marge de fluctuation. C'est pourquoi le projet prévoit d'abroger les dispositions actuelles sur l'augmentation autorisée du capital.

La protection des créanciers est déjà assurée au moment de l'instauration de la marge de fluctuation du capital en cas de réduction (art. 653w, al. 1, P-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 agréé. L'idée d'instaurer une protection a posteriori des créanciers, comme le proposait le projet de 2007¹²², n'a pas convaincu¹²³. Les sociétés qui se sont fixées une marge de fluctuation du capital n'excluant pas une réduction 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. 4, et 727a, al. 2, P-CO). Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, il est possible de fixer une marge de fluctuation ne permettant qu'une augmentation, même si la société a renoncé au contrôle restreint.

1.4.1.5 Réserves

Les dispositions sur les réserves (art. 671 ss P-CO) sont adaptées au nouveau droit comptable (art. 959a, al. 2, ch. 3, CO). La séparation du droit comptable du projet de 2007 avait généré une incohérence matérielle (ch. 1.2.5.2).

¹²² Art. 653x du projet de 2007 (Message droit de la SA 2007, S. 1474 s. et 1585).

¹²³ Lukas Glanzmann, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Berne 2009, p. 229 s.

Comme l'a notamment demandé le Conseil des États lors de l'examen du projet de 2007, le projet libéralise les dispositions sur le remboursement aux actionnaires des réserves légales issues du capital et du bénéfice, ce qui correspond d'ailleurs à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral (art. 671, al. 2, P-CO).

Contrairement à ce que prévoyait le projet de 2007¹²⁴, la possibilité de réévaluer les participations et les immeubles pour équilibrer un bilan déficitaire (art. 670 et 671b CO) est maintenue. Elle est intégrée aux nouvelles dispositions prévues sur les liquidités et l'assainissement (art. 725c P-CO).

Si la société présente un report de pertes, le remboursement des réserves légales issues du capital et du bénéfice, ainsi que la réduction ordinaire du capital, ne sont pas autorisés (art. 677a P-CO).

1.4.2 Suppression de l'obligation de la forme authentique pour les sociétés à structure simple

Le droit en vigueur impose le passage par la forme authentique pour la constitution et la dissolution de toute SA ou Sàrl (art. 629, al. 1, 736, ch. 2, 777, al. 1, et 821, al. 2, CO) et ce aux fins de justification, de protection contre toute action inconsidérée et de contrôle des procédures¹²⁵. Dans le cadre du droit de la SA, ces trois buts ne peuvent revêtir qu'une importance limitée¹²⁶.

Aussi le projet vise-t-il à simplifier les choses dans ce domaine, en permettant désormais la constitution, la dissolution et la liquidation de sociétés de capitaux à structure simple sans recours à un officier public. Avec les autres simplifications prévues, il sera ainsi possible de fonder une société de capitaux en quelques jours ouvrables.

Si les statuts d'une SA ou d'une Sàrl se limitent au minimum imposé par la loi, si le capital-actions ou le capital social est fixé en francs et si les apports sont entièrement libérés en francs, l'obligation de la forme authentique tombe (art. 629, al. 4, et 777, al. 3, P-CO). Les statuts de cette société peuvent également être modifiés sans recours à un officier public sauf – afin de protéger les intérêts des créanciers – en cas de réduction du capital-actions ou du capital social ou en cas d'augmentation du capital-actions ou du capital social effectuée autrement qu'exclusivement en francs (art. 647, al. 2, et 780, al. 2, P-CO). La même chose est valable pour la société coopérative (art. 830 et 838a P-CO).

Alors que l'avant-projet ne prévoyait pas la suppression de l'obligation de la forme authentique pour les sociétés à structure simple, elle figurait déjà dans l'avant-projet de modernisation du registre du commerce du 19 décembre 2012¹²⁷. Le Conseil

¹²⁴ Message droit de la SA 2007, p. 1477.

¹²⁵ Christian Brückner, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Zurich 1993, § 7 n° 239 ss.

¹²⁶ Lukas Glanzmann/Claudia Walz, *Gesellschaftsrecht und Notar – Entwicklungen und Tendenzen*, in: *Fondation Notariat Suisse (éd.), Gesellschaftsrecht und Notar / La société au fil du temps*, Zurich 2016, p. 10 et 36 s.

¹²⁷ Art. 629, al. 3, de l'avant-projet du 19 décembre 2012 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).

fédéral avait décidé à l'époque de ne pas donner suite à cette proposition¹²⁸, mais compte tenu de la situation économique actuelle, il juge opportun de la reprendre dans la révision du droit de la SA et de la soumettre au Parlement. Cette mesure allègerait la charge administrative et financière des PME et des sociétés incluses dans un groupe. Cet abandon partiel de la forme authentique a aussi été explicitement demandé par certains participants dans le cadre de la consultation¹²⁹.

1.4.3 Capital-investissement

1.4.3.1 Débat sur les «nuées de sauterelles» en Allemagne

Fin 2004, le politicien du SPD Franz Müntefering a déclaré, au sujet du programme de son parti pour 2005, que les entrepreneurs allemands soucieux de l'avenir de leur exploitation et des intérêts de leurs collaborateurs devaient être protégés contre les nuées de sauterelles sans scrupules («verantwortungslosen Heuschreckenschwärmen») qui mesurent la performance des entreprises au trimestre, les exploitent au maximum et les laisse sombrer¹³⁰. F. Müntefering n'a pas donné d'exemples concrets pour illustrer sa métaphore. Dans le cadre des débats qui s'en sont suivis, il est rapidement apparu que ces sauterelles prédatrices désignaient les investisseurs financiers, surtout américains, organisés sous forme de sociétés de *capital-investissement* (*private equity*) ou de *fonds spéculatifs* (*hedge funds*)¹³¹.

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 supérieurs¹³².

Ensuite de ces débats, le *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung* (*Sachverständigenrat*, Conseil d'experts allemand pour l'appréciation de l'évolution économique générale)¹³³ a abordé la thématique. Il a

¹²⁸ Message registre du commerce, p. 3266, Rapport consultation registre du commerce, p. 6

¹²⁹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 7

¹³⁰ www.franz-muentefering.de/reden/pdf/19.11.04.pdf, p. 6.

¹³¹ Stern online du 28 avril 2005 (*Die Namen der «Heuschrecken»*).

¹³² Jahresgutachten 2005/06 des Sachverständigenrats, p. 464.

¹³³ www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/index.html.

estimé que la plupart des arguments invoqués dans le débat public 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 ont mis l'accent sur les risques pesant sur les entreprises sur lesquelles les investisseurs financiers intéressés par le profit à court terme s'abattaient comme des nuées de 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 financiers 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 irresponsabilité sociale des investisseurs. 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 sociétés 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 natio-

nal. 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 sociaux¹³⁴.

1.4.3.2 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 Suisse¹³⁵. L'image des sauterelles a rarement été utilisée¹³⁶. Les investisseurs étrangers sont 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 emplois¹³⁷.

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. Pour ces raisons, on estime qu'il n'est aujourd'hui pas nécessaire d'agir sur le plan du droit de la SA. La consultation n'a pas non plus fait apparaître de nécessité à cet égard.

1.4.4 Actions dispo

1.4.4.1 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).

¹³⁴ Jahresgutachten 2005/06 des Sachverständigenrats, p. 35 et 468. Pour plus de précisions, voir p. 463 ss.

¹³⁵ 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).

¹³⁶ Interpellation David (10.3254) «Les criquets s'abattent sur la Suisse orientale». L'image a été utilisée çà et là lors des délibérations sur la révision du droit de la SA et sur l'initiative «contre les rémunérations abusives» (2008–2013) (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). Elle a également servi lors du renvoi du projet de 2007 au Conseil fédéral (Jean Christophe Schwaab, BO 2013 N 884 s.). Ces quelques occurrences ne permettent pas de tirer de conclusions matérielles.

¹³⁷ Communiqué du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche du 30 janvier 2008

L'actionnaire qui vend ses titres en bourse perd 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 partagés quant à la légalité de cette pratique¹³⁸, mais elle est si bien établie depuis des dizaines d'années qu'elle relève de la coutume¹³⁹.

Alors que la plupart des grandes sociétés ouvertes au public présentent un taux d'actions dispo de 20 à 40 %, il est inférieur à 20 % pour les trois quarts des petites sociétés, notamment parce qu'une part plus grande des droits de vote sont détenus par de gros actionnaires¹⁴⁰.

1.4.4.2 Problèmes potentiels liés aux actions dispo

Les sociétés qui présentent une part importante d'actions dispo peuvent être confrontées aux problèmes suivants¹⁴¹:

- 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, afin qu'il puisse communiquer directement avec eux. Si les actions dispo sont en nombre important, ce but ne peut plus être atteint. De fait, cette pratique permet également de contourner le droit intransmissible qu'à l'assemblée générale de convertir des actions en bons de participation. Cela dit, le développement des technologies de l'information relativise grandement les difficultés de communication;
- 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 paraît 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 ⅓ % (seuil à partir duquel toute nouvelle acquisition d'actions est soumise à l'obligation de soumettre une offre) de-

¹³⁸ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 6 n° 163–165.

¹³⁹ Peter Forstmoser, *Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften*, in: Waldburger, Robert/Sester, Peter/Peter, Christoph/Baer, Charlotte M., *Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag*, Berne 2015, p. 163, note 25.

¹⁴⁰ Daniel. M. Häusermann, *Dispoaktien: Ein 250-Milliarden-Problem?*, *GesKR* 2/2012, p. 223 s.

¹⁴¹ Karim Maizar, *Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften*, Zurich 2012, p. 461.

vient suffisante pour prendre le contrôle de la société. Les autres actionnaires ne peuvent dès lors plus profiter de cet instrument proposé par le droit des marchés financiers pour s'opposer à une reprise inamicale de la société (art. 135 de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers [LIMF]). Le risque accru de reprise (inamicale) est en partie relativisé dans la mesure où la structure de l'actionnariat (un gros actionnaire, par ex.) peut compliquer ce type de reprise¹⁴²;

- les quorums de présence ne peuvent plus être atteints: les quorums de présence à l'assemblée générale fixés par les statuts, qui, conformément à la doctrine majoritaire, nécessitent justement un quorum précis pour être modifiés, ne peuvent plus être atteints.

1.4.4.3 Pas de réglementation dans le projet du 21 décembre 2007

Les problèmes évoqués ci-dessus ont déjà été abordés dans le message de 2007¹⁴³ et dans le rapport explicatif accompagnant l'avant-projet de 2005¹⁴⁴. 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 en place une réglementation contraignante pour résoudre le problème des actions dispo¹⁴⁵.

La majorité du Conseil des États considérait par contre qu'une réglementation était indispensable et a approuvé le modèle très controversé de l'actionnaire fiduciaire, qui allait devenir applicable en vertu de la loi¹⁴⁶ et qui avait été conçu par Peter Böckli et Jan Bangert pour les fédérations d'entreprises¹⁴⁷. Le Conseil national ne s'est pas encore penché sur ce modèle.

1.4.4.4 Principes du modèle de l'actionnaire fiduciaire approuvé par le Conseil des États

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.

¹⁴² Daniel. M. Häusermann, Dispoaktien: Ein 250-Milliarden-Problem?, GesKR 2/2012, p. 224 ss.

¹⁴³ Message droit de la SA 2007, p. 1437.

¹⁴⁴ Rapport avant-projet droit de la SA 2005, p. 17 ss.

¹⁴⁵ Message droit de la SA 2005, p. 1438 s.

¹⁴⁶ BO 2009 E 602 ss et 620 ss.

¹⁴⁷ L'expertise privée figure notamment sur: www.swissholdings.ch/fileadmin/kundendaten/Dokumente/Archiv_Vernehmlassungen-Kapital/Erlaeuterungen_final.pdf.

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 (conformément au secret bancaire). 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.

1.4.4.5 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 ne devait être déposée, la société pourrait inscrire 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 (art. 685d CO);
- 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 ⅓ %.

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 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 notamment 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. et l'art. 11 ORAb interdisent 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, négociant) 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 (notamment en relation avec la possibilité d'accorder des procurations permanentes) nuirait aussi à d'autres objectifs de l'art. 95, al. 3, Cst., notamment au renforcement de la volonté des actionnaires et, partant, de la légitimité des décisions prises par l'assemblée générale.

1.4.4.6 Dividende plus ou moins élevé selon l'avant-projet et résultats de la consultation

En raison des inconvénients du modèle de l'actionnaire fiduciaire qui viennent d'être énoncés, et compte tenu du fait que le Conseil des États, 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 proposait une solution concrète. Les statuts auraient pu prévoir que les actionnaires perçoivent un dividende jusqu'à 20 % plus ou moins élevé selon que leurs droits de vote sont ou ne sont pas exercés à l'assemblée générale (art. 661, al. 2, ch. 1 et 2). De plus, les sociétés dont les actions sont cotées en bourse auraient été contraintes de veiller à ce que l'acquéreur puisse déposer sa demande de reconnaissance par voie électronique (art. 686b AP-CO).

Lors de la consultation, les participants ont salué les efforts du Conseil fédéral pour remédier à la problématique des actions dispo et sa volonté de laisser aux sociétés une certaine marge de manœuvre dans les statuts. Ils ont toutefois nettement rejeté l'idée d'instaurer des dividendes plus ou moins élevés, en invoquant les arguments suivants:

- il est inadmissible d'envisager une sanction pour les actionnaires passifs. Cela équivaldrait à rendre le vote obligatoire du fait de l'inscription indirecte dans la loi d'une fausse peine conventionnelle sous la forme d'un dividende augmenté ou réduit;
- une telle obligation serait contraire à la structure libérale de la SA suisse et entraînerait des inégalités de traitement entre les actionnaires, lesquels doivent pouvoir décider librement de se faire inscrire ou non au registre des actions;
- il ne faut pas mélanger les droits sociaux et les droits patrimoniaux des actionnaires, sous peine de les inciter à exercer leur droit de vote pour des raisons financières plutôt que par intérêt pour les sujets à l'ordre du jour;
- une telle disposition rendrait la gestion des titres et des droits associés plus complexe et plus coûteuse, au détriment de la place financière suisse;
- les actionnaires domiciliés à l'étranger seraient fréquemment discriminés. Les groupes internationaux à l'actionariat largement diversifié auraient le plus grand mal à mettre en œuvre une telle disposition;
- la mise en œuvre risquerait d'entraîner des difficultés, notamment dans le domaine du négoce d'actions, car le droit au dividende deviendrait flou;
- la disposition risquerait d'être incompatible avec le droit en vigueur en matière de restrictions à la transmissibilité (art. 685fCO)¹⁴⁸.

Contrairement à l'avis exprimé par le Conseil fédéral dans le rapport explicatif sur l'avant-projet (ch. 1.4.4.5)¹⁴⁹, quelques participants à la consultation considèrent que le modèle de l'actionnaire fiduciaire approuvé par le Conseil des États est toujours

¹⁴⁸ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 26

¹⁴⁹ Rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 30

admissible après l'acceptation de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», au motif qu'il ne constitue pas une forme modifiée de la représentation par un dépositaire, qui est interdite, et n'enfreint donc pas l'art. 95, al. 3, Cst. Ils n'y sont toutefois pas favorables. Certains des inconvénients de ce modèle (énoncés plus haut) restent considérables, y compris pour l'économie, en particulier le risque de voir encore diminuer le nombre d'acquéreurs d'actions nominatives cotées qui se font inscrire directement au registre des actions¹⁵⁰.

La consultation n'a pas produit de résultat clair quant à l'obligation, pour les SA cotées en bourse, de permettre les demandes d'inscription au registre des actions par voie électronique (art. 686b)¹⁵¹.

1.4.4.7 Décision de ne pas légiférer

La consultation n'a fait apparaître aucune piste nouvelle pour la réduction d'un nombre élevé d'actions dispo. Certains participants proposent d'instaurer des dividendes de loyauté¹⁵². Les actions dispo ne pouvant naître que dans des SA ayant des actions nominatives cotées en bourse, la question ne concerne pas les PME.

Selon certains acteurs de la consultation, la problématique des actions dispo est surévaluée. Elle découle très logiquement du principe fondamental du droit de la SA selon lequel les actionnaires ont pour seule obligation de libérer leurs actions¹⁵³. Quant au risque accru de reprise (inamicale), il est relativisé dans la littérature récente (ch. 1.4.4.2)¹⁵⁴.

Malgré les problèmes potentiels évoqués plus haut, il faut préciser que le nombre d'actions dispo repose sur des décisions rationnelles des investisseurs suisses et étrangers, lesquels ne s'intéressent, par exemple, qu'à la régularité des dividendes et aux gains réalisés sur les cours, ou considèrent l'inscription au registre des actions comme trop fastidieuse (dans ce dernier cas, l'art. 686b vise à leur simplifier la tâche). Une forte proportion d'actions dispo n'est donc pas forcément le reflet d'un dysfonctionnement de la société¹⁵⁵.

Le Conseil national et le Conseil des États ont eux aussi renoncé au modèle de l'actionnaire fiduciaire dans leur contreprojet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» (ch. 1.1.6).¹⁵⁶

¹⁵⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 26

¹⁵¹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 25

¹⁵² Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 26

¹⁵³ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 26

¹⁵⁴ Daniel M. Häusermann, Dispoaktien: Ein 250-Milliarden-Problem?, GesKR 2/2012, p. 224 ss, qui évoque la «faible signification de l'argument de la maîtrise».

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ Hans-Ueli Vogt, Aktionärsdemokratie, Zurich 2012, p. 130 s.

Le projet renonce par conséquent, comme celui de 2007¹⁵⁷, à légiférer sur les actions dispo, qui sont en fin de compte une concession à la négociabilité souhaitée des actions nominatives cotées en bourse et au secret de la clientèle bancaire.

1.4.5 Recours aux médias électroniques

Par rapport au projet de 2007¹⁵⁸, les nouvelles dispositions offrent aux sociétés une marge de manœuvre plus large en matière de recours aux médias électroniques (art. 701c ss P-CO), notamment en ce qui concerne l'assemblée générale virtuelle. Plusieurs requêtes formulées dans le cadre de la consultation ont également été prises en compte dans le texte de la loi ou dans les commentaires.

1.4.6 Mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst.

L'ORAb est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014 (ch. 1.1.8.1). Elle contient des dispositions qui devraient être placées dans le CO, le CP et dans la LPP. Le projet prévoit de transférer ces dispositions dans les lois correspondantes, autrement dit de les placer au niveau de la loi formelle. Ce transfert a été clairement approuvé lors de la consultation. Les dispositions dépassant le cadre de l'ORAb ont par contre été pour la plupart nettement rejetées¹⁵⁹.

Contrairement à l'avant-projet, le projet prévoit par conséquent une mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst. «proche de l'ORAb», qui donne la priorité à la sécurité juridique et à la stabilité de la place économique suisse (ch. 1.3.6).

1.4.6.1 Dispositions relatives à la SA

Le projet s'écarte de l'ORAb dans le domaine des primes d'embauche, des indemnités versées aux anciens cadres supérieurs et des indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence, afin d'instaurer la sécurité juridique nécessaire. La distinction entre les primes d'embauche et les indemnités anticipées interdites (art. 735c, al. 1, ch. 6, P-CO; art. 20, ch. 2, ORAb) et entre les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence et les indemnités de départ interdites (art. 735c, al. 1, ch. 1, P-CO; art. 20, ch. 1, ORAb) peut être définie 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, P-CP).

¹⁵⁷ Message droit de la SA 2007, p. 1437 ss

¹⁵⁸ Message droit de la SA 2007, p. 1499 ss. 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

¹⁵⁹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 5 et 21

Une prime d'embauche est une indemnité versée à l'entrée en service pour compenser la perte de prétentions chiffrables à l'égard de l'ancien employeur ou mandant (par ex. participation à un plan d'option en cours, actions bloquées), qu'un nouveau membre du conseil d'administration ou de la direction aurait pu exercer s'il n'avait pas changé d'entreprise. Elle ne rémunère donc pas un travail effectué pour le nouvel employeur, mais la renonciation à des prétentions ou des droits à l'égard de l'*ancien*. Selon le droit en vigueur, les primes d'embauche ne sont donc pas des indemnités interdites au sens de l'art. 20 ORAb. Elles doivent, conformément à l'art. 14, al. 2, ch. 5, ORAb, être indiquées dans le rapport de rémunération et être approuvées par l'assemblée générale¹⁶⁰. Il manquait une base constitutionnelle claire pour inscrire une interdiction ou une restriction des primes d'embauche dans l'ORAb. Si la compensation ne porte pas sur un désavantage financier effectivement subi, la prime d'embauche correspond à une indemnité anticipée interdite (visée à l'art. 20, ch. 2, ORAb)¹⁶¹. Par souci de clarté et de sécurité juridique, le projet ajoute à la liste des indemnités interdites les primes d'embauche qui ne s'inscrivent pas en réparation d'un désavantage financier établi (art. 735c, al. 1, ch. 5, P-CO). L'avant-projet précisait que le désavantage financier devait être «clairement» établi. Le Conseil fédéral abandonne cette précision car les informations nécessaires sont souvent détenues par le seul ancien employeur¹⁶².

La situation est analogue pour les indemnités pour prohibition de concurrence, en particulier après la fin des rapports de travail. Ces indemnités sont versées à un travailleur pour compenser le fait qu'il renonce pendant un certain temps à s'épanouir pleinement comme professionnel et comme entrepreneur, en vertu d'une clause de non-concurrence. Il manquait aussi une base claire à l'art. 95, al. 3, Cst. pour inscrire les indemnités pour prohibition de concurrence sur la liste des indemnités interdites selon l'ORAb. Une interdiction générale irait trop loin car il peut être tout à fait justifié de convenir d'une clause de non-concurrence avec un membre de la direction qui détient par exemple des informations sensibles issues de la recherche et du développement de l'entreprise. Le cas échéant, il doit rester possible de verser une indemnité pour prohibition de concurrence conforme aux conditions du marché. S'il apparaît toutefois que la clause de non-concurrence n'est pas justifiée par l'usage commercial (faute de détention de données sensibles, par ex.), l'indemnité doit être interdite en vertu de l'art. 735c, al. 1, ch. 2. Dans un tel cas, il est clair que la réelle et commune intention des parties était de verser une indemnité de départ dissimulée, et que la clause de non-concurrence n'a été signée que dans le but de déguiser la véritable nature de la convention (art. 18 CO). Il y a donc indemnité interdite (art. 735c, al. 1, ch. 1, P-CO et art. 20, ch. 1, ORAb¹⁶³). Contrairement à l'ORAb, le projet qualifie explicitement les faits d'indemnités interdites et établit clairement que «des indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence qui n'est pas justifiée par l'usage commercial» sont interdites. Il précise que les indemnités découlant d'une interdiction de faire concurrence ne doivent pas dépasser la rémunération moyenne des trois dernières années (art. 735c, al. 1, ch. 3, P-CO). L'avant-projet limitait, lui, la durée des clauses de non-concurrence à douze mois

¹⁶⁰ Rapport AP-ORAb, p. 25 et rapport P-ORAb, p. 11

¹⁶¹ Rapport P-ORAb, p. 11

¹⁶² Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 23

¹⁶³ Rapport AP-ORAb, p. 24 s.

(art. 735c, al. 3, AP-CO). Étant donné qu'il peut être nécessaire, en pratique, de prévoir des clauses plus longues, le Conseil fédéral a décidé de limiter le montant des indemnités, ce qui laisse aux entreprises une plus grande souplesse tout en évitant une politique d'indemnisation excessive dans le domaine de la prohibition de faire concurrence.¹⁶⁴

1.4.6.2 Dispositions relatives aux institutions de prévoyance

Le 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, P-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.

1.4.6.3 Dispositions pénales

Droit pénal à utiliser en dernier recours

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

L'art. 154 P-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, et seuls les comportements qui portent atteinte à la société de manière relativement grave doivent être soumis aux juridictions pénales, autrement dit à la réaction la plus sévère de l'État. 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 person-

¹⁶⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 23

nelle 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'État doit donc recourir au droit pénal avec retenue et uniquement en dernier recours¹⁶⁵.

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 le droit pénal doit punir l'ensemble de ces pratiques en dernier recours. La question se pose d'autant plus que le droit de la SA actuel, y compris l'ORAb, comme le projet, propose différents instruments, notamment aux actionnaires, pour influencer sur la politique de rémunération: action en restitution de prestations (art. 678 P-CO), action en responsabilité (art. 754 CO), contestation et nullité des décisions de l'assemblée générale (art. 706 ss et 714 CO), révocation par exemple des membres du conseil d'administration qui sont en tort (art. 705, al. 1, CO), et vote de l'assemblée générale sur les rémunérations (art. 735 P-CO et 18 s. ORAb). 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'État. 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) s'il est probable 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'entretient la victime et l'auteur de l'infraction¹⁶⁶.

Étant 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 paraît opportun qu'elles soient poursuivies sur plainte. Cette option se justifie aussi par le fait que le droit de la SA relève du droit privé et du droit commercial.

Bien que, comme lors de l'audition sur l'avant-projet de l'ORAb, un petit nombre de participants à la consultation sur l'avant-projet se soient prononcés en faveur de la poursuite sur plainte¹⁶⁷, il paraît cohérent de maintenir la poursuite d'office de ces infractions, comme le proposait l'avant-projet, pour les raisons développées ci-après.

¹⁶⁵ Franz Riklin, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3^e éd., Zurich 2007, § 4 n° 4 ss; Kurt Seelmann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5^e éd., Zurich 2012, p. 6 ss; Peter Albrecht, *Strafrecht ohne Recht?* RPS 04/2013, p. 387.

¹⁶⁶ Christoph Riedo, remarque liminaire avant l'art. 30 n° 9, avec renvois, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (éd.), *Basler Kommentar Strafrecht I*, 3^e éd., Bâle 2013.

¹⁶⁷ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 39.

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 déloyale (art. 158 CP) au détriment d'une SA, seule la société est à envisager comme lésée, et non les actionnaires¹⁶⁸. Ensuite, la poursuite sur plainte entraînerait le risque que le plaignant et le prévenu parviennent à un arrangement et que la procédure soit classée (art. 316 du code de procédure pénale [CPP]). 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 ou pourrait être également concernée¹⁶⁹. 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. Des considérations similaires ont conduit le reste le Parlement à décider, le 25 septembre 2015, de prescrire désormais la poursuite d'office pour les faits de corruption active et passive, à l'exception des cas de peu de gravité (art. 322^{octies}, al. 1, et 322^{novies}, al. 1, nCP)¹⁷⁰. Précisons que dans plus de 90 % des cas (y compris donc pour la plupart des délits poursuivis d'office), les autorités de poursuite pénale n'ont connaissance d'un délit que parce qu'il leur a été signalé par la population¹⁷¹. Enfin, le droit en vigueur prescrit déjà la poursuite d'office pour ces infractions (art. 24 s. ORAb).

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 juridique¹⁷² et, d'autre part, aux sanctions encourues pour d'autres infractions de même gravité¹⁷³. 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 (art. 154, al. 1 et 2, P-CP et 76, al. 1, let. h, P-LPP). En effet, les comportements visés par cette disposition n'ont pas tous la même gravité. Par exemple, la perception illégale d'une indemnité de départ de plusieurs millions n'est pas comparable au non-respect, pour les institutions de prévoyance, de l'obligation de communiquer. De nombreux participants à l'audition sur l'avant-projet de l'ORAb ont d'ailleurs demandé que des sanctions différentes soient prévues en fonction de la gravité des infractions¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Marcel Alexander Niggli, art. 158 n° 174, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (éd.), *Basler Kommentar Strafrecht II*, 3^e éd., Bâle 2013.

¹⁶⁹ Voir début de l'art. 95, al. 3, Cst.: «En vue de protéger l'économie [...]»

¹⁷⁰ FF 2015 6551

¹⁷¹ Christoph Riedo, remarque liminaire avant l'art. 30 no 5, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (éd.), *Basler Kommentar Strafrecht I*, 3^e éd., Bâle 2013.

¹⁷² ATF 123 IV 29 consid. 4c, p. 38

¹⁷³ Rapport 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

¹⁷⁴ Rapport consultation AP-ORAb, p. 7

1.4.7 Représentation de chaque sexe au sein du conseil d'administration et de la direction

La définition de quotas pour la représentation des deux sexes au sein des conseils d'administration et des directions fait depuis plusieurs années l'objet d'un débat très vif. Les derniers chiffres publiés sur le sujet fournissent un constat mitigé. Le 8 mars 2016 a paru le onzième *rapport Schilling*¹⁷⁵, qui étudie la composition de la direction et du conseil d'administration des 100 entreprises suisses les plus grandes. Il montre que la proportion de femmes dans les conseils d'administration a augmenté (16 % contre 15 l'année précédente), mais que la proportion de nouvelles administratrices a chuté à 23 %, contre 33 l'année précédente. Au sein des directions, la proportion de nouveaux membres féminins n'est que de 4 %, alors qu'elle était encore de 9 % en 2015. La proportion de femmes dans les directions stagne donc à 6 %¹⁷⁶.

Le sujet est également d'actualité dans l'Union européenne. 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'administration¹⁷⁷. 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-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 PME (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 considérablement 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 et il n'est pas certain qu'il le fera, alors que certains États membres se sont déjà fixés, sur le plan national, des proportions variables.

Sur le plan international, on constate des efforts manifestes en faveur d'une représentation accrue des femmes au sein des directions et des conseils d'administration. Bon nombre d'États ont inscrit des quotas de représentation des sexes dans la loi. La Norvège a instauré dès 2003 un quota légal de représentation des femmes de 40 % dans les conseils de surveillance auquel les sociétés cotées en bourse étaient tenues

¹⁷⁵ Schillingreport 2016 de guido schilling ag, Transparenz an der Spitze, Die Geschäftsleitungen und Verwaltungsräte der hundert grössten Schweizer Unternehmen im Vergleich.

¹⁷⁶ Communiqué de presse du 8 mars 2016 livrant les principales conclusions du *Schilling Report 2016* (accessible à l'adresse www.schilling.ch, pas de version française).

¹⁷⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes (COM (2012) 614 final)

de se conformer pour 2008. À défaut, la société risquait à l'extrême la dissolution pure et simple¹⁷⁸. En Allemagne, depuis 2016, 30 % des membres du conseil de surveillance des sociétés allemandes cotées en bourse doivent être des femmes. Toute élection du conseil de surveillance qui ne respecterait pas ce quota serait nulle et non avenue. Les sièges réservés au sexe sous-représenté resteraient vacants (principe de la chaise vide)¹⁷⁹. Le cas de la Grande-Bretagne est intéressant lui aussi. Depuis 2011, la proportion d'administratrices dans les 100 entreprises les plus grandes du pays a plus que doublé, passant de 12,5 à 26,1 %¹⁸⁰, mais ce phénomène repose sur un quota de 25 % mis en place volontairement par l'économie, et non sur une obligation légale.

Dans une étude menée par Ernst & Young sur 59 pays, la Suisse se classe au 56^e rang en termes de représentation des femmes au sein des directions d'entreprise. S'agissant des conseils d'administration, elle fait un peu mieux et figure au 42^e rang¹⁸¹.

L'art. 8, al. 3, Cst. statue que la loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. Au-delà de l'égalité des chances en général, la Constitution formule là l'obligation, pour le législateur, de veiller à l'égalité effective. Ce mandat ambitieux comprend aussi des mesures positives, à savoir des mesures particulières établissant une différence de traitements entre les hommes et les femmes (par ex. mesures de soutien ou traitement préférentiel). Le législateur pourra définir des mesures compensatoires et des valeurs à atteindre¹⁸². Au cours des 35 dernières années, l'autoréglementation n'a pas permis d'aboutir à une représentation équilibrée des hommes et des femmes parmi les cadres supérieurs des grandes entreprises. Elle n'a pas suscité de modèle comparable à celui de la Grande-Bretagne, où les associations économiques et les entreprises se sont mises d'accord sur des quotas de représentation des sexes et s'y sont conformés en quelques années. Le *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* d'Economiesuisse, qui depuis 2002 influe sur l'évolution des entreprises contient certes, dans sa version révisée de 2014¹⁸³, une remarque sur la représentation des deux sexes au conseil d'administration. Mais au ch. 12 (composition

¹⁷⁸ Article du Spiegel en ligne «Quote in Norwegen: Frau am Steuer» (28 mai 2012).

¹⁷⁹ E&Y, Corporate Law Newsletter 2/2015, «Neueste Rechtsprechung und aktuelle Entwicklungen aus dem Bereich Corporate Law»; Hartmut Oetker, § 96 AktG n° 7, in: Müller-Glöße, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16^e éd., Munich 2016.

¹⁸⁰ NZZ du 31 octobre 2015, p. 34 («Freiwillig mehr Frauen in britischen Verwaltungsräten»).

¹⁸¹ Communiqué de presse E&Y du 7 mars 2016 «Étude internationale: la Suisse en queue de peloton dans la promotion des cadres dirigeants féminins».

¹⁸² ATF 116 Ib 270 consid. 7.a, p. 283; Margrith Bigler-Eggenberger/Regula Kägi-Diener, art. 8 n° 111, in: Ehrenzeller, Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e éd., St-Gall 2014; Bernhard Waldmann, art. 8 n° 106 ss, in: Waldman, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle 2015; Pascal Mahon, Droit constitutionnel, Droits fondamentaux, 3^e éd., Bâle 2015, p. 260 s., n° 153; Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2007, art. 8 n° 30.

¹⁸³ La consultation publique s'est achevée fin juin 2014. La nouvelle édition a paru en septembre 2014, avec un rapport de Karl Hofstetter sur la révision.

du conseil d'administration et de la direction), il précise simplement que le conseil d'administration doit réunir des hommes et des femmes dotés des aptitudes requises pour se former une opinion autonome dans le cadre d'un dialogue avec la direction. On est très loin du principe d'autorégulation adopté en Grande-Bretagne.

Un cadre juridique approprié peut favoriser cette évolution. Il est dès lors justifié d'en définir un. C'est le seul moyen de faire avancer l'exécution du mandat constitutionnel. Le principe «appliquer ou expliquer»¹⁸⁴ prévu dans le projet comme d'ailleurs dans l'avant-projet est proportionné, parce qu'il ne porte pas démesurément atteinte à la liberté d'organisation ni à la liberté économique des entreprises garantie par la Constitution. Il laisse aux entreprises une marge de manœuvre suffisante pour s'écarter des quotas de représentation¹⁸⁵. L'AIR a également soutenu les quotas de l'avant-projet (ch. 1.2.3)¹⁸⁶. Aussi le Conseil fédéral a-t-il décidé le 4 décembre 2015 de maintenir les quotas de représentation des sexes et le principe d'une autorégulation inscrite dans la loi¹⁸⁷.

Contrairement à l'avant-projet, le projet fait toutefois une distinction entre le conseil d'administration et la direction de l'entreprise. Cela paraît justifié dans la mesure où la direction suppose de plus amples connaissances spécifiques à la branche. Par ailleurs, les membres de la direction sont souvent issus de la promotion interne, et il faut en moyenne 13 ans pour intégrer la direction. Il faut donc laisser à la gestion des talents interne un délai suffisant pour l'application du quota au sein de la direction.

L'art. 734f P-CO prévoit par conséquent que les grandes sociétés cotées en bourse dont la représentation de chaque sexe n'atteint pas 30 % au sein du conseil d'administration et 20 % au sein de la direction 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 en ce qui concerne le conseil d'administration, 10 ans en ce qui concerne la direction (art. 4 des dispositions transitoires du P-CO).

¹⁸⁴ Il existe un principe analogue dans le droit allemand (art. 289a, al. 2, n° 5, let. a, du *Handelsgesetzbuch*).

¹⁸⁵ Christian Rioult, *Gender Diversity in der Unternehmensführung*, St. Galler Dissertation 2016, p. 210 ss et 240; Urs Schenker, *Gleichstellung – ein aktienrechtliches Thema*, RSDA 5/2015, p. 475 ss; Valérie Junod, *Quotas féminins dans le CO: Que penser de la volte-face du Conseil fédéral?*, GesKR 3/2015, p. 385 s. et 394; Mirina Grosz, *Frauenquoten im Aktienrecht? – Die Verfassungsmässigkeit der Vorgabe zur Geschlechtervertretung im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung gemäss Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision*, ZBl 10/2015, p. 532 ss.

¹⁸⁶ AIR, p. 48 ss

¹⁸⁷ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 4 décembre 2015

1.4.8 Gouvernance d'entreprise

1.4.8.1 Equilibre entre les différents organes

Une gouvernance d'entreprise 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 actionnaires¹⁸⁸. Le projet vise aussi à renforcer ponctuellement la gouvernance des sociétés non cotées en bourse.

1.4.8.2 Exemple: 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 P-CO) ou d'introduire une action en responsabilité (art. 754 CO) ou une action en restitution de prestations (art. 678 P-CO) et si ces mesures ont des chances de réussir.

Aujourd'hui, les actionnaires des sociétés non cotées ne disposent que de faibles moyens pour obtenir des informations à jour au sujet de l'entreprise. Ils ne peuvent faire valoir leur droit d'être informés que dans le cadre de l'assemblée générale. Le projet prévoit donc que tout actionnaire disposant d'une certaine participation peut demander par écrit, au conseil d'administration, des renseignements sur les affaires de la société dans la mesure où l'obtention 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 aux demandes des actionnaires dans un délai de quatre mois (art. 697 P-CO).

1.4.8.3 Abandon de l'approbation obligatoire de certaines décisions du conseil d'administration

Le projet de 2007¹⁸⁹ prévoyait la possibilité d'inscrire dans les statuts l'obligation de soumettre à l'approbation de l'assemblée générale certaines décisions du conseil d'administration. Ce projet est abandonné. 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

¹⁸⁸ Message droit de la SA 2007, p. 1425 s.; Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemmontet, *Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts*, Zurich 2004, p. 19 ss.

¹⁸⁹ Message droit de la SA 2007, p. 1429 s.

liquidation de fait de la société ou ne modifie pas le but de cette dernière¹⁹⁰. Un système d'approbation obligatoire des décisions du conseil d'administration 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 société¹⁹¹. Pour la SA, c'est donc le principe de parité qui continuera de prévaloir. Les associés souhaitant avoir un contrôle sur certaines décisions des organes de direction peuvent opter pour la forme juridique de la Sàrl (art. 811 CO).

1.4.8.4 Abaissement des seuils pour l'exercice des droits des actionnaires

L'avant-projet prévoyait d'abaisser partiellement les seuils pour l'exercice des droits des actionnaires, notamment pour le droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et le droit de proposition, dans le but de renforcer la protection des actionnaires minoritaires, que des seuils trop élevés empêchent d'exercer effectivement leurs droits¹⁹².

La consultation n'a pas livré de résultat clair quant aux seuils à partir desquels les actionnaires minoritaires peuvent faire convoquer une assemblée générale contre l'avis du conseil d'administration, faire inscrire un objet ou une requête concernant un objet à l'ordre du jour d'une assemblée générale, ou demander au tribunal l'institution d'un examen spécial. Il s'en dégage toutefois les grandes lignes suivantes¹⁹³:

- les participants saluent l'abolition du seuil lié à une certaine quantité de valeur nominale (art. 699, al. 3, CO, par ex. «actions totalisant une valeur nominale de 1 million de francs»)¹⁹⁴;
- ils saluent aussi la définition de seuils différents selon que les actions de la société sont cotées en bourse ou non;
- ils approuvent l'abaissement du seuil pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, mais considèrent l'abaissement proposé dans l'avant-projet comme excessif¹⁹⁵;

¹⁹⁰ Conformément à l'ATF 116 II 320 consid. 3.a, p. 323, le conseil d'administration doit simplement agir de manière à ne pas être en contradiction avec le but de la société.

¹⁹¹ 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; Peter Böckli, *Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts*, RSJ 104 (2008), p. 359 ss; Hans-Ueli Vogt, *Aktionärsdemokratie*, Zurich 2012, p. 69 ss.

¹⁹² Message droit de la SA 2007, p. 1428 s.

¹⁹³ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 17 et 28.

¹⁹⁴ Voir aussi art. 699 s. du projet de 2007 (Message droit de la SA 2007, p. 1495 s.) et le Conseil des États (BO 2009 E 662 s.). La quantité de valeur nominale, qui n'est pas un pourcentage, n'indique pas clairement l'ampleur de l'investissement de l'actionnaire (rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 45).

- les seuils définis pour les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse doivent être adaptés aux PME. Le Conseil fédéral a exprimé le même avis lorsqu’il a pris acte des résultats de la consultation le 4 décembre 2015. Il a par conséquent chargé le DFJP de réexaminer les seuils en question et de les adapter si nécessaire.

Compte tenu de ces tendances, le projet prévoit de modifier les seuils de la manière suivante:

- le seuil relatif au *droit à l’inscription d’un objet à l’ordre du jour* et au *droit de proposition* (art. 699b P-CO) reste inférieur à ceux relatifs aux droits de requérir la convocation de l’assemblée générale et de faire ordonner un examen spécial. Il est cependant relevé par rapport à l’avant-projet, de 0,25 à 0,5 % du capital-actions pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse (① dans le tableau ci-dessous); de 2,5 à 5 % pour les autres (② dans le tableau). Il est matériellement justifié de faire une distinction entre, d’une part, le droit de requérir la convocation de l’assemblée générale et, d’autre part, le droit à l’inscription d’un objet à l’ordre du jour et le droit de proposition. Ces derniers représentent en effet une charge moins lourde pour les sociétés, car une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire a déjà été convoquée. Ils permettent aux actionnaires minoritaires de formuler une requête dans le forum de l’assemblée générale, réglementé par la loi et par les statuts, et de la soumettre au débat et au vote. La décision de l’assemblée générale doit être consignée dans un procès-verbal et peut faire l’objet d’une contestation. Le relèvement des seuils répond aux attentes formulées lors de la consultation tout en protégeant les actionnaires minoritaires, sans imposer aux sociétés une charge excessive;
- s’agissant du *droit de requérir la convocation de l’assemblée générale* (art. 699 P-CO) et du *droit de faire ordonner un examen spécial* (art. 697d P-CO), seuls les seuils concernant les sociétés dont les actions sont cotées en bourse sont abaissés par rapport au droit en vigueur (10 %). Par rapport à l’avant-projet, le seuil concernant le droit de requérir la convocation de l’assemblée générale est porté de 3 à 5 % (③ dans le tableau). Les 3 % de l’avant-projet étaient fondés sur le droit boursier (obligation de déclarer, qualité de partie)¹⁹⁶. Compte tenu du capital-actions généralement beaucoup plus élevé et du fait qu’en temps normal, le cours boursier est largement supérieur à la valeur nominale de l’action, il est nécessaire d’abaisser les seuils par rapport au droit en vigueur. Le tableau ci-dessous, qui donne des exemples chiffrés sur les droits des actionnaires minoritaires d’une SA cotée en bourse, montre que le seuil en vigueur de 10 % a fréquemment empêché les actionnaires minoritaires d’exercer leurs droits. Les seuils de 3 % (pour l’examen spécial, ④ dans le tableau) et 5 % (pour le droit de requérir la convocation de l’assemblée générale) visent à instaurer un équilibre entre le renforcement de la protection des minorités et les intérêts de la majorité ou du conseil d’administration. Pour les sociétés dont les actions ne sont pas cotées

¹⁹⁵ Avis différent du Conseil des États en 2009 sur le projet de 2007 (BO 2009 E 662 s.)

¹⁹⁶ Rapport avant-projet droit de la SA 2014, p. 45 (désormais: art. 120, al. 1, LIMF).

en bourse, le seuil est par contre maintenu à 10 %, eu égard à la nécessaire adaptation aux PME invoquée lors de la consultation et au fait que le capital-actions excède rarement le capital minimum de 100 000 francs;

- demeure inchangé, conformément à l'avant-projet, le seuil applicable à l'exercice des droits *d'exiger une révision ordinaire* (art. 727, al. 2, CO) et *de requérir la dissolution de la société* (art. 736, ch. 4, CO). Ce dernier ne doit être envisagé qu'en dernier recours. Dans les deux cas, le seuil est de 10 %. En ce qui concerne les sociétés cotées, il n'est pas nécessaire d'abaisser les seuils: la révision ordinaire est imposée par la loi (art. 727, al. 1, ch. 1, let. a, CO) et les actionnaires ont une possibilité de sortie du fait de la cotation des actions en bourse.

| Droits des actionnaires minoritaires inscrits dans le droit de la SA (seuils en % du capital-actions) | | | | | | |
|---|--------------------------------------|-----------|----------|---|-----------|----------|
| Droit | Sociétés non cotées en bourse | | | Sociétés cotées en bourse | | |
| | CO | AP | P | CO | AP | P |
| Inscription d'un objet à l'ordre du jour | 10 | 2,5 | 5 ② | 10 | 0,25 | 0,5 ① |
| Proposition concernant les objets inscrits | 10 | 2,5 | 5 ② | 10 | 0,25 | 0,5 ① |
| Renseignements en dehors de l'assemblée générale | néant | | 5 | Dispositions du droit des marchés financiers, publicité ad hoc, par ex. | | |
| Convocation de l'assemblée générale | 10 | 10 | 10 | 10 | 3 | 5 ③ |
| Institution d'un examen spécial | 10 | 10 | 10 | 10 | 3 | 3 ④ |
| Révision ordinaire | 10 | 10 | 10 | révision ordinaire imposée par la loi | | |
| Dissolution de la SA | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 |

| Exemples chiffrés illustrant les droits des actionnaires minoritaires d'une SA cotée | | | | | |
|--|--------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| Capital-actions: 100 millions de CHF, subdivisé en 1000 millions d'actions de 0,1 CHF | | | | | |
| Prix en CHF pour ... % du capital-actions, le cours en bourse étant de ... CHF (par ex. 10 % du capital-actions au cours de 10 CHF/action = 1000 millions de CHF) | | | | | |
| | 1 CHF | 10 CHF | 25 CHF | 50 CHF | 75 CHF |
| 10 % | 100 mio. | 1000 mio. | 2500 mio. | 5000 mio. | 7500 mio. |
| 5 % | 50 mio. | 500 mio. | 1250 mio. | 2500 mio. | 3750 mio. |
| 3 % | 30 mio. | 300 mio. | 750 mio. | 1500 mio. | 2250 mio. |
| 1 % | 10 mio. | 100 mio. | 250 mio. | 500 mio. | 750 mio. |
| 0,5 % | 5 mio. | 50 mio. | 125 mio. | 250 mio. | 375 mio. |
| 0,25 % | 2,5 mio. | 25 mio. | 62,5 mio. | 125 mio. | 187,5 mio. |

1.4.8.5 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 révélées inappropriées et font donc l'objet d'améliorations ponctuelles (art. 678 P-CO).

Le projet précise 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 contre-prestation, la prestation doit être restituée, même si la société se porte bien. La qualité pour agir est par ailleurs étendue aux créanciers lorsque les prestations ont été perçues à l'intérieur d'un groupe.

1.4.8.6 Maintien des actions à droit de vote privilégié

Le droit suisse de la SA établit en principe une équivalence entre le capital investi et le nombre de voix (art. 692, al. 1, CO). On utilise couramment à cet égard une formule imprécise sur le fond: «une action, une voix».

En effet, le droit de la SA prévoit plusieurs dérogations à ce principe. Par exemple, l'assemblée générale peut prévoir, dans les statuts, des actions à droit de vote privilégié improprement dites, c'est-à-dire que la société émet des actions nominatives de valeur nominale variable (certaines à 1000 francs, d'autres à 100, par ex.) et que les statuts précisent que chaque action donne droit à une voix (art. 693, al. 1, P-CO). Les détenteurs des actions à la valeur nominale plus faible sont privilégiés dans la mesure où leurs voix sont proportionnelles au nombre et non à la valeur de leurs actions. La valeur nominale des actions à droit de vote privilégié ne peut toutefois pas être plus de dix fois inférieure à celle des autres actions (art. 693, al. 2, P-CO), et

le droit de vote spécial de leurs détenteurs ne vaut pas pour certaines décisions de l'assemblée générale (art. 693, al. 3, P-CO). De plus, les actions à droit de vote privilégié proprement dites (donnant droit à plusieurs voix, par ex.¹⁹⁷) sont interdites; le projet ne remet pas en cause ce principe.

Les actionnaires ont d'autres moyens de déroger au principe de l'équivalence entre capital investi et nombre de voix. Il est par exemple possible de créer des bons de participation («actions sans droit de vote»; art. 656a ss CO) ou de prévoir, pour les actions nominatives, une limite, en pour-cent, du droit de vote par actionnaire (restriction à la transmissibilité; art. 685a ss CO).

Ces derniers temps, plusieurs voix se sont élevées pour demander une application plus cohérente du principe «une action, une voix» dans le droit de la SA et, par exemple, l'interdiction de la possibilité de créer des actions à droit de vote privilégié. Trois initiatives dans ce sens ont été déposées au Parlement: l'interpellation Bischof du 11 décembre 2014 intitulée «Sika Suisse SA. Une raison de plus pour réviser le droit de la société anonyme?»¹⁹⁸, l'interpellation Vogler du 18 mars 2015 intitulée «Améliorer la protection des actionnaires minoritaires»¹⁹⁹ et le postulat Minder (retiré) du 1^{er} juin 2015 intitulé «De l'oligarchie actionnariale à la démocratie actionnariale. Étudier le principe «Une action, une voix»²⁰⁰. Cette question a à peine été évoquée lors de la consultation²⁰¹.

Le maintien des actions à droit de vote privilégié se justifie pour plusieurs raisons:

- les actions à droit de vote privilégié sont un moyen de former des majorités et de garder le contrôle des sociétés entre les mains de quelques personnes dans les petites sociétés et les sociétés familiales. Elles permettent, dans une société familiale, de donner le contrôle à l'héritier qui assure la conduite opérationnelle, sans qu'il doive disposer d'une part du capital plus importante que celle qui lui revient. Elles permettent aussi aux actionnaires existants de lever des capitaux chez des tiers tout en conservant le contrôle de l'entreprise. Un actionnaire dominant peut aussi revêtir une importance stratégique dans une grande société ouverte au public, par exemple lorsque des fondateurs ne souhaitent pas céder leur contrôle (jusqu'à nouvel ordre)²⁰²;
- la publicité est garantie à tout moment du fait de l'accessibilité des statuts au registre du commerce notamment, et de l'inscription au registre du commerce (exemple: «100 actions nominatives de 100 francs assorties d'une restriction de transmissibilité [actions à droit de vote privilégié] et 90 actions nominatives de 1000 francs assorties d'une restriction de transmissibilité»). Un investisseur potentiel peut se faire une idée de la structure actionnariale à

¹⁹⁷ Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 5: Einführung echter Stimmrechtsaktien, Zurich/Berne 2001, p. 18 s., qui rejette lui aussi la suppression de l'interdiction des actions à droit de vote privilégié proprement dites.

¹⁹⁸ 14.4154

¹⁹⁹ 15.3163

²⁰⁰ 15.3504

²⁰¹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 46

²⁰² Daniel M. Häusermann, Stimmrechtaktien zwischen Gestaltungsfreiheit und Minderheitenschutz, RSDA 3/2015, p. 241 s.

tout moment. On peut laisser au marché le soin de décider de la pérennité des actions à droit de vote privilégié²⁰³ car il relève des compétences inaliénables de l'assemblée générale de décider de la nature des actions. Or au cours des vingt dernières années, un grand nombre de sociétés ouvertes au public sont passées volontairement à l'action unique sous la pression des investisseurs²⁰⁴,

- utilisées depuis plus d'un siècle, les actions à droit de vote privilégié sont encore très répandues. Leur suppression généralisée bouleverserait les rapports de force dans bon nombre de SA. Elle est donc impensable sans une clause reconnaissant de façon limitée les droits antérieurs («*clause de grandfathering*»), ou du moins un long délai d'adaptation. Elle entraînerait en tout cas une atteinte considérable aux droits des actionnaires²⁰⁵. Étant donné que seule l'influence des détenteurs d'actions à droit de vote privilégié chuterait, le droit à l'égalité de traitement serait bien malmené²⁰⁶;
- le principe «une action, une voix» a particulièrement fait parler de lui à l'occasion de la lutte pour le rachat de Sika SA²⁰⁷. Rappelons que les statuts de Sika SA combinaient deux aspects: d'une part, une double structure avec actions à droit de vote privilégié et actions ordinaires, de l'autre, une clause statuant qu'il n'était pas nécessaire de présenter une offre d'achat publique, en particulier aux actionnaires non privilégiés. Cette possibilité d'«*opting-out*» inscrit dans le droit boursier figurait jusqu'à présent à l'art. 22, al. 2, de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières. Le Parlement l'a reprise telle quelle dans la nouvelle LIMF (art. 125, al. 3), qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

Compte tenu de ces éléments, il n'y a pas lieu de modifier la législation relative aux actions à droit de vote privilégié²⁰⁸.

²⁰³ Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 5: Einführung echter Stimmrechtsaktien, Zurich/Berne 2001, p. 17.

²⁰⁴ Daniel Daeniker, One Share, one vote – Bedeutung der Debatte für die M&A-Praxis, in: Tschäni, Rudolf (éd.), Mergers & Acquisitions XV, Zurich 2013, p. 150 s.

²⁰⁵ Hans-Ueli Vogt, Aktionärsdemokratie, Zurich 2012, p. 124 s.

²⁰⁶ Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 5: Einführung echter Stimmrechtsaktien, Zurich/Berne 2001, p. 17.

²⁰⁷ Différents communiqués de presse de Sika SA à partir du 5 décembre 2014, accessibles à l'adresse: www.sika.com (Das Neuste von Sika ou weitere News, pas de version française).

²⁰⁸ Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 5: Einführung echter Stimmrechtsaktien, Zurich/Berne 2001, p. 16 ss; Daniel Daeniker, One Share, one vote – Bedeutung der Debatte für die M&A-Praxis, in: Tschäni, Rudolf (éd.), Mergers & Acquisitions XV, Zurich 2013, p. 181 s.; Daniel M. Häusermann, Stimmrechtaktien zwischen Gestaltungsfreiheit und Minderheitenschutz, RSDA 3/2015, p. 239 ss.

1.4.9 Droit de l'assainissement dans le CO

1.4.9.1 Contexte et principaux objectifs de la révision

Le 1^{er} janvier 2014, la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) portant sur le droit de l'assainissement est entrée en vigueur²⁰⁹. Deux motions identiques des CAJ²¹⁰ 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. À cet effet, l'Office fédéral de la justice a consulté des experts extérieurs à l'administration réunis en commission²¹¹. Compte tenu des liens étroits du sujet avec de nombreuses dispositions relevant de la révision du droit de la SA, il paraît cohérent d'intégrer le résultat des réflexions de ces experts au présent message.

Les modifications concernant le droit de l'assainissement 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» dans le but de rendre le conseil d'administration plus attentif aux liquidités et à la couverture du capital, en élargissant sa marge de manœuvre et en précisant ses obligations.

La menace d'insolvabilité est à cet égard un critère central (art. 725 P-CO). Elle était déjà prévue dans le projet de 2007²¹². Elle doit déclencher l'obligation, pour le conseil d'administration, de maintenir la solvabilité de la société, et l'inciter à surveiller de près l'évolution de la solvabilité.

Même si un surendettement inscrit au bilan ne signifie pas toujours qu'une entreprise est vouée à cesser ses activités (surtout au sein d'un groupe), il est important de ne pas assouplir la règle actuelle qui prévoit que le tribunal doit être avisé. Le critère pour déterminer quand cet avis doit être transmis reste le surendettement de la société (art. 725b P-CO). Toutefois, le conseil d'administration 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. La situation juridique s'en trouve renforcée et la marge de manœuvre du conseil d'administration élargie quant aux mesures d'assainissement préalables à l'ouverture d'une procédure concordataire ou de faillite.

²⁰⁹ RO 2013 4111 ss

²¹⁰ 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».

²¹¹ Thomas Bauer (Bâle), Andreas Binder (Baden/St-Gall), Ueli Huber (Zurich), Vincent Jeanneret (Genève).

²¹² Message droit de la SA 2007, p. 1508

Parallèlement aux dispositions révisées de la LP sur l'assainissement, qui font aussi l'objet de modifications ponctuelles dans le projet actuel, les nouveaux art. 725 à 725c P-CO prévoient pour les entreprises en difficultés financières un système flexible assorti d'obligations claires et faisant intervenir les différents acteurs de manière progressive (organe de révision, assemblée générale, tribunal de la faillite ou du concordat). Ils ne visent toutefois pas à ce que l'avis de surendettement survienne plus tard qu'aujourd'hui. C'est d'ailleurs à la capacité d'utiliser à temps tous les instruments qu'il faudra mesurer le respect par le conseil d'administration de son devoir de diligence.

La possibilité d'une libération par compensation d'une créance non couverte (art. 634a P-CO) est elle aussi étroitement liée à l'assainissement dans le CO. Une précision importante concernant les conséquences en matière de responsabilité en cas de postposition (art. 757, al. 4, P-CO) vise également à encourager les mesures d'assainissement en dehors de la procédure concordataire. La nouvelle marge de fluctuation du capital (art. 653s ss P-CO) permet elle aussi au conseil d'administration d'intervenir plus rapidement, en particulier compte tenu de la possibilité de réduire le capital («réduction de capital autorisée»). Avec ces mesures, le projet améliore les possibilités d'assainissement en dehors de la procédure concordataire.

Le droit de l'assainissement du CO est maintenu dans le droit de la SA. Les dispositions concernant d'autres unités juridiques qui renvoient au droit de la SA (celles du droit de la Sàrl, par ex.) seront adaptées en conséquence.

Lors de la consultation, l'extension dans le CO des consignes, focalisées jusqu'ici sur la protection du capital (art. 725 s. CO), à la protection de la solvabilité de l'entreprise a suscité une large approbation, notamment l'instauration de l'indicateur précoce de la menace d'insolvabilité (art. 725 P-CO)²¹³. L'obligation, qui s'y rattache, d'établir un plan de trésorerie a elle aussi été accueillie favorablement. Enfin, les participants ont majoritairement salué l'accroissement de la sécurité juridique concernant les mesures et les délais d'assainissement en cas d'endettement (art. 725b P-CO).

Conformément à ces résultats, le projet reprend largement la structure et les éléments clés de l'avant-projet. Il s'en distingue cependant par plusieurs modifications visant à répondre à des attentes et à des réserves exprimées lors de la consultation. Il renonce ainsi à l'obligation de soumettre le plan de trésorerie à l'examen de plausibilité d'un réviseur agréé, répondant aux inquiétudes de plusieurs participants quant à la compatibilité de cette mesure avec les besoins des PME. Les participants s'interrogeaient aussi sur le caractère flou des critères d'examen et donc sur l'applicabilité de la mesure. Ils ont par ailleurs critiqué la proposition d'instaurer comme indicateurs précoces trois pertes d'exercice consécutives (art. 725a, al. 1, ch. 3, AP-CO) et une nette diminution du capital propre par suite d'une perte d'exercice élevée (art. 725a, al. 1, ch. 2, AP-CO); les premières au motif qu'elles englobent les entreprises bien capitalisées sans risques d'impayés, la seconde parce qu'il n'est pas certain qu'elle offre par rapport à la perte de capital aggravée une valeur ajoutée qui justifie ce surcroît de complexité. De plus, ces deux indicateurs précoces engloberaient dès leur année de fondation les *startups* fortement consom-

²¹³ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 31

matrices de fonds propres²¹⁴. Face à ces arguments, le projet se limite, pour la perte de capital, à l'indicateur précoce (renforcé) de la perte d'un tiers du capital-actions.

1.4.9.2 Prêts dans le cadre de l'assainissement

Les experts consultés se sont montrés défavorables à l'idée de traiter comme des prêts postposés les prêts en remplacement de capital propre octroyés par des actionnaires ou des personnes qui leur sont proches ou de fondre ceux-ci dans le capital propre. D'une part, il est difficile de définir les critères facilement applicables 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 encore 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 vigueur²¹⁵, 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 société²¹⁶. Il est dès lors préférable de ne pas prévoir de réglementation supplémentaire dans le projet, conclusion d'ailleurs confirmée par la consultation.

Le projet renforce considérablement 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 soustraire des actes juridiques à la révocation. Le projet prévoit que d'autres engagements pris pendant le sursis avec l'accord du commissaire pourront être non révocables (art. 285, al. 4, P-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 actuelle²¹⁷.

1.4.9.3 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: d'une part, il permet au conseil d'administration de remplir son obligation d'aviser le juge et de

²¹⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 32

²¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5C.226/2005 du 2 mars 2005, consid. 3.

²¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_496/2010 du 14 février 2011, consid. 2.4. Pour plus de détails: Jürg Roth, Sanierungsdarlehen, Nachrang – Vorrang – Gleichrang, Bâle 2009.

²¹⁷ Susan Emmenegger, Das Sanierungsdarlehen, in: Emmenegger Susan (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.

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.

Le 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, éventuellement 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, P-LP). Au vu de la procédure d'assainissement que le projet propose d'insérer dans le CO (art. 725 ss P-CO), il serait possible de traiter l'ajournement de la faillite dans le droit concordataire (LP) et de le supprimer totalement du CO. Il faudrait, dans ce cas, placer de manière générale la procédure d'assainissement du CO avant une éventuelle procédure concordataire de la LP et pouvoir, le cas échéant, l'enrichir des instruments d'assainissement de la procédure concordataire. Il faut que les procédures du CO et de la LP soient complémentaires et permettent une transition sans heurts et sans doublons. Par conséquent, et conformément aux avis exprimés par les experts et lors de la consultation, le projet renonce également à reprendre dans le CO les instruments existants de la procédure concordataire de la LP, ni en totalité ni même en partie. Les entreprises doivent disposer dans le CO et dans la LP d'instruments qui leur permettent, 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 les inconvénients d'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 la réussite 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. Il est donc inutile de modifier l'art. 293c, al. 2, LP.

1.4.10 Rapport des entreprises de matières premières sur les paiements effectués au profit de gouvernements

1.4.10.1 Contexte

Le 25 juin 2014, le Conseil fédéral a adopté le rapport du 16 mai 2014²¹⁸ relatif à la recommandation 8 du rapport de base sur les matières premières et au postulat du 29 avril 2013 de la Commission de politique extérieure du Conseil national (CPE-N)

²¹⁸ Le rapport est disponible à l'adresse:
www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2014/2014-06-25.html

«Davantage de transparences dans le secteur des matières premières»²¹⁹. Le Conseil fédéral recommande de régler la question de la transparence en Suisse en s'inspirant des actes de l'UE (ch. 1.5.6).

La modification du 26 juin 2013 de la directive 2013/34/UE²²⁰ (directive comptable) est entrée en vigueur le 19 juillet 2013 et devait être mise en œuvre par les États membres d'ici au 19 juillet 2015. La directive 2013/50/UE²²¹, adoptée le 22 octobre 2013, prévoyait plusieurs modifications de la directive sur la transparence. Elle est entrée en vigueur le 26 novembre 2013 et devait être mise en œuvre par les États membres dans un délai de deux ans. 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 États-Unis, des dispositions similaires figurent à la section 1504 du *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, adopté le 21 juillet 2010. L'*American Petroleum Institute* et l'*U.S. Chamber of Commerce* ont eu gain de cause dans leur recours contre les dispositions d'exécution de la *Securities and Exchange Commission*. Celle-ci a été chargée d'en élaborer de nouvelles, ce qu'elle a fait en publiant le 27 juin 2016 la *Final Rule*²²² relative à la transparence des paiements dans les entreprises productrices de matières premières. Les entreprises devront produire un rapport dès leur premier exercice qui se terminera le 30 septembre 2018 ou à une date ultérieure.

1.4.10.2 Aperçu de la réglementation

Les nouveaux art. 964a ss P-CO s'inspirent dans une large mesure des directives européennes (ch. 1.5.6). Le projet propose de les placer au titre trente-deuxième du CO sur la comptabilité commerciale et la présentation des comptes, car elles sont étroitement liées, thématiquement, aux dispositions sur la présentation des comptes²²³.

²¹⁹ 13.3365

²²⁰ 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 du 29.6.2013, p. 19).

²²¹ 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 (JO L 294, p. 13).

²²² <https://www.sec.gov/rules/final/2016/34-78167.pdf>.

²²³ Peter Forstmoser, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Waldburger, Robert/Sester, Peter/Peter, Christoph/Baer, Charlotte M., Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Berne 2015, p. 165 s.

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. Le projet veut obliger celles-ci à rendre compte dans un rapport écrit de tous les paiements effectués au profit de gouvernements qui dépassent 100 000 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'art. 325^{bis} P-CP, quant à lui, sanctionne l'inobservation des prescriptions relatives à l'établissement du rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements.

1.4.10.3 Objectifs

L'économie dépendant des ressources naturelles, l'industrialisation 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 de l'état de droit 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) ou servent, dans le pire des cas, à financer des conflits.

Parmi les activités en lien avec les matières premières, on peut distinguer la production du négoce. 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 du 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.

1.4.11 Cohérence entre les différentes parties du droit des sociétés

Chaque entité juridique du droit des sociétés est caractérisée par des problématiques juridiques et économiques différentes. Sauf différences induites par la nature des différentes entités, les dispositions doivent être aussi uniformes que possible. C'est là la seule manière d'éviter les contradictions au sein du droit des sociétés.

Le 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;
- suppression de l'obligation de la forme authentique pour les sociétés à structure simple;
- valeur nominale des actions et des parts sociales supérieures à zéro;
- nouvelle réglementation pour la réduction du 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;
- constitution et utilisation de réserves légales issues du capital et du bénéfice;
- 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;
- arbitrage;
- 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 cela soit prévu par le législateur²²⁴.

²²⁴ Heinrich Koller/Hanspeter Kläy, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht (zur «Breitenwirkung» des revidierten Aktienrechts), in: von Büren, Roland (éd.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz – Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Berne 1997, p. 193 ss.

1.5 Relations avec le droit européen

1.5.1 Pas d'obligation directe

Aucun traité international n'oblige la Suisse à reprendre le droit dérivé de l'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 à la place économique suisse, qui est étroitement liée au marché intérieur européen. De plus, les dispositions de l'UE reposent fréquemment sur des conceptions similaires au droit suisse des sociétés²²⁵.

Le 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 à des dispositions contraignantes de l'art. 95, al 3, Cst.

Le 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 le projet et des actes normatifs importants de l'UE concernant le droit des sociétés.

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

Dans quelle mesure le projet correspond-il à la directive²²⁶ 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. Le projet s'en écarte sur les points relativement insignifiants qui suivent:

- la directive contient des instructions détaillées quant à la forme et au contenu de la convocation de l'assemblée générale et à la publication des informations correspondantes sur le site Internet de l'entreprise (art. 5). Le projet s'abstient d'aller aussi loin (art. 700, al. 2 à 4, P-CO). La convocation de l'assemblée générale revêt la forme des communications aux actionnaires prévue par les statuts (art. 699a P-CO);
- contrairement à la directive (art. 12), le projet ne prévoit pas explicitement le vote par correspondance. Il prévoit en revanche l'élection obligatoire d'un représentant indépendant (art. 689c P-CO), l'approbation écrite (papier ou électronique) d'une proposition (art. 701, al. 3, P-CO) et la possibilité de convoquer une assemblée générale virtuelle (art. 701d P-CO);

²²⁵ Rapport groupe de réflexion, p. 8.

²²⁶ 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 du 14.7.2007, p. 17); modifiée la dernière fois par la directive 2014/59/UE (JO L 173 du 12.6.2014; p. 190).

- 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). Le projet statue quant à lui que le procès-verbal de l'assemblée générale est mis à la disposition des actionnaires en version intégrale dans les 30 jours qui suivent l'assemblée générale (art. 702, al. 4, P-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 doivent être rendus accessibles par voie électronique dans les quinze jours qui suivent l'assemblée générale (art. 702, al. 5, P-CO).

1.5.3 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 visant à promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires²²⁷. La Commission européenne souhaite que les États membres édictent des dispositions concernant les quelque 10 000 sociétés cotées en bourse, en particulier dans les domaines suivants:

- les États 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 proportionnés²²⁸. Les intermédiaires de pays tiers qui ont établi une filiale dans l'UE sont tenus de respecter ces obligations²²⁹;
- 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, de l'exercice des droits de vote et de la prévention des conflits d'intérêts²³⁰;
- 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 écoulée²³¹;

²²⁷ Proposition de la Commission européenne du 9 avril 2014 pour une directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et la directive 2013/34/UE en ce qui concerne certains éléments de la déclaration sur la gouvernance d'entreprise (COM (2014) 213 final); accessible ici: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=COM:2014:213:FIN&from=FR>.

²²⁸ Art. 3bis à 3quinquies

²²⁹ Art. 3sexies

²³⁰ Art. 3septies à 3nonies

²³¹ Art. 3decies

- 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 actionnaires²³².

La Commission européenne a demandé aux États 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 envisagées²³³.

Le projet ne devance pas systématiquement ces propositions de la Commission européenne. En raison notamment des prescriptions de l’art. 95, al. 3, Cst., des aspects importants concernant la transparence des investisseurs institutionnels et la participation des actionnaires dans le domaine des rémunérations figurent déjà dans le droit suisse ou y seront intégrés avec le projet dont il est question ici.

Ni le projet ni le droit en vigueur ne prévoient de dispositions spécifiques concernant les conseillers en droit de vote. Certes, depuis l’approbation de l’initiative populaire «contre les rémunérations abusives», les recommandations de vote liées à l’assemblée générale de sociétés dont les actions sont cotées en bourse font davantage parler d’elles en Suisse. Du côté des entreprises, certains critiquent le fait que les conseillers en droit de vote manquent de transparence et disposent d’un potentiel d’influence important sans engagement financier propre. Il n’y a pas lieu pour autant de faire intervenir le législateur en l’état actuel des choses. La question pourrait se poser si les conseillers en droit de vote indépendants parvenaient à influencer les décisions de l’assemblée générale au point de nuire à l’expression fidèle et authentique de la volonté des actionnaires²³⁴. Le marché est en mouvement. Le conseil d’administration est tenu de fournir à sa société une gouvernance moderne et appropriée. Les investisseurs doivent de leur côté assumer leurs responsabilités et ne pas suivre les recommandations de vote sans motifs solides. Quant aux entreprises qui proposent des recommandations de vote, elles doivent veiller à la nécessaire transparence de leurs méthodes et de leur façon de régler les conflits d’intérêts. Il serait par

²³² Art. 9bis à 9quater

²³³ Proposition de la Commission du 9 avril 2014 de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2007/36/CE, p. 11.

²³⁴ Hans-Ueli Vogt, *Aktionärsdemokratie*, Zurich 2012, p. 112

ailleurs difficile d'imposer des dispositions concernant cette activité, car les deux principaux acteurs du domaine (ISS et Glass Lewis) ont leur siège principal en dehors de l'Europe²³⁵.

L'obligation ou le droit, pour les intermédiaires financiers, de déclarer les actionnaires aux sociétés dont les actions nominatives sont cotées en bourse n'existe pas en Suisse (art. 685e, CO *a contrario*; ch. 1.4.4.1 ss). Elle n'a pas non plus été demandée dans le cadre des débats sur le projet de 2007.

Le Parlement européen et le Conseil ont approuvé en mai 2014 la directive 2014/59/UE²³⁶, dont l'art. 121 modifie ponctuellement la directive 2007/36/CE (en réduisant notamment le délai de convocation de l'assemblée générale d'établissements de crédits et d'entreprises d'investissement pour décider de procéder à une augmentation de capital, afin d'éviter des mesures de résolution de défaillance et d'assainissement plus poussées). Ils n'ont pas encore approuvé définitivement les autres propositions de la Commission.

1.5.4 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 sociétés²³⁷ revêt elle aussi une certaine importance quant à plusieurs dispositions du projet. Les deux textes sont très semblables. Leurs points de divergence sont rares:

- le projet ne prévoit pas d'obligation de publier les frais de constitution (art. 3, let. j, de la directive). Le nouveau droit comptable ne permet plus non plus de les inscrire aux actifs²³⁸;

²³⁵ Urs Bertschinger, Proxy Advisors – Fluch oder Segen in der Corporate Governance?, RSDA 5/2015, p. 506 ss; Peter Böckli, Proxy Advisors: Risikolose Stimmenmacht mit Checklisten, RSDA 3/2015, p. 209 ss; Christian Rioult, Regulierung von Stimmrechtsberatern, AJP 9/2014, p. 1176 ss; Christophe Volonté/Simon Zaby, Stimmrechtsberatung, Eine kritische Betrachtung, L'Expert-comptable suisse 8/2013, p. 499 ss; Gaudenz G. Zindel/René Schwarzenbach, Neue Spielregeln durch die Minder-Initiative, NZZ du 25 janvier 2014, p. 35.

²³⁶ Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012 (JO L 173 du 12.6.2014, p. 190)

²³⁷ 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'UE, 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 du 14.11.2012, p. 74; modifiée la dernière fois par la directive 2014/59/UE, JO L 173 du 12.6.2014, p. 190).

²³⁸ Dieter Pfaff/Florian Zihler, Übergangsbestimmungen n° 38 s., in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (éd.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – web.ch Praxiskommentar, Zurich 2014

- il va dans le même sens que la directive en ce qui concerne les apports en nature (art. 634 P-CO et art. 10 de la directive) mais, contrairement à elle (art. 10, al. 4, et 11 s. de la directive), il ne prévoit pas la possibilité de renoncer aux prescriptions concernant la fondation par apport en nature. Contrairement au droit en vigueur, le projet prévoit toutefois de supprimer le concept des reprises de biens (effectives ou envisagées) (ch. 1.4.1.3);
- en ce qui concerne les conditions et la divulgation de l'acquisition d'actions propres, les dispositions du projet sont analogues à celles de la directive (art. 21 ss), mais moins détaillées (art. 659 ss P-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). Elle précise aussi que les actions acquises au-delà de ce seuil doivent être cédées dans un délai de trois ans. Dans le 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 dehors de toute procédure de réduction du capital ou de liquidation en bonne et due forme. En outre, les procédures relevant du droit de la SA et du droit fiscal sont désormais rodées. Contrairement à la directive (art. 20), le projet n'interdit toujours pas aux sociétés de souscrire leurs propres actions;
- le droit de souscription préférentiel fait l'objet de divergences minimales, comme c'est déjà le cas avec le droit en vigueur (Art. 652b CO et P-CO). La disposition de l'avant-projet concernant la préservation du droit de souscription préférentiel en cas de prise ferme (art. 652b, al. 1^{bis}, AP-CO) s'inspirait de la directive (art. 33, al. 7). Elle a été abandonnée pour différentes raisons exprimées notamment lors de la consultation²³⁹;
- les nouvelles dispositions relatives à la réduction ordinaire du capital-actions (art. 653j ss P-CO) sont conformes à celles de la directive. Mais contrairement à cette dernière (art. 44), ni le droit en vigueur (art. 703 s. CO) ni le projet (art. 703 s. P-CO) n'exigent à cet égard de quorum qualifié. Par ailleurs, contrairement à ce que prévoit la directive (art. 35 et 29, par. 3) 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 pratique²⁴⁰). Aucune demande dans ce sens n'a été exprimée lors de la consultation.

²³⁹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 9.

²⁴⁰ Peter Böckli, «Schweizer Aktienrecht», 4^e éd., Zurich 2009, § 12 n° 379 ss.

1.5.5 **Recommandations de la Commission européenne sur la rémunération dans les sociétés cotées**

Ces dernières années, la Commission européenne a émis à l'intention des États 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 cotées²⁴¹;
- 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 surveillance²⁴²;
- recommandation du 30 avril 2009 complétant ces deux recommandations en ce qui concerne le régime de rémunération des administrateurs des sociétés cotées²⁴³.

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 trois mesures: la divulgation des rémunérations, l'instauration d'un vote obligatoire ou consultatif concernant la déclaration sur les rémunérations et l'approbation par les actionnaires des plans de rémunérations basées 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. Bon nombre de ces aspects ont déjà été mis en œuvre dans l'ORAb et seront transférés dans les lois fédérales concernées en vertu du projet (art. 732 ss P-CO, P-CP, P-LPP).

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

Les dispositions du projet relatives à l'établissement d'un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements (art. 964a ss P-CO) s'appuient quant au fond sur les directives 2013/34/UE (directive comptable)²⁴⁴ et 2013/50/UE (modification

²⁴¹ Recommandation 2004/913/CE de la Commission du 14 décembre 2004, JO L 385/55 du 29.12.2004

²⁴² Recommandation 2005/162/CE de la Commission du 15 février 2005, JO L 52/51 du 25.2.2005

²⁴³ Recommandation 2009/385/CE de la Commission du 30 avril 2009, JO L 120/28 du 15.5.2009

²⁴⁴ 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 du 29.6.2013, p. 19, modifiée la dernière fois par la directive 2014/102/UE, JO L 223 du 21.11.2014, p. 86).

de la directive sur la transparence)²⁴⁵. Ces deux directives sont entrées en vigueur respectivement le 19 juillet et le 26 novembre 2013, et les États membres de l'UE avaient deux ans pour les transposer dans leur législation nationale. La mise en œuvre n'ayant débuté que récemment, il reste quelques questions d'interprétation à régler et dans l'UE et dans les législations nationales des États membres (en ce qui concerne les sanctions, par ex.).

Le Conseil fédéral a décidé, en fixant les grandes lignes du projet le 4 décembre 2015 (ch. 1.3.1), de conserver les dispositions relatives au rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements. Il entend ce faisant éviter les contradictions avec les règles matérielles du droit européen. Aussi le projet ne s'écarterait-il ponctuellement des directives européennes que pour préserver la cohérence de l'ordre juridique (droit de la SA, droit de la révision et droit comptable):

- 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 alors que, dans les directives européennes, les seuils sont indiqués en euros. Il n'y a, dans le 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 PME, simplement pour répondre aux dispositions sur la transparence des paiements. Cela n'est ni nécessaire ni utile. Le Parlement s'est toujours montré attaché à l'uniformité des seuils applicables aux PME 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 PME 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 projet ne prévoit pas d'obligation de déposer le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements, par exemple auprès du registre du commerce. On renonce aussi à exiger qu'il soit publié dans une feuille officielle, par exemple dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC; art. 964d P-CO);

²⁴⁵ 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 (JO L 294 du 6.11.2013, p. 13).

- 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). Le projet ne prévoit pas de tel mécanisme, car le contrôle de cette équivalence serait forcément complexe et générateur de difficultés. Il prévoit en revanche la possibilité d’un *opting out*, lorsqu’il existe des comptes consolidés (art. 964a, al. 3, P-CO). Cette possibilité existe déjà dans le droit comptable (art. 958e CO).

Un avis de l’Institut suisse de droit comparé sur la transparence dans le domaine des matières premières proposait au ch. 3 de s’écarter du droit européen sur quelques autres aspects. Ces propositions n’ont pas été retenues dans le projet²⁴⁶.

1.6 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. Le 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, il est renvoyé aux explications concernant les effets sur l’économie (ch. 3.3.2) et la délégation de compétences législatives (ch. 5.4).

1.7 Classement d’interventions parlementaires

1.7.1 Interventions parlementaires à classer

Étant donné qu’entre le 21 décembre 2007²⁴⁷ et le 18 juin 2013²⁴⁸ (ch. 1.1 ss), le Parlement avait toujours au moins un projet de révision du droit de la SA à examiner, et qu’il a classé au fil du temps plusieurs des interventions qui avaient été transmises au Conseil fédéral, le droit de la SA fait l’objet d’un nombre relativement faible d’interventions. Celles qui suivent sont encore d’actualité:

- 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 2000²⁴⁹;

²⁴⁶ Institut suisse de droit comparé, Gutachten vom 5. August 2016 zu Transparenzbestimmungen im Rohstoffsektor (Co-Autorschaft: Lukas Heckendorn Urscheler/John Curran/Johanna Fournier/Carole Viennet/Henrik Westermark).

²⁴⁷ FF **2008** 1407 ss

²⁴⁸ BO **2013** E 570

²⁴⁹ 00.3423 et 00.3598

- motion Leutenegger Oberholzer «Transparence des salaires des cadres et des indemnités des administrateurs» du 22 mars 2001 (transmise sous forme de postulat)²⁵⁰;
- motion Leutenegger Oberholzer «Renforcement de la protection des actionnaires minoritaires» du 9 mai 2001 (transmise partiellement sous forme de postulat)²⁵¹;
- motion Walker «Société par actions. Principes de la 'corporate governance'» du 20 juin 2001 (transmise sous forme de postulat)²⁵²;
- postulat Wicki «Expertise juridique suite à la débâcle de Swissair» du 12 mars 2002²⁵³;
- postulat Walker «Corporate governance. Protection des investisseurs» du 20 mars 2002²⁵⁴;
- 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 2012²⁵⁵.

Les requêtes exprimées ont été examinées et largement prises en compte dans le projet. Certains aspects ont déjà été mis en œuvre dans des projets législatifs antérieurs, en particulier dans l'art. 663*b*^{bis} CO et dans l'ORAb. Le classement des motions et postulats qui viennent d'être énoncés est par conséquent demandé.

En ce qui concerne les dispositions relatives à l'établissement d'un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements, il convient de rappeler le postulat «Davantage de transparence dans le secteur des matières premières»²⁵⁶ du 29 avril 2013 de la CPE-N. Ce postulat se réfère à la recommandation 8 du rapport de base sur les matières premières²⁵⁷, dans laquelle le Conseil fédéral envisage d'évaluer les effets pour le secteur suisse des matières premières d'une adoption – à l'image des États-Unis et de l'UE – de dispositions sur la transparence, et d'examiner l'idée d'élaborer un projet destiné à la consultation. Il chargeait 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 invitait 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 cité a été approuvé par le Conseil fédéral le 25 juin 2014 à l'intention du Parlement. Le postulat a ensuite été classé (ch. 1.4.10.1).

²⁵⁰ 01.3153

²⁵¹ 01.3261

²⁵² 01.3329

²⁵³ 02.3045

²⁵⁴ 02.3086

²⁵⁵ 12.3403 et 12.3654

²⁵⁶ 13.3365

²⁵⁷ Rapport de base du 27 mars 2013 sur les matières premières, p. 49 (à consulter sur: www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/30134.pdf).

1.7.2 Intervention non encore examinée par le Parlement

Aucune intervention parlementaire non encore examinée par le Parlement ne porte directement sur le droit de la SA.

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 à l'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, 1^{re} phrase, 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 pouvaient cependant acquérir des actions une seconde logique après la fondation²⁵⁸. Il n'y a donc pas lieu de les exclure de la première étape, la fondation elle-même²⁵⁹.

La structure de base de la SA correspond à celle d'une société de capitaux («kapitalbezogene Kapitalgesellschaft»²⁶⁰) dotée d'un capital-actions défini dans les statuts. Contrairement à ce que proposait l'avant-projet, l'art. 620 ne précise plus que le capital-actions doit être fixé dans les statuts. Cette obligation figure déjà à l'art. 626, al. 1, ch. 3.

Conformément à la 2^e phrase, les dettes de l'entreprise ne sont garanties que par l'actif social. Les statuts ne peuvent donc pas prévoir, pour les actionnaires, de responsabilité personnelle ou d'obligation d'effectuer des versements supplémentaires.

L'al. 2 précise qu'il faut détenir au moins une action pour être actionnaire. Contrairement à l'avant-projet, il n'est plus précisé que les actionnaires ne sont tenus qu'à la libération du prix d'émission de leurs actions. D'une part, cette règle ferait concurrence à d'autres dispositions plus spécifiques (art. 680 CO). D'autre part, elle serait trop restrictive, car d'autres articles du CO (par ex. art. 697i ss) ou des lois spéciales (par ex. LIMF) pourraient prévoir d'autres obligations.

²⁵⁸ Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 45 n° 3 ss.

²⁵⁹ Lukas Glanzmann, «Die grosse Aktienrechtsrevison», in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., «Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV», Berne 2009, p. 213 s.

²⁶⁰ Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, «Schweizerisches Gesellschaftsrecht», 11^e éd., Berne 2012, § 3 n° 8 ss et § 16 n° 29 s.

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 projet 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. Cette possibilité a été clairement approuvée par les participants à la consultation²⁶¹. 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 américains²⁶².

Un capital-actions en monnaie étrangère permet aux sociétés de fixer dans la monnaie choisie tous les aspects liés au capital tels que la constitution des réserves (art. 671 ss P-CO), la distribution de dividendes (art. 698, al. 2, ch. 4, CO) et l'évaluation du risque de surendettement (art. 725b P-CO). L'art. 621 P-CO instaure entre le droit de la SA et le droit comptable (art. 957a, al. 4, et 958d, al. 3, CO) la cohérence nécessaire, qui n'avait pas pu être établie jusqu'à présent (ch. 1.4.1.1). Les impôts indirects et directs continueront d'être prélevés en francs, la conversion pouvant se faire selon une simple règle de trois (art. 80, al. 1^{bis}, P-LIFD ou art. 31, al. 3^{bis} et 5, P-LHID).

Conformément à l'al. 2, le capital-actions peut-être fixé en monnaie étrangère si les trois conditions suivantes sont remplies cumulativement: (1) il s'agit de la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise; (2) le capital-actions en monnaie étrangère doit avoir une contre-valeur de 100 000 francs au moins au moment de la constitution; (3) la même monnaie doit être utilisée pour la comptabilité commerciale et la présentation des comptes.

En établissant un lien avec le droit comptable, on garantit que les sociétés ne choisiront de fixer leur capital-actions en monnaie étrangère que pour des motifs objectifs et que les monnaies choisies seront librement convertibles en francs²⁶³. C'est le seul moyen de garantir une conversion simple eu égard notamment aux impôts et aux informations en francs exigées par le droit comptable (art. 958d, al. 3, 2^e phrase, CO). On resterait sinon confrontés aux difficultés et inconvénients évoqués au ch. 1.4.1.1. 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^e 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 (art. 958d, al. 3, CO).

²⁶¹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 7.

²⁶² Art. 122, al. 1a, de la Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) du 20 janvier 1926.

²⁶³ Message droit de la SA 2007, p. 1517.

Conformément à l'al. 2, 2^e phrase, le capital-actions en monnaie étrangère doit avoir une contre-valeur de 100 000 francs au moins au moment de la constitution. Le moment déterminant pour la couverture du capital a suscité des désaccords lors de la consultation²⁶⁴. L'avant-projet proposait de retenir le moment de l'inscription au registre du commerce (art. 621, al. 2, 2^e phrase, AP-CO). Cette proposition n'a fait l'unanimité, car on craignait que les variations de cours survenant entre la demande d'inscription et l'inscription au registre du commerce ne se fassent au détriment des fondateurs. En outre, la proposition de l'avant-projet prévoyait que le contrôle précis de la contre-valeur incomberait au registre du commerce. Le projet propose, quant à lui, que le moment déterminant soit celui de l'acte constitutif, ce qui correspond à l'art. 629, al. 2, ch. 3, P-CO, selon lequel les fondateurs doivent constater que les apports effectués respectent les exigences légales et statutaires *au moment de la signature de l'acte constitutif*. Le taux de change déterminant est obligatoirement celui du jour où l'acte a été signé. Conformément à l'art. 629, al. 3, P-CO, le taux de change applicable doit être mentionné dans l'acte constitutif, ce pour garantir la transparence du processus et permettre au registre du commerce d'effectuer un contrôle simple de la couverture. L'office du registre du commerce n'a en revanche ni la responsabilité ni la compétence d'effectuer un second contrôle au moment de l'inscription au registre du commerce, ni même le devoir de vérifier l'exactitude du taux de change. Les fondateurs sont seuls responsables du taux de change appliqué. Le registre du commerce doit seulement vérifier que les constatations requises ont été faites, que le taux de change est indiqué dans l'acte constitutif et que, en appliquant ce taux, la contre-valeur de 100 000 francs au moins est respectée. Il ne serait tenu d'intervenir que s'il apparaît de manière manifeste qu'un taux de change erroné a été utilisé.

Conformément à l'al. 3, 1^{re} phrase, l'assemblée générale peut décider de modifier la monnaie dans laquelle le capital-actions est fixé. Ce changement doit être fait pour le début d'un exercice annuel pour garantir la cohérence de la comptabilité (la monnaie du capital-actions correspond à la monnaie utilisée pour la comptabilité) et pour éviter les problèmes liés à l'imprévisibilité des cours. Les sociétés disposent d'une marge de manœuvre suffisante: elles peuvent fixer une nouvelle monnaie rétroactivement au début de l'exercice en cours ou prospectivement pour le début de l'exercice suivant. En raison de ses devoirs de diligence, le conseil d'administration ne proposera un changement de monnaie que s'il répond à des motifs objectifs. Pour protéger les actionnaires, l'assemblée générale doit prendre sa décision à la majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 9, P-CO). Bien que l'organisation de la comptabilité et la planification financière soient des tâches intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration, la décision de changer de monnaie incombe à l'assemblée générale, car la modification des statuts est par principe de sa compétence. Dans la plupart des cas, le conseil d'administration lui proposera de changer de monnaie en lui fournissant les informations nécessaires, notamment le taux de change applicable.

Le conseil d'administration est responsable de concrétiser la décision de principe de l'assemblée générale. Il effectue les conversions nécessaires en indiquant le taux de change utilisé, modifie les statuts et confirme que, au moment de la décision de

²⁶⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 7.

l'assemblée générale, les conditions de l'al. 2 sont réalisées: (1) il s'agit de la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise; (2) le capital-actions en monnaie étrangère a une contre-valeur de 100 000 francs au moins; (3) la même monnaie est utilisée pour la comptabilité commerciale et la présentation de comptes.

L'avant-projet prévoyait un rapport de révision attestant que le capital-actions resterait entièrement couvert après le changement de monnaie (art. 621, al. 3, ch. 2, AP-CO). Ce point a été en partie désapprouvé lors de la consultation²⁶⁵. Il n'est en effet pas cohérent que le choix d'une monnaie étrangère lors de la fondation puisse se faire sans rapport de révision, mais pas les changements de monnaie ultérieurs. Pour que les conditions en cas de changement ne soient pas plus strictes que celles au moment de la fondation, le rapport de révision a été biffé du projet, de sorte que les deux cas de figure sont à présent soumis aux mêmes conditions. Les mêmes dispositions doivent être observées, à savoir celles de l'al. 2, et les constatations de l'assemblée générale en cas de changement de monnaie font pendant à celles des fondateurs de l'art. 629, al. 2, P-CO.

Le changement peut se faire du franc vers une monnaie étrangère répondant aux exigences de l'al. 2, ou inversement. Il peut aussi se faire entre deux monnaies étrangères répondant aux exigences de l'al. 2 (de l'euro vers la couronne danoise, par ex.).

Un changement de monnaie ne doit pas mener à une augmentation ou à une réduction dissimulée de capital. Si le conseil d'administration souhaite arrondir le capital-actions convertis (par ex. 120 123,50 euros à 120 000 euros), l'assemblée générale doit alors approuver une réduction de capital correspondant à la différence dans le respect des dispositions applicables. Le simple changement de monnaie au sens de l'art. 621, al. 3, P-CO ne s'applique qu'aux cas où le capital-actions est converti au taux de change du moment. La marge de fluctuation du capital offre plus de flexibilité au conseil d'administration en la matière (art. 653s ss P-CO). Celui-ci pourrait en effet arrondir le montant résultant de la conversion du capital-actions sans demander à l'assemblée générale d'approuver une augmentation ou une réduction de capital ni avoir à respecter les dispositions applicables, notamment en matière de réduction.

Les sociétés fondées et inscrites au registre du commerce avant l'entrée en vigueur de l'art. 621 P-CO pourront elles aussi changer, en vertu des prescriptions de l'al. 3, la monnaie dans laquelle leur capital-actions est fixé.

Conformément à la pratique constante des autorités du registre du commerce, les actionnaires peuvent, lorsque le capital-actions est en francs, effectuer leurs versements dans une monnaie étrangère librement convertible en francs. Cette pratique éprouvée, qui est codifiée et précisée dans l'art. 633, al. 3, P-CO, n'est en rien affectée par l'art. 621 P-CO.

²⁶⁵ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 7.

Art. 622, al. 3 à 5

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'origine²⁶⁶. Aussi, dans la pratique, la convertibilité est-elle fréquemment inscrite dans les statuts au moment même de la conversion. Étant donné que la conversion des actions entraîne de toute façon une modification des statuts (art. 626, ch. 4, CO), il est inutile que ces derniers 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, P-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 prédominants²⁶⁷.

L'art. 704a CO prévoit que l'assemblée générale peut décider à la majorité des voix exprimées de convertir des actions au porteur en actions nominatives et que les statuts ne doivent pas durcir les conditions de conversion²⁶⁸.

L'art. 622, al 4, P-CO prévoit que la valeur nominale de l'action peut être inférieure à un centime²⁶⁹. 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 improprement dites, sans qu'il soit nécessaire de modifier fondamentalement le droit suisse de la SA (ch. 1.4.1.2). La formulation neutre de l'al. 4 quant à la monnaie est compatible avec l'art. 621, al. 2, P-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 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).

²⁶⁶ Carl Baudenbacher, «Art. 622, n° 17», in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), «Basler Kommentar Obligationenrecht II», 4^e éd., Bâle 2012.

²⁶⁷ Hanspeter Kläy, *Die Vinkulierung*, Bâle 1997, p. 342 ss.

²⁶⁸ Introduit par le point 12 de la loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2015 (RO 2015 1389; FF 2014 585).

²⁶⁹ 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 États du 11 septembre 2000, FF 2000 5091 s. (objet 00.435).

Art. 623, al. 2

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 des problèmes insurmontables, 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, P-CO suffit.

La nécessité d'obtenir le consentement de toutes les personnes concernées pour la réunion d'actions non cotées découle du droit acquis à la préservation de la participation²⁷⁰. 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

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

Art. 626, titre marginal, al. 1, ch. 3 et 5 à 7, et al. 2 et 3

L'art. 626 P-CO traite du contenu des statuts exigé par la loi. L'al. 1, ch. 3, reprend le ch. 3 actuel, mais mentionne expressément la monnaie dans laquelle le capital-actions est fixé. Il est déjà d'usage aujourd'hui de la préciser dans les statuts.

Les dispositions nécessaires des statuts sont réduites au strict minimum. Dans la pratique, pour les points visés à l'art. 626, ch. 5 et 6, CO, les statuts reprennent le plus souvent textuellement les règles dispositives du CO. Ces deux chiffres sont donc abrogés pour alléger les statuts. 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 FOSC²⁷¹. 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 (art. 653k P-

²⁷⁰ Carl Baudenbacher, «Art. 623, n° 9», in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), «Basler Kommentar Obligationenrecht Ib», 4^e éd., Bâle 2012.

²⁷¹ Art. 936a, al. 2, P-CO (message registre du commerce, p. 3283).

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 donc encore figurer parmi les dispositions nécessaires. Cela concerne également la forme de la convocation de l'assemblée générale (art. 700, al. 1, P-CO).

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'autres entreprises à but économique. Il y a but économique lorsqu'une société vise un avantage économique (bénéfice) au profit de ses associés²⁷². 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. Cette précision ne vaut que pour les autres sociétés au sein du même groupe que la société en question.

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). On se référera à l'art. 735b P-CO pour la durée et le délai de congé.

Les statuts doivent enfin contenir les principes régissant les tâches et les compétences du comité de rémunération (ch. 3) et les principes régissant le vote de l'assemblée générale sur les rémunérations des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (ch. 4). Le fait d'avoir remplacé le terme «modalités» (art. 626, al. 2, ch. 5, AP-CO et 12, al. 1, ch. 4 ORAb) par celui de «principes» au ch. 4 ne représente pas un changement matériel. Il s'agit d'une simple harmonisation terminologique (avec le ch. 3 par ex.).

Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, le rapport maximal entre la rémunération fixe et la rémunération globale des cadres supérieurs ne fait plus partie du contenu exigé par la loi. Une telle disposition donnerait lieu à des rémunérations fixes plus élevées, ce qui signifierait moins de flexibilité pour les entreprises en période de crise (ch. 1.3.6)²⁷³.

Art. 627

Cet article est abrogé. Il 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 CO ne mentionne pas²⁷⁴. 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'aug-

²⁷² Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser, «Schweizerisches Gesellschaftsrecht», 11^e éd., Berne 2012, § 4 n^o 5 ss

²⁷³ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 15.

²⁷⁴ Peter Böckli, «Schweizer Aktienrecht», 4^e éd., Zurich 2009, § 1 n^o 488

mentation 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. 627²⁷⁵. Malgré un allongement considérable à 25 chiffres²⁷⁶, 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 CO.

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, P-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.

L'art. 627 CO sert en quelque sorte de liste de pointage. L'ORC ou un document mis librement à disposition par les autorités du registre du commerce pourrait tout à fait remplir cette fonction, voire de manière plus adéquate, notamment du fait qu'ils seraient plus faciles à mettre à jour en cas de révision de la loi.

2.1.2 Libération du capital et reprise de biens

Art. 628

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 (l'art. 634 P-CO pour les apports en nature, l'art. 634a P-CO pour les apports par compensation et l'art. 636 P-CO pour les avantages particuliers). Cette solution était déjà proposée dans l'avant-projet et dans le projet de 2007²⁷⁷.

Seule la reprise de biens (effective ou envisagée), régie jusqu'à présent par l'art. 628, al. 2, CO, disparaît des art. 634 ss, et ce conformément à l'avant-projet²⁷⁸ mais contrairement à ce que prévoyait le projet de 2007²⁷⁹. 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 particulières (rapport de fondation ou d'augmentation de capital-actions, rapport de révision) (ch. 1.4.1.3).

²⁷⁵ Message droit de la SA 2007, p. 1456.

²⁷⁶ Message droit de la SA 2007, p. 1572 s.

²⁷⁷ Rapport explicatif droit de la SA 2014, p. 70 ss; message sur le droit de la SA 2007, p. 1457 s. et 1459 ss.

²⁷⁸ Rapport explicatif droit de la SA 2014, p. 21 ss.

²⁷⁹ Message droit de la SA 2007, p. 1458 s.

Art. 629, titre marginal, al. 2, ch. 3 et 4, et al. 3 et 4

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

L'al. 2, ch. 3, précise que les apports effectués doivent respecter les exigences légales et statutaires *au moment de la signature de l'acte constitutif*. Cet aspect est surtout important dans les cas où, lors de la fondation, une monnaie étrangère a été choisie (art. 621, al. 2, et 633, al. 3, P-CO) et où il peut y avoir des variations de change entre la signature de l'acte et l'inscription au registre du commerce. Cette modification répond aux attentes de certains participants à la consultation qui souhaitaient un renforcement de la sécurité du droit²⁸⁰.

Le ch. 2^{bis} de l'avant-projet a été biffé. Il prévoyait que les fondateurs devaient constater que le capital-actions fixé dans une monnaie étrangère avait bien une contre-valeur de 100 000 francs au moins. Or, cette exigence est déjà implicitement prévue au ch. 3. Ce biffage n'entraîne donc pas de changement matériel.

En vertu de l'art. 43, al. 1, let. h, ORC, les fondateurs doivent fournir une pièce justificative distincte à l'office du registre du commerce, dans laquelle ils attestent qu'aucun bien au sens de l'art. 628, al. 1 et 2, CO n'a été accepté (sous forme d'apport en nature ou de reprise de biens) ou ne sera accepté juste après la constitution de la société (reprise de biens envisagée), qu'aucune compensation de créances n'a été effectuée et qu'aucun avantage particulier au sens de l'art. 628, al. 3, CO n'a été octroyé, au-delà de ceux déjà mentionnés dans les pièces justificatives déposées auprès du registre du commerce. Le Tribunal fédéral a estimé que, pour des questions pratiques et de sécurité juridique, il était licite d'exiger cette déclaration dite *Stampa* pour toutes les SA, lors de leur constitution²⁸¹. Il s'agit dès lors de l'inscrire dans une norme du degré législatif. La déclaration *Stampa* devra être fournie lors de l'établissement de l'acte constitutif et fera donc partie de l'acte authentique, raison pour laquelle il paraît logique d'inscrire cette disposition à l'art. 629, al. 2, ch. 4, P-CO²⁸².

L'al. 3 prévoit que le taux de change applicable doit être mentionné dans l'acte constitutif (art. 621 et 633, al. 3, P-CO). Cela permet de garantir la transparence du processus pendant et après la fondation. L'acte constitutif, en tant que pièce justificative du registre du commerce, est public (art. 10, 1^{re} phrase, et 43, al. 1, let. a, ORC).

Jusqu'à présent, la fondation d'une SA ne pouvait se faire que par un acte constitutif passé en la forme authentique (art. 629, al. 1, CO). L'art. 629, al. 4, P-CO permettra aux fondateurs de renoncer à la forme authentique si la constitution se fait de manière simple, à savoir si les apports sont entièrement libérés (pas de libération partielle au sens de l'art. 632 CO), et ce en francs (pas de libération en monnaie étrangère). Le contenu des statuts doit en outre se limiter aux dispositions prévues à l'art. 626, al. 1, P-CO. Cette fondation facilitée pourra être utilisée pour toutes les SA à

²⁸⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 7.

²⁸¹ ATF 119 II 463, consid. 2c, p. 465 s.

²⁸² Le message registre du commerce (p. 3290) prévoit aussi cette modification. Si le projet de modification du droit du registre du commerce devait entrer en vigueur avant celui du droit de la SA, ou en même temps, il faudrait que le projet du droit de la SA prévienne simplement de biffer le terme reprise de biens (ch. 1.4.1.3) à l'art. 629, al. 2, ch. 4.

structure simple dont les statuts ne dépasseront pas une feuille A4 (ch. 1.4.2). Comme les statuts ne peuvent aller au-delà du minimum légal et que la libération ne s'effectue ni par apports en nature ni par compensations de créances, l'exigence de recourir à la forme stricte de l'acte authentique n'est pas justifiée. La forme écrite est suffisante, notamment parce que la procédure de fondation reste inchangée sur tous les autres points (comme la souscription des actions ou la rédaction des statuts). La société devra toujours être inscrite au registre du commerce pour acquérir la personnalité juridique (art. 643 CO).

N'étant possible que si les statuts se limitent aux dispositions de l'art. 626, *al. 1*, l'exemption de la forme authentique ne peut s'appliquer aux sociétés cotées en bourse puisque leurs statuts incluent également les dispositions de l'art. 626, *al. 2*.

Art. 631, al. 2, ch. 6

L'art. 631, al. 2, CO 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 (ch. 1.4.1.3), le ch. 6 peut être abrogé.

Art. 632, al. 2, 2^e phrase

Conformément à l'art. 632, al. 1, CO, les souscripteurs doivent libérer 20 % au moins de la valeur nominale de chaque action lors de la fondation. Le montant de l'apport doit dans tous les cas se monter à CHF 50'000 au minimum (art. 632, al. 2, CO). Dans l'avant-projet il était prévu de supprimer le principe de la libération partielle, notamment afin de protéger les créanciers (art. 632 AP-CO). Le projet maintient toutefois au principe de la libération partielle prévue par le droit en vigueur (ch. 1.3.2).

Comme l'art. 621, al. 2, P-CO autorise les capitaux-actions fixé en monnaie étrangère, il convient de régler les apports minimaux pour ce cas de figure. Par analogie avec l'art. 621, al. 2, 2^e phrase, P-CO, les apports effectués doivent avoir une contre-valeur de 50 000 francs au moins. Le moment de référence pour le contrôle de la contre-valeur est celui de la fondation de la société (art. 629, al. 2, ch. 3, P-CO), comme cela est le cas pour l'art. 621, al. 2, 2^e phrase, P-CO.

Art. 633 Libération des apports; en espèces

La terminologie des al. 1 et 2 est adaptée à celle de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB), qui utilise comme terme générique «banque» et non «établissement». Cette adaptation n'entraîne aucun changement matériel.

L'al. 3 précise différents aspects de la libération en espèces.

Conformément à la première partie de la phrase, les versements effectués dans la monnaie dans laquelle le capital-actions est fixé ont qualité d'apports en espèces (par ex. libération en euros d'un capital-actions fixé en euros).

Conformément à la deuxième partie de la phrase, les versements effectués dans une autre monnaie librement convertible ont aussi qualité d'apports en espèces (par ex. libérations en dollars américains et en euros d'un capital-actions fixé en francs). Cela correspond à la pratique des autorités du registre du commerce depuis 1999²⁸³.

L'avant-projet contenait une autre phrase prévoyant que les apports en espèces devaient couvrir le prix d'émission au moment de la constatation. Cette exigence n'a pas besoin d'être répétée. Conformément à l'art. 629, al. 2, ch. 3, P-CO, les fondateurs doivent constater dans l'acte constitutif que, au moment de sa signature, les apports effectués remplissent les exigences légales et statutaires. Ils doivent constater que les apports effectués dans une monnaie autre que celle dans laquelle le capital-actions est fixé couvrent le montant des apports à effectuer si l'on applique le taux de change en vigueur au moment de la constatation.

La libération en espèces dans une monnaie étrangère est à distinguer de la fixation du capital-actions dans une monnaie étrangère (art. 621 P-CO).

Art. 634 En nature

L'al. 1 codifie la pratique dominante depuis 2001 selon laquelle un actif peut avoir qualité d'apport en nature si, cumulativement, (1) il peut être porté à l'actif du bilan et s'il est (2) transférable, (3) disponible et (4) réalisable²⁸⁴. Peu de participants à la consultation se sont exprimés sur cette codification²⁸⁵.

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 immeuble. 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 liquidités. L'apport en nature doit servir de garantie pour les créanciers. En vertu de ces critères, le travail, les aptitudes ou expériences personnelles, les avoirs sous contrat de leasing avec réserve de propriété et les droits futurs ne peuvent pas avoir qualité d'apport en nature. Les licences, les titres liés et les prototypes ne sont souvent pas non plus considérés comme réalisables.

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 immeubles, on considère le plus

²⁸³ Paul Thalmann, Bares ist Wahres, REPRAX 4/2003, p. 19 ss; Rino Siffert/Adrian Tagmann, art. 43 n° 20, in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (éd.), Stämpflis Handkommentar (HRegV), Berne 2013.

²⁸⁴ 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

²⁸⁵ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 8.

souvent qu'il est soumis à la *lex rei sitae*, qui impose son établissement sur le lieu de l'objet concerné²⁸⁶. À 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 patrimoine²⁸⁷. 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 pas à saper les compétences cantonales en matière d'authentification (art. 55, al. 1, du titre final [tit. fin.] du code civil [CC]). En matière de compétences, on distingue trois types de situation: (1) Un apport en nature doit être authentifié dans le canton X. Les immeubles 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 immeubles 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 immeubles 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 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 immeubles 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 immeubles) et permet l'établissement d'un acte authentique unique par un officier public au siège de la société. Si les immeubles 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). L'officier public compétent est celui qui est responsable des opérations foncières dans la commune du siège selon les règles du canton. 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.

²⁸⁶ Christian Brückner, «Schweizerisches Beurkundungsrecht», Zurich 1993, § 106 n° 2985.

²⁸⁷ BO 2003 N 242 s.

En vertu de l'al. 4, un certain nombre d'indications concernant les apports en nature doit figurer dans les statuts. L'assemblée générale peut abroger les dispositions statutaires correspondantes au bout de dix ans. 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-prestation²⁸⁸. 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. Toute contre-prestation supplémentaire devra aussi être inscrite dans les statuts et au registre du commerce, comme le précise l'al. 4 («toute autre contre-prestation»).

L'art. 642 CO énumère les faits qualifiés qui doivent être inscrits au registre du commerce. Dans l'avant-projet, cette énumération avait été placée à l'art. 634, al. 5. Le projet prévoit en revanche de régler ce point uniquement dans l'ORC (pour l'inscription d'une SA, voir art. 45 ORC). Le CO ne contiendra plus que l'obligation générale d'inscrire une société au registre du commerce (art. 640 CO) et d'y rapporter les modifications de statuts (art. 647 CO). Cela permet d'éviter les doublons, mais aussi les contradictions entre la loi et l'ordonnance.

Art. 634a Compensation d'une créance

Le nouvel art. 634a codifie la libération par compensation, que le droit actuel ne règlemente que de façon lacunaire. Le contenu de l'art. 634a CO sur la libération ultérieure est déplacé à l'art. 634b P-CO. Il codifie la pratique actuelle 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 augmentation de capital et les responsabilités qui en découlent s'appliquent aussi à la compensation de manière illimitée.

L'al. 2 règlemente la question controversée 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 libératoire ne doit pas forcément être couverte par les actifs de l'entreprise. Il est 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 de la société. Même si cette dernière ne reçoit pas de nouvelles liquidités, ses capitaux étrangers se réduisent en proportion. La conversion de capital étranger en capital propre améliore la situation économique de la société. Il paraît donc judicieux, du point de vue économique, d'autoriser la libération par compensation dans ces cas également. Les dispositions relatives aux liquidités, à la perte de capital et au surendettement sont réservées. Rien ne vient notamment restreindre les obligations du conseil d'administra-

²⁸⁸ Adrian Tagmann, art. 45 n° 39, in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (éd.), Handkommentar zur Handelsregisterverordnung (HRegV), Berne 2013.

tion visées aux art. 725 ss. Bien entendu, les compensations avec des créances dépréciées restent interdites lors de la fondation.

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 libératoire, même si les règles générales régissant la compensation l'autorisent. En effet, un tel apport ne remplirait pas la condition de la disponibilité (art. 634 P-CO en relation avec l'art. 959, al. 2, CO)²⁸⁹.

Dans le droit actuel, la libération par compensation, contrairement à la libération par apports en nature, ne doit pas être mentionnée dans les statuts. Cette incohérence est toutefois sans fondement. Les tiers peuvent certes s'informer de l'existence de compensations en consultant le registre du commerce (art. 45, al. 2, let. c, ORC), le rapport de fondation ou le rapport sur l'augmentation de capital. 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 doctrine²⁹⁰. Le projet prévoit donc que les compensations devront aussi être publiées dans les statuts et que la publication dans le registre du commerce sera réglée directement dans l'ORC (al. 3). Ces nouvelles dispositions améliorent la transparence pour les créanciers et les investisseurs. L'inscription dans les statuts 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 dispositions sur la publicité dans les statuts et dans le registre du commerce, 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, P-CO.

Art. 634b Libération ultérieure

L'al. 1 correspond exactement à l'actuel art. 634a, al. 1, CO.

La libération ultérieure peut aussi se faire par conversion de capitaux propres librement disponibles. L'al. 2 est donc complété dans ce sens. L'assemblée générale doit alors mettre les réserves librement disponibles à disposition du conseil d'administration et le charger d'effectuer une libération ultérieure²⁹¹. La mention expresse de cette possibilité permet de renforcer la sécurité du droit²⁹².

²⁸⁹ Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 15 n° 31.

²⁹⁰ Lukas Glanzmann, *Verrechnungslibrierung*, GesKR Sondernummer, *Die grosse Aktienrechtsrevision*, Zurich 2008, p. 16 s.

²⁹¹ Bernard Kroug, *La libération ultérieure du non-versé au moyen de fonds propres de la société est-elle possible au regard de l'art. 634a CO?*, in: *Registergilde Zürich* (éd.), *Jahrbuch des Handelsregisters*, Zurich 1993, p. 37.

²⁹² Franz Schenker, *Art. 634a N 9*, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4^e éd., Bâle 2012.

Art. 635, ch. 1

L'art. 635 traite du contenu du rapport de fondation à produire en cas de fondations qualifiées.

Par suite de la modification concernant la reprise de biens (ch. 1.4.1.3), l'allusion à celle-ci est supprimée du ch. 1.

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 contreprestations supplémentaires (art. 634, al. 4, P-CO), il faut bien entendu que cette prestation soit également couverte par la valeur 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 P-CO. Le nom des bénéficiaires doit être expressément indiqué dans les statuts, de même que le contenu et la valeur des avantages particuliers. La publication au registre du commerce est directement réglée dans l'ORC (art. 45, al. 2, let. d, ORC). 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 entraîne une adaptation formelle du titre marginal.

Art. 642

L'art. 642 CO énumère les aspects des faits qualifiés devant être inscrits au registre du commerce. Comme le projet prévoit de ne régler ceux-ci que dans l'ORC (art. 634 P-CO), l'art. 642 peut être abrogé.

Art. 643, titre marginal

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

Art. 644, titre marginal et al. 1

Le titre marginal et la teneur de l'al. 1 sont alignés sur l'art. 652*h*, al. 3, P-CO. Cette adaptation n'entraînant aucun changement matériel vise à renforcer la sécurité du droit.

Art. 647 Modification des statuts

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

L'art. 647 CO prévoit que toute décision de l'assemblée générale ou du conseil d'administration modifiant les statuts doit faire l'objet d'un acte authentique et être inscrite au registre du commerce.

Cet article est complété d'un deuxième alinéa précisant que l'on peut renoncer à la forme authentique dans les cas simples, à savoir lorsque les statuts se limitent, avant ou après avoir été modifiés, aux dispositions légales minimales prévues à l'art. 626, al. 1, P-CO (minimum légal) et que les apports sont entièrement libérés, et ce en francs (art. 629, al. 4, P-CO). La réduction du capital-actions est expressément exclue du champ d'application (al. 2, 2^e phrase). En effet, dans ce cas-là, la protection des créanciers exige le recours à la forme authentique.

Dès que les statuts dépassent le minimum légal (art. 626, al. 1, P-CO), toute modification doit passer par la forme authentique, même lorsqu'elle porte sur le contenu exigé par la loi (par ex. déplacement du siège de la société sans autre modification). L'ensemble des statuts est déterminant, peu importe qu'il s'agisse d'une révision totale ou partielle.

Le passage de statuts complexes à des statuts limités au minimum légal doit faire l'objet d'un acte authentique, car il a toujours des conséquences pour la société (notamment sur son organisation). Le recours à un officier public paraît dès lors pertinent. De plus, certaines dispositions dépassant le minimum légal ne peuvent être rayées des statuts qu'après un certain délai (par ex. celles sur les apports en nature). Une simplification des statuts doit donc être étudiée attentivement. Le principe selon lequel la situation inverse, le passage de statuts minimaux à des statuts complexes, doit être fait en la forme authentique tombe sous le sens.

Même si le contenu des statuts se limite au minimum légal, il est possible de procéder à une modification en la forme authentique (par ex. changement du but) sans que cela n'ait d'incidence sur la forme à respecter pour une prochaine modification des statuts.

L'al. 2, 1^{re} phrase, prévoit que les décisions sont valables en la forme écrite si les statuts respectent les conditions de simplicité évoquées plus haut. L'art. 702 P-CO règle, à l'al. 2, le contenu du procès-verbal et prévoit, à l'al. 3, que celui-ci doit être signé par la personne qui l'a rédigé et par le président de l'assemblée générale. Les autres exigences formelles en la matière dépendent des caractéristiques propres à chaque assemblée générale (par ex. signature de tous les actionnaires par voie de circulation) (art. 701, al. 3, P-CO).

Le projet propose de régler entièrement à l'art. 647, et de manière unifiée, la question de la forme à adopter pour les modifications des statuts. Toutes les normes

spécifiques en lien avec la forme à adopter ont été biffées du projet. L'obligation générale d'inscrire les modifications au registre du commerce, y compris celles touchant au capital-actions, est placée à l'art. 647 P-CO. Les normes spécifiques en la matière sont biffées (par ex. art. 652*h*, al. 1, CO). Le projet désenchevêtre aussi les dispositions propres au droit de la SA et celles propres au registre du commerce (pièces justificatives à remettre, contenu des inscriptions, délai d'ordre pour l'inscription, etc.).

2.1.5 Augmentation ordinaire du capital-actions

Art. 650 Augmentation et réduction du capital-actions;
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 et imprécisions du système actuel sont supprimées.

Le 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) et de conversion de fonds propres dont la société peut disposer librement (al. 2, ch. 6). En raison de la suppression de la reprise de biens, le ch. 5 est abrogé. Il n'est plus nécessaire de préciser la nature de l'apport (ch. 4 actuel, 1^{re} partie de la phrase) puisque les autres renseignements obligatoires la révèlent sans équivoque. Les ch. 1 et 2 ont été modifiés de manière à régler l'augmentation du capital-actions soumise à un plafond, cas de figure déjà existant dans le droit vigoureux²⁹³. Le CO est ainsi simplement harmonisé avec les dispositions en la matière de l'ORC (art. 47, al. 1, let. a et b, ORC). Il n'y a pas de risque de croisement irrégulier entre l'augmentation ordinaire et l'augmentation autorisée (à l'avenir la marge de fluctuation du capital) puisque, dans le cadre de l'augmentation soumise à un montant maximal, l'assemblée générale décide de celle-ci (al. 1) et charge le conseil d'administration de l'effectuer à hauteur des actions souscrites sans lui déléguer de compétences. Le conseil d'administration n'a donc pas de liberté d'action.

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. Il s'agit d'un délai de préemption au-delà duquel la décision d'augmentation de l'assemblée générale perd sa validité avec effet rétroactif. L'office du registre du commerce doit refuser les réquisitions déposées après ce délai²⁹⁴. 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 en-

²⁹³ Gaudenz G. Zindel/Peter R. Isler, art. 650 n° 8, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

²⁹⁴ Rino Siffert/Adrian Tagmann, art. 46 n° 8, in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (éd.), Stämpflis Handkommentar (HRegV), Berne 2013.

tendre 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.

L'art. 650 est complété d'un quatrième alinéa selon lequel il est possible de renoncer à la forme authentique dans les cas de figure simples (art. 629, al. 3, et 647, al. 2, P-CO). Tel est le cas si le contenu des statuts, avant *et* après l'augmentation de capital, se limite aux dispositions prévues à l'art. 626, al. 1 (ch. 1), si le capital-actions est fixé en francs (ch. 2) et si les apports sont libérés en totalité et en francs (ch. 3). Si ces conditions sont remplies, ni la décision d'augmentation de l'assemblée générale ni la décision de modification des statuts et les constatations du conseil d'administration (art. 652g P-CO) ne nécessitent le recours à un officier public (forme authentique).

Art. 651 et 651a

La création de la marge de fluctuation du capital (art. 653s ss) rend l'augmentation autorisée du capital obsolète. Les dispositions correspondantes peuvent donc être abrogées.

Art. 652, titre marginal et al. 3

Suite à l'abrogation des art. 651 et 651a CO, le titre marginal doit être adapté formellement.

L'art. 652, al. 3, CO fixe un délai au-delà duquel les bulletins de souscription perdent leur caractère obligatoire. L'avant-projet harmonisait la disposition avec l'art. 650, al. 3, et faisait passer ce délai de trois à six mois. Conformément à l'art. 652, al. 2, CO, le bulletin de souscription doit se référer à la décision d'augmentation. L'art. 650, al. 3, P-CO prévoit que la réquisition d'inscrire la décision au registre du commerce doit être déposée dans un délai de péremption de six mois. Ce délai s'applique indirectement aussi aux bulletins de souscription. Ceux-ci ne peuvent donc pas être valables plus longtemps que la décision d'augmentation de l'assemblée générale. Il n'est pas nécessaire d'inscrire cette règle expressément dans la loi. L'al. 3 peut donc être abrogé.

Art. 652a, titre marginal, al. 1, ch. 1 à 3, 5 et 5bis, et al. 4

Les modifications apportées aux ch. 1 à 3 sont purement rédactionnelles et ne changent rien sur le fond. Le ch. 5 précise dans quelles conditions des comptes financiers intermédiaires doivent être joints au prospectus d'émission. Le ch. 5^{bis} précise que le prospectus doit également 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 LPCC²⁹⁵.

Art. 652b, titre marginal, al. 2, 3^e phrase, et 4

La dernière phrase de l'art. 652b, al. 2, CO «Nul ne doit être avantagé ou désavantagé de manière non fondée par la suppression du droit de souscription préférentiel» est déplacée dans un nouvel al. 4 et complétée de manière à préciser que ces avantages ou désavantages infondés ne doivent découler ni de la suppression du droit de souscription préférentiel, ni de la fixation du 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. Contrairement à ce qui était prévu dans l'avant-projet, la suppression du droit de souscription préférentiel et la fixation du prix d'émission seront soumises aux mêmes conditions, ce qui permet d'éviter de créer de nouvelles notions juridiques floues et ainsi une certaine insécurité juridique. Des craintes à ce sujet avaient d'ailleurs été exprimées lors de la consultation²⁹⁶.

Si l'assemblée générale définit des modalités d'exercice du droit de souscription ou un prix d'émission de manière abusive, il sera au moins possible de faire recours contre la décision (art. 706 CO). En revanche, le 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 (art. 653u P-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.

L'avant-projet prévoyait de régler le droit de souscription préférentiel dans le cadre de la prise ferme dans un nouvel al. 1^{bis}. Cette disposition a été biffée du projet suite à la consultation. Des participants ont estimé que la liberté économique aurait été trop fortement entravée et que les établissements financiers étrangers devaient pouvoir se porter preneurs fermes²⁹⁷. En effet, la prise ferme ne pose pas de problèmes juridiques particuliers.

Art. 652c, titre marginal

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

²⁹⁵ Voir le message LSFIn/LEFin (objet 15.073), p. 8289: il est prévu d'abroger l'art. 652a CO. Si cette abrogation devait avoir lieu avant l'entrée en vigueur de la révision du droit de la SA, ou en même temps, la proposition de modification de l'art. 652a présentée ci-dessus deviendrait en principe caduque.

²⁹⁶ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 9. V. Dieter Gericke, Mindestausgabebetrag bei der Kapitalerhöhung, GesKR 2/2016, p. 229 ss.

²⁹⁷ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 9.

Art. 652d, titre marginal et al. 2 et 3

Une interprétation grammaticale stricte de la formulation existante laisse penser que la vérification des comptes intermédiaires par une personne non agréée par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision suffirait. Pour éviter tout malentendu, la formulation de l'al. 2, ch. 2, est complétée (des comptes intermédiaires *vérifiés par un réviseur agréé*²⁹⁸).

Un nouvel al. 3 porte sur les informations à inscrire dans les statuts. Aujourd'hui, les libérations par apports en nature et par compensation doivent être mentionnées dans les statuts, mais non celles effectuées par conversion de fonds propres librement disponibles. Cette situation est incohérente puisque ce troisième cas de figure représente une forme qualifiée de libération et qu'il donne lieu à un rapport d'augmentation et à une attestation de vérification. Le projet est l'occasion d'uniformiser le plus possible les réglementations en matière de libérations qualifiées. On renforce ainsi la sécurité du droit et facilite l'application de celui-ci. La publicité dans les statuts en cas d'apports en nature et de compensations de créances est réglée sous forme de renvoi aux règles sur la fondation (art. 652c OR). Or, cette solution n'est pas possible pour la conversion de fonds propres librement disponibles, car celle-ci est exclue au moment de la fondation. Sa publicité dans les statuts doit donc être réglée directement à l'art. 652d. La publicité dans le registre du commerce est quant à elle réglée dans l'ORC.

Art. 652e, titre marginal et ch. 1

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 sur le rapport de fondation dans le cadre d'une fondation qualifiée.

Art. 652f, titre marginal

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

Art. 652g, titre marginal, al. 1, ch. 3 à 5, et al. 2 et 3

La systématique de la loi ayant été modifiée, le titre marginal reçoit un nouveau numéro.

La formulation de l'al. 1, ch. 3, est précisée et harmonisée sans qu'il n'y ait de modification matérielle (art. 629, al. 2, ch. 3, P-CO). Le fait que le moment de référence est celui de la constatation tombe sous le sens. Les constatations du conseil d'administration ne peuvent se référer à un moment du passé ou de l'avenir. Il est néanmoins important de le préciser, en particulier pour les cas de libération par apports en espèces étrangères librement convertibles (art. 633, al. 3, P-CO). Dans ce

²⁹⁸ 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, OSRev).

cas précis, il conviendra d'appliquer le taux de change en vigueur au moment de la constatation.

La déclaration Stampa devant être inscrite dans la loi à l'art. 629, al. 2, ch. 4, P-CO et l'art. 46, al. 2, let. g, ORC l'exigeant aussi dans le cadre d'une augmentation de capital, il convient d'ajouter un nouveau ch. 4 à l'art. 652g, al. 1, CO afin que cette déclaration fasse partie des constatations que le conseil d'administration doit faire lors d'une augmentation de capital²⁹⁹.

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 doit obligatoirement attester que ces documents lui ont été soumis (art. 47, al. 2, let. d, ORC). Il doit vérifier que les pièces justificatives 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. Il est ressorti de la consultation qu'il était parfois difficile pour l'officier public d'attester que les documents ont été soumis au conseil d'administration (652g, al. 2, CO et P-CO) lorsque le règlement d'organisation de la société prévoit qu'un seul membre peut consigner les constatations et les modifications des statuts au sens de l'art. 652g³⁰⁰. L'attestation devrait alors être effectuée par le conseil lui-même ou par celui de ses membres qui aura été autorisé à le faire. Un ch. 5 est ajouté en ce sens à l'al. 1 (constatation du conseil d'administration). Il est de la responsabilité du conseil d'administration ou d'un de ses membres qui aura été désigné de s'assurer que les documents ont été soumis aux membres absents et que la décision d'augmenter le capital correspond à la volonté du conseil.

Pour rendre l'article plus lisible, le contenu de l'al. 3 actuel, prévoyant que les documents doivent être joints à l'acte authentique, est déplacé à l'al. 2. Cela n'entraîne pas de changement matériel.

Un nouvel al. 3 prévoit qu'il est possible de renoncer à la forme authentique si les statuts se limitent aux dispositions prévues à l'art. 626, al. 1, P-CO si le capital-actions est fixé en francs et si les apports libérés en totalité et en francs (art. 650, al. 4, P-CO).

Art. 652h Nullité des actions émises avant l'inscription au registre du commerce

Le titre marginal est adapté linguistiquement.

L'al. 1 est abrogé, car l'obligation de requérir l'inscription au registre du commerce de toute modification des statuts découle déjà de l'art. 647 P-CO.

L'al. 2 est aussi abrogé. A l'avenir, les pièces justificatives à communiquer au registre du commerce seront régies uniformément par l'ORC (art. 46).

²⁹⁹ Le message registre du commerce (p. 3290) prévoit aussi cette modification. Si le projet de modification du droit du registre du commerce devait entrer en vigueur avant celui du droit de la SA, ou en même temps, il faudrait que le projet du droit de la SA prévoie simplement de biffer le terme reprise de biens (ch. 1.4.1.3) à l'art. 652g, al. 1, ch. 4.

³⁰⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 10.

L'expression «au registre du commerce» est ajoutée à l'al. 3 dans un souci d'harmonisation avec la formulation de l'art. 644, al. 1, P-CO. Cette modification est purement linguistique. L'actuel al. 3 devient le seul alinéa de l'article.

2.1.6 Augmentation au moyen d'un capital conditionnel

Art. 653, 653a, al. 1, et 653b, al. 1, ch. 1, 4 et 7

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 et précisions y sont opérés.

L'art. 653, al. 1, désigne désormais les actionnaires et les membres du conseil d'administration comme bénéficiaires possibles 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 conditionnel³⁰¹. Il est également courant d'attribuer des options aux membres du conseil d'administration dans le cadre de leur rémunération³⁰². Contrairement à l'avant-projet, le projet propose une liste non exhaustive («en particulier»), ce qui est plus adapté à la pratique libérale actuelle et qui répond au souhait exprimé par certains participants à la consultation³⁰³. Dans tous les 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 P-CO sont remplies.

L'art. 653, al. 2, ne subit que des modifications linguistiques.

L'art. 653, al. 3, est abrogé. Comme les dispositions spéciales doivent de toute façon être appliquées, le renvoi actuel est inutile.

La modification de l'art. 653a n'a pas d'incidence matérielle. La nouvelle formulation explicite simplement le principe du jour de référence déjà appliqué.³⁰⁴ Le capital-actions déterminant est celui qui est inscrit au registre du commerce. Les variations subies ultérieurement par le capital n'ont pas d'influence sur la limite fixée à l'art. 653a P-CO. Les augmentations ou réductions en suspens non encore inscrites au registre du commerce ne peuvent pas non plus être prises en compte. Il en va de même pour les augmentations autorisées mais non encore exécutées. Si l'assemblée générale choisit d'autoriser, lors de la même séance, une augmentation ordinaire puis une augmentation au moyen d'un capital conditionnel, il est possible de prendre comme référence le capital nouvellement augmenté, pour autant que l'augmentation soit exécutée de suite, et que la réquisition d'inscrire les modifications statutaires au

³⁰¹ 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^e éd., Bâle 2012.

³⁰² Gaudenz G. Zindel/Peter R. Isler, art. 653 n° 16, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), «Basler Kommentar Obligationenrecht II», 4^e éd., Bâle 2012.

³⁰³ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 10.

³⁰⁴ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 207.

registre du commerce soit envoyée aussitôt³⁰⁵. La nouvelle formulation ne change rien à cette réglementation. La précision qu'il s'agit du capital-actions «inscrit au registre du commerce» permet d'harmoniser la disposition avec l'art. 653s, al. 2, P-CO sur la marge de fluctuation et avec l'art. 656b, al. 1, P-CO sur le capital-participation.

L'art. 653b traite du contenu des statuts. L'obligation d'annoncer les modifications de statuts au registre du commerce est inscrite à l'art. 647 P-CO. La modification de l'al. 1, ch. 1, est de nature rédactionnelle. Le ch. 4 précise que, le cas échéant, la suppression ou la limitation du droit de souscription préférentiel doit figurer dans les statuts. Un nouveau ch. 7 prévoit que les statuts doivent indiquer la forme de l'exercice des droits de conversion ou d'option et de la renonciation à ces droits. Aujourd'hui, l'exercice de ces droits nécessite, conformément à l'art. 653e CO, une déclaration écrite. Or, cette réglementation n'est pas adaptée à la situation actuelle. Les statuts pourront dès lors aussi autoriser le recours à des moyens électroniques.

Art. 653c, 653d, al. 1, et 653e, al. 1 et 2 Protection des actionnaires

L'art. 653c, al. 1, P-CO dispose que les règles relatives au droit de souscription préférentiel sont applicables lors d'une augmentation ordinaire du capital (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. Sa formulation est simplifiée sans entraîner de modification matérielle.

En raison de la modification de l'art. 653, al. 1, l'art. 653d, al. 1, est reformulé de manière plus ouverte («titulaire d'un droit de conversion ou d'option» plutôt qu'une liste des titulaires).

À l'art. 653e, al. 1, la forme de l'exercice des droits de conversion ou d'option est supprimée, car elle ne convient plus au contexte actuel. La nouvelle disposition prévoit que la forme à respecter est réglée dans les statuts (art. 653b, al. 1, ch. 7, P-CO). La teneur de l'al. 2 est harmonisée avec celle de l'art. 633, al. 1, CO.

³⁰⁵ Gaudenz G. Zindel/Peter R. Isler, art. 653a n° 1, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

Art. 653f, 653g, 653h et 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 et les constatations du conseil d'administration doivent être constatées par un acte authentique. En ce qui concerne les modifications, la règle se trouve déjà à l'art. 647 P-CO. Il est toutefois nécessaire de la répéter pour préciser que les constatations doivent aussi être passées en la forme authentique (art. 653g, al. 2, P-CO). Il est conforme à l'art. 652g, al 2, P-CO. Contrairement à l'augmentation ordinaire, l'augmentation au moyen d'un capital conditionnel doit faire l'objet d'une décision du conseil d'administration passée en la forme authentique. Il n'est pas possible d'y renoncer conformément à l'art. 652g, al. 3, P-CO, car les dispositions obligatoires relatives au capital conditionnel (art. 652b) vont au-delà du contenu minimal des statuts au sens de l'art. 626, al. 1, P-CO.

L'art. 653g est harmonisé en différents points avec l'art. 652g. Dans le cadre du capital conditionnel, le conseil d'administration doit aussi constater que les pièces sur lesquelles se fonde l'augmentation lui ont été présentées. L'officier public doit seulement attester que les pièces lui ont été présentées à lui-même. A la dernière phrase de l'al. 2, il est précisé que les pièces doivent être jointes à l'acte authentique (art. 652g, al. 2, dernière phrase, P-CO).

L'art. 653h CO traite de l'inscription au registre du commerce et des pièces à remettre à l'office. L'obligation d'inscription est déjà fixée à l'art. 647 P-CO. Une réglementation spéciale pour l'augmentation au moyen d'un capital conditionnel n'est pas nécessaire. Le délai de trois mois de l'art. 653h CO, contrairement à celui de l'art. 650, al. 3, P-CO, n'est pas un délai de péremption, mais un simple délai d'ordre. Or, conformément à la nouvelle approche législative, les délais d'ordre en lien avec les inscriptions au registre du commerce ne sont réglés que dans l'ORC. Le projet prévoit aussi de régler toutes les questions relatives aux pièces à soumettre au registre du commerce dans l'ORC. L'art. 653h CO peut donc être abrogé.

L'art. 653i P-CO 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.

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 P-CO prévoit que le conseil d'administration peut supprimer ou adapter la disposition statutaire relative au capital conditionnel lorsque les droits de conversion ou d'option se sont éteints (ch. 1), qu'aucun de ces droits n'a été accordé (ch. 2)

ou que tout ou partie des ayants droit ont renoncé à l'exercice de leurs droits de conversion ou d'option (ch. 3). 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. La forme de la renonciation doit impérativement être réglée dans les statuts (art. 653*b*, al. 1, ch. 7, P-CO).

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. 959*a*, al. 3, CO).

Conformément à l'art. 653*i*, al. 2, P-CO, les statuts ne peuvent être modifiés que si un expert-réviseur agréé a constaté ces faits par écrit. Il incombera au registre du commerce (art. 28 ORC) de vérifier que la situation présentée dans l'attestation correspond bien à l'une des situations requises (art. 653*i*, al. 1, P-CO).

Dans l'avant-projet, l'al. 2 précisait la forme à respecter pour une modification des statuts. Comme celle-ci est réglée de manière contraignante à l'art. 647, le passage en question a pu être biffé du projet. Il n'est pas possible de renoncer à la forme authentique pour la création et l'utilisation d'un capital conditionnel, car les dispositions correspondantes (art. 653*b* P-CO) dépassent le contenu minimal des statuts au sens de l'art. 626, al. 1, P-CO.

2.1.7 Réduction ordinaire

Art. 653j Réduction du capital-actions; réduction ordinaire; 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 le projet vise à éliminer (ch. 1.4.1.4).

L'art. 653*j* 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. Ces deux mesures peuvent aussi être combinées. La décision de réduction de l'assemblée générale doit donc contenir des indications à ce sujet (art. 653*n*, al. 1, ch. 2, P-CO).

Une réduction du capital-actions peut profiter aux actionnaires de différentes manières: (1) paiement en espèces en faveur des actionnaires, (2) conversion du capital-actions en réserves ou en capitaux étrangers, par exemple prêts des actionnaires, ou (3) compensation avec les dettes des actionnaires (obligation de libérer les apports

par ex.)³⁰⁶. Cette compensation ayant une incidence sur l'obligation de libération doit être distinguée de la réduction du pourcentage d'apports à libérer sans modification de la valeur nominale. Ce procédé doit toutefois aussi respecter les règles en matière de réduction du capital-actions³⁰⁷.

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 (art. 621 P-CO) que s'il est simultanément augmenté au moins à concurrence de ce montant (art. 653g P-CO). L'art. 621, al. 2, P-CO autorisera un capital-actions en monnaie étrangère. L'utilisation du franc et celle d'une monnaie étrangère doivent être traitées de manière égale. C'est pourquoi le capital réduit en monnaie étrangère doit avoir une contre-valeur de 100 000 francs au moins (même règle qu'à l'art. 621, al. 2, P-CO).

Comme pour l'augmentation de capital à l'art. 650, al. 3, P-CO, l'al. 4 fixe un délai de péremption de six mois pour le dépôt de la réquisition de l'inscription de la réduction au registre du commerce, lequel peut être raccourci mais non prolongé par l'assemblée générale. Ce délai distingue la réduction ordinaire de la réduction autorisée (dans le cadre de la marge de fluctuation du capital).

Art. 653k Protection des créanciers

Cette disposition fixe les modalités de l'appel aux créanciers.

Contrairement au droit actuel (art. 733 CO) et à l'avant-projet, le projet renonce à l'obligation de publier *trois fois* l'appel dans la FOSEC, laquelle se justifiait à l'époque où la Feuille était encore publiée sur papier et où un appel pouvait être manqué en cas d'absence. Cette éventualité ne pouvait toutefois pas être entièrement exclue puisque l'appel devait paraître dans trois éditions consécutives. Ce problème n'en était toutefois pas un puisqu'il était possible de faire des recherches dans les éditions précédentes pour vérifier si un appel avait été manqué. Aujourd'hui, les publications des trois dernières années peuvent toutes être consultées en ligne³⁰⁸. Des abonnements permettent en outre aux utilisateurs de recevoir quotidiennement l'ensemble des nouveaux contenus ou uniquement ceux spécifiques à leurs besoins. Le projet propose donc de ne publier les appels qu'une seule fois sans que la protection des créanciers n'en souffre.

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 néces-

³⁰⁶ Manfred Küng/Niklaus Schoch, avant art. 732 à 735 n° 17 ss, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

³⁰⁷ Manfred Küng/Niklaus Schoch, avant art. 732 à 735 n° 19, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

³⁰⁸ www.fosc.ch (appel aux créanciers)

saire d'un point de vue matériel lorsque la situation est claire. Il faut donc laisser à la société la possibilité de tenir l'assemblée générale avant ou, au plus tard, pendant l'appel aux créanciers, ce qui permet d'accélérer la procédure. Il peut être toutefois 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 (art. 653o P-CO).

Si l'appel aux créanciers a lieu avant l'assemblée générale, il doit avoir lieu peu avant celle-ci et mentionner la réduction de capital envisagée. La loi ne fixe pas de délai pour la décision de l'assemblée générale après la publication dans la FOSC. Il est de la responsabilité du conseil d'administration de publier si nécessaire un nouvel appel. En effet, seul un appel récent peut remplir correctement sa fonction d'information. Un appel trop ancien ne permettrait pas de protéger les créanciers, car les nouveaux créanciers ne pourraient pas produire leurs créances. Si les modalités de la réduction changent (par ex. si l'assemblée générale choisit de réduire davantage le capital), un nouvel appel doit être effectué.

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.

L'al. 3 reprend les règles de l'appel aux créanciers de l'art. 25 LFus. L'entreprise peut être libérée de son obligation de garantir une créance produite lorsqu'elle l'exécute ou qu'elle démontre que la réduction du capital ne compromet pas son exécution. Dans la plupart des cas, l'attestation de l'expert-réviseur agréé indiquant que les capitaux étrangers resteront entièrement couverts malgré 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.

Une éventuelle exécution de la créance ne doit pas désavantager les autres créanciers (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 Comptes intermédiaires

L'art 653l exige, en accord avec la pratique actuelle³⁰⁹, que la société établisse des comptes intermédiaires lorsque la dernière clôture de bilan remonte à plus de six mois. Comme techniquement il est impossible d'établir un bilan intermédiaire en l'absence de compte de résultat intermédiaire³¹⁰, le projet, contrairement à l'avant-projet, recourt à la notion de comptes intermédiaires.

³⁰⁹ Peter Böckli, «Schweizer Aktienrecht», 4^e éd., Zurich 2009, § 2 n° 356; Karl Rebsamen, «Das Handelsregister», 2^e éd., Zurich 1999, n° 585; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, «Schweizerisches Aktienrecht», Berns 1996, § 53 n° 95.

³¹⁰ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 3 n° 81 et § 13 n° 770; Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, 3^e éd., Berne 2014, n° 315.

Les exigences légales relatives au contenu des comptes intermédiaires sont désormais régies de manière centralisée à l'art. 960f P-CO.

Art. 653m Attestation de vérification

L'art. 653m énonce les règles relatives à l'attestation de vérification délivrée par l'expert-réviseur agréé. Celui-ci doit, conformément à l'al. 1, attester, en se fondant sur les comptes annuels ou intermédiaires et sur l'issue de l'appel aux créanciers, que les créances restent entièrement couvertes malgré la réduction du capital-actions.

Dans l'avant-projet, la vérification incluait explicitement les conséquences de la réduction de capital pour la trésorerie de la société. L'expert-réviseur agréé aurait dû attester que la réduction ne compromettrait pas l'exécution des créances et qu'il n'existait pas de raison sérieuse d'admettre que la société serait insolvable dans les douze mois à venir. Comme un expert-réviseur ne peut jamais vraiment attester qu'il n'y a aucun risque en la matière³¹¹, ce deuxième pan de l'attestation a été biffé du projet. Le conseil d'administration doit néanmoins veiller à la solvabilité de la société au sens de l'art. 725 CO, autrement dit à ce que celle-ci ne soit pas compromise par une réduction du capital-actions.

Le projet exige notamment que l'attestation de l'expert-réviseur rende compte obligatoirement du résultat de l'appel aux créanciers (art. 653k P-CO), 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 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 les comptes annuels ou intermédiaires qui lui sont soumis pour pouvoir délivrer l'attestation de vérification requise.

L'attestation de vérification ne doit être soumise à aucune condition ni contenir aucune réserve³¹². L'avant-projet prévoyait cette règle à l'art. 653o, al. 4, (inscription au registre du commerce). Elle a été biffée du projet, car elle apparaît évidente.

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. 2). 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.

³¹¹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 11.

³¹² Décision V 2010 136 du Tribunal administratif du canton de Zoug du 9 décembre 2010 dans l'affaire Transocean Ltd.

Art. 653n et 653o

Décision de l'assemblée générale
Modification des statuts et constatations du conseil
d'administration; inscription au registre du commerce

L'art. 653n régleme le contenu et la forme de la décision de l'assemblée générale sur la réduction du capital-actions. Le ch. 1 prévoit qu'un montant maximal doit être défini, comme pour l'augmentation de capital (art. 650, al. 2, ch. 1 et 2, P-CO). Cette façon de procéder est déjà en partie admise aujourd'hui³¹³. Elle est souvent utile dans le cadre de programmes de rachat par la société de ses propres actions, lorsque l'on ignore encore le nombre d'actions qui seront rachetées. Plusieurs participants à la consultation ont avancé cet argument³¹⁴.

Les modifications aux ch. 2 et 3 sont de nature linguistique et visent plus de clarté et de cohérence. La décision de l'assemblée générale doit définir les modalités de l'exécution de la réduction, notamment si on entend procéder par réduction de la valeur nominale des actions, par destruction d'actions ou par une combinaison de ces deux moyens (ch. 2). Comme des fonds ne sont pas toujours dégagés suite à une réduction, le ch. 3 a été reformulé par rapport à l'avant-projet. La décision doit contenir des indications sur l'affectation du montant de la réduction (par ex. versement de liquidités, compensation notamment avec une libération incomplète ou conversion en capitaux étrangers ou en réserves; art. 653j P-CO).

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 et constatations du conseil d'administration). Sa formulation est harmonisée avec celle des art. 652g et 653g sur l'augmentation de capital. Le conseil d'administration doit notamment constater que les pièces sur lesquelles se fonde la réduction de capital lui ont été présentées. Ces pièces doivent être jointes à l'acte authentique (al. 2).

Contrairement à l'avant-projet, l'art. 653o P-CO ne règle pas l'obligation du conseil d'administration de requérir l'inscription de la réduction au registre du commerce. Il ne s'agit pas d'une modification matérielle, car cette obligation découle de l'art. 647 P-CO. La règle prévoyant 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 a été biffée du projet. La règle prévoyant que l'attestation de vérification ne doit contenir aucune réserve découle de l'art. 653m P-CO. Quant à celle prévoyant que le registre du commerce ne doit inscrire la réduction que si les pièces nécessaires lui ont été présentées et que leur contenu répond aux exigences légales, elle est prévue à l'art. 28 ORC.

En vertu de l'al. 3, 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.

³¹³ Michel Heinzmann, *Die Herabsetzung des Aktienkapitals*, Zurich 2004, p. 218 ss.

³¹⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 11.

2.1.8 Formes particulières de la réduction du capital

Art. 653p Réduction du capital-actions en cas de bilan déficitaire

Le droit en vigueur autorise un assouplissement de la procédure de réduction du capital si elle vise à supprimer un excédent passif constaté au bilan (art. 735 CO)³¹⁵. Ce cas particulier de réduction de capital, qu'on appelle aussi réduction de capital déclarative ou nominale, sera régi par l'art. 653*p* P-CO. 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. 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 (actifs nets inférieurs au capital-actions dans la colonne des passifs)³¹⁶. S'il est possible de compenser la perte au bilan avec des réserves issues du capital ou du bénéfice (art. 674 P-CO), le bilan n'est pas réellement déficitaire, ce qui exclut tout recours à la réduction de capital au sens de l'art. 653*p* P-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. Les réserves latentes ne doivent être dissoutes 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 respecté³¹⁷. En cas de perte de capital (art. 725*a* P-CO), le conseil d'administration devra prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation. La réduction du capital-actions au sens de l'art. 653*p* P-CO jouera ici un rôle important. Si la situation financière de l'entreprise est pire au point de présenter un surendettement au sens de l'art. 725*b* P-CO, le conseil d'administration devra aviser le tribunal. La réduction du capital au sens de l'art. 653*p* P-CO peut aussi être utilisée pour assainir une société surendettée, mais ne sera pas suffisante. D'autres mesures devront nécessairement être prises.

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 (art. 653*k* P-CO) et aux constatations du conseil d'administration (art. 653*o* P-CO) ne s'appliquent pas.

Conformément à l'al. 2, l'assemblée générale décide de la réduction de capital déclarative sur la base du rapport de révision. Sa décision contient les indications prévues à l'art. 653*n* P-CO. Elle s'appuie sur le résultat du rapport fourni par l'expert-réviseur et prévoit les modifications à apporter aux statuts.

³¹⁵ «Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung», vol. 3, Zurich 2009, p. 61

³¹⁶ ATF 76 I 162 consid. 3, p. 166.

³¹⁷ Peter Böckli, «Schweizer Aktienrecht», 4^e 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^e éd., Bâle 2012.

Art. 653q Réduction et augmentation simultanées du capital-actions; principe

Le droit en vigueur prévoit déjà cette transaction sur le capital, appelée aussi «accordéon», qui consiste en une réduction du capital suivie immédiatement d'une augmentation du même montant entièrement libérée. Mais il ne la règlemente pas de manière systématique. L'art. 732, al. 1, CO en vigueur la mentionne comme mesure de substitution à la réduction de capital; 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. Le projet consacre à cette forme particulière de réduction du capital une disposition distincte, qui correspond sur le fond à la pratique en vigueur³¹⁸.

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 le montant nominal final n'est pas inférieur à celui de départ. Contrairement à ce qui est exigé aujourd'hui, le nouveau capital ne doit pas obligatoirement être libéré dans son intégralité. Il suffit que le montant du capital libéré ne soit pas réduit.. C'est ce qui ressort du nouvel art. 653q, al. 1, P-CO qui statue que les dispositions concernant la protection des créanciers, les comptes intermédiaires, 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 2007³¹⁹ manquait en revanche de précision, car les principes (art. 653j P-CO) et les dispositions relatives à la décision de l'assemblée générale (art. 653n P-CO) sont appliqués couramment dans la pratique, y compris en cas d'accordéon (art. 57, al. 1, ORC).

Si le capital final est moins élevé que celui de départ, il y a lieu d'appliquer les dispositions sur la réduction ordinaire (art. 653j ss P-CO). Si cette réduction vise un assainissement, l'art. 653p P-CO est applicable (logique présidant déjà à l'art. 58 ORC)³²⁰.

Conformément à l'al. 2, les dispositions régissant l'augmentation ordinaire du capital (art. 650 ss P-CO) doivent toujours s'appliquer par analogie.

L'al. 3 contient des dispositions spéciales concernant la modification des statuts. Aucune modification n'est nécessaire lorsque le montant du capital-actions, les apports effectués (taux de libération) et le nombre et la valeur nominale des actions restent inchangés.

L'avant-projet prévoyait dans la disposition sur l'accordéon que le conseil d'administration devait annoncer l'opération dans les six mois au registre du commerce (art. 653p, al. 4, AP-CO). Comme les dispositions et principes relatifs à la réduction ordinaire sont applicables, le délai de préemption de six mois pour l'annonce au registre du commerce vaut sans qu'il y ait besoin d'ajouter un renvoi ou de préciser la règle à l'art. 653q P-CO.

³¹⁸ Manfred Küng/Niklaus Schoch, avant art. 732 à 735 n° 41 ss, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4^e éd., Bâle 2012.

³¹⁹ Art. 653p, al. 2, projet 2007 (FF **2008** 1407, 1582)

³²⁰ Adrian Tagmann, art. 57 n° 8 ff., in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (éd.), *Handkommentar zur Handelsregisterverordnung (HRegV)*, Berne 2013.

Les mêmes règles valent pour le cas de figure inverse, l'augmentation du capital-actions puis sa réduction à son montant initial. Du point de vue du résultat, les deux situations sont comparables. Il paraît donc logique que les simplifications proposées à l'art. 653q P-CO puissent s'appliquer dans les deux cas.

Art. 653r Destruction des actions

Cette disposition exige la destruction des actions émises lorsque, à des fins d'assainissement, le capital-actions est simultanément réduit à zéro et augmenté à nouveau (al. 1). En contrepartie, les actionnaires ont un droit de souscription préférentiel qui ne peut pas leur être retiré (exclusion de l'actionariat avec option prévue par la loi de pouvoir le réintégrer³²¹) (al. 2). L'art. 732a CO prévoit une disposition identique. Cette disposition a été inscrite dans la loi suite à une controverse au sujet d'un arrêt du Tribunal fédéral³²² relatif à la révision du droit de la Sàrl³²³.

Si l'accordéon ne vise pas un assainissement, les actions ne peuvent être détruites qu'avec l'accord des actionnaires concernés. L'opération correspondrait sinon à une expropriation et serait contraire à l'art. 26 Cst. sur la garantie de la propriété³²⁴. En cas d'assainissement, cette atteinte paraît justifiée puisque la participation au capital-risque est déjà perdue et que les attentes en matière de dividendes et de parts sur le produit de liquidation sont réduites à néant.

2.1.9 Marge de fluctuation du capital

Art. 653s Marge de fluctuation du capital; autorisation

Le 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 (ch. 1.4.1.4)³²⁵. La marge de fluctuation du capital remplace l'augmentation autorisée du capital-actions (art. 651 ss CO).

Conformément à l'al. 3, les statuts pourront autoriser le conseil d'administration à augmenter et à réduire le capital-actions inscrit au registre du commerce entre deux valeurs limites. Les augmentations pourront être ordinaires ou autorisées. Les réductions (par destruction d'actions ou par réduction de leur valeur nominale) pourront viser un assainissement ou un autre but. Un accordéon est aussi envisageable. Comme c'est le cas aujourd'hui pour l'augmentation autorisée du capital, la décision de l'assemblée générale d'inscrire une marge de fluctuation dans les statuts doit être prise à la majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 5, P-CO).

³²¹ Reto Sanwald, *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH*, Zurich 2009, p. 301.

³²² ATF 121 III 420 ss.

³²³ Message droit de la Sàrl, p. 3030 s., Hans Bodmer/Marc Blumenfeld, art. 732a n° 6 s., in: Wibmer, Jeannette K. (éd.) *Aktienrecht Kommentar*, Zurich 2016.

³²⁴ Reto Sanwald, *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH*, Zurich 2009, p. 297 ss.

³²⁵ Hans Caspar von der Crone, *Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 1: Nennwertlose Aktien*, Zurich/Berne 2001, p. 19 ss.

Les statuts prévoient une valeur jusqu'à laquelle le conseil d'administration peut augmenter le capital-actions (limite supérieure) et une valeur au-dessous de laquelle le capital-actions ne pourra pas être réduit (limite inférieure), même en cas d'augmentation simultanée (accordéon). Le troisième paramètre est le capital-actions inscrit au registre du commerce. Selon l'al. 2, la limite supérieure ne peut pas dépasser le capital-actions inscrit au registre du commerce de plus de 50 % et la limite inférieure ne peut être plus basse que la moitié du capital-actions inscrit. Il convient en tout état de cause de respecter le capital minimal légal (art. 621 P-CO).

L'avant-projet recourait aux expressions «capital maximal» et «capital de base». Or, «capital de base» aurait pu évoquer le capital inscrit au registre du commerce et «capital minimal», autre appellation envisageable, aurait pu être confondu avec la notion définie à l'art. 621 P-CO. C'est pourquoi le projet recourt aux expressions «limite supérieure» et «limite inférieure».

La référence au capital-actions inscrit au registre du commerce reprend le principe du jour de référence déjà utilisé aujourd'hui pour le calcul des limites des augmentations autorisée et conditionnelle (art. 651 CO et 653a P-CO)³²⁶.

Les statuts peuvent poser de limites aux décisions que prendra le conseil d'administration (art. 653t, al. 1, ch. 3, P-CO): il ne lui sera par exemple possible que de réduire ou alors que d'augmenter le capital-actions. Si seule l'augmentation est possible, la marge de fluctuation équivaudra à l'augmentation autorisée du droit actuel. Si seule la réduction l'est, on aura affaire à réduction autorisée, laquelle n'est pas autorisée aujourd'hui.

Selon l'al. 4, les statuts ne peuvent autoriser le conseil d'administration à réduire le capital que si la société n'a pas renoncé au contrôle restreint (art. 727a, al. 2, P-CO). L'avant-projet soumettait à cette condition l'inscription d'une marge de fluctuation dans les statuts dans les cas où ceux-ci autorisaient le conseil d'administration uniquement à augmenter le capital ou aussi à le réduire. Le contrôle des comptes n'est nécessaire que si le conseil d'administration a l'autorisation de réduire le capital, ce pour des raisons de protection des créanciers. Or, si seule l'augmentation est possible, la marge équivaut à l'augmentation autorisée actuelle, laquelle est déjà possible aujourd'hui si la société a renoncé au contrôle restreint³²⁷.

L'al. 1 fixe la 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 consultation³²⁸, mais le Conseil des États s'était prononcé en faveur d'un délai de cinq ans³²⁹. Le projet, comme l'avant-projet, suit la décision du Conseil des États. La durée de validité de l'autorisation court à partir de la décision de l'assemblée générale.

L'art. 653s AP-CO contenait quatre autres alinéas sur la marge de fluctuation. Leur biffage du projet n'a pas d'incidences matérielles. Il permet d'éviter doublons et répétitions (l'obligation de la forme authentique, comme pour toutes les modifica-

³²⁶ Gaudenz G. Zindel/Peter Isler, art. 651 n° 6 ss, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 2 n° 87 s.

³²⁷ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 12.

³²⁸ Message droit de la SA 2007, p. 1471

³²⁹ BO 2009 E 646

tions des statuts, découle de l'art. 647 P-CO et l'autorisation d'augmenter le capital au moyen d'un capital conditionnel découle de l'art. 653*t*, al. 1, ch. 9, P-CO).

Les dispositions sur le capital de réserve de la LB sont réservées. Cette précision (art. 653, al. 4, AP-CO) a été biffée du projet, le droit spécial primant de toute façon les autres dispositions.

Art. 653t Bases statutaires

Cette disposition traite des bases statutaires imposées par une marge de fluctuation du capital. L'assemblée ne peut renoncer à la compétence de régler ces points, lesquels sont aujourd'hui définis à l'art. 651 CO, ni la transmettre.

Conformément à l'al. 1, l'assemblée générale doit se prononcer sur les limites supérieure et inférieure de la marge de fluctuation, la date d'expiration de l'autorisation, ainsi que les éventuelles restrictions, charges et conditions qui y sont attachées (ch. 1 à 3). D'autres points concernent les augmentations et correspondent aux dispositions statutaires à définir pour les augmentations ordinaire et conditionnelle (ch. 4 ss). La disposition s'éloigne volontairement de l'art. 651 CO quant aux apports en nature, aux compensations et au prix d'émission. Ces différences doivent donner une plus grande liberté d'action au conseil d'administration dans le cadre de la marge de fluctuation (seule l'assemblée générale peut la lui restreindre, comme le prévoit le ch. 3). D'autres modalités ne sont valables, elles aussi, que lorsqu'elles sont prévues 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.

Lorsque l'autorisation arrive à expiration, le conseil d'administration doit supprimer les dispositions statutaires relatives à la marge de fluctuation (al. 2).

Art. 653u et 653v Augmentation et réduction du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation du capital
Augmentation et réduction du capital-actions par l'assemblée générale

En vertu de l'art. 653*u*, al. 1, P-CO, le conseil d'administration peut augmenter et réduire le capital à sa guise, dans les limites de la loi et de l'autorisation de l'assemblée générale. Par exemple, si la limite supérieure a été fixée à 600 000 francs et la limite inférieure 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. La décision du conseil d'administration doit faire l'objet d'un acte authentique. Il n'est pas possible de renoncer à la forme authentique du fait que les dispositions

sur la marge de fluctuation dépassent inévitablement le contenu minimal légal des statuts. L'obligation d'annoncer la modification des statuts au registre du commerce découle de l'art. 647, al. 1, P-CO.

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 de capital sont 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 si l'assemblée générale ne s'est pas réservé le droit de décider de la forme de la libération (art. 653*t*, al. 1, ch. 3, P-CO).

Pendant la durée de validité de la marge de fluctuation du capital, l'assemblée générale peut aussi décider d'augmenter ou de réduire le capital-actions ou le capital-participation. La décision d'augmentation ou de réduction annule alors automatiquement, pour des questions de sécurité juridique, la décision instituant la marge de fluctuation. Les statuts doivent être adaptés en conséquence, selon l'art. 653*v* P-CO. L'assemblée générale peut toutefois aussitôt inscrire une nouvelle marge de fluctuation du capital dans les statuts après la décision d'augmentation ou de réduction ordinaire du capital. La décision d'instituer un nouveau capital conditionnel ou de modifier la monnaie du capital-actions ou du capital-participation rend aussi caduque la décision sur la marge de fluctuation.

Art. 653w Protection des créanciers

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. Celui-ci constate que les créances de tiers resteront entièrement couvertes après une éventuelle réduction du capital au niveau de la limite inférieure de la marge de fluctuation. L'inscription de la marge de fluctuation du capital au registre du commerce permettra toutefois aux futurs créanciers de savoir que le capital-actions peut être réduit jusqu'à la limite indiquée.

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 la limite inférieure n'est pas plus basse que le 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. 717 et 754 CO). Pour diminuer les risques liés à sa responsabilité, 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 la limite inférieure inscrite au registre du commerce y revêt la même fonction de valeur limite que le capital-actions dans le droit en vigueur. Pour les créanciers, le chiffre de référence est donc la limite inférieure

Contrairement au projet de 2007³³⁰, le projet, comme déjà 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 oblige par contre les sociétés ayant institué une marge de fluctuation du capital à soumettre leurs comptes annuels à un contrôle ordinaire ou restreint (art. 653s, al. 4, et 727a, al. 2, P-CO). Ces sociétés ne sont donc plus en mesure de renoncer au contrôle restreint des comptes annuels. 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 les créances de tiers 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.

Si la marge de fluctuation inscrite dans les statuts ne prévoit que la possibilité d'une augmentation (ce qui équivaut à l'augmentation autorisée actuelle), la société peut continuer de renoncer au contrôle restreint. L'avant-projet était plus strict en la manière, ce qui a fait l'objet de critiques lors de la consultation³³¹.

L'art. 653x AP-CO, qui prévoyait certaines règles pour les sociétés ayant institué une marge de fluctuation, a été déplacé dans le droit comptable (art. 959c, al. 2, ch. 15, P-CO) pour des raisons de systématique, sans que cela n'ait d'incidences matérielles.

2.1.10 Bons de participation

Art. 656a, al. 1 et 4

Étant donné que le nouvel art. 621, al. 2, autorise à fixer 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 être fixé dans la même monnaie, afin d'éviter que les différentes parties du capital propre ne soient dans des monnaies différentes. Cela risquerait en effet de créer des difficultés pour le calcul du montant maximal du capital-participation (art. 656b, al. 1, P-CO) et pour les cas où le capital-participation s'ajoute au capital-actions (art. 656b, al. 3, P-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 (ch. 1) ou postérieure à la constitution de la société, ce qui correspond au principe actuelle-

³³⁰ Art. 653x projet 2007 (message droit de la SA 2007, p. 1474 et 1585)

³³¹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 12

ment en vigueur (art. 656b, al. 5, CO). Le capital-participation peut être créé après constitution de la société par le biais non seulement d'une augmentation ordinaire (ch. 2), mais aussi d'une augmentation au moyen d'un capital conditionnel (ch. 3) ou dans le cadre d'une marge de fluctuation du capital (ch. 4).

La transformation des bons de participation en actions est régie par l'art. 704, al. 1, ch. 6, P-CO (décision de l'assemblée générale à la majorité qualifiée), et celle des actions en bons de participation par l'art. 704b P-CO (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 de se défaire de ses bons de 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 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. 656b, al. 1, CO) est maintenu pour les titres non cotés.

Le projet précise qu'il s'agit du double du capital-actions *inscrit au registre du commerce*, sans que cela n'entraîne de modification matérielle. Le principe du jour de référence³³² est simplement souligné, à savoir que l'on se réfère au capital inscrit au registre du commerce au moment en question et que l'opération n'empêche pas la société de procéder plus tard à une réduction de capital (art. 653a, al. 1, et 653s, al. 2, P-CO).

La nouvelle version de l'art. 656b 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 P-CO, 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 minimal ne sont pas applicables (art. 621, al. 1, P-CO).

³³² Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 5 n 42.

L'al. 3 précise les circonstances dans lesquelles le capital-participation s'ajoute au capital-actions, par exemple pour constituer conformément au ch. 1 la réserve légale issue du bénéfice (art. 672, P-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 examen spécial (art. 697*d* et 656*c*, al. 3, P-CO), de l'action en dissolution (art. 736 P-CO) et le calcul du seuil défini à l'art. 697*j* CO (obligation d'annoncer de l'ayant droit économique). L'inconvénient, c'est que les personnes qui participent au capital de l'entreprise à des titres différents ne peuvent plus se regrouper pour demander l'institution d'un examen spécial. Le calcul séparé des seuils garantit cependant aux actionnaires de pouvoir exiger un examen spécial même si le capital-actions est relativement limité par rapport au capital-participation. Par ailleurs, le droit de demander un examen spécial et l'introduction d'une action en dissolution 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 (art. 699 s. P-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, et 656d, titre marginal et al. 2

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

L'art. 656*d*, al. 2, P-CO correspond à l'art. 702, al. 4, P-CO: les participants et actionnaires jouissent du même droit de consulter les procès-verbaux de l'assemblée générale. Cette règle se justifie, car les décisions de l'assemblée générale peuvent avoir des conséquences sur la situation économique et juridique des participants.

Art. 657, titre marginal

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

2.1.11 Acquisition par la société de ses propres actions

Art. 659 Acquisition par la société de ses propres actions; conditions et limitations

Les al. 1 et 2 règlent 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 inscrit au registre du commerce.

Contrairement à l'avant-projet, le projet ne mentionne plus explicitement le prix d'émission à l'al. 1. Des participants à la consultation ont avancé que le choix laissé entre la valeur d'acquisition et le prix d'émission aurait pu générer des malentendus³³³. Cette critique a été prise en compte. Le biffage du prix d'émission n'a aucune conséquence matérielle. La société peut acquérir ses propres actions lors d'une augmentation. La valeur d'acquisition est alors égale au prix d'émission.

L'al. 3, 1^{re} phrase, étend à l'action en dissolution (art. 736, al. 1, ch. 4, P-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 au rachat de ses propres actions. Cela facilite aussi la sortie des actionnaires minoritaires dans les SA privées. La société aliène ou détruit par réduction du capital, dans un délai de deux ans, les actions acquises au-delà du seuil de 10 % du capital-actions.

L'augmentation des valeurs seuils des al. 2 et 3 demandée par certains participants à la consultation³³⁴ a été rejetée. Le risque d'abus serait trop élevé et les conséquences économiques pour la société trop importantes (opérations de soutien du cours ou de prix sur le marché, réduction du flux de trésorerie, moins de ressources pour les investissements, contournement des dispositions sur la liquidation, etc.)³³⁵.

Art. 659a Conséquences de l'acquisition

Selon l'al. 1, si la société acquiert ses propres actions, le droit de vote lié à ces actions et les droits qui lui sont attachés sont suspendus.

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 (art. 14 de l'ordonnance de la FINMA du 25 octobre 2008 sur les bourses). Pour des questions de sécurité juridique et de praticabilité, les motivations qui fondent la transaction sont sans objet.

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 aujourd'hui déjà par l'art. 959a, al. 2,

³³³ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 13.

³³⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 13.

³³⁵ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 4 n° 195 ss.

ch. 3, let. e, CO. Par l'al. 4, on inscrit dans la loi la cohérence déjà établie dans la pratique entre le droit de la SA et le droit comptable³³⁶.

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 (art. 659 et 659a P-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 (art. 963 CO), 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. Rien ne change matériellement par rapport au droit actuel.

L'al. 1 est adapté aux nouvelles dispositions relatives aux comptes consolidés (art. 963, al. 1 et 2, CO). Des participants à la consultation ont critiqué l'al. 2 de l'avant-projet, car ils estimaient que la création d'une réserve en droit actuel est suffisante pour prévenir les cas de redistribution abusive et doutaient qu'il soit possible de mettre en œuvre la mesure proposée³³⁷. Ces critiques ont été prises en compte et le système actuel maintenu³³⁸: la société contrôlante doit créer une réserve issue du bénéfice séparée d'un montant correspondant à la valeur d'acquisition de ces actions.

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

Art. 663b^{bis}, 663c et 670

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 comptable³³⁹.

L'art. 663b^{bis} 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 (art. 13 ss ORAb).

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 librement accessibles en raison de l'obligation de déclarer de l'art. 120 LIMF. Les informations de l'al. 3 relatives aux droits de participation et aux options sur ces droits doivent figurer dans le rapport de rémunération (art. 734d P-CO).

³³⁶ Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, tome «Buchführung und Rechnungslegung», Zurich 2014, p. 243.

³³⁷ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 13

³³⁸ Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, tome «Buchführung und Rechnungslegung», Zurich 2014, p. 243.

³³⁹ RO 2012 6679

Contrairement au projet de 2007³⁴⁰, l'avant-projet maintient l'art. 670 CO sur le fond, mais en l'intégrant aux dispositions remaniées du droit de la SA sur l'assainissement (art. 725c P-CO). Aussi est-il abrogé formellement ici.

2.1.13 Réserves

Art. 671 Réserves; réserve légale issue du capital

Le projet s'appuie largement sur les propositions du projet de 2007³⁴¹. L'objectif des modifications est toujours de simplifier le droit actuel et de l'adapter aux usages internationaux. Une distinction est établie entre les réserves issues du capital et celles issues du bénéfice. Cette distinction correspond au nouveau droit comptable, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013 (art. 959a, al. 2, ch. 3, let. b à d, CO).

La réserve légale issue du capital visée à l'art. 671 représente des fonds qui ont été fournis 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, d'autres apports et 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 agios prévus 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). À 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.

L'al. 2 a été beaucoup simplifié par rapport à l'avant-projet:

- la possibilité de compenser les pertes avec la réserve légale issue du capital est déjà prévue à l'art. 674, al. 1, ch. 4, P-CO. Elle n'a pas besoin d'être répétée,

³⁴⁰ Message droit de la SA 2007, p. 1477

³⁴¹ Message droit de la SA 2007, p. 1477 s.

- il a été biffé l'indication que la réserve légale issue du capital peut être utilisée pour des mesures permettant à l'entreprise de poursuivre ses activités malgré la mauvaise marche des affaires, et pour la lutte contre le chômage et l'atténuation de ses conséquences (aujourd'hui à l'art. 671, al. 3, CO). Le sens de cette disposition n'a jamais été très clair, car toute utilisation de moyens dans l'intérêt de la société est une mesure visant à remédier à la mauvaise marche des affaires et à ses conséquences, comme le chômage. On suppose même que le législateur était parti du principe erroné que les réserves n'étaient pas des valeurs purement comptables, mais des actifs constitués dans un but précis³⁴². Il existe en outre une marge de manœuvre importante sur la base du nouveau droit comptable en matière de provisions, d'amortissements et de corrections de valeurs visant à assurer la prospérité de l'entreprise à long terme (art. 960a, al. 4, et 960e, al. 3, ch. 4, CO);
- il convient en revanche de préciser clairement à quelles conditions la réserve légale issue du capital peut être remboursée aux actionnaires. Tel est le cas lorsque les réserves légales issues du capital et du bénéfice (art. 671, al. 1, et 672, al. 1, P-CO) dépassent la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce. Dans ce calcul, conformément à l'al. 4, les réserves particulières issues du bénéfice résultant de réévaluations (art. 725c P-CO) ou d'actions propres dans le groupe (art. 659b P-CO) ne doivent pas être prises en considération. Cette solution libérale de remboursement aux actionnaires correspond à la décision prise par le Conseil des États dans le cadre de la discussion de l'art. 671 du projet de 2007³⁴³, de même qu'à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral (2014)³⁴⁴.

L'al. 3 prévoit un seuil plus bas, de 20 %, à partir duquel les sociétés holding peuvent rembourser la réserve légale issue du capital aux actionnaires, ce qui correspond à l'actuel art. 671, al. 3, CO et à la pratique dominante³⁴⁵.

A ce sujet, voir aussi l'art. 677a P-CO (remboursements interdits en cas de report de pertes).

Art. 671a et 671b

L'actuel art. 671a CO (réserve pour actions propres) est abrogé car la manière de présenter les actions propres est désormais régie par le nouveau droit comptable (art. 959a, al. 2, ch. 3, let. e, CO et 659a, al. 4, P-CO). L'obligation de constituer une réserve légale issue du bénéfice pour les actions propres détenues par des sociétés contrôlées directement ou indirectement est inscrite à l'art. 659b, al. 2, P-CO.

L'actuel art. 671b CO, relatif à la réserve de réévaluation, est abrogé et, tout comme l'art. 670 CO, transféré dans les dispositions sur l'assainissement. Son fond reste identique (art. 725c P-CO).

³⁴² Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 50 n° 28.

³⁴³ BO 2009 E 647 ss

³⁴⁴ ATF 140 533 consid. 6.2.2, p. 547 s.

³⁴⁵ Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, tome «Buchführung und Rechnungslegung», Zurich 2014, p. 237

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, P-CO) et de réserves facultatives (art. 673, P-CO).

En vertu de l'art. 672, al. 1, 1^{re} phrase, P-CO, la société doit affecter 5 % du bénéfice de l'exercice (art. 959b, al. 2, ch. 11, et al. 3, ch. 8, P-CO) à la réserve légale issue du bénéfice. La 2^e phrase prévoit qu'un éventuel report de pertes doit être éliminé 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 (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 (art. 656b, al. 3, ch. 1, P-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. 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 (art. 671, al. 2 et 3, P-CO).

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. 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 (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 importante en ce qui concerne les amortissements, les corrections de valeur et les provisions pour assurer leur prospérité à long terme (art 960a, al. 4, et 960e, al. 4, CO).

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 (art. 674, P-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 importance³⁴⁶.

Art. 674 Compensation des pertes

Selon l'al. 1, les pertes annuelles 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 annuelles 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.

La compensation vise à appliquer le principe comptable de clarté et d'intelligibilité (art. 958c, al. 1, ch. 1, CO). Le bilan d'ouverture d'un nouvel exercice ne doit par exemple pas présenter à la fois et une perte annuelle et un report de bénéfice.

Art. 675, al. 3

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 (art. 672 et 673 P-CO). Cette précision n'apporte aucune nouveauté matérielle.

2.1.14 Dividendes intermédiaires

Art. 675a Dividendes intermédiaires

676, titre marginal, et 677, titre marginal

Le droit de la SA ne prévoit rien en matière de dividendes intermédiaires (appelés aussi dividendes intérimaires). Dans la pratique, on relève une nécessité de plus en

³⁴⁶ Markus R. Neuhaus/Patrick Balkanyi, «Art. 674 n° 20, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), «Basler Kommentar Obligationenrecht II», 4^e éd., Bâle 2012.

plus pressante de pouvoir verser de tels 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 ? Et, si oui, de quelle manière³⁴⁷ ? La réduction de capital échelonnée, procédé plus sûr juridiquement, est parfois employée pour parvenir au même résultat³⁴⁸. Le projet vise à créer une base légale claire sur la question des dividendes intermédiaires. Cet objectif a été largement approuvé lors de la consultation³⁴⁹.

Conformément à l'art. 675a, al. 1, ch. 1, P-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 de comptes intermédiaires (art. 960f P-CO). Contrairement à l'avant-projet, le projet renonce à régler pendant combien de temps les comptes intermédiaires sont valables pour l'opération. La distribution de dividendes intermédiaires nécessite l'établissement de comptes intermédiaires, notamment pour des raisons de protection des créanciers, car la distribution de tels dividendes pourrait permettre de soustraire des liquidités à une entreprise économiquement en difficulté. Les comptes intermédiaires, actuels et fiables, donnent au conseil d'administration les informations nécessaires pour se faire une idée de la santé de la société et apprécier si la distribution de dividendes intermédiaires demandée par l'assemblée générale est compatible avec son devoir de diligence quant au maintien d'une capitalisation et de liquidités suffisantes (art. 717 CO et 725 P-CO).

Avant que l'assemblée générale décide de verser un dividende intermédiaire, l'organe de révision doit vérifier les comptes intermédiaires (al. 2). Ceux-ci doivent être établis conformément à l'art. 960f P-CO et peuvent dès lors être simplifiés et abrégés.

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 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, P-CO.

La réglementation des dividendes intermédiaires n'empêche pas les actionnaires de décider, en s'appuyant sur les comptes annuels approuvés, 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 d'exercices clos. La distribution d'un dividende extraordinaire prélevé sur les fonds propres utilisables de comptes annuels approuvés et décidé par les

³⁴⁷ Reto Eberle/Daniel Lengauer, art. 728a n° 170, nbp 282, in: Handschin, Lukas (éd.), Die Aktiengesellschaft, Die Revisionsstelle, art. 727 à 731a CO, Zurich 2016; Rico A. Campionovo/Hans Moser, «Interimsdividende soll in der Schweiz möglich werden», L'Expert-comptable suisse 1-2/2010, p. 48.

³⁴⁸ Rino Siffert/Florian Zihler, Herabsetzung des Aktienkapitals unter besonderer Berücksichtigung der gestaffelten Kapitalherabsetzung, Jusletter du 29 juin 2009, p. 7 ss.

³⁴⁹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 15.

actionnaires après l'assemblée générale ordinaire ne correspond donc pas à un dividende intermédiaire³⁵⁰.

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.

2.1.15 Remboursements interdits

Art. 677a Remboursements interdits

Ce nouvel article statue que le remboursement des réserves légales issues du capital et du bénéfice (art. 671 s. P-CO) de même que de la réduction ordinaire du capital (art. 653j ss P-CO) n'est pas autorisé tant que la société présente un report de perte (art. 959a, al. 2, ch. 3, let. f, P-CO). L'avant-projet recourait à la notion de perte au bilan (perte d'exercice plus éventuelles pertes reportées). Cette tournure est inutile puisque l'art. 674 prévoit que les pertes annuelles doivent être compensées (al. 1) ou reportées (al. 2).

L'art. 677a P-CO n'interdit pas à la société de reporter des pertes au sens de l'art. 674, al. 2, P-CO 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 un report de perte et risque d'être confrontée à des problèmes économiques. Le but est de prévenir les fausses incitations économiques, tant pour protéger les créanciers et les actionnaires minoritaires que pour assurer la prospérité à long terme de l'entreprise. Le droit en vigueur prévoit déjà que les dividendes ne peuvent être prélevés que sur le bénéfice résultant du bilan et sur les réserves constituées à cet effet (art. 675, al. 2, CO). Les réserves doivent être supérieures à une éventuelle perte au bilan³⁵¹. L'art. 677a P-CO apporte ici aussi plus de cohérence étant donné que le remboursement de réserves légales issues du capital joue dans la pratique en partie le rôle d'une distribution de dividendes (art. 20, al. 4, P-LIFD)

Restent toutefois autorisées la réduction et l'augmentation simultanées du capital-actions à concurrence d'un montant au moins équivalent (accordéon, art. 653q s. P-CO) et la réduction de capital en cas de bilan déficitaire (art. 653p P-CO), puisqu'elles n'entraînent aucune sortie de fonds au final. 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.

³⁵⁰ Reto Eberle/Daniel Lengauer, art. 728a n° 170, nbp 282, in: Handschin, Lukas (éd.), Die Aktiengesellschaft, Die Revisionsstelle, art. 727 à 731a CO, Zurich 2016.

³⁵¹ Peter Kurer/Christian Kurer, art. 675 n° 23, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

2.1.16 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 d'annuler des transferts d'actifs sociaux injustifiés, notamment de liquidités. L'art. 678 P-CO, ayant une visée préventive et répressive, protège les droits de propriété des actionnaires et les intérêts des créanciers.

L'al. 1 cite aussi 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^{352, 353}. 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 (art. 671, 672 et 677a P-CO) de même que sur le versement injustifié d'indemnités interdites ou soumises à des conditions particulières (art. 735a et 735c s. P-CO).

Conformément à l'al. 2, 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 aussi en droit d'exiger la restitution de cette contre-prestation. Il faut souligner, en relation avec la suppression des dispositions sur la reprise de biens (effective ou envisagée, voir ch. 1.4.1.3), que la reprise, au détriment de la société, de biens des personnes mentionnées à des conditions manifestement non conformes à celles du marché reste interdite. Le droit à restitution ne porte toutefois 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 contenu dans l'al. 2 en vigueur, jugé contraire au bon sens par la doctrine dominante, et précisant qu'il doit y avoir disproportion évidente avec la situation économique de l'entreprise est abandonné. Les devoirs de diligence et de fidélité et la règle selon laquelle les actionnaires doivent être traités de manière égale valent en

³⁵² En ce qui concerne la notion de conseil consultatif, voir le commentaire des art. 734a à 734c.

³⁵³ Comme le faisait déjà le message droit de la SA 2008, p. 281, et le rapport I contreprojet indirect 2010, p. 7528.

permanence pour le conseil d'administration, que les affaires de la société se portent mal ou bien³⁵⁴. 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 disproportion³⁵⁵.

On a renoncé à remplacer «manifeste» par «important» à l'al. 2. Bien qu'elle ne soit peut-être pas très précise, la notion de «manifeste» est bien établie dans la jurisprudence. Il doit simplement y avoir un déséquilibre entre la prestation et la contre-prestation, qui soit à même de justifier une action en restitution³⁵⁶. La disproportion ne doit pas pour autant sauter aux yeux³⁵⁷. En effet, en présence de systèmes de rémunérations complexes ou d'avoir difficiles à évaluer, la disproportion n'est pas toujours évidente.

L'al. 3, dans l'avant-projet, prévoyait que l'obligation de restituer s'éteignait si le bénéficiaire de la prestation prouvait qu'il l'avait reçue de bonne foi et qu'il n'était plus enrichi lors de la répétition de l'indu³⁵⁸. Lors de la consultation, cette règle contraire à la présomption de la bonne foi (art. 3, al. 1, CC) a été clairement rejetée³⁵⁹. C'est pourquoi le projet renonce à l'inversion du fardeau de la preuve. Le critère de la mauvaise foi du bénéficiaire (art. 678, al. 1, CO) est, comme dans l'avant-projet, supprimé, car la mauvaise foi, subjective et relevant du for intérieur, peut très difficilement être prouvée et l'on ne saurait justifier une exception aux dispositions générales sur l'enrichissement illégitime (art. 62 CO). Pour l'étendue de la restitution, on renverra, comme le faisait le projet de 2007³⁶⁰, à ces dispositions générales (art. 64 CO): la restitution au sens des al. 1 et 2 de l'art. 678 P-CO ne peut être exigée si le bénéficiaire établit qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition, à moins qu'il ne se soit dessaisi de mauvaise foi de ce qu'il a reçu ou qu'il n'ait dû savoir, en se dessaisissant, qu'il pouvait être tenu à restituer. Ce renvoi a l'avantage de porter sur une disposition en vigueur, et donc appliquée, depuis longtemps.

Selon l'al. 4, le droit à la restitution appartient à la société et à l'actionnaire, comme en droit actuel (art. 678, al. 3, CO). L'alinéa prévoit en outre, à présent, que ce droit appartient aussi au créancier, lequel agit en paiement à la société. La disposition du projet de 2008, qui accordait au créancier un droit de contestation générale³⁶¹, a été rejetée par le Conseil des États en 2009³⁶². Un compromis a dès lors été trouvé dans

³⁵⁴ Roger Dürr, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Zurich 2005, § 6 n° 12; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 12 n° 556; Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 50 n° 121.

³⁵⁵ Dans le même sens: rapport droit de la SA 2008, p. 281, et rapport I contreprojet indirect 2010, p. 7528 s.

³⁵⁶ Christoph B. Bühler, Aktionärskontrolle auf der Führungsebene: Klagemöglichkeiten bei mangelhaften Verwaltungsratsbeschlüssen, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S. (éd.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Berne 2015, p. 68.

³⁵⁷ Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemontet, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zurich 2004, p. 183.

³⁵⁸ Rapport droit de la SA 2014, p. 100 s.

³⁵⁹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 27.

³⁶⁰ Message droit de la SA 2007, p. 1483.

³⁶¹ Message droit de la SA 2008, p. 282.

³⁶² BO 2009 E 650 ss. et procès-verbal de la CAJ-E des 26 et 27 janvier 2009, p. 48, mais sans débats approfondis sur la matière dans les deux cas.

le projet: un créancier ne peut agir que si les prestations au sens des al. 1 et 2 ont été accordées au sein d'un groupe. En effet, il convient de protéger les intérêts des créanciers avant l'ouverture d'une éventuelle faillite, par exemple lorsque des liquidités sont transférées d'une filiale à la société mère. Il existe des cas où il n'y a pas d'autres actionnaires que ceux de la société mère. Avant l'ouverture d'une faillite, aucune personne physique ou morale externe à la société et suffisamment indépendante ne se soucierait donc de constater les prestations indues au sein du groupe. Ce droit d'action limité en faveur des créanciers aura aussi une fonction préventive.

L'al. 5 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 en paiement à la société sans risquer de devoir assumer directement 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 faire valoir leur droit d'être renseignés et requérir l'institution d'un examen spécial (art. 697 ss P-CO).

Art. 678a Prescription

La prescription du droit à la restitution (art. 678 P-CO) est désormais réglée dans un art. 678a distinct.

Conformément au but recherché lors de la révision du droit de la prescription, le projet remplace le délai de prescription de cinq ans par un double délai (un délai relatif court et un délai absolu plus long). Cela correspond à la réglementation de l'art. 67 CO qui traite de la prescription de l'action pour cause d'enrichissement illégitime et qui a fait ses preuves. Rien ne justifierait de s'en éloigner. Le but de la révision du droit de la prescription est ainsi atteint: harmoniser et simplifier les délais dans l'intérêt de la sécurité du droit³⁶³.

Plusieurs participants à la consultation ont avancé que l'avant-projet rallongeait le délai de manière disproportionnée, en le faisant passer de 5 à 10 ans³⁶⁴. Il faut néanmoins prendre en considération le fait le délai relatif de trois ans est plus court que le délai actuel. Le projet s'éloigne en outre beaucoup du projet de 2005 de révision du droit de la SA et du droit comptable, qui prévoyait un délai unique de 10 ans³⁶⁵. Dans l'ensemble, la sécurité du droit est améliorée pour toutes les parties.

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 (art. 697d ss P-CO).

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

³⁶³ Message droit de la prescription, p. 229

³⁶⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 27 s.

³⁶⁵ Rapport avant-projet droit de la SA 2005, p. 65.

la notification du jugement. Ici aussi, le projet reprend la réglementation prévue dans le cadre de la révision du droit de la prescription³⁶⁶.

Art. 679, titre marginal

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

Art. 682, al. 1, 1^{re} phrase

L'obligation de publier trois fois les appels de versements n'a plus lieu d'être aujourd'hui. Une seule publication suffit (voir aussi art. 653k P-CO). Le reste de la disposition n'est pas modifié.

2.1.17 Restrictions à la transmissibilité des actions nominatives cotées en bourse

Art. 685d, al. 2

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^{re} 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 n'a pas déclaré 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 le respect du principe de l'égalité de traitement entre les actionnaires, 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, P-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), le projet ne prévoit aucune nouvelle sanction en droit de la SA lorsque l'acquéreur fait une fausse déclaration.

L'art. 685d, al 2, 2^e phrase, précise désormais que la société ne peut pas refuser l'inscription comme actionnaire au registre des actions au seul motif que la demande

³⁶⁶ Message droit de la prescription, p. 239 ss

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 la procédure, en particulier pour les acquéreurs domiciliés à l'étranger ou les banques dépositaires étrangères. Cette disposition crée une incitation supplémentaire à se faire inscrire comme actionnaire au registre des actions et à participer activement à l'assemblée générale, le cas échéant. Des systèmes de demande de reconnaissance électronique existent déjà aujourd'hui³⁶⁷.

2.1.18 Représentation à l'assemblée générale

Art. 689, al. 2

L'art. 689, al. 2 est superflu et peut être abrogé. La représentation de l'actionnaire est réglée en détail aux art. 689b ss P-CO.

Art. 689a, al. 2 à 4

L'al. 2, 2^e 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^{re} 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. Les pouvoirs écrits peuvent figurer dans les conditions générales³⁶⁸. 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^{bis}, 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.

³⁶⁷ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 25

³⁶⁸ Hans-peter Schaad, art. 689b n° 21, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), *Bäslar Kommentar Obligationenrecht II*, 4^e éd., Bâle 2012.

Art. 689b Représentation de l'actionnaire; en général

Les modalités de la représentation pour l'exercice des droits sociaux réglées à l'art. 689b valent en principe pour toutes les sociétés.

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, 1^{re} phrase, la possibilité de la représentation par un membre d'un organe de la société (art. 689c CO) est abrogée pour toutes les sociétés. La représentation institutionnelle par le conseil d'administration est inconciliable avec une gouvernance d'entreprises moderne en raison du principe de parité (répartition légale des compétences entre l'assemblée générale et le conseil d'administration), des risques de partialité et des possibilités limitées pour les actionnaires de vérifier que les droits ont été exercés. Pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, cette interdiction résulte aujourd'hui de l'art. 11 ORAb, qui met en œuvre l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. L'actuel al. 2 est désormais contenu dans l'art. 689a, al. 3, P-CO.

Selon l'al. 2, 2^e phrase, la représentation par un dépositaire (art. 689d CO) est en outre interdite dans les sociétés cotées. Cette règle correspond à l'art. 11 ORAb, et donc à l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. Contrairement à ce que préoyaient le projet de 2007³⁶⁹ et l'art. 689b, al. 2, AP-CO critiqué lors de la consultation³⁷⁰, les sociétés non cotées ne sont pas soumises à cette interdiction (art. 689e P-CO). Elles doivent pouvoir bénéficier d'une certaine flexibilité (pour les éventuelles limites statutaires, voir art. 689d P-CO).

Conformément à l'al. 3, 1^{re} phrase, le représentant indépendant est tenu d'exercer les droits sociaux conformément aux instructions qu'il a reçues (art. 398 CO). À défaut d'instructions, il doit s'abstenir, conformément à l'al. 3, 2^e phrase. Cette réglementation correspond à l'art. 10 ORAb.

L'al. 3, 3^e phrase, prévoit que le conseil d'administration établit les formulaires pour l'attribution des pouvoirs et instructions à un représentant indépendant, ce qui est cohérent puisque le conseil d'administration est responsable de la convocation et du déroulement de l'assemblée générale. Cette règle permet de trancher une question en partie controversée dans la pratique³⁷¹.

Conformément à l'al. 4, l'indépendance du représentant indépendant s'apprécie selon les mêmes critères que l'indépendance de l'organe de révision lors du contrôle ordinaire (art. 728, al. 2 à 6, CO). Cette réglementation, qui correspond à l'art. 8, al. 3, ORAb, semble avoir fait ses preuves.

L'al. 5, prévoit que le représentant indépendant peut être une personne physique ou morale ou une société de personnes, ce qui correspond à l'art. 8, al. 2, ORAb.

³⁶⁹ Message droit de la SA 2007, p. 1431 s.

³⁷⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 16.

³⁷¹ Alexander Nikitine, Der unabhängige Stimmrechtsvertreter in der Verordnung gegen übermäßige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften («VegüV»): Überblick – herausgegriffene Fragen – Lösungsansätze, RSDA 5/2013, p. 357 s.

Art. 689c Représentant indépendant dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse

L'art. 689c règle la représentation indépendante dans les sociétés cotées et correspond aux art. 8 et 9 ORAb, qui mettent en œuvre l'art. 95, al. 3, let. a, Cst.

Conformément à l'al. 1, 1^{re} phrase, dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, l'élection du représentant indépendant est une compétence intransmissible de l'assemblée générale (art. 698, al. 3, ch. 3, P-CO). L'al. 1, 2^e phrase, prévoit que cette élection vaut pour la période allant jusqu'à la fin de l'assemblée générale ordinaire 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, conformément à l'al. 1, 3^e phrase.

La possibilité permanente de destituer le représentant indépendant (art. 705 P-CO) 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. 2 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 équivaudrait à une révocation anticipée.

Si la société n'a plus de représentant indépendant, l'al. 3, 1^{re} phrase, oblige le conseil d'administration à en désigner un pour l'assemblée générale suivante, à titre exceptionnel. Le cas peut se présenter lorsque le représentant indépendant démissionne 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 (al. 3, 2^e phrase).

Conformément à l'al. 4, le conseil d'administration doit s'assurer que les actionnaires ont notamment 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 (ch. 2). Les actionnaires doivent avoir la possibilité de rejeter ou d'approuver les nouveaux objets et propositions, ou de s'abstenir. Une simple 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. La distinction entre les propositions non annoncées du conseil d'administration et celles d'autres actionnaires ayant été jugées difficiles à établir dans la pratique par certains participants à la consultation³⁷², cette précision a été biffée du ch. 2 de l'avant-projet.

³⁷² Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 16

L'al. 4 contient des prescriptions contraignantes relatives au contenu des formulaires pour l'attribution des pouvoirs et instructions au représentant indépendant. Il n'interdit pas au conseil d'administration d'autoriser les actionnaires *aussi* à donner des instructions générales passives. Le conseil d'administration peut ainsi prévoir dans le formulaire que les actionnaires votent conformément à ses propositions lorsqu'ils ont renvoyé le formulaire signé au représentant indépendant sans lui donner d'instructions précises ou générales. On considère que l'actionnaire a donné des instructions (l'art. 689b, al. 3, 2^e phrase, P-CO ne s'applique dès lors pas). Cette pratique n'est pas contraire à l'art. 95, al. 3, Cst., car l'actionnaire a la possibilité de donner des instructions claires au sens de l'al. 4, ch. 1 et 2, mais décide de ne pas l'utiliser. Dans la pratique, elle est d'ailleurs déjà considérée comme compatible avec l'application de l'ORAb³⁷³.

L'al. 5, 1^{re} 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. 5, 2^e phrase, met en œuvre ce principe constitutionnel relatif du vote indirect (au sujet du vote direct non obligatoire, voir art. 701c P-CO). Les actionnaires ont désormais la possibilité d'octroyer également par la voie électronique des pouvoirs et des instructions au représentant indépendant. 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 moyennes et d'un équipement informatique usuel doivent pouvoir utiliser les médias électroniques (ch. 2.1.27).

Art. 689d Représentant indépendant 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 participation de personnes à qui, en vertu des statuts, les actions ne peuvent être cédées. Les statuts ne peuvent toutefois pas limiter la participation de représentants légaux, comme des curateurs de représentation ou de coopération ou un organe de personne morale habilité par la loi³⁷⁴.

Si les statuts contiennent une telle disposition, le conseil d'administration est toutefois tenu, en vertu de l'al. 2, 1^{re} 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

³⁷³ Alexander Nikitine, art. 9 n° 32 ss, in: Watter, Rolf/Vogt, Hans-Ueli (éd.), Basler Kommentar Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Bâle 2015.

³⁷⁴ S. Hans-peter Schaad, Art. 689 N 41, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

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 ou avec qui ils sont en conflit. Selon l'al. 2, 2^e phrase, les statuts déterminent dans quel délai l'actionnaire peut requérir la désignation d'un représentant indépendant (par ex. dans les deux mois qui suivent la fin de l'exercice). Si la demande de recourir à un représentant indépendant est restreinte ou impossible, le recours contre les décisions de l'assemblée générale concernée est ouvert.

Conformément à l'al. 3, 1^{re} phrase, 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 ne remplit pas cette obligation, l'al. 3, 2^e phrase, prévoit que l'actionnaire peut se faire représenter par un tiers de son choix.

La représentation indépendante est soumise aux dispositions générales de l'art. 689b, al. 3 à 5, P-CO. L'al. 4 précise que l'art. 689c, al. 4, ch. 1 et 2, P-CO, relatif à la représentation dans les sociétés cotées, est applicable.

Le vote indirect électronique (art. 689c, al. 5, 2^e phrase, P-CO) n'est donc pas obligatoire. Contrairement aux actionnaires de sociétés cotées (art. 689c, al. 5, 1^{re} phrase, P-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.

Il est justifié d'exiger une base statutaire pour limiter si fortement les choix possibles en matière de représentation et pour octroyer aux actionnaires le droit d'exiger du conseil d'administration qu'il désigne un représentant indépendant. Ces deux aspects ne devraient pas entraîner des charges excessives pour la société. Les statuts devant être publiés au registre du commerce (art. 10, 1^{re} phrase, ORC), il existe une certaine transparence. De plus, toute limitation en matière de représentation doit passer par une décision que l'assemblée générale pourra prendre librement.

Art. 689e Représentant dépositaire dans les sociétés dont les actions
ne sont pas cotées en bourse

Pour exercer les droits de vote liés aux actions qu'il a reçues en dépôt, le représentant dépositaire doit demander des instructions de vote au déposant avant chaque assemblée générale. L'al. 1 correspond à l'art. 689d, al. 1, CO, à la différence que la représentation dépositaire est limitée aux sociétés non cotées (art. 689b P-CO).

L'al. 2 correspond à l'art. 689d, al. 2, CO, à la différence que, conformément aux règles sur la représentation indépendante (art. 689b, al. 3, 2^e phrase, CO), le représentant dépositaire s'abstient de voter s'il n'a pas reçu d'instructions précises ou générales. Les instructions générales peuvent être définies dans les conditions générales. Précisons que, en raison des nouvelles règles en matière de vote (art. 703 et 704, P-CO), les abstentions ne comptent plus comme des voix négatives.

L'al. 3 correspond du point de vue du contenu à l'actuel art. 689*d*, al. 3, CO³⁷⁵. Le terme «établissement» est remplacé par le terme «banque» dans un souci d'harmonisation avec la LB (comme à l'art. 633 P-CO).

Art. 689f Communication

Les règles régissant la communication des informations sur la représentation institutionnelle lors de l'assemblée générale, aujourd'hui placées à l'art. 689*e* CO, sont adaptées à l'interdiction de la représentation par un membre d'un organe de la société (art. 689*b*, al. 2, 1^{re} phrase, P-CO). La représentation dépositaire n'est plus autorisée que dans les sociétés non cotées (art. 689*b*, al. 2, 2^e phrase, P-CO).

Art. 691, al. 2^{bis}

L'al. 2^{bis} 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 (art. 702*a* P-CO).

2.1.19 Droit de vote, actions à droit de vote privilégié

Art. 692, al. 3

Les actionnaires exercent leur droit de vote à l'assemblée générale proportionnellement à la fraction du capital-actions nominal que représentent leurs actions (art. 692, al. 1 et 2, CO). Les statuts peuvent prévoir des dispositions dérogeant à ce principe (art. 693 CO).

L'art. 692, al. 3, CO prévoit que, en cas d'assainissement, l'assemblée générale peut 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. 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. De plus, certains estiment que l'art. 692, al. 3, CO complique les assainissements³⁷⁶.

Le 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

³⁷⁵ La disposition devra éventuellement être coordonnée avec le projet de loi sur les services financiers et de loi sur les établissements financiers (message LSFIn/LEFin, p. 8242).

³⁷⁶ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 2 n° 382a.

privilegié 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 est 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. 653^r P-CO.

Art. 693, al. 3, ch. 3 et 4

Les modifications prévues à l'art. 693, al. 3, ch. 3 et 4, sont de nature terminologique (ch. 3: «examen spécial» au lieu de «contrôle spécial»; ch. 4: ne concerne que le texte allemand).

Le projet ne prévoit pas de nouvelles limites matérielles en matière d'actions à droit de vote privilégié. Celles-ci sont en effet un outil pratique pour former des majorités et garder le contrôle de la société, en particulier dans les petites sociétés, dans les entreprises familiales et dans les sociétés spécialisées dans les nouvelles technologies où les fondateurs détiennent des actions. Du fait que les statuts doivent être consultables auprès du registre du commerce (art. 10, 1^{re} phrase, ORC), il paraît justifié de conserver le système libéral actuel, qui a fait ses preuves (ch. 1.4.8.6)³⁷⁷.

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 (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. 697^c AP-CO).

2.1.20 Communication du rapport de gestion

Art. 696

L'article entier est abrogé (art. 699^a P-CO).

³⁷⁷ Réponse du Conseil fédéral du 19 août 2015 au postulat Minder du 1^{er} juin 2015 «De l'oligarchie actionnariale à la démocratie actionnariale. Étudier le principe «Une action, une voix»» (15.3504).

2.1.21 **Droit de demander des renseignements et de consulter certains documents**

Art. 697 Droit aux renseignements et à la consultation; renseignements

L'avant-projet prévoyait que les actionnaires pouvaient demander par écrit en tout temps des renseignements au conseil d'administration si cela était nécessaire pour l'exercice de leurs droits. Il était prévu que le conseil d'administration réponde aux demandes deux fois par année.

La consultation n'a pas donné de résultat clair sur ce droit de renseignement en dehors des assemblées générales. Certains participants ont approuvé l'idée de prévoir des réponses deux fois par année, car dans les sociétés non cotées le devoir d'information du conseil d'administration entre les assemblées générales est jugé insuffisant. D'autres ont trouvé que la fréquence proposée n'était pas suffisante. D'autres encore ont proposé de biffer le droit aux renseignements du projet au motif qu'il s'agit d'un problème inexistant et que le droit dont les actionnaires disposent lors de l'assemblée générale est suffisant³⁷⁸. Avant la consultation, des avis avaient déjà été émis sur les risques de surcharge de travail que la mesure entraînerait pour le conseil d'administration³⁷⁹.

Le problème est réel. La situation actuelle n'est pas satisfaisante, car la publicité n'est garantie que dans les sociétés cotées. Entre les assemblées générales, les actionnaires doivent se contenter de bruits de couloir³⁸⁰. La gouvernance d'entreprise doit être améliorée en la matière.

L'al. 1 n'est pas modifié.

L'art. 697, al. 2, P-CO propose un compromis répondant à plusieurs demandes exprimées lors de la consultation: pour exercer son droit aux renseignements en dehors de l'assemblée générale, un actionnaire doit détenir au moins 5 % du capital-actions ou des voix. Il s'agit du même seuil que pour les droits de requérir des objets à l'ordre du jour et de faire des propositions (art. 699b P-CO). Comme pour les autres valeurs seuils, plusieurs actionnaires peuvent s'unir pour atteindre les 5 % et exercer ensemble leur droit aux renseignements.

Cette valeur seuil est une limite à l'exercice du droit aux renseignements en dehors de l'assemblée générale. Par contre, contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, le conseil d'administration sera tenu de répondre dans les quatre mois (al. 3, 1^{re} phrase). Il pourra ainsi répondre de manière coordonnée aux questions similaires, dans un délai qui restera tout à fait correct pour les actionnaires. Si l'assemblée générale a lieu dans les quatre mois suivant le dépôt de la demande, le conseil d'administration pourra très bien y répondre à cette occasion.

³⁷⁸ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 16

³⁷⁹ Lukas Glanzmann, «Die grosse Aktienrechtsrevision», in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., «Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV», Berne 2009, p. 238 s.

³⁸⁰ Peter Böckli, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 1/2015, p. 4; Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4^e éd., Zurich 2014, p. 509.

Toutes les réponses fournies en dehors d'une assemblée générale doivent être mises à disposition pour consultation lors de l'assemblée générale suivante (al. 3, 2^e phrase). Bien entendu, elles peuvent aussi être communiquées immédiatement à tous les actionnaires, par exemple par voie électronique. Il importe uniquement de veiller à l'égalité de traitement entre les actionnaires.

Conformément à l'al. 4, 1^{re} phrase, le conseil d'administration peut refuser de fournir les renseignements demandés s'ils ne sont pas nécessaires à l'exercice des droits des actionnaires et s'ils compromettent le secret des affaires ou d'autres intérêts prépondérants de la société. Tout refus doit être motivé par écrit (art. 4, 2^e phrase). Le droit aux renseignements, hors de l'assemblée générale, n'est pas un droit inconditionnel permettant aux actionnaires de satisfaire leur curiosité.

L'avant-projet prévoyait que le conseil d'administration des sociétés non cotées devait informer 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. Ce devoir d'information a été désapprouvé lors de la consultation au motif qu'il représentait une atteinte disproportionnée à l'autonomie et à la sphère privée et que les sociétés non cotées devaient être soumises à des réglementations simples³⁸¹.

Le projet ne prévoit dès lors plus cette disposition. Cependant, personne ne conteste que le droit aux renseignements des actionnaires (al. 1 à 3) porte aussi sur la politique en matière de personnel du conseil d'administration³⁸². On estime ainsi que sur demande, s'ils ne sont pas mentionnés dans le rapport de rémunération, les montants globaux des rémunérations annuelles versées au conseil d'administration et à la direction doivent être communiqués. Ces informations sont importantes pour l'approbation des comptes annuels, pour l'octroi de la décharge au conseil d'administration et pour l'action en restitution. Elles ne peuvent être refusées sur la base de l'al. 4. Les actionnaires ont le droit de recevoir ces informations sous une forme suffisamment détaillée pour qu'il leur soit possible d'exercer leurs droits de manière adéquate selon le cas d'espèce. Si nécessaire, ils peuvent par exemple demander des renseignements sur la rémunération la plus haute prévue pour un membre du conseil d'administration ou de la direction. Ces informations sont par exemple exigibles lorsque, malgré un exercice réussi, les actionnaires ne reçoivent pas de dividendes ou qu'ils ne sont pas remboursés par le biais de réserves librement disponibles.

Art. 697a Consultation

Les conditions auxquelles est soumis le droit de consultation sont harmonisées avec celles du droit aux renseignements (art. 697 P-CO).

³⁸¹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 16 s.

³⁸² Rolf H. Weber, art. 697 n° 12 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

L'al. 1 prévoit dès lors aussi un seuil de 5 %. Les termes «livres» et «correspondance» sont aujourd'hui soumis à une interprétation extensive³⁸³. À des fins d'harmonisation avec le droit de la Sàrl (art. 802, al. 2, CO), le terme «correspondance» est remplacé par celui plus précis de dossiers, sans toutefois entraîner de modification matérielle. Dans le cadre du droit de consultation, les dossiers et les livres pourront toujours être présentés sous forme papier ou électronique. Le délai dans lequel le conseil d'administration doit accorder le droit de consultation (al. 2, 1^{re} phrase) est le même que pour le droit aux renseignements (quatre mois).

Le conseil d'administration a le droit de refuser la consultation pour les mêmes motifs que ceux applicables à la demande de renseignements (art. 697, al. 4, P-CO). L'al. 3, 1^{re} phrase, précise 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 motiver tout refus par écrit (al. 3, 2^e phrase).

Le projet abandonne l'idée que l'assemblée générale puisse se prononcer sur le droit de consultation, ce afin d'éviter des problèmes de compétences entre le conseil d'administration et l'assemblée générale. Du reste, l'assemblée générale n'est pas soumise au devoir de fidélité et n'est souvent pas à même de juger si la consultation de tels documents porterait par exemple atteinte au secret des affaires³⁸⁴.

Les modifications aux al. 1 à 3 permettent d'établir une réglementation uniformisée et simple du droit aux renseignements et du droit de consultation, laquelle sera également utilisable par le conseil d'administration et l'assemblée générale des PME.

L'al. 2, 2^e phrase, prévoit que les actionnaires pourront prendre des notes lorsqu'ils consultent des dossiers. La clarification de ce point permet de renforcer la sécurité du droit. L'accès aux livres et aux dossiers complexes doit être constructif. C'est pourquoi il est envisageable que les actionnaires demandent à pouvoir les consulter accompagnés d'un spécialiste.

Art. 697b Refus de la demande de renseignements ou de consultation

En cas de rejet total ou partiel de la demande de renseignements ou de consultation, l'actionnaire pourra comme aujourd'hui saisir le juge (art. 697, al. 4, CO). Contrairement à l'avant-projet, le projet prévoit un délai de 30 jours, comme à l'art. 697c, al. 2, P-CO. On renforce ainsi la sécurité du droit dans l'intérêt de la société. Le délai court à partir du refus de fournir les renseignements (art. 697, al. 4, P-CO) ou d'accorder le droit de consultation (art. 697a, al. 3, P-CO), ou à partir de l'échéance du délai de quatre mois au sens des art. 697, al. 3, ou 697a, al. 2, P-CO.

L'actionnaire peut aussi faire valoir devant le juge que le conseil d'administration lui a certes laissé consulter les documents demandés, mais d'une manière ne permet-

³⁸³ 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^e éd., Bâle 2012

³⁸⁴ Peter V. Kunz, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Berne 2001, § 12 n^o 14 et 21.

tant pas d'atteindre le but voulu (par exemple, nombre de documents ou données trop important pour parvenir à l'information recherchée, interdiction d'être accompagné d'un spécialiste, temps de consultation trop court).

Le juge devra déterminer si le conseil d'administration a refusé ou rendu impossible l'exercice des droits de l'actionnaire de manière injustifiée. Il pèsera les intérêts de l'actionnaire et de la société en tenant compte des circonstances. Les intérêts de la société ne devront pas primer ceux de l'actionnaire³⁸⁵. Si l'actionnaire a gain de cause, le juge ordonne les mesures nécessaires. Il peut choisir de ne valider la demande qu'en partie ou à certaines conditions.

2.1.22 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.

Le projet, comme 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 P-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. Aussi le projet en redéfinit-il les conditions, de manière à répondre aux exigences d'une gouvernance d'entreprise améliorée³⁸⁶. Si l'assemblée générale refuse l'institution d'un examen spécial, des actionnaires peuvent demander au tribunal d'en ordonner un à condition 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. Pour le seuil retenu pour les sociétés cotées, on se rapportera au ch. 1.4.8.4.

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,

³⁸⁵ Larissa Marolda Martinez, *Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht*, Zurich 2006, p. 231 ss.

³⁸⁶ Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemontet, «Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts», Zurich 2004, p. 191 ss

al. 1, CO), le 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 une valeur nominale jusqu'à dix fois inférieure à celle des actions ordinaires (art. 693 CO).

Le 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 (art. 697 s. P-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. Une minorité d'actionnaires doit pouvoir agir à titre préventif, autrement dit avant que le préjudice ne survienne³⁸⁷.

Pour que le tribunal ordonne un tel examen dans un délai raisonnable, le code de procédure civile (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, P-CPC).

³⁸⁷ Rolf H. Weber, art. 697b n° 7, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

Art. 697e à 697h^{bis} Procédure judiciaire
 Déroulement de l'examen spécial
 Rapport
 Délibération et communication
 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 P-CO).

Les dispositions de l'art. 697d CO (697f P-CO) sur le déroulement de l'examen spécial et de l'art. 697e CO (697g P-CO) sur le rapport des experts ne connaissent aucun changement sur le fond. Les modifications sont de nature terminologique ou sont dictées par la technique législative. Nouveauté: l'art. 697g, al. 1, P-CO précise que les experts doivent rendre compte *par écrit* du résultat de leur examen. Le droit actuel ne précise pas sous quelle forme ils doivent le faire. Néanmoins, comme le rapport doit être présenté au juge (art. 697e, al. 1, CO), la forme écrite est de fait déjà obligatoire. 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. 679h P-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. 697h^{bis} P-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. Étant 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 épisodiques³⁸⁸.

2.1.23 Clause d'arbitrage statutaire

Art. 697n Tribunal arbitral

Le 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 jugements rendus par des juges spécialisés, de la confidentialité dans les limites prévues par le droit et de l'adéquation avec les besoins des parties. Ces spécificités sont particulièrement importantes pour les différends relevant du droit des sociétés.

³⁸⁸ Rolf H. Weber, art. 697g n° 3, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

En Allemagne (surtout pour les Sàrl) et en Autriche, bon nombre des différends relevant du droit des sociétés sont réglés par des tribunaux arbitraux³⁸⁹.

Ce n'est pas le cas en Suisse, où l'admissibilité des clauses d'arbitrage statutaires est controversée en droit actuel. Alors que les ouvrages consacrés à l'arbitrage et même les tribunaux y sont largement favorables³⁹⁰, le droit de la SA interdit d'imposer aux actionnaires des obligations non prévues par la loi et de limiter le droit d'intenter action en justice des actionnaires (art. 706b, ch. 1, CO). En tout état de cause, il faudrait l'accord de tous les actionnaires pour inscrire dans les statuts une clause d'arbitrage valable juridiquement³⁹¹. C'est la raison pour laquelle elles sont aujourd'hui rares dans les statuts des SA. Parfois, elles sont même explicitement refusées par les offices du registre du commerce.

Pour renforcer la sécurité du droit, le projet, comme l'avant-projet (art. 697/ AP-CO), vise à établir une base juridique claire³⁹². Il apparaît opportun de régler la question dans le droit de la SA³⁹³, car le droit actuel autorise déjà les clauses d'arbitrage statutaires pour les coopératives et les associations. Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, le droit de la Sàrl renverra aux dispositions de la SA (art. 797a P-CO).

Lors de la consultation, la disposition autorisant les clauses d'arbitrage a été accueillie très favorablement³⁹⁴.

Conformément à l'al. 1, 1^{re} phrase, les statuts peuvent prévoir que les différends relevant du droit des sociétés seront tranchés par un tribunal arbitral sis en Suisse. Cela correspond au principe, non limité au droit de la SA, selon lequel les différends relevant du droit des sociétés peuvent en théorie être réglé par la voie arbitrale. L'expression «différends relevant du droit des sociétés» fait allusion à un concept déjà connu, notamment en droit international privé (art. 151, al. 1, de loi fédérale du

³⁸⁹ On estime ainsi que, en Allemagne, un tiers des procédures arbitraires nationales touchent au droit des sociétés, voir Karl-Heinz Böckstiegel, Vorwort und Einführung, p. 1, in: Böckstiegel, Heinz (éd.), *Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten*, Cologne 1996 et Markus A. Pappmehl, *Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten*, Francfort-sur-le-Main 2001, p. 2 ss.

³⁹⁰ Le Tribunal fédéral part du principe qu'une clause d'arbitrage ne peut concerner que les aspects procéduraux du différend (ATF 24 II 552 cons. 8, p. 565 s.; arrêt 4A 424/2011 du Tribunal fédéral du 2 novembre 2011, cons. 10.1). Les limitations légales à l'obligation de l'actionnaire de fournir une prestation ne s'opposent donc pas à la clause de compétence statutaire. Le droit matériel ne libère pas des frais de justice ni ne garantit une protection juridique étatique (arrêt 4A 446/2009 du Tribunal fédéral du 8 décembre 2009, cons. 2.2; Dieter Gränicher, Art. 178 IPRG, N 70, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K./Berti, Stephen V. (éd.), *Basler Kommentar zum IPRG*, Bâle 2013; Daniel Girsberger, Art. 357 N 29 und 30a, in: Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik (éd.), *Basler Kommentar zur ZPO*, Bâle 2013; Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, *Arbitrage International*, 2^e édition, Berne 2010, N 234b; Berti Stephen V., *Some Thoughts on the Validity of Arbitration Clauses in the Articles of Association of Corporations under Swiss Law*, ASA Special Series Nr. 8, 1994, p. 120 ss, 122).

³⁹¹ En ce qui concerne la situation juridique, voir Marc André Mauerhofer, «Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln», GesKR 2011/1, p. 20 ss

³⁹² ATF 142 III 220, consid. 3.4.3, p. 227 ss.

³⁹³ Marc André Mauerhofer *Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln*, GesKR 1/2011, p. 26; art. 6, al. 2, de l'ancien concordat sur l'arbitrage.

³⁹⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 30 s.

18 décembre 1987 sur le droit international privé [LDIP]). Sont notamment susceptibles d'être réglés par la voie arbitrale l'action en nullité (art. 706 et 706b CO), l'action en dissolution (art. 736, ch. 4, P-CO), l'action en libération ultérieure du capital-actions (art. 634b P-CO), l'action en restitution de prestations (art. 678 P-CO) et l'action en responsabilité (art. 752 ss CO). À moins que les statuts n'en réduisent pas le champ d'application matériel, la clause vaut pour tous les différends relevant du droit des sociétés.

Le champ d'application personnel de la clause est défini avant tout par les statuts. Ceux-ci peuvent préciser qui est lié par la clause. Elle ne peut par exemple valoir que pour les différends entre la société et certains de ses organes, pour les actions en responsabilité. Si les statuts ne précisent rien, la clause vaut pour la société, ses organes, les membres de ceux-ci et les actionnaires (al. 1, 2^e phrase). Dans l'intérêt de la sécurité du droit et d'un règlement uniforme des conflits, il vaut mieux prévoir une clause d'arbitrage sans restrictions, valables ainsi non seulement pour la société, mais aussi pour ses organes (assemblée générale, conseil d'administration, direction, organe de révision) et pour chacun des membres de ceux-ci (en particulier pour le conseil d'administration et la direction). Dans un souci d'exhaustivité, précisons que la clause ne vaut pas pour les différends entre actionnaires (liés notamment à des conventions entre actionnaires).

Il doit ressortir clairement de l'inscription au registre du commerce que les statuts contiennent une clause d'arbitrage³⁹⁵, notamment pour que les nouveaux actionnaires sachent qu'ils y seront soumis de plein droit. En devenant membres de la société, ils acquerront tous les droits et obligations prévus par la loi et les statuts. Aucune exigence de forme ou de consentement supplémentaire n'est nécessaire pour la validité de la clause. Les actionnaires sont donc tenus de se renseigner sur la base des statuts librement consultables³⁹⁶.

Conformément à l'al. 2, la procédure arbitrale est régie par les dispositions du CPC sur l'arbitrage des affaires soumises au droit suisse. Le renvoi à ces dispositions s'impose, car il ne peut s'agir que de sociétés ayant leur siège en Suisse et inscrites dans un registre du commerce cantonal. Il convient de préciser qu'un recours aux dispositions du chapitre 12 de la LDIP sur l'arbitrage, au sens de l'art. 353, al. 2, CPC, est exclu. Une renonciation au recours au sens de l'art. 192, al. 1, LDIP est donc également exclue. On garantit ainsi qu'il sera possible de faire recours contre les sentences arbitrales auprès du Tribunal fédéral (ou exceptionnellement auprès du tribunal cantonal compétent, art. 390, al. 1, CPC).

Les statuts peuvent régler les modalités de la procédure dans le respect du cadre fixé par le CPC. Ils peuvent notamment renvoyer au règlement d'arbitrage d'une institution (art. 373, al. 1, let. b, CPC). Critiquée lors de la consultation³⁹⁷, la disposition sur l'obligation d'informer les actionnaires au sujet de la procédure arbitrale a été

³⁹⁵ Dans l'ORC, par ex. à l'art. 45, il faudra préciser que l'existence d'une clause d'arbitrage doit être mentionnée dans l'inscription au registre du commerce (comme l'existence d'actions nominatives à transmissibilité restreintes ou l'obligation, dans une Sàrl, de fournir des prestations accessoires).

³⁹⁶ ATF 33 II 205 consid. 3 ss., p. 207 s., voir aussi la note précédente.

³⁹⁷ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 31.

biffée du projet. Une sentence doit pouvoir déployer ses effets que les actionnaires aient été informés ou non. Les statuts peuvent néanmoins régler ce point.

Comme, en inscrivant une clause d'arbitrage dans les statuts, les actionnaires renoncent à la protection garantie par les tribunaux étatiques, cette décision nécessite une majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 12, P-CO).

2.1.24 Droits intransmissibles de l'assemblée générale

Art. 698, al. 2, ch. 5 à 9, et al. 3

Le nouveau ch. 5 de l'al. 2 précise que l'approbation des comptes intermédiaires et le versement d'un dividende intermédiaire (art. 675a P-CO) sont du ressort de 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 d'apports en capital. Il statue que l'assemblée générale doit bien séparer ses décisions concernant le remboursement de la réserve légale issue du capital (et en particulier des agios, voir art. 671, al. 2, P-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. 9 à l'ancien ch. 6.

Le ch. 8 – qui n'était pas dans l'avant-projet – soumet à l'approbation des actionnaires la décotation des titres de participation de la société. En effet, la décotation porte gravement atteinte à leur position juridique: les actions ne peuvent plus être vendues en bourse, leur transfert risque d'être davantage restreint, ils perdent certains droits de participation (art. 732 ss P-CO), les exigences de transparence sont moindres (par ex. pas de publicité *ad hoc* et des exigences moins strictes concernant la présentation des comptes) et les comptes annuels ne sont plus obligatoirement soumis à un contrôle ordinaire. Étant donné l'importance de ces conditions juridiques et économiques, il se justifie de faire de la décision de décoter les titres de participation un droit intransmissible de l'assemblée générale et de la soumettre à une majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 10)³⁹⁸.

Le nouvel al. 3 correspond à la transposition du contenu de l'art. 2 ORAb, ou si l'on préfère des dispositions de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., dans le droit de la SA.

³⁹⁸ Peter V Kunz, *Kotierung sowie Dekotierung*, GesKR 2-3/2006, p. 138; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 7 n° 22c.; Karel Kohlik, *Ausgewählte Aspekte von Going Private Transaktionen*, Bamberg 2005, p. 289 s.

2.1.25 Convocation de l'assemblée générale et ordre du jour

Les art. 699, 699a, 699b et 700 forment un tout, qui va de la communication du rapport de gestion à la convocation de l'assemblée générale. Suite à l'abandon du forum électronique proposé dans l'avant-projet (ch. 1.3.8), l'assemblée générale est l'unique forum des actionnaires dont les modalités sont décrites dans le droit de la SA.

Ces dispositions, commentées ci-dessous, s'inspirent largement du droit en vigueur. La principale nouveauté est un délai minimal légal dans lequel les actionnaires peuvent exercer leur droit de demander l'inscription d'objets à l'ordre du jour et de faire des propositions, *après* la communication du rapport de gestion (art. 699a, al. 2, P-CO).

Il reste possible de convoquer une assemblée «universelle» (réunion de tous les actionnaires, art. 701 P-CO), auquel cas il n'est pas nécessaire d'observer les prescriptions régissant la convocation.

Art. 699 Convocation et déroulement de l'assemblée générale;
mode de convocation

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 annuelle.

Comme pour l'institution d'un examen spécial (art. 697d P-CO), le 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 peut toutefois entraîner des coûts importants. 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 5 % dans les sociétés cotées et de 10 % dans les sociétés non cotées. Concernant ces seuils, voir les explications au ch. 1.4.8.4.

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, au nom de la sécurité du droit³⁹⁹. 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

³⁹⁹ Dieter Dubs/Roland Truffer, art. 699 n° 16, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4^e éd., Bâle 2012.

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 (art. 250, let. c, ch. 9, P-CPC).

Art. 699a Communication du rapport de gestion

Selon l'al. 1, 1^{re} phrase, les actionnaires doivent pouvoir consulter le rapport de gestion et les rapports de révision avant l'assemblée générale. Le conseil d'administration leur communique (2^e phrase) comment ils peuvent accéder à ces documents. Si ces derniers ne sont pas accessibles par la voie électronique, tout actionnaire peut exiger (3^e phrase) qu'ils lui soient délivrés sur papier dans les meilleurs délais et gratuitement.

L'al. 1 remplace l'art. 696, al. 1 et 2, CO, dont il modernise le contenu. Si la société utilise des médias électroniques pour communiquer le rapport de gestion aux actionnaires (par ex. un accès sur le site Internet de la société, moyennant un nom d'utilisateur et un mot de passe), le conseil d'administration peut rejeter la demande d'un actionnaire de se faire envoyer personnellement les documents (sous réserve des abus de droit).

Selon l'al. 2, le conseil d'administration, dans sa communication aux actionnaires au sens de l'al. 1, leur fixe un délai pour demander par écrit que des objets soient mis à l'ordre du jour et pour faire des propositions au sens de l'art. 699b P-CO; ces points seront alors mentionnés dans la convocation à l'assemblée générale. Il s'agit de permettre aux actionnaires de se fonder sur des informations à jour, notamment celles contenues dans le rapport de gestion et les éventuels rapports de révision, au moment de faire valoir leurs droits fixés à l'art. 699b. Il reste néanmoins possible de faire des propositions et de demander l'inscription d'un objet à l'ordre du jour avant la communication du rapport de gestion. Le délai fixé par le conseil d'administration est de 10 jours au moins. Il n'est pas particulièrement long, mais il représente un juste milieu entre l'intérêt des actionnaires à exercer efficacement leurs droits et les contraintes liées à la préparation et à la convocation de l'assemblée générale. Les acteurs de la consultation avaient proposé des délais s'étalant entre 7 et 20 jours⁴⁰⁰.

La forme de la communication aux actionnaires fait partie des dispositions obligatoires des statuts (art. 626, al. 1, ch. 7, P-CO).

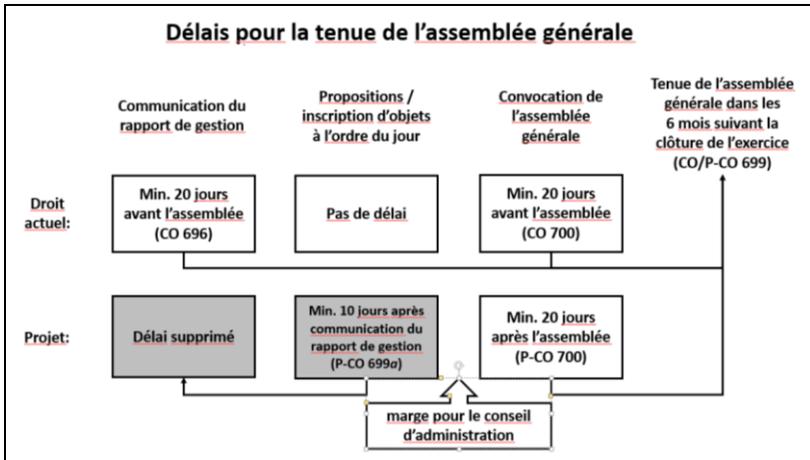
Après écoulement du délai pour faire des propositions et demander l'inscription d'un objet à l'ordre du jour, le conseil d'administration prépare la convocation de l'assemblée générale. Selon les praticiens, il faut entre 10 et 25 jours selon la taille de la société, et considérant le fait que la plupart des assemblées générales ont lieu au printemps, époque de l'année comportant un certain nombre de jours fériés légaux⁴⁰¹. Comme toute assemblée générale doit être convoquée au plus tard 20 jours à l'avance (art. 700, al. 1, P-CO), le temps total nécessaire sera de 30 à 45 jours. Le conseil d'administration a toujours assez de marge de manœuvre pour qu'il soit

⁴⁰⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 17.

⁴⁰¹ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 12 n° 69.

inutile de fixer dans la loi un délai pour ses travaux entre le délai de 10 jours pour le droit de proposition et le droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et le délai de 20 jours entre la convocation et l'assemblée générale.

L'al. 3 correspond sur le fond à l'art. 696, al. 3, CO actuel. Comme à l'art. 958e CO, on parle de «rapports de révision» au pluriel, pour qu'il soit clair que la disposition inclut un éventuel rapport de révision sur les comptes consolidés ou sur les états financiers établis selon une norme reconnue.



Art. 699b Droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et droit de proposition

Les seuils fixés pour pouvoir demander l'inscription d'un objet à l'ordre du jour sont abaissés. Ils sont même fixés beaucoup plus bas que pour la convocation d'une assemblée générale (art. 699, al. 3, P-CO) ou l'institution d'un examen spécial (art. 697d, al. 1, P-CO), 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.

L'avant-projet fixait déjà des seuils différents pour les sociétés cotées et les sociétés non cotées, étant donné qu'il faut tenir compte des différences dans la structure de l'actionariat. La consultation n'a pas donné de résultat uniforme sur la valeur à donner à ces seuils⁴⁰². Conformément à ce que l'on a expliqué plus haut concernant les divers seuils (ch. 1.4.8.4), on a relevé ces derniers par rapport à l'avant-projet. Dans les sociétés cotées, le droit de demander l'inscription d'un objet à l'ordre du jour peut donc, selon l'al. 1, let. 1, être exercé avec une participation de 0,5 % du

⁴⁰² Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 17.

capital-actions ou des voix. Pour les autres sociétés anonymes, les valeurs limites sont fixées à 5 % du capital-actions ou des voix, selon l'al. 1, ch. 2⁴⁰³.

Selon l'al. 2, les mêmes conditions s'appliquent pour demander l'inscription dans la convocation à l'assemblée générale de propositions concernant les objets inscrits à l'ordre du jour. Le droit de proposition n'est naturellement pas restreint aux objets dont on demande l'inscription à l'ordre du jour selon l'al. 1. Les actionnaires peuvent aussi faire des propositions sur des objets de l'ordre du jour prescrits par la loi, comme l'approbation annuelle des rémunérations des cadres supérieurs des sociétés cotées en bourse.

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. Cette mesure répondra notamment au désir des autres actionnaires d'être informés avant l'ouverture de 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 de l'avant-projet, les statuts devaient déterminer dans quel délai les actionnaires devaient 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). Le nouvel art. 699a, al. 2, P-CO rend cette disposition inutile.

En vertu de l'al. 4, les actionnaires peuvent s'adresser au juge si, notamment, le conseil d'administration refuse de donner suite à leur requête, comme c'est déjà le cas actuellement. Le juge statue en procédure sommaire (art. 250, let. c, ch. 9, P-CPC). Il n'est pas nécessaire de prévoir un délai analogue à celui fixé à l'art. 699, al. 5, P-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. 5 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 de la convocation

Aujourd'hui, l'assemblée générale doit être convoquée au moins 20 jours à l'avance, sous la forme prévue par les statuts (art. 700, al. 1, CO). Ce délai est considéré par

⁴⁰³ Bien que l'art. 699, al. 3, 2^e phrase, CO, dans sa teneur actuelle, ne mentionne pas de pourcentage de seuil, il en existe bien un (arrêt 4A_296/2015 du Tribunal fédéral du 27 novembre 2015, consid. 2.3; Christian Leisinger, Einberufung einer GV auf Verlangen von Minderheitsaktionären: Berechtigte und gerichtlicher Prüfungsumfang, GesKR 1/2016, p. 116 ss).

certains comme trop court, surtout pour l'assemblée générale ordinaire⁴⁰⁴. Dans l'al. 1 de l'avant-projet, il était donc prévu de le porter à 30 jours pour l'assemblée générale ordinaire. Ce délai plus long n'a toutefois pas convaincu les acteurs de la consultation, car il réduit encore le temps dont dispose le conseil d'administration pour préparer l'assemblée générale⁴⁰⁵. On en restera donc au délai actuel de 20 jours, tant pour les assemblées ordinaires qu'extraordinaires.

La convocation de l'assemblée générale est communiquée aux actionnaires sous une forme réglée dans les statuts (art. 626, al. 1, ch. 7, P-CO). Elle peut tout à fait avoir lieu sous forme électronique exclusivement (courrier électronique aux titulaires d'actions nominatives et publication à la FOSE en ligne pour les détenteurs d'actions au porteur, par exemple).

L'al. 2 précise les éléments à mentionner au minimum dans la convocation. En effet, le contenu de la convocation a déjà un impact sur l'assemblée générale. Le droit actuel prévoit d'ailleurs déjà des informations minimales. La disposition a été restructurée pour une meilleure compréhension.

Il faut donc porter à la connaissance des actionnaires la date, l'heure, la forme et le lieu de l'assemblée générale (ch. 1). Pour les deux derniers éléments, l'objectif est de savoir s'il s'agit d'une assemblée ordinaire ou extraordinaire, s'il s'agit d'une assemblée physique tenue en un ou plusieurs lieux, si des médias électroniques sont utilisés ou si l'assemblée générale est virtuelle (art. 701a ss).

Il faut mentionner en outre les objets portés à l'ordre du jour, que ce soit par le conseil d'administration ou par les actionnaires (ch. 2; voir art. 703, al. 1, P-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 le projet sans entraîner de changement matériel.

Doivent également être mentionnées dans la convocation de l'assemblée générale les propositions du conseil d'administration et des actionnaires, selon les ch. 3 et 4. Pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, le conseil d'administration doit motiver brièvement ses propositions. 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. 4; voir art. 699a, al. 3, P-CO).

Si la loi ou les statuts prévoient une représentation indépendante, le conseil d'administration doit, selon le ch. 5, mentionner dans la convocation le nom et l'adresse du représentant indépendant. Ce sera toujours le cas pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse (art. 689c P-CO). On a supprimé la disposition de l'avant-projet qui enjoignait au conseil d'administration d'indiquer aussi dans la convocation le pourcentage du capital-actions constitué de titres dont les détenteurs ne sont pas inscrits au registre des actions. Les acteurs de la consultation ont fait remarquer à juste titre que cette indication pouvait être délicate au vu des risques de reprise et que le chiffre changeait d'ailleurs constamment⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Karim Maizar, «Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften», Zurich 2012, p. 358 ss.

⁴⁰⁵ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 17.

⁴⁰⁶ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 17 s.

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 suffisamment détaillée. Un point de l'ordre du jour ne peut concerner qu'un sujet dont tous les aspects présentent un lien étroit de proximité ou de dépendance les uns avec les autres. La consultation n'a pas permis de définir une réaction uniforme à ce principe, bien connu de la pratique et de la doctrine⁴⁰⁷, qui concrétise la nécessité de déterminer fidèlement la volonté de l'assemblée générale⁴⁰⁸.

L'unité de la matière est particulièrement importante lors des votes sur des modifications des statuts. Le simple fait qu'il s'agisse de mettre en œuvre du nouveau droit – pour citer un exemple récent, l'ORAb, qui met en œuvre l'art. 95, al. 3, Cst. – ne suffit pas à créer un lien étroit. L'idée n'est toutefois pas d'ouvrir la discussion autour de chaque clause des statuts. Par exemple, en cas de révision totale des statuts, il n'est pas nécessaire de voter sur chaque disposition séparément. Cela ne ferait que susciter des incohérences matérielles. Des ensembles thématiques, dotés d'une cohésion intrinsèque, peuvent être mis au vote d'un seul tenant. Le conseil d'administration continue de disposer d'une certaine latitude, dont il devra user dans le respect de son devoir de diligence et en motivant suffisamment ses choix face aux actionnaires de la société.

Si une décision enfreint le principe de l'unité de la matière, il sera possible de l'attaquer en justice (art. 706, al. 2, ch. 1 et 2, CO). De plus, tout actionnaire a le droit, durant l'assemblée générale, de demander qu'un point particulier soit scindé d'un objet à l'ordre du jour auquel il ne ressortit pas matériellement (art. 699b, al. 5, P-CO).

L'al. 3 oblige en outre le conseil d'administration à fournir aux actionnaires toutes les informations pertinentes pour la prise de décisions – bien sûr de manière objective et neutre⁴⁰⁹.

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 de l'avant-projet, il était prévu que les statuts fixent les autres modalités relatives à la forme, au contenu et à la communication de la convocation. Cette obligation a été supprimée, notamment au regard des PME. Les actionnaires peuvent décider de fixer des conditions statutaires, mais s'ils ne le font pas, le conseil

⁴⁰⁷ Brigitte Tanner, Art. 700 N 24, in: Gauch, Peter/Schmid, Jörg (éd.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V5b, Die Aktiengesellschaft, Die Generalversammlung*, Art. 698–706b OR, Zurich 2003; Dieter Dubs, *Das Traktandierungsbegehren im Aktienrecht*, Zurich 2008, n° 85; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 12 n° 100d.

⁴⁰⁸ Tomas Poledna, *Die Übertragung öffentlichrechtlicher Grundsätze auf Abstimmungen an der Generalversammlung*, PJA 8/2001, p. 929.

⁴⁰⁹ Tomas Poledna, *Die Übertragung öffentlichrechtlicher Grundsätze auf Abstimmungen an der Generalversammlung*, PJA 8/2001, p. 929.

d'administration est compétent pour régler les modalités de la convocation sur lesquelles la loi est muette (art. 716, al. 1, CO).

Art. 701 Réunion de tous les actionnaires et approbation donnée à une proposition

À l'al. 1, le terme de «formes» est remplacé par celui plus général de «prescriptions», car les art. 699 ss P-CO ne posent pas uniquement des conditions formelles dont l'assemblée générale «universelle» pourrait s'écarter, mais aussi, par exemple, des conditions de délais. Rien ne change cependant matériellement pour la réunion de tous les actionnaires.

L'al. 2 est adapté à la possibilité d'employer des médias électroniques (art. 701c ss P-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 (art. 701d P-CO).

À l'al. 3, 1^{re} phrase, il est prévu que les décisions de l'assemblée générale peuvent être prises par écrit sur papier ou sous forme électronique, par exemple par voie de circulation. Cette facilité, interdite en droit actuel⁴¹⁰, donnera plus de flexibilité aux sociétés comptant peu d'actionnaires et aux sociétés appartenant à un groupe.

Les propriétaires et les représentants de la totalité des actions doivent donner leur accord à ce type de procédure de décision (al. 3, 2^e phrase). Un actionnaire peut donc exiger qu'une assemblée générale soit menée en la présence des participants et sous forme de discussion orale. L'accord des actionnaires est tacite s'ils participent activement à la décision (approbation, refus, abstention). Un actionnaire peut aussi approuver explicitement la procédure de décision sans y prendre part.

2.1.26 Lieu de réunion de l'assemblée générale

Art. 701a et 701b Lieu de réunion; en général
A l'étranger

Le droit suisse de la SA ne contient aucune disposition sur le lieu de réunion de l'assemblée générale. Le projet comble cette lacune, au profit de la sécurité du droit. Les dispositions sur le lieu de réunion ont été bien accueillies lors de la consultation⁴¹¹.

En vertu de l'art. 701a, al. 1, P-CO, le conseil d'administration décide du lieu où se tient l'assemblée générale, sauf si les statuts en disposent autrement.

⁴¹⁰ ATF 71 I 383 consid. 2a, p. 387 s.; Dieter Dubs/Roland Truffer, Art. 698 n° 7 ss, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 12 n° 52.

⁴¹¹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 18.

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. L'avant-projet exigeait un site principal, où devaient se trouver certaines personnes (par ex. l'officier public chargé de constater les décisions par acte authentique). IL est renoncé à cette exigence, qui n'a de correspondant nulle part ailleurs dans le CO. Malgré la multiplicité des sites de réunion, il n'y a formellement qu'une seule assemblée générale au sens du droit de la SA. Il revient au conseil d'administration de déterminer la manière de tenir une assemblée générale en plusieurs lieux, dont certains peuvent être à l'étranger, notamment en ce qui concerne la présence de l'officier public et du réviseur et le risque de créer un for à l'étranger⁴¹².

L'assemblée générale peut se dérouler à l'étranger pourvu que les statuts ne l'interdisent pas et qu'un représentant indépendant soit désigné dans la convocation (art. 701b, al. 1, P-CO). La présence d'un représentant indépendant garantit aux actionnaires qui ne se rendent pas à l'étranger, et qui donc ne peuvent pas participer directement aux discussions, la possibilité d'exercer néanmoins leur droit de vote. Pour les sociétés cotées en bourse, cet élément découle déjà de l'art. 689c P-CO. Les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse peuvent, selon l'al. 2, renoncer à désigner un représentant indépendant si l'ensemble des actionnaires consent à la tenue de l'assemblée générale à l'étranger. 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.

L'assemblée générale peut également se dérouler simultanément à plusieurs endroits à l'étranger, ou à plusieurs endroits en Suisse et à l'étranger. Il s'agit quoi qu'il en soit de l'assemblée générale d'une société ayant son siège en Suisse et soumise au droit suisse de la SA. Toutes les dispositions de l'art. 701a et de l'art. 701b P-CO s'appliquent.

Le lieu de l'assemblée générale ne doit pas être choisi de manière telle qu'il empêche *de facto* une grande partie des actionnaires d'y participer (principe de l'exercice mesuré des droits), en particulier s'il se trouve à l'étranger. Si tel est le cas, les décisions de l'assemblée peuvent être attaquées en justice (art. 706, al. 2, ch. 1 et 2, CO). Il est tout aussi abusif de choisir pour les délibérations une langue qu'une grande part des actionnaires ne parle pas.

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 dans la perspective de l'inscription au registre du commerce⁴¹³.

⁴¹² Claude Lambert, Die Durchführung einer Generalversammlung an zwei verschiedenen Tagungsorten, REPRAX 2/2000, p. 43 ss.

⁴¹³ Rino Siffert, art. 25 n° 1 ss, in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (éd.), Handkommentar zur Handelsregisterverordnung (HRegV), Berne 2013.

2.1.27 **Recours aux médias électroniques**

Le projet n'énonce pas les détails du recours aux médias électroniques; ils seront fixés par le conseil d'administration (dans un règlement le plus souvent) ou dans les statuts par l'assemblée générale. Ainsi, on ne risque pas d'entraver l'utilisation de nouveaux moyens informatiques. Quelques conditions seront quand même réglées dans la loi, pour éviter des insécurités juridiques⁴¹⁴. Il s'agit de parer à des actions en annulation ou en nullité fondées sur le grief que le recours à des médias électroniques ne serait pas autorisé. Ces dispositions ont d'ailleurs été fondamentalement bien accueillies en consultation⁴¹⁵.

Le conseil d'administration doit mettre en place les médias électroniques en référence à un actionnaire moyen. Le Tribunal fédéral utilise ce critère notamment pour juger si l'ordre du jour et les propositions inscrits dans la convocation à l'assemblée générale sont suffisamment clairs⁴¹⁶. Un actionnaire disposant de connaissances et d'équipements informatiques usuels – on suppose qu'il a une affinité ordinaire avec la technique, notamment qu'il a un accès Internet⁴¹⁷ – doit pouvoir utiliser les médias électroniques prévus.

Le conseil d'administration doit aussi assurer une veille technologique, pour pouvoir le cas échéant adapter ses règles de recours aux médias électroniques à la généralisation de certains appareils (aujourd'hui la tablette) ou de certains logiciels, par exemple en fournissant une application.

L'institution du représentant indépendant (art. 701*b* et 701*d* P-CO) et le fait que le recours aux médias électroniques pour exercer ses droits d'actionnaire n'est prévu que comme complément à la participation physique à l'assemblée générale (art. 701*c* P-CO) permettent aux actionnaires sous-dotés en moyens informatiques ou réfractaires à ces derniers d'exercer leur droit de vote.

Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, le recours aux médias électroniques ne devra pas être inscrit dans les statuts – à part l'assemblée générale virtuelle (art. 701*d* P-CO). Il sera plus facile de l'instaurer et de l'adapter. Les actionnaires pourront cependant fixer dans les statuts des conditions ou des restrictions auxquelles le conseil d'administration devra se conformer.

On ne vise pas ici le recours à des appareils électroniques de vote sur le lieu de l'assemblée générale ni la simple retransmission d'une assemblée générale physique sur le Web, sans possibilité d'interaction⁴¹⁸, deux pratiques qui ne posent pas de problème de sécurité juridique et qui sont, d'ailleurs, très répandues et tout à fait admises.

⁴¹⁴ Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 2: Generalversammlung, Zurich/Berne 2001, p. 3 ss.

⁴¹⁵ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 18 s.

⁴¹⁶ ATF 121 III 420, consid. 2.a, p. 424.

⁴¹⁷ Urs Bertschinger, Aktienrecht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag St-Gall 2015, p. 169 s. et 201; Ines Pöschel, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Watter, Rolf (éd.), Die «grosse» Aktienrechtsrevision, Zurich 2010, p. 239.

⁴¹⁸ Ines Pöschel, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Watter, Rolf (éd.), Die «grosse» Aktienrechtsrevision, Zurich 2010, p. 240.

Art. 701c Exercice des droits des actionnaires

Le conseil d'administration pourra permettre 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.

Le 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. 5, P-CO.

Art. 701d Assemblée générale virtuelle

Conformément à l'al. 1, une assemblée générale peut se tenir sans lieu de réunion physique. Le conseil d'administration peut donc organiser une assemblée générale dite virtuelle, pour peu que les statuts le prévoient et qu'un représentant indépendant soit désigné. L'exigence d'une base statutaire est justifiée par la dérogation pleine et entière au principe de l'immédiateté au sens physique. La situation est tout autre que le simple exercice électronique des droits d'actionnaire avec tenue d'une assemblée générale physique (art. 701c P-CO).

L'obligation de désigner un représentant indépendant sert notamment à éviter, même lors d'une assemblée générale virtuelle, que les actionnaires soient forcés d'utiliser les médias électroniques prévus par le conseil d'administration pour exercer leur droit de vote. Ils ont la possibilité d'octroyer au représentant indépendant les pouvoirs et les instructions. Le représentant indépendant exerce ensuite le droit de vote de l'actionnaire dans le cadre de l'assemblée générale virtuelle.

À la différence du projet de 2007⁴¹⁹, l'assemblée générale virtuelle n'est plus exclue lorsque des décisions doivent revêtir la forme authentique. Il est cependant possible que la législation cantonale sur les actes authentiques, se fondant sur l'art. 55 tit. fin. CC, 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 décisions 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 authentique⁴²⁰.

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.

⁴¹⁹ Message droit de la SA 2007, p. 1499.

⁴²⁰ Christian Brückner, *Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen*, vol. 94 (1998), n° 2, p. 33 ss.

Art. 701e Conditions du recours aux médias électroniques

Selon l'al. 1, le conseil d'administration fixe les modalités du recours aux médias électroniques, dans la mesure où elles ne sont pas réglées par les statuts.

L'al. 2 règle les conditions minimales du recours aux médias électroniques lors de l'assemblée générale en ce qui concerne l'exercice des droits des actionnaires (art. 701c P-CO) et la tenue de l'assemblée générale (art. 701d P-CO).

L'al. 2, ch. 2 et 3, prévoit que les actionnaires puissent former leur opinion sur la base des interventions du conseil d'administration et des autres actionnaires. Tous les participants doivent pouvoir faire des propositions et prendre une part active à l'assemblée générale. On a renoncé par contre à prescrire une retransmission vidéo des interventions, bien que cela limite sans doute l'impact du discours de l'orateur. Pour les sociétés ayant un petit nombre d'actionnaires, une conférence téléphonique est donc parfaitement envisageable, si les conditions du recours aux médias électroniques sont remplies par ailleurs⁴²¹.

Le conseil d'administration doit s'assurer que l'identité des participants est établie et que le résultat du vote ne peut pas être falsifié (al. 2, ch. 1 et 4). Contrairement à l'avant-projet, il n'est plus prévu que les participants soient «clairement» identifiés par le conseil d'administration, de peur d'éveiller l'impression que ce dernier doit exclure tous les risques liés à l'utilisation de médias électroniques. Le conseil d'administration est tenu de prendre des dispositions techniques possibles et raisonnables pour préparer concrètement l'assemblée générale. Il doit éviter les moyens électroniques peu sûrs.

Art. 701f Problèmes techniques

Si des problèmes techniques se posent, 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 les problèmes techniques vont jusqu'à empêcher l'assemblée générale de se dérouler ou de se terminer en conformité avec les règles en vigueur, 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, P-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. Toutefois, si l'ordre du jour initial est adapté ou complété, les dispositions légales et statutaires relatives à la convocation doivent être respectées, car il s'agit 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 au sens de l'art.

⁴²¹ Urs Bertschinger, *Aktienrecht im digitalen Zeitalter*, Festgabe Schweizerischer Juristentag St-Gall 2015, p. 193 s.

701f P-CO. 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 à leur matériel informatique à leurs logiciels 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).

2.1.28 Déroutement de l'assemblée générale

Art. 702, al. 2 à 5

L'art. 702, al. 2, prescrit au conseil d'administration le contenu minimal du procès-verbal de l'assemblée générale. Naturellement, il est libre d'aller au-delà et il sera même parfois tenu de le faire pour remplir son devoir de diligence.

Selon le ch. 1, le procès-verbal doit donner la date, l'heure de début et de fin, la forme et le lieu de l'assemblée générale. Par exemple: «L'assemblée générale ordinaire s'est tenue le 7 mars 2016, de 9 h 30 à 12 h 30, au Kulturcasino de Berne. Les actionnaires absents ont pu voter électroniquement ou par l'intermédiaire du représentant indépendant.» Les informations du ch. 1 correspondent aux modalités de la convocation à l'assemblée générale (art. 700, al. 2, ch. 1, P-CO).

Le ch. 2 correspond à l'art. 702, al. 2, ch. 1, CO, moins la mention de la représentation par les organes, qui n'est plus licite selon l'art. 689b, al. 2, 1^{re} phrase, P-CO. Contrairement à l'avant-projet, les représentants dépositaires sont cités car ils restent autorisés pour les sociétés non cotées (art. 689b, al. 2, 2^e phrase, P-CO).

Les ch. 3 à 5 correspondent sur le fond à l'art. 702, al. 2, ch. 2 à 4, CO.

Le procès-verbal doit mentionner, selon le ch. 3, les décisions et le résultat des élections. L'obligation générale d'indiquer la répartition des voix, comme le demandait l'avant-projet, n'y est plus, notamment afin de ne pas charger inutilement les PME (pour les sociétés cotées, voir cependant l'al. 5). Le conseil d'administration doit décider s'il sera en mesure d'attester le résultat d'un vote s'il ne constate pas le nombre de voix dans le procès-verbal. Si un objet à l'ordre du jour est contesté et que la majorité ne l'emporte pas nettement, il lui sera difficile d'éviter de calculer la répartition des voix et de la verbaliser.

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 et 3, P-CO, ne sont donc pas visées par cette disposition.

Selon le ch. 5, le procès-verbal doit contenir les déclarations dont les actionnaires demandent l'inscription.

Le ch. 6 – nouveau sur le fond – prévoit l'inscription au procès-verbal des problèmes techniques survenus durant l'assemblée générale. Cela peut avoir notamment une importance en cas de réunion en plusieurs lieux ou de recours aux médias électroniques (art. 701a ss P-CO). Les autres exigences prévues par l'avant-projet concernant les médias électroniques ont été abandonnées.

L'al. 3 prévoit que le président de l'assemblée générale et la personne qui rédige le procès-verbal signent ce dernier (comme le statue aujourd'hui l'art. 23, al. 2, ORC).

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. 4 précise donc que le procès-verbal doit être mis à la disposition des actionnaires dans les 30 jours qui suivent l'assemblée générale. L'envoi peut se faire par courrier électronique. Si le procès-verbal n'est pas disponible sous forme électronique, tout actionnaire peut demander qu'il lui soit envoyé (par la poste) sans délai et gratuitement. Il existe une règle similaire pour la communication du rapport de gestion (art. 699a, al. 1, P-CO).

L'al. 5 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 sont accessibles par voie électronique dans les 15 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.

Par rapport à l'avant-projet, les délais des al. 4 et 5, jugés trop courts, ont été prolongés, passant respectivement de 20 à 30 jours et de 2 à 15 jours (ce dernier s'inspirant du droit de l'UE, voir ch. 1.5.2). Ces délais ne sont pas tels qu'ils entraveraient inutilement une éventuelle action en annulation, laquelle doit être introduite dans les deux mois suivant l'assemblée générale (art. 706a CO).

Le procès-verbal de l'assemblée générale fait partie des livres et doit être conservé 10 ans – sauf délai plus long prévu par une loi spéciale. Les prescriptions de l'art. 958f CO et de l'ordonnance du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de comptes (Olico)⁴²² doivent être appliquées. Il est aussi permis de conserver les procès-verbaux sous une forme électronique appropriée⁴²³.

Art. 702a Droit des membres du conseil d'administration et
de la direction de s'exprimer; droit du conseil d'administration
de faire des propositions

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'al. 1, le droit de s'exprimer sur les objets portés à l'ordre du jour (naturellement dans les limites de leurs devoirs

⁴²² RS 221.431

⁴²³ Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, *Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4^e éd. Zurich 2014, p. 275; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 12 n^o 197.

de diligence et de fidélité). Même s'ils ne font pas partie de l'actionnariat, ils sont considérés comme des ayants droit (art. 691, al. 2^{bis}, P-CO). L'al. 2 précise expressément que le conseil d'administration peut faire des propositions concernant tout objet à l'ordre du jour.

Par contre, ni eux ni les membres de la direction n'ont de droit de participation juridiquement exécutoire; or, le libellé de l'art. 702a CO actuel n'est pas clair à ce sujet⁴²⁴. Grâce à la simplification de la formulation de l'art. 702a, il est désormais clair qu'une assemblée générale peut se tenir en partie voire totalement en l'absence des membres du conseil d'administration ou de la direction (par ex. réunion de tous les actionnaires ou décision par écrit, art. 701 P-CO). Les membres du conseil d'administration sont libres de réagir comme ils l'entendent. Dans des cas extrêmes, ils peuvent se voir amenés à démissionner. Un droit de participation exécutoire serait d'ailleurs d'un intérêt pratique limité, car ils peuvent être révoqués en tout temps par l'assemblée générale.

Art. 703 et 704, al. 1 et 2 Décisions et élections; en général

Les art. 703 et 704 sont modifiés notamment compte tenu de la nouvelle réglementation du droit de donner des instructions en cas de représentation (art. 689b, al. 3, 2^e phrase, et 689e, al. 2, P-CO). Les actionnaires pourront exprimer leur volonté plus fidèlement qu'aujourd'hui dans les décisions de l'assemblée générale: ce ne sont plus les voix représentées qui font foi, mais les votes *exprimés*.

L'art. 703, al. 1, correspond à l'actuel art. 700, al. 3, CO.

Selon l'al. 2, l'assemblée prend ses décisions et procède aux élections à la majorité des voix exprimées. Les quorums légaux ou statutaires plus élevés demeurent réservés..

Selon l'al. 3, les abstentions ne sont pas considérées comme des voix exprimées (même les statuts ne peuvent déroger à cette règle). De fait, les abstentions n'équivaudront plus à des votes négatifs, car elles n'entreront plus dans le calcul des majorités⁴²⁵; une véritable abstention sera possible. Les représentants (dépositaires et autres) indépendants sans instructions n'influeront plus sur le résultat des votes⁴²⁶.

Aujourd'hui, de nombreuses sociétés prévoient dans leurs statuts le nombre de voix exprimées (valablement) comme base de calcul⁴²⁷. Le nouveau mode de calcul n'a pas non plus été contesté par le Conseil des États lors de la discussion par article du projet de 2007⁴²⁸. Il correspond par ailleurs à la loi allemande sur les SA⁴²⁹. Enfin, le droit de la SA actuel connaît déjà ce système en ce qui concerne la conversion

⁴²⁴ Dieter Dubs/Roland Truffer, art. 702a n° 2 ss, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4^e éd., Bâle 2012.

⁴²⁵ Brigitte Tanner, art. 703 n° 88 s., in: Gauch, Peter/Schmid, Jörg (éd.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V5b, Die Aktiengesellschaft, Die Generalversammlung*, Art. 698–706b OR, Zurich 2003; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 12 n° 356.

⁴²⁶ Ines Pöschel, *Die Generalversammlung: Einberufung, Traktandierung und Durchführung*, GesKR Sondernummer, Die grosse Aktienrechtsrevision, Zurich 2008, p. 125.

⁴²⁷ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 12 n° 354 et n° 389.

⁴²⁸ BO 2009 E 699 s.

⁴²⁹ § 133 de la *Aktiengesetz* allemande.

d'actions au porteur en actions nominatives (art. 704a CO); il ne s'agit que de le généraliser.

La phrase introductive de l'art. 704, al. 1, est modifiée en fonction du contenu de l'art. 703, al. 2, P-CO. 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, P-CO est complétée en fonction des dispositions du projet. Elle mentionne désormais la réunion d'actions (ch. 2, voir art. 623 P-CO), la libération par compensation (ch. 3, voir art. 634a P-CO), la marge de fluctuation du capital (ch. 5, voir art. 653s ss P-CO), la transformation de bons de participation en actions (ch. 6, voir art. 704b P-CO), le changement de la monnaie dans laquelle le capital-actions est libellé (ch. 9, voir art. 621, al. 3, P-CO), la décotation des titres de participation de la société (ch. 10, voir art. 698, al. 2, ch. 8, P-CO) et l'introduction d'une clause d'arbitrage dans les statuts (ch. 12, voir art. 697n P-CO).

L'art. 704, 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 visée⁴³⁰.

Concernant les instructions générales passives, qui revêtent une certaine importance dans ce contexte, on renvoie au commentaire de l'art. 689c, al. 4, P-CO.

Art. 704b 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 *directe* d'actions en bons de participation doit remplir certaines conditions⁴³¹. Notamment, tous les actionnaires concernés doivent approuver la transformation de leurs actions en bons de participation, car ils vont perdre leurs droits de participation. Le consentement s'exprime soit par une décision unanime de l'assemblée générale (à laquelle tous les actionnaires concernés sont présents ou valablement représentés) ou par une déclaration écrite adressée à la société. Si les

⁴³⁰ À cet égard, voir l'ATF 117 II 290, consid. 7b, p. 313 ss.

⁴³¹ Communication 1/09 de l'Office fédéral du registre du commerce du 12 mars 2009, ch. 10 s.

actionnaires concernés ne participent pas tous à l'assemblée générale, la décision de transformer les actions est subordonnée à la condition (suspensive) de leur accord ultérieur. Comme le droit actuel ne prévoit pas de base légale explicite pour la transformation d'actions en bons de participation, la possibilité d'y procéder doit être inscrite dans les statuts.

L'art. 704b P-CO règle explicitement la transformation des actions en bons de participation. L'exigence de la base statutaire est supprimée afin d'éviter un doublon administratif. L'accord des actionnaires concernés est repris de la pratique actuelle. Il est indispensable vu que les droits de participation, et notamment le droit de vote, sont supprimés. Même si l'actionnaire garde une action donnant droit à une voix, son accord est requis, car le statut d'actionnaire est inaliénable: la personne qui a opté pour la participation sous forme d'action ne peut être forcée à une partition de ses actions en bons de participation et en action⁴³². La majorité qualifiée de l'assemblée générale requise par l'avant-projet a été abandonnée. En effet, comme tous les actionnaires concernés doivent approuver la transformation de leurs actions, les modalités de vote de l'art. 703 P-CO sont suffisantes; les autres actionnaires n'ont pas besoin d'une protection supplémentaire.

À 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, P-CO, la majorité qualifiée est donc requise explicitement selon le ch. 6. 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 des autorités du registre du commerce⁴³³. Pour les raisons déjà présentées, l'exigence de la base statutaire n'est plus prévue dans le projet (art. 622, al. 3, P-CO).

2.1.29 **Composition et organisation du conseil d'administration**

Art. 705, titre marginal et al. 1

L'al. 1 est simplifié et formulé de manière plus générale: l'assemblée générale peut révoquer les personnes et les entreprises qu'elle a nommées. Sur le plan matériel, rien ne change. Il est toujours possible de convoquer immédiatement une assemblée pour démettre de leur fonction les fondés de procuration et les mandataires nommés par l'assemblée générale, par exemple un membre ou le président du conseil d'administration (art. 726 CO)⁴³⁴.

⁴³² Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 5 n° 30.

⁴³³ Communication 1/09 de l'Office fédéral du registre du commerce du 12 mars 2009, ch. 11.

⁴³⁴ Rolf Watter, art. 726 n° 9, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

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 (art. 120 ORC)⁴³⁵.

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» du conseil d'administration.

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. Les mandats plus longs sont interdits. Le droit actuel prévoit une durée des fonctions de trois ans, qui peut être portée jusqu'à six ans par les statuts. Quatre ans sont un compromis qui s'est établi déjà depuis un certain temps; la durée de six ans ne repose pas sur des motifs bien solides⁴³⁶.

L'avant-projet prévoyait l'élection individuelle des membres du conseil d'administration, quelle que soit la société. Le but était que le vote soit davantage une expression fidèle et nuancée de la volonté des actionnaires. Cette disposition a cependant été critiquée durant la consultation, concernant les sociétés non cotées, qui ne devraient pas être confrontées à des exigences démesurées en matière de gouvernance d'entreprise⁴³⁷. Le projet ne prévoit donc plus, à l'al. 3, l'élection individuelle des membres du conseil d'administration que pour les sociétés cotées en bourse, en application de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. Les autres sociétés pourront opter pour cette solution si elles le souhaitent.

La réélection est possible, selon l'al. 4. Le droit de la SA ne fixe ni durée maximale des fonctions ni limite d'âge, mais les statuts peuvent prévoir de telles restrictions.

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

⁴³⁵ ATF 71 II 277 consid. 1, p. 279; Martin Weber, Vertretung im Verwaltungsrat, Qualifikation – Zulässigkeit – Schranken, Zurich 1994, p. 91 ss.

⁴³⁶ Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemontet, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zurich 2004, p. 90 et 199.

⁴³⁷ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 20.

suiivante. Une durée des fonctions plus longue ou une autre procédure électorale violerait les dispositions contraignantes de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. (art. 710 P-CO).

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.

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 (art. 726, al. 2, CO; art. 705 P-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. Cette disposition correspond à l'art. 4, al. 4, ORAb.

Contrairement à l'avant-projet, le projet ne règle pas la nomination du vice-président⁴³⁸ ni du secrétaire de l'assemblée générale, afin de permettre aux sociétés de s'organiser plus librement. Il est ainsi pensable qu'une société renonce à instituer formellement un secrétaire. Il est devenu rare, aujourd'hui, que la fonction de secrétaire soit inscrite au registre du commerce⁴³⁹. L'al. 5 de l'avant-projet a donc été supprimé.

Art. 713, al. 2 et 3

L'al. 2 règle la manière dont le conseil d'administration prend ses décisions, le but étant de lui donner la plus grande marge possible pour agir en fonction de la situation. La loi actuelle ne mentionnant pas toutes les formes de prise de décision existant en pratique⁴⁴⁰, l'al. 2 du projet les précise pour plus de sécurité juridique.

La séance dans un lieu de réunion, citée au ch. 1, est sans doute, de par l'immédiateté physique, le moyen le plus adapté pour permettre aux membres d'établir une bonne culture de discussion et de mieux se connaître. Le ch. 2 permet cependant aussi de tenir une séance sans se réunir (tous) concrètement, grâce aux médias électroniques, selon les art. 701c à 701e P-CO (conférence téléphonique ou vidéo). Enfin, le ch. 3 mentionne les décisions prises par écrit sur papier ou sous forme électronique (par ex. une décision par voie de circulation), auquel cas tous les membres doivent avoir donné leur accord (art. 701, al. 3, P-CO). Si chaque membre de l'assemblée générale a ce droit inaliénable, c'est en raison de l'asynchronisme des échanges de vue qui caractérise cette procédure de décision, au contraire des deux autres. Il existe d'ailleurs déjà, sous une autre forme, dans le droit actuel, qui permet à chaque membre de requérir une discussion (art. 713, al. 2, CO). Le conseil d'administration règlera les autres détails de la prise de décision dans le règlement

⁴³⁸ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 20.

⁴³⁹ Florian Zihler/Samuel Krähenbühl, Zeichnungsberechtigungen und Funktionen in der handelsregisterrechtlichen Praxis, REPRAX 3/2010, p. 73 s.

⁴⁴⁰ Rolf Watter/Sebastian Flückiger, Beschlussfassung unter abwesenden VR-Mitgliedern (inkl. durch Zirkularbeschluss), GesKR 3/2015, p. 410 ss.

d'organisation (art. 716b, al. 2, ch. 1, P-CO), sous réserve, comme toujours, des dispositions statutaires.

Selon l'al. 3, ces délibérations et décisions doivent être consignées dans un procès-verbal, signé par le président et par la personne qui l'a rédigé. Le conseil d'administration sera en tous les cas bien avisé d'y inscrire les détails des décisions, les mesures prises en cas de conflits d'intérêts (art. 717a P-CO) et les résultats des votes/nominations de manière vérifiable par des tiers. En effet, il peut par exemple avoir à prouver, dans une procédure en responsabilité ou en restitution, qu'il a pris une décision relative aux affaires dans le respect de son devoir de diligence au sens du droit de la SA et, le cas échéant, de ses autres obligations juridiques. Dans la pratique, il s'est développé une construction en trois parties, afin de protéger la liberté d'appréciation en affaires: situation de départ, discussion et décision sur un objet à l'ordre du jour⁴⁴¹.

Concernant le procès-verbal électronique et la conservation des procès-verbaux, on peut se reporter au commentaire de l'art. 702 P-CO.

Art. 716a, titre marginal et al. 1, ch. 3 et 7 à 9

Les versions française et italienne du titre marginal sont rapprochées de l'allemand.

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 et elle est de nature à induire en erreur. Le plan financier est un instrument de gestion indispensable pour *tous* les conseils d'administration. Il permet de conformer aux buts de l'entreprise et à ses orientations d'avenir l'acquisition de capital, l'utilisation des ressources et les mesures de garantie des liquidités⁴⁴², toutes choses nécessaires au respect du devoir de diligence. En outre, il est nécessaire compte tenu de la nouvelle disposition concernant les mesures destinées à parer la menace d'insolvabilité de la société (art. 725 P-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 étranger ne mettent pas en danger la pérennité de la société⁴⁴³.

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

⁴⁴¹ Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, *Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4^e éd., Zurich 2014, p. 270 ss.; Lukas Handschin, *Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht*, Bâle 2013, n^o 231; Peter Kartscher/Bruno Risi/Daniel Suter, *Finanzberichterstattung*, Zurich 2012, p. 5.

⁴⁴² Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, *Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4^e éd., Zurich 2014, p. 261 ss.

⁴⁴³ Voir déjà le message droit de la SA 1983, p. 948; Peter Bökli, *Schweizer Aktienrecht*, Zurich 2009, § 13 n^o 353 s.

LP révisée et la possibilité nouvelle d'utiliser le sursis concordataire (provisoire) comme outil d'assainissement, celui-ci a désormais la fonction de l'ajournement de la faillite (ch. 1.4.9.3). 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. Les nouvelles dispositions sur l'assainissement (art. 725, 725a et 725b P-CO) instituent ou précisent les actions que doit entreprendre le conseil d'administration pour faire face à une menace d'insolvabilité, à une perte de capital ou à un surendettement. Ces obligations d'agir relèvent en partie de la seule compétence du conseil d'administration, d'autres requerront la convocation de l'assemblée générale (par ex. une augmentation ordinaire de capital). Les ch. 7 et 8 proposés y ajoutent l'obligation pour le conseil d'administration de recourir aux instruments du droit du sursis concordataire.

Selon le ch. 9, le conseil d'administration des sociétés dont les actions sont cotées en bourse est compétent pour établir le rapport de rémunération (art. 734 ss P-CO). Cette disposition correspond à l'art. 5 ORAb.

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^{re} 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)⁴⁴⁴.

Conformément à la 2^e 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 (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. 1 et 3, CO).

L'art. 735d P-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^e 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. 1 correspond à l'art. 6 ORAb.

⁴⁴⁴ Christian Champeaux, art. 120 n° 4 ss, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (éd.), *Stämpflis Handkommentar (HRegV)*, Berne 2013.

L'al. 2 fixe le contenu minimal obligatoire du règlement d'organisation. Plus détaillé et plus clairement structuré que la disposition actuelle (art. 716*b*, al. 2, CO), il ne contient pas de modification sur le fond. Dans la pratique, les règlements d'organisation présentent déjà tous les aspects cités à l'al. 2⁴⁴⁵. Il ne s'agit donc pas de surréglementation. Le conseil d'administration peut en outre toujours suivre les exigences concrètes de sa propre société. Dans les cas simples, un procès-verbal du conseil d'administration peut suffire à tenir lieu de règlement d'organisation, ce terme n'étant pas pris dans un sens formel⁴⁴⁶.

La formulation de l'al. 2 est plus proche du texte actuel que l'avant-projet; une lacune a été corrigée au ch. 5.

Le règlement d'organisation doit décrire l'organisation interne et les éventuels comités du conseil d'administration (ch. 1) et l'organisation de la gestion (ch. 2). Le ch. 1 n'implique pas une obligation de former des comités. Les modalités des rapports au sein du conseil d'administration ou entre la direction et le conseil d'administration sont aussi à régler (ch. 3). En outre, le règlement doit préciser comment gérer les conflits d'intérêts, en exécution de l'art. 717*a* P-CO (ch. 4).

Selon le ch. 5, le règlement d'organisation doit fixer les actes qui nécessitent l'approbation du conseil d'administration en cas de délégation de la gestion. Cette disposition avait été omise par erreur dans l'avant-projet, bien qu'une disposition similaire du projet de 2007⁴⁴⁷ ait été incontestée par le Conseil des États⁴⁴⁸.

Si la gestion n'a pas été déléguée, elle est assumée par l'ensemble des membres de l'assemblée générale, conformément à l'al. 3. Il n'en va pas autrement dans le droit actuel (art. 716*b*, al. 3, CO). Seule la version allemande comporte une modification rédactionnelle.

Conformément à l'al. 4, le conseil d'administration doit renseigner par écrit (sur papier ou par des moyens électroniques) tout actionnaire qui en fait la demande au sujet du règlement d'organisation. 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, ch. 1 à 5. 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 (comme à l'art. 958*e*, al. 2, CO). Le droit d'information des actionnaires existe en droit actuel (art. 716*b*, al. 2, 2^e phrase, CO). La nouvelle disposition en précise l'étendue, citant l'al. 2, ch. 1 à 5. Le but est d'accroître la sécurité du droit, tant pour les personnes

⁴⁴⁵ Peter Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, Zurich 2011, § 16 n° 1 et n° 15 ss; Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, *Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4^e éd., Zurich 2014, p. 72 ss.

⁴⁴⁶ Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, art. 716*b* n° 5 et 7; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4^e éd., Bâle 2012.

⁴⁴⁷ Art. 716*c* du projet de 2007 (message droit de la SA 2007, p. 1505 s.); Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemontet, *Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts*, Zurich 2004, p. 206 s.

⁴⁴⁸ BO 2009 E 701 (art. 716*c* du projet de 2007).

habilités que pour le conseil d'administration lui-même; ce dernier ne sera pas tenu de divulguer des informations internes sensibles.

Art. 717a Conflits d'intérêts

Les membres du conseil d'administration et de la direction sont aujourd'hui tenus, du fait de leurs devoirs de diligence et de fidélité relevant du droit du travail, du droit du mandat et du droit de la SA, de prévenir autant que possible l'apparition de conflits d'intérêts (art. 321a, 398, al. 1 et 2, et 717 CO). De nombreux conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration peuvent être évités par la manière dont sont fixées l'organisation et la composition de ce dernier et de la direction (art. 716a, al. 1, ch. 2, CO, art. 716b P-CO).

Dans l'intérêt d'une bonne gouvernance d'entreprise, l'art. 717a du projet prévoit ce qui doit arriver si un conflit d'intérêts surgit malgré ces précautions. Bien qu'il ait été relativement peu critiqué pendant la consultation⁴⁴⁹, il a encore été simplifié pour donner au conseil d'administration plus de flexibilité sur le plan de l'organisation, notamment dans le contexte des relations au sein des groupes de sociétés.

Les membres du conseil d'administration et, si la société en a une, ceux de la direction doivent, selon l'al. 1, informer l'assemblée générale immédiatement et sans réserve en cas de conflit d'intérêts, que ce conflit soit latent ou bien qu'une contradiction insoluble soit déjà apparue⁴⁵⁰. Par exemple, un membre d'un organe de la société peut avoir une relation étroite, sur le plan privé ou dans les affaires, avec un tiers qui veut nouer des relations commerciales avec la société. Mais un simple manque de temps peut aussi créer un conflit d'intérêts, si par exemple les autres activités d'un membre du conseil d'administration, pour une autre société du groupe ou à l'extérieur - et même si elles correspondent aux clauses statutaires visées à l'art. 626, al. 2, ch. 1, P-CO - sont si absorbantes que cette personne n'a plus assez de temps pour accomplir avec suffisamment de soin ses tâches auprès de la société. En cas de conflit d'intérêts durable, le membre concerné du conseil d'administration ou de la direction n'a pas d'autre choix que de quitter l'organe en question.

Selon l'al. 2, le conseil d'administration doit prendre les mesures qui s'imposent pour préserver les intérêts de la société. Le projet s'écarte du projet de 2007⁴⁵¹ et de l'avant-projet en ce qu'il ne prévoit pas de devoir de récusation. Souvent, les connaissances de la personne qui se trouve au centre du conflit d'intérêts sont importantes pour la discussion au sein du conseil d'administration ou de la direction. Même une récusation pour un vote peut être malvenue dans certains cas, car elle décharge la personne concernée de sa responsabilité. En pareil cas, les conseils d'administration procèdent souvent dans la pratique à un double vote, une fois avec

⁴⁴⁹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 20.

⁴⁵⁰ Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, Geplante Neuerungen betreffend Organisation des Verwaltungsrates, GesKR Sondernummer, Die grosse Aktienrechtsrevision, Zurich 2008, p. 136.

⁴⁵¹ Message de la SA de 2007, p. 1506 s.

tous les membres et une deuxième fois sans les membres susceptibles de prévention, la décision n'étant valable que si elle a été confirmée par le deuxième vote⁴⁵².

L'art. 717a P-CO prévoit donc «seulement» une obligation d'informer pour les membres du conseil d'administration et de la direction et une obligation de prendre des mesures pour le conseil d'administration. Ce dernier doit fixer les modalités dans le règlement d'organisation (art. 716b, al. 2, ch. 4, P-CO). Il doit y définir des procédures claires, par exemple le double vote exposé juste au-dessus, afin que les conflits d'intérêts n'aient pas des répercussions négatives sur la société.

Si les membres du conseil d'administration ou de la direction portent préjudice à la société en ayant mal géré un conflit d'intérêts, ils en répondent conformément à l'art. 754 CO.

Art. 718, titre marginal Représentation; en général

La numérotation change en raison de la nouvelle systématique de la loi.

Art. 720

L'obligation générale d'inscrire la SA au registre du commerce découle de l'art. 640 CO. Selon l'art. 929, al. 1, CO (ou l'art. 943 du projet de modernisation du registre du commerce⁴⁵³), le Conseil fédéral édicte des dispositions notamment sur le contenu de l'inscription. En vertu de cette clause de délégation, l'art. 45 ORC décrit le contenu de l'inscription d'une SA, dont (al. 1, let. o) les personnes habilitées à représenter la société. À l'occasion de la présente révision, les normes sur le contenu de l'inscription doivent être supprimées du CO, pour éviter des incohérences et des redites entre la loi et l'ordonnance (art. 634 et 642 P-CO). Le Conseil fédéral doit également édicter des dispositions sur la réquisition d'inscription et les pièces justificatives. L'ORC contient donc des normes sur les personnes qui ont le pouvoir ou l'obligation de requérir l'inscription et sur l'authentification des signatures (art. 17 s. et 21 ORC). Les dispositions correspondantes peuvent être supprimées du CO.

L'art. 720 CO, qui détaille l'inscription des personnes autorisées à représenter la société, peut être purement et simplement abrogé, toutes les règles correspondantes se trouvant dans l'ORC.

⁴⁵² Rolf Watter, Neuerungen im Bereich des Verwaltungsrates, in: Watter, Rolf (éd.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, p. 294 s.

⁴⁵³ Message registre du commerce, p. 3289.

2.1.30 Responsabilité pour les organes

Art. 722, titre marginal

Le titre marginal fait l'objet d'une rectification dans la version allemande: 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) et pour les personnes autorisées à représenter la société. Rien ne change quant au fond.

2.1.31 Menace d'insolvabilité, perte de capital et surendettement

Art. 725 Menace d'insolvabilité

Cette disposition précède celles sur la perte de capital et le surendettement. La planification financière fait partie des tâches intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration (art. 716a, al. 1, ch. 3, P-CO). Le nouvel art. 725 prévoit à cet égard des obligations d'agir explicites du conseil d'administration, visant à prévenir l'insolvabilité.

Il y a insolvabilité au sens de l'al. 1 lorsque la société ne dispose ni de liquidités pour acquitter ses dettes échues, ni du crédit nécessaire pour se procurer ces liquidités⁴⁵⁴. Si c'est la première fois qu'elle est incapable de payer en temps utile, cela ne révèle pas forcément une véritable insolvabilité⁴⁵⁵. 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 six prochains mois, que ce soit en raison d'événements particuliers ou de changements structurels dans l'environnement entrepreneurial. Si la société est soumise de par la loi au contrôle ordinaire (art. 727 CO), la période à prendre en compte n'est pas de six mais de douze mois. Ces douze mois correspondent à la période déterminante pour la poursuite de l'exploitation selon le droit comptable (art. 958a CO). Les sociétés concernées doivent, selon l'art. 961b CO actuel, établir un tableau des flux de trésorerie (éventuellement rétrospectif). L'avant-projet prévoyait un délai de douze mois pour toutes les sociétés, mais des craintes se sont fait jour, lors de la consultation, que ce délai soit excessif pour les PME notamment, et une approche plus nuancée a été demandée⁴⁵⁶. Le projet tient compte de ces remarques, bien que l'argument d'un horizon temporel uniforme pour toutes les entreprises en cas de menace d'insolvabilité (douze mois, en supposant que l'activité se poursuive selon le droit comptable) ait aussi un certain bien-fondé.

Quoique l'art. 958a CO formule l'hypothèse que l'entreprise poursuivra ses activités au moment de l'établissement des comptes (sur une période de douze mois dès la date du bilan), le conseil d'administration a pour tâche permanente de veiller à la solvabilité future de la société au sens de l'art. 725 P-CO.

⁴⁵⁴ ATF 111 II 206, consid. 1, p. 206 s.

⁴⁵⁵ ATF 109 III 77, consid. 2, p. 78.

⁴⁵⁶ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 32; Peter Böckli, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, RSDA 5/2015, p. 499 s.

Innovation importante: la menace d'insolvabilité aura comme première conséquence juridique l'obligation du conseil d'administration d'établir un plan de trésorerie (al. 1 à 3).

Le plan de trésorerie, décrit à l'al. 2, est une estimation *prospective* des flux de trésorerie durant la période déterminante⁴⁵⁷. 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'investissement et de financement. Ce qui paraît compliqué au premier abord est relativement simple à établir pour les petites SA, car la situation n'est pas très complexe. Les rubriques importantes ayant un impact en termes de liquidités (loyer, personnel, intérêts, etc.) sont faciles à chiffrer; quant aux coûts, qui sont plus variables (par ex. les frais de matériel), et les revenus, on peut en général s'appuyer sur des valeurs passées.

À la différence de la nouvelle réglementation de la procédure concordataire, le projet définit une période concrète de six ou de douze mois pour le plan de trésorerie, ce qui n'exclut pas que ce dernier 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 de la situation économique de l'entreprise (art. 958 CO), qui doit avant tout mettre en évidence s'il y a des raisons sérieuses de craindre un surendettement au sens de l'art. 725b P-CO.

Selon l'al. 2, le plan de trésorerie peut comprendre les mesures propres à assurer la solvabilité 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 le conseil d'administration prend déjà des mesures à ce moment-là. En outre, il est libre de convoquer une assemblée générale, notamment lorsque les mesures propres à assurer la solvabilité sont soumises à l'approbation de cette dernière (par ex. augmentation ordinaire du capital-actions).

S'il résulte du plan de trésorerie, compte tenu des mesures prévues par le conseil d'administration et de celles que l'assemblée générale a approuvées, qu'il existe une menace d'insolvabilité, le conseil d'administration doit prendre d'autres mesures, conformément à l'al. 3. Ce seront principalement des mesures qui impliquent l'intervention de l'assemblée générale, par exemple un accordéon ou une augmentation du capital-actions. En outre, l'introduction d'une procédure concordataire selon l'art. 293 LP peut être opportune.

Si le conseil d'administration enfreint son obligation d'agir, il peut avoir à en répondre conformément à l'art. 754 CO et, en cas de faillite ultérieure, aux art. 756 s. CO.

Le projet se distingue de l'avant-projet sur quelques points concernant les conséquences juridiques. L'avant-projet prévoyait que le réviseur agréé doit confirmer la plausibilité du plan de trésorerie (art. 725, al. 3, AP-CO). Les acteurs de la consultation ont contesté ce point. D'une part, ils doutaient de la pertinence de cette mesure pour les PME, qui auraient eu à encourir des frais supplémentaires à un moment critique. D'autre part, ils ont reproché à ce contrôle de se fonder sur des critères trop

⁴⁵⁷ Peter Böckli, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, RSDA 5/2015, p. 497 ss.

imprécis, ce qui pourrait retenir les réviseurs, confrontés au risque d'action en responsabilité, d'accepter d'y procéder⁴⁵⁸. De plus, la recherche d'un réviseur et la mise en place du contrôle prendraient du temps (notamment pour les entreprises qui ont renoncé au contrôle restreint des comptes annuels, art. 727a CO)⁴⁵⁹. On a donc abandonné cet examen de plausibilité afin de tenir compte de ces critiques.

Le projet ne contient plus non plus la convocation obligatoire de l'assemblée générale (art. 725, al. 4, AP-CO), car il a été jugé que son coût en argent et en temps et l'obligation de publicité qui y serait liée la rendraient souvent inutile, voire contre-productive⁴⁶⁰. Le conseil d'administration devra donc évaluer, dans le respect de ses obligations, quel rôle donner aux actionnaires. De fait, la convocation demeurera une mesure incontournable dès lors que les mesures relevant de la compétence du conseil d'administration ne suffiront pas à éviter l'insolvabilité. Lorsque les mesures d'assainissement du droit de la société anonyme ne suffisent pas, ce dernier devra, au lieu de convoquer l'assemblée, faire une demande de sursis concordataire, démarche qui nécessite d'ailleurs aussi un plan de trésorerie (art. 293, let. a, LP). Si l'assemblée générale n'a pas été impliquée dans les mesures d'assainissement, elle devra au plus tard en être informée dans le cadre des comptes annuels (art. 959a, al. 3, 959b, al. 5, et 959c CO).

Les procédures d'assainissement sont urgentes et les acteurs doivent agir vite. Vu la diversité des cas de figure (taille de l'entreprise, branche, 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. 4 impose au conseil d'administration l'obligation d'agir avec célérité. En référence à la jurisprudence 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 jusqu'à présent agir aussitôt. L'obligation de célérité prévue à l'al. 4 revêt une importance particulière en cas de surendettement ultérieur (art. 725b P-CO), car sa violation peut déclencher la responsabilité du conseil d'administration.

Art. 725a Perte de capital

Les règles relatives à la perte de capital – un indicateur d'alerte – s'inspirent essentiellement du droit en vigueur. On continue à se fonder sur le bilan, établi selon les règles (principes de la régularité des comptes, exigences en termes de structure et d'évaluation, art. 958a ss CO)⁴⁶¹. Le seuil d'alerte actuel, de la moitié du capital (art. 725, al. 1, CO) est remplacé par une perte d'un tiers du capital-actions et des réserves légales. On intervient donc plus tôt qu'aujourd'hui. Cette modification peut

⁴⁵⁸ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 32.

⁴⁵⁹ Peter Böckli, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, RSDA 5/2015, p. 502.

⁴⁶⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 32.

⁴⁶¹ Hanspeter Wüstiner, art. 725 n° 22; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 13 n° 719 ss et n° 735.

paraître mineure, mais le conseil d'administration sera davantage sur le qui-vive et fera plus tôt attention à un recul des capitaux propres si une crise s'amorce⁴⁶². Le texte de loi cite les réserves légales issues du capital et issue du bénéfice (art. 671 s. P-CO). Comme actuellement, les parts non distribuables de ces réserves seront aussi incluses⁴⁶³.

Très critiqués durant la consultation, les nouveaux indicateurs prévus par l'avant-projet (rapide diminution du capital propre suite à une perte annuelle élevée, pertes trois années successives) n'ont pas été repris dans le projet (ch. 1.4.9.1).

Selon les al. 1 et 2, la perte de capital a plusieurs conséquences juridiques. Le conseil d'administration est tenu de procéder à une évaluation de la situation économique de la société. Il doit pouvoir juger, sur la base d'informations actuelles, quelles mesures sont adéquates et envisageables pour remédier à la perte de capital et déterminer s'il y a lieu de craindre que la société devienne insolvable (art. 725 P-CO) ou qu'elle se surendette (art. 725b P-CO). Il n'est pas nécessaire d'élaborer un rapport annuel formel (art. 961c CO), qui ne contiendrait d'ailleurs pas toutes les informations nécessaires. C'est cependant ce qu'ont compris certains participants à la consultation, du fait que l'avant-projet prescrivait une évaluation «globale» de la situation (art. 725a, al. 1, en relation avec l'art. 725, al. 1, AP-CO). Pour éviter tout malentendu, il faut biffer le mot «global», ce qui permet aussi d'offrir plus de flexibilité aux entreprises et notamment aux PME. Si l'évaluation de la situation économique révèle des raisons sérieuses de craindre l'insolvabilité au sens de l'art. 725 P-CO, le conseil d'administration est tenu d'agir conformément à cet article. S'il y a menace de surendettement, voire s'il y a surendettement de la société, les conséquences juridiques de l'art. 725b P-CO s'appliquent.

Selon l'avant-projet, la perte de capital devait entraîner dans tous les cas l'obligation d'établir un plan de trésorerie. Le côté contraignant de cette mesure a été critiqué lors de la consultation, au motif que les problèmes de bilan ne doivent pas être assimilés à des problèmes de liquidité⁴⁶⁴. Aux termes du projet, le plan de trésorerie ne doit être établi que si l'évaluation de la situation économique par le conseil d'administration révèle une menace d'insolvabilité.

L'al. 2 (comme dans l'avant-projet) prévoit une nouvelle conséquence juridique déclenchée par la constatation d'une perte de capital: 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'enjolie pas sa situation économique, comme cela arrive fréquemment.

⁴⁶² Peter Böckli, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, RSDA 5/2015, p. 496.

⁴⁶³ Eric Homburger, art. 725 n° 1204 ss, in: Gauch, Peter/Schmid, Jörg (éd.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V5b, Die Aktiengesellschaft, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zurich 1997; Hanspeter Wüstiner, art. 725 n° 18; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012. Concernant les agios (non) bloqués: ATF 140 III 533, consid. 6.2, p. 547 s.

⁴⁶⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 32.

L'al. 3 précise que le conseil d'administration est délié de l'obligation de faire réviser ses comptes annuels s'il dépose une demande de sursis concordataire (accompagnée des pièces prévues à l'art. 293a, al. 1, let. a, LP).

L'al. 4 rappelle l'obligation d'agir avec célérité incombant au conseil d'administration et au réviseur agréé ou à l'organe de révision (art. 725, al. 4 et 725b, al. 6, P-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. Ils 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 P-CO par le biais de dispositions statutaires.

Art. 725b Surendettement

L'art. 725b P-CO porte sur le surendettement et correspond dans une large mesure à l'actuel art. 725 CO. Les adaptations proposées, notamment le délai de grâce (et les autres conditions) avant d'aviser le tribunal, ont été majoritairement approuvées durant la consultation. En précisant le moment où ce délai commence à courir, le projet tient compte d'une remarque majeure issue de la consultation⁴⁶⁵.

Le plus souvent, au moment où apparaissent les circonstances de l'art. 725b, la société se trouve dans une situation relevant des art. 725 ou 725a P-CO, et a déjà déclenché une procédure correspondante, mais ce n'est pas toujours le cas. Il peut être nécessaire d'examiner l'existence du surendettement avant que de se trouver tenu de prendre des mesures en vertu des art. 725 et 725a P-CO. Certes, les trois articles sont étroitement liés quant au fond, mais les obligations qui en découlent sont en principe indépendantes les unes des autres. Lorsque l'art. 725b P-CO vient à s'appliquer, les conséquences juridiques et les obligations d'agir qu'il prévoit remplacent en général celles des deux articles précédents. Rien n'empêche toutefois le conseil d'administration d'établir un plan de trésorerie, par exemple en vue d'une demande de sursis concordataire (art. 293, let. a, LP).

L'al. 1 correspond pour l'essentiel à l'art. 725, al. 2, CO en vigueur. En réponse à un vœu formulé lors de la consultation, la 2^e phrase précise que la société peut renoncer à établir des comptes intermédiaires à la valeur de liquidation lorsqu'elle envisage de poursuivre l'exploitation et que les comptes intermédiaires ne laissent pas apparaître de surendettement⁴⁶⁶. La 3^e phrase concerne le cas particulier dans lequel l'établissement de comptes intermédiaires à la valeur de liquidation est suffisant (art. 958a, al. 2, CO). Les références aux «comptes intermédiaires» faites dans les alinéas subséquents de cet article visent, dans ces deux cas, uniquement les comptes intermédiaires 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 comptes intermédiaires. Cette obligation existe déjà en droit actuel.

⁴⁶⁵ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 32 s.

⁴⁶⁶ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 32.

Selon l'al. 3, aviser le tribunal n'est obligatoire qu'en cas de surendettement. L'avis au juge peut se faire sous la forme d'une demande de sursis concordataire provisoire ou d'ouverture de la faillite. La menace d'insolvabilité déclenche uniquement les conséquences de l'art. 725 P-CO; cependant, elle aboutit souvent à des mesures d'exécution forcée de la part des créanciers et, en fin de compte, à l'ouverture d'une procédure de sursis concordataire ou de faillite.

Selon l'al. 4, ch. 1, la postposition, prévue dans le droit en vigueur et complétée par les précisions proposées dans le projet de 2007 (ajournement des intérêts, la durée de celui-ci étant précisée), permet de renoncer à aviser le tribunal. Les créances ainsi placées à un rang inférieur doivent apparaître séparément dans le bilan ou l'annexe, en vertu des art. 959a, al. 3, et 959c, al. 1, ch. 2, CO. Il s'agit entre autres de réduire le risque encouru par le conseil d'administration en termes de responsabilité en cas de postposition, de sorte qu'il soit plus facile d'engager cette mesure (art. 757 P-CO).

L'al. 4, ch. 2, prévoit une nouvelle disposition permettant de différer l'information du tribunal, à condition que des exigences strictes soient respectées: il faut qu'il existe des raisons sérieuses d'admettre, d'une part, qu'il est possible de supprimer le surendettement en temps utile⁴⁶⁷ et, d'autre part, que ce dernier ne s'aggrave pas sensiblement durant la période concernée.

Ce n'est que si ces conditions sont réunies que les intérêts des créanciers ne sont pas menacés. Dans les cas où il est nécessaire d'établir deux comptes intermédiaires, l'endettement ne doit s'aggraver sensiblement ni à la valeur d'exploitation ni à la valeur de liquidation⁴⁶⁸. Une entreprise en surendettement ne pourra toutefois pas participer indéfiniment à des transactions juridiques, même si ces conditions sont remplies. Un délai de 90 jours est prévu, pour une meilleure sécurité du droit. C'est la première fois qu'une limite temporelle précise est fixée; le Tribunal fédéral ne l'a jamais fait⁴⁶⁹.

Ce délai commencera à courir au moment de l'établissement des comptes intermédiaires – une précision apportée suite à la consultation⁴⁷⁰. La tentation éventuelle de retarder le début du délai en différant l'élaboration du rapport de révision est battue en brèche par l'obligation, statuée à l'al. 6, d'agir «avec célérité», qui s'applique aussi à l'organe de révision ou au réviseur agréé.

S'il apparaît que ce délai de 90 jours est insuffisant ou que le surendettement s'aggrave sensiblement, il n'est plus possible de renoncer à l'avis au juge. Le conseil d'administration peut alors demander un sursis concordataire (provisoire) afin de poursuivre l'assainissement jusqu'à son terme.

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 révi-

⁴⁶⁷ ATF 116 II 533, consid. 5a, p. 540 s.; ATF 132 III 564 consid. 5.1, p. 572 s.; arrêt 4C.366/2000 du Tribunal fédéral du 19 juin 2001, consid. 4b.

⁴⁶⁸ Hanspeter Wüstiner, art. 725 n° 48; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

⁴⁶⁹ Reto Eberle/Daniel Lengauer, art. 728c n° 155 s., in: Handschin, Lukas (éd.), Die Aktiengesellschaft, Die Revisionsstelle, Art. 727–731a OR, Zurich 2016.

⁴⁷⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 33.

sion 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.

Lorsque l'art. 725b P-CO s'applique en vertu d'un renvoi prévu dans les dispositions relatives à la Sarl (art. 820, al. 1, P-CO) ou à la société coopérative (art. 903, P-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 le juge a déjà été avisé, l'art. 173a P-LP peut s'appliquer.

Art. 725c Réévaluation des immeubles et des participations

Les al. 1 et 2 de l'art. 725c reprennent sur le fond les art. 670 et 671b CO. À certaines conditions, les immeubles ou les participations peuvent donc toujours être réévalués pour remédier à une perte de capital ou à un surendettement. On renonce à supprimer cette mesure d'assainissement du bilan, comme le prévoyait encore le projet de 2007⁴⁷¹, en raison des arguments bien fondés qui ont été avancés contre cette suppression⁴⁷².

L'art. 725c P-CO pourrait aussi être intégré dans le droit comptable,⁴⁷³ mais il s'est avéré préférable de s'en tenir à cet emplacement en raison du lien étroit de cette disposition avec les art. 725, 725a et 725b P-CO (c'est-à-dire avec les mesures d'assainissement du CO) et de son ancrage traditionnel dans le droit de la SA.

Selon l'al. 2, la réévaluation n'est autorisée que si un réviseur agréé ou l'organe de révision atteste à l'intention du conseil d'administration que les conditions légales sont remplies (par ex. l'existence d'une perte de capital). Le conseil d'administration informe l'assemblée générale de la réévaluation et du résultat de la révision au plus tard au moment de la présentation des comptes annuels (art. 959c, al. 1, ch. 2, CO).

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 (art. 725b P-CO) qu'à la perte de capital (art. 725a P-CO).

À l'instar du droit en vigueur, l'al. 3 prévoit que la réserve de réévaluation ne peut être dissoute qu'à certaines conditions. Le projet précise explicitement que la transformation est possible non seulement en capital-actions mais aussi en capital-participation.

471 Message droit de la SA 2007, p. 1477 et 1479.

472 Lukas Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrechts, Bâle 2013, n° 662 ss.

473 Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 33.

Art. 726, titre marginal

La numérotation change en raison de la nouvelle systématique de la loi.

2.1.32 Attributions et organisation de l'organe de révision

Art. 727, al. 1, ch. 1, let. c, et ch. 3, et al. 1^{bis}

La modification de l'al. 1, ch. 1, let. c, et ch. 3, ne concerne que la version française: l'expression «comptes de groupe» est remplacée par l'expression «comptes consolidés».

Le capital-actions de la SA et de la Sàrl pourra aussi être fixé en monnaie étrangère (art. 621 et 773 P-CO). L'art. 727 est donc complété d'un al. 1^{bis} réglant la question de la conversion.

Art. 727a, al. 2

L'al. 2 prévoit que les actionnaires ne peuvent pas renoncer au contrôle restreint des comptes annuels si les statuts de la société prévoient une marge de fluctuation (art. 653s P-CO) autorisant une réduction du capital ou la possibilité de verser un dividende intermédiaire (art. 675a P-CO). En effet, dans ces deux cas, la protection des créanciers est moins rigoureuse qu'en cas de réduction ordinaire ou de distribution d'un dividende ordinaire. La protection des créanciers en cas de réduction dans le cadre d'une marge de fluctuation est plus éloignée dans le temps de la décision initiale (art. 653w, al. 1, ch. 2, P-CO) et est soumise à une réglementation moins stricte qu'en cas de réduction ordinaire (art. 653w, al. 2, P-CO). La distribution d'un dividende intermédiaire ne s'appuie pas sur les comptes annuels approuvés par l'assemblée générale, mais sur des comptes intermédiaires qui peuvent être raccourcis et simplifiés (art. 960f P-CO). Il existe ainsi un risque que soient soustraites à la société, volontairement ou involontairement, des liquidités dont elle pourrait avoir besoin plus tard pour remplir ses obligations. Dans les deux cas, le contrôle restreint renforce la protection des créanciers. Le rapport de révision constitue en outre un document fiable sur lequel le conseil d'administration pourra se fonder pour prendre ses décisions.

Art. 728, al. 6

Le fait de pouvoir contrôler l'organe de révision est suffisant pour que l'indépendance de celui-ci soit restreinte en apparence (art. 728, al. 1, CO)⁴⁷⁴. L'aspect «direction» n'est pas déterminant. On remplace donc le principe de direction par le principe de contrôle⁴⁷⁵. On établit ainsi une certaine cohérence au sein de l'art. 728

⁴⁷⁴ Manus Widmer/Reto Sanwald, § 13 n° 158, in: von Büren, Roland/Chappuis, Christine / Girsberger, Daniel/Kramer, Ernst A./Sutter-Somm, Thomas/Hofer, Sibylle/Wiegand, Wolfgang/Wolf, Stephan, Schweizerisches Privatrecht, tome VIII/10, Bâle 2014; Stephan Dekker, art. 728 n° 39 ff., in: Wibmer, Jeannette K. (éd.) Aktienrecht Kommentar, Zurich 2016.

⁴⁷⁵ Message droit de la SA 2007, p. 1543.

tout en confirmant la pratique existante. Ce faisant, on adapte le libellé de l'art. 728, al. 6, aux nouvelles dispositions relatives à l'obligation d'établir des comptes consolidés (art. 963, al. 1 et 2, CO).

Art. 728a, al. 1, ch. 1 et 4

Selon le droit actuel, les indemnités doivent être publiées dans l'annexe au bilan (annexe aux comptes annuels) (art. 663b^{bis} 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)⁴⁷⁶.

Les art. 734 ss P-CO ont pour effet de transférer les informations concernant les indemnités de l'annexe aux comptes annuels dans le nouveau rapport de rémunération (comme le font déjà les art. 13 ss ORAb). 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 cotée 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 ORAb⁴⁷⁷. L'organe de révision doit vérifier si le rapport de rémunération est complet et si les informations quantitatives qu'il contient (art. 734 P-CO) sont exactes.

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 P-CO⁴⁷⁸.

Art. 729, titre marginal

Le titre marginal actuel de l'art. 729 CO comprend le terme «*review*», introduit dans le cadre du nouveau droit de la révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008⁴⁷⁹. Ce terme induit en erreur, car il ne se réfère pas, dans la pratique, au contrôle restreint des comptes annuels, mais à un examen plus limité des comptes et d'autres élé-

⁴⁷⁶ Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, vol. 1, Zurich 2009, p. 292 s.; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zurich 2014, p. 88.

⁴⁷⁷ Rapport ORAb, p. 9.

⁴⁷⁸ Watter/Maizar, art. 728c n° 22, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

⁴⁷⁹ 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.

ments, par exemple des budgets⁴⁸⁰. Afin de prévenir tout malentendu, le terme «*review*» est biffé du titre marginal. Cette précision ne change matériellement rien à l'art. 729 et aux exigences concernant le contrôle restreint (art. 729a ss CO).

Art. 730a, al. 4

Aujourd'hui, l'assemblée générale peut en tout temps révoquer l'organe de révision avec effet immédiat, autrement dit avant la fin de son mandat (art. 730a, al. 4, P-CO et 404 CO). Des voix critiquent le fait que l'organe de révision doit motiver sa démission (art. 730a, al. 3, CO), mais que l'assemblée générale peut le révoquer sans indiquer de motifs⁴⁸¹.

Cette réglementation ne pose pas de problème aux actionnaires majoritaires puisque la révocation est votée lors de l'assemblée générale. Les actionnaires minoritaires et les autres personnes qui se fient à l'organe de révision sont en revanche désavantagés. Les actionnaires majoritaires (parfois une seule personne) peuvent, notamment en cas de surendettement (art. 725b P-CO), se débarrasser rapidement, lors d'une assemblée extraordinaire, d'un organe de révision dérangeant ou le rendre plus conciliant en menaçant de le révoquer. Pour renforcer la position de l'organe de révision du point de vue de la gouvernance d'entreprise, le nouvel al. 4 prévoit que sa révocation ne sera possible que pour de justes motifs. Une telle réglementation est déjà en vigueur dans l'UE⁴⁸² et a été demandée dans le cadre de la motion Barthsat 11.3909 du 29 septembre 2011 «Adapter le droit du mandat et l'art. 404 CO au XXI^e siècle»⁴⁸³.

Les raisons de la révocation devront être indiquées dans l'annexe aux comptes annuels (art. 959c, al. 2, ch. 14, P-CO).

⁴⁸⁰ Reto Eberle/Daniel Lengauer, vor Art. 727–731a, N 85, in: Handschin, Lukas (éd.), Die Aktiengesellschaft, Die Revisionsstelle, Art. 727–731a OR, Zurich 2016; 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 neuen Recht, Zurich 2007, n° 456.

⁴⁸¹ Daniel Christian Pfiffner, Revisionsstelle und Corporate Governance, Zurich 2008, N 2027; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 15 n° 651; Reto Sanwald/Sabine D' Amelio Favez, § 15 n° 29, in: von Büren, Roland/Chappuis, Christine /Girsberger, Daniel/Kramer, Ernst A./Sutter-Somm, Thomas/Hofer, Sibylle/Wiegand, Wolfgang/Wolf, Stephan, Schweizerisches Privatrecht, tome VIII/10, Bâle 2014.

⁴⁸² Art. 38, al. 1, de la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil, JO L 157 du 9 juin 2006, p. 87 ss.

⁴⁸³ 11.3909

2.1.33 Rémunérations dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse

Le chapitre IV s'applique aujourd'hui à la réduction du capital-actions (art. 732 à 735 CO), qui relèvera 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. La plupart des règles contraignantes de l'art. 95, al. 3, Cst. seront réglées dans ce chapitre, qui reprend en grande partie les dispositions correspondantes de l'ORAb⁴⁸⁴, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014 (ch. 1.1.8).

Les dispositions dépassant le cadre matériel de l'ORAb ont été clairement rejetées lors de la consultation⁴⁸⁵. Conformément à la décision du Conseil fédéral du 4 décembre 2015, le projet reprend largement l'ORAb pour mettre en œuvre l'art. 95, al. 3, Cst. (ch. 1.3.6). Les dispositions de l'ORAb relatives à la SA sont considérées comme conformes à la Cst. par la pratique⁴⁸⁶.

Art. 732 Champ d'application

L'art. 732 règle le champ d'application des dispositions sur les rémunérations. 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, partiellement ou entièrement libérées, cotées en Suisse ou à l'étranger, qu'il s'agisse d'actions au porteur ou d'actions nominatives ou qu'elles se présentent sous la forme de titres intermédiés.

Par souci de clarté, relevons que les art. 732 ss P-CO sont applicables aux sociétés selon les art. 620 ss CO. Ils ne s'appliquent pas aux sociétés au sens de l'art. 763 CO (sociétés et établissements créés par des lois cantonales spéciales et administrés avec le concours des autorités publiques).

Il convient d'établir une distinction pour les SA cotées créées par des lois fédérales spéciales. Les SA ne sont pas soumises aux art. 732 ss P-CO lorsque les éléments essentiels de leur organisation sont réglés par une telle loi (par ex. Banque nationale suisse créée en vertu de la loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale). En revanche, si la loi spéciale renvoie essentiellement aux art. 620 ss CO (par ex. entreprise fédérale de télécommunication, Swisscom SA, créée en vertu de la loi du 30 avril 1997 sur l'entreprise de télécommunications), les dispositions sur les rémunérations sont applicables.

Le champ d'application n'englobe pas les sociétés dont seuls les bons de participations sont cotés (art. 656a ss CO). Cela correspond à l'art. 95, al. 3, Cst., qui mentionne certes les «sociétés anonymes suisses cotées en bourse», mais qui vise en

⁴⁸⁴ Rapport AP-ORAb et rapport P-ORAb

⁴⁸⁵ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 21 s.

⁴⁸⁶ NZZ du 10 décembre 2013, «Aufgeblasene Mängelliste zu den neuen «Minder»-Regeln» (évaluation de la réglementation parue avant son entrée en vigueur).

premier lieu à renforcer les droits des actionnaires⁴⁸⁷. C'est pourquoi l'application contraignante des art. 732 ss P-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.

Conformément au principe d'incorporation, aucune société étrangère n'entre dans le champ d'application des art. 732 ss (par ex. une SA japonaise qui a son siège à Tokyo et dont les actions sont cotées en Suisse n'est pas soumise au CO).

En Suisse, on entend par bourse toute organisation exerçant la négociation multilatérale de valeurs mobilières au sein de laquelle des valeurs mobilières sont cotées et qui vise l'échange simultané d'offres entre plusieurs participants ainsi que la conclusion de contrats selon des règles non discrétionnaires (art. 26, let. b, LIMF).⁴⁸⁸ 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. 26, let. b, LIMF sont pertinentes en ce qui concerne les obligations visées au chapitre IV⁴⁸⁹. Autrement, le législateur étranger voire des acteurs privés pourraient exercer une influence directe sur le champ d'application des art. 732 ss P-CO.

Selon l'art. 2, let. f, LIMF, on entend par «cotation» l'admission d'une valeur mobilière à la négociation auprès d'une bourse selon une procédure standardisée prévoyant le contrôle des exigences relatives aux émetteurs et aux valeurs mobilières. 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»⁴⁹⁰. Le but de constituer un sous-groupe est d'augmenter l'efficacité du travail⁴⁹¹. 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. Même

⁴⁸⁷ Hans-Ueli Vogt, art. 1 n° 19, in: Gerhard, Frank/Maizar, Karim/Spillmann, Till/Wolf, Matthias (éd.), *Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften*, Zurich 2014.

⁴⁸⁸ Message LIMF, p. 7283.

⁴⁸⁹ Rolf Watter/Karim Maizar, art. 727 n° 9, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4^e éd., Bâle 2012.

⁴⁹⁰ Le Grand Robert électronique, Paris, 1994.

⁴⁹¹ Christian Hochstrasser, *Die Rolle der Vergütungsausschüsse nach der Umsetzung der Minder-Initiative*, Zurich 2016, § 5 n° 303.

si, dans l'idéal, il sera composé de trois à six personnes au maximum⁴⁹², il est possible d'abaisser ce nombre à deux si le conseil d'administration compte peu de membres⁴⁹³. 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, il a été volontairement renoncé 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'économiesuisse peut servir de guide en matière de bonne gouvernance. Il soutient notamment que les membres du conseil de rémunération doivent être indépendants⁴⁹⁴, 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; voir aussi art. 626, al. 2, ch. 3, P-CO), 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 proposition⁴⁹⁵. 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 (art. 716b, al. 2, ch. 1, P-CO) et être accessibles aux actionnaires (art. 716b, al. 4, P-CO).

⁴⁹² Christian Hochstrasser, *Die Rolle de Vergütungsausschusses nach der Umsetzung der Minder-Initiative*, Zurich 2016, § 5 n° 302.

⁴⁹³ Christian Hochstrasser, *Die Rolle de Vergütungsausschusses nach der Umsetzung der Minder-Initiative*, Zurich 2016, § 5 n° 303.

⁴⁹⁴ economiesuisse, *Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise*, Zurich 2014, n° 32.

⁴⁹⁵ economiesuisse, *Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise*, Zurich 2014, n° 31 et 33 s.

Art. 734 Rapport de rémunération; en général

Avant l'entrée en vigueur de l'ORAb, 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. 663^{bis} CO). Le CO doit à présent aussi prévoir que les sociétés doivent les indiquer, par souci de transparence, dans un rapport de rémunération à part, qui est également soumis au contrôle de l'organe de révision (art. 728a, al. 1, ch. 4, P-CO). Ce déplacement permet d'éviter que l'assemblée générale traite des rémunérations à verser aux cadres supérieurs dans le cadre de l'approbation des comptes annuels (art. 698, al. 2, ch. 4, CO) et du vote sur les montants globaux des indemnités (art. 735 P-CO). Il permet ainsi de prévenir des votes contradictoires sur des aspects ayant un caractère contraignant.

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, P-CO). Ce rapport, présentant les éléments quantitatifs prévus aux art. 734a à 734d, 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. Seules ces dernières sont vérifiées par l'organe de révision (art. 728a, al. 1, ch. 4, P-CO).

L'al. 2 contient plusieurs références aux dispositions du 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 pas automatiquement applicables. L'établissement régulier des comptes est toujours régi en particulier par les principes de clarté et d'intelligibilité (art. 958c CO). A cet égard, l'application de l'importance relative (art. 958c, 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 importance⁴⁹⁶. Rien ne change donc quant au fond par rapport au droit en vigueur⁴⁹⁷. En outre, la référence à la présentation (art. 958d, al. 2, CO) précise clairement que le rapport de rémunération doit aussi présenter les chiffres de l'exercice précédent. 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 écrit, papier ou électronique, 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. 699a et 958e, al. 1, CO).

⁴⁹⁶ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 8 n° 525.

⁴⁹⁷ Watter/Maizar, art. 663^{bis} n° 68, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012; Karim Maizar, art. 13 n° 4 ss, in: Gerhard, Frank/Maizar, Karim/Spillmann, Till/Wolf, Matthias (éd.), Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, Zurich 2014.

Art. 734a à 734c Indemnités versées au conseil d'administration, à la direction et au conseil consultatif
 Prêts et crédits aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif
 Indemnités, prêts et crédits octroyés aux proches

Les art. 734a à 734c 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^{bis} CO ou aux art. 14 à 16 ORAb, qui sont entrés 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, P-CO, la direction est composée des personnes physiques auxquelles le conseil d'administration a délégué tout ou partie de la gestion (art. 716b P-CO). Conformément à l'art. 663b^{bis}, al. 1, ch. 2, CO et l'art. 2, ch. 4, ORAb, il s'agit de l'organe subordonné directement au conseil d'administration⁴⁹⁸, soit l'échelon hiérarchique le plus élevé après ce dernier⁴⁹⁹.

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'administration⁵⁰⁰. Les art. 734a à 734d P-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'administration⁵⁰¹. Sans cette institutionnalisation et cette imbrication dans la structure de la société, les conseillers sollicités régulièrement par le conseil d'administration pourraient être considérés comme membres du conseil consultatif⁵⁰².

Quelques adaptations de fond par rapport à l'art. 663b^{bis} 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, P-CO et 20, ch. 1, ORAb, a été supprimée (actuel art. 663b^{bis}, al. 2, ch. 5, CO);

⁴⁹⁸ Message transparence, p. 4234

⁴⁹⁹ Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 663b^{bis} n° 28, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 8 n° 496 ss; Claude Lambert/Andreas Müller, art. 2 n° 12 ss, in: Müller, Andreas/Oser, David (éd.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Zurich 2014.

⁵⁰⁰ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 13 n° 428 ss.

⁵⁰¹ Claude Lambert/Andreas Müller, art. 2 n° 40 ss, in: Müller, Andreas/Oser, David (éd.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Zurich 2014.

⁵⁰² S. Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 663b^{bis} n° 18; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

- mis à part les prestations en nature, l'art. 734a, al. 2, ch. 3, P-CO mentionne les prestations de services (mentionnées aujourd'hui à l'art. 14, al. 2, ch. 3, ORAb), mais cela ne constitue pas une extension du champ matériel du rapport de rémunération, puisque l'énumération actuelle n'est pas non plus exhaustive (art. 663b^{bis}, 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;
- l'art. 734a, al. 2, ch. 5 mentionne expressément les primes d'embauche (mentionnées aujourd'hui à l'art. 14, al. 2, ch. 4, ORAb). A la différence des indemnités de départ, elles ne sont interdites que si elles ne s'inscrivent pas en réparation d'un désavantage financier établi (art. 735c, ch. 5, P-CO);
- l'art. 734a, al. 2, ch. 10 prévoit explicitement que les indemnités liées à une interdiction 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 de déterminer s'il s'agit d'indemnités interdites (art. 735c, ch. 1 à 3, P-CO);
- conformément à l'art. 734a, al. 3, ch. 4, P-CO (aujourd'hui à l'art. 14, al. 3, ch. 4, ORAb), le montant complémentaire doit être déclaré dans le rapport de rémunération (art. 735a P-CO). Cette déclaration permet aux actionnaires de vérifier si ce montant, qui n'est pas assujéti au vote sur les rémunérations (art. 735a, al. 3, P-CO), n'est pas abusif. 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, P-CO, qui correspond entièrement aux actuels art. 663b^{bis}, al. 2, ch. 8, CO et 14, al. 2, ch. 8, ORAb, 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^{bis} 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 P-CO (indemnités);
- l'al. 3 constitue l'art. 734b P-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 P-CO;
- l'al. 5 est repris à l'art. 734c P-CO (personnes proches).

L'avant-projet s'éloignait de l'art. 15 ORAb et prévoyait, aux art. 734a, al. 3, ch. 2, et 734b, al. 2, AP-CO, que la déclaration du montant accordé à chaque membre de la direction doit comprendre la mention de son nom et de sa fonction. Cette déclaration individuelle relative aux rémunérations des membres de la direction a été clairement

rejetée lors de la consultation⁵⁰³. Il y a lieu de faire une distinction entre les membres du conseil d'administration et la direction, car ces derniers contrairement aux premiers s'inscrivent dans un rapport de travail vis-à-vis de la société. De plus, les membres de la direction sont engagés et licenciés par les membres du conseil d'administration, lesquels sont en revanche élus et révoqués par l'assemblée générale. La déclaration individuelle relative aux membres du conseil d'administration permet à l'assemblée générale de disposer des informations nécessaires. Le Conseil fédéral a donc décidé, le 4 décembre 2014, d'y renoncer pour les membres de la direction (ch. 1.3.6).

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 déclarée⁵⁰⁴.

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 écoulé⁵⁰⁵.

Art. 734d Droits de participation et options sur de tels droits

L'art. 734d P-CO correspond à l'actuel art. 663c, al. 3, CO. Il est adapté linguistiquement au nouveau droit comptable (art. 959c, al. 2, ch. 11, CO) sans que cela n'ait d'incidence matérielle.

Art. 734e 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 économique (art. 626, al. 2, ch. 1, P-CO).

L'al. 2 prescrit que les indications contiennent le prénom et 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 conseil de fondation de la fondation de prévoyance H et de la fondation d'entreprise I; membre de la direction de A Sàrl; membre de l'administration et du comité d'audit de la société coopérative G; membre du conseil d'administration des filiales O SA, D SA, E SA, S SA 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 faîtière de l'économie E. L'indication détaillée des fonctions est importante pour que les actionnaires puissent évaluer les éventuels conflits d'intérêts et l'emploi du temps approximatif de chaque personne concernée. La raison de commerce ou le nom doit aussi être indiqué en entier afin que les entreprises puissent être clairement identifiées (art. 717a P-CO).

⁵⁰³ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 22

⁵⁰⁴ Message transparence, p. 4241.

⁵⁰⁵ Message transparence, p. 4243; et rapport AP-ORAb, p. 18.

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 discutable l'obligation de fixer dans les statuts le nombre de fonctions admises (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.

Le projet ne prévoit toutefois pas de renforcer les dispositions relatives à la base statutaire. 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 (art. 728a, al. 1, ch. 4, AP-CO).

Art. 734f Représentation des sexes au sein du conseil d'administration et de la direction

L'art. 734f veut que les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et qui dépassent les valeurs fixées à l'art. 727, al. 1, ch. 2, CO, doivent donner dans le rapport de rémunération certaines indications sur la composition de la direction si la représentation de l'un des deux sexes est inférieure à 30 % pour le conseil d'administration et à 20 % pour la direction. Elles doivent ainsi mentionner les raisons pour lesquelles la représentation de chaque sexe n'atteint pas les seuils fixés et les mesures prévues ou déjà prises pour promouvoir le sexe moins bien représenté (principe «appliquer ou expliquer»). L'obligation de mentionner ces éléments dans le rapport débute à partir du cinquième exercice suivant l'entrée en vigueur de la modification pour la composition du conseil d'administration, et à partir du dixième exercice pour la direction (art. 4 disp. trans. P-CO).

Les valeurs proposées dans l'avant-projet ont été critiquées lors de la consultation⁵⁰⁶. Le 4 décembre 2015, le Conseil fédéral a néanmoins décidé de les maintenir. Le projet, à la différence de l'avant-projet (art. 734e AP-CO), établit toutefois une distinction entre le conseil d'administration et la direction (ch. 1.4.7).

Le projet renonce lui aussi à prévoir un rapport distinct consacré au respect des valeurs pour la représentation des sexes. Il semble plus élégant en effet d'insérer ces questions dans le rapport de rémunération (art. 13 ss ORAb et 734 ss P-CO) plutôt que de créer un nouvel instrument dans le droit de la SA⁵⁰⁷.

L'objectif de 30 et 20 % est un signal clair à l'intention de l'économie, appelée à intensifier ses efforts de promotion des femmes, qui sont encore clairement sous-représentées dans les postes de cadre. Les valeurs et les délais transitoires fixés permettront aux sociétés de procéder avec prudence, sans être écrasées par de trop

⁵⁰⁶ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 24 s.

⁵⁰⁷ Urs Schenker, Gleichstellung – ein aktienrechtliches Thema, RSDA 5/2015, p. 475.

lourdes exigences. Le 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.

Quant aux sociétés visées, le projet reprend les 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), 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.

On se référera au ch. 1.4.7 pour plus de précisions sur les valeurs choisies.

Art. 735 Vote de l'assemblée générale; rémunérations

L'art. 735 P-CO correspond à l'art. 18 ORAb. 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.

Conformément à l'al. 2, 1^{re} phrase, les statuts doivent fixer les modalités du vote de l'assemblée générale sur les rémunérations (art. 626, al. 2, ch. 4, P-CO). Les statuts peuvent conférer aux actionnaires des droits plus étendus, par exemple la possibilité de voter sur les rémunérations versées à certaines personnes. L'al. 2, 2^e phrase, prévoit qu'ils peuvent de plus fixer la marche à suivre en cas de refus des rémunérations par l'assemblée générale.

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 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.

Le projet ne prescrit pas une période de référence pour les rémunérations soumises au vote des actionnaires. Les statuts peuvent donc prévoir un vote rétrospectif, prospectif ou une combinaison de ces deux modèles. 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.

Il a été délibérément renoncé à prescrire à l'art. 735 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),
- avec effet contraignant (ch. 3), et
- s'il s'agit d'un vote prospectif sur des rémunérations variables, en ayant voté à titre consultatif sur le rapport de rémunération (ch. 4).

L'avant-projet prévoyait d'interdire le vote prospectif sur les rémunérations variables (art. 735, al. 3, ch. 4, AP-CO). Cette restriction, qui allait clairement plus loin de l'ORAb, a été très critiquée lors de la consultation⁵⁰⁸. Le Conseil fédéral s'étant prononcé le 4 décembre 2015 pour une mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst. proche de l'ORAb, l'interdiction du vote prospectif sur les rémunérations variables a été biffée du projet (ch. 1.3.6). Pour tenir compte de la dimension rétrospective, c'est-à-dire pour laisser aux actionnaires un pouvoir décisionnel suffisant en la matière, le conseil d'administration devra soumettre a posteriori le rapport de rémunération annuel au vote consultatif de l'assemblée générale, dans la mesure où la société pratique le vote prospectif sur les rémunérations variables. Cette façon de faire correspond à la *bonne pratique*⁵⁰⁹.

La possibilité de voter de manière prospective sur la masse globale des bonus permet à la société de renforcer la sécurité de sa planification en ce qui concerne notamment la rémunération des membres de la direction. Cet aspect est particulièrement important en matière de recrutement. Il garantit la compétitivité des sociétés suisses sur ce plan au niveau international⁵¹⁰. La combinaison vote prospectif et vote consultatif ultérieur permet aux actionnaires d'exprimer leur avis lors de l'assemblée générale sans compromettre leurs investissements (par ex. par un cours d'actions défavorable) ni leurs relations avec le conseil d'administration. Le vote consultatif sert au conseil d'administration de signal préventif et d'instrument de communication avec les actionnaires⁵¹¹. Si le rapport de rémunération est rejeté par l'assemblée générale dans le cadre du vote consultatif, le conseil d'administration devra forcément revoir

⁵⁰⁸ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 21 s.

⁵⁰⁹ *economiesuisse*, Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, Zurich 2014, n° 38, 5^e tiret: «Si l'assemblée générale approuve ou arrête prospectivement la somme des rémunérations, le conseil d'administration peut lui soumettre le rapport de rémunération en vue d'un vote consultatif.»

⁵¹⁰ Andreas Müller/David Oser, art. 18 n° 175, in: Oser, David/Müller, Andreas, *Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften*, Zurich 2014.

⁵¹¹ Andreas Müller/David Oser, art. 18 n° 192, in: Oser, David/Müller, Andreas, *Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften*, Zurich 2014.

sa politique, notamment dans le rapport de rémunération, pour l'octroi des prochaines rémunérations.

Art. 735a Montant complémentaire pour les membres de la direction

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, le 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. Comme l'art. 735 P-CO ne prescrit pas une période de référence pour les rémunérations, 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 actuels de la direction. 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 (art. 734a, al. 3, ch. 4, P-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 (art. 710 P-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 des indemnités de départ 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 (art. 626, al. 2, ch. 2, P-CO).

Art. 735c Indemnités interdites; dans la société

L'art. 735c, ch. 1 à 9, règlemente tant les rémunérations interdites en elles-mêmes (par ex. indemnités de départ ou provisions de la société pour des restructurations) que les rémunérations qui ne le sont qu'à certaines conditions (par ex. indemnités non justifiées par l'usage commercial).

Les rémunérations ci-dessous octroyées aux membres actuels ou anciens 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. Les indemnités dues jusqu'à la fin du rapport contractuel (ch. 1, 2^e partie), 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 influencer le 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. Cette disposition correspond à l'art. 20, ch. 1, ORAb, mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, let. b, Cst.;
- ces dernières années, les indemnités liées à une interdiction de faire concurrence ont parfois fait l'objet de vives discussions lors d'assemblées générales et d'un grand débat public. Il n'a pas été établi clairement que l'art. 95, al. 3, Cst. visaient les interdictions de faire concurrence et les indemnités qui en découlent. C'est pourquoi l'ORAb ne contient pas de disposition à ce sujet. Une interdiction absolue de l'interdiction 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 (ch. 1.4.6.1). Il peut être tout à fait justifié, pour prévenir un conflit d'intérêts, 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'entreprise⁵¹². Le projet prévoit donc des restrictions: selon le ch. 2, il convient d'abord d'examiner si l'interdiction 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 l'interdiction de la concurrence doit également être justifiée par l'usage commercial. Lorsque la personne n'a pas eu accès à des données sensibles, une interdiction de plusieurs années n'apparaît pas justifiée. Une indemnité versée dans ce contexte s'apparenterait dès lors à une indemnité de départ dissimulée, laquelle serait interdite en vertu du ch. 1;
- même si une interdiction de faire concurrence est justifiée par l'usage commercial (ch. 2), les indemnités qui en découlent ne doivent pas dépasser la limite fixée par la loi. Contrairement à l'avant-projet qui proposait une limite temporelle (une année) aux interdictions (art. 735c, al. 3, AP-CO), le projet

⁵¹² Olivier Blanc, *Das Konkurrenzverbot in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Zurich 2014, p. 33 s.

prévoit de limiter le montant de l'indemnité. En effet, dans la pratique, il peut être utile de convenir d'une interdiction de plus d'une année⁵¹³. L'indemnité ne doit en revanche pas dépasser une rémunération annuelle (ch. 3). Pour éviter que les variations de rémunérations ne rendent cette règle trop rigide, on retiendra non la dernière rémunération annuelle indiquée dans le rapport de rémunération, mais la rémunération moyenne de la personne concernée lors des trois dernières années. Exemple: si les rémunérations des trois dernières années étaient de 2 millions, 1 million et 3 millions de francs, la limite supérieure de l'indemnité sera de 2 millions. Si la personne n'a travaillé que deux ans pour la société, on fera la moyenne des deux rémunérations figurant dans les rapports de rémunération. L'idée de limiter le montant de l'indemnité plutôt que la durée de l'interdiction a été proposée lors de la consultation. On ne porte pas excessivement et inutilement atteinte à la liberté contractuelle⁵¹⁴;

- 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 (ch. 1) et les interdictions de faire concurrence non conformes à la pratique du marché (ch. 2 et 3) soient vidées de toute substance. 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;
- l'ORAb ne contient aucune restriction en matière de primes d'embauche, car l'art. 95, al. 3, Cst. ne les mentionne pas explicitement, contrairement aux indemnités anticipées (ch. 6). Les primes d'embauche doivent donc être distinguées des indemnités anticipées, lesquelles sont frappées d'une interdiction générale. Le projet établit cette distinction dans l'intérêt de la sécurité du droit. Les primes d'embauche ont un caractère compensatoire: elles sont versées au moment du changement d'emploi pour compenser des prétentions mesurables en argent vis-à-vis 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. Les indemnités octroyées au nom de dommages purement hypothétiques ou d'une renonciation à une activité ayant une valeur affective et les versements forfaitaires à l'occasion de l'embauche («bonus d'entrée») ne sont pas admis puisqu'ils ne servent pas à compenser un désavantage financier établi au sens du ch. 5. L'avant-projet exigeait que le désavantage soit clairement établi (art. 735c, al. 1, ch. 5, AP-CO), condition critiquée par plusieurs participants à la consultation⁵¹⁵. Comme cette condition ne peut être souvent vérifiée que sur la base des informations détenues par l'ancien employeur ou mandant et qu'il est important que les sociétés cotées suisses restent compétitives sur le plan international, le Conseil fédéral a décidé de

⁵¹³ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 23.

⁵¹⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 23

⁵¹⁵ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 23

biffer «clairement» du projet le 4 décembre 2015. Les primes d'embauchent devront continuer de figurer dans le rapport de rémunération (art. 734a, al. 2, ch. 5, P-CO et 14, al. 2, ch. 5, ORAb) et d'être approuvée par les actionnaires (art. 735 P-CO et 18 ORAb);

- 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 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. Les art. 95, al. 3, let. b, Cst. et 20, ch. 2, ORAb mentionnent 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 improprement dites⁵¹⁶. 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. L'interdiction ici visée est aujourd'hui prévue par l'art. 20, ch. 3, ORAb;
- 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. Ces interdictions sont prévues aujourd'hui à l'art. 20, ch. 4 et 5, ORAb.

Art. 735d 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.

⁵¹⁶ Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, 3^e éd., Berne 2014, n^o 70 ss.

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. L'obligation de publier ces indemnités dans le rapport de rémunération découle de la formulation de l'art. 734a, al. 1, AP-CO («versées [...] indirectement»). L'art. 735d P-CO correspond matériellement à l'art. 21 ORAb.

Les notions de «contrôle» et d'«entreprise» sont reprises des nouvelles dispositions sur les comptes consolidés en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013 (art. 963 CO)⁵¹⁷.

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.

2.1.34 Dissolution de la société

Art. 736, al. 1, ch. 2 et 4, et al. 2

Le droit en vigueur prévoit que la société peut être dissoute par une décision de l'assemblée générale constatée en la forme authentique (art. 736, ch. 2, CO). Aucune raison objective ne justifie l'exigence de la forme authentique. On peut dès lors y renoncer, à l'al. 1, ch. 2, sans que cela ne nuise à la sécurité du droit. La décision de dissolution doit être mentionnée dans le procès-verbal de l'assemblée générale (art. 702, al. 2, ch. 3, P-CO).

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 (ch. 1.4.8.4).

En vertu du nouvel al. 2 (ch. 4, 2^e phrase, du droit actuel), 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

⁵¹⁷ Message droit de la SA 2007, p. 1542 s., en relation avec p. 1515.

pour de très petites entités dont les actions ne peuvent objectivement pas être vendues, 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 motifs⁵¹⁸.

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 (art. 659, al. 3, P-CO). La marge d'action du juge et du conseil d'administration s'en trouve augmentée.

Art. 737 Inscription au registre du commerce

La teneur de l'art. 737 CO est adaptée, sur les plans linguistique et matériel, à la nouvelle formulation utilisée dans le droit de la Sàrl (art. 821a CO). On ne précisera plus qui est tenu de requérir l'inscription, car cet aspect est réglé dans l'ORC (art. 17 ORC; art. 720 P-CO).

Art. 745, al. 2

Il n'est aujourd'hui plus nécessaire de procéder à trois appels aux créanciers. Un seul suffira (art. 653k P-CO). Le reste de la norme correspond au droit actuel.

2.1.35 Responsabilité des organes

Art. 753, ch. 1

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 CO et de la restitution de prestations au sens de l'art. 678 P-CO.

Art. 756, al. 2

Un al. 2 est inséré pour les mêmes raisons que dans le cas de l'art. 678, al. 5, AP-CO.

Art. 757, al. 4

Le nouvel al. 4 est lié à la révision des dispositions du CO relatives à l'assainissement des entreprises (ch. 1.4.9) et porte sur le traitement des créances qui ont fait l'objet d'une postposition dans le cadre d'une action en responsabilité.

Certes, la postposition n'est pas en soi une véritable mesure d'assainissement, mais elle représente souvent une première étape importante pour assainir une entreprise. Il

⁵¹⁸ Reto Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Zurich 2009, p. 177 s.

y a postposition lorsqu'un créancier d'une entreprise endettée déclare qu'il renonce au paiement de sa créance avant que les autres créanciers soient honorés (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 fédéral⁵¹⁹, les créances qui ont fait l'objet d'une postposition doivent être prises en compte dans le calcul de ce dommage (indirect). Cette interprétation est critiquée par la doctrine, car le conseil d'administration a agi conformément à ses obligations en cas de postposition valable⁵²⁰.

La jurisprudence précitée entrave les postpositions et les assainissements: lorsque l'assainissement échoue par la suite et qu'une faillite est ouverte, les créances placées à un rang inférieur 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 la postposition ni du point de vue de la responsabilité des organes. C'est pourquoi l'al. 4 prévoit expressément que les créances des créanciers sociaux qui ont accepté qu'elles soient placées à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances ne sont pas prises en compte dans le calcul du dommage.

Art. 758, al. 2

En vertu de l'al. 2, les actionnaires qui n'ont pas adhéré à la décharge (art. 698, al. 2, ch. 5, CO) disposent d'un délai prolongé de six à douze mois pour intenter l'action sociale hors faillite. Cette prolongation est nécessaire car le délai de péremption actuel de six mois s'avère souvent trop court⁵²¹. Dans les cas complexes, il empêche souvent les actionnaires de réunir les informations nécessaires pour fonder leur action.

L'al. 2 est harmonisé avec les dispositions sur l'examen spécial (art. 697c ss)⁵²². Le délai de douze mois est suspendu pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial et son exécution. Ainsi, les résultats de l'examen spécial pourront être utilisés pour étayer l'action.

Art. 759, titre marginal et al. 2 à 4

L'al. 1, qui n'est pas modifié, 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

⁵¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_277/2010 du 2 septembre 2010, consid. 2.3.

⁵²⁰ Rico A. Camponovo/Andreas C. Baumgartner, Wird der Rangrücktritt unbrauchbar? Schadenserhöhende Wirkung von Rangrücktrittserklärungen im Verantwortlichkeitsfall, L'Expert-comptable suisse 12/2011, p. 1036 ss.

⁵²¹ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 18 n^o 453 s.

⁵²² Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Schweizer Aktienrecht 2020, ExpertFocus 1-2/2016, p. 91, note 88; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e édition, Zurich 2009, § 18 n^o 454.

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 suivantes⁵²³:

- 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;
- 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 bonne 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 et la publicité qui en découle 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. Conformément à la gouvernance d'entreprise d'aujourd'hui, 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 le fonctionnement 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.

⁵²³ Rolf Sethe, Verantwortlichkeitsrecht, in: Watter, Rolf (éd.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, p. 302 ss.

L'avant-projet de 2005 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 économique⁵²⁴. 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 prévues⁵²⁵. Sur la base des résultats de la consultation sur cet avant-projet, 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 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 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)⁵²⁶. 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 altérerait toutefois 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. Elle soulèverait, dans la pratique, de sérieuses questions de délimitation⁵²⁷.

Pour les raisons mentionnées ci-dessus, le projet, qui correspond au projet de 2007 et à l'avant-projet, écarte ces solutions et en prévoit une autre, qui s'inscrit dans le prolongement du droit actuel. L'actuel al. 1 reste applicable de manière inchangée aux membres du conseil d'administration et de la direction. Un régime différencié

⁵²⁴ Rapport avant-projet droit de la SA 2005, p. 85.

⁵²⁵ DFJP, Résumé des résultats de la procédure de consultation, février 2007, p. 24.

⁵²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.506/1996 du 3 mars 1998.

⁵²⁷ Rolf Sethe, Verantwortlichkeitsrecht, in: Watter, Rolf (éd.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, p. 316 ss.

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 relativement légère. La réglementation prévue correspond au projet de révision du droit de la SA de 1983⁵²⁸. Elle évite des limitations de responsabilité forfaitaires et indépendantes de la faute et correspond à la solution différenciée de l'al. 1. La disposition a été relativement bien accueillie lors de la consultation⁵²⁹.

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. Le degré de négligence sera toutefois pris en considération, étant donné que la gravité de la faute est un élément important dans la détermination du montant dans le cadre du recours. L'al. 2 est donc d'une portée moindre 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.

Enfin, le titre marginal précise qu'il s'agit de la responsabilité solidaire *différenciée*.

Art. 760, al. 1

A des fins de simplification et d'harmonisation, et dans un souci de rapprochement avec la révision en cours du droit de la prescription, l'art. 760, al. 1, P-CO prévoit le même délai de prescription que les art. 678a et 919, al. 1, P-CO⁵³⁰.

2.1.36 Participation des corporations de droit public

Art. 762, al. 5

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.

⁵²⁸ Message droit de la SA 1983, FF **1983** II 757, 966.

⁵²⁹ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 29. Peter Böckli/Christoph B. Bühler, Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen, in: Verlag SKV (éd.), Max Boemle, Festschrift zum 80. Geburtstag, Zurich 2008, p. 268 ss.

⁵³⁰ Message droit de la prescription, p. 248 et 250. Le projet devra éventuellement être coordonné avec la révision du droit de la prescription.

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^e phrase de l'art. 1, al. 1, ORAb, ne conduit pas à un contournement de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. Le droit de déléguer et de révoquer un représentant ne permet pas à la corporation de droit public de directement nommer ou révoquer des membres de comités, par ex. du comité de rémunération.⁵³¹

2.2 Modification d'autres dispositions du code des obligations

2.2.1 De la société en commandite par actions

Art. 765, al. 2

L'art. 765, al. 2, CO traite du contenu de l'inscription au registre du commerce. Les instructions correspondantes relèvent de l'ORC (art. 68, al. 1, let. o, en relation avec l'art. 119 ORC) et n'ont donc plus leur place dans le CO. Le but est d'éviter doublons et incohérences entre le CO et l'ORC (art. 720). D'où l'abrogation pure et simple de l'al. 2.

2.2.2 Société à responsabilité limitée

Art. 772, al. 1, 1^{re} phrase

La 1^{re} 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 peut acquérir ou aliéner que des parts sociales d'une Sàrl existante (art. 788, al. 1, en relation avec l'art. 792 CO). La jurisprudence autorise déjà, en revanche, la fondation d'une Sàrl par une communauté de droit⁵³². On renforce donc ici la sécurité du droit.

Art. 773 Capital social

Par analogie au droit de la SA, le capital social peut être fixé dans une monnaie étrangère. Les dispositions du droit de la SA relatives au capital-actions fixé dans une monnaie étrangère s'appliquent par analogie. Le capital-actions doit, par exemple, avoir une contre-valeur de 20 000 francs au moins (analogie à l'art. 621, al. 2, P-CO).

⁵³¹ Hans-Ueli Vogt, Art. 1 N 44, in: Gerhard, Frank/Maizar, Karim/Spillmann, Till/Wolf, Matthias (éd.), *Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften*, Zurich 2014.

⁵³² Carl Baudenbacher/Alexander Göbel/Philipp Speitler, Art. 772 N 16, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4^e éd., Bâle 2012.

Pour tout autre aspect du capital social fixé en monnaie étrangère, il est renvoyé au commentaire relatif à la SA (art. 621 ss P-CO).

Art. 774, al. 1

À 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 la mise en œuvre des dispositions relatives au capital social fixé en monnaie étrangère (art. 773 P-CO).

Art. 775

Tout comme la disposition analogue du droit de la SA (art. 625 P-CO), l'art. 775 CO peut être abrogé en raison du remaniement de l'art. 772, al. 1.

Art. 776, ch. 4

L'expression «publications» est remplacée par la notion plus pertinente de communications. À cet égard, les statuts ne doivent plus contenir que des indications sur la forme des communications de la société aux associés. Ces dispositions fixent en même temps la forme statutaire de la convocation de l'assemblée des associés (art. 626, al. 1, ch. 7, et 700 P-CO).

Art. 776a

Par analogie au droit de la SA, l'art. 776a est abrogé. On renonce donc à la liste concernant le contenu statutaire conditionnel. Rien ne change quant au fond. Il est renvoyé au commentaire de l'art. 627 P-CO pour l'exposé des motifs.

Art. 777, al. 2, ch. 3 et 5, et al. 3

L'al. 2, ch. 3 est adapté à la formulation employée pour la SA dans la disposition correspondante. Cependant, on ne parle pas pour la Sàrl des «apports effectués» mais simplement des «apports». Cette distinction tient au fait qu'une libération partielle n'est possible que dans le cas de la SA, et qu'il ne faut donc faire la distinction entre «apports» et «apports effectués» que dans le cas de la SA. Conformément au droit de la SA, le projet précise le moment déterminant auquel les apports doivent respecter les exigences légales et statutaires (art. 629 P-CO).

Comme pour la SA, la déclaration Stampa est intégrée à la loi (art. 629, al. 2, ch. 4, P-CO)⁵³³.

⁵³³ Il est à noter que le message registre du commerce contient la même modification (p. 3291). Si le projet de modification du droit du registre du commerce entre en vigueur avant la modification du droit de la SA ou en même temps qu'elle, il faudrait simplement supprimer, dans la nouvelle version de l'art. 777, al. 2, ch. 5, P-CO, l'allusion à la reprise de biens (ch. 1.4.1.3).

Comme pour la SA encore, l'al. 3 permet en outre de se dispenser de la forme authentique dans les cas simples (art. 629, al. 4, P-CO).

Art. 777b, al. 2, ch. 6

Par 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 (ch. 1.4.1.3).

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 (art. 628 P-CO).

Art. 777c, al. 2, ch. 1 et 2

À l'al 2, ch. 1, le renvoi aux dispositions du droit de la SA relatives à la reprise de biens est supprimé car le projet ne considère plus cette dernière comme une forme qualifiée de fondation ou d'augmentation. Par ailleurs, l'al. 2, ch. 2, est abrogé car selon la nouvelle conception du projet, l'inscription au registre du commerce est réglée de façon homogène dans l'ORC.

Art. 780 Modification des statuts

Par référence à l'art. 647 P-CO, l'art. 780 est désormais divisé en deux alinéas. Le second fixe le principe selon lequel, dans les cas simples, les statuts peuvent être modifiés par écrit (art. 647 P-CO).

Art. 781, al. 4 et 5

Par référence à la modification du droit de la SA, le délai d'inscription au registre du commerce de l'augmentation du capital social est porté de trois à six mois (art. 650).

En outre, le nouvel al. 5 permet dans les cas simples, comme le prévoit le droit de la SA, de se dispenser de la forme authentique pour les décisions de l'assemblée des associés (art. 650, al. 4, P-CO) ou des gérants (art. 652g, al. 3, P-CO).

Art. 782, al. 2

L'art. 782, al. 2, fait l'objet d'une adaptation rédactionnelle au droit de la SA (art. 653j, al. 3, P-CO). Rien ne change quant au fond. Si le capital social est fixé dans une monnaie étrangère, il doit être remplacé par un capital d'une contre-valeur d'au moins 20 000 francs (art. 773 en relation avec l'art. 653j, al. 3, 2^e phrase P-CO).

Art. 791 Inscription au registre du commerce

L'art. 791 évoque l'inscription des associés au registre du commerce. Cette formalité, qui implique la mention du nombre et de la valeur nominale des parts sociales de chacun, est une particularité du droit de la Sàrl et reflète le caractère personnel de ce type de société.

Le contenu de l'inscription au registre est réglé dans l'ORC (commentaire de l'art. 720 P-CO). L'art. 73, al. 1, let. i en relation avec l'art. 119 ORC précise les indications à fournir au sujet des associés. L'art. 17 ORC traite des personnes tenues de requérir l'inscription ou autorisées à le faire. Afin d'éviter doublons et incohérences entre le CO et l'ORC, l'art. 791 CO est quelque peu allégé. Il ne contient plus que le principe, propre à la Sàrl, de l'inscription des associés. Les autres indications concernant l'inscription découlent de l'ORC.

Art. 797a Tribunal arbitral

Le projet donne aussi une base légale explicite aux clauses d'arbitrage statutaires dans le droit de la Sàrl. En effet, il ne ressort pas clairement de l'art. 797 CO que tous les associés, en particulier ceux qui ont acquis leurs parts sociales en dehors de la fondation ou d'une augmentation de capital, sont liés par les clauses d'arbitrage⁵³⁴. D'où le renvoi au droit de la SA concernant la clause d'arbitrage statutaire (art. 697n P-CO). Comme dans le droit de la SA, l'introduction d'une telle clause nécessite une décision de l'assemblée des associés à la majorité qualifiée (art. 808b, al. 1, ch. 10^{bis}, P-CO).

Art. 798, 798a et 798b Dividendes, intérêts, tantièmes

L'art. 798 P-CO renvoie globalement au droit de la SA concernant les dividendes (y compris les dividendes intermédiaires), les intérêts (et les intérêts intercalaires en tant que cas particulier), et les tantièmes, notamment à l'art. 660 s. CO et aux art. 675a à 677 P-CO. Les art. 798a et 798b CO sont donc abrogés.

Quant aux réserves et à leur remboursement, l'art. 801 CO renvoie déjà au droit de la SA, en particulier aux art. 671 à 674 et 677a P-CO.

Art. 802, al. 2, 1^{re} phrase, et al. 4

Une modification de nature terminologique concerne la version allemande de l'art. 802, al. 2, 1^{re} phrase, 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^{bis} et 14

L'al. 2, ch. 3, est adapté au nouveau droit de la révision entré en vigueur le 1^{er} 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.

⁵³⁴ Dieter Gränicher, Art. 178 N 70, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K./Berti, Stephen V. (éd.), Basler Kommentar zum IPRG, Bâle 2013.

Par analogie avec le droit de la SA (art. 698, al. 2, ch. 6, P-CO), le ch. 5^{bis} mentionne expressément la décision du remboursement des réserves issues du capital, qui est nettement séparé de l'utilisation du bénéfice.

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^{bis} et 5

L'al. 4 est abrogé car la fiabilité et les conditions de la décision écrite de l'assemblée des associés découlent du renvoi au droit de la SA figurant à l'al. 5, ch. 5 (art. 701 P-CO).

Le renvoi aux dispositions du droit de la SA concernant le droit de convocation et le déroulement l'assemblée générale est adapté à l'al. 5, ch. 2, 2^{bis} et 5.

Art. 808b, al. 1, ch. 6^{bis}, 8 et 10^{bis}

Le nouveau ch. 6^{bis} de l'al. 1 représente l'adaptation aux nouvelles dispositions du droit de la Sàrl (art. 773 P-CO) et du droit de la SA (art. 704, al. 1, ch. 9, P-CO).

La modification du ch. 8 ne concerne que le texte français: l'expression «juge» est remplacée par «tribunal».

En ce qui concerne le ch. 10^{bis}, il est renvoyé au commentaire de l'art. 797a P-CO.

Art. 810, al. 2, ch. 3, 5 et 7

Les ch. 3, 5 et 7 de l'art. 810, al. 2 sont adaptés au droit de la SA (art. 716a P-CO).

Art. 814, al. 6

L'art. 814, al. 6, CO traite de l'inscription des personnes autorisées à représenter la société. Les prescriptions correspondantes relèvent de l'ORC (art. 73, al. 1, let. q, ORC) et n'ont plus leur place dans le CO. Le but est d'éviter doublons et incohérences entre le CO et l'ORC (art. 720). D'où l'abrogation pure et simple de l'al. 6.

Art. 820 Menace d'insolvabilité, perte de capital et surendettement

Les modifications du droit de la SA proposées dans le domaine de l'assainissement (art. 725 ss P-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* les gérants de la Sàrl (art. 810, al. 2, ch. 7, P-CO).

L'intégration de l'ajournement de la faillite dans la réglementation de la procédure concordataire (ch. 1.4.9.3) entraîne la suppression de sa mention dans l'art. 820.

Il convient donc de tenir compte des versements supplémentaires opérés sans délai notamment dans le cadre de l'application de l'art. 725b, al. 4, ch. 2, P-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. 725c P-CO).

Art. 821, al. 2

Si l'assemblée des associés décide la dissolution de la société, sa décision ne doit plus faire l'objet d'un acte authentique (art. 736 P-CO). D'où l'abrogation de l'al. 2.

2.2.3 Société coopérative

Art. 830 Constitution; conditions; en général

Comme c'est le cas pour la SA et la Sàrl, l'al. 1 impose la forme authentique pour l'acte constitutif d'une société coopérative. Il n'y a pas lieu d'opérer une distinction entre les deux sociétés de capitaux d'une part et la société coopérative de l'autre. Le droit des sociétés ne doit le faire que lorsque la nature de l'entité juridique l'exige. C'est la seule manière d'éviter des divergences injustifiées, dans l'intérêt de la cohérence et de l'harmonie interne du droit des sociétés⁵³⁵.

Comme c'est le cas pour la SA et la Sàrl (art. 629, al. 4 et 777, al. 3, P-CO), l'al. 2 prévoit un mode de constitution simplifié à condition que les fondateurs se limitent au contenu minimum des statuts (art. 832 P-CO). Dans ce cas, la forme écrite reste suffisante (voir commentaire détaillé de l'art. 629, al. 3, P-CO). La société coopérative n'ayant pas de capital social fixe, il n'y a pas lieu de préciser, alors que c'est le cas pour la SA et la Sàrl, que, si l'on se dispense de la forme authentique, le capital doit être fixé en francs et les apports effectués en francs. L'émission éventuelle par la société coopérative de parts sociales relève des autres clauses statutaires (nécessaires dans certaines conditions) visées à l'art. 833 P-CO, et implique donc forcément la forme authentique.

Les sociétés coopératives constituées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit pourront modifier leurs statuts par une décision prise en la forme écrite pendant deux ans à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit (art. 7 disp. trans.).

Art. 832, ch. 1 et 3 à 5

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, de la gestion 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,

⁵³⁵ Message droit de la Sàrl, p. 2966

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 (art. 626 P-CO).

Comme pour la SA et la Sàrl, l'expression «publications» est remplacée par «communications» au ch. 5 (art. 626 P-CO).

Art. 833, ch. 3, 5 et 8

À la différence des droits de la SA et de la Sàrl (art. 627 et 776a P-CO), la disposition relative au contenu statutaire conditionnel n'est pas abrogée en ce qui concerne la société coopérative. 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, 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 de la présente révision du droit de la SA. C'est pourquoi l'art. 833 en vigueur est maintenu et seuls quelques points nécessitant une révision sont adaptés.

À 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 (ch. 1.4.1.3). 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 (art. 902a en relation avec l'art. 678 P-CO).

L'art. 832, ch. 3, CO est transféré à l'art. 833, ch. 5, et remanié sur le plan rédactionnel. Contrairement à ce que prévoit le droit de la SA, il n'existe pas pour la société coopérative de dispositions concernant un capital social en monnaie étrangère. En effet, la société coopérative n'a pas de capital social fixe, et les prescriptions relatives à la constitution du capital sont déjà suffisamment libérales.

L'expression «destination de l'excédent actif» est remplacée par «affectation du bénéfice résultant du bilan», comme pour la SA (art. 698, al. 2, ch. 4, CO).

Art. 834, al. 2

Comme pour la SA et la Sàrl, la déclaration Stampa est intégrée à la loi (art. 629, al. 2, ch. 4, P-CO)⁵³⁶.

Art. 838a Modification des statuts

Conformément aux droits de la SA et de la Sàrl, toute décision modifiant les statuts doit faire l'objet d'un acte authentique (art. 647 et 780 P-CO), sauf si le contenu des statuts se limite aux dispositions prévues à l'art. 832 (art. 647, al. 2, P-CO). La restriction supplémentaire prévue par le droit de la SA selon laquelle, si l'on se dispense de la forme authentique, le capital doit être fixé en francs et les apports effectués en francs, et le capital ne peut être réduit, n'est pas nécessaire pour la société coopérative pour deux raisons: la société coopérative n'a pas de capital social fixe, et l'émission de parts sociales implique de toute façon la forme authentique (art. 830, al. 2, P-CO).

*Art. 856 titre marginal et al. 2**Art. 874, al. 2*

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 sont possibles, comme pour la SA (art. 653j ss P-CO).

Art. 879, al. 2, ch. 2^{bis} et 3^{bis}

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 expressément prévue pour la société coopérative (art. 879, al. 2, ch. 3, CO)⁵³⁷. 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 abrogé (art. 879, al. 2, ch. 3, aCO). La réintégration dans le nouveau ch. 2^{bis} 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 législative⁵³⁸.

Le nouveau ch. 3^{bis} est introduit, en conformité au droit de la SA (art. 698, al. 2, ch. 6, P-CO).

⁵³⁶ Il est à noter que le message registre du commerce contient la même modification (p. 3291). Si le projet de modification du droit du registre du commerce entre en vigueur avant la modification du droit de la SA ou en même temps qu'elle, il faudrait simplement supprimer, dans la nouvelle version de l'art. 834, al. 2, 2^e phrase, P-CO, l'allusion à la reprise de biens (ch. 1.4.1.3).

⁵³⁷ RO 2012 6679, 6696

⁵³⁸ Lukas Müller/David P. Henry/Peter Barmettler, Art. 958 N 89, Fn. 161, in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (éd.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Zurich 2014.

Art. 893a Lieu de réunion et recours aux médias électroniques

Un renvoi au droit de la SA règle le lieu de réunion et le recours aux médias électroniques (art. 701a ss P-CO). Il s'applique à toutes les formes d'assemblée générale, et notamment aux votes par correspondance.

Art. 901

L'art. 901 CO concerne l'inscription des personnes qui ont le droit de représenter la société coopérative. Les instructions correspondantes relèvent de l'ORC (art. 87, al. 1, let. 1, ORC) et n'ont donc plus leur place dans le CO. Le but est d'éviter doublons et incohérences entre le CO et l'ORC (art. 720 P-CO). D'où l'abrogation pure et simple de l'art. 901 CO.

Art. 902, al. 3

Cette disposition doit être réaménagée pour des raisons de technique législative et adaptée sur le plan rédactionnel. En outre, le régime comptable nécessite l'utilisation de l'expression «rapport de gestion» au ch. 2. Cette modification, de même que celles apportées aux deux autres chiffres, est d'ordre purement rédactionnel.

Art. 902a Restitution de prestations

Le droit de la société coopérative ne connaît pas l'obligation générale de restituer les prestations prévues pour la SA (art. 678 CO) et pour la Sàrl (art. 800 CO). L'art. 904 CO ne prévoit qu'une protection des créanciers 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. Une nouvelle norme prévoit donc un renvoi au droit de la SA pour ce qui est de la restitution des prestations (art. 678 s. P-CO).

Art. 903 Menace d'insolvabilité, perte de capital et surendettement

Les obligations du conseil d'administration prévues aux art. 725 ss P-CO incombent à l'administration de la société coopérative.

Conformément à l'al. 1, les dispositions du droit de la SA régissant la menace d'insolvabilité et le surendettement ainsi que la réévaluation des immeubles et des participations sont applicables par analogie. Conformément à l'al. 2, les dispositions régissant la perte de capital (art. 725a P-CO) ne s'appliquent qu'aux sociétés qui ont émis des parts sociales (art. 853 CO).

Les réserves selon l'art. 860 CO doivent être prises en compte dans le calcul de la perte de capital et du surendettement.

Il convient de tenir compte des versements supplémentaires opérés sans délai notamment dans le cadre de l'application de l'art. 725*b*, al. 4, ch. 2, P-CO ou de la procédure concordataire.

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 supprimée⁵³⁹.

Art. 912 Inscription au registre du commerce

Les termes de l'art. 912 CO sont adaptés, sur la forme et sur le fond, à la nouvelle formulation du droit de la Sàrl (art. 821*a* CO). Il n'est plus précisé, par exemple, *qui* doit procéder à l'inscription, car les prescriptions correspondantes relèvent de l'ORC (art. 17 ORC, voir art. 737 P-CO).

Art. 919, al. 1

Par mesure d'harmonisation et de simplification, conformément au concept de la révision en cours du droit de la prescription, cette disposition établit le même délai de prescription relatif de trois ans qu'aux art. 678*a* et 760, al. 1, P-CO⁵⁴⁰.

2.2.4 Registre du commerce

Art. 938a, al. 1

La *triple* sommation n'est plus d'actualité; elle est remplacée par une sommation simple (art. 653*k*). Pour le reste, la norme correspond au droit en vigueur⁵⁴¹.

2.2.5 Établissement et présentation des comptes

Art. 958b, al. 3

Selon le projet, le capital nominal des SA et des Sàrl peut aussi être fixé en monnaie étrangère (art. 621 et 773 P-CO). C'est pourquoi l'art. 958*b* doit être complété par un al. 3 relatif au mode de conversion du produit des ventes.

⁵³⁹ Hanspeter Wüstiner, Art. 903 n° 15., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4^e éd., Bâle 2012.

⁵⁴⁰ Message droit de la prescription, p. 248 et 250. Peut-être faudra-t-il envisager une harmonisation avec le projet de modification du droit de la prescription.

⁵⁴¹ Peut-être faudra-t-il envisager une coordination avec le projet de modification du droit du registre du commerce (message registre du commerce, p. 3280 au sujet de l'art. 934 P-CO).

Art. 958e, titre marginal et al. 3

Selon le droit en vigueur, une entreprise peut renoncer à certains aspects de la présentation des comptes à certaines conditions, en particulier lorsque des comptes consolidés sont établis conformément à une norme reconnue (art. 961*d*, al. 1, 962, al. 3 et 963*a*, al. 1, ch. 2, CO). Cette disposition vise à alléger la charge administrative et financière des entreprises. Il n'est pas question pour autant de restreindre le droit à l'information des personnes concernées par l'entreprise. Aussi est-il généralement admis que les documents des comptes donnant lieu à l'allègement sont soumis aux mêmes règles de publication et de consultation que ceux qui auraient dû être établis sans l'allègement⁵⁴². Or cette pratique ne se reflète que partiellement dans l'état actuel du droit. Le nouvel al. 3 de l'art. 958*e* vise à combler cette véritable lacune. Il renforce la sécurité juridique sans créer de nouvelles obligations pour les entreprises.

Art. 959a, al. 2, ch. 3, let. d à g

L'al. 2, ch. 3, let. d, comprenait déjà les réserves facultatives issues du bénéfice. Pour le reste, il est renvoyé au commentaire des nouvelles let. f et g.

La let. e correspond à l'actuelle let. e. Rien ne change à part la ponctuation.

Les nouvelles let. f et g répartissent bénéfices et pertes résultant du bilan en tenant mieux compte des périodes:

- let. f: le bénéfice reporté comprend les bénéfices d'exercices antérieurs, qui n'ont pas encore été attribués aux réserves légales ou facultatives issues du bénéfice ni distribués. La perte reportée (représentée en diminution des capitaux propres) comprend les pertes d'exercices antérieurs qui n'ont pas été compensées conformément à l'art. 674 P-CO.
- let. g: le bénéfice de l'exercice ou la perte de l'exercice (cette dernière représentée en diminution des capitaux propres) est le bénéfice réalisé ou la perte subie par l'entreprise lors de l'exercice qui vient de s'achever.

Étant donné que le droit de la SA, en particulier, se rattache aux notions de bénéfice de l'exercice et de perte de l'exercice, les let. f et g sont particulièrement utiles. En outre, les destinataires des comptes annuels n'ont plus besoin de se référer au compte de résultat pour savoir si l'exercice qui vient de s'achever est réussi. Cette subdivision favorise l'application des principes de clarté et d'intelligibilité, qui sont deux principes de régularité de la présentation des comptes (art. 958*c*, al. 1, ch. 1, CO). Elle est d'ores et déjà recommandée dans la pratique⁵⁴³.

⁵⁴² Lorenz Lipp, Art. 961*d* N 6, in: Roberto, Vito/Trüeb, Hans Rudolf (éd.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Ergänzungsband: Revidiertes Rechnungslegungsrecht 2013, Zurich 2013; Stephan Dekker, Art. 961*d* N 4, in: Wibmer, Jeannette K. (Hrsg.) Aktienrecht Kommentar, Zurich 2016.

⁵⁴³ Robert Gutsche, Art. 959*a* N 156, in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (éd.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Zurich 2014.

Art. 959c, al. 2, ch. 4, 14 et 15

L'al. 2, ch. 4, est adapté aux nouvelles dispositions sur les actions de la société (art. 959 ss P-CO). L'entreprise doit indiquer dans l'annexe aux comptes annuels le nombre de parts de son propre capital détenues par elle-même ou par les entreprises qu'elle contrôle, directement ou indirectement. Quant à la question de savoir quand une entreprise est contrôlée directement ou indirectement, il est renvoyé à l'art. 963 CO. Une déclaration dans l'annexe dépassant le cadre du groupe est souvent impossible du fait qu'une société peut difficilement obtenir des informations sur une société qu'elle ne contrôle pas. D'où la nouvelle formulation, plus précise. La nouvelle réglementation correspond à la pratique⁵⁴⁴ et à l'art. 663b, ch. 10, aCO, abrogé le 1^{er} janvier 2013 mais plus précis.

Selon le droit en vigueur, en cas de démission de l'organe de révision avant le terme de son mandat, les raisons de ce retrait doivent être publiées dans l'annexe aux comptes annuels (art. 959c, al. 2, ch. 14, CO). Il en va désormais de même en cas de révocation de l'organe de révision (art. 959c, al. 2, ch. 14, P-CO) pour de justes motifs (art. 730a, al. 4, P-CO). Il sera très intéressant, pour les différents destinataires du rapport de gestion, de connaître les raisons pour lesquelles l'assemblée générale a révoqué l'organe de révision.

L'al. 2, ch. 15, correspond à l'art. 653x AP-CO. La disposition est transférée du droit de la SA au droit comptable pour des raisons relevant de la systématique. Rien ne change quant au fond. Le conseil d'administration doit publier dans l'annexe aux comptes annuels toutes les augmentations et réductions de capital auxquelles il a procédé dans les limites de la marge de fluctuation (art. 653s ss P-CO).

Art. 960f Comptes intermédiaires

Différentes dispositions imposent au conseil d'administration d'une SA l'établissement de comptes intermédiaires, 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 (art. 653l P-CO), versement d'un dividende intermédiaire (art. 675a P-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 le patrimoine des sociétés fusionnées depuis la clôture du dernier bilan (art. 11 LFus). Cette obligation d'établir des comptes intermédiaires continue d'être régie par le droit de la SA ou par une loi spéciale.

Par contre, pour une meilleure uniformisation et compte tenu du fait que les comptes intermédiaires sont aussi pertinents pour d'autres entités juridiques (la Sàrl, par ex.), les règles d'établissement des comptes intermédiaires sont fixées à l'art. 960f P-CO, soit au titre trente-deuxième du CO (de la comptabilité commerciale et de la présentation des comptes).

⁵⁴⁴ Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zurich 2014, p. 287; Franz J. Kessler, Art. 959c N 57 Fn. 53, in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (éd.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Zurich 2014.

L'inscription à l'art. 960*f* des règles d'établissement des comptes intermédiaires a été saluée lors de la consultation. Plusieurs modifications ont cependant été proposées, en particulier par les associations professionnelles⁵⁴⁵. L'art. 960*f* AP-CO a été profondément remanié en fonction de ces suggestions notamment.

Étant donné qu'il est inimaginable, au point de vue méthodologique, d'établir un bilan intermédiaire sans compte de résultat intermédiaire⁵⁴⁶, le projet instaure la notion plus précise de comptes intermédiaires. Si un autre acte législatif continue d'utiliser le terme de bilan intermédiaire, et si l'établissement de ce dernier implique de se conformer au titre trente-deuxième du CO et donc à l'art. 960*f*, on considérera qu'il s'agit d'un renvoi dynamique. En entrant en vigueur, l'art. 960*f* P-CO s'appliquera aussi à l'établissement de ces comptes intermédiaires. Toute dérogation devra être explicitement formulée dans la loi ou découler de l'esprit et de l'objectif – c'est-à-dire de la systématique – de la norme de renvoi, ou encore des travaux préparatoires⁵⁴⁷.

Conformément à l'al. 1, 1^{re} phrase, les comptes intermédiaires doivent être établis selon les règles applicables aux comptes annuels (art. 958 ss CO). Ils doivent donc comporter au moins un bilan, un compte de résultat et une annexe et respecter les principes de régularité de la présentation des comptes (art. 958*c* CO). Comme c'est le cas à l'art. 958, al. 2, CO, les dispositions applicables aux grandes entreprises et aux groupes sont réservées. Les grandes entreprises doivent, par exemple, établir un tableau (intermédiaire) des flux de trésorerie.

Selon l'al. 2, les caractéristiques des comptes intermédiaires autorisent simplifications et réductions. Compte tenu de la variété des motifs d'établissement et des destinations des comptes intermédiaires, il n'est pas possible d'inclure la liste de ces simplifications et réductions dans la loi, ce qui la rendrait trop rigide. La 1^{re} phrase fixe cependant une ligne de conduite: les simplifications et les réductions ne doivent pas altérer la représentation de la marche des affaires donnée par les comptes intermédiaires. Il convient de refléter fidèlement les effets de l'activité de l'entreprise depuis la clôture des derniers comptes annuels: représentation chiffrée du résultat et appréciation de la marche des affaires⁵⁴⁸.

Conformément à l'al. 2, 2^e phrase, les comptes annuels doivent comporter au moins les rubriques et les totaux intermédiaires qui figurent dans les derniers comptes annuels. C'est indispensable pour pouvoir comparer les comptes intermédiaires aux derniers comptes annuels.

L'établissement de l'annexe est régi par les al. 1 et 2, et donc plus particulièrement par l'art. 959*c* CO. Contrairement à l'avant-projet, le projet ne reprend pas à l'art. 960*f* les différents éléments de l'annexe qui découlent de l'art. 959*c* CO. Il

⁵⁴⁵ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 33

⁵⁴⁶ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 3 N 81 et § 13 N 770; Lukas Glanzmann, *Umstrukturierungen*, 3^e éd., Berne 2014, N 315.

⁵⁴⁷ Marco Greter/Florian Zihler, Art. 957 N 38, in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (éd.), *Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxis-kommentar*, Zurich 2014.

⁵⁴⁸ Comme Swiss GAAP RPC 31/9

exige toutefois expressément la présence dans l'annexe de trois éléments indispensables du fait de l'existence de simples comptes intermédiaires⁵⁴⁹:

- le but des comptes intermédiaires (ch. 1), qui peut découler de la loi (LFus ou CO, par ex.) ou de la propre conception de l'entreprise, dans le cadre de mécanismes de diligence raisonnable, par exemple;
- les simplifications et réductions opérées, y compris tout écart par rapport aux principes régissant les derniers comptes annuels (ch. 2); à cet égard, il convient de préciser si l'on a renoncé à tout ou partie d'un inventaire réel; le projet n'énumère pas, comme il a été indiqué plus haut, les simplifications et réductions; il garantit en revanche une transparence complète des comptes intermédiaires, avec le ch. 2;
- tout autre facteur qui a sensiblement influencé la situation économique de l'entreprise pendant la période considérée, et tout particulièrement les effets d'une éventuelle saisonnalité.

Selon l'al. 3, 1^{re} phrase, les comptes intermédiaires doivent être désignés comme tels afin d'éviter tout risque de malentendu et de tromperie. Selon la 2^e phrase, ils doivent, comme les comptes annuels (art. 958, al. 3, 2^e phrase, CO) être signés par le président de l'organe supérieur de direction ou d'administration et par la personne qui répond de l'établissement des comptes intermédiaires au sein de l'entreprise.

Art. 961d, titre marginal et al. 1

Selon le droit en vigueur, une entreprise peut se dispenser d'obéir aux exigences supplémentaires concernant le rapport de gestion des grandes entreprises (art. 961 ss CO) lorsqu'elle-même ou une personne morale qui la contrôle établit des comptes consolidés conformément à une norme reconnue (art. 961d, al. 1, CO).

Selon le nouvel al. 1, elle en sera désormais dispensée en cas d'établissement d'états financiers selon une norme comptable reconnue (Swiss GAAP RPC ou IFRS, par ex.). Cette disposition intéresse particulièrement les entreprises du secteur de l'électricité, notamment, car elles établissent fréquemment des états financiers individuels selon Swiss GAAP RPC. Les états financiers de ce type fournissent en principe les mêmes informations que la présentation des comptes des grandes entreprises, en particulier un tableau des flux de trésorerie. Ils occasionnent certes quelques pertes informelles concernant le rapport annuel, mais pas plus que ne le fait le droit en vigueur. La modification de l'al. 1 vise à alléger la charge des entreprises sans nuire pour autant à la protection des associés minoritaires prévue à l'al. 2 en vigueur.

Art. 963a, al. 2, ch. 2 et al. 3

À l'al. 2, ch. 2, le seuil prévu pour l'exercice des droits des associés 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

⁵⁴⁹ Comme Swiss GAAP RPC 31/12

justification objective. Au demeurant, la protection des intérêts minoritaires reste inchangée.

S'agissant de la suppression du contenu de l'actuel al. 3, il est renvoyé au commentaire de l'art. 958e, al. 3.

Le nouvel al. 3 proposé est lié à la possibilité de prévoir un capital social en monnaie étrangère (art. 621).

2.2.6 Transparence dans les entreprises de matières premières

Les art. 964a-964e introduisent l'obligation pour les entreprises de matières premières d'établir un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements (ch. 1.4.10). Ils correspondent pour l'essentiel aux prescriptions de l'EU (ch. 1.5.6).

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.

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 elles-mêmes ou par l'intermédiaire d'une entreprise qu'elles contrôlent dans le domaine de la production des matières premières ou de l'exploitation des forêts primaires. Il englobe donc les activités des sociétés membres de groupe, peu importe que l'activité soit exercée par l'entreprise elle-même ou par une filiale qu'elle contrôle.

Le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements est un rapport autonome. Il ne fait pas partie du rapport annuel que les grandes entreprises sont tenues de rédiger conformément à l'art. 961, ch. 3, CO. Contrairement au rapport annuel, il n'a pas à être approuvé par l'assemblée générale (art. 698, al. 2, ch. 3, CO). Par ailleurs, il doit être publié chaque année (art. 964d), alors que le rapport annuel ne doit pas forcément être rendu public (art. 958e CO).

Si une entreprise ayant son siège en Suisse est incluse dans le rapport des paiements du groupe (ou le rapport consolidé sur les paiements effectués au profit de gouvernements) établis par elle ou par une autre entreprise ayant son siège à l'étranger, l'al. 3 la dispense d'établir un rapport distinct sur ces paiements. Dans ce cas, l'entreprise suisse doit indiquer dans l'annexe aux comptes annuels le nom de l'entreprise qui l'a incluse dans son propre rapport et publier ce rapport.

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. La notion de production comprend, selon la définition de l'al. 4, 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 et la prospection englobent les activités liées à la recherche de gisements et de matières premières. 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. 5, la réglementation s'applique aux paiements au profit de gouvernements, c'est-à-dire d'autorités nationales, régionales ou communales d'un pays. 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'État ou à une autorité publique, mais aussi à des administrations et entreprises contrôlées par l'État, notamment à des établissements et corporations de droit public. La définition du contrôle étatique sur une administration ou une entreprise doit tenir compte, par analogie, des conditions relatives au contrôle d'une entreprise par une personne morale fixées à l'art. 963 CO. Par ailleurs, le contrôle consistant en une influence dominante de l'État sur une administration ou une entreprise peut découler d'un acte normatif.

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, ou plutôt d'expliquer la manière dont la valeur a été établie (méthode d'évaluation). Toutes les méthodes d'évaluation reconnues relevant du droit commercial entrent en ligne de compte. Cela dit, il convient de toujours appliquer la même méthode aux mêmes prestations conformément au principe de permanence inscrit dans le droit comptable (art. 958c, al. 1, ch. 6, CO). Cela permet de comparer plus facilement les rapports

sur les paiements. Il est possible de changer de méthode à titre exceptionnel, dans des cas justifiés, en expliquant la raison de ce changement dans le rapport.

Conformément à l'al. 1, l'expression «paiement» désigne le versement d'une des prestations déterminées ou déterminables suivantes⁵⁵⁰:

- les droits à la production;
- les impôts ou taxes sur la production, le revenu ou le bénéfice des entreprises, à l'exclusion des taxes sur la valeur ajoutée ou sur le chiffre d'affaires et des autres impôts la consommation;
- les redevances;
- les dividendes, à l'exclusion des dividendes versés à un gouvernement en sa qualité d'associé tant que ces dividendes lui sont versés à des conditions identiques à celles applicables aux autres associés;
- 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 amélioration des infrastructures.

Par *droits à la production* on entend notamment les prestations qui découlent d'un droit du gouvernement à une partie de la production extraite.

L'obligation de rendre compte concerne aussi la totalité des *impôts* qui sont prélevés sur le revenu, la production ou le bénéfice, à l'exclusion expresse des impôts et taxes sur la consommation, notamment la TVA.

Le terme de *redevance* qualifie des paiements dont le montant varie selon le volume extrait ou la valeur de celui-ci.

Par *dividendes*, on entend les distributions de bénéfices au sens de l'art. 660, al. 1, ou de l'art. 798, al. 1, CO. Les dividendes ne doivent cependant pas être publiés lorsqu'ils sont versés au gouvernement à des conditions identiques à celles applicables aux autres associés.

La règle concerne aussi les *primes de signature, de découverte et de production*. Le terme *prime de signature* peut désigner un paiement unique pour la conclusion d'un contrat portant sur la production de matières premières. Les *primes de découverte* peuvent être versées par l'entreprise à un gouvernement pour la découverte d'une certaine matière première. Les *primes de production* sont des paiements qui sont effectués en plus de redevances, en fonction, par ex., de la quantité extraite ou du chiffre d'affaires, lorsque les matières premières extraites ont atteint, voire dépassé, un certain volume ou un certain montant fixé par contrat.

Les droits de licence, de location et d'entrée et toute autre contrepartie d'autorisations ou de concessions désignent les paiements fixes effectués en faveur

⁵⁵⁰ Guido Havers/Daniel P. Siegel, Aufstellung von Zahlungsberichten nach BilRUG, WpG 06.2016, p. 341 ss (l'article traite de la transposition des art. 41 ss de la directive comptable dans le droit allemand, § 341q–341y HGB).

de gouvernements contre le droit de produire des matières premières, indépendamment, par exemple, des volumes extraits.

Le rapport doit aussi mentionner les paiements effectués en faveur de gouvernements pour améliorer les infrastructures afin, par exemple, de pouvoir exploiter une région donnée dans les meilleures conditions (création ou développement d'une route d'accès, projets en faveur de la communauté [écoles, etc.]).

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 100 000 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.

Les paiements au profit de gouvernements peuvent être des versements individuels ou des séries de paiements (par ex. acomptes) concernant la même prestation contractuelle et atteignant au moins 100 000 francs en tout. Selon l'art. 8 des dispositions transitoires du P-CO, le chapitre 6 du titre 32^e 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, P-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, P-CO, des paiements effectués pour chacun de ces projets, ainsi que le montant total des paiements correspondant à chaque projet. Par projet, on entend l'ensemble des 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. Il peut revêtir la forme d'un tableau dans lequel les paiements sont attribués à chaque motif de paiement avec la date de l'exécution pour chaque gouvernement et chaque projet, conformément à l'art. 964b, al. 2, P-CO. Le rapport doit être approuvé par l'organe supérieur de direction ou d'administration (par ex. le conseil d'administration d'une SA). Le choix de la

langue (une des langues nationales ou l'anglais) correspond à la réglementation de la présentation des comptes (art. 958*d*, al. 4 CO).

Art. 964d Publication

L'al. 1 impose à la société de publier le rapport complet sur les paiements effectués au profit de gouvernements dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice, ce qui correspond au délai d'ordre prévu à l'art. 958, al. 3, CO. La publication doit se faire par voie électronique, par exemple sur le site internet de l'entreprise. Selon l'al. 2, le rapport doit 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. 958*e* 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. Dans l'UE, les documents comptables et les rapports sur les paiements effectués au profit de gouvernements doivent être déposés auprès d'un registre central, par exemple le registre du commerce ou le registre des sociétés⁵⁵¹. Le droit suisse s'impose pas de déposer systématiquement les comptes annuels auprès d'une quelconque autorité. Le projet renonce par conséquent à le faire pour les seuls rapports sur les paiements effectués au profit de gouvernements.

L'al. 3 contient une norme de délégation qui donne au Conseil fédéral le pouvoir d'édicter, par voie d'ordonnance, des dispositions concernant la structure des données à mentionner dans le rapport. Le but est avant tout d'unifier la structure des rapports. Les entreprises ont autant intérêt que le public à ce que les rapports soient lisibles et comparables. Supposons qu'une entreprise assume ses obligations avec sérieux et transparence, alors qu'un concurrent rédige un rapport peu lisible. Le concurrent jouira d'un avantage concurrentiel illicite. On risque même d'assister à un nivellement par le bas et à une banalisation des rapports illisibles. La compétence normative du Conseil garantira l'application des prescriptions de transparence et préviendra la concurrence déloyale. Par ailleurs, la disposition n'est pas contraignante. Le Conseil fédéral n'agirait que si les problèmes évoqués survenaient effectivement quant à la lisibilité et à la comparabilité. Il a prouvé qu'il exerce ses compétences normatives avec retenue dans le droit comptable dans le contexte de l'ONRC, qui s'appuie sur l'art. 962*a*, al. 5, CO. Il a fait preuve de la même retenue concernant l'Olico, qui se fonde sur l'art. 958*f*, al. 4, CO.

Art. 964e Tenue et conservation

S'agissant des consignes de tenue et de conservation du rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements, rien n'oblige à s'écarter du droit comptable. Aussi l'art. 964*e* P-CO renvoie-t-il à l'art. 958*f* CO. Les dispositions de l'Olico s'appliquent donc également. La pratique est constante à cet égard. On peut par ailleurs déduire de l'art. 958*f*, al. 2, en relation avec l'art. 958, al. 3, CO que le

⁵⁵¹ Art. 45, al. 1, de la directive comptable du 26 juin 2013 en relation avec l'art. 2, let. f et art. 3, al. 1 et 3, de la directive 2009/101/CE du 16 septembre 2009 (JO L 258 du 1.10.2009, p. 11).

rapport doit être signé par le président de l'organe supérieur de direction ou d'administration et par la personne qui répond de l'établissement du rapport au sein de l'entreprise.

2.2.7 Papiers-valeurs

Art. 984, al. 1

La *triple* sommation n'est plus d'actualité; elle est remplacée par une sommation *simple* (art. 653k P-CO). Pour le reste, la norme correspond au droit en vigueur.

Art. 1077, al. 1

La *triple* sommation n'est plus d'actualité; elle est remplacée par une sommation *simple* (art. 653k P-CO). Pour le reste, la norme correspond au droit en vigueur.

2.2.8 Dispositions transitoires

Art. 1 et 2 Règle générale
Adaptation des statuts et des règlements

Les art. 1 à 4 tit. fin. CC s'appliquent dans le cadre de la présente révision législative, notamment à la modification du CO, sous réserve des art. 2 ss des dispositions transitoires du P-CO (art. 1, al. 1, disp. trans. P-CO).

En vertu de l'art. 1, al. 2, disp. trans. P-CO, le droit révisé s'applique à toutes les sociétés existantes dès son entrée en vigueur, sous réserve de dispositions contraires du droit transitoire.

Les entreprises disposent d'un délai de deux ans pour adapter leurs statuts et leurs règlements (art. 2, al. 1, disp. trans. P-CO). Une période transitoire de cinq ans avait été prévue lors de la révision du droit de la SA de 1991⁵⁵², mais ce délai s'est révélé inopérant: les entreprises ont d'abord reporté les décisions et ont fini par oublier de procéder aux adaptations requises. Les ouvrages de doctrine ont d'ailleurs critiqué cette période transitoire au motif qu'elle était trop longue⁵⁵³. Le délai de deux ans prévu par le projet est amplement suffisant pour adapter les statuts et règlements. Il a notamment fait ses preuves dans le cadre de la révision du droit comptable entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013. La mise en œuvre de l'ORAb a produit des conclusions analogues.

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, disp. trans. P-CO.

⁵⁵² RO 1992 733, 781

⁵⁵³ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3^e éd., Zurich 2004, § 19 n° 30.

Art. 3 Augmentation autorisée et augmentation du capital-actions
au moyen d'un capital conditionnel

Le droit actuel reste applicable aux 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 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, concernant le seuil de représentation de chaque sexe au sein du conseil d'administration (art. 734f P-CO), de respecter l'obligation relative aux mentions faites dans le rapport de rémunération au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit. En ce qui concerne l'obligation de fournir les informations relatives à la représentation des sexes au sein de la direction, le délai transitoire de l'avant-projet a été porté de cinq à dix ans (al. 2). Il paraît justifié d'opérer une distinction entre conseil d'administration et direction (pour les détails, voir ch. 1.4.7).

Art. 5 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 en un sursis concordataire (art. 293 ss LP).

Art. 6 Adaptation des contrats de travail soumis à l'ancien droit

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 tribunaux⁵⁵⁴.

Art. 7 Modification des statuts de sociétés coopératives

Les sociétés coopératives constituées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit peuvent modifier leurs statuts par une décision prise en la forme écrite pendant deux ans à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit. À l'issue de ce délai, les nouvelles exigences de forme s'appliqueront sans restriction (art. 830 et 838a).

⁵⁵⁴ Rapport AP-ORAb, p. 45

Art. 8 Transparence dans les entreprises de matières premières

Le chapitre 6 du titre trente-deuxième du P-CO, soit les dispositions des art. 964a à 964e 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 civil⁵⁵⁵****2.3.1.1 Associations***Art. 61, al. 3*

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 et surendettement

Les art. 725 à 725c P-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 sans parts sociales (art. 903, al. 1, P-CO). Les associations qui exercent une industrie en la forme commerciale, en particulier, peuvent déployer d'importantes activités économiques. Sur le fond, il paraît donc judicieux d'appliquer les dispositions du droit de la société anonyme par analogie afin de garantir la protection des créanciers de façon appropriée⁵⁵⁶. Contrairement à l'avant-projet et conformément au projet de 2007, l'allusion à la perte de capital est supprimée car les associations ne disposent pas d'un capital nominal comparable au capital-actions.

Il convient de tenir compte des versements supplémentaires opérés sans délai notamment dans le cadre de l'application de l'art. 725b, al. 4, ch. 2, P-CO ou de la procédure concordataire.

2.3.1.2 Fondations*Art. 84a* Menace d'insolvabilité et surendettement

L'al. 4 soumet les fondations aux dispositions de la SA sur l'insolvabilité (art. 725 P-CO) et le surendettement (art. 725b P-CO), et en particulier à l'obligation d'élaborer un plan de trésorerie en cas d'insolvabilité. Les nouvelles obligations

⁵⁵⁵ RS 210⁵⁵⁶ Message droit de la SA 2007, p. 1558

introduites ici concernent l'organe suprême de la fondation (souvent appelé conseil de fondation). Le renvoi aux dispositions du droit de la SA est lié au devoir de tous les organes et personnes concernés d'agir avec la célérité requise.

On a en revanche renoncé à soumettre les fondations aux dispositions sur la perte de capital (art. 725a P-CO), car les autorités de surveillance des fondations peuvent identifier les problèmes relativement tôt et requérir les mesures appropriées. De plus, les fondations ne disposent pas d'un capital nominal comparable au capital-actions.

Les compétences actuelles de l'autorité de surveillance ne sont pas modifiées (al. 1 à 3). L'obligation majeure de l'organe de révision d'informer l'autorité de surveillance est expressément rattachée à l'al. 2.

À l'al. 4, la mention de l'ajournement de la faillite est supprimée (ch. 1.4.9.3). Le nouvel al. 3 couvre les mesures d'exécution forcée (qui étaient à l'al. 4) en mentionnant plus justement l'avis du tribunal. Au lieu de mesures d'exécution forcée, on parlera d'avis au tribunal. Les deux expressions font allusion à la demande de sursis concordataire et à l'avis de surendettement.

Art. 84b Publicité des indemnités

Le 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, P-CO). Si la fondation a une direction, les indemnités qui lui sont versées doivent être communiquées séparément à l'autorité de surveillance. 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

Il est précisé à l'al. 6, ch. 18 que les art. 71a et 71b P-LPP sur les obligations de voter en qualité d'actionnaire et de communiquer sur l'exercice de ce droit de vote, valent 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 subobligatoires, pour autant qu'elles garantissent à leurs assurés des prestations de prévoyance.

2.3.2 Loi du 3 octobre 2003 sur la fusion⁵⁵⁷

Art. 6, al. 1 et 1^{bis}

La disposition concernant la postposition consentie par les créanciers dans le cadre d'une fusion d'assainissement est adaptée aux art. 725 ss P-CO et aux nouvelles dispositions sur les réserves (art. 671 s. P-CO).

⁵⁵⁷ RS 221.301

Art. 9, al. 2

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, le projet supprime l'augmentation autorisée du capital au profit de la marge de fluctuation du capital. L'al. 2 doit donc être adapté de manière à préciser que la limite d'augmentation fixée à l'art. 653s, al. 2, P-CO n'est pas applicable à la fusion par absorption. Le renvoi aux dispositions concernant les apports en nature est aussi adapté (art. 634 P-CO).

Art. 11, al. 2

Le projet règle toutes les exigences relatives aux comptes intermédiaires à l'art. 960f P-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

Voir le commentaire de l'art. 9, al. 2, P-LFus.

Art. 35, al. 2

Le projet règle toutes les exigences relatives aux comptes intermédiaires à l'art. 960f P-CO. L'art. 35, al. 2, LFus peut donc être abrogé.

Art. 58, al. 2

Le projet règle toutes les exigences relatives aux comptes intermédiaires à l'art. 960f P-CO. L'art. 58, al. 2, LFus peut donc être abrogé.

Art. 70, al. 2, 3^e phrase

Cette disposition est simplement modifiée dans sa formulation, dans un souci de cohésion avec l'art. 634, al. 3, 1^{re} phrase, P-CO.

Art. 84 Annulation de la décision de fusion des fondations de famille ou des fondations ecclésiastiques

En vertu de l'art. 84, al. 1, LFus, la fusion de fondations de famille et de fondations ecclésiastiques déploie ses effets une fois le contrat de fusion approuvé par les organes supérieurs des fondations qui fusionnent. Étant donné que depuis le 1^{er} janvier 2016, les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques doivent elles aussi être inscrites au registre du commerce, cette disposition devient inutile et peut

être supprimée. La fusion déploie ses effets dès son inscription au registre du commerce.

2.3.3 Code de procédure civile⁵⁵⁸

Art. 5, al. 1, let. g

La disposition fait l'objet d'adaptations rédactionnelles aux nouvelles dispositions sur l'examen spécial (art. 697c ss P-CO).

Art. 107, al. 1^{bis}

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»⁵⁵⁹, le tribunal peut, en cas de rejet d'une action sociale, répartir les frais entre le demandeur *et* la société 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 P-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. 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'al. 1^{bis} renforce le droit des actionnaires d'intenter une action en paiement à la société. L'application du droit s'en trouve renforcée.

Art. 250, let. c, ch. 7 à 11, 13 et 14

Les ch. 7 à 11 et 13 de l'art. 250, let. c, CPC sont adaptés au projet et aux modifications du CO (droit des sociétés) du 16 décembre 2005 (en vigueur depuis le 1^{er} 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.

Le nouveau ch. 14 précise que la procédure sommaire s'applique aussi au prononcé de la dissolution de la société et de sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite, ce qui correspond à la jurisprudence objective du Tribunal fédéral, lequel traite sur un pied d'égalité le prononcé des différentes mesures visant à remédier aux

⁵⁵⁸ RS 272

⁵⁵⁹ BO 2012 E 269; BO 2012 N 554; rapport I contreprojet indirect 2010, p. 7559

carences dans l'organisation de la société (art. 731*b*, al. 1, ch. 1 à 3)⁵⁶⁰. Le projet comble ici une lacune formelle du texte de loi.

2.3.4 **Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite**⁵⁶¹

Les adaptations suivantes ont un lien étroit avec la révision des dispositions du CO sur l'assainissement (art. 725 ss P-CO). Par ailleurs, suite à la révision de la LP entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014, de légères corrections doivent être apportées aux art. 295, al. 4 et 319, al. 1 LP.

Art. 173a, al. 2

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 possible⁵⁶². La viabilité d'un concordat n'est plus une condition pour l'octroi d'un sursis. Dans sa version actuelle, l'art. 173*a*, al. 2, LP ne reflète pas cet aspect. Le 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

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. fournisseurs et prêteurs potentiels), compromet les chances qu'aurait une entreprise de réussir à s'assainir pendant ou avant un sursis concordataire.

Depuis le 1^{er} 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 en annulation (art. 285, al. 3, LP). Cette nouvelle disposition ne prévoit toutefois pas que les actes avalisés par le commissaire sont également irrévocables.

⁵⁶⁰ ATF 138 III 166 consid. 3.9, p. 172

⁵⁶¹ RS 281.1

⁵⁶² Message droit de l'assainissement, p. 5876.

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 (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. 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 sursis⁵⁶³. Cette jurisprudence n'est pas 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

Le premier sursis provisoire accordé doit rester limité à quatre mois (al. 2, 1^{re} 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).

⁵⁶³ ATF 134 III 452, consid. 5, p. 457 ss

Conformément au nouvel al. 2, 2^e phrase, le juge pourra prolonger le sursis provisoire de quatre mois au plus. Il ne pourra le faire que «lorsque la situation le justifie», à savoir, notamment, si la procédure concordataire est complexe, s'il est toujours opportun, après quatre mois, de ne pas rendre le sursis public, si un assainissement est imminent ou s'il y a lieu de penser qu'un assainissement sera mené à bien pendant la prolongation du sursis. 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 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).

Le projet donne, avec la nouvelle possibilité de prolonger le sursis provisoire, une flexibilité suffisante pour l'entreprise et les personnes chargées de l'assainissement. Contrairement à certains avis exprimés lors de la consultation⁵⁶⁴, la protection des créanciers ne justifie pas un assouplissement supplémentaire des délais.

En ce qui concerne le droit transitoire, il est prévu que les sursis concordataires octroyés avant l'entrée en vigueur du nouveau droit pourront aussi être prolongés sur la base de cette disposition.

Art. 295, al. 4

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 législateur⁵⁶⁵. 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

L'art. 308 LP, entré en vigueur le 1^{er} 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 (art. 309, let. b, ch. 7, CPC en relation avec les art. 325 et 336 CPC). Dans l'art. 319 LP, c'est le caractère exécutoire, et non définitif, du jugement portant sur

⁵⁶⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 38

⁵⁶⁵ Daniel Hunkeler, Gesetzgeberische Fehler im neuen Sanierungsrecht, Jusletter du 2 juin 2014, n° 12.

l'homologation qui importe⁵⁶⁶. 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

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^{er} 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.

2.3.5 Code pénal⁵⁶⁷

Art. 34, al. 2, de la 2^e à la 4^e phrase

Avant toute chose, il convient de préciser que certaines dispositions de la partie générale du CP ont été révisées dans le cadre de la modification du droit pénal⁵⁶⁸. C'est notamment le cas de l'art. 34 CP. Les nouvelles dispositions entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2018⁵⁶⁹. Les commentaires qui suivent (notamment ceux qui concernent l'art. 154, al. 4, P-CP) se réfèrent par conséquent au nouveau droit (nCP).

Actuellement, le jour-amende maximal, pour tout le droit pénal, est de 3000 francs. C'est aussi le cas dans le nouveau droit (art. 34, al. 2, 1^{re} phrase, nCP). 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, P-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, nCP.

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 P-CP est la transposition au niveau de la loi des dispositions de l'art. 24 ORAb.

Comme l'octroi et la perception d'indemnités dont le versement est interdit 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).

Les dispositions pénales proposées correspondent exactement, sur le plan matériel, à celles de l'art. 24 ORAb. Aussi le projet ne prévoit-il, à l'instar de l'avant-projet, aucun durcissement par rapport au droit en vigueur, ce qui correspond à un souhait exprimé à plusieurs reprises lors de la consultation⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ Daniel Hunkeler, *ibid.*, n° 13.

⁵⁶⁷ RS **311.0**

⁵⁶⁸ FF **2015** 4453

⁵⁶⁹ RO **2016** 1249

⁵⁷⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 38

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 société⁵⁷¹ 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 coupable⁵⁷². Les personnes ne répondant pas aux critères (par ex. membres du conseil consultatif ou de l'organe de révision, avocats, 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 P-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 (art. 732 P-CO).

Est punissable non seulement la personne qui *octroie* une indemnité interdite, mais également celle qui la *reçoit*⁵⁷³. Il convient de punir les deux parties, car il existe souvent des liens personnels entre les membres des organes de direction.

Ce ne sont pas l'octroi ou la perception des indemnités considérées comme interdites par l'art. 735c P-CO ou par l'art. 735d P-CO en relation avec l'art. 735c P-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, ch. 1, en relation avec l'art. 626, al. 2, ch. 2, P-CO);
- les indemnités anticipées (art. 735c, ch. 6, P-CO);
- les provisions pour la reprise ou le transfert de tout ou partie d'une entreprise (art. 735c, ch. 7, P-CO).

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, P-CO).

L'octroi et la perception des autres indemnités prévues par le projet sont *limités*, mais non punissables. Sont visées par exemple certaines indemnités découlant d'une interdiction de faire concurrence (art. 735c, ch. 2 et 3, P-CO), les indemnités versées en relation avec une précédente activité au sein d'un organe de la société qui ne sont pas conformes à la pratique du marché (art. 735c, ch. 4, P-CO), les primes

⁵⁷¹ En droit civil, elles sont par ex. responsables du dommage qu'elles causent à la société (Art. 754 CO).

⁵⁷² Günther Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4^e éd., Berne 2011, § 9 n° 5.

⁵⁷³ Art. 95, al. 3, let. b, Cst.: «... les membres des organes ne reçoivent ni ...»

d'embauche qui ne s'inscrivent pas en réparation d'un désavantage financier établi (art. 735c, ch. 5, P-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, ch. 8 et 9, P-CO). Il pourrait paraître cohérent de punir toutes les indemnités interdites. Toutefois, cette idée n'a pas été retenue pour les raisons exposées au ch. 1.4.6.3. Du reste, ces indemnités ne sont en soi pas interdites.

Les membres du conseil d'administration ou de la direction qui octroieraient ou recevraient des indemnités interdites non visées par l'art. 154, al. 1, P-CP s'exposent quand même à des sanctions. 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^{bis}, ch. 2, CP (blanchiment d'argent). Dans certaines circonstances, il peut suspendre entièrement ou partiellement l'exécution de la peine (privative de liberté et pécuniaire) (art. 42 ss nCP). La sanction 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, P-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, P-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 poursuivis 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 (ch. 1.4.6.3).

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, P-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 con-

formément 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^{re} phrase, P-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, P-CP, comme le prévoit déjà l'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 (comme le prévoit déjà l'art. 24, al. 2, ch. 2, ORAb). Si une telle représentation est néanmoins mise en place, le ch. 2 s'applique.

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.

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).

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, P-CO. L'art. 154, al. 2, ch. 3, let. a, P-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) (comme le prévoit déjà l'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. Le 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, P-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 (comme le prévoit déjà l'art. 24, al. 2, ch. 3, let. a, ORAb).

Let. c

L'art. 698, al. 3, ch. 4, P-CO prévoit que l'assemblée générale vote chaque année sur les rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (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, P-CP; comme le prévoit déjà l'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 le P-CO. D'une part, l'art. 689c, al. 5, P-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 P-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, P-CO).

L'art. 154, al. 2, ch. 3, let. d, P-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). Le projet ne prévoit d'obligation en la matière que pour le vote indirect (art. 689c, al. 5, P-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 (comme le prévoit déjà l'art. 24, al. 2, ch. 3, let. c, ORAb).

Al. 3

L'al. 3 prévoit, comme le droit en vigueur, 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^e phrase, CP).

Alors que l'art. 24 ORAb, qui exclut le dol éventuel au moyen de l'élément subjectif constitutif de l'infraction «sciemment», le projet adopte à ce sujet une autre formulation.

Ce changement de formulation a été critiqué par plusieurs participants lors de la consultation⁵⁷⁴.

Le projet maintient cependant la nouvelle formulation, qui ne modifie en rien sur le fond le droit en vigueur, et ce pour la raison suivante:

Selon le Conseil fédéral, la nouvelle formulation, fondée sur celle de l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, CP, qui régit le dol éventuel⁵⁷⁵, indique plus clairement l'exclusion du dol éventuel que ne le fait la précision «sciemment». En effet, il est apparu lors de la consultation que certains supposaient à tort que l'adverbe «sciemment» signifiait que l'intéressé était conscient du caractère illicite des actes. Or tel n'est pas le cas. Si la loi exige un acte commis «sciemment», cela suppose une pleine conscience des éléments objectifs constitutifs de l'infraction⁵⁷⁶. D'où l'exclusion du dol éventuel. Cela dit, il ne faut en aucun cas confondre la pleine conscience des éléments constitutifs de l'infraction et la conscience de l'illicéité. À cet égard, il convient de retenir les éléments suivants:

Lorsque l'auteur ignore que son comportement correspond aux éléments objectifs constitutifs d'une certaine infraction (parce qu'il n'imagine pas, ou mal, les éléments constitutifs de l'infraction, par ex.), il y a *erreur sur les faits* (art. 13 CP). Or l'erreur sur les faits ne concerne pas la conscience de l'illicéité, mais uniquement l'appréciation des faits⁵⁷⁷. Étant donné que les délits visés à l'art. 154 P-CP sont des délits spéciaux et que leurs auteurs potentiels (conseil d'administration et direction d'une entreprise cotée en bourse) sont des spécialistes (ou en tout cas censés l'être), il ne peut pratiquement y avoir erreur sur les faits que si l'auteur a, par exemple, été la victime d'une tromperie (qualifiée) de la part d'un tiers. L'erreur sur les faits annule toute possibilité de dol.

Il y a *erreur sur l'illicéité* (art. 21 CP) lorsque l'auteur, alors qu'il a conscience des faits, estime à tort que son acte n'est pas illicite. Il n'a pas conscience de l'illicéité de ses actes parce qu'il ne sait ou ne peut savoir que son comportement est illicite⁵⁷⁸. L'erreur sur l'illicéité n'est reconnue que dans de rares cas. Les exigences sont strictes. L'auteur doit avoir le sentiment qu'il ne fait absolument rien d'illicite⁵⁷⁹, peu importe si l'acte (comme le prévoit le projet) suppose le dol direct (voir plus loin pour les détails). Même s'il y a erreur sur l'illicéité, les éléments constitutifs de l'infraction, objectifs et subjectifs, sont réunis et le comportement illicite. Seule la culpabilité est atténuée (erreur évitable), voire totalement exclue (erreur inévitable). Selon le CP, l'erreur sur l'illicéité ne peut être inévitable pratiquement que si l'auteur s'est fié à un renseignement juridique erroné d'un (supposé) expert. Aux yeux du Conseil fédéral, l'acte visé à l'art. 154 P-CP est décrit de manière claire et précise, ce qui exclut quasiment tout risque d'erreur sur l'illicéité dans ce domaine,

⁵⁷⁴ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 38

⁵⁷⁵ Voir art. 260^{quinq}, al. 2, CP, qui propose une formulation similaire.

⁵⁷⁶ Marcel Alexander Niggli/Stefan Mäder, Art. 12 N 23 et 74 f., in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (éd.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3^e éd., Bâle 2013.

⁵⁷⁷ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, vol. I, 4^e éd., Munich 2006, § 12 N 104.

⁵⁷⁸ Marcel Alexander Niggli/Stefan Mäder, Art. 21 N 6, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (éd.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3^e éd., Bâle 2013.

⁵⁷⁹ ATF 128 IV 201 consid. 2, p. 210

d'autant plus qu'il est question ici d'un délit spécial qui suppose des connaissances spécifiques de la part des auteurs potentiels.

Étant donné que le projet, comme il a été dit plus haut, exclut le dol éventuel, l'auteur doit, pour être puni, agir par dol direct sur la base des al. 1 et 2. Il y a dol direct, d'une part, lorsque l'auteur veut la réalisation de l'infraction (dol direct du 1^{er} degré), indépendamment du fait qu'il la tienne pour certaine⁵⁸⁰ 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, P-CP en relation avec art. 689c, al. 5, P-CO).

D'autre part, il y a dol direct du 2^e 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 parvenir⁵⁸¹.

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.

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 ch. 1.4.6.3). De plus, l'intention de s'enrichir n'est pas au 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^{re} phrase, nCP, le juge n'est pas lié par le montant maximal du jour-amende (art. 34, al. 2, P-CP). 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 nCP, la peine pécuniaire est calculée en jours-amende. Dans le cadre de la révision du droit pénal, le nombre maximum admissible de jours-amende est abaissé de 360 à 180 (art. 34, al. 1, nCP). 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, 4^e phrase, nCP). Ce montant ne peut excéder 3000 francs (art. 34, al. 2, 1^{re} phrase, nCP). La peine peut donc s'élever au maximum à

⁵⁸⁰ Etant entendu que, comme toujours ou quasiment, le degré de certitude ne peut être que faible. Gunter Arzt, Art. 260 ^{quinquies} StGB, § 5 n° 32, in: Schmid, Niklaus (éd.), *Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäsche*, 2^e éd., Zurich 2007.

⁵⁸¹ Pour plus de détails sur le dol direct, voir Marcel Alexander Niggli/Stefan Mäder, Art. 12 n° 43 ss, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (éd.), *Basler Kommentar Strafrecht I*, 3^e éd., Bâle 2013.

540 000 francs⁵⁸². 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, 3^e phrase, P-CP). Pour fixer une limite au juge, l'art. 154, al. 4, P-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 annuelle⁵⁸³ 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 540 000 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 2015 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 2015, elle commet une infraction à l'art. 154, al. 1, P-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 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 pas lié ici par le montant maximal fixé à l'art. 34, al. 2, 3^e phrase, P-CP, il doit calculer le montant du jour-amende conformément à la pratique et au droit actuels⁵⁸⁴, 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 de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital (art. 34, al. 2, 4^e phrase, nCP). Cette façon de faire s'impose en raison du système global 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 P-CP.

⁵⁸² 180 jours-amende à 3000 francs = 540 000 francs

⁵⁸³ Pour la notion de rémunération, voir art. 734a, al. 2, P-CO.

⁵⁸⁴ Pour plus de précisions sur le calcul: Annette Dolge, art. 34 n° 42 ss, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 3^e éd., Bâle 2013

Art. 325^{bis} Inobservation des prescriptions légales relatives à l'établissement d'un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements

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. 958 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 (nommément 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. D'où l'art. 325^{bis} P-CP.

Le cercle des auteurs est limité aux personnes tenues d'établir (let. a) ou de tenir et 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 P-CO.

La norme pénale de l'art. 325^{bis} CP vise à assurer l'application de ces dispositions (ch. 1.4.10).

Elle prévoit deux infractions. Réalise les éléments constitutifs objectifs quiconque (i) donne des indications fausses dans le rapport visé à l'art. 964c P-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, P-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 tenue et de conservation du rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements sont inscrites à l'art. 964e P-CO, qui renvoie au droit comptable (art. 958f 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. Le rapport sur les paiements doit être conservé sous la forme d'un exemplaire imprimé et signé. Les données informatiques doivent être également accessibles pendant dix ans. 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^{ter}

Pour cette disposition, seule la numérotation change.

Art. 326^{bis}, titre marginal et al. 1

L'art. 325^{bis} devenant l'art. 325^{ter}, 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 direct⁵⁸⁵

Art. 20, al. 4

Deuxième ligne de négoce en bourse et principe de l'apport de capital

Le projet de 2007 a été approuvé le 21 décembre 2007 et soumis au Conseil des États en 2009. Les dispositions légales relatives au principe de l'apport de capital sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2011 comme partie intégrante de la réforme de l'imposition des entreprises II. Elles n'avaient donc aucune conséquence sur le message relatif à la révision du droit de la SA et du droit comptable. L'avant-projet de 2014, qui a été mis en consultation, ne contenait encore aucune disposition de modification en matière fiscale concernant la marge de fluctuation du capital. La problématique fiscale liée à la conjonction de la marge de fluctuation du capital (art. 653s ss, P-CO) et de l'apport de capital n'a été identifiée qu'après la procédure de consultation.

Le but de la marge de fluctuation du capital est d'assouplir les dispositions sur le capital des sociétés de capitaux en autorisant dans les statuts le conseil d'administration à augmenter ou à diminuer le capital-actions jusqu'à 50 %. La marge de fluctuation du capital peut être prévue au maximum pour une période de cinq ans. À l'expiration de cette période, il est possible de prévoir une nouvelle marge de fluctuation dans les statuts. L'introduction de la marge de fluctuation ne doit cependant pas avoir de conséquences négatives sur les recettes fiscales.

L'introduction du principe de l'apport de capital a permis le remboursement aux détenteurs de droits de participation non seulement du capital-actions ou du capital social, mais également celui d'apports, d'agios et de versements supplémentaires effectués, et ce sans conséquences sur l'impôt sur le revenu. De plus, depuis l'introduction du principe de l'apport de capital, les sociétés ouvertes au public recourent de plus en plus au versement périodique aux détenteurs de participations de réserves exonérées d'impôt provenant d'apports de capital à la place de dividendes imposables.

Si, après l'introduction de la marge de fluctuation du capital, une société cotée envisage de réduire son capital social, le rachat des actions a lieu par l'intermédiaire d'une deuxième ligne de négoce créée spécialement à cet effet qui peut être demandée par l'entreprise cotée auprès de SIX Swiss Exchange. En l'occurrence, en plus de la cotation, un deuxième numéro de valeur est attribué sur lequel se base exclusivement le commerce des titres à détruire jusqu'à ce que la grandeur visée par la réduction du capital soit atteinte. La deuxième ligne de négoce ainsi créée permet de

⁵⁸⁵ RS 642.11

limiter l'activité commerciale ordinaire à la première ligne de négoce de vente des droits de participation en vue de réduire le capital.

La deuxième ligne de négoce permet aujourd'hui déjà aux personnes physiques domiciliées en Suisse qui détiennent des parts de réaliser un gain en capital exonéré lors de la réduction de capital d'une société cotée et d'éviter d'être imposées sur le revenu en cas de liquidation partielle directe. Dans la pratique, elles vendent leurs parts via la première ligne de négoce à une personne morale qui est également active sur la deuxième ligne de négoce. Seules des personnes morales soumises au principe de la valeur comptable peuvent revendre des parts sur la deuxième ligne. Ainsi, les personnes morales qui achètent des parts sur la première ligne de négoce et qui les vendent sur la deuxième ligne, en règle générale des banques (arbitragistes), n'endossent pas les conséquences fiscales de la liquidation partielle directe. En raison du principe de la valeur comptable, elles ne réalisent que la différence de cours entre la première et la deuxième ligne de négoce à titre de revenu imposable.

Valeur nette dans le cadre de la marge de fluctuation du capital

L'art. 20, al. 4, vise à empêcher que les sociétés cotées n'utilisent la marge de fluctuation du capital pour octroyer des avantages fiscaux à leurs actionnaires en ne leur versant plus de dividendes imposables. Lors des rachats d'actions par l'intermédiaire de la deuxième ligne pendant la durée de la marge de fluctuation, les conséquences fiscales de la liquidation partielle directe ne se font pas sentir étant donné que, dans la pratique, ces rachats ne sont effectués que par des personnes soumises au principe de la valeur comptable. Étant donné que les réserves de capital sont versées par les actionnaires, des réserves remboursables exonérées d'impôt sont constituées lors de chaque augmentation de capital. Comme le montre l'exemple suivant, les sociétés cotées pourraient constituer très simplement des réserves remboursables exonérées d'impôt issues d'apports de capital par l'interaction de la deuxième ligne de négoce et de la nouvelle marge de fluctuation. En vue de limiter cette pratique, le nouvel art. 20, al. 4, P-LIFD prévoit de prendre en considération les augmentations et les diminutions de capital pendant la durée de la marge de fluctuation. On se fonde donc sur la valeur nette. Pour autant que les augmentations de capital dépassent les remboursements de capital pendant la durée de la marge de fluctuation, ces augmentations peuvent être qualifiées de réserves issues d'apports de capital. Dès que la marge de fluctuation du capital est terminée, la valeur nette peut être utilisée pour rembourser aux actionnaires des réserves exonérées issues d'apports de capital ou pour remplacer des dividendes imposables par des remboursements de capital exonérés.

| Exemple | Montant | Année N-1 | | Montant | Année N+2 | | Montant | Apurement | Montant apuré |
|---|-------------------|------------------|-------------------|-------------------|-------------------|-------------------|------------------|-------------------|-------------------|
| | | Augmentation | Diminution | | Diminution | | Augmentation | | |
| Capital-actions | 20'000.00 | 1'000.00 | -1'000.00 | 20'000.00 | -1'000.00 | 19'000.00 | 1'000.00 | 20'000.00 | 20'000.00 |
| Réserves légales | | | | | | | | | |
| - Réserves issues d'apports de capital | 40'000.00 | | | 40'000.00 | | 40'000.00 | | 40'000.00 | 600.00 |
| - Autres réserves de capital | 160'000.00 | 11'400.00 | | 171'400.00 | | 171'400.00 | 12'000.00 | 183'400.00 | -600.00 |
| Réserves légales issues du bénéfice | 30'000.00 | | | 30'000.00 | | 30'000.00 | | 30'000.00 | 30'000.00 |
| Reserves volontaires issues du bénéfice / pertes | 50'000.00 | | -11'500.00 | 38'500.00 | -11'300.00 | 27'200.00 | | 27'200.00 | 27'200.00 |
| Total capital propre | 300'000.00 | 12'400.00 | -12'500.00 | 299'900.00 | -12'300.00 | 287'600.00 | 13'000.00 | 300'600.00 | 300'600.00 |
| Correction fiscale à la fin de la marge de fluctuation du capital | | 11'400.00 | -11'500.00 | | -11'300.00 | | 12'000.00 | 600.00 | |
| Total apports | | | | | | | | 23'400.00 | |
| Total remboursements | | | | | | | | -22'800.00 | |
| Montant net | | | | | | | | 600.00 | |

Le total des apports de capital de 23 400 francs (année N+1 [11 400 francs] plus année N+3 [12 000 francs]) et le total des remboursements de capital de 22 800 francs sont pris en considération pendant la durée de la marge de fluctuation (valeur nette). Pour autant que les apports dépassent les remboursements à la fin de la durée de la marge de fluctuation (dans l'exemple, montant de 600 francs), il est possible de constituer fiscalement des réserves issues d'apports de capital, qui sont ensuite confirmées par l'Administration fédérale des contributions avec des conséquences sur l'impôt sur le revenu et l'impôt anticipé. Ce montant est ensuite transféré des autres réserves de capital aux réserves d'apports de capital. Indépendamment de cela, les réserves issues d'apports de capital (40 000 francs) qui existaient déjà avant la création de la marge de fluctuation peuvent être utilisées pour effectuer des distributions exonérées d'impôt aux actionnaires pendant la période de la marge de fluctuation. En l'absence d'une modification de la loi, des réserves remboursables exonérées d'impôt issues d'apports de capital d'un montant de 23 400 francs pourraient être constituées. En raison de la deuxième ligne de négoce, les remboursements de 22 800 francs n'entraîneraient aucune conséquence fiscale. Il serait possible, par l'interaction de la deuxième ligne de négoce et de la marge de fluctuation, de transformer des réserves distribuables imposables de 22 800 francs en réserves remboursables exonérées d'impôt issues d'apports de capital, bien que les actionnaires n'aient participé, du point de vue du droit commercial, qu'à une augmentation nette du capital propre de 600 francs.

Conséquences financières

La réglementation permet d'éviter une diminution des recettes fiscales. Sans cette réglementation, la diminution de recettes suivante pourrait avoir lieu: les sociétés de capitaux du *Swiss Performance Index* (SPI) qui distribuent régulièrement des dividendes présentent actuellement une valeur nominale globale (capital social) de quelque 20 milliards de francs et une capitalisation boursière de quelque 1349 milliards de francs. Si toutes ces sociétés réduisaient leur capital social de 6 % par exemple en utilisant au minimum la marge de fluctuation du capital et l'augmentaient à nouveau, des réserves remboursables exonérées d'impôt d'environ 81 milliards de francs pourraient être constituées sans conséquence fiscale. A l'heure actuelle, les distributions annuelles de dividendes imposables de ces sociétés s'élèvent à quelque 31 milliards de francs (valeur de 2015). La diminution et l'augmentation ultérieure du capital social de 6 % auraient pour conséquence que ces sociétés pourraient remplacer leurs distributions de dividendes imposables

pendant plus de deux ans par des remboursements de capital exonérés d'impôt. Lorsque ces derniers sont épuisés, la société peut répéter l'opération. Cette pratique entraînerait une diminution de recettes sur les dividendes dans le cadre de l'impôt anticipé et de l'impôt sur le revenu. Le montant de cette diminution de recettes peut être estimé comme suit:

- si l'on suppose qu'environ 10 % des recettes de l'impôt anticipé ne sont pas remboursées et restent donc dans la caisse de la Confédération, il en résulte une diminution annuelle des recettes de l'impôt anticipé pouvant atteindre 1,085 milliard de francs ($0,35 \times 0,1 \times 31$ milliards de francs);
- dans le cadre de l'impôt sur le revenu perçu par la Confédération, les cantons et les communes, la diminution des recettes provient des personnes physiques suisses qui obtiennent un remboursement de capital exonéré d'impôt à la place d'un rendement de dividendes imposable. Si l'on suppose que ces personnes participent à l'actionnariat à hauteur de 10 à 15 %, et si l'on admet un taux d'impôt marginal de 30 % dans le cadre de l'impôt sur le revenu, la diminution annuelle de recettes de la Confédération, des cantons et des communes oscille entre 0,93 milliard de francs ($0,3 \times 0,10 \times 31$) et 1,395 milliard de francs ($0,3 \times 0,15 \times 81$) dans le cadre de l'impôt sur le revenu;
- une partie de l'impôt anticipé non remboursé de 1,085 milliards de francs grève les contribuables suisses soumis à l'impôt sur le revenu. En admettant que cette part est de 15 %, la part des dividendes non déclarée se monte également à 15 % dans le cadre de l'impôt sur le revenu. Ainsi, la diminution des recettes de l'impôt sur le revenu est plus faible (de 0,140 à 0,210 milliard de francs) et s'élève donc à un montant oscillant entre 0,791 et 1,185 milliard de francs.

Sans la réglementation proposée, on aurait une diminution annuelle de recettes pour la Confédération, les cantons et les communes allant jusqu'à environ 2,3 milliards de francs environ dans le cadre de l'impôt anticipé et de l'impôt sur le revenu.

Art. 80, al. 1^{bis}

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 P-CO), mais l'impôt continuera d'être prélevé en francs. C'est pourquoi l'art. 80, al. 1^{bis}, P-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 (art. 621 et 773 P-CO).

2.3.7 **Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes**⁵⁸⁶

Art. 7b, al. 2

Il est renvoyé au commentaire de l'art. 20, al 4, P-LIFD.

Art. 31, al. 3^{bis} et 5

Pour l'al. 3^{bis}, voir le commentaire de l'art. 80, al. 1^{bis}, P-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 (art. 80, al. 1^{bis}, P-LIFD).

2.3.8 **Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé**⁵⁸⁷

Art. 5, al. 1^{er}

L'al. 1^{er} vise à empêcher que les sociétés cotées n'utilisent la marge de fluctuation du capital (art. 653s ss P-CO) pour éviter que leurs actionnaires n'aient à payer le reste des impôts anticipés. Pour chaque rachat d'actions par l'intermédiaire de la deuxième ligne de négoce pendant la durée de la marge de fluctuation, l'impôt anticipé peut être récupéré en Suisse par la personne morale (arbitragiste) qui offre ses parts de capital en vue d'une diminution du capital. Étant donné que les réserves de capital ont été versées par les actionnaires, des réserves remboursables issues d'apports de capital non soumises à l'impôt anticipé sont constituées lors de chaque augmentation de capital. Comme le montre clairement l'exemple mentionné ci-dessus (ch. 2.3.6), les sociétés cotées pourraient constituer très facilement, par l'interaction de la deuxième ligne de négoce et de la marge de fluctuation du capital, des réserves issues d'apports de capital qui seraient remboursables sans conséquence en matière d'impôt anticipé. En vue d'éviter cette pratique, les augmentations et les diminutions de capital sont prises en considération pendant la durée de la marge de fluctuation du capital. On se fonde donc sur la valeur nette. Pour autant que les augmentations de capital dépassent les remboursements de capital pendant la durée de la marge de fluctuation, ces augmentations peuvent être qualifiées de réserves issues d'apports de capital. Dès que la marge de fluctuation du capital est terminée, la valeur nette peut être utilisée pour rembourser aux actionnaires des réserves issues d'apports de capital sans conséquence en matière d'impôt anticipé ou pour rempla-

⁵⁸⁶ RS 642.14

⁵⁸⁷ RS 642.21

cer des dividendes soumis à l'impôt anticipé par des remboursements de capital exonérés de cet impôt.

Il est renvoyé également aux commentaires de l'art. 20, al. 4, P-LIFD.

2.3.9 **Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité**⁵⁸⁸

Art. 49, al. 2, ch. 21

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, P-LPP précise que les obligations de voter et de communiquer prévues aux art. 71a et 71b P-LPP valent aussi pour les institutions de prévoyance enveloppantes.

Art. 53g, al. 1

Le renvoi aux dispositions du CC est mis à jour, sans que cela entraîne de modification matérielle.

Art. 65a, al. 3

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 P-LPP) et des modifications de ces principes. L'al. 3 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 P-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» (ch. 1.4.6.2). 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^{re} 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^e phrase).

⁵⁸⁸ RS 831.40

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 il n'était pas encore certain qu'il s'agissait d'une obligation de voter générale⁵⁸⁹. 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 capital, distribution de dividendes, réduction du capital) ou à la décharge aux membres du conseil d'administration. Dans le cadre de la consultation, l'extension de l'obligation de voter a été approuvée sur le fond. Seuls quelques participants ont demandé que la liste actuelle des objets sur lesquels il était obligatoire de voter soit maintenue⁵⁹⁰.

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. Contrairement à l'avant-projet, le projet ménage explicitement cette possibilité à l'al. 3. C'était nécessaire car, l'art. 703, al. 2, P-CO statuant que les abstentions ne sont pas considérées comme des voix exprimées, on aurait pu arguer qu'une abstention équivalait à la non-participation à l'assemblée générale et était par conséquent interdite, ce qui n'a jamais correspondu à l'intention du législateur, d'où cette précision. 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. 4 ci-dessous).

Conformément aux al. 2 et 3, 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). 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. 4 prévoit que l'organe suprême de l'institution est chargé de définir les principes qui précisent 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.

⁵⁸⁹ Rapport P-ORAb, p. 12

⁵⁹⁰ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 39

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, P-LPP.

Art. 71b Obligation de faire rapport et de communiquer
concernant l'obligation de voter

Étant donné qu'elles sont tenues de voter dans l'intérêt de leurs assurés (art. 71a, al. 2 et 3, P-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, 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 (comme le prévoit déjà l'art. 25 ORAb).

Le nouvel al. 1 récapitule aux let. a à g les comportements punis définis aujourd'hui aux par. 1 à 7. Matériellement, rien ne change⁵⁹¹.

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 l'al. 1, let. h.

⁵⁹¹ Il convient de tenir compte du message du 19 novembre 2014 relatif à la réforme de la prévoyance vieillesse 2020, FF **2015** 273, où il est également question de modifier cette disposition. Si la réforme de la prévoyance professionnelle entre en vigueur avant la modification du droit de la SA ou en même temps qu'elle, seuls la let. h et l'al. 2 du présent projet devront être pris en compte.

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 P-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 (comme le prévoit déjà l'art. 25, ORAb). On évite ainsi certaines difficultés liées à l'évaluation de certains cas (art. 154 P-CP). Quant à la critique de la nouvelle formulation, il est renvoyé au commentaire de l'art. 154 P-CP.

Ces infractions étant moins graves que celles de l'art. 154, al. 1, P-CP, les sanctions qui y sont attachées sont également moins sévères (ch. 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 P-CP⁵⁹².

Art. 86b, al. 1, let. d, et 2, 2^e phrase

En raison de la nouvelle obligation de communiquer sur l'exercice de l'obligation de voter (art. 71b P-LPP), une nouvelle let. d est ajoutée à l'art. 86b, al. 1, LPP.

Pour répondre au nouvel art. 65a, al. 3, P-LPP, l'al. 2 prévoit expressément le droit qu'ont les assurés d'obtenir des informations sur les principes régissant l'exercice de l'obligation de voter 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 de l'obligation de voter (art. 71b P-LPP).

⁵⁹² Rapport consultation AP-ORAb, p. 7 s.

2.3.10 Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs⁵⁹³

Art. 137, al. 2

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 (ch. 1.4.9.3). 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 (art. 725 ss P-CO).

2.3.11 Loi du 8 novembre 1934 sur les banques⁵⁹⁴

Art. 25, al. 3

Le renvoi aux dispositions sur la procédure concordataire et sur l'obligation d'aviser le tribunal est adapté à la suppression de l'ajournement de la faillite et aux nouvelles dispositions sur l'avis au tribunal (ch. 1.4.9.3). 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 (art. 725 ss P-CO).

**2.3.12 Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance
des assurances**⁵⁹⁵

Art. 53, al. 2

Le renvoi aux dispositions sur la procédure concordataire et sur l'obligation d'aviser le tribunal est adapté à la suppression de l'ajournement de la faillite et aux nouvelles dispositions sur l'avis au tribunal (ch. 1.4.9.3). 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 (art. 725 ss P-CO).

⁵⁹³ RS **951.31**

⁵⁹⁴ RS **952.0**

⁵⁹⁵ RS **961.01**

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 prescriptions de l'art. 95, al. 3, Cst. ont déjà été mises 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». De plus, la décision de transférer son siège en Suisse dépend de nombreux autres facteurs, dont la main d'œuvre disponible, l'accès au capital propre et aux capitaux de tiers, l'imposition des entreprises, les aspects monétaires, la stabilité politique et administrative et la sécurité intérieure.

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 (ch. 3.2).

Comme chaque révision législative de grande ampleur, celle-ci suscitera des questions d'interprétation que devra trancher en particulier le Tribunal fédéral. Il ne sera toutefois pas nécessaire d'augmenter les ressources en personnel des tribunaux fédéraux.

3.2 Conséquences pour les cantons

Lorsque les nouvelles dispositions et la modification correspondante 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 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 P-CO). Pour cette tâche, les offices cantonaux seront soutenus par l'Office fédéral du registre du commerce. Après cette période de

transition, leur charge de travail devrait même se trouver réduite étant donné que la réglementation en matière de fondation (voir par ex. ch. 1.4.1.3) et de réduction du capital sera plus flexible qu'auparavant (par ex. art. 653k P-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.

L'exercice des droits des actionnaires ayant été facilité, le nombre de procédures devant les tribunaux de commerce et les tribunaux civils, au niveau cantonal, risque d'augmenter. 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 P-CP et 76 P-LPP), il est peu probable qu'elles alourdissent davantage la charge de travail des autorités de poursuite pénale et des tribunaux pénaux cantonaux que les art. 24 et 25, ORAb.

Pour les conséquences fiscales au niveau des cantons, voir par analogie les explications ci-dessus sur les conséquences financières pour la Confédération.

3.3 Conséquences économiques

3.3.1 Structure du capital

Les nouveautés législatives relatives à la constitution de même qu'à la modification et à l'utilisation du capital-actions prévues dans le 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 États-Unis ou en euro (art. 621 et 773, P-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 partielle de la forme authentique pour les sociétés de capitaux dotées d'une structure simple (ch. 1.4.2.) entraînera pour les entreprises une baisse des coûts et une augmentation de la flexibilité. Elle aura sans doute pour effet secondaire un manque à gagner pour les officiers publics, lequel sera cependant compensé, du moins en partie, par les recettes supplémentaires engendrées du côté des sociétés coopératives (art. 830 et 838a P-CO);

- 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, P-CO). L'abaissement du capital-actions par réduction de la valeur nominale s'en trouvera facilité;
- 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, ch. 1, 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 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, P-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 P-CO);
- la nouvelle réglementation régissant l'augmentation et la réduction du capital-actions (art. 650 ss P-CO) offrira une plus grande flexibilité au conseil d'administration dans la planification de la restructuration, tout en assurant la protection des intérêts des actionnaires minoritaires et des créanciers;
- l'institution de la marge de fluctuation du capital accélèrera et facilitera le processus d'adaptation du montant du capital-actions aux besoins de la société et du marché des capitaux (art. 653s ss P-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, P-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 et 736, al. 1, ch. 4, P-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 50 % du capital-actions (art. 671, al. 2, P-CO) entérine en droit de la SA le principe de l'apport de capital adopté dans le cadre de la deuxième réforme de

l'imposition des entreprises et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011⁵⁹⁶. Il correspond à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral⁵⁹⁷. 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.

3.3.2 Gouvernance et droits des actionnaires

Le renforcement de la gouvernance par la consolidation du statut juridique des actionnaires 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. 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 certaines modifications entraînent des charges administratives supplémentaires pour les sociétés concernées. Les coûts supplémentaires sont à mettre en balance avec les nombreux allègements et compléments apportés par la réforme. En outre, l'impact pour les PME devrait rester réduit car le droit en vigueur et le projet prévoient des exigences allégées pour les petites sociétés non cotées.

À 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 en connaissance de cause (droit à l'information, voir art. 697 ss P-CO). Les possibilités pour les actionnaires de soumettre des propositions à l'assemblée générales seront simplifiées (art. 697c et 699b P-CO);
- les réformes concernant la représentation des actionnaires à l'assemblée générale (art. 689 ss P-CO), la tenue d'assemblées multi-sites ou à l'étranger (art. 701a, al. 2, et 701b P-CO) et le recours aux moyens de communication électroniques (art. 701c ss P-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, du moins à moyen terme;

⁵⁹⁶ 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.

⁵⁹⁷ ATF **140** III 533, consid. 6.2.2., p. 547 s.

- 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 pour le conseil d'administration (art. 697, al. 2 à 4, P-CO). Mais, étant donné que la grande majorité des sociétés anonymes privées ne comptent que quelques actionnaires et qu'il est possible de regrouper les réponses, la charge supplémentaire restera contenue pour cette catégorie d'entreprises, tout particulièrement dans celles où les associés sont tous ou presque impliqués dans la gestion de l'entreprise et ont de ce fait un accès direct à toutes les informations concernant la marche des affaires. De plus, le projet prévoit, contrairement à l'avant-projet, un seuil de 5 %;
- la réduction des obstacles à l'action en restitution (art. 678 P-CO) contribuera à augmenter son efficacité. Elle exercera un effet dissuasif accru sur les organes et réduira du même coup le risque que ceux-ci ne causent un préjudice à la société en manquant à leurs devoirs (ch. 1.4.8.5);
- la modification du régime de responsabilité civile de l'organe de révision suit la même tendance que la réglementation européenne⁵⁹⁸. Elle a pour but de garantir le bon fonctionnement du marché des entreprises de révision qui vérifient les comptes annuels et les comptes consolidés de 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, P-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 entreprises de révision qui n'ont commis qu'une négligence. Pour obtenir le solde de la réparation, ils devront actionner les autres responsables, principalement les membres du conseil d'administration ou de la direction, lesquels sont avant tout responsables des décisions d'affaires et des conséquences économiques de celles-ci;
- 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 CO) et en restitution (art. 678 P-CO) qui tendent à la réparation d'un dommage causé à la société. Au demeurant, les conditions formelles et matérielles d'exercice des droits des actionnaires sont suffisamment restrictives pour limiter le risque que les sociétés ne soient victimes d'actions chicanières ou abusives. Il en va de même pour les examens spéciaux (art. 697c ss P-CO). Le droit d'intenter une action aux frais de la société, prévu dans l'avant-projet, a été abandonné (ch. 1.3.9);

⁵⁹⁸ 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 (JO L 162 du 21 juin 2008, p. 88)

- 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, disp. trans. P-CO). Ce sera principalement le cas de celles qui voudront recourir aux nouveaux instruments juridiques tels que la marge de fluctuation du capital (art. 653*t*, P-CO), le dividende intermédiaire (art. 675*a*, al. 1, ch. 1, P-CO), la clause d'arbitrage (art. 697*n*, al. 1, P-CO) ou l'assemblée générale virtuelle (art. 701, al. 1, P-CO). Il en résultera en partie 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. En contrepartie, la forme authentique est partiellement supprimée pour les sociétés de capitaux dotées d'une structure simple (art. 629, al. 4, et 647, al. 2, P-CO).

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^{er} janvier 2014 (le dernier délai transitoire a expiré fin 2015), ne devrait pas avoir d'impact majeur propre (ch. 1.1.8). Quant aux nouveautés prévues dans le projet qui ne figurent pas dans l'ORAb faute de base constitutionnelles suffisantes, elles concrétisent ou précisent notamment des règles existantes (précisions concernant l'interdiction de faire concurrence et les primes d'embauche, voir art. 735*c*, ch. 2, 3 et 5, P-CO; nouveau vote consultatif sur le rapport de rémunération, voir art. 735, al. 3, ch. 4, P-CO). Elles permettront donc de réduire les incertitudes juridiques subsistantes sans entraîner de 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. 734*f* P-CO) devraient, à terme, tendre vers une composition équilibrée des conseils d'administration et des directions des grandes sociétés dont les actions sont cotées en bourse.

Selon les conclusions de l'analyse d'impact de la réglementation, une représentation plus équilibrée au sein des conseils et des directions des sociétés permet à ces dernières d'améliorer leurs performances financières, en favorisant l'instauration d'un environnement de travail plus productif et plus innovant. Les PME ne seront pas touchées par ces objectifs qui ne s'appliqueront qu'aux grandes sociétés et aux sociétés cotées en bourse. Le délai de cinq ou de dix ans accordé aux sociétés concernées pour se conformer à la nouvelle réglementation (art. 4 disp. trans. P-CO) est suffisamment long pour éviter toute réorganisation précipitée des conseils d'administration et des directions. Il existe au demeurant un nombre considérable de femmes qualifiées susceptibles de siéger au sein des conseils d'administration et des directions.

La réforme proposée est donc également dans l'intérêt de l'économie, car elle permettra notamment de mettre mieux à profit les aptitudes professionnelles des femmes aux postes les plus élevés. Elle contribuera ainsi à pallier les problèmes de vieillissement de la population et de pénurie de compétences qui vont en s'augmentant. De plus, elle constitue un signe clair donné aux femmes en particulier, les incitant plus fortement à entrer sur le marché du travail ou à y rester, ce qui se traduira par une augmentation de leur taux d'activité. Même s'il réduit quelque peu la marge de manœuvre dont disposent 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 (ch. 1.4.7). L'analyse d'impact de la réglementation a également produit un résultat positif (ch. 1.2.3).

3.4 Conséquences sur l'égalité hommes-femmes

Le projet n'aura en principe aucune conséquence sur l'égalité hommes-femmes, étant donné qu'il porte essentiellement sur les personnes morales. Les quelques normes qui concernent les personnes physiques concernent indifféremment les deux sexes.

Seul l'art. 734f a une conséquence directe sur l'égalité hommes-femmes, puisqu'il vise une représentation plus équilibrée des deux sexes au sein du conseil d'administration et de la direction en favorisant le sexe le moins représenté. Dans le contexte économique dominant, caractérisé depuis toujours par une nette sous-représentation des femmes dans les conseils d'administration et plus encore dans les directions, l'art. 734f vise à augmenter la proportion de femmes. Comme il a été expliqué au ch. 1.4.7, cette mesure est requise par le droit constitutionnel et ne constitue en rien une discrimination interdite envers les hommes. La formulation neutre de la norme («représentation des sexes») permet une interprétation en faveur des hommes dans les cas rares où ils seraient sous-représentés au sein du conseil d'administration ou de la direction.

3.5 Influence du 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 États. L'évaluation se fonde sur dix indicateurs partiels analysant les différentes étapes du cycle de vie des entreprises. L'indicateur *Doing Business*⁵⁹⁹ évalue 189 États; la Suisse occupe la 26^e rang.

C'est par rapport à l'indicateur partiel sur la protection des investisseurs minoritaires que la Suisse est la moins bien placée (105^e rang). Cet indicateur examine différentes questions sur la base d'une transaction hypothétique d'un cadre conduisant à

⁵⁹⁹ www.doingbusiness.org (Doing Business 2016).

son enrichissement personnel: (1) les mécanismes de transparence et d'approbation des 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.

Il est probable que certaines dispositions du projet permettent d'améliorer ou de préserver (lorsqu'il s'agit de transposer dans la loi des dispositions de l'ORAb) la position de la Suisse dans le classement portant sur la protection des investisseurs minoritaires. En ce qui concerne les droits des actionnaires et le rôle de l'assemblée générale:

- le renforcement et la précision 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 P-CO);
- l'interdiction du remboursement des réserves légales issues du capital et du bénéfice, ainsi que de la réduction ordinaire du capital tant que la société présente un report de pertes (art. 677a, P-CO);
- le droit aux renseignements des actionnaires de sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse (art. 697, P-CO);
- le renforcement de la sécurité juridique concernant la tenue de l'assemblée générale en plusieurs lieux, avec recours à des moyens électroniques (art. 701a ss P-CO);
- le vote consultatif sur le rapport de rémunération (art. 735, al. 3, ch. 4, P-CO);
- l'élargissement de la majorité qualifiée à d'autres types de décisions (art. 704 P-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 et de la direction 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. 716b, al. 2, ch. 4, et 717a P-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 P-CO en relation avec l'art. 754 CO);
- l'attention accrue que le conseil d'administration porte aux liquidités de la société et la prise précoce de mesures d'assainissement éventuelles (art. 716a, al. 1, ch. 3, 7 et 8, et 725 ss P-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, P-CO)

3.6 Récapitulatif: allègements administratifs, renforcement de la protection des actionnaires minoritaires, des investisseurs et des créanciers, et sécurité juridique

3.6.1 Remarques préliminaires

Les trois tableaux qui suivent montrent quelles dispositions du projet allègent la charge administrative des entreprises et renforcent leur souplesse (ch. 3.6.2), lesquelles renforcent la protection des actionnaires minoritaires, des investisseurs et des créanciers (ch. 3.6.3) et lesquelles renforcent la sécurité juridique (ch. 3.6.4). Certaines dispositions ou thématiques relèvent de plusieurs de ces catégories, mais on a renoncé à les faire figurer dans plus d'un tableau pour faciliter la lecture. Chacune est par conséquent classée en fonction de son aspect prioritaire.

Les tableaux comparent les dispositions du projet au droit en vigueur (et, dans certains cas, au projet de 2007). Le Conseil fédéral avait, dès le 4 décembre 2015, indiqué dans les grandes lignes du projet les points sur lesquels il entendait s'éloigner de l'avant-projet (ch. 1.3). Il ne s'agit donc pas ici de comparer le projet avec l'avant-projet, car leurs divergences sont mises en évidence dans le message par des notes de bas de page renvoyant en particulier au rapport du DFJP du 17 septembre 2015 relatif aux résultats de la consultation sur l'avant-projet du 28 novembre 2014 de modification du code des obligations (droit de la société anonyme).

3.6.2 Allègements administratifs et souplesse accrue pour les entreprises

| Mesure | Projet | Effet prévisible |
|--|---|---|
| Possibilité pour les communautés de droit de fonder une SA | Art. 620, al. 1, P-CO | Les communautés de droit (société simple ou communauté héréditaire, par ex.) pourront à l'avenir fonder une SA, et non plus seulement acquérir des actions d'une SA une seconde logique après sa fondation. |
| Capital-actions en monnaie étrangère | Art. 621, al. 2 et 3, P-CO, 80, al. 1 ^{bis} , P-LIFD, et 31, al. 3 ^{bis} et 5, P-LHID | Le projet instaure une cohérence complète entre le droit de la SA et le droit comptable. La SA pourra ainsi raisonner dans la monnaie étrangère du capital-actions pour tous les aspects relevant du droit des sociétés (fondation, modifications du capital, affectation du bénéfice/constitution des réserves, appréciation d'une perte en capital/d'un surendettement). Pour les impôts, la LIFD/LHID prévoit des conversions simples en francs à l'aide d'une règle de trois. |
| Simple obligation pour la valeur nominale des actions d'être supérieure à zéro | Art. 622, al. 4, P-CO | La valeur nominale des actions ne devra plus être d'un centime au moins, mais simplement supérieure à zéro. Les SA auront ainsi la possibilité de répartir actions et bons de participation comme elles l'entendent. |
| Allègement du contenu obligatoire des statuts | Art. 626, al. 1, P-CO | Les statuts ne devront plus contenir d'indications concernant les organes chargés de l'administration et de la révision ni concernant la convocation de l'assemblée générale et le droit de vote des actionnaires. Ils ne devront plus non plus mentionner explicitement l'organe de publication officiel (FOSC). Toutes ces indications découlant de la loi, il est inutile de les rappeler dans les statuts. |
| Suppression des dispositions relatives à la reprise de biens | Art. 628, P-CO (ch. 1.4.1.3) | La reprise de biens (effective comme envisagée) ne sera plus reconnue comme fondation ni comme augmentation de capital qualifiée. Elle ne devra plus être mentionnée dans les statuts ni d'ailleurs figurer au registre du commerce. Il ne sera plus nécessaire non plus de produire un rapport de fondation vérifié. |
| Suppression de l'obligation de la forme authentique pour les SA à structure simple | Art. 629, al. 4, ch. 1 à 3, 647, al. 2, 650, al. 4, ch. 1 à 3, et 652g, al. 3, ch. 1 à 3, P-CO | Si les statuts d'une SA se limitent au minimum imposé par la loi, si le capital-actions est fixé en francs et si les apports sont libérés en totalité et en francs, la forme authentique ne sera plus obligatoire pour l'acte de fondation et les modifications ultérieures des statuts. |

| Mesure | Projet | Effet prévisible |
|---|-------------------------|---|
| Inscription de l'augmentation ordinaire du capital au registre du commerce dans les six mois | Art. 650, al. 3, P-CO | Jusqu'à présent, l'augmentation du capital devait être inscrite au registre du commerce dans les trois mois qui suivaient la décision de l'assemblée générale. Le projet porte ce délai à six mois. Par ailleurs, ce ne sera plus l'inscription au registre du commerce qui fera foi (les SA ne peuvent guère l'influencer), mais la demande d'inscription. |
| Non-exhaustivité du cercle des destinataires en cas de création d'un capital conditionnel | Art. 653, al. 1, P-CO | Le cercle des destinataires en cas d'attribution de droits de conversion et d'option («actionnaires potentiels») ne sera plus restreint. |
| Possibilité d'autoriser une réduction du capital dans le cadre de la nouvelle marge de fluctuation du capital | Art. 653s ss P-CO | Le droit en vigueur prévoit uniquement que l'assemblée générale peut autoriser le conseil d'administration à augmenter le capital-actions (augmentation de capital autorisée). A l'avenir, le conseil d'administration pourra aussi réduire le capital-actions à l'intérieur d'une marge de fluctuation prédéfinie. |
| Possibilité de réduire le capital d'un montant maximal | Art. 653n, ch. 1, P-CO | Le droit en vigueur ne prévoit pas de réduction du capital d'un montant maximal, aussi les autorités du registre du commerce n'autorisent-elles pas une telle réduction. Le projet la prévoit désormais explicitement. |
| Assouplissement général et accélération de la procédure de réduction du capital | Art. 653j ss P-CO | Le projet n'impose plus qu'un simple appel aux créanciers (contre trois actuellement). Les créanciers auront 30 jours (contre 60 actuellement) pour exiger la garantie de leurs créances. Par ailleurs, l'appel aux créanciers pourra être lancé avant même la décision de l'assemblée générale concernant la réduction de capital. |
| Instauration de l'appel unique aux créanciers | art. 653k P-CO, par ex. | Le droit en vigueur impose un triple appel aux créanciers. Dans la pratique, cet appel est publié trois jours de suite dans la FOSC, ce qui engendre des frais inutiles et n'est plus nécessaire pour protéger les créanciers alors qu'on peut s'abonner par voie électronique à certains contenus de la FOSC. |
| Pas de limitation du montant du capital-participation pour les SA dont les bons de participation sont cotés en bourse | Art. 656b, al. 1, P-CO | Actuellement, le montant du capital-participation ne peut pas dépasser le double du capital-actions. Ce plafond sera abandonné pour les SA dont les bons de participation sont cotés en bourse, ce qui facilitera d'autant le financement de l'entreprise. La cotation en bourse permet de vendre les bons de participation à tout moment. |

| Mesure | Projet | Effet prévisible |
|---|--|--|
| Remboursement aux actionnaires de la réserve issue du capital | Art. 671, al. 2 et 3, et 698, al. 2, ch. 6, P-CO | Le projet indique explicitement que la réserve issue du capital peut être remboursée si les réserves légales issues du capital et du bénéfice dépassent 50 % du capital-actions inscrit au registre du commerce (20 % pour les sociétés holding). Ce remboursement nécessite une décision de l'assemblée générale, mais non l'exécution d'une procédure formelle de réduction du capital. Cette disposition est conforme à un arrêt récent du Tribunal fédéral et à la décision du Conseil des États concernant le projet de 2007. |
| Maintien du représentant dépositaire dans les SA dont les actions ne sont pas cotées en bourse | Art. 689e, P-CO | L'art. 95, al. 3, let. a, Cst. et l'ORAb interdisent les représentants dépositaires dans les SA dont les actions sont cotées en bourse. Contrairement au projet de 2007, le projet lève cette interdiction pour les SA dont les actions ne sont pas cotées en bourse. |
| Possibilité de ne délivrer le rapport de gestion et de ne convoquer l'assemblée générale que par voie électronique | Art. 699a, al. 1, et 700, al. 1, P-CO | Le projet prévoit explicitement que le rapport de gestion, les rapports de révision et la convocation à l'assemblée générale peuvent n'être délivrés aux actionnaires que par voie électronique (directement ou sous la forme d'une publication dans la FOSS). Ce n'est pas une obligation. |
| Décision proposée par circulation pour l'assemblée générale | Art. 701, al. 3, P-CO | Actuellement la décision proposée par circulation est réservée au conseil d'administration. Le projet l'étend à l'assemblée générale. Cette disposition donne aux SA, en particulier celles dotées d'un actionariat réduit, ou étranger, une plus grande souplesse pour la prise de décisions. |
| Admissibilité explicite des lieux de réunions multiples, en Suisse et à l'étranger | Art. 701a s. P-CO | La loi en vigueur prévoit un lieu de réunion unique situé en Suisse. Le projet offre une plus grande souplesse, en particulier au conseil d'administration. Plusieurs principes protègent les actionnaires contre d'éventuels abus. |
| Admissibilité explicite du recours aux médias électroniques pour la tenue de l'assemblée générale (à l'extrême, sous la forme d'une assemblée générale virtuelle) | Art. 701c ss P-CO | Le droit en vigueur ne prévoit rien concernant le recours aux médias électroniques pour la tenue de l'assemblée générale. Le projet offre une plus grande souplesse, en particulier au conseil d'administration. Plusieurs principes protègent les actionnaires contre d'éventuels abus. |

| Mesure | Projet | Effet prévisible |
|---|------------------------|---|
| Maintien de la possibilité de réévaluer les immeubles et les participations afin d'assainir une SA | Art. 725c P-CO | Contrairement au projet de 2007, le projet maintient la possibilité de réévaluer les immeubles et les participations lorsqu'une société présente une perte de capital ou même un surendettement. |
| Non-prise en compte des postpositions de créanciers afin d'assainir une SA dans le calcul du dommage en cas d'action en responsabilité contre le conseil d'administration | Art. 757, al. 4, P-CO | En cas d'action en responsabilité contre le conseil d'administration, les cessions de rang des créanciers ne seront plus prises en compte dans le calcul du dommage. Le conseil d'administration pourra ainsi plus facilement utiliser ces postpositions comme mesures d'assainissement de la société. |
| Exonération de l'obligation de présenter des comptes de grandes entreprises | Art. 961d, al. 1, P-CO | Actuellement, une entreprise n'est dispensée de la présentation des comptes de grandes entreprises que lorsqu'elle établit des comptes consolidés conformément à une norme reconnue. À l'avenir, elle le sera aussi si elle établit des états financiers selon une norme comptable reconnue. Cette disposition intéressera notamment les entreprises du secteur de l'électricité. |
| Possibilité pour un commissaire de rendre irrévocables les actes juridiques accomplis durant un sursis concordataire. | Art. 285, al. 4, P-LP | Actuellement, seul le juge du concordat peut rendre irrévocables des actes juridiques accomplis durant un sursis concordataire. Cette compétence sera étendue au commissaire (hormis pour quelques affaires, par ex. celles concernant des immeubles). Cela permettra d'accélérer et de faciliter la procédure d'assainissement d'une SA dans le cadre d'un sursis concordataire. |

3.6.3 Protection des actionnaires minoritaires, des investisseurs et des créanciers

| Mesure | Projet | Effet prévisible |
|---|----------------|--|
| Interdiction temporaire des remboursements aux actionnaires | Art. 677a P-CO | Tant que la SA présentera un report de pertes au bilan, le remboursement des réserves légales issues du capital et du bénéfice de même que la réduction ordinaire du capital seront interdites. Le but de cette disposition est d'éviter qu'en cas de détérioration de la situation économique, la SA ne s'affaiblisse au profit des actionnaires. |

| Mesure | Projet | Effet prévisible |
|---|--|---|
| Extension de la qualité pour agir aux créanciers concernant la restitution de prestations perçues à l'intérieur d'un groupe | Art. 678, al. 4, P-CO | Tant qu'une SA ne fait pas l'objet d'une procédure de faillite, les créanciers n'ont le droit d'intenter aucune action en restitution de prestations. Le projet prévoit une exception à cette règle: la qualité pour agir est étendue aux créanciers lorsque la prestation a été effectuée en faveur d'une société du même groupe. Dans ce cas, il y a souvent pénurie d'actionnaires minoritaires pour intenter l'action. La disposition renforce en outre l'effet préventif de l'action en restitution. |
| Abaissement partiel du seuil pour l'exercice des droits minoritaires | Surtout art. 697 <i>d</i> , al. 1, 699, al. 3, et 699 <i>b</i> , al. 1, P-CO (ch. 1.4.8.4) | Les seuils en vigueur empêchent fréquemment les actionnaires minoritaires d'exercer leurs droits, notamment le droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et le droit de proposition. Aussi le projet abaisse-t-il les seuils d'exercice de ces droits, en particulier pour les SA dont les actions sont cotées en bourse. Le but est d'établir un équilibre entre le renforcement de la protection des actionnaires minoritaires et les intérêts de la majorité ou du conseil d'administration. |
| Droit aux renseignements en dehors de l'assemblée générale dans les SA dont les actions ne sont pas cotées en bourse | Art. 697, al. 2, P-CO | Les actionnaires minoritaires pourront à l'avenir demander au conseil d'administration des renseignements sur les affaires de la société en dehors de l'assemblée générale. Le but est de réduire le déficit d'information actuel entre le conseil d'administration et les actionnaires minoritaires, sans entraver inutilement le conseil d'administration dans son travail. |
| Décision de l'assemblée générale concernant la décotation des actions | Art. 698, al. 2, ch. 8, et 704, al. 1, ch. 10, P-CO | Pour retirer de la bourse tout ou partie des actions d'une SA (décotation), une décision de l'assemblée générale sera nécessaire compte tenu des conséquences économiques et juridiques importantes de cette mesure pour les actionnaires. Cela permettra par ex. aux actionnaires minoritaires de former un recours contre la décision de l'assemblée générale, ce qui ne serait pas possible contre une décision du conseil d'administration. |
| Nouveaux délais pour la communication du rapport de gestion et la convocation de l'assemblée générale | Art. 699 <i>a</i> s. P-CO | La modification des délais antérieurs à l'assemblée générale vise à renforcer le droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et le droit de proposition des actionnaires, lesquels doivent avoir pris connaissance du rapport de gestion, des rapports de révision et du rapport de rémunération afin d'exercer ces droits avec plus d'efficacité. |

| Mesure | Projet | Effet prévisible |
|--|--|---|
| Obligation du conseil d'administration de surveiller les liquidités de la SA | Art. 725 P-CO | Lorsque ses liquidités sont insuffisantes, la SA ne peut pas assumer ses obligations financières. Aussi le projet inscrit-il explicitement dans la loi l'obligation du conseil d'administration de surveiller les liquidités. S'il existe des raisons sérieuses de croire que la société deviendra insolvable dans les 6 ou 12 mois à venir, le conseil d'administration devra établir un plan de trésorerie et prendre, si nécessaire, des mesures visant à garantir la solvabilité. Cette disposition renforce la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires. |
| Pas d'opting out pour les SA dont les statuts prévoient des dividendes intermédiaires ou une marge de fluctuation de capital autorisant une réduction de capital | Art. 727a, al. 2, P-CO | Les dividendes intermédiaires privent la SA d'une partie de ses moyens en cours d'exercice, alors que le résultat de l'exercice n'est pas encore connu. La protection des créanciers liée à une marge de fluctuation de capital est limitée, même si cette dernière autorise une réduction de capital. Il est donc justifié, pour protéger les créanciers, que dans ces deux cas de figure il ne soit pas possible de renoncer au contrôle restreint des comptes annuels, qui garantit un contrôle externe minimum. |
| Révocation de l'organe de révision pour de justes motifs uniquement | Art. 730a, al. 4, et 959c, al. 2, ch. 14, P-CO | Pour renforcer la position de l'organe de révision et du même coup la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires, en particulier lorsque la situation financière de la SA est tendue, l'assemblée générale ne pourra plus, à l'avenir, révoquer l'organe de révision que pour de justes motifs, lesquels devront être exposés dans l'annexe aux comptes annuels. |
| Prolongation du délai de péremption concernant la décharge | Art. 758, al. 2, P-CO | Les actionnaires qui n'ont pas approuvé la décharge du conseil d'administration lors de l'assemblée générale auront à l'avenir douze mois pour intenter une action en responsabilité. En outre, ce délai sera suspendu pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial et l'exécution de celui-ci, dans le but de faciliter la justification de l'action en responsabilité. |

3.6.4 Renforcement de la sécurité juridique

De nombreuses précisions ont été apportées au projet et dans les commentaires du message, afin de faciliter l'interprétation du futur texte de loi et d'accroître la sécurité juridique. Le tableau ci-dessous en récapitule les plus importantes:

| Mesure | Projet | Effet prévisible |
|---|--------------------------------------|--|
| Admissibilité de la libération du capital-actions par compensation d'une créance non couverte | Art. 634a, al. 2, P-CO | La question de savoir si les créances qui ne sont plus entièrement couvertes par les actifs de la SA peuvent servir à la libération en cas d'augmentation du capital-actions (libération par compensation) est floue dans la doctrine comme dans la jurisprudence. Le projet affirme explicitement que oui, car cette mesure ne pénalise pas les autres créanciers et permettra à la SA de supprimer tout ou partie de son surendettement. |
| Libération ultérieure par conversion de fonds propres librement disponibles | Art. 634b, al. 2, P-CO | Le projet autorise l'appel ultérieur d'apports (libération ultérieure d'actions libérées en partie seulement) par la conversion de fonds propres dont la SA peut disposer librement, ce qui renforce la sécurité juridique en matière de libération partielle. |
| Inscription dans la loi de la possibilité de verser un dividende intermédiaire | Art. 675a P-CO | L'admissibilité des dividendes intermédiaires est floue dans la doctrine comme dans la jurisprudence. Le projet met fin à ce flottement en inscrivant les dividendes intermédiaires dans la loi. Il facilite ainsi le versement de dividendes, en particulier à l'intérieur d'un groupe. |
| Admissibilité des clauses d'arbitrage | Art. 697n P-CO | La question de savoir si les clauses d'arbitrage statutaires sont admissibles et si les actionnaires sont liés par elles est floue dans la doctrine comme dans la jurisprudence. Le projet met fin à cette incertitude en autorisant explicitement les clauses d'arbitrage pour tout litige relevant du droit des sociétés. |
| Transformation de bons de participation en actions et inversement | Art. 704, al. 1, ch. 6, et 704b P-CO | Le droit en vigueur ne règle ni la transformation de bons de participation en actions ni l'inverse. Le projet donne à ces deux procédés une base légale explicite. Il ne sera donc plus nécessaire de les prévoir dans les statuts, ce qui allégera d'autant la charge administrative de la SA. |

| Mesure | Projet | Effet prévisible |
|---|--|---|
| Transfert des dispositions de l'ORAb dans les lois fédérales | Art. 732 ss P-CO, 71a s. P-LPP et 154 P-CP | Jusqu'à présent, l'art. 95, al. 3, Cst. (initiative populaire «contre les rémunérations abusives») n'a été mis en œuvre que dans une ordonnance (ORAb, art. 197, ch. 10, Cst.). La révision du droit de la SA prévoit sa mise en œuvre dans plusieurs lois fédérales (CO, LPP, CP), afin de renforcer la sécurité juridique et de respecter les attributions législatives du Parlement peu après l'acceptation de l'initiative populaire. |
| Détermination explicite des types de primes d'embauche admissibles pour les cadres supérieurs d'une SA dont les actions sont cotées en bourse | Art. 735c, ch. 5, P-CO | L'art. 95, al. 3, let. b, Cst. et l'ORAb interdisent déjà le versement aux cadres supérieurs de toute rémunération anticipée. Dans la pratique, il n'est pas toujours facile de faire la distinction entre ce type de rémunération et une prime d'embauche. C'est pourquoi le projet statue explicitement que les primes d'embauche sont admissibles si elles s'inscrivent en réparation d'un désavantage financier établi pour la personne qui rejoint la SA. Toute rémunération anticipée injustifiée est par conséquent interdite. Le projet permet ainsi de distinguer plus clairement, sur le plan juridique, les primes d'embauche admissibles des rémunérations anticipées interdites. |
| Détermination explicite des types d'indemnités découlant d'une interdiction de faire concurrence admissibles pour les cadres supérieurs d'une SA dont les actions sont cotées en bourse | Art. 735c, ch. 2 et 3, P-CO | L'art. 95, al. 3, let. b, Cst. et l'ORAb interdisent déjà le versement aux cadres supérieurs de toute indemnité de départ. Il est donc important, du point de vue de la sécurité juridique, de déterminer dans quelles circonstances les indemnités découlant d'une interdiction de faire concurrence sont admissibles pour les cadres supérieurs d'une SA dont les actions sont cotées en bourse. Si l'interdiction de faire concurrence n'est pas justifiée par l'usage commercial, les indemnités qui en découlent ne sont pas admissibles. Dans le cas contraire, les indemnités sont admissibles si elles ne dépassent pas la rémunération moyenne des trois dernières années. Là aussi, la sécurité juridique est renforcée quant à la distinction entre indemnités admissibles et inadmissibles. |
| Prescriptions concernant les comptes intermédiaires | Art. 960f P-CO | Le droit de la SA prévoit, comme d'autres lois (la LFus, par ex.), des obligations concernant l'établissement des comptes intermédiaires (actuellement: bilan intermédiaire). C'est désormais le droit comptable qui règle les principes d'établissement des comptes intermédiaires. |

4 **Relation avec le programme de la législature et avec les objectifs du Conseil fédéral pour 2016**

Le Conseil fédéral a clairement fixé dans ses objectifs 2016 son intention d'adopter pour la fin 2016 le message relatif à la révision du code des obligations (droit de la SA, y compris mise en œuvre de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives»). Outre l'art. 95, al. 3, Cst., le nouveau projet devait viser à mettre en œuvre d'autres aspects de la gouvernance d'entreprise, à moderniser les prescriptions en matière de capital et à préciser celles qui concernent l'assemblée générale. Le Conseil fédéral l'a confirmé le 4 décembre 2015 lorsqu'il a pris connaissance des résultats de la consultation (ch. 1.2.4 ss)⁶⁰⁰.

Dans l'arrêté fédéral du Parlement du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015–2019⁶⁰¹, la révision du droit de la SA⁶⁰² est mentionnée explicitement (art. 3, ch. 4, alors que ce n'est pas le cas dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législature 2011–2015⁶⁰³), et ce principalement pour deux raisons:

- entre le début 2008 et la fin de la session d'été 2013, le Parlement a traité différentes propositions de révision du droit de la SA (ch. 1.1);
- le peuple et les cantons n'ont accepté l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» que le 3 mars 2013 (ch. 1.1.7), et l'ORAb, qui met en œuvre les nouvelles prescriptions de l'art. 95, al. 3, Cst. jusqu'à nouvel ordre, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014.

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 (ch. 1.1.9).

5 **Aspects juridiques**

5.1 **Constitutionnalité**

Le projet a été élaboré dans le respect des compétences législatives de la Confédération en matière d'égalité de l'homme et de la femme (art. 8, al. 3 Cst.), de législation sur les banques, les bourses et les assurances (art. 98 Cst.), de prévoyance professionnelle (art. 113 Cst.), de droit civil et de procédure civile (art. 123 Cst.) et de droit pénal (art. 123 Cst.).

⁶⁰⁰ Objectifs 2016 du Conseil fédérale - décision du Conseil fédéral du 4 novembre 2015 (Volume 1, Objectif 2; Volume 2, DFJP, Objectif 6). Voir aussi le communiqué de presse du Conseil fédéral du 4 décembre 2015 relatif à la révision du droit de la SA.

⁶⁰¹ FF 2016 4999, ici 5000

⁶⁰² Message programme de la législature 2015–2019, p. 1038 et 1096

⁶⁰³ FF 2012 6667

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales

Le 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 (ch. 1.5).

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. au moyen 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 (ch. 1.1.8.4).

5.4 Délégation de compétences législatives

Le Conseil fédéral reçoit des compétences législatives concernant la transparence dans les entreprises de matières premières (art. 964d, al. 3 P-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^e du CO (notamment art. 929 CO)⁶⁰⁴.

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.

5.5 Frein aux dépenses

Le projet ne prévoit aucune dépense soumise au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, Cst.) étant donné qu'il ne contient aucune disposition relative aux subventions et ne fonde ni crédit d'engagement ni plafond de dépenses.

⁶⁰⁴ Voir aussi art. 943 P-CO du 15 avril 2015 de modernisation du registre du commerce (message registre du commerce, p. 3289).

6 Tables des travaux législatifs et des abréviations

6.1 Tables des travaux législatifs

| Abréviations | Titre intégral et emplacement officiel |
|------------------------------------|--|
| Rapport Groupe de réflexion | <p>Rapport final du 24 septembre 1993 du groupe de réflexion «Droit des sociétés», accessible à l'adresse: www.bj.admin.ch > Économie > Projets législatifs terminés > Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable</p> <p>Lien direct: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/schlussber-gruppe-reflexion-f.pdf</p> |
| Rapport harmonisation des peines | <p>Rapport explicatif sur la loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire, accessible à l'adresse: www.bj.admin.ch > Sécurité > Harmonisation des peines</p> <p>Lien direct: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-f.pdf</p> |
| Rapport valeur nominale | <p>Initiative parlementaire pour une réduction de la valeur nominale minimale des actions, rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États du 11 septembre 2000, F 2000 5091</p> <p>Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2000/5091.pdf</p> |
| Rapport coûts de la réglementation | <p>Rapport du Conseil fédéral du 13 décembre 2013 sur les coûts de la réglementation, Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 22F, accessible à l'adresse: www.admin.ch > Documentation > Communiqués (de/à: 13.12.2013)</p> |
| Rapport ONRC | <p>Rapport explicatif du 16 août 2012 sur l'entrée en vigueur du droit comptable et la nouvelle ordonnance sur les normes comptables reconnues (ONRC), et sur la révision partielle de l'ordonnance sur la surveillance de la révision (OSRev), accessible à l'adresse: www.bj.admin.ch > Économie > Projets législatifs terminés > Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable</p> <p>Lien direct: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/erl-ber-vasr-f.pdf</p> |
| Rapport P-ORAb | <p>Rapport additionnel du DFJP du 8 octobre 2013 sur le projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb), accessible à l'adresse: www.bj.admin.ch > Économie > Révision du droit de la société anonyme</p> <p>Lien direct: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/voabzockerei/erl-vo-f.pdf</p> |

| Abréviation | Titre intégral et emplacement officiel |
|---|--|
| Rapport consultation droit de la SA 2005 | <p>Résumé des résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet du 2 décembre 2005 de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le code des obligations, février 2007, accessible à l'adresse: www.bj.admin.ch > Économie > Projets législatifs terminés > Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable</p> <p>Lien direct: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/ve-res-f.pdf</p> |
| Rapport consultation droit de la SA 2014 | <p>Rapport du 17 septembre 2015 relatif aux résultats de la consultation sur l'avant-projet du 28 novembre 2014 de modification du code des obligations (droit de la société anonyme), accessible à l'adresse: www.bj.admin.ch > Économie > Révision du droit de la société anonyme</p> <p>Lien direct: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/ve-res-f.pdf</p> |
| Rapport consultation registre du commerce | <p>Rapport sur le résumé des résultats de la procédure de consultation relative à la modernisation du registre du commerce et aux allègements en découlant pour les PME, août 2013, accessible à l'adresse: www.bj.admin.ch > Économie > Modernisation du registre du commerce</p> |
| Rapport consultation AP-ORAb | <p>Résumé établi par l'Office fédéral de la justice le 4 septembre 2013 des prises de position sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives, accessible à l'adresse: www.bj.admin.ch > Économie > Révision du droit de la société anonyme</p> <p>Lien direct: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/voabzockerei/ve-ber-f.pdf</p> |
| Rapport AP-ORAb | <p>Rapport explicatif du DFJP du 14 juin 2013 sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb), accessible à l'adresse: www.bj.admin.ch > Économie > Révision du droit de la société anonyme</p> <p>Lien direct: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/voabzockerei/vn-ber-f.pdf</p> |
| Rapport avant-projet droit de la SA 2005 | <p>Rapport explicatif du 2 décembre 2005 sur l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le code des obligations, accessible à l'adresse: www.bj.admin.ch > Économie > Projets législatifs terminés > Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable</p> <p>Lien direct: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/vn-ber-f.pdf</p> |
| Rapport avant-projet droit de la SA 2014 | <p>Rapport explicatif du DFJP du 28 novembre 2014 sur la modification du code des obligations (droit de la société anonyme), accessible à l'adresse: www.bj.admin.ch > Économie > Révision du droit de la société anonyme</p> <p>Lien direct: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-f.pdf</p> |

| Abréviation | Titre intégral et emplacement officiel |
|---|--|
| Rapport avant-projet registre du commerce | Rapport explicatif du 19 décembre 2012 sur la modernisation du registre du commerce et aux allègements en découlant pour les PME, accessible à l'adresse: www.bj.admin.ch > Economie > Modernisation du registre du commerce Lien direct: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister/vn-ber-f.pdf |
| Rapport I contreprojet indirect 2010 | Initiative parlementaire Contreprojet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», rapport du 25 octobre 2010 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, FF 2010 7521 (version 1 de 10.443) Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2010/7521.pdf |
| Rapport II contreprojet indirect 2010 | Initiative parlementaire Contreprojet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», rapport complémentaire du 22 novembre 2010 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, FF 2011 207 (version 2 de 10.443) Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2011/207.pdf |
| Message droit de la SA 1928 | Message du 21 février 1928 concernant un projet de révision des titres XXIV à XXXIII du code des obligations suisse, BBl 1928 I 205 (pas de version française) |
| Message droit de la SA 1983 | Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit de la société anonyme, BBl 1983 745 (pas de version française) |
| Message droit de la SA 2007 | 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 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2008/1407.pdf |
| Message droit de la SA 2008 | 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 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2009/265.pdf |
| Message LTI | Message du 15 novembre 2006 relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de LaHaye sur les titres intermédiés, FF 2006 8817 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/8817.pdf |
| Message LBVM | Message du 24 février 1993 relatif une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, LBVM), BBl 1993 I 1369 (pas de version française) |

| Abréviation | Titre intégral et emplacement officiel |
|--------------------------------|--|
| Message protection de l'adulte | Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/6635.pdf |
| Message LSFIn/LEFin | Message du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin), FF 2015 8101 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2015/8101.pdf |
| Message LIMF | Message du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF), FF 2014 7235 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/7235.pdf |
| Message LAUFIN | Message du 1 ^{er} février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN), FF 2006 2741 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/2741.pdf |
| Message LFus | Message du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion; LFus), FF 2000 3995 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2000/3995.pdf |
| Message droit de la Sàrl | Message du 19 décembre 2001 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2002 2949 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2002/2949.pdf |
| Message registre du commerce | Message du 15 avril 2015 concernant la modification du code des obligations (Droit du registre du commerce), FF 2015 3255 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2015/3255.pdf |
| Message LPCC2005 | Message du 23 septembre 2005 concernant la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (Loi sur les placements collectifs), FF 2005 5993 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2005/5993.pdf |
| Message LPCC2012 | Message du 2 mars 2012 relatif à la modification de la loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), FF 2012 3383 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2012/3383.pdf |

| Abréviation | Titre intégral et emplacement officiel |
|---|---|
| Message programme législature 2015–2019 | Message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019, FF 2016 981 Lien direct: www.bk.admin.ch/themen/planung/04622/index.html?lang=fr |
| Message mesures système financier | Message du 5 novembre 2008 concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse, FF 2008 8027 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2008/8027.pdf |
| Message droit de la révision | 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 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2004/3745.pdf |
| Message droit de l'assainissement | Message du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement), FF 2010 5871 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2010/5871.pdf |
| Message stabilité du secteur financier | Message du 20 avril 2011 concernant la révision de la loi sur les banques (Renforcement de la stabilité du secteur financier, too big to fail), FF 2011 4365 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2011/4365.pdf |
| Message CPP | Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/1057.pdf |
| Message Transparence | 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 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2004/4223.pdf |
| Message LRIE II | Message du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements (Loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II), FF 2005 4469 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2005/4469.pdf |
| Message LRIE III | Message du 5 juin 2015 concernant la loi sur la réforme de l'imposition des entreprises III, FF 2015 4613 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2015/4613.pdf |

| Abréviation | Titre intégral et emplacement officiel |
|--|---|
| Message droit de la prescription | Message du 29 novembre 2013 relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription), FF 2014 221 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/221.pdf |
| Message SCSél | Message du 3 juillet 2001 relatif à la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (SCSél), FF 2001 5423 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2001/5423.pdf |
| Message CPC | Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/6841.pdf |
| Avis rapport I contreprojet indirect 2010 | Initiative parlementaire Contreprojet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», rapport du 25 octobre 2010 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, avis du Conseil fédéral du 17 novembre 2010, FF 2010 7589 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2010/7589.pdf |
| Avis rapport II contreprojet indirect 2010 | Initiative parlementaire Contreprojet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», rapport complémentaire du 22 novembre 2010 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, avis du Conseil fédéral du 3 décembre 2010, FF 2011 241 Lien direct: www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2011/241.pdf |

6.2 Table des abréviations

| | |
|--------------|--|
| AIR | Analyse d'impact de la réglementation |
| AP- | Avant-projet |
| ATF | Arrêt du Tribunal fédéral |
| BO | Bulletin officiel |
| CAJ-E | Commission des affaires juridiques du Conseil des États |
| CAJ-N | Commission des affaires juridiques du Conseil national |
| CC | Code civil; RS 210 |
| CO | Code des obligations; RS 220 |
| CP | Code pénal; RS 311.0 |
| CPC | Code de procédure civile; RS 272 |
| CPP | Code de procédure pénale; RS 312.0 |
| Cst. | Constitution; RS 101 |
| DFJP | Département fédéral de justice et police |
| disp. trans. | Dispositions transitoires |
| FF | Feuille fédérale |
| FOSC | Feuille officielle suisse du commerce |
| GAAP | Generally Accepted Accounting Principles |
| GesKR | Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarkt-recht sowie Umstrukturierungen |
| IFRS | International Financial Reporting Standards |
| LB | Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargnes (loi sur les banques); RS 952 |
| LDIP | Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé; RS 291 |
| LFLP | Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (loi sur le libre passage); RS 831.42 |
| LFus | Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion); RS 221.301 |
| LHID | Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes; RS 642.14 |
| LIFD | Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct; RS 642.11 |
| LIMF | Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (loi sur l'infrastructure des marchés financiers); RS 958.1 |
| LP | Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1 |

| | |
|----------------|--|
| LPP | Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; RS 831.40 |
| LTI | Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés; RS 957.1 |
| OFJ | Office fédéral de la justice |
| Olico | Ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de comptes; RS 221.431 |
| ORAb | Ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse; RS 221.331 |
| ORC | Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce; RS 221.411 |
| P- | Projets d'actes conformément au présent message, par ex. P-CO ou P-CC |
| PME | Petite à moyenne entreprise |
| Projet de 2008 | Projet du 5 décembre 2007, FF 2009 307. |
| Projet de 2007 | Projet du 21 décembre 2007, FF 2008 1407. |
| Projet de 2010 | Projet du 25 octobre 2010, FF 2010 7573 (10.443 – objet 1) |
| REPRAX | Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht |
| RO | Recueil officiel |
| RS | Recueil systématique |
| RSDA | Revue suisse de droit des affaires |
| RSJ | Revue suisse de jurisprudence |
| SA | Société anonyme |
| Sàrl | Société à responsabilité limitée |
| tit. fin. | Titre final |
| UE | Union européenne |
| ZBl | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht |

