

Message concernant la révision du code des obligations

**(Droit de la société anonyme et droit comptable;
adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en
commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société
coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce)**

du 21 décembre 2007

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Nous avons l'honneur de vous soumettre, en vous proposant de l'adopter, le projet de 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).

Par la même occasion, nous vous proposons de classer les interventions parlementaires suivantes:

- 2002 M 01.3261 Renforcement de la protection des actionnaires minoritaires (E 5.6.02, Leutenegger Oberholzer);
- 2002 M 01.3329 Société par actions. Principes de la «corporate governance» (transmise sous forme de postulat, E 5.6.02, Walker);
- 2002 P 02.3045 Expertise juridique suite à la débâcle de Swissair (E 5.6.02, Wicki);
- 2002 P 02.3086 Corporate Governance. Protection des investisseurs (N 21.6.02, Walker);
- 2003 M 02.3470 Renforcement des dispositions légales relatives à la présentation des comptes et au contrôle des entreprises (N 4.6.03, Commission de gestion CE);
- 2002 M 02.3489 Etablissement des comptes et révision, ch. 1 à 5 et 7 à 9, (transmise sous forme de postulat, N 31.12.02, Leutenegger Oberholzer);
- 2006 P 06.3026 Accès libre par Internet aux données du registre du commerce (N 23.6.06, Imfeld).

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs,
l'assurance de notre haute considération.

21 décembre 2007

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey

La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Le projet du Conseil fédéral poursuit quatre objectifs principaux:

- *Renforcement de la gouvernance: le projet consolide le statut juridique des actionnaires, notamment dans leur qualité de propriétaires de la société anonyme. Le droit à l'information est mieux réglementé: un droit de requérir des renseignements par écrit est notamment créé pour les actionnaires des sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse. Le projet abaisse aussi le seuil d'exercice de plusieurs droits de l'actionnaire (institution d'un examen spécial, convocation de l'assemblée générale, inscription d'un objet à l'ordre du jour, ouverture d'une action en dissolution).*

Le projet autorise explicitement l'assemblée générale à adopter des dispositions statutaires relatives aux indemnités perçues par le conseil d'administration. Les statuts peuvent également stipuler que certaines décisions du conseil d'administration doivent être soumises à l'approbation de l'assemblée générale. Un droit d'obtenir des renseignements sur le montant des indemnités perçues par les membres de la haute direction est également créé en faveur des actionnaires des sociétés anonymes privées, car ces dernières, contrairement aux sociétés ouvertes au public, ne sont pas tenues de divulguer ces indemnités dans l'annexe aux comptes annuels.

Le régime de la représentation par la banque dépositaire et par un membre d'un organe de la société est abrogé et remplacé par un système de représentation des droits de vote par une personne indépendante. Le représentant indépendant ne pourra en principe exercer le droit de vote que s'il a reçu des instructions de l'actionnaire.

Le projet prévoit aussi que les sociétés pourront refuser de reconnaître le statut d'actionnaire aux personnes qui ont acquis des actions dans le cadre d'un prêt de titres (securities lending). Dans ce cas, l'acquéreur ne pourra pas participer à l'assemblée générale. Lorsque la société aliène ses propres titres dans le cadre d'une transaction de ce type, le droit de vote des actions en question est automatiquement suspendu.

Parmi les autres nouveautés, il convient de mentionner l'élection annuelle et individuelle des membres du conseil d'administration. La procédure en cas de conflit d'intérêts au sein du conseil d'administration et de la direction est en outre réglée de façon explicite. Les sociétés ouvertes au public doivent en outre adopter des règles empêchant leurs administrateurs d'exercer une influence réciproque sur le montant de leurs indemnités.

Enfin, la responsabilité de l'organe de révision en cas de dommage commis uniquement par négligence est limitée au montant à raison duquel le réviseur serait tenu d'en répondre à la suite d'une action récursoire.

- *Assouplissement des règles relatives à la structure du capital: le projet institue une «marge de fluctuation du capital», par laquelle l'assemblée générale peut autoriser le conseil d'administration à augmenter et réduire plusieurs*

fois le capital-actions dans une fourchette définie. Par ailleurs, le concept de valeur nominale minimale des actions est abandonné, ce qui signifie que la valeur nominale peut tendre vers zéro. La limitation actuelle du capital-participation au double du capital-actions est supprimée dans les sociétés dont les bons de participation sont cotés en bourse. Et pour finir, la constitution et l'affectation des réserves sont soumises à de nouvelles règles.

- *Modernisation du régime de l'assemblée générale: le projet autorise l'utilisation des médias électroniques pour la préparation et pour la tenue de l'assemblée générale. Il fixe aussi les conditions légales dans lesquelles la société peut organiser une assemblée générale «multi-sites» ou à l'étranger. Dans certaines conditions, il permet même de renoncer totalement à un lieu de réunion physique (assemblée générale «électronique» ou virtuelle).*
- *Réforme du droit comptable: le régime comptable actuel est obsolète et doit être refondu. Le projet propose d'uniformiser les règles pour toutes les formes de sociétés régies par le droit privé et de différencier les exigences selon l'importance économique de l'entreprise. Il contient donc des dispositions générales qui s'appliquent à toutes les entités juridiques soumises à l'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes. Ces règles comptables correspondent au standard appliqué actuellement dans les PME bien gérées. Des dispositions plus rigoureuses sont fixées pour les grandes entreprises et pour les groupes de sociétés. Lorsque certaines conditions sont remplies, l'entreprise est ainsi tenue de dresser ses états financiers selon une norme comptable reconnue (p. ex. Swiss GAAP RPC ou IFRS). Ces états financiers doivent refléter la situation économique réelle de l'entreprise (principe de sincérité ou de «fair presentation»). L'obligation d'établir les comptes selon une norme comptable reconnue répond aux besoins du marché des capitaux et vise à protéger les actionnaires minoritaires. Les entreprises ont aussi la possibilité d'établir leurs comptes annuels uniquement selon une norme comptable reconnue. Si une entreprise établit pour la première fois ses comptes selon une norme comptable reconnue au cours des trois premiers exercices suivant l'entrée en vigueur de la loi, les réserves latentes qui devront être dissoutes par suite de l'application des nouvelles règles pourront faire l'objet d'une imposition échelonnée.*

Par ailleurs, le nouveau régime comptable est fiscalement neutre.

Les dispositions régissant l'établissement des comptes dans les groupes de sociétés sont également modifiées. Lorsque certaines conditions sont remplies, les petits groupes peuvent notamment être libérés de l'obligation d'établir des comptes consolidés. Les comptes consolidés doivent obligatoirement être établis selon une norme comptable reconnue.

Table des matières

Condensé	1409
1 Présentation générale	1415
1.1 Contexte	1415
1.1.1 Les précédentes réformes du droit de la société anonyme	1415
1.1.2 A nouveaux besoins, nouvelles règles légales	1416
1.1.2.1 Nécessité de réformer le droit comptable	1416
1.2 Historique de la réforme	1417
1.2.1 Révision du droit de la société anonyme	1417
1.2.1.1 Travaux préliminaires	1417
1.2.1.2 Procédure de consultation	1418
1.2.1.3 Elaboration du projet	1419
1.2.2 Révision du droit comptable	1419
1.2.2.1 Travaux préliminaires	1419
1.2.2.2 Reprise des travaux de révision	1421
1.2.2.3 Procédure de consultation	1422
1.2.2.4 Elaboration du projet	1423
1.3 Principaux objectifs de la révision	1424
1.3.1 Un statut juridique praticable pour les petites et pour les grandes entreprises	1424
1.3.2 Renforcement de la gouvernance	1425
1.3.2.1 Elargissement des droits de l'actionnaire	1425
1.3.2.2 Organisation du conseil d'administration	1430
1.3.2.3 Représentation des droits de vote	1431
1.3.3 Assouplissement des structures du capital	1433
1.3.3.1 Marge de fluctuation du capital	1433
1.3.3.2 Valeur nominale	1434
1.3.3.3 Bons de participation	1435
1.3.3.4 Action au porteur	1435
1.3.3.5 Actions dispo	1437
1.3.4 Modernisation du régime de l'assemblée générale	1439
1.3.5 Modernisation du droit comptable	1440
1.3.5.1 Portée économique et juridique de la comptabilité et de la présentation des comptes	1440
1.3.5.2 Harmonisation de la réglementation pour toutes les formes de sociétés régies par le droit privé	1441
1.3.5.3 Différenciation selon la taille de l'entreprise	1442
1.3.5.4 Structure minimale et règles d'évaluation simples	1443
1.3.5.5 Problématique de la «présentation fidèle»	1443
1.3.5.6 Réglementation sans incidences fiscales	1444
1.3.5.7 Amélioration de la transparence et de la protection des minorités	1444
1.3.5.8 Comptes consolidés plus modernes	1445
1.4 Interventions parlementaires	1446
1.4.1 Interventions parlementaires dont les exigences sont réalisées par le projet	1446

1.4.2 Interventions non traitées par le Parlement	1447
1.5 Rapports avec le droit européen	1448
1.5.1 Directive concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées	1448
1.5.2 Recommandation concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et concernant les comités du conseil d'administration ou de surveillance	1449
1.5.3 Recommandation concernant la rémunération des administrateurs des sociétés cotées	1450
1.5.4 Directive sur la protection du capital	1450
1.5.5 Directive sur la publicité des sociétés	1451
1.5.6 Quatrième directive: comptes annuels/ Septième directive: comptes consolidés	1452
1.6 Mise en œuvre	1454
2 Commentaire article par article	1454
2.1 La société anonyme	1454
2.1.1 Fondements de la société anonyme	1454
2.1.2 Libération du capital et reprise de biens	1456
2.1.3 Avantages particuliers	1461
2.1.4 Augmentation ordinaire du capital-actions	1462
2.1.5 Augmentation conditionnelle du capital	1465
2.1.6 Réduction ordinaire du capital	1467
2.1.7 Formes particulières de la réduction du capital	1470
2.1.8 Marge de fluctuation du capital	1470
2.1.9 Bons de participation	1475
2.1.10 Acquisition par la société de ses propres actions	1476
2.1.11 Abrogation des dispositions du droit de la société anonyme sur la présentation des comptes	1477
2.1.12 Réserves	1477
2.1.13 Dividendes intermédiaires	1481
2.1.14 Restitution de prestations perçues indûment	1482
2.1.15 Versements des actionnaires	1483
2.1.16 Restrictions à la transmissibilité des actions nominatives cotées en bourse	1484
2.1.17 Représentation à l'assemblée générale	1484
2.1.18 Droit de vote à l'assemblée générale	1488
2.1.19 Communication du rapport de gestion	1489
2.1.20 Droit de demander des renseignements et de consulter certains documents	1489
2.1.21 Publicité des indemnités de la haute direction et des participations	1491
2.1.22 Examen spécial	1492
2.1.23 Publication des comptes annuels et des comptes consolidés	1494
2.1.24 Droits intransmissibles de l'assemblée générale	1495
2.1.25 Convocation de l'assemblée générale et ordre du jour	1495
2.1.26 Préparation de l'assemblée générale	1498

2.1.27	Lieu de réunion de l'assemblée générale	1498
2.1.28	Recours aux médias électroniques	1499
2.1.29	Déroulement de l'assemblée générale	1501
2.1.30	Le conseil d'administration	1503
2.1.31	Responsabilité pour les organes	1508
2.1.32	Avis obligatoires et faillite	1508
2.1.33	Carences dans l'organisation de la société	1511
2.1.34	Réduction du capital-actions	1511
2.1.35	Dissolution de la société	1511
2.1.36	Responsabilité des organes	1512
2.2	Comptabilité commerciale et présentation des comptes	1515
2.2.1	Dispositions générales	1515
2.2.2	Comptes annuels	1524
2.2.3	Présentation des comptes des grandes entreprises	1535
2.2.4	Etats financiers établis selon une norme comptable reconnue	1538
2.2.5	Comptes consolidés	1542
2.3	Modifications d'autres dispositions du code des obligations	1544
2.3.1	Du contrat de travail individuel	1544
2.3.2	De la société en nom collectif	1545
2.3.3	De la société en commandite	1545
2.3.4	De la société en commandite par actions	1545
2.3.5	De la société à responsabilité limitée	1545
2.3.6	Du registre du commerce	1548
2.3.7	Des raisons de commerce	1553
2.3.8	Dispositions transitoires	1555
2.4	Modification du droit en vigueur	1556
2.4.1	Loi sur le personnel de la Confédération	1556
2.4.2	Code civil	1557
2.4.2.1	Des associations	1557
2.4.2.2	Des fondations	1558
2.4.3	Loi sur la fusion	1559
2.4.4	Loi sur la surveillance de la révision	1559
2.4.5	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct	1560
2.4.6	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes	1561
2.4.7	Loi sur la TVA	1562
2.4.8	Loi sur les banques	1562
2.4.9	Loi sur les bourses	1564
2.4.10	Loi sur la surveillance des assurances	1564
3	Conséquences	1565
3.1	Conséquences pour la Confédération	1565
3.2	Conséquences pour les cantons	1566
3.3	Conséquences pour l'économie	1566
3.4	Conséquences pour l'informatique	1568

4 Rapports avec le programme de la législature	1568
5 Aspects juridiques	1569
5.1 Constitutionnalité	1569
5.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse	1569
5.3 Délégations législatives	1569
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) (<i>Projet</i>)	1571

Message

1 Présentation générale

1.1 Contexte

1.1.1 Les précédentes réformes du droit de la société anonyme

De 1936 à 1991, soit pendant 55 ans, le droit suisse de la société anonyme n'a connu aucune révision majeure. Cette longévité reflète en quelque sorte le statisme qui a caractérisé l'économie pendant plusieurs décennies. Une vaste réforme est entrée en vigueur en 1991 et d'une manière générale, le nouveau régime juridique de la société anonyme a donné satisfaction. Certaines de ses innovations ont même anticipé sur l'évolution des pratiques commerciales. C'est le cas notamment des dispositions sur le contrôle interne de la société.

Sur le plan formel, la réforme de 1991 n'était qu'une révision partielle. Mais sur le fond, à l'exception de quelques aspects, la quasi-totalité du titre vingt-sixième du code des obligations avait été refondue. Entre les premières expertises et l'entrée en vigueur de la révision, 27 années s'étaient écoulées. Du fait de cet étalement dans le temps, certaines dispositions du nouveau droit de la société anonyme étaient déjà obsolètes lorsqu'elles ont été adoptées par le Parlement.

Une fois la révision achevée, un groupe de réflexion intitulé «Droit des sociétés» a été mis sur pied afin d'examiner en profondeur si d'autres aspects du droit des sociétés nécessitaient encore des modifications. Depuis 1991, plusieurs projets de révision ont été engagés sur la base de cette analyse et de diverses interventions politiques:

- La loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion) a réformé et simplifié le processus de restructuration juridique des entreprises.
- La valeur nominale minimale des actions a été ramenée de un franc à un centime par le biais d'une révision ponctuelle.
- La révision totale du droit de la société à responsabilité limitée (Sàrl) a introduit des nouveautés importantes qui s'appliquent aussi à la société anonyme, par exemple la possibilité de fonder des sociétés unipersonnelles.
- Le nouveau régime de la révision, dont l'entrée en vigueur a commencé en 2007 et se poursuivra en 2008, harmonise les règles pour toutes les formes de sociétés régies par le droit privé. Les organes de révision des sociétés ouvertes au public ont en outre été placés sous la surveillance de l'Etat.
- Le projet sur la transparence des indemnités a fixé des règles sur la publicité des indemnités et des participations des membres du conseil d'administration ainsi que des membres de la direction des sociétés dont les actions sont cotées en bourse.

1.1.2 A nouveaux besoins, nouvelles règles légales

Depuis quelques décennies, l'économie connaît des mutations profondes qui nécessitent de nouvelles règles. Ce besoin de renouvellement est dicté essentiellement par trois facteurs, qui dépendent en partie les uns des autres:

- l'intégration des marchés génère des *interdépendances accrues sur le plan international*.
- le monde suisse des affaires, relativement statique pendant plusieurs décennies, a été entraîné dans un mouvement d'*accélération de la dynamique économique*.
- la *société de l'information* a profondément modifié la vie des entreprises.

Ces développements ont fait apparaître de nouveaux besoins législatifs auxquels la réforme de 1991 n'a pas pu répondre. Les fondements de l'entreprise ont également évolué. *L'importance croissante du marché international des capitaux* donne de plus en plus de poids à une *approche axée sur la propriété de l'entreprise*; les intérêts des actionnaires revêtent une importance particulière, sinon fondamentale. On pense bien sûr à la notion de *valeur actionariale* (shareholder value), mais aussi à celle de *gouvernance*¹ (corporate governance). Ces dernières années, le débat public a été animé par la disparition subite de quelques piliers de l'économie, ce qui a conduit à repenser la notion de contrôle de l'entreprise. Il s'agit maintenant de mettre en place de meilleurs garde-fous afin de prévenir autant que possible de nouvelles difficultés de ce type.

Comme le montrent les nombreuses interventions déposées au Parlement (cf. ci-dessous, ch. 1.4.1 s.), le droit de la société anonyme doit être adapté à cette évolution afin de mieux répondre aux besoins nouveaux des entreprises. Si de nombreux changements d'imposent, l'économie redoute aussi plus que tout la précarité du droit des sociétés: elle a besoin de bases juridiques stables et fiables. Or toute modification de la loi entraîne une insécurité juridique jusqu'à ce que le droit soit consolidé par la jurisprudence. Une révision du droit des sociétés est donc toujours le produit d'une pesée d'intérêts entre le besoin d'actualisation de la législation et le besoin de stabilité juridique des différentes formes de sociétés.

1.1.2.1 Nécessité de réformer le droit comptable

Les dispositions générales sur la comptabilité et la présentation des comptes (art. 957 ss CO) datent de 1936. Elles se fondent sur une approche traditionnelle du droit commercial axée sur la protection des créanciers, qui ne répond plus aux exigences actuelles en matière d'information des associés et des autres groupes d'intérêts. C'est pour pallier cette insuffisance que des règles spéciales ont dû être adoptées pour certaines formes de sociétés (p. ex. pour la société anonyme, art. 662 ss CO) et pour certaines branches de l'économie (p. ex. les banques²). Il n'en reste pas moins que la notion de protection des intérêts minoritaires, bien ancrée dans le droit régissant les sociétés de capitaux, fait pratiquement défaut dans

¹ Cette notion est décrite de manière plus détaillée au ch. 1.3.2 ci-dessous.

² Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques, LB), RS 952.0.

les dispositions du droit comptable. Les comptes consolidés ne font l'objet d'aucune réglementation claire. Il existe en outre des différences sans justification objective entre les formes de sociétés. Le droit comptable actuel est donc lacunaire, voire obsolète, sauf dans les cas où l'entreprise est tenue de s'appuyer sur un référentiel comptable privé – comme le droit boursier l'exige pour les sociétés ouvertes au public.

Aujourd'hui, les normes comptables qui font autorité dans le monde entier émanent d'organismes privés d'envergure internationale, qui en assurent le développement régulier. Les référentiels les plus courants sont les *Normes internationales d'information financière* (IFRS) et les principes comptables américains *US Generally Accepted Accounting Principles* (US GAAP). En Suisse, les *Recommandations relatives à la présentation des comptes* (Swiss GAAP RPC) sont largement utilisées. Ces référentiels sont cependant de plus en plus axés sur les attentes des marchés des capitaux, ce qui ne répond pas toujours aux besoins des petites et moyennes entreprises (PME). La présente révision doit donc aussi tenir compte de cet aspect.

Au cours des trois dernières décennies, l'informatique a modifié le mode de traitement, d'enregistrement et de conservation des données. Malgré une première modification des règles sur la conservation des livres en 1999³, cette évolution nécessite aussi une modification de la législation.

1.2 Historique de la réforme

1.2.1 Révision du droit de la société anonyme

1.2.1.1 Travaux préliminaires

De nombreuses interventions parlementaires exigeant une amélioration du cadre légal en matière de gouvernance ont été déposées aux Chambres fédérales. En octobre 2002, l'Office fédéral de la justice a mandaté un groupe de travail composé des professeurs Peter Böckli, de Bâle, Claire Huguenin, de Zurich, et François Dessemontet, de Lausanne, afin d'analyser la situation actuelle ainsi que les besoins, et de formuler des propositions d'amélioration. Le 25 mars 2003, les experts ont rendu un rapport intermédiaire sur la transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction, sur la base duquel a été élaboré un projet de loi⁴ qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Le rapport complet du groupe d'experts portant sur l'ensemble du droit de la société anonyme a été publié le 30 septembre 2003⁵.

³ Modification du code des obligations du 22 décembre 1999, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2002 (RO 2002 949). Voir le message du Conseil fédéral du 31 mars 1999 concernant la révision du Titre trente-deuxième du code des obligations (De la comptabilité commerciale), FF 1999 4753.

⁴ 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.

⁵ Böckli Peter, Huguenin Claire et Dessemontet François, Le Gouvernement d'entreprise, Rapport du Groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme, Lausanne 2004.

Une autre expertise commandée au professeur Hans Caspar von der Crone⁶, Zurich, analyse également la problématique de la gouvernance. D'autres propositions de réforme y sont formulées au sujet de la représentation institutionnelle des droits de vote, de la préparation et de la tenue de l'assemblée générale ainsi que de l'assouplissement des procédures d'augmentation et de réduction du capital-actions. L'auteur a aussi examiné la question des «actions dispo»⁷, à savoir les actions nominatives dont les propriétaires ne sont pas inscrits dans le registre des actions.

Ensuite, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a préparé un avant-projet de révision du droit de la société anonyme accompagné d'un rapport explicatif⁸ comportant trois volets principaux:

- la gouvernance;
- les structures du capital;
- la modernisation du régime de l'assemblée générale.

L'avant-projet de révision du droit de la société anonyme incluait aussi une refonte du droit comptable pour toutes les formes de sociétés régies par le droit privé (cf. ch. 1.2.2).

1.2.1.2 Procédure de consultation

Le Conseil fédéral a ouvert la consultation le 2 décembre 2005. Cette procédure s'est terminée le 31 mai 2006. Le département a reçu 104 prises de position dont la plupart étaient *favorables* à l'avant-projet. La majorité des participants ont approuvé le principe d'une réforme, mais certains points ont tout de même fait l'objet de réserves.

- Les propositions concernant la gouvernance ont été très discutées.. De nombreux participants ont certes apprécié les améliorations envisagées, mais l'élargissement des droits des actionnaires et le nouveau régime de la représentation institutionnelle des droits de vote ont suscité l'opposition des milieux économiques. Les dispositions sur la publicité des rémunérations de la haute direction et sur l'élection annuelle du conseil d'administration ont également été contestées. Enfin, certains participants auraient souhaité que la loi règle aussi le problème des actions dispo.
- Les modifications touchant aux structures du capital ont été largement approuvées, en particulier la proposition visant à créer une marge de fluctuation du capital. En revanche, l'abolition de l'action au porteur a été rejetée dans la majorité des prises de position. Certains participants ont aussi proposé d'instituer des règles plus différenciées pour les sociétés cotées et pour les sociétés non cotées.

⁶ von der Crone Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Corporate Governance/Unternehmenssanierung, 4 septembre 2002, pp. 1 ss; von der Crone Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Generalversammlung, 4 septembre 2002.

⁷ von der Crone Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/02, p. 16 ss; von der Crone, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Stimmrechtsvertretung/Dispoaktien, REPRAX 2/03, p. 11 s.

⁸ Avant-projet et rapport explicatif concernant une révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, 2 décembre 2005.

- L'avant-projet contenait également des règles concernant l'utilisation des médias électroniques lors de la préparation et de la tenue de l'assemblée générale. Dans leur grande majorité, les participants ont approuvé ces propositions visant à moderniser le régime de l'assemblée générale.

Les principaux sujets de discussion abordés dans le cadre de la procédure de consultation seront traités de manière détaillée dans le commentaire des dispositions du projet.

1.2.1.3 Elaboration du projet

Le Conseil fédéral a pris acte des résultats de la procédure de consultation le 14 février 2007⁹ et a chargé le DFJP de préparer un message. L'Office fédéral de la justice a ensuite revu l'avant-projet en tenant compte des résultats de la consultation. Des experts ont de nouveau dû être consultés pour régler certaines questions. Le chef du DFJP a en outre auditionnés des représentants des grandes, des moyennes et des petites entreprises durant le mois d'octobre 2007. Diverses propositions formulées à cette occasion ont été intégrées dans le projet.

1.2.2 Révision du droit comptable

1.2.2.1 Travaux préliminaires

Se fondant sur le rapport du Groupe de réflexion, le DFJP, en 1995, a chargé une commission d'experts de formuler des propositions pour réformer le régime comptable, les règles d'établissement des rapports (publicité) et les exigences concernant les réviseurs particulièrement qualifiés.

Les membres de la commission d'experts étaient: Peider Mengiardi, docteur en droit, Bâle/Oberwil (président); professeur Ann-Kristin Achleitner, docteur en droit, docteur en sciences économiques, St-Gall/Oestrich-Winkel (D); professeur Giorgio Behr, docteur en droit, avocat, expert-comptable diplômé, Schaffhouse; Peter Bertschinger, licencié en sciences économiques, expert-comptable diplômé, Zurich; Ancillo Canepa, expert-comptable diplômé, économiste d'entreprise diplômé, Zurich; Angelo Digeronimo, licencié en sciences politiques, spécialiste des questions fiscales de l'AFC, Berne; professeur Jean Nicolas Druey, docteur en droit, St-Gall; professeur Carl Helbling, docteur en sciences économiques, expert-comptable diplômé, Zurich; Beat Kappeler, licencié en sciences politiques, journaliste économique, Herrenschwanden; Arnold Knechtle, docteur en droit, avocat, SwissHoldings, Berne; Daniel Lehmann, licencié en droit, Union suisse des arts et métiers, Berne; professeur Georges Muller, docteur en droit, avocat-conseil, Lausanne; professeur Alfred Stettler, docteur en sciences économiques, Ecole des HEC, Lausanne.

⁹ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007.

Le 29 juin 1998, la commission d'experts a publié les avant-projets d'une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) et d'une ordonnance sur l'agrément des contrôleurs des comptes (OACC), accompagnés d'un rapport explicatif¹⁰.

Le Conseil fédéral a mis ces avant-projets en consultation en octobre 1998 sans les modifier et le département a reçu 76 prises de position¹¹. Les principaux commentaires concernant la révision du droit comptable¹² ont été les suivants:

- De nombreux participants ont dit préférer, pour des raisons pratiques, que les dispositions sur la comptabilité et la présentation des comptes soient maintenues dans le code des obligations, plutôt que d'être fixées dans une nouvelle loi comme le suggérerait la commission d'experts. Par contre, la grande majorité a approuvé l'instauration d'une réglementation indépendante de la forme juridique des entités. La différenciation des exigences légales en fonction de la taille des entreprises a également rencontré un large soutien. Le fait que la réglementation proposée soit axée sur les grandes entreprises et que le régime applicable aux PME consiste uniquement en des exceptions à la norme générale a cependant fait l'objet de critiques.
- Les dispositions prescrivant des comptes annuels en trois parties – bilan, compte de résultat et annexe (comme dans le droit actuel de la société anonyme, art. 663 ss CO) – ont été bien accueillies. En revanche, les exigences supplémentaires qui devaient également s'appliquer aux PME, comme la présentation d'un rapport annuel ou d'un tableau des flux de trésorerie, ont pratiquement fait l'unanimité contre elles.
- Les parties consultées ont dit craindre que le principe de sincérité ne soit une source de coûts supplémentaires. Ce principe exige une présentation fidèle (*fair presentation*) de la situation économique de l'entreprise, c'est-à-dire une présentation qui permette à un tiers de s'en faire une opinion fondée. Elles pensaient également que cela limiterait inutilement la marge de manœuvre fiscale des entreprises, en particulier des PME.
- L'un des points les plus critiqués a été la relation entre le droit comptable et le droit fiscal (art. 34 LECCA). L'avant-projet maintenait le principe d'autorité du bilan commercial (*Massgeblichkeitsprinzip*), tout en introduisant des principes comptables fondés sur une approche économique pour les grandes entités. De nombreux participants ont souligné qu'il ne serait pas possible de transposer cette proposition adéquatement si la conception du droit fiscal n'était pas modifiée. Ils ont également rappelé que la possibilité de constituer des réserves latentes constituait un attrait fiscal et un facteur concurrentiel significatif.

¹⁰ Rapport de la commission d'experts «Droit comptable» : avant-projets et rapport explicatif pour une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) et pour une ordonnance sur l'agrément des contrôleurs des comptes (OACC), 29 juin 1998 (diffusion: OFCL, Vente de publications, 3003 Berne).

¹¹ Classement des réponses de la procédure de consultation (diffusion: OFCL, Vente de publications, 3003 Berne).

¹² Pour un compte rendu des résultats de la consultation concernant le droit de la révision, voir le 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 3757 s.

- L'avant-projet LECCA étendait l'obligation de consolidation à toutes les personnes morales tenues d'établir des comptes. Les comptes consolidés devaient être dressés en conformité avec des normes comptables reconnues. Plusieurs participants auraient voulu étendre l'obligation d'établir des comptes consolidés aux sociétés de personnes. L'extension de cette obligation aux petits groupes de sociétés a été approuvée par une partie des organisations consultées, d'autres ont au contraire souhaité un assouplissement: il avait notamment été proposé que les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives de petite taille puissent renoncer à l'établissement de comptes consolidés lorsque tous les associés y consentent. Quelques voix avaient suggéré d'exclure les fondations et les associations du champ de l'obligation de consolidation.

Suite à cette consultation, les travaux de révision ont été suspendus provisoirement, en particulier pour approfondir la problématique fiscale.

1.2.2.2 Reprise des travaux de révision

Différents événements survenus dans l'économie suisse et à l'étranger après la procédure de consultation de 1998-1999 ont souligné une nouvelle fois la nécessité d'une réforme de la législation comptable. Le 29 janvier 2003, le Conseil fédéral a donc chargé le DFJP de remettre l'avant-projet LECCA sur le métier. Compte tenu de l'urgence d'une réforme du droit de la révision et de l'évolution internationale dans ce domaine, il a alors été décidé de scinder le projet en deux:

- Un premier volet avait pour but de réformer les dispositions sur l'obligation de révision et sur l'organe de révision, et d'instaurer une surveillance des activités de révision. Le message en question a été transmis au Parlement le 23 juin 2004¹³ et les Chambres fédérales ont adopté le projet le 16 décembre 2005. La nouvelle loi sur la surveillance de la révision¹⁴ est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2007, à l'exception d'un article. Quant aux dispositions du code des obligations sur l'obligation de révision et sur l'organe de révision, elles s'appliqueront à partir du 1^{er} janvier 2008, en même temps que le nouveau droit de la Sarl.
- Pour le deuxième volet, le professeur Giorgio Behr, St-Gall/Schaffhouse, a été chargé d'élaborer une nouvelle proposition de révision totale du droit comptable en s'appuyant sur les résultats de la procédure de consultation relative à la LECCA. Les propositions formulées ont été retravaillées par l'Office fédéral de la justice en concertation avec l'expert, puis elles ont été intégrées dans l'avant-projet de révision du code des obligations concernant le droit de la société anonyme avant d'être mises en consultation à partir du 2 décembre 2005.

¹³ 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.

¹⁴ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (loi sur la surveillance de la révision, LSR), RS **221.302**.

1.2.2.3 Procédure de consultation

Les nouvelles dispositions sur la comptabilité, l'établissement et la présentation des comptes ont été globalement bien accueillies. Les principales nouveautés ont suscité les commentaires suivants:

- Dans leur grande majorité, les participants ont approuvé la création d'un régime unique pour toutes les formes de sociétés régies par le code des obligations. D'aucuns se sont cependant demandés si un traitement identique se justifiait dans tous les cas sur le plan matériel et si les particularités propres à certaines formes juridiques ou à certaines branches étaient suffisamment prises en considération.
- La différenciation fondée sur la taille de l'entreprise a aussi rencontré un écho positif. La réglementation proposée a toutefois été jugée encore trop lourde pour les PME par une partie des participants. Il a notamment été proposé d'abrégier l'annexe aux comptes annuels pour ce segment d'entreprises, ou même d'y renoncer. D'une manière générale, la proposition de libérer les PME et les petites sociétés anonymes de l'obligation d'établir un rapport annuel a été approuvée.
- La conception sur laquelle se fondent les principes d'évaluation a été critiquée dans la mesure où la volonté d'accroître la transparence tout en garantissant la neutralité fiscale conduit inévitablement à des contradictions. De nombreux doutes ont été exprimés quant à l'interdiction de constituer des réserves arbitraires (art. 960, al. 2, AP CO). Le fait qu'il soit possible de renoncer à la dissolution d'amortissements et de corrections de valeur qui ne sont plus justifiés (art. 960a, al. 4, AP CO) a été critiqué pour deux raisons: d'une part, cela contrevient à l'interdiction de constituer des réserves arbitraires et, d'autre part, le droit fiscal repose sur une conception selon laquelle les amortissements et corrections de valeur qui ne sont plus justifiés sont dissous. Cette règle est donc source de contradictions.
- S'agissant du rapport entre le droit fiscal et le droit comptable, l'avant-projet proposait de «renverser» le principe d'autorité du bilan commercial: les amortissements, corrections de valeur et provisions refusés par les autorités fiscales devaient être dissous (art. 960f AP CO). Un grand nombre de participants à la consultation se sont déclarés opposés à cette nouvelle conception, faisant valoir notamment qu'il était pour le moins paradoxal qu'en fin de compte le droit fiscal et non l'analyse comptable détermine la teneur des états financiers. Ils ont souligné également que les cantons ayant des pratiques fiscales très différentes, les comparaisons n'en seraient que plus difficiles. Les tenants de ce point de vue ont encore ajouté que la réglementation proposée contrevenait au principe de la comptabilité d'exercice (Periodizitätsprinzip). En effet, selon les circonstances, la décision définitive des autorités fiscales peut intervenir plusieurs années après l'exercice, et en tout état de cause après l'approbation des comptes annuels. Cela peut donc limiter la formation d'un avis fondé de la part des tiers.
- Des simplifications ont été sollicitées pour la tenue des comptes des grandes entreprises (art. 961 ss AP CO), en particulier des groupes de sociétés.
- Sous certaines conditions, l'avant-projet obligeait les entreprises à présenter des états financiers conformes à une norme comptable reconnue *en plus* des

comptes établis selon le code des obligations (art. 962 s. AP CO). Une partie des milieux consultés ont dit être favorables à cette proposition, surtout dans l'optique de la protection des intérêts minoritaires. D'autres en revanche ont souligné les implications financières. Certains ont suggéré de restreindre cette obligation en fonction de la forme juridique, du secteur économique ou de la taille de l'entreprise. Le vœu a également été émis que les entreprises ne soient pas tenues de dresser des états financiers selon le code des obligations si elles présentaient des comptes établis selon une norme comptable reconnue.

- La proposition selon laquelle les comptes consolidés doivent être établis conformément à une norme comptable reconnue (art. 963 ss AP CO) a été reçue favorablement. Néanmoins, l'obligation faite aux petits groupes de sociétés de dresser des comptes consolidés a été critiquée pour des questions de coûts. Il conviendrait, selon ces prises de position, de prévoir comme allègement minimum la possibilité de n'appliquer que les RPC fondamentales¹⁵ ainsi que la norme Swiss GAAP RPC 30. Il a également été proposé d'exonérer entièrement de l'obligation de consolidation les sous-groupes qui sont intégralement contrôlés par leur société mère. D'autres voix se sont en revanche élevées pour soutenir explicitement le fait qu'il n'y ait plus d'exception à l'obligation de présenter des comptes consolidés. Quelques participants à la consultation ont demandé que cette obligation ne soit pas applicable aux associations ni aux fondations.

1.2.2.4 Elabration du projet

Le nouveau régime comptable ayant globalement reçu le soutien des instances consultées, le DFJP a chargé le professeur Giorgio Behr de réviser l'avant-projet avec le concours de l'Office fédéral de la justice, en tenant compte des résultats de la procédure de consultation. Il convenait en particulier de reconsidérer la question des rapports entre le droit comptable et le droit fiscal (cf. ci-dessus ch. 1.2.2.3). Le professeur Max Boemle a en outre été chargé de vérifier la compatibilité de l'avant-projet avec le droit européen.

Le nouvel avant-projet a été abondamment discuté le 3 avril 2007 lors d'un audit d'experts mené par le conseiller fédéral Christoph Blocher. Les personnes suivantes ont participé à cette réunion: professeur Giorgio Behr; Hanspeter Berger, Administration fédérale des contributions; Peter Bertschinger, expert-comptable diplômé; professeur Max Boemle, Université de Fribourg; Malcolm Cheetham, Bâle; professeur Peter Leibfried, Université de St-Gall; Markus Neuhaus, expert fiscal diplômé, Zurich; Peter Spori, avocat, Berne; Hansjörg Stöckli, expert-comptable diplômé, Soleure; Urs Ursprung, directeur de l'Administration fédérale des contributions, Berne; Daniel Zuberbühler, directeur de la Commission fédérale des banques, Berne.

¹⁵ Les RPC fondamentales sont des normes spécifiques du référentiel Swiss GAAP RPC dont l'application est obligatoire pour les petites entreprises.

1.3

Principaux objectifs de la révision

1.3.1

Un statut juridique praticable pour les petites et pour les grandes entreprises

Le message du Conseil fédéral concernant la révision de 1991 consacrait encore largement *le principe de l'unité du droit de la société anonyme*¹⁶. Durant les travaux de révision, et sans que cela ait été dit explicitement, le législateur s'en était toutefois écarté dans des domaines essentiels. Il a ainsi prévu des dérogations expresses ou de fait pour certaines catégories de sociétés anonymes, notamment au sujet des actions liées, du prospectus obligatoire, de la consolidation, de la représentation de l'actionnaire, du contrôle spécial, de la publicité et de l'obligation de révision.

Aujourd'hui, le droit de la société anonyme évolue vers un modèle de *différenciation matérielle* dans les cas où des réglementations différentes se justifient objectivement. Le groupe de réflexion sur le droit des sociétés avait évalué la pertinence d'une *séparation formelle* du droit de la société anonyme et l'avait jugée peu opportune¹⁷, notamment en raison de la difficulté à fixer des critères de délimitation satisfaisants pour distinguer les grandes des petites entités. A l'inverse de la séparation formelle, le modèle de différenciation matérielle recourt à des critères de délimitation plus spécifiques, appropriés à la réglementation visée.

La révision totale du droit de la Sàrl a redéfini les contours de la *société à responsabilité limitée* en lui donnant les attributs d'une véritable société de capitaux à caractère personnel. Ce type de société est donc conçu pour répondre aux besoins d'entreprises dont le cercle des associés est limité et plutôt étroit, et le législateur a évité sciemment toute prescription échafaudée pour le marché des capitaux¹⁸.

Cette conception de la Sàrl axée sur les besoins d'entreprises n'ayant qu'un nombre limité d'associés clarifie aussi, par antithèse, le fondement de la société anonyme, c'est-à-dire la participation au capital. Dans l'absolu, la personnalité des actionnaires ne revêt en effet qu'une importance secondaire, ce qui n'est pas le cas pour les associés de la Sàrl. C'est pourquoi l'on parle ici de *société de capitaux fondée sur la participation au capital*.

Même si la révision du droit de la société anonyme doit respecter cette délimitation claire, il faut considérer qu'en Suisse cette forme de société est très répandue et à des fins très diverses (ce qui n'est pas le cas dans la plupart des autres pays). La société anonyme abrite en effet des multinationales et des grands groupes, mais aussi des entreprises familiales, des petites exploitations et des sociétés unipersonnelles. Pour des questions pragmatiques, la révision du droit de la société anonyme doit donc impérativement tenir compte de cette utilisation particulièrement extensive¹⁹. Il faut notamment conserver la *grande flexibilité* du droit suisse de la société anonyme

¹⁶ Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF **1983** II 757 787.

¹⁷ Rapport final du groupe de réflexion «Droit des sociétés» du 24 septembre 1993, p. 26 s.

¹⁸ Message du 19 décembre 2001 concernant la révision du droit 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.

¹⁹ Fin 2006, 174 459 sociétés anonymes étaient recensées dans le registre du commerce, REPRAX 1/07, p. 62 ss. Depuis fin 1992, le nombre des Sàrl a bondi tandis que le nombre des sociétés anonymes a stagné. Ce report d'une forme de société vers l'autre montre que les petites entreprises ont su s'approprier les avantages de la Sàrl, longtemps dédaignée.

et définir de nouvelles règles souples, car selon toute attente, la plus grande partie des sociétés anonymes resteront des petites entreprises.

1.3.2 Renforcement de la gouvernance

La notion de «gouvernance» ou de «gouvernement d'entreprise» vient de la pratique anglo-saxonne et plus précisément du terme anglais *corporate governance*. Le but de la gouvernance est d'atteindre un équilibre fonctionnel entre les différents organes de la société (*checks and balances*), une transparence suffisante des processus internes et la protection du statut juridique des actionnaires.

Les dispositions du droit suisse de la société anonyme régissant la gouvernance doivent être renforcées en visant les trois objectifs suivants:

- la *substance du droit de propriété des actionnaires* doit être mieux protégée.
- un contrôle interne efficace doit permettre d'éviter, dans une large mesure, les *égarements économiques* des entreprises, dans l'intérêt général de l'économie.
- une gouvernance insuffisante peut avoir des répercussions sur les décisions des investisseurs, notamment institutionnels et étrangers. Une amélioration du cadre juridique est donc également dans l'intérêt du *marché suisse des capitaux* et des sociétés qui y lèvent des fonds.

Les chapitres qui suivent présentent un aperçu des mesures proposées pour renforcer la gouvernance. D'autres innovations en rapport avec la gouvernance sont également proposées dans les sections concernant l'assemblée générale et le droit comptable (cf. ci-dessous ch. 1.3.4 s.).

1.3.2.1 Elargissement des droits de l'actionnaire

L'expérience récente nous montre que les actionnaires, surtout dans les grandes sociétés dont l'actionnariat est très fragmenté, ne parviennent souvent pas à défendre leurs intérêts convenablement. On assiste ainsi fréquemment à un glissement de fait du pouvoir des propriétaires de la société vers la direction de l'entreprise. A cela s'ajoute qu'en matière de droits de l'actionnaire, les efforts d'autorégulation ont par

nature une portée limitée²⁰. Le renforcement de ces droits par le biais de règles contraignantes, opposables à l'égard des tiers par la voie judiciaire, incombe avant tout au législateur. Le projet comporte donc diverses propositions dont le but est de renforcer les droits de l'actionnaire.

Droit de demander des renseignements et de consulter des documents

Les droits de demander des renseignements et de consulter certains documents sont garants d'une certaine transparence au sein de la société. Ils jouent un rôle important en termes de 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. 697a ss²¹; voir ci-après) ou d'introduire une action en responsabilité (art. 754 CO) ou une action en restitution de prestations (art. 678; cf. ci-dessous ch. 2.1.14).

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

Contrairement à ce qui avait été proposé dans l'avant-projet, le droit de demander des renseignements écrits tout au long de l'exercice ne sera pas accordé aux actionnaires des sociétés ouvertes au public. Lors de la consultation²², certains participants ont fait remarquer à juste titre que ces sociétés sont déjà soumises au droit bour-

²⁰ Il y cinq ans, les milieux économiques ont codifié les principes de la gouvernance dans deux règlements d'autorégulation:

Le *Code suisse de bonne pratique* d'économiesuisse: il s'agit d'un recueil de recommandations non contraignantes qui traite essentiellement de la composition, de l'organisation et des tâches du conseil d'administration.

La *Directive Corporate Governance SWX Swiss Exchange*: cette directive s'applique aux sociétés dont les titres de participation sont cotés à la Bourse suisse. Elle exige la publication d'informations essentielles intéressant le marché des capitaux et repose sur le principe «*comply or explain*», littéralement «appliquer ou expliquer», selon lequel l'absence d'une information requise doit être justifiée. La publicité des indemnités perçues par la haute direction y figure comme une obligation à laquelle il ne peut être dérogé. La directive de la SWX ne vise que les sociétés cotées en bourse. Pourtant, des manquements aux principes de la gouvernance sont aussi constatés dans les sociétés non cotées. De plus, l'application du principe *comply or explain* souffre de quelques faiblesses dans sa mise en œuvre. Enfin, cette directive ne traite que d'un aspect de la gouvernance, à savoir la transparence des informations relatives au marché des capitaux. Elle exclut ainsi d'autres éléments essentiels qui concourent à l'efficacité de la gouvernance, comme le renforcement des pouvoirs de l'assemblée générale et des droits de contrôle et de participation des actionnaires.

²¹ Les numéros d'article sans indication de la loi se rapportent au présent projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable.

²² Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 17.

sier²³, qui comporte des obligations de publicité très strictes (par ex. la réglementation sur la *publicité ad hoc* concernant les événements susceptibles d'influencer les cours). L'information des investisseurs est donc garantie par ce biais.

Le droit de consulter des documents est pratiquement repris tel quel. La seule nouveauté est que la loi autorise désormais explicitement les actionnaires de la société mère d'un groupe à consulter la documentation commerciale d'une société membre de ce groupe. Le Tribunal fédéral reconnaît d'ailleurs déjà ce droit de consultation au sein des groupes de sociétés²⁴.

Droit de demander des renseignements sur les indemnités perçues par la haute direction

Les prescriptions concernant la publicité des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Ces nouvelles règles de transparence ne concernent toutefois que les sociétés anonymes cotées en bourse (art. 663^{bis} CO)²⁵.

Pourtant, la fixation des indemnités du conseil d'administration peut aussi être une source de tensions dans les *sociétés anonymes privées*. De fait, la protection juridique des actionnaires qui ne participent pas à la gestion de l'entreprise, en particulier celle des actionnaires minoritaires, est précaire. La question de savoir si le droit actuel leur confère un droit de demander des informations sur les indemnités perçues par le conseil d'administration est en effet disputée. Or la connaissance du montant des indemnités est bien souvent une condition à l'exercice d'un droit de protection des actionnaires. Tel est notamment le cas pour l'action en restitution (art. 678; cf. ci-dessous ch. 2.1.14), pour l'action en responsabilité (art. 754 CO) et pour le droit de demander l'institution d'un contrôle spécial («examen spécial» selon le projet, art. 697a).

L'amélioration des règles de transparence qui est proposée vise donc à protéger les droits de tous les actionnaires, et en particulier des actionnaires des sociétés anonymes privées. Il faut toutefois convenir que ces dernières ont des exigences de confidentialité légitimement plus élevées que les sociétés qui lèvent des capitaux sur les marchés publics. C'est pourquoi ces entreprises ne sont pas contraintes de divulguer les indemnités dans l'annexe aux comptes annuels. En revanche, le projet institue un droit d'information spécifique à l'égard des actionnaires: ces derniers peuvent ainsi exiger que le conseil d'administration leur communique le montant des indemnités perçues (art. 697^{quinquies}).

Un droit de demander des renseignements au sujet des indemnités perçues par l'administration doit aussi être introduit en faveur des associés de la société coopérative. De plus, les grandes sociétés coopératives sont soumises aux mêmes obligations de publicité que les sociétés anonymes (art. 857, al. 2^{bis}).

²³ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM), RS 954.1.

²⁴ ATF 132 III 71 ss (en l'espèce, le droit de consultation avait été refusé).

²⁵ 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.

Compétence de l'assemblée générale en matière de politique de rémunération

La doctrine n'est pas unanime sur le fait de savoir si le droit actuel confère à l'assemblée générale le droit d'adopter des dispositions statutaires régissant la politique de rémunération de l'entreprise ou les indemnités versées au conseil d'administration. Le projet accorde explicitement aux actionnaires, qui sont les propriétaires de la société, le droit d'exercer une influence sur les indemnités perçues par les membres du conseil d'administration. Il attribue donc des compétences à l'assemblée générale concernant les indemnités perçues par les membres du conseil d'administration et les plans de participation du personnel sous forme d'actions et d'options (art. 627, ch. 4). Une partie des organisations consultées aurait voulu que l'assemblée générale soit tenue de fixer les salaires des membres de la haute direction tandis qu'un autre groupe considérait que l'assemblée générale n'était pas l'organe approprié pour fixer la politique de rémunération de l'entreprise. La solution proposée constitue donc un compromis entre les deux.

Nouveaux seuils pour l'exercice des droits des actionnaires

Les seuils fixés pour que les actionnaires puissent exercer certains de leurs droits sont aujourd'hui trop élevés. Tel est notamment le cas pour le droit de demander l'institution d'un contrôle spécial (art. 697a ss CO), qui de ce fait n'est pratiquement jamais exercé. Par ailleurs, dans les sociétés cotées dont l'actionnariat est très fragmenté, l'exercice du droit de requérir la convocation d'une assemblée générale ou l'inscription d'un objet à l'ordre du jour est quasiment exclu. Le projet veut donc modifier les dispositions régissant les droits des actionnaires afin que ceux-ci puissent être mieux exercés. Pour tenir compte des conditions de participation différentes dans les sociétés privées et les sociétés ouvertes au public, des seuils différenciés sont fixés pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et pour celles dont les actions ne sont pas cotées en bourse (ce qui n'est pas le cas dans le droit actuel et ce qui n'était pas non plus prévu dans l'avant-projet). Mais vu le résultat de la procédure de consultation, le projet renonce à introduire la valeur boursière comme nouveau paramètre²⁶.

Les actionnaires peuvent demander l'institution d'un *examen spécial* (actuellement *contrôle spécial*, cf. art. 697a ss) pour évaluer des situations critiques, dans la perspective d'une éventuelle action en responsabilité ou en restitution de prestations. L'examen spécial sert donc à protéger le droit de propriété des actionnaires. C'est la raison pour laquelle le projet abaisse considérablement le seuil d'exercice de ce droit (art. 697b, al. 1). Il tient cependant compte de la situation et des besoins des sociétés ouvertes au public et des PME en fixant des valeurs différenciées. Lors de la fixation du seuil, le législateur doit aussi garder à l'esprit que certaines conditions matérielles doivent être remplies pour pouvoir exiger un examen spécial. Les requérants doivent en effet impérativement rendre vraisemblable que la loi ou les statuts ont été violés et qu'il peut en découler un préjudice pour la société (art. 697b, al. 3). Si tel est le cas, un examen plus approfondi est dans l'intérêt de la société.

Les seuils permettant d'exercer les *droits de requérir la convocation d'une assemblée générale et l'inscription d'un objet à l'ordre du jour* (art. 699 ss) sont également redéfinis. Cela étant, il faut considérer que le coût d'une assemblée générale peut être très élevé, surtout dans une société ouverte au public. Les seuils d'exercice du droit de requérir la convocation d'une assemblée générale ne doivent donc pas

²⁶ *ibid.*, p. 20 s.

être fixés trop bas. En revanche, le droit de faire inscrire un objet à l'ordre du jour n'engendre pas de charges particulières pour la société. L'exercice de ce droit ne doit donc pas être entravé inutilement.

Le seuil requis pour ouvrir une *action en dissolution de la société* (art. 736) est également réduit de moitié et passe de 10 à 5 % du capital-actions. De plus, comme pour les droits évoqués précédemment, le projet introduit un seuil basé sur la valeur nominale des actions détenues. En pratique, l'action en dissolution ne revêt un intérêt que dans les situations où il n'existe pas de marché pour les actions de la société. Elle joue donc un rôle particulièrement important dans la protection des actionnaires minoritaires des sociétés anonymes privées. Il faut relever qu'un juge doit dans tous les cas évaluer les intérêts en présence et qu'il a toujours la possibilité d'adopter une solution adaptée aux circonstances et acceptables pour tous les intéressés. Aussi l'action en dissolution ne conduit-elle pas nécessairement à la dissolution de la société; elle revêt en quelque sorte une fonction de retrait de la société pour de justes motifs que connaissent d'autres formes de sociétés. Pour garantir la protection des personnes ayant une participation financière dans la société, les seuils ne doivent donc pas être fixés trop haut.

Action en restitution de prestations indues

Le régime actuel de l'action en restitution de prestations s'est révélé inopérant et doit donc être amélioré (art. 678). A l'avenir, outre les membres du conseil d'administration, ceux de la direction seront aussi tenus à restitution. De plus, l'obligation de restitution ne dépendra plus de la bonne ou de la mauvaise foi du bénéficiaire. Il n'y a cependant pas lieu d'exiger la restitution si celui qui a reçu indûment mais de bonne foi n'est plus enrichi lors de l'ouverture de l'action. C'est pourquoi les nouvelles dispositions renvoient aux règles applicables en matière d'enrichissement illégitime (art. 64 CO).

L'avant-projet prévoyait d'étendre aux créanciers le droit d'intenter une action en restitution, de renoncer totalement à prendre en compte la situation économique de l'entreprise et de prolonger le délai de prescription. Ces propositions ont été très critiquées lors de la procédure de consultation, si bien qu'elles n'ont été reprises dans le projet.

Approbation de décisions du conseil d'administration par l'assemblée générale

La conception actuelle de la répartition des attributions entre l'assemblée générale et le conseil d'administration repose sur le principe dit de parité. Chaque organe a des attributions spécifiques qui lui reviennent de droit. Il existe toutefois des situations dans lesquelles les actionnaires, en tant que propriétaires de la société, devraient pouvoir s'exprimer au sujet des décisions prises par le conseil d'administration.

C'est pourquoi le projet prévoit, à l'instar du nouveau droit de la Sàrl (art. 811 CO²⁷), que les statuts peuvent soumettre certaines décisions du conseil d'administration à l'approbation de l'assemblée générale (art. 716b, al. 1; réserve d'approbation obligatoire). Pour des raisons objectives, cette réserve exclut les décisions relevant d'attributions qui ne peuvent être exécutées que par le conseil d'administration, comme la haute surveillance sur la gestion ou l'avis au juge en cas de surendettement de la société (art. 716a, al. 1, ch. 3 à 7).

²⁷ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6809), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

Le projet ne propose pas à proprement parler un transfert de compétences du conseil d'administration à l'assemblée générale, mais il ouvre la porte à une *compétence d'approbation obligatoire*. L'approbation des décisions du conseil d'administration par l'assemblée générale ne doit cependant pas se traduire par une déresponsabilisation de l'organe de conduite suprême. Dans la mesure où, en principe, l'assemblée générale ne répond pas de ses décisions, il faut éviter que des décisions dont la société pourrait avoir à répondre à l'égard de tiers ne lui soient déléguées. Cela signifie que, dans tous les cas, le conseil d'administration doit soumettre une proposition concrète à l'assemblée générale.

C'est pourquoi la nouvelle disposition précise que l'approbation d'une décision par l'assemblée générale ne dégage nullement le conseil d'administration de sa responsabilité. Suivant les circonstances, l'approbation de l'assemblée générale peut toutefois être assimilable à une décharge (cf. art. 758 CO)²⁸.

1.3.2.2 Organisation du conseil d'administration

Election des membres du conseil d'administration

Le conseil d'administration est souvent élu en bloc et pour un mandat relativement long. Cette pratique est contraire aux règles de la gouvernance, car elle restreint le droit de vote des actionnaires. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet proposait d'introduire l'élection individuelle des membres du conseil d'administration pour un mandat d'un an (art. 710 AP CO).

A quelques exceptions près, tous les participants à la procédure de consultation ont réagi positivement au principe de l'*élection individuelle*. La *limitation du mandat à un an* a été plus controversée²⁹. L'un des arguments des opposants était que l'élection annuelle nuirait à la qualité du travail du conseil. Elle empêcherait aussi l'échelonnement des mandats des administrateurs, ce qui serait préjudiciable à la continuité des travaux du plus haut organe de direction de l'entreprise. Cette critique n'est pas convaincante. La continuité du travail du conseil d'administration n'est pas mise en péril par l'élection annuelle des administrateurs dans la mesure où, en règle générale, l'assemblée générale confirme les mandats des membres du conseil qui se représentent. D'ailleurs, aujourd'hui déjà, les administrateurs de plusieurs sociétés cotées en bourse se soumettent annuellement au verdict de l'assemblée générale. Le projet a renoncé à exiger que les indemnités versées à la direction soient obligatoirement confirmées par l'assemblée générale, mais en contrepartie, les actionnaires doivent avoir la possibilité de se prononcer annuellement sur le renouvellement du mandat de chaque membre du conseil d'administration, après avoir pris connaissance du montant des indemnités qui lui ont été versées.

²⁸ A ce sujet, voir le commentaire de l'art. 811 CO dans le message 19 décembre 2001 concernant la révision du code des obligations (droit de la société à responsabilité limitée et adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2002** 2949 3011.

²⁹ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 23.

Participation croisée aux comités de rémunération d'entreprises cotées

Il arrive fréquemment que les mêmes personnes siègent ensemble dans le conseil d'administration de plusieurs entreprises et qu'elles soient ainsi amenées à fixer réciproquement le montant des indemnités qu'elles perçoivent de ces sociétés. En complément aux dispositions sur la publicité des indemnités, le projet oblige donc les sociétés dont les actions sont cotées en bourse à exclure toute possibilité que des administrateurs puissent influencer mutuellement le montant de leurs honoraires (art. 717*b*, al. 1). Cette proposition a été largement approuvée lors de la procédure de consultation³⁰. Reprenant une proposition formulée dans une prise de position, le projet fixe explicitement la sanction applicable en cas de non-respect de cette disposition: les décisions relatives à la fixation du montant des indemnités qui ont été prises en violation de l'art. 717*b*, al. 1, sont frappées de nullité (art. 717*b*, al. 2). La restitution des indemnités peut alors être obtenue par le biais d'une action en répétition de l'indu (art. 62 ss CO). Dans certaines conditions, l'action en restitution (art. 678) ainsi que les dispositions sur la responsabilité des organes de la société anonyme (art. 754 CO) s'appliquent également.

1.3.2.3 Représentation des droits de vote

Représentation par un mandataire indépendant, par le dépositaire ou par un membre d'un organe

La représentation institutionnelle des droits de vote est une forme particulière de la procuration propre au droit de la société anonyme, qui est conçue pour qu'un très grand nombre d'actionnaires puissent se faire représenter lors de l'assemblée générale. La révision de 1991 avait déjà réformé la représentation institutionnelle de l'actionnaire (représentation par un membre d'un organe de la société, par un mandataire indépendant, par le dépositaire; cf. art. 689*c* ss CO). L'obligation faite aux banques de demander des instructions de vote à l'actionnaire a déjà amélioré la situation de la représentation par le dépositaire, mais la réglementation légale demeure insatisfaisante. Bien souvent les actionnaires ignorent qu'en signant un contrat de dépôt ils octroient aussi un pouvoir de représentation à la banque. En outre, les demandes d'instructions de vote que les banques envoient à leurs clients (art. 689*d*, al. 1, CO) restent fréquemment sans réponse. Quant aux dispositions sur la représentation par un membre d'un organe ou par un mandataire indépendant, elles ne comportent aucune obligation légale de demander des instructions à l'actionnaire. Une partie de la doctrine estime donc que le mandataire qui n'a pas reçu d'instructions doit, à l'instar de la banque qui représente les actions en dépôt, voter dans le sens des propositions du conseil d'administration. La documentation de vote éditée par l'entreprise comporte fréquemment une explication à ce sujet et certains formulaires de procuration indiquent même que le membre d'un organe qui représente les actionnaires est tenu de voter systématiquement dans le sens des propositions du conseil d'administration.

La représentation des actionnaires pose aussi des problèmes dans les petites sociétés anonymes, par exemple lorsque le droit de représentation est limité aux actionnaires et que ces derniers sont en litige. Dans ce cas de figure, la jurisprudence accorde

³⁰ *ibid.*, p. 22.

déjà à l'actionnaire le droit se faire représenter à l'assemblée générale par un tiers indépendant³¹.

Pour résoudre cette situation insatisfaisante, le projet (à l'instar de l'avant-projet) propose les réformes suivantes (art. 689c s.):

- la possibilité qu'un actionnaire ne soit représenté que par un autre actionnaire n'est désormais admise que dans les sociétés anonymes privées;
- si tel est le cas, la société est tenue de désigner un tiers indépendant comme mandataire si un actionnaire l'exige;
- la représentation par le dépositaire et la représentation par un membre d'un organe sont abolies pour toutes les sociétés, que leurs actions soient cotées en bourse ou non;
- les sociétés dont les actions sont cotées en bourse sont tenues de désigner un représentant indépendant;

le représentant indépendant doit s'abstenir de voter lorsqu'il n'a reçu aucune instruction de la part de l'actionnaire. Si la proposition n'était pas inscrite à l'ordre du jour, il vote en suivant les recommandations du conseil d'administration, faute d'instruction de l'actionnaire.

Certains participants à la consultation ont dit craindre que l'abolition de la représentation par un membre d'un organe simultanément à l'instauration d'une nouvelle réglementation sur le droit de donner des instructions de vote ne soit préjudiciable à la société. Selon eux, cela encouragerait des décisions aléatoires tout en défavorisant la majorité silencieuse des actionnaires satisfaits³². Cette argumentation n'est cependant pas convaincante. Une formation inaltérée de la volonté de l'assemblée générale n'est garantie que si tous les associés qui ont mandaté une personne pour les représenter donnent des instructions claires sur l'exercice de leur droit de vote. Le processus de formation de la volonté ne sera pas de meilleure qualité si les actionnaires donnent tout pouvoir au représentant, sans même cocher une case du formulaire de procuration pour indiquer que celui-ci doit voter dans le sens des propositions du conseil d'administration. Le projet prévoit maintenant une règle spéciale imposant au représentant de suivre ces dernières dans le cas des propositions non inscrites à l'ordre du jour.

Prêt de titres et opérations de pension

La problématique du prêt de titres (*securities lending*) a été évoquée dans plusieurs prises de position³³. Le prêt de titre est une opération par laquelle une personne cède ses actions à un tiers en convenant que celui-ci lui restitue le même nombre d'actions de la même société après une période déterminée.

Dans la pension de titres (*repurchase agreement* ou *repo*), qui est une forme de crédit, il y a également cession d'actions puis «rétrocession» d'actions de la même société. Le point commun à ces deux types de transactions est que le «prêteur» perd ses droits de propriété sur les actions cédées et que pendant la durée du prêt ou de la

³¹ Décision du tribunal de commerce du canton d'Argovie du 26 janvier 2001, RNRF 2002 N° 43.

³² Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 17 s.

³³ *ibid.*

pension des titres il n'a plus qualité d'actionnaire de la société. S'il s'agit d'actions nominatives liées, la banque doit signaler le transfert de propriété à la société (art. 685e CO). L'acquéreur des actions peut s'annoncer comme nouveau propriétaire des actions auprès de l'entreprise et participer à l'assemblée générale dès que la société en a pris acte (art. 689a CO).

Il arrive que, lors de l'achat d'actions ou de l'ouverture d'un dépôt, les clients des banques acceptent de prêter leurs titres sans demander plus d'informations sur les conséquences juridiques de cette opération. C'est lorsqu'ils souhaitent participer à l'assemblée générale qu'ils découvrent soudain que cela n'est pas possible car leurs actions ont été «prêtées». La Commission fédérale des banques (CFB) est consciente de cette problématique et elle a interdit que les clauses concernant le prêt de titres figurent dans les conditions générales ou dans les règlements de dépôt des banques³⁴. Un simple consentement écrit du client est insuffisant: il doit aussi être explicite. Une disposition analogue a été intégrée à l'art. 22 du projet de loi sur les titres intermédiés³⁵. Il paraît donc inutile de régler la question de la procuration dans le code des obligations.

Le projet prévoit tout de même une extension des dispositions concernant le transfert de la propriété des actions nominatives cotées en autorisant la société à refuser de reconnaître l'acquéreur comme actionnaire lorsque la transaction relève d'un prêt de titres ou d'une opération juridique comparable (art. 685d, al. 2). A cette fin, la société pourra exiger une déclaration expresse de l'acquéreur et si elle refuse de l'inscrire dans le registre des actions, celui-ci jouira de tous les droits patrimoniaux (en particulier du droit au versement du dividende) mais il n'aura pas le droit de participer à l'assemblée générale. Le droit de vote de ses actions sera suspendu (art. 685f, al. 2, CO).

Les dirigeants de l'entreprise pourraient recourir au prêt de titres et autres transactions analogues pour influencer de façon occulte le processus de formation de la volonté de l'assemblée générale. A cette fin, il leur suffirait de transférer la propriété des propres actions de la société à un tiers dans le cadre d'un prêt de titres afin que celui-ci puisse exercer le droit de vote des (propres) actions selon les instructions de la direction, et à l'échéance du contrat, l'entreprise entrerait à nouveau en possession de ses titres. Le projet veut empêcher de telles pratiques. Selon le droit actuel, le droit de vote des propres actions détenues par la société est suspendu (art. 659a, al. 1, CO). Dorénavant, la suspension du droit de vote sera maintenue si les propres actions sont aliénées et que, simultanément, l'entreprise conclut un contrat sur la restitution ultérieure de ces titres. Et si l'acquéreur des propres actions exerce le droit de vote nonobstant cette restriction, les décisions de l'assemblée générale pourront être attaquées (art. 659a).

1.3.3 Assouplissement des structures du capital

1.3.3.1 Marge de fluctuation du capital

En instituant une marge de fluctuation du capital, l'assemblée générale pourra autoriser le conseil d'administration à augmenter ou à réduire le capital-actions dans une

³⁴ Rapport de gestion 2002 de la Commission fédérale des banques, ch. 2.5.3.2.

³⁵ Message relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés, FF 2006 8817 8865.

fourchette fixe pendant une durée de trois ans au maximum (art. 653s ss). La décision devra être inscrite dans le registre du commerce. La marge de fluctuation du capital est limitée vers le bas par le capital de base, qui ne peut être inférieur à la moitié du capital-actions. Le capital de base revêt ainsi la fonction de valeur limite qui revient aujourd'hui au capital-actions. La marge de fluctuation du capital est limitée vers le haut par le capital maximal, qui ne peut excéder une fois et demie le capital inscrit dans le registre du commerce.

Le processus de protection des créanciers lors d'une réduction du capital-actions intervient déjà, en partie, lors de la création de la marge de fluctuation du capital (art. 653w, al. 1), ce qui permet au conseil d'administration de procéder à des réductions du capital sans devoir préalablement publier l'avis aux créanciers et solliciter une attestation de vérification d'un réviseur.

L'assemblée générale peut restreindre la marge de manœuvre du conseil d'administration en statuant par exemple qu'il peut uniquement augmenter le capital-actions. La marge de fluctuation du capital s'apparente alors à l'actuelle augmentation autorisée du capital. A l'inverse, si l'assemblée générale ne donne au conseil d'administration que l'autorisation de réduire le capital, la marge de fluctuation du capital est assimilable à une réduction autorisée du capital. L'avant-projet mis en consultation proposait de créer une telle institution juridique comme alternative à la marge de fluctuation du capital³⁶. Cette dernière a cependant séduit une majorité écrasante des parties consultées, qui ont particulièrement apprécié la souplesse et la simplicité de cet instrument pour augmenter et réduire le capital-actions³⁷. Il n'existe pas de réel besoin d'instituer une augmentation ou une réduction autorisée du capital en plus de la marge de fluctuation du capital, même si quelques participants à la consultation auraient souhaité une telle solution. Une multiplication des instruments juridiques non indispensables serait préjudiciable à la sécurité du droit.

1.3.3.2 Valeur nominale

Actuellement, le droit de la société anonyme postule que l'action a une valeur nominale. C'est pourquoi les statuts stipulent en chiffres absolus la part du capital-actions qui correspond à chaque action. La loi fixe en outre un seuil au-dessous duquel la valeur nominale des actions ne peut descendre: la «valeur nominale minimale». Lorsque l'entreprise prospère, la valeur réelle de ses actions atteint souvent un multiple de leur valeur faciale. Or, à cause de la valeur minimale fixée par la loi, il n'est souvent plus possible de subdiviser les actions pour les rendre plus liquides. Le droit de la société anonyme de 1936 avait fixé cette valeur à 100 francs. Ce montant élevé a eu une influence négative sur la négociabilité des titres helvétiques et 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 sur le marché des capitaux, même une valeur nominale d'un centime peut ne pas être optimale, car une division d'actions ou un remboursement de la valeur nominale peut toujours s'avérer nécessaire. Par conséquent, le projet prescrit

³⁶ Rapport explicatif du 2 décembre 2005 concernant l'avant-projet de révision du code des obligations: Droit de la société anonyme et droit comptable, p. 23 ss.

³⁷ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 8, 13, 36.

uniquement que, dorénavant, les actions doivent avoir une valeur nominale supérieure à zéro centime (art. 622, al. 4). Cette proposition a été largement approuvée lors de la procédure de consultation.

En revanche, il ne sera pas créé d'action sans valeur nominale. Il s'agit d'une action sans valeur nominale fixe mais dont la valeur pourrait être obtenue en divisant le capital-actions par le nombre d'actions. Cette espèce d'actions offre également la possibilité de procéder à des *divisions* d'actions sans restriction. La création d'actions sans valeur nominale nécessiterait toutefois de nombreuses adaptations du droit de la société anonyme. Elle obligerait notamment à envisager une délicate réforme du régime des actions à droit de vote privilégié (art. 693, al. 1, CO).

La réduction proposée de la valeur nominale à une fraction d'un centime permet d'obtenir pratiquement la même liberté qu'avec l'action sans valeur nominale, avec l'avantage de ne pas engendrer de modifications en cascade dans le droit de la SA³⁸. L'inconvénient reste qu'en cas de division d'actions ou de réduction de la valeur nominale, les titres doivent être échangés. Les entreprises sont toutefois de moins en moins nombreuses à émettre des titres «physiques» et elles le seront encore moins lorsque le projet de loi fédérale sur les titres intermédiés³⁹ entrera en vigueur. Cet inconvénient est donc sans grande conséquence pratique.

1.3.3.3 Bons de participation

Les participants ont d'abord des droits patrimoniaux, mais en principe ils n'ont pas de droit de vote ni les droits sociaux qui y sont associés (art. 656c ss CO). Ils encourrent pourtant le même risque financier que les actionnaires.

Selon l'art. 656b, al. 1, CO, le montant du capital-participation ne peut actuellement dépasser le double du capital-actions. Le projet prévoit de supprimer ce plafond dans les sociétés ouvertes au public. Les entreprises dont les bons de participation sont cotés en bourse pourront ainsi fixer librement le montant de leur capital-participation, quel que soit leur capital-actions (art. 656b, al. 1).

Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, la réglementation actuelle est maintenue en l'état pour les sociétés anonymes privées. Renoncer à fixer un plafond pour le capital-participation pose problème lorsque les bons de participation sont difficilement voire pas du tout négociables, car les participants n'ont pas la possibilité de s'en défaire. Ils sont en quelque sorte «prisonniers» de la société et ne peuvent cependant exercer aucune influence sur la direction de l'entreprise, étant donné qu'ils n'ont aucun droit de vote.

1.3.3.4 Action au porteur

Le Groupe d'action financière (GAFI) a été créé en 1989 dans le but de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. La recommandation n° 33 du GAFI révisée en 2003 précise notamment que *«les pays dans lesquels les*

³⁸ Rapport explicatif du 2 décembre 2005 concernant l'avant-projet de révision du code des obligations: Droit de la société anonyme et droit comptable, p. 23 ss.

³⁹ Message du 15 novembre 2006 relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés, FF 2006 8817.

personnes morales peuvent émettre des actions au porteur devraient prendre les mesures appropriées pour faire en sorte que ces personnes ne soient pas utilisées à mauvais escient pour blanchir des capitaux». Cela signifie qu'il appartient au législateur de veiller à ce que les sociétés anonymes qui émettent des actions au porteur soient soumises à des normes de transparence suffisantes. Il faut notamment faire en sorte que les autorités et les intermédiaires financiers puissent obtenir des informations sur les propriétaires de l'entreprise (actionnaires, ayants droit économiques) en temps voulu.

En 2005, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de loi fédérale sur la mise en œuvre des Recommandations révisées du GAFI préparé par le Département fédéral des finances. Ce projet prévoyait entre autres une obligation de s'annoncer auprès de la société pour les titulaires d'actions au porteur qui contrôlent au moins 10 % de tous les droits de vote, directement, indirectement ou en concertation avec des tiers, pour autant qu'ils aient l'intention de participer à l'assemblée générale⁴⁰.

Cette proposition a été vivement contestée⁴¹. Les participants à la procédure de consultation l'ont rejetée dans leur grande majorité, estimant qu'elle était incompatible avec l'idée d'une société anonyme conçue comme une société de capitaux fondée sur la participation au capital et qu'il était en outre injustifié de réserver un traitement plus strict aux actions au porteur qu'aux actions nominatives. Ils ont également jugé que le seuil de 10 % était trop bas. Compte tenu de ces réactions, mais également parce que le GAFI a estimé que les mesures législatives proposées par le gouvernement suisse étaient insuffisantes⁴², le Conseil fédéral a décidé de renoncer à cette solution.

Dans l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme, le Conseil fédéral proposait d'abolir l'action au porteur. Aujourd'hui déjà, la plupart des sociétés privilégient l'action nominative, car elle leur permet de connaître leur actionnariat. Pourtant, la proposition du gouvernement s'est heurtée à une forte résistance. La majorité des participants a estimé que le risque de blanchiment de capitaux pouvait être écarté par le biais de mesures moins drastiques et que l'on ne pouvait exiger des quelque 30 000 sociétés qui ont émis des actions au porteur qu'elles les transforment en actions nominatives. Par ailleurs, pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, la transparence est déjà garantie par le biais de l'obligation de déclarer prévue par le droit boursier (art. 20 LBVM)⁴³.

Il est fort probable que la Suisse subira de plus en plus de pressions internationales à cause de la possibilité offerte à ses sociétés anonymes d'émettre des actions au porteur. Mais compte tenu du résultat très net de la procédure de consultation, cette espèce d'actions est maintenue dans le cadre du présent projet.

⁴⁰ Avant-projet et rapport explicatif du 13 janvier 2005 relatifs à la mise en œuvre des Recommandations révisées du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux.

⁴¹ Rapport sur les résultats de la procédure de consultation relative au rapport explicatif, comprenant le projet de modifications légales, sur la mise en œuvre des Recommandations révisées du Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux, p. 27 s.

⁴² GAFI, 3^e Rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme, Suisse, Synthèse du 14 octobre 2005, ch. 20, 54 et annexe, p. 20.

⁴³ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 10 s.

Pour donner suite aux recommandations du GAFI, le Conseil fédéral a toutefois examiné s'il ne serait pas opportun d'instituer une obligation de déclarer permanente pour les actions au porteur non cotées. A partir d'un certain taux de participation, tout changement de propriétaire devrait ainsi être annoncé à la société, laquelle serait tenue de tenir un registre des actionnaires au porteur détenant une certaine participation. Pour la plupart des sociétés, cela reviendrait à transformer de fait l'action au porteur en action nominative. Or le cercle des actionnaires des sociétés anonymes privées est généralement restreint et celles-ci connaissent normalement l'identité de leurs propriétaires. Dans ce cas, une obligation de déclarer serait superflue d'un point de vue strictement matériel. Si l'on va jusqu'au fond des exigences du GAFI, les infractions à l'obligation de déclarer devraient en outre être sanctionnées. Mais l'introduction d'une telle norme pénale pourrait aboutir à des situations surréalistes, surtout dans les toutes petites entités. Prenons l'exemple d'un père qui transmettrait ses actions à ses enfants en oubliant de communiquer le changement de propriétaire à la société: cela constituerait une infraction. Pour ces raisons, le projet n'introduit aucune obligation de déclarer, mais il propose d'alléger la procédure de transformation des actions au porteur en actions nominatives (art. 704a).

1.3.3.5 Actions dispo

Selon le droit en vigueur, lorsque des actions nominatives cotées sont vendues à la bourse, la banque de l'aliénateur doit communiquer le nom de ce dernier à la société (art. 685e CO), ensuite de quoi la société radie l'inscription dans le registre des actionnaires. La société reconnaît la qualité d'actionnaire de l'acquéreur en tenant compte d'éventuelles dispositions statutaires sur les actions liées et inscrit celui-ci dans le registre dès qu'il s'annonce à elle (art. 685f ss CO). Si le nouveau propriétaire des actions ne se manifeste pas, la position correspondante du registre des actionnaires reste vierge, ce qui donne naissance à des actions non inscrites dites également *actions dispo*. En pratique, l'entreprise verse alors les dividendes qui reviennent à l'actionnaire qu'elle ne connaît pas à la banque dépositaire. L'actionnaire ne peut cependant exercer aucun de ses droits sociaux (art. 685f, al. 2 et 3, art. 689a, al. 1, CO).

Ces dernières années, le nombre d'actionnaires ne manifestant pas leur volonté d'être reconnu par la société a considérablement augmenté. Bien souvent, les actions changent de mains plusieurs fois avant qu'un nouvel acquéreur ne s'annonce. Dans les sociétés ouvertes au public, la majeure partie des actionnaires encaissent ainsi leurs dividendes mais ne participent pas au processus de formation de la volonté de la société au sein de l'assemblée générale. Si les statuts exigent un quorum de présence élevé pour certaines décisions, la multiplication des actions dispo peut même aboutir à l'impossibilité de fait d'obtenir la majorité requise. Cette tendance annihile aussi la raison d'être des actions nominatives puisque la société ne connaît pas l'identité de ses propriétaires, ce qui accroît d'ailleurs le risque de reprise inamicale. Il est en effet possible de constituer d'importantes positions «occultes» par le biais d'actions dispo. Inversement, si la part d'actions dispo, qui ne jouissent de fait d'aucun droit de vote, est élevée, il suffit d'une participation relativement modeste pour prendre le contrôle la société.

Plusieurs solutions avaient été étudiées lors de la préparation de l'avant-projet, mais en l'absence de proposition convaincante celui-ci s'était abstenu de régler la ques-

tion des actions dispo⁴⁴. De nombreuses prises de position sont pourtant revenues sur cette problématique en sollicitant une norme légale⁴⁵.

Les différentes solutions envisageables sont les suivantes:

- *Système de l'actionnaire fiduciaire ou «nominee»*: la banque dépositaire ou le négociant en valeurs mobilières serait tenu de se faire inscrire dans le registre en tant qu'actionnaire fiduciaire ou *nominee*, sauf si l'actionnaire s'annonce lui-même⁴⁶. Une réglementation de ce type conduirait certainement à la disparition des actions dispo, mais les entreprises ne connaîtraient toujours pas l'identité réelle de leurs actionnaires. A contrario, l'institutionnalisation de l'inscription fiduciaire pourrait induire une augmentation du nombre d'actionnaires inconnus. De plus, les propriétaires de ces actions auraient la possibilité – nouvelle – d'exercer leurs droits sociaux sous couvert d'anonymat, par l'intermédiaire du *nominee*. Cela permettrait par exemple de contourner des dispositions statutaires sur les actions liées. Vu que le projet abolit la représentation par le dépositaire et la remplace par la désignation d'un représentant indépendant⁴⁷, il ne serait pas très cohérent d'introduire simultanément un nouveau modèle d'exercice des droits sociaux à titre fiduciaire par les banques.
- *Déchéance du droit au dividende pour les actions dispo*: l'actionnaire nominatif qui ne s'annonce pas à la société n'aurait pas droit au versement du dividende ni à aucun autre droit patrimonial. Une telle pratique serait toutefois contraire aux usages du marché international des capitaux et il serait difficile de la justifier à l'égard des investisseurs, surtout étrangers. Cette solution créerait également des problèmes d'administration et d'affectation des dividendes non distribués.
- *Distribution d'un dividende supérieur aux personnes qui participent à l'assemblée générale*: une telle disposition inciterait les actionnaires à se faire reconnaître par la société afin de pouvoir participer à l'assemblée générale. Avec cette solution, le montant du dividende à verser ne pourrait toutefois être déterminé qu'une fois le nombre d'actionnaires ayant participé directement ou indirectement à l'assemblée générale connu, autrement dit après l'assemblée générale. Le conseil d'administration devrait donc fixer le montant maximum du dividende à distribuer, puis le corriger vers le bas après l'assemblée générale en fonction du taux de participation. Cela alourdirait aussi la charge administrative engendrée par le versement du dividende aux actionnaires.
- *Suppression des anciens quorums*: une disposition légale permettrait à l'assemblée générale ou au juge d'abroger, sous certaines conditions, les quorums qui ont été inscrits dans les statuts avant la révision du droit de la société anonyme de 1991 (et qui ne respectent pas encore les conditions

⁴⁴ Rapport explicatif du 2 décembre 2005 concernant l'avant-projet de révision du code des obligations: Droit de la société anonyme et droit comptable, p. 17 s.

⁴⁵ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 8 s.

⁴⁶ von der Crone Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Stimmrechtsvertretung/Dispoaktien, REPRAX 2/03, p. 11 s.

⁴⁷ Voir ch. 1.3.2.3 ci-dessus

posées à l'art. 704, al. 2, CO). Cette disposition aurait pour but de supprimer des quorums statutaires adoptés selon l'ancien droit qui, de fait, ne peuvent plus être atteints. Les quorums qualifiés sont cependant souvent créés pour protéger des personnes qui ont des intérêts minoritaires dans la société, par exemple dans le cadre d'une succession. Une disposition légale facilitant l'abrogation de tels quorums pourrait aller à l'encontre des intérêts légitimes des actionnaires minoritaires. De plus, les tribunaux peuvent probablement déjà annuler des clauses statutaires «pétrifiées» en s'appuyant sur le droit actuel⁴⁸. L'adoption d'une norme spécifique ne paraît donc pas judicieuse.

Etant donné que la totalité des solutions examinées posent de nouveaux problèmes matériels, le projet s'abstient de régler la question des actions dispo dans la loi.

1.3.4 Modernisation du régime de l'assemblée générale

Les moyens de communication électroniques ouvrent de nouvelles perspectives dans l'organisation de l'assemblée générale. Dans les grandes sociétés comme dans les plus petites, lorsque les actionnaires sont séparés par de grandes distances, les médias électroniques peuvent faciliter la tenue de l'assemblée générale tout en réduisant les coûts. Le recours à des instruments électroniques pourrait aussi entraîner une participation plus active des actionnaires au processus de formation de la volonté de la société. Une telle évolution renforcerait le rôle de cet organe, ce qui va finalement dans l'intérêt de la gouvernance.

La présente révision doit donc créer des bases légales modernes pour réglementer l'organisation de l'assemblée générale. Il s'agit entre autres d'assurer la sécurité juridique pendant le déroulement de la réunion, de prévenir une falsification du processus de formation de la volonté et de garantir l'exercice des droits sociaux des actionnaires dans de bonnes conditions. Les propositions visant à moderniser le régime de l'assemblée générale ont rencontré un large soutien. Seules quelques réserves ont été émises, en particulier au sujet de la sécurité des procédés électroniques utilisés⁴⁹.

Assemblée générale «multi-sites» ou à l'étranger

Ces dernières années, quelques sociétés ouvertes au public ont tenu leur assemblée générale simultanément en plusieurs endroits. La multiplicité des lieux de réunion soulève cependant un certain nombre de questions juridiques. Le projet autorise le déroulement simultané de l'assemblée générale en plusieurs lieux (assemblée générale «multi-sites») à la seule condition que les interventions des participants soient retransmises en direct sur tous les sites de réunion par des moyens audiovisuels. Le conseil d'administration doit aussi désigner un lieu de réunion principal où le président dirige l'assemblée générale et où les décisions sont constatées par acte authentique (art. 701a).

⁴⁸ A cet égard voir l'ATF 117 II 290 314 s., prononcé sous l'ancien droit de la société anonyme.

⁴⁹ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 21.

Le lieu de réunion peut aussi se situer à l'étranger dans la mesure où les statuts le prévoient ou si la totalité des actionnaires y consentent (art. 701*b*).

Convocation électronique de l'assemblée générale

Le projet permet de convoquer l'assemblée générale et d'envoyer la documentation y relative électroniquement (art. 700, al. 1). Comme nul ne peut être contraint d'utiliser des médias électroniques, la convocation et la documentation ne peuvent être transmises par des moyens électroniques que si l'actionnaire y consent.

Procuration électronique

L'envoi électronique de la procuration peut simplifier la procédure. Mais ce mode de transmission ne saurait être imposé aux sociétés. C'est notamment pour tenir compte des besoins des entreprises de plus petite taille que le projet précise qu'il appartient au conseil d'administration de décider s'il accepte les procurations électroniques pourvues d'une signature électronique qualifiée (art. 689*a*, al. 1^{bis}, en relation avec l'art. 14, al. 2^{bis}, CO). Les actionnaires ne peuvent en aucun cas être contraints de remettre leur procuration sous une forme électronique.

Utilisation des médias électroniques pendant l'assemblée générale

Il doit être possible aux actionnaires d'exercer leurs droits sous une forme électronique dès lors que certaines conditions sont remplies (art. 701*c* et 701*e*). Il devient ainsi possible de participer à l'assemblée générale à partir de son domicile, par visioconférence.

Assemblée générale électronique

Si tous les actionnaires y consentent, la société peut entièrement renoncer à la tenue d'une assemblée générale conventionnelle dans un lieu de réunion réel (art. 701*d*). L'assemblée générale se déroule alors exclusivement par voie électronique (utilisation de moyens de communication électroniques tels que l'Intranet et l'Internet). Certains participants à la procédure de consultation ont estimé que la condition exigeant une décision unanime des actionnaires rendait impossible la tenue d'une assemblée générale électronique dans les grandes sociétés dont l'actionnariat est très fragmenté⁵⁰. La participation à l'assemblée générale est un droit fondamental de l'actionnaire. Or, si une majorité simple ou même qualifiée pouvait décider de renoncer à tout lieu de réunion physique, les actionnaires n'ayant aucun accès à Internet pourraient se voir privés durablement d'une participation à cet organe. Cette limitation de fait du statut juridique de certains actionnaires serait inadmissible.

1.3.5 Modernisation du droit comptable

1.3.5.1 Portée économique et juridique de la comptabilité et de la présentation des comptes

La comptabilité et les comptes ont pour but premier d'informer l'entreprise elle-même et de sauvegarder les intérêts de toutes les personnes qui ont affaire à elle (les associés, la direction, le personnel, les créanciers). Ils sont à la base de nombreuses

⁵⁰ *ibid*, p. 22.

décisions importantes prises par les organes de la société et constituent à cet égard un instrument de gestion important.

La comptabilité et les comptes doivent donner aux associés une image fidèle et fiable du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise. Ils doivent leur permettre de juger s'ils ont investi leur capital de façon productive et sûre. La communication d'informations fiables sur la situation économique de l'entreprise est une condition indispensable à l'exercice effectif des droits des associés garantis par la loi.

La comptabilité et les comptes servent également à protéger les créanciers et constituent une base de décision pour les investisseurs. En tant qu'instruments du contrôle interne et externe des entités économiques, ils revêtent donc une fonction cruciale pour l'économie.

La comptabilité et les comptes intéressent aussi l'Etat. Ils servent par exemple de base pour les décisions de taxation des autorités fiscales et pour le prélèvement des contributions aux assurances sociales. Ils fournissent encore aux autorités prudentielles et pénales des informations dont elles peuvent avoir besoin. Ils servent aussi à prévenir et à déceler les délits de corruption. A cet égard, le projet tient compte des efforts déployés par la communauté internationale depuis quelques années, notamment dans le cadre des conventions contre la corruption de l'OCDE (ratifiée par la Suisse en 2000), du Conseil de l'Europe (ratifiée en 2006) et de l'ONU (ratification en préparation).

Les différents destinataires de la comptabilité et des comptes ont des besoins d'information variés, mais tous exigent une présentation sincère et fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise afin de pouvoir se forger une opinion fondée de sa situation économique.

1.3.5.2 Harmonisation de la réglementation pour toutes les formes de sociétés régies par le droit privé

Plutôt qu'une loi spéciale régissant le droit comptable, le projet propose une réglementation minimale intégrée dans le titre trente-deuxième du code des obligations (art. 957 ss). Le droit en vigueur, lacunaire et imparfait, est remplacé par un régime transparent, qui se limite à énoncer les exigences essentielles et répond aux besoins actuels de la pratique en matière de comptabilité et de présentation des comptes.

Il n'existe aucune raison objective justifiant des règles comptables différenciées en fonction de la forme juridique de la société. L'entreprise dresse des états financiers pour rendre compte de ses activités commerciales, dont la nature et l'ampleur ne dépendent pas de la forme juridique de la société. Le projet propose donc une réglementation indépendante de la forme juridique, à l'instar de la conception sur laquelle se fonde le nouveau régime de l'obligation de révision⁵¹. Les nouvelles dispositions proposées remplacent aussi les règles actuelles qui s'appliquent uniquement à la société anonyme (art. 662 ss CO).

⁵¹ 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.

Le nouveau régime comptable s'applique à toutes les entités juridiques qui sont régies par le droit privé (art. 957, al. 1). Il fixe cependant des exigences différenciées en fonction de l'importance économique de l'entreprise. Les conditions plus strictes arrêtées dans la législation spéciale sont réservées dans la mesure où la situation économique de l'entreprise est présentée d'une manière équivalente (art. 957, al. 3).

L'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes reste liée à l'obligation de requérir l'inscription de la société dans le registre du commerce. Les entreprises, associations et fondations qui ne sont pas soumises à cette obligation peuvent tenir une comptabilité simple dans laquelle ne sont reportées que les recettes et les dépenses (communément appelée le «carnet du lait») et qui rend compte de leur patrimoine (art. 957, al. 2).

1.3.5.3 Différenciation selon la taille de l'entreprise

Le contenu du rapport de gestion que les PME doivent présenter chaque année se limite à l'essentiel, à savoir les comptes annuels. Ces derniers sont définis avec concision et sont structurés de manière claire. Ils se composent du bilan, du compte de résultat et de l'annexe (art. 958, al. 2, et 959 ss). Les PME n'ont donc pas à présenter de rapport annuel ni de tableau des flux de trésorerie.

A l'instar du nouveau droit de la révision⁵², le projet fixe des règles plus strictes pour les grandes entreprises (art. 961 ss). Le critère de délimitation fixé est d'ailleurs l'obligation de se soumettre à un contrôle ordinaire. Selon cette définition, on considère comme «grande» l'entreprise qui dépasse deux des trois valeurs limites définies (total du bilan de 10 millions de francs, chiffre d'affaires de 20 millions de francs et 50 emplois à plein temps en moyenne annuelle) durant deux exercices consécutifs (art. 727, al. 1, ch. 2, CO⁵³). Selon des estimations prudentes, parmi les quelque 484 222 entités juridiques inscrites au registre du commerce⁵⁴, moins de 10 000 seraient concernées par ces règles plus strictes qui obligent l'entreprise à fournir des renseignements supplémentaires dans l'annexe aux comptes annuels et à présenter un rapport annuel et un tableau des flux de trésorerie.

Donnant suite à une proposition formulée lors de la procédure de consultation (cf. ci-dessus ch. 1.2.2.3), le projet libère les entreprises individuelles et les sociétés de personnes de l'obligation d'établir une annexe si elles ne répondent pas aux critères d'une grande entreprise (art. 959c, al. 3).

Un allègement est également prévu pour les entreprises qui dressent des états financiers consolidés selon une norme comptable reconnue ou lorsque la personne morale qui les contrôle établit de tels états financiers: ces entreprises sont alors exonérées de l'obligation de présenter une annexe, un rapport annuel et un tableau des flux de trésorerie. Cet allègement est cependant soumis à la condition qu'une minorité d'associés n'exige pas l'établissement d'un rapport de gestion complet, conforme aux exigences du code des obligations (art. 961d).

⁵² *ibid.*, FF **2004** 3745 3766 s.

⁵³ Version du 16 décembre 2005 (FF **2005** 6809), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

⁵⁴ Situation fin 2006 (FOSC n° 12 du 18 janvier 2007).

1.3.5.4 Structure minimale et règles d'évaluation simples

Contrairement au projet LECCA (cf. ch. 1.2.2.1), qui s'alignait sur les directives européennes, le projet définit la structure minimale du bilan et du compte de résultat en s'appuyant sur la conception plus condensée du référentiel IFRS. Il propose donc une réglementation comptable que les PME peuvent comprendre et aborder avec plus de facilité (art. 959 ss).

Le projet énonce en outre des principes d'évaluation compréhensibles, qui comportent des normes générales ainsi que des règles particulières applicables à certaines catégories d'actifs et de passifs (art. 960 ss). Les critiques concernant l'interdiction de constituer des réserves arbitraires qui ont été exprimées lors de la procédure de consultation (cf. ci-dessus ch. 1.2.2.3) ont été prises en considération. L'évaluation doit ainsi être prudente, mais elle ne doit pas empêcher une appréciation fiable de la situation économique de l'entreprise.

1.3.5.5 Problématique de la «présentation fidèle»

La question de la sincérité ou de la présentation «fidèle» des états financiers (*fair presentation* ou *true and fair view*) occupe une place importante dans la conception actuelle des états financiers. On postule d'ailleurs souvent que les règles comptables en vigueur dans de nombreux pays industrialisés suivent ce principe. Or, à y regarder de plus près, on constate que les prescriptions applicables reposent en grande partie sur des principes de droit fiscal, en tout cas pour ce qui concerne les PME. Et ce n'est pas le cas uniquement dans les pays qui, comme la Suisse, sont attachés au principe d'autorité du bilan commercial pour l'imposition. Aux Etats-Unis par exemple, la loi n'oblige pas les PME à appliquer les principes comptables généralement acceptés (US GAAP). A l'étranger, une «présentation fidèle» au sens strict – ou «une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que des résultats» comme le dit le droit européen – n'est généralement exigée que si la société est cotée en bourse ou si l'entreprise a une certaine importance économique.

En Suisse, les sociétés cotées sont déjà soumises aux règles de la présentation fidèle – au sens des normes internationales – par le biais des prescriptions de la Bourse suisse. Par conséquent, le projet peut se concentrer sur les besoins des entreprises qui ne sont pas cotées en bourse. Dans la perspective des fonctions d'information et de base de décision des comptes, il est toutefois important que les états financiers donnent une image fidèle de la situation économique dans ces entreprises aussi (cf. ci-dessus ch. 1.3.5.1).

La «présentation fidèle» n'est cependant pas une notion absolue et il n'est pas aisé d'en donner une définition définitive. S'il ne fait aucun doute que les comptes doivent être exempts d'arbitraire et que l'évaluation doit se faire sur la base de critères économiques, il reste bien difficile d'aller plus loin dans la définition du principe de sincérité. Les différents points de vue défendus par la doctrine reposent souvent sur des préférences personnelles ou sur des enquêtes concernant spécifiquement les IFRS, les US GAAP ou les Swiss GAAP RPC. La notion de «présentation fidèle» recouvre donc en priorité le sens que lui donnent la norme ou le législateur considéré.

La «présentation fidèle» au sens du projet signifie ainsi que les comptes reflètent la situation économique de l'entreprise de telle manière qu'un tiers puissent s'en faire

une opinion fondée (art. 958, al. 1). Le projet ne prescrit l'établissement des comptes sur la base d'une norme comptable reconnue que pour les sociétés cotées en bourse, pour les grandes sociétés coopératives et les fondations qui sont soumises à l'obligation de révision, et pour les groupes de sociétés. Le principe de sincérité ou de la présentation fidèle est donc mis en œuvre en accord avec les normes internationales courantes. Dans les entreprises où cela ne s'impose pas, la relation coûts-avantages et des considérations propres à la planification fiscale individuelle portent à la conclusion qu'il faut autoriser la constitution de réserves latentes, dans la mesure où celles-ci ne sont pas arbitraires (cf. art. 669, al. 3, CO).

1.3.5.6 Réglementation sans incidences fiscales

Selon le droit en vigueur, les états financiers établis selon le code des obligations servent de base pour déterminer l'assiette fiscale de l'entreprise (principe d'autorité du bilan commercial). Mais seuls les comptes individuels, et non les comptes consolidés, font foi.

Vu la vague de critiques soulevée par la proposition faite dans l'avant-projet d'inverser le principe d'autorité du bilan (cf. ci-dessus ch. 1.2.2.3)⁵⁵, le projet y renonce. Dans la relation entre droit commercial et droit fiscal, le principe actuel reste donc acquis: pour être reconnus par les autorités fiscales, les corrections de valeur, amortissements et provisions doivent être portés au bilan. La neutralité fiscale du nouveau régime est ainsi garantie. Comme cela a été proposé dans la procédure de consultation (cf. ci-dessus ch. 1.2.2.3), le montant global des amortissements, des corrections de valeur et des provisions qui sont refusés par les autorités fiscales doit être indiqué dans l'annexe. L'entreprise peut omettre cette information si elle dissout directement les amortissements, corrections de valeur et provisions refusés dans son bilan. Les entreprises qui n'établissent pas d'annexe doivent obligatoirement procéder à cette dissolution (art. 960f).

Le projet offre encore la possibilité à l'entreprise de ne pas établir de comptes annuels selon le code des obligations si elle dresse ses états financiers selon une norme comptable reconnue (cf. ci-dessous ch. 1.3.5.7).

1.3.5.7 Amélioration de la transparence et de la protection des minorités

En maintenant le principe d'autorité du bilan commercial (cf. ci-dessus ch. 1.3.5.6), les possibilités d'améliorer la transparence des comptes établis en vertu du code des obligations sont limitées. La nouvelle réglementation apporte tout de même plus de clarté sur le plan formel, ce qui augmente la comparabilité des données. Mais dans les faits, la présentation de la situation économique de l'entreprise au plus proche de la réalité et la garantie de la neutralité fiscale s'excluent mutuellement.

⁵⁵ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 32 s.

C'est pourquoi le projet prévoit que, dans certaines circonstances, des états financiers dressés conformément à une norme comptable reconnue devront être dressés *en plus* des comptes annuels établis selon le code des obligations, lesquels font foi pour le fisc. Ces états financiers ont pour but d'améliorer la transparence, mais ils restent sans effet fiscal (art. 962 ss). Ils doivent refléter la situation économique réelle de l'entreprise et être établis selon une norme comptable reconnue par le Conseil fédéral (p. ex. Swiss GAAP RPC, IFRS ou US GAAP).

Seules les sociétés cotées en bourse, les grandes sociétés coopératives et les grandes fondations (sur les critères de taille, cf. ci-dessus ch. 1.3.5.3) seront tenues de dresser des états financiers conformes à une norme comptable reconnue. Dans les autres sociétés, des associés représentant au moins 10 % du capital social pourront toutefois exiger l'établissement de tels états financiers. Des dispositions comparables sont prévues pour les associés des sociétés coopératives sans parts sociales, pour les membres des associations et pour les personnes qui répondent personnellement des obligations de l'entreprise ou sont soumises à une obligation de faire des versements supplémentaires. Ces mesures améliorent sensiblement la protection juridique des associés. Il n'est cependant pas nécessaire d'établir des comptes individuels conformes à une norme reconnue lorsque l'entreprise établit déjà des comptes consolidés. Mais en tout état de cause, seuls les comptes individuels établis selon le code des obligations font foi pour déterminer l'assiette des impôts sur le bénéfice et sur le capital (autrement dit, selon les circonstances, il pourrait aussi s'agir de comptes individuels établis selon une norme comptable reconnue; cf. art. 962, al. 1).

Dans la pratique, la dualité des comptes annuels – états financiers selon le code des obligations d'une part et selon une norme comptable reconnue d'autre part – est déjà une réalité, car de nombreuses entreprises présentent des comptes conformes aux Swiss GAAP RPC ou aux IFRS en plus des comptes établis conformément à la législation suisse.

Pour donner suite à une suggestion formulée lors de la procédure de consultation, le projet aménage la possibilité de ne pas établir les comptes annuels sur la base des prescriptions du code des obligations (art. 958 ss) mais de les dresser uniquement en conformité avec les normes d'un référentiel comptable reconnu (art. 962, al. 1).

1.3.5.8 Comptes consolidés plus modernes

L'obligation d'établir des comptes consolidés est régie par les art. 963 ss (cf. ci-dessus ch. 2.2.5). En rupture avec le droit en vigueur, l'avant-projet avait proposé de ne plus exonérer les petits groupes de l'obligation de consolidation, ce qui, en soi, ne devrait pas engendrer un surcroît de travail insurmontable si l'entreprise est bien gérée. Si l'établissement de comptes consolidés nécessite un travail approfondi, cela peut être considéré comme un indice que, dans le cas d'espèce, la consolidation est nécessaire pour que toutes les parties puissent se faire une opinion fondée de la situation économique de l'entreprise.

En écho aux critiques formulées lors de la procédure de consultation, l'obligation d'établir des comptes consolidés a toutefois été affaiblie. Les petits groupes sont libérés de l'obligation de consolidation si, au cours de deux exercices successifs, ils ne dépassent pas deux valeurs limites sur les trois fixées (total du bilan de 10 millions de francs, chiffre d'affaires de 20 millions de francs, 50 emplois à plein

temps en moyenne annuelle) avec l'ensemble des entreprises qu'ils contrôlent, ou s'ils sont contrôlés par une entreprise dont les comptes consolidés sont établis conformément au droit suisse ou à des dispositions équivalentes du droit étranger et s'ils ont été soumis à un contrôle ordinaire. Une exception à cette exemption est toutefois prévue: l'entreprise est tenue d'établir des comptes consolidés lorsque cela s'impose pour garantir une appréciation fiable de la situation économique de l'entreprise ou lorsqu'un associé, 20 % des membres de l'association ou l'autorité de surveillance des fondations l'exige.

Les comptes consolidés sont obligatoirement dressés selon les normes d'une référentiel comptable reconnu (IFRS, US GAAP ou Swiss GAAP RPC).

1.4 Interventions parlementaires

1.4.1 Interventions parlementaires dont les exigences sont réalisées par le projet

Les interventions parlementaires suivantes demandent des améliorations du droit de la société anonyme:

- Motion Leutenegger Oberholzer du 9 mai 2001 «Renforcement de la protection des actionnaires minoritaires»⁵⁶ (transmise);
- Motion Walker du 20 juin 2001 «Société par actions. Principes de la <corporate governance>»⁵⁷ (transmise comme postulat);
- Initiative parlementaire du groupe de l'Union démocratique du centre du 6 mars 2002 «Entreprises cotées en Bourse. Transmission des droits de vote»⁵⁸ (décidé de donner suite);
- Postulat Wicki du 12 mars 2002 «Expertise juridique suite à la débâcle de Swissair»⁵⁹ (transmis);
- Postulat Walker du 20 mars 2002 «Corporate Governance. Protection des investisseurs»⁶⁰ (transmis);
- Motion de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 19 septembre 2002 «Renforcement des dispositions légales relatives à la présentation des comptes et au contrôle des entreprises»⁶¹ (transmise);
- Motion Leutenegger Oberholzer du 25 septembre 2002 «Etablissement des comptes et révision» (ch. 1 à 5 et 7 à 9)⁶² (transmise comme postulat);
- Postulat Imfeld du 8 mars 2006 «Accès libre par Internet aux données du registre du commerce»⁶³ (transmis).

⁵⁶ 01.3261 n; BO **2001** N 1436, BO **2002** N 186 s., BO **2002** E 309 ss, BO **2002** E 323 ss.

⁵⁷ 01.3329 n; BO **2001** N 1436, BO **2002** E 309 ss, BO **2002** E 323 ss.

⁵⁸ 02.407 n; BO **2003** N 831.

⁵⁹ 02.3045 é; BO **2002** E 331 s.

⁶⁰ 02.3086 n; BO **2002** N 1128.

⁶¹ 02.3470 é; BO **2002** E 1299, BO **2003** 827.

⁶² 02.3489 n; BO **2002** N 2159.

⁶³ 06.3026 n BO **2006** N 1116.

Afin de garantir la cohérence du droit de la société anonyme et de ne pas ébranler l'indispensable sécurité juridique par une succession de révisions, ces différentes revendications ont été regroupées dans un grand projet de réforme. Elles ont été examinées soigneusement et très largement prises en compte dans le projet. On se reportera, pour les détails, aux explications relatives à chacun des domaines visés. Les motions et postulats ci-dessus peuvent donc être classés.

1.4.2 Interventions non traitées par le Parlement

De nombreuses interventions parlementaires n'ont pas encore été traitées par le Parlement:

- Motion Leutenegger Oberholzer du 16 juin 2005 «Révision du droit des sociétés. Faire appel à des experts indépendants»⁶⁴;
- Motion du groupe socialiste du 16 juin 2005 «Droits des actionnaires. Favoriser la pérennité de l'entreprise en séparant les pouvoirs au sommet de l'entreprise»⁶⁵;
- Motion du groupe socialiste du 16 juin 2005 «Plus de droits pour les actionnaires. Limitation du nombre et de la durée des mandats dans les conseils d'administration»⁶⁶;
- Motion du groupe socialiste du 16 juin 2005 «Plus de démocratie dans les assemblées générales des sociétés anonymes. Introduction du vote par Internet»⁶⁷;
- Motion du groupe socialiste du 16 juin 2005 «Droits des actionnaires. Prévoir une procédure accélérée pour les plaintes des actionnaires»⁶⁸;
- Motion du groupe socialiste du 16 juin 2005 «Droits des actionnaires. Prévoir une nouvelle disposition législative permettant de révoquer le conseil d'administration»⁶⁹;
- Initiative parlementaire Fässler-Osterwalder du 17 juin 2005 «Droits des actionnaires. Faciliter la convocation d'une assemblée générale et l'inscription d'un objet à l'ordre du jour»⁷⁰;
- Initiative parlementaire Leutenegger Oberholzer du 11 mai 2006 «Pour des indemnités raisonnables et contre les salaires princiers alloués aux hauts dirigeants des entreprises. Modification du Code des obligations»⁷¹;
- Motion Leutenegger Oberholzer du 23 juin 2006 «Transparence des salaires dans les organisations exerçant des tâches publiques»⁷²;

64 05.3343 n.

65 05.3331 n.

66 05.3332 n.

67 05.3333 n.

68 05.3334 n.

69 05.3335 n.

70 05.417 n.

71 06.433 n.

72 06.3364 n.

- Motion Hubmann du 13 décembre 2006 «Ordonnance sur la Feuille officielle suisse du commerce. Modification de l’art. 9»⁷³;
- Motion Recordon du 21 juin 2007 «Création d’un droit suisse des groupes de sociétés commerciales»⁷⁴.

1.5 Rapports avec le droit européen

La Suisse n’est partie à aucun traité international qui l’obligerait à transposer le droit dérivé de la Communauté européenne dans la législation fédérale sur les sociétés et sur la comptabilité. Le projet qui vous est soumis ne s’oppose donc à aucun engagement international pris envers la Communauté européenne.

Il n’en reste pas moins qu’une évolution solitaire du droit suisse dans les domaines visés serait problématique⁷⁵. Le projet est ainsi largement compatible avec le droit européen applicable en la matière. Il renonce toutefois à reprendre les dispositions de la législation européenne dans les cas où celles-ci ne sont pas convaincantes sur le fond.

1.5.1 Directive concernant l’exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées

Il est légitime de se demander si la réglementation proposée en matière de *gouvernance* est compatible avec la directive concernant l’exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées⁷⁶ récemment adoptée par la Communauté européenne. L’objectif premier de cette directive est de faciliter la participation des actionnaires à l’assemblée générale des sociétés cotées en bourse lorsque leur siège est à l’étranger. Le projet diverge de la directive sur quelques points:

- L’assemblée générale doit être convoquée, sans changement par rapport au droit actuel, au moins 20 jours avant la date de la réunion (art. 700, al. 1). L’art. 5 de la directive prévoit un délai de 21 jours qui peut être ramené à 14 jours dans certaines circonstances. Il comporte également des dispositions détaillées sur la forme et sur le contenu de la convocation ainsi que sur la publication des informations sur le site Internet de l’entreprise. Le projet n’entre pas dans ce type de détails.
- Le projet lie la tenue d’une assemblée générale électronique à un certain nombre de conditions (art. 701*d*, al. 1). Ces restrictions pourraient être en

⁷³ 06.3693 n.

⁷⁴ 07.3479 n.

⁷⁵ Voir à ce sujet les explications données dans le rapport final du Groupe de réflexion «Droit des sociétés» du 24 septembre 1993, p. 7 s.

⁷⁶ 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 14.07.2007, p. 17).

contradiction avec l'art. 8, al. 2, de la directive, mais elles répondent ici à un impératif de protection des actionnaires minoritaires⁷⁷.

- L'art. 689c, al. 3, exige que le représentant indépendant s'abstienne lorsqu'il n'a pas reçu d'instructions de vote. Cette réglementation est compatible avec la directive dans la mesure où elle vise à prévenir les conflits d'intérêts (l'art. 10, al. 3, de la directive est moins clair à cet égard).
- Selon la directive, l'actionnaire doit avoir la possibilité de désigner un mandataire par voie électronique pour participer à l'assemblée générale (art. 11, al. 1), tandis que le projet donne à la société le pouvoir discrétionnaire de décider si elle accepte ou non les procurations électroniques (art. 689a, al. 1^{bis}).
- Contrairement au droit européen, le projet ne comporte aucune disposition sur le vote par correspondance (art. 12 de la directive) car cela contreviendrait au principe de l'immédiateté de l'assemblée générale.
- La directive exige que les résultats des votes de l'assemblée générale soient publiés sur le site Internet de la société sous 15 jours (art. 14). Le projet prescrit que, dans un délai maximum de 20 jours, le procès-verbal complet de l'assemblée générale doit être mis à la disposition des associés sous une forme électronique ou doit leur être délivré sous forme papier (art. 702, al. 3).

1.5.2 Recommandation concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et concernant les comités du conseil d'administration ou de surveillance

La Commission européenne a émis une recommandation concernant le *renforcement des droits des actionnaires* et l'amélioration de la protection des créanciers, des employés et des tiers dans les sociétés cotées en bourse⁷⁸. Ce texte régit en premier lieu les conflits d'intérêts et la surveillance des membres du conseil d'administration et de la direction exécutive. L'objectif de ces recommandations est que les organes de la haute direction des entreprises aient une composition équilibrée. Le projet du Conseil fédéral laisse plus de liberté aux sociétés dans la conception de leur organisation, mais il faut cependant rappeler que les recommandations de la Commission ne sont pas de nature contraignante.

⁷⁷ Le droit de participer à l'assemblée générale est un droit fondamental de l'actionnaire. C'est pourquoi, contrairement à la directive, le projet dispose qu'une assemblée générale virtuelle ne peut avoir lieu contre la volonté des actionnaires. Cette règle a pour but de protéger les personnes qui ne sont pas familiarisées avec les moyens de communication modernes (par ex. Internet) ou qui n'y ont pas accès.

⁷⁸ Recommandation 2005/162/CE de la Commission européenne du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance (JO L 52 du 25.02.2005, p. 51).

1.5.3

Recommandation concernant la rémunération des administrateurs des sociétés cotées

La Commission européenne a émis une autre recommandation qui concerne la *publicité des rémunérations* des membres de la haute direction des sociétés cotées en bourse⁷⁹ dans laquelle elle suggère aux Etats membres d'obliger les sociétés cotées à publier une déclaration sur leur politique de rémunération et à communiquer le détail des rémunérations individuelles des membres de la haute direction dans les comptes annuels, dans l'annexe ou dans un rapport sur les rémunérations. Elle demande aussi que les prestations sous forme d'actions ou d'options soient approuvées par l'assemblée générale. Depuis le 1^{er} janvier 2007, le droit suisse oblige les sociétés cotées à publier le montant de ces indemnités (art. 663b^{bis} CO). Le projet prévoit en outre que les statuts *peuvent* contenir des dispositions régissant les compétences de l'assemblée générale en matière d'approbation des plans de participation du personnel sous forme d'actions et d'options (art. 627, ch. 4). Les entreprises ne sont pas tenues de commenter la politique de rémunération dans leur rapport de gestion. La directive Corporate Governance de la Bourse suisse SWX les contraint toutefois à donner des informations détaillées à ce sujet (art. 5 DCG⁸⁰).

1.5.4

Directive sur la protection du capital

Plusieurs nouveautés introduites par le projet doivent aussi être mises en parallèle avec la directive du Conseil sur la *protection du capital*⁸¹ (deuxième directive). Le projet va dans le même sens que la plupart des prescriptions de la directive et les divergences entre les deux textes sont minimes.

- La marge de fluctuation du capital devrait être compatible avec le cadre légal communautaire. La seule différence concerne la durée maximale de la marge de fluctuation du capital (art. 653s, al. 1) qui n'est que de trois ans tandis que la deuxième directive fixe la durée maximale d'un capital autorisé à cinq ans (art. 25, al. 2).
- Les dispositions actuelles du code des obligations concernant la vérification des apports en nature par un réviseur agréé (art. 635a CO) sont moins strictes que la deuxième directive (art. 10a et 10b). Cette remarque vaut autant pour le contenu de l'attestation de vérification que pour les qualifications du réviseur. D'autres divergences sont à signaler au sujet du moment de la libé-

⁷⁹ Recommandation 2004/913/CE de la Commission européenne du 14 décembre 2004 encourageant la mise en œuvre d'un régime approprié de rémunération des administrateurs des sociétés cotées (JO L 385 du 29.12.2004, p. 55).

⁸⁰ Directive de la Bourse suisse concernant les informations relatives à la Corporate Governance (Directive Corporate Governance, DCG) du 17 avril 2002 et du 29 mars 2006.

⁸¹ Deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les Etats membres des sociétés au sens de l'art. 58 deuxième alinéa du traité, 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 [directive sur la protection du capital] (JO L 26 du 31.01.1977, p. 1, dans la version modifiée par la Directive 2006/68/CE du 6 septembre 2006, JO L 264 du 25.09.2006, p. 32).

ration des apports en nature⁸² (art. 9, al. 2, Deuxième directive) et divers aspects de leur évaluation (art. 10a de la deuxième directive). Le projet n'élimine pas ces divergences. En revanche, les exigences de forme posées par le droit suisse lorsqu'une reprise de biens est envisagée (art. 634a) sont en partie plus strictes que celles du droit européen (art. 11 de la deuxième directive).

- La possibilité de verser des intérêts intercalaires aux actionnaires (art. 676) est contraire à la deuxième directive (art. 15) mais le projet n'apporte aucune modification en la matière.
- Le droit en vigueur comporte également quelques petites différences au sujet du droit de souscription des actionnaires, en particulier en ce qui concerne les propriétaires d'actions privilégiées (art. 656, al. 2, CO; art. 29, al. 4, de la deuxième directive). Par contre, la nouvelle réglementation proposée pour garantir le droit de souscription préférentiel des actionnaires en cas de prise ferme (art. 652b, al. 1 bis) est conforme à la deuxième directive (art. 29, al. 7).
- Le nouveau régime de la réduction ordinaire du capital-actions (art. 653j ss) est globalement compatible avec la directive sur la protection du capital. Contrairement au droit européen, le droit suisse en vigueur et le projet n'exigent pas que la décision de l'assemblée générale sur la réduction du capital soit prise à la majorité qualifiée (art. 703s.; art. 30 en relation avec l'art. 40 de la deuxième directive). Par ailleurs, le code des obligations ne prescrit pas une assemblée extraordinaire des actionnaires en cas de suppression des actions à droit de vote privilégié (art. 31 de la deuxième directive). Enfin, contrairement à la deuxième directive (art. 10), le projet n'exige pas que le but de la réduction du capital soit évoqué explicitement, ni dans la décision de réduction ni ailleurs (art. 653n, al. 1).

1.5.5 Directive sur la publicité des sociétés

La directive du Conseil sur la *publicité des sociétés* (première directive)⁸³, exige que les lettres et notes de commande portent diverses informations concernant la société (art. 4; registre du commerce compétent, numéro d'immatriculation de la société, siège social, etc.). En ce qui concerne l'indication de la forme juridique de la société, le droit suisse garantit désormais la transparence requise (art. 950 en relation avec l'art. 954a CO⁸⁴). Le droit suisse n'exige toutefois aucune autre indication. Le projet n'apporte aucune modification en la matière. Il existe en outre des différences minimes quant aux effets juridiques des inscriptions portées au registre du commerce et

⁸² Pour plus de détails, voir Roger Fankhauser, *Gemeinschaftsrechtliche Publizitäts- und Kapital-Richtlinie: Anpassungsbedarf des Schweizer Rechts*, thèse, Berne 2001, p. 57.

⁸³ Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'art. 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers [directive sur la publicité des sociétés] (JO L 65 du 14.03.1968, p. 8, modifiée la dernière fois par la Directive 2006/99/CE du 20 novembre 2006, JO L 363 du 20.12.2006, p. 137).

⁸⁴ Ces dispositions entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2008 avec la réforme du droit de la Sàrl.

des actes des personnes autorisées à représenter la société (art. 932 s., art. 718a CO; art. 9 de la première directive). A cet égard, le projet n'apporte donc rien de nouveau.

1.5.6 **Quatrième directive: comptes annuels/ Septième directive: comptes consolidés**

La Communauté européenne a adopté deux directives dont le but est d'harmoniser les réglementations nationales en matière *de comptabilité, d'établissement et de présentation des comptes*:

- Quatrième directive de 1978 concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés⁸⁵;
- Septième directive de 1983 sur les comptes consolidés⁸⁶.

Les états financiers des entreprises qui lèvent des fonds sur le marché des capitaux doivent aujourd'hui satisfaire à des exigences beaucoup plus strictes qu'elles ne l'étaient lors de l'adoption de ces directives. Aussi les comptes établis sur la base de ces dispositions répondent-ils de moins en moins aux besoins d'information actuels des marchés financiers. De plus, les directives européennes régissant la comptabilité et la présentation des comptes ont perdu en importance par rapport aux référentiels comptables privés (cf. ci-dessus ch. 1.1.2.1).

Dans ces circonstances, la révision des directives adoptées dans les années septante et quatre-vingt ne figure pas parmi les priorités de la Communauté. Une modeste modernisation de ces textes a tout de même été décidée en 2003⁸⁷. Suite aux scandales comptables qui ont marqué le début de cette décennie, les attentes en matière de présentation des états financiers se sont accrues, mais elles n'ont encore débouché sur rien de concret.

Les directives européennes ont aussi perdu en importance suite à la décision de la Communauté, prise en 2002, de rendre obligatoires les Normes internationales d'information financières de l'IASB (IFRS) pour les comptes consolidés des sociétés cotées en bourse⁸⁸.

Mais la volonté existe toujours, au sein de la Communauté, de développer le droit comptable. A cet égard, on relèvera la communication de la Commission du 10 juillet 2007 relative à la simplification de l'environnement des sociétés en

⁸⁵ Quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'art. 54, par. 3, point g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (JO L 222 du 14.08.1978, p. 11, modifiée la dernière fois par la Directive 2006/46/CE du 14 juin 2006, JO L 224 du 16.08.2006, p. 1).

⁸⁶ Septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'art. 54, par. 3, point g) du traité, concernant les comptes consolidés (JO L 193 du 18.07.1983, p. 1, modifiée la dernière fois par la Directive 2006/99/CE du 20 novembre 2006, JO L 363 du 20.12.2006, p. 137).

⁸⁷ Directive 2003/38/CE du Conseil du 13 mai 2003 modifiant la directive 78/660/CEE (JO L 120 du 15.05.2003); Directive 2003/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2003 modifiant les directives 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE et 91/674/CEE du Conseil sur les comptes annuels et les comptes consolidés de certaines catégories de sociétés, des banques et autres établissements financiers et des entreprises d'assurance (JO L 178 du 17.07.2003).

⁸⁸ Plus de détail sur http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/ias_fr.htm.

matière juridique, comptable et de contrôle des comptes⁸⁹. Il y est notamment proposé d'exclure les PME du champ d'application des deux directives. Il convient donc d'observer la suite des événements.

Vu l'internationalisation croissante de l'activité économique des entreprises, il semble raisonnable de tenir compte des lignes directrices de la Communauté dans le nouveau régime comptable suisse, pour autant que cela se justifie. Comme la Suisse n'est pas tenue de transposer le droit européen dans sa législation, il semble judicieux, après avoir pesé les avantages et les inconvénients (coûts induits, densité normative), de ne pas reprendre certaines exigences, avec une approche différenciée pour les sociétés ouvertes au public et les entreprises privées.

En ce qui concerne la relation entre le droit suisse et le droit communautaire, il convient encore de souligner plusieurs points.

- Les directives européennes ne s'appliquent qu'aux sociétés de capitaux (société anonyme, société en commandite par actions, Sàrl). Les dispositions du projet relatives à la comptabilité et à la présentation des comptes sont conçues de manières plus larges et s'appliquent aussi aux entreprises individuelles, aux sociétés de personnes, aux sociétés coopératives, aux associations et aux fondations. Il n'en découle toutefois aucune incompatibilité avec le droit européen.
- En Suisse, les sociétés cotées sont tenues d'établir leurs comptes conformément aux prescriptions de la Bourse suisse SWX. Depuis 2005, les sociétés cotées sur le marché principal doivent ainsi appliquer soit les IFRS soit les US GAAP. Les Swiss GAAP RPC, qui sont aussi garantes d'une présentation sincère et fidèle, sont en outre reconnues pour les segments suivants: Local Caps, sociétés d'investissement, sociétés immobilières. En ce qui concerne les entreprises qui font appel aux marchés des capitaux, le projet est donc conforme au droit communautaire. Mais on relèvera que les entreprises non cotées qui dressent des états financiers selon une norme comptable reconnue (cf. art. 962 ss) ainsi que les entreprises qui sont tenues d'établir des comptes consolidés (cf. art. 963 ss) présentent aussi des comptes conformes au droit européen.
- La législation européenne exige la présentation d'états financiers donnant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que des résultats. Cette obligation est également valable pour les sociétés de capitaux privées. Le projet ne propose pas à proprement parler une réglementation compatible pour ces entreprises. Cette affirmation doit cependant être nuancée: premièrement, le droit commercial et fiscal de plusieurs Etats membres de l'UE autorise la constitution de réserves latentes, notamment pour les PME (cf. ci-dessus ch. 1.3.5.5). Deuxièmement, une transposition rigide du droit communautaire n'est pas possible si la révision du droit comptable suisse doit rester sans incidence fiscale (cf. ci-dessus ch. 1.3.5.6).
- Selon le projet, les comptes annuels se composent du bilan, du compte de résultat et de l'annexe, ce qui est conforme au droit européen. La structure minimale prescrite est toutefois moins détaillée que dans les directives européennes en ce qui concerne les grandes sociétés de capitaux. Les règles plus strictes de la Communauté se sont toutefois affaiblies à mesure que l'appli-

⁸⁹ COM (2007) 394 final.

cation des normes IFRS a pris de l'ampleur, car ces dernières ne prescrivent qu'une structure rudimentaire (cf. ci-dessus ch. 1.3.5.4). La solution proposée par le projet peut donc être considérée comme équivalente. En revanche, pour ce qui est de la structure du bilan, du compte de résultat et de l'annexe des petites sociétés de capitaux, le projet est largement compatible avec le droit européen.

1.6 Mise en œuvre

L'ordonnance sur le registre du commerce (ORC) doit être adaptée en fonction des nouvelles dispositions du code des obligations, notamment celles qui concernent l'augmentation et la réduction du capital-actions ainsi que la marge de fluctuation du capital (art. 650 ss).

2 Commentaire article par article

2.1 La société anonyme

2.1.1 Fondements de la société anonyme

Art. 620 Définition

La définition actuelle de la société anonyme qui figure à l'art. 620 CO ne donne pas satisfaction. Elle comporte des informations marginales (comme la raison sociale) tandis que des éléments essentiels n'y sont pas mentionnés. Le projet donne donc une nouvelle définition légale qui s'aligne sur celle de la Sàrl récemment adoptée par le législateur (art. 772 CO⁹⁰). Le parallélisme des définitions légales des différentes formes de sociétés est nécessaire afin de garantir la clarté et la cohérence du droit des sociétés. Le contenu de l'art. 620 est donc déterminé dans une large mesure par le nouveau régime de la Sàrl. L'al. 1 définit ainsi la structure fondamentale de la société et l'al. 2 le statut juridique des associés, c'est-à-dire des actionnaires (voir également les deux alinéas du nouvel art. 772 CO⁹¹). La nouvelle définition légale de la société anonyme n'apporte cependant aucun élément nouveau sur le plan matériel.

Fondamentalement, la société anonyme est une société de capitaux *fondée sur la participation au capital*⁹² dont le capital-actions est fixé dans les statuts. Il est vrai que le montant effectif du capital émis ne ressort pas explicitement des statuts si la société dispose d'un capital conditionnel ou d'une marge de fluctuation du capital, mais le montant maximal du capital-actions est toujours inscrit dans les statuts.

⁹⁰ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6809 6816), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

⁹¹ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6809 6816), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

⁹² Concernant la notion de société de capitaux, voir Weiss Gottfried, Zum schweizerischen Aktienrecht, Berner Kommentar, tiré à part, Berne 1968, ch. 59 ss (avec autres renvois). Concernant la notion d'organisation fondée sur la participation au capital, voir Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10^e éd., Berne 2007, § 3 ch. 8 ss, § 16 ch. 29.

Les dettes de l'entreprise sont garanties uniquement par l'actif social de la société. Les actionnaires peuvent être des personnes physiques ou morales, voire des sociétés commerciales (sociétés en nom collectif ou en commandite) et chaque actionnaire doit détenir au minimum une action.

Les associés de la société anonyme, autrement dit les actionnaires, sont uniquement tenus à la libération de leurs parts et la société ne peut leur imposer aucune autre obligation que celles prévues par la loi (cf. art. 680, al. 1).

L'art. 627, ch. 8, permet certes à la société de créer une disposition statutaire prévoyant l'obligation de verser une peine conventionnelle en cas de retard dans le versement des apports. Cette obligation est directement liée à l'obligation primaire de libérer le capital; elle ne constitue pas une obligation autonome. La définition légale de la société anonyme ne doit donc pas contenir de réserve à ce sujet.

Comme pour les autres formes de sociétés, il n'y a plus aucune raison de spécifier explicitement dans la loi que la société anonyme peut aussi poursuivre un but qui n'est pas de nature économique. L'ancien al. 3 peut donc être abrogé sans que cela n'entraîne de modification sur le fond.

Art. 622, al. 4 et 5 Actions: espèces

Selon l'al. 4, la valeur nominale des actions pourra désormais être inférieure à un centime et devra simplement être supérieure à zéro. Les sociétés pourront donc librement fractionner leurs actions «lourdes» – celles dont la négociabilité est entravée par un cours boursier élevé – en parts d'une valeur nominale plus petite. Dans les faits, cette règle permet de définir la structure du capital-actions avec autant de souplesse que si le projet avait introduit une action sans valeur nominale, mais avec l'avantage de ne pas bouleverser les fondements du droit de la société anonyme (cf. ci-dessus ch. 1.3.3.2).

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

Art. 623, al. 2, deuxième phrase Division et réunion

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 diversifié, cette condition pose souvent des problèmes insurmontables, par exemple en cas d'assainissement. C'est pourquoi l'al. 2 prévoit désormais que la réunion d'actions cotées en bourse peut s'opérer sur la base d'une décision de l'assemblée générale prise à la majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 2).

En revanche, le consentement de toutes les personnes concernées reste de rigueur dans les sociétés anonymes privées, 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.

Art. 627 Autres dispositions

Cet article énumère les éléments participant de l'organisation de la société, qui ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts. La liste actuelle présente cependant des lacunes qu'il y a lieu de combler.

Le ch. 4 précise explicitement que l'assemblée générale peut se réserver des compétences statutaires en matière de fixation des rémunérations perçues par les membres du conseil d'administration (ainsi que par les personnes qui leurs sont proches). Il en va de même en ce qui concerne l'octroi d'actions et d'options au personnel. La formulation de cette disposition est volontairement générale afin que les compétences en question puissent être définies librement, en fonction des besoins effectifs de la société.

D'autres modifications concernent la libération du capital-actions par compensation (ch. 6; cf. art. 634*b*), le versement d'un dividende intermédiaire (ch. 11; cf. art. 675*a*), l'adoption par l'assemblée générale de décisions prises par le conseil d'administration (ch. 14; cf. art. 716*b*), les restrictions du droit de se faire représenter opposable aux actionnaires des sociétés non cotées (ch. 15; cf. art. 689*d*, al. 1), le nouveau régime de l'assemblée générale (ch. 16 et 17; cf. art. 701 ss) et l'élargissement de l'obligation faite au conseil d'administration d'informer l'assemblée générale ou le juge (ch. 22; cf. art. 725). L'art. 627 mentionne uniquement les objets qui doivent faire l'objet d'une disposition statutaire pour être valables, mais les règles matérielles régissant les institutions juridiques en question sont énoncées dans d'autres dispositions du projet (voir ci-dessus les renvois à d'autres articles). Enfin, l'art. 627, ch. 25, basé sur la nouvelle loi sur les titres intermédiés⁹³, est introduit dans le CO.

2.1.2 Libération du capital et reprise de biens

Art. 628 Abrogation

Cette disposition est remplacée par le nouveau régime de la libération du capital et de la reprise de biens qui fait l'objet des art. 632 ss. Elle doit donc être abrogée.

Art. 632, al. 1 Apports et reprises de biens: apport minimum

Selon l'al. 1, le seuil de libération du capital est relevé de 20 à 25 % de la valeur nominale de chaque action, comme c'est le cas dans le droit européen⁹⁴. Cette nouveauté n'aura qu'un impact limité pour les entreprises, dans la mesure où une majorité écrasante des actions sont entièrement libérées et où, en cas de libération partielle, le degré de libération est généralement de 50 %. De plus, la réglementation sur l'apport minimum ne s'applique qu'aux nouvelles actions qui seront émises après l'entrée en vigueur du nouveau régime (art. 2, al. 3, P Dispositions transitoires). Cette proposition n'a rencontré que très peu d'opposition lors de la procédure de

⁹³ RS ...; FF **2006** 8817

⁹⁴ Art. 9 de la Directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976 (deuxième directive CE sur le droit des sociétés); cf. ci-dessus ch. 1.5.1.4.

consultation. Le montant minimum de la couverture du capital-actions par les apports reste fixé à 50 000 francs⁹⁵.

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

L'art. 633, al. 3 précise qu'une libération effectuée au moyen de devises librement convertibles a qualité d'apport en espèces et non d'apport en nature, codifiant ainsi une pratique constante de l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) depuis 1999⁹⁶. Au moment de l'inscription dans le registre du commerce, la contre-valeur de la somme apportée en monnaie étrangère doit être au moins équivalente au capital à libérer. Il est cependant judicieux de prévoir une marge de sécurité, en prévision d'éventuelles fluctuations de cours, lors du dépôt de montants en monnaies étrangères auprès d'un établissement soumis à la loi sur les banques (art. 633, al. 1, CO).

Art. 634 Apports en nature

L'al. 1 codifie la pratique dominante selon laquelle un actif peut avoir qualité d'apport en nature s'il est cumulativement activable, transférable, disponible et réalisable⁹⁷.

Lors de la procédure de consultation, il a été soutenu que l'impossibilité de réaliser un actif ne devrait pas faire obstacle à sa qualification d'apport en nature⁹⁸. Les dispositions sur les apports en nature ont pour but d'empêcher que le capital-actions ne soit libéré au moyen de biens qui ne représentent aucun substrat de responsabilité pour les créanciers (libération fictive). C'est sur la base de cette réflexion que la pratique constante et dominante des autorités du registre du commerce exige qu'un bien soit réalisable pour lui reconnaître la qualité d'apport en nature. L'argument selon lequel il est aujourd'hui courant d'évaluer les apports en nature à la valeur d'exploitation et non à la valeur de liquidation n'y change rien.

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

A l'instar de l'art. 70, al. 2, de la loi sur la fusion⁹⁹, 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 loi sur la fusion pour le transfert de patrimoine¹⁰⁰. C'est pourquoi la formulation de l'art. 70, al. 2, LFus est aussi adaptée à celle de l'art. 634, al. 3.

En vertu de l'al. 4, un certain nombre d'indications concernant les apports en nature doivent figurer dans les statuts. L'avant-projet proposait d'y renoncer, mais certaines organisations ont souligné, lors de la procédure de consultation, que la mention de

⁹⁵ von der Crone Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/02, pp. 1 ss, 12.

⁹⁶ Cf. Thalman Paul, Espèces sonnantes et trébuchantes, REPRAX 4/2003, p. 42 ss.

⁹⁷ Cf. Communication de l'Office fédéral du registre du commerce du 15 août 2001 relative aux apports en nature et aux reprises de biens, REPRAX 2/01, pp. 66 ss.

⁹⁸ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 11.

⁹⁹ Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus), RS 221.301.

¹⁰⁰ Au sujet de la réglementation prévue dans la loi sur la fusion, cf. BO 2003 N 242 s.

ces informations dans les statuts facilitait le contrôle de la légitimité d'un apport en nature ou d'une reprise de biens par le préposé au registre du commerce. Le projet maintient donc l'obligation de mentionner ces informations dans les statuts. Les dispositions statutaires correspondantes peuvent toutefois être abrogées après dix ans.

L'al. 5 prescrit, comme c'est déjà le cas aujourd'hui, que l'objet de l'apport en nature et les actions émises en échange doivent être inscrits au registre du commerce.

Art. 634a Reprise de biens

L'al. 1 correspond sur le fond à l'art. 628, al. 2, CO adopté lors de la révision du droit de la Sarl¹⁰¹. Ainsi, lorsque la société reprend des biens ou envisage la reprises de biens d'un actionnaire ou de personnes qui lui sont proches, elle doit – comme c'est déjà le cas aujourd'hui – adapter ses statuts en conséquence et requérir l'inscription de la reprise de biens auprès de l'office du registre du commerce. L'avant-projet proposait de ne plus mentionner les reprises de biens dans les statuts mais compte tenu des réactions négatives reçues à ce sujet, le projet maintient cette obligation (voir aussi les explications relatives à l'art. 634, al. 4).

Le but premier des règles sur la reprise de biens est d'empêcher un détournement des dispositions sur les apports en nature. Mais la publicité des reprises de biens est aussi dans l'intérêt des créanciers: elle les protège en particulier au début de l'activité commerciale de l'entreprise, juste après sa fondation. C'est pourquoi, contrairement à ce que prétendaient certaines organisations consultées, les règles régissant les reprises de biens doivent s'appliquer lors de toute constitution d'entreprise et de toute augmentation du capital, quelles que soient les modalités de la libération du capital-actions. Par ailleurs, contrairement à une décision du Tribunal fédéral¹⁰², il faut reconnaître que le but poursuivi par la société avec un acte juridique particulier est sans intérêt pour la question de sa publication. L'ATF 83 II 289 indique sans équivoque que chaque acquisition de meubles, de matériel de bureau et autres ne constitue pas une reprise de biens pour la société. La reprise de biens vise les affaires de plus grande importance économique. La conclusion de contrats liés au déroulement habituel des affaires de la société ne constitue donc pas une reprise de biens.

Il arrive régulièrement que des entreprises déclarent comme reprise de biens l'acquisition d'actifs qui ne peuvent pas avoir qualité d'apports en nature (p. ex. des noms de domaine sur Internet). Selon la doctrine et la pratique dominantes codifiées à l'art. 634a, al. 2, seules les valeurs patrimoniales qui peuvent avoir qualité d'apport en nature sont susceptibles de faire l'objet d'une reprise de bien¹⁰³. Les actes juridiques dont l'objet ne peut pas avoir qualité d'apport en nature ne doivent donc pas être inscrits comme reprises de biens dans le registre du commerce. Pour répondre malgré tout au souhait des sociétés qui, dans un souci de transparence,

¹⁰¹ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6809 6816), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

¹⁰² ATF 128 III 178 ss.

¹⁰³ Après un examen approfondi, il avait été décidé de ne pas introduire de critères de différenciation entre apport en nature et reprise de biens dans l'avant-projet. Un élargissement de la notion de reprise de biens aurait en effet créé des problèmes de délimitation entre ce qui peut et ne peut pas faire l'objet d'une reprise de biens.

désirent donner une certaine publicité à ce type d'acquisitions, certains offices du registre du commerce inscrivent actuellement ces actes juridiques dans le registre principal, à la rubrique «Observations». C'est à cette fin que l'al. 4 permet à la société d'assurer la publicité d'autres actes juridiques par le biais d'une inscription dans le registre du commerce. Elle n'a toutefois aucune obligation de le faire. De plus, les actes juridiques publiés dans le registre du commerce sur une base volontaire ne doivent pas obligatoirement être mentionnés dans les statuts.

La loi actuelle ne prévoit aucune conséquence juridique en cas de violation des prescriptions sur la publicité des reprises de biens. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les dispositions visées sont des prescriptions de forme. Leur violation entraîne donc la nullité de la reprise de biens avec effet rétroactif. La pratique stricte du Tribunal fédéral est critiquée par une partie de la doctrine. Lors de la procédure de consultation aussi, certaines prises de position ont demandé que la loi prévienne d'autres conséquences juridiques. La violation des règles régissant la reprise de biens doit cependant être sanctionnée de façon appropriée, au risque sinon de voir les entreprises être tentées de ne pas communiquer les reprises de biens. Il n'en serait alors que plus facile de contourner les dispositions légales sur les apports en nature. Dans bien des cas, les dispositions sur la responsabilité des fondateurs de la société et des organes de la société (art. 753 s. CO) pourraient alors ne pas être appliquées, car l'existence des conditions de l'action en dommages-intérêts ne pourrait que difficilement être prouvée. Les créanciers et les investisseurs potentiels ont un intérêt légitime à ce que les reprises de biens fassent l'objet d'une déclaration publique. Par ailleurs, la non-application de dispositions légales impératives doit être sanctionnée. Il est cependant laissé à l'appréciation du Tribunal fédéral de trouver des solutions adéquates, en fonction des circonstances propres à chaque cas. La problématique des conséquences juridiques de la non-observation des obligations de publicité est sensiblement accentuée par le fait que, dans le cadre de la révision du droit de la Sàrl, le champ d'application des dispositions sur la reprise de biens a été limité aux transactions avec les actionnaires et avec les personnes qui leur sont proches¹⁰⁴. C'est dans ce contexte que ces prescriptions légales doivent être appliquées, afin d'éviter des constitutions fictives ou frauduleuses de sociétés.

Art. 634b (nouveau) Libération par compensation

Le droit actuel régit la libération par compensation de façon très lacunaire. Le nouvel art. 634b codifie la pratique actuelle, clarifie quelques points de doctrine qui font l'objet de désaccords et exclut les compensations abusives.

L'al. 1 pose le principe selon lequel il n'est possible de compenser une créance que si la prestation sur laquelle elle porte peut elle-même faire l'objet d'un apport en espèces ou en nature. La compensation ne doit pas servir à éluder les dispositions légales sur les apports en nature. Si la société acquiert une chose qui ne peut pas avoir la qualité d'apport en nature, la créance envers la société qui naît de cet acte

¹⁰⁴ L'expression «personne proche» est déjà utilisée dans plusieurs dispositions du code des obligations. Elle est interprétée uniformément comme désignant toutes les formes de vie commune, les liens de parenté proches et les relations d'amitié intime. Pour juger de la nature d'une relation, il faut évaluer la situation du point de vue d'un tiers neutre, avec son expérience générale de la vie. L'indépendance subjective de la personne n'a aucune pertinence.

juridique ne peut pas être compensée avec une créance en libération du capital de la société.

Une compensation avec des créances portant sur des prestations futures est exclue. En revanche, il est possible de compenser des créances qui ont fait l'objet d'un ajournement.

L'al. 2 régleme la question fort controversée – dans la doctrine comme dans la pratique – de l'admissibilité d'une libération par compensation lors d'une augmentation du capital-actions aux fins d'assainissement. En cas d'assainissement, les actifs de l'entreprise ne couvrent généralement pas intégralement la créance qui doit être compensée par la créance en libération du capital de la société; la valeur de la créance envers la société est donc affaiblie. La compensation entraîne cependant une diminution des dettes financières de la société. Même si cette dernière n'encaisse rien, ses capitaux étrangers se réduisent. La compensation améliore donc le statut des autres créanciers. Le bénéficiaire de la compensation est toutefois avantagé vis-à-vis des autres actionnaires dans la mesure où il libère le prix de ses actions au moyen d'une créance dont la valeur n'est pas pleine au moment de la transaction. Mais étant donné que la conversion de capital étranger en capital propre est censée redresser la situation financière de la société, la compensation ne lèse pas nécessairement les droits et intérêts des autres actionnaires que le législateur doit protéger. Il paraît donc judicieux, d'un point de vue économique, d'autoriser la libération par compensation en cas d'assainissement aussi. Le projet maintient donc la réglementation proposée – malgré des réactions négatives lors de la procédure de consultation¹⁰⁵.

Les dispositions légales applicables en cas de perte de capital et de surendettement demeurent valables lors d'une compensation de créance aux fins d'assainissement. En particulier, une telle transaction n'entraîne aucune restriction en ce qui concerne les avis obligatoires qui incombent au conseil d'administration aux termes des art. 725 ss.

Le régime ordinaire de la compensation (art. 7 CC¹⁰⁶ en relation avec les art. 120 ss CO) s'applique aussi lors d'une libération par compensation. Il existe cependant une exception: il est exclu qu'une créance litigieuse soit apportée en compensation d'une créance en libération du capital-actions, même si les règles générales régissant la compensation l'autorisent. Cela découle des art. 635, ch. 2, et 652e, ch. 3, CO, qui exigent respectivement des fondateurs et du conseil d'administration qu'ils rendent compte dans un rapport de l'existence de la dette et de la réalisation des conditions nécessaires à sa compensation.

Dans le droit actuel, la libération par compensation, contrairement à la libération par apports en nature, ne doit être mentionnée ni dans les statuts ni dans le registre du commerce. Cette incohérence est toutefois sans fondement. Les tiers peuvent certes se rendre à l'office du registre du commerce pour consulter le rapport de fondation ou le rapport sur l'augmentation de capital qui les informe, le cas échéant, d'une libération par compensation. Il n'en reste pas moins que rien ne justifie une réglementation différente pour la publicité des apports en nature et pour la publicité des libérations par compensation. La mention de la compensation de créances *dans les*

¹⁰⁵ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 11.

¹⁰⁶ Code civil (CC), RS 210.

statuts et au registre du commerce correspond à un ancien postulat de la doctrine. Les al. 3 et 4, qui ancrent ce principe dans la loi, améliorent la transparence pour les créanciers et les investisseurs. L'inscription dans les statuts et au registre du commerce n'implique pas un surcroît important de la charge administrative pour 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'observation des nouveaux al. 3 et 4, la libération est frappée de nullité.

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

Art. 634c (nouveau), 634d (nouveau) Libération ultérieure; réduction du montant des apports libérés

L'art. 634c correspond à l'actuel art. 634a CO.

Malgré l'absence de base légale, la pratique admet déjà la réduction du montant des apports effectués, sur la base d'une décision de l'assemblée générale. Si le montant du capital-actions inscrit au registre du commerce reste inchangé mais que le degré de libération des actions diminue, l'entreprise enregistre une sortie de fonds. Dans l'optique de la protection des créanciers, il est donc nécessaire de soumettre cette opération aux mêmes règles de procédure qu'une réduction du montant nominal du capital-actions (art. 653j ss). L'art. 634d, al. 1, indique donc que la réduction du montant des apports effectuée dans ces conditions est admise. L'al. 2 précise que les dispositions relatives à l'apport minimum (art. 632) restent valables en toutes circonstances et que, même après la réduction, les actions doivent encore être libérées à concurrence de 25 % au moins et la valeur totale des apports effectués ne doit pas être inférieure à 50 000 francs.

2.1.3 Avantages particuliers

Art. 636 Avantages particuliers

Les dispositions des anciens art. 628, al. 1, et 641, ch. 6, CO relatifs aux avantages particuliers ont été reformulées dans l'art. 636 du projet. *Le nom* des personnes qui ont bénéficié d'avantages particuliers doit être *mentionné dans les statuts*. Comme cela a été suggéré lors de la procédure de consultation, le contenu des avantages particuliers devra aussi figurer dans les statuts en plus de leur espèce et de leur valeur. Il n'est cependant pas nécessaire d'inscrire le nom des bénéficiaires dans le registre du commerce.

2.1.4 Augmentation ordinaire du capital-actions

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

Lorsque l'assemblée générale statue sur l'augmentation du capital, le nombre d'actions qui seront souscrites est parfois encore incertain. Dans ce cas, l'assemblée générale fixe un montant nominal minimum (en plus du montant maximal) à concurrence duquel des actions doivent être souscrites pour que l'augmentation du capital puisse avoir lieu. Cette *augmentation ordinaire du capital avec un montant minimal et un montant maximal* n'est pas prévue par la loi. Néanmoins, le projet ne propose aucune réglementation dans la mesure où aucun besoin pratique n'a été signalé.

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

Le projet complète la liste des points que la décision de l'assemblée générale doit obligatoirement mentionner, notamment en cas de libération par compensation (al. 2, ch. 6).

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 prolonge à six mois. La décision de l'assemblée générale peut raccourcir ce délai mais pas le prolonger. Il est également précisé que le délai court à compter de la décision de l'assemblée générale. Contrairement à ce que laisse entendre l'actuel al. 3, il suffit, pour que l'exigence du délai soit remplie, 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'ordonnance sur le registre du commerce et si elle est accompagnée des pièces justificatives demandées (art. 931a, al. 3; cf. également art. 15, 20 ss de la nouvelle ORC¹⁰⁷). En revanche, l'inscription de l'augmentation du capital dans le registre du commerce n'est pas pertinente pour déterminer si le délai est respecté, dans la mesure où cet acte dépend de l'office du registre du commerce. Si le délai de réquisition de l'inscription auprès du registre du commerce n'est pas respecté, la décision d'augmentation devient caduque avec effet rétroactif.

Art. 651 et 651a Abrogation

La création d'une marge de fluctuation du capital rend l'augmentation autorisée du capital obsolète et les dispositions correspondantes peuvent donc être abrogées (cf. ci-dessus ch. 1.3.3.1).

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

Le délai prévu à l'art. 652, al. 3, CO pour la perte du caractère obligatoire du bulletin de souscription doit être adapté à la modification de l'art. 650, al. 3, et passe donc aussi de trois à six mois. Le facteur déterminant pour le respect du délai est ici aussi

¹⁰⁷ Version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4851).

la date à laquelle la réquisition d'inscription a été valablement déposée à l'office du registre du commerce (voir le commentaire de l'art. 931a).

Art. 652a, titre marginal,

Prospectus d'émission

al. 1, ch. 1 à 3, et ch. 5, al. 4 (nouveau)

L'al. 1, ch. 5, précise dans quelles conditions un bilan intermédiaire doit être joint au prospectus d'émission.

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 loi sur les placements collectifs¹⁰⁸.

Art. 652b, titre marginal,

Droit de souscription préférentiel

al. 1^{bis}, 4 et 5 (nouveaux)

L'al. 1^{bis} règle la question du droit de souscription préférentiel dans le cadre de la procédure dite de prise ferme. La prise ferme est un contrat passé entre un «preneur ferme» – généralement une banque – et la société, par lequel le premier s'engage à souscrire toutes les actions émises dans le cadre de l'augmentation du capital, puis à les proposer à la vente aux actionnaires ou à des tiers. Le projet dispose que le droit de souscription préférentiel est préservé si les actions sont proposées aux actionnaires proportionnellement à leur participation antérieure et que le contrat de prise ferme est conclu avec un établissement soumis à la loi sur les banques ou avec un négociant en valeurs mobilières soumis à la surveillance de la bourse (cf. art. 10 LBVM et art. 17 OBVM¹⁰⁹), à la condition que la banque ou le négociant ait obtenu l'autorisation d'exercer avant de procéder à la prise ferme. Les banques et les négociants en valeurs mobilières étrangers n'ont pas été inclus car il n'existe aucune garantie qu'ils soient soumis à une surveillance étatique comparable dans le pays où ils ont leur siège. Cette disposition n'envisage pas non plus le cas où la société souscrit les actions elle-même, car cela permettrait de contourner les règles visant à protéger le droit de souscription préférentiel.

Si le preneur ferme n'est ni une banque ni un négociant en valeurs mobilières, les règles prévues en cas de suppression du droit de souscription préférentiel s'appliquent (notamment l'exigence d'une majorité qualifiée au sens de l'art. 704, al. 1, ch. 3). En revanche, le fait que le preneur ferme place les actions lui-même ou par l'intermédiaire d'une autre banque ou d'un autre négociant en valeurs mobilières n'est pas déterminant.

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

¹⁰⁸ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (loi sur les placements collectifs, LPCC), RS **951.31**.

¹⁰⁹ Ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (ordonnance sur les bourses, OBVM), RS **954.11**.

consultation¹¹⁰, il n'est pas nécessaire de frapper de nullité l'attribution d'actions en violation des clauses du contrat (comme le proposait l'avant-projet). Cela aurait d'ailleurs engendré des problèmes liés à la sécurité du négoce d'actions.

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

L'al. 4 concrétise l'interdiction de l'abus de droit et a pour objectif principal de protéger les actionnaires minoritaires. En effet, il n'est pas permis de recourir à l'augmentation du capital pour affaiblir la position de ces actionnaires. Il est par exemple interdit de procéder à une augmentation du capital alors qu'un actionnaire n'est pas en mesure d'exercer son droit de souscription préférentiel en raison de difficultés financières momentanées, si cette augmentation n'est pas nécessaire d'un point de vue économique et qu'elle n'est pas justifiée matériellement. On peut aussi parler d'entrave grave et caractérisée à l'exercice du droit de souscription préférentiel lorsque les modalités de la souscription sont prohibitives pour les actionnaires minoritaires, par exemple la fixation d'un montant nominal ou d'un prix d'émission inhabituellement élevé. Lors de l'appréciation des modalités d'exercice du droit de souscription préférentiel, la question éventuelle de l'abus de droit doit être examinée avant tout dans la perspective du principe de l'égalité de traitement des actionnaires (art. 717, al. 2, CO).

En vertu de l'al. 5, le prix d'émission des nouvelles actions ne doit pas être sensiblement inférieur à leur valeur réelle¹¹¹, à moins que le droit de souscription soit négociable ou que tous les actionnaires aient approuvé le prix d'émission. La finalité de cette règle est de garantir le droit de propriété des actionnaires en excluant qu'une augmentation du capital-actions ne puisse entraîner une dilution de la substance de leurs actions au cas où ils ne pourraient ou ne souhaiteraient pas participer à la transaction. La négociabilité des droits de souscription au sens de cette disposition suppose l'existence d'un marché suffisamment large pour qu'il puisse s'y former un prix correspondant à la valeur réelle des droits. Il ne suffit donc pas que quelques personnes s'offrent pour acquérir les droits de souscription préférentiels à bas prix. Par contre, l'organisation d'une vente aux enchères pourrait être envisagée. L'autorisation de fixer un prix d'émission inférieur avec le consentement de tous les actionnaires a été incluse dans le projet pour tenir compte des besoins des PME.

Si l'assemblée générale définit des modalités d'exercice du droit de souscription ou un prix d'émission de manière abusive, la décision peut faire l'objet d'une action en justice (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. Une telle prérogative aurait conduit à un changement de système dans le droit de la société anonyme. L'action en dommages-intérêts demeure toutefois réservée.

¹¹⁰ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 11 s.

¹¹¹ Le terme de «valeur réelle» est une notion juridique indéterminée qui figure déjà dans le code des obligations et dans la loi sur la fusion (p. ex. art. 670, al. 1, CO, art. 7, al. 2, LFus).

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

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

*Art. 652g, titre marginal, al. 3, et
art. 652h, titre marginal, al. 1 et 2*

Adaptation des statuts; inscription
au registre du commerce; nullité
des actions émises avant l'inscription

Les art. 652g, al. 3, et 652h, al. 2, sont abrogés. A l'avenir, l'ORC réglera de façon uniforme la question des pièces justificatives devant être remises à l'office du registre du commerce (cf. art. 43 s., 46 ss ORC¹¹²).

Le libellé de l'art. 652h, al. 1, a été adapté en raison du remplacement de l'expression «*registre du commerce*» par «*office du registre du commerce*».

2.1.5 Augmentation conditionnelle du capital

La réglementation actuelle sur l'augmentation conditionnelle du capital-actions n'est pratiquement pas modifiée. Seuls quelques ajustements y sont opérés.

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

Augmentation conditionnelle du capital;
décision de l'assemblée générale

L'art. 653, al. 1, désigne désormais les actionnaires et les membres du conseil d'administration comme bénéficiaires possibles de l'augmentation conditionnelle du capital-actions. La pratique actuelle autorise déjà l'émission d'options dites gratuites ou d'actionnaires dans le cadre d'une augmentation conditionnelle. Il est également courant d'attribuer des options aux membres du conseil d'administration dans le cadre de leur rémunération. La législation doit donc être adaptée à ces pratiques. Par ailleurs, le projet établit clairement que le droit d'acquérir de nouvelles actions peut aussi porter sur des actions d'une autre société du groupe (art. 653, al. 1, ch. 1 à 4, en relation avec l'al. 2). Dans ce cas, le droit de souscription prioritaire ou préférentiel des actionnaires de la société qui procède à l'augmentation conditionnelle ne peut pas non plus être limité ou supprimé, sauf si les conditions prévues à l'art. 653c sont remplies.

Il sera aussi possible d'octroyer des options aux créanciers, notamment à des fins d'assainissement de la société, en vertu de l'al. 1, ch. 5. En effet, lorsque des créanciers sont prêts à abandonner une partie de leurs créances dans le cadre d'un assainissement, il est possible de leur remettre des options leur donnant le droit d'acquérir des actions de la société qui doit être assainie. Ce type d'options peut représenter une alternative intéressante à l'émission de bons de jouissance.

Comme pour l'augmentation ordinaire du capital-actions, le conseil d'administration aura désormais 30 jours pour requérir l'inscription de l'augmentation conditionnelle

¹¹² Version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4851).

auprès de l'office du registre du commerce. Cette inscription est une nouveauté introduite à l'al. 3 pour tenir compte du fait qu'une augmentation conditionnelle du capital peut revêtir une certaine importance aux yeux d'investisseurs potentiels et influencer leur décision de placement.

L'al. 653*b*, al. 1, ch. 4, précise que, le cas échéant, la suppression ou la limitation du droit de souscription préférentiel doit figurer dans les statuts.

Art. 653c et 653d, al. 1

Protection des actionnaires

L'art. 653*c*, al. 1, dispose que les règles relatives au droit de souscription préférentiel applicables lors d'une augmentation ordinaire du capital (art. 652*b*) sont également valables 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, pour autant que les actionnaires aient la possibilité d'acquérir les titres correspondants à la bourse à des conditions équitables, ce qui leur permet de sauvegarder leurs intérêts par le biais du marché.

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

Art. 653f, 653g, 653i

Attestation de vérification; adaptation des statuts; épuración

Les art. 653*f* et 653*g* subissent quelques modifications, essentiellement de nature formelle, afin de les rendre plus intelligibles et d'harmoniser la terminologie. L'art. 653*g*, al. 2, indique que la modification des statuts doit être constatée par un acte authentique, établissant ainsi le parallélisme avec la réglementation prévue à l'art. 652*g*, al. 2, CO (augmentation ordinaire).

L'art. 653*i* fixe de nouvelles règles matérielles. Il arrive que les sociétés décident une augmentation conditionnelle du capital et qu'elles ne la réalisent pas ou qu'elles souhaitent 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. 716*a*, 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 conditionnelle du capital sans l'accord de l'assemblée générale. Les nouvelles prescriptions de l'art. 653*i* ne modifient pas ces prémisses.

L'art. 653*i*, al. 1, ch. 3, et al. 2 règle les situations où des droits de conversion ou d'option ont déjà été attribués. La disposition statutaire sur l'augmentation conditionnelle ne peut alors être supprimée que si un expert-réviseur agréé atteste par écrit que tous les ayants droits ont renoncé par écrit à exercer leurs droits. Si une partie des titulaires des droits de conversion ou d'option refuse de renoncer à ses droits, la disposition des statuts ne peut pas être abrogée, mais une modification des statuts reste possible.

Les ayants droits qui renoncent à exercer leurs droits de conversion ou d'option peuvent éventuellement être indemnisés en espèces ou en nature (p. ex. remise d'actions). Dans un souci de transparence, le montant de l'indemnisation devrait être indiqué dans le rapport de gestion. Le projet s'abstient toutefois d'introduire une telle obligation.

L'avant-projet proposait de ne pas faire constater la modification des statuts par un acte authentique, mais cette position a été largement critiquée lors de la procédure de consultation. L'assistance d'un officier public a été jugée utile, voire nécessaire, surtout pour les petites entreprises. L'al. 3, qui reprend l'actuel al. 2, maintient donc l'exigence relative à l'établissement d'un acte authentique.

2.1.6 Réduction ordinaire du capital

Contrairement au dispositif légal prévu pour l'augmentation du capital, la réglementation actuelle sur la réduction du capital-actions est rudimentaire et présente même quelques lacunes et des imprécisions. Elle est aussi problématique sur le plan matériel, par exemple lorsqu'elle prévoit que le rapport de révision doit être établi avant l'appel aux créanciers, puisqu'il n'est alors pas possible de déterminer s'il existe des créances envers la société qui n'apparaissent pas dans les livres. La loi prévoit aussi que deux décisions de l'assemblée générale sont nécessaires, ce qui est souvent difficile à réaliser. Les défauts du droit en vigueur mettent en évidence la nécessité d'un nouveau régime. Dans un esprit de consolidation de la réglementation sur les procédures de modification du capital-actions, les nouvelles règles régissant la réduction de capital sont regroupées dans le même chapitre que les différents types d'augmentation du capital.

En revanche, le projet ne propose pas de règles sur la réduction du capital avec un montant maximal et un montant minimal, dans la mesure où ce type de transaction pourra désormais être réalisé grâce à la marge de fluctuation du capital (cf. art. 653s ss). Cette nouvelle institution juridique permet en effet au conseil d'administration de fixer librement le montant à raison duquel le capital-actions doit être réduit dans les limites de la marge de fluctuation du capital.

Art. 653j (nouveau) Réduction ordinaire du capital-actions; principes

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 transaction.

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

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, c'est-à-dire 100 000 francs (art. 621 CO), que s'il est simultanément augmenté au moins à concurrence de 100 000 francs. Un apport en nature ou une libération par compensation est aussi possible. Dans ce cas, les dispositions relatives à ces deux modes de libération du capital s'appliquent. Contrairement à ce qui est prévu dans le droit actuel, le capital ne doit pas obligatoirement être entièrement libéré après la réduction.

tion. Les règles sur l'apport minimum (art. 632) doivent cependant être respectées en toutes circonstances.

Art. 653k (nouveau) Protection des créanciers

Cette disposition fixe les modalités de l'appel aux créanciers. En vertu de l'al. 1, la société peut procéder à l'appel public avant ou après que l'assemblée générale statue sur la réduction du capital. Cette possibilité assouplit la marge de manœuvre du conseil d'administration dans l'organisation de la transaction. Pour des questions de transparence envers les actionnaires, l'appel aux créanciers et le contrôle de l'expert-réviseur agréé devraient en principe avoir lieu avant l'assemblée générale. De cette manière, l'organe suprême de la société peut être informé des résultats de l'appel public et du contrôle avant de statuer sur la réduction du capital. Cela n'est cependant pas toujours nécessaire d'un point de vue matériel, car dans la plupart des cas, la situation est claire. Il faut donc laisser à la société la possibilité de tenir l'assemblée générale avant (voire pendant) l'appel aux créanciers, ce qui permet d'accélérer la procédure. Il peut cependant être également judicieux d'attendre de connaître la position de l'assemblée générale au sujet de la réduction du capital avant de publier l'appel. En tout état de cause, l'application des dispositions légales sur la protection des créanciers est garantie par l'inscription de la transaction dans le registre du commerce (cf. art. 653o, al. 4 et 5).

L'al. 2 réduit de deux à un mois la durée de 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 est toujours suffisant.

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

Le fait de pouvoir exiger des sûretés ne doit pas permettre aux créanciers d'obtenir un meilleur statut que si la réduction du capital n'avait pas eu lieu. Lorsque la réduction du capital-actions conduit à une diminution des capitaux propres bloqués ou non disponibles, les créanciers ont tout au plus droit à ce que leurs créances soient garanties proportionnellement au montant disponible. Si les créances sont garanties avant l'assemblée générale et que cette dernière refuse la réduction du capital, les sûretés deviennent automatiquement caduques.

Conformément à l'al. 4, la société peut exécuter les créances au lieu de les garantir, à condition que les autres créanciers ne s'en trouvent pas désavantagés (principe d'égalité de traitement des créanciers découlant du droit des poursuites). Il faut toutefois que la créance puisse faire l'objet d'une exécution anticipée (art. 81 CO), autrement dit que la nature de l'acte juridique et la volonté des parties ne s'y oppose pas.

Art. 653l (nouveau), 653m (nouveau) Bilan intermédiaire;
attestation de vérification

L'art. 653l exige – en accord avec la pratique aujourd'hui généralisée – que la société établisse un bilan intermédiaire lorsque le dernier bilan remonte à plus de six mois. Les exigences légales relatives au contenu du bilan intermédiaire correspondent à celles fixées à l'art. 11 LFus. Le besoin de protection qui justifie l'obligation d'établir un bilan intermédiaire étant le même lors d'une réduction du capital-actions que lors de la restructuration d'entités juridiques, il semble judicieux de reprendre ici les dispositions y relatives du droit de la fusion.

L'art. 653m énonce les règles relatives à l'attestation de vérification délivrée par l'expert-réviseur agréé. L'al. 2 exige notamment que l'attestation rende compte obligatoirement du résultat de l'appel aux créanciers, améliorant ainsi la pertinence de ce document par rapport à la situation actuelle.

Dans les sociétés qui n'ont pas d'organe de révision et dans les cas où l'expert-réviseur agréé qui a été mandaté n'est pas l'organe de révision de la société, les personnes mandatées doivent évaluer de quelle manière le bilan qui leur est soumis doit être contrôlé pour qu'ils puissent délivrer l'attestation de vérification requise.

Lorsque l'attestation de vérification est déjà disponible lors de l'assemblée générale, l'al. 3 demande que le conseil d'administration informe les actionnaires avant le vote sur la réduction du capital-actions. Dans ce cas, l'expert-réviseur agréé doit être présent à l'assemblée. Mais tout comme lors de l'approbation des comptes annuels (art. 731, al. 2, CO¹¹³), l'assemblée générale peut renoncer à sa présence.

Art. 653n (nouveau), 653o (nouveau) Décision de l'assemblée générale;
adaptation des statuts

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

L'art. 653o fixe les obligations du conseil d'administration lors de l'exécution de la décision de réduction du capital prise par l'assemblée générale. L'al. 3 fixe un délai de 30 jours pour requérir l'inscription de la modification des statuts au registre du commerce, comme pour l'augmentation ordinaire du capital-actions (voir également le commentaire de l'art. 650).

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

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

¹¹³ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6849), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

2.1.7 Formes particulières de la réduction du capital

Art. 653p (nouveau), 653q (nouveau) Réduction et augmentation simultanées du capital-actions

Le droit en vigueur prévoit déjà cette transaction sur le capital appelée communément «l'accordéon», qui consiste en une réduction du capital suivie immédiatement d'une augmentation du même montant, sans modification du montant libéré. Le projet consacre à cette forme particulière de réduction du capital une disposition distincte, l'art. 653p, mais sans changement matériel essentiel. Il apporte toutefois une nouveauté en rapport avec le degré de libération du capital. Contrairement à ce qui est exigé aujourd'hui, le nouveau capital ne doit pas obligatoirement être libéré dans son intégralité. Il suffit (comme à l'art. 653j, al. 3) que le montant du capital libéré reste identique.

En principe, les dispositions régissant la réduction ordinaire du capital-actions ne s'appliquent pas à «l'accordéon», mais si le nombre d'actions ou leur valeur nominale change, par exemple, les statuts doivent être adaptés en conséquence.

Conformément à l'art. 653q, en cas de réduction du capital à zéro suivie d'une augmentation, il faut détruire les anciennes actions et en émettre de nouvelles. En contrepartie de la destruction de leurs actions, les actionnaires obtiennent un droit de souscription préférentiel qui ne peut leur être retiré. Ces règles figurent déjà dans le nouvel art. 732a CO¹¹⁴. Si la société ne recourt pas à «l'accordéon» aux fins d'assainissement, les actions ne peuvent être détruites qu'avec le consentement de tous les actionnaires concernés. En cas contraire, la transaction relèverait de l'expropriation et contreviendrait donc au principe constitutionnel de protection de la propriété (art. 26 Cst.¹¹⁵). Cette intrusion est toutefois fondée en cas d'assainissement, puisque l'ancienne part du capital-risque est de toute façon perdue et que le droit au dividende et au produit de la liquidation est devenu sans valeur.

Art. 653r (nouveau) Réduction du capital-actions en cas de bilan déficitaire

L'al. 1 reprend, dans une forme légèrement remaniée, la disposition actuelle régissant la réduction du capital destinée à supprimer un bilan déficitaire (art. 735 CO). L'al. 2 précise que les dispositions concernant la réduction ordinaire du capital s'appliquent, sous réserve de dispositions légales contraires.

2.1.8 Marge de fluctuation du capital

Le projet crée une nouvelle institution juridique: la marge de fluctuation du capital a pour objectif d'assouplir les procédures d'augmentation et de réduction du capital-actions. Comme *alternative* à la marge de fluctuation du capital, l'avant-projet avait aussi proposé une réduction conditionnelle du capital-actions. Les participants à la procédure de consultation se sont toutefois prononcés clairement en faveur de la

¹¹⁴ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6809 6845), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

¹¹⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

première option (cf. ci-dessus ch. 1.3.3.1)¹¹⁶. La marge de fluctuation du capital remplace en outre l'augmentation autorisée du capital-actions prévue par le droit en vigueur.

Art. 653s (nouveau), 653t (nouveau)

Autorisation; bases statutaires

Selon l'art. 653s, al. 1, l'assemblée générale peut autoriser le conseil d'administration à augmenter et à réduire le capital-actions à sa guise entre deux valeurs limites. Comme c'est le cas aujourd'hui pour l'augmentation autorisée du capital, la décision de l'assemblée générale doit être prise à la majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 5). L'al. 7 exige aussi qu'elle revête la forme authentique.

Dans sa décision, l'assemblée générale fixe un *capital maximal*, qui est la valeur limite jusqu'à laquelle le conseil d'administration peut augmenter le capital-actions, et un *capital de base* en dessous duquel le capital-actions ne peut être réduit. Le troisième paramètre est le *capital émis*, qui correspond à la notion actuelle de capital-actions et qui reflète le montant actualisé de ce dernier.

Sauf décision contraire de l'assemblée générale, le conseil d'administration peut augmenter et réduire le capital émis à l'intérieur de la fourchette délimitée par le capital maximal et le capital de base. L'al. 1 fixe la durée maximale de l'autorisation à trois ans. L'avant-projet prévoyait une durée de cinq ans, mais plusieurs participants à la consultation ont estimé que ce délai était trop long, en particulier dans l'optique de la protection des créanciers et de la gouvernance¹¹⁷.

Conformément à l'art. 653s, al. 6, la durée de validité de l'autorisation court à partir de la décision de l'assemblée générale. Lorsque l'autorisation arrive à expiration, le conseil d'administration doit, en vertu de l'art. 653t, al. 2, supprimer les dispositions statutaires relatives à la marge de fluctuation du capital, à moins que l'autorisation ne soit prolongée par l'assemblée générale. L'avant-projet proposait de ne pas faire constater cette abrogation par un acte authentique, mais vu les réactions que cela a suscité lors de la procédure de consultation, le projet renonce en définitive à rompre le principe de l'obligation générale de faire constater les modifications statutaires par acte authentique¹¹⁸.

Selon l'art. 653s, al. 2, le capital maximal ne peut être supérieur à une fois et demie le capital-actions inscrit au registre du commerce et le capital de base ne peut être inférieur à la moitié du capital inscrit. Il ne peut toutefois être inférieur au capital minimal de 100 000 francs prescrit par la loi (art. 621 CO).

Dans le cadre de la procédure de consultation, certaines organisations consultées ont dit souhaiter que le plafond du capital maximal soit augmenté et le plancher abaissé. La marge de manœuvre du conseil d'administration s'en trouverait cependant démesurément élargie. C'est pourquoi le projet maintient les limites proposées dans l'avant-projet¹¹⁹, qui permettent tout de même à l'assemblée générale de conférer une autonomie considérable à son conseil d'administration quant à la détermination de la structure du capital.

¹¹⁶ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 8.

¹¹⁷ Ibid., p. 13.

¹¹⁸ Ibid., p. 12.

¹¹⁹ Ibid., p. 13.

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

L'assemblée générale peut déléguer certaines décisions au conseil d'administration, par exemple celles concernant le droit de souscription préférentiel, en vertu de l'art. 653t, al. 1, ch. 7. Mais il y en a d'autres qu'elle doit impérativement prendre elle-même¹²⁰. Il découle ainsi des ch. 1, 2 et 4, que la décision de l'assemblée générale doit obligatoirement mentionner le capital maximal et le capital de base, la durée de validité de l'autorisation ainsi que le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions. D'autres modalités de la transaction ne sont valables que lorsqu'elles sont stipulées dans les statuts, à l'instar des restrictions à la transmissibilité des actions (ch. 6). Selon le ch. 8, l'assemblée générale doit aussi fixer les conditions d'exercice des droits de souscription acquis conventionnellement. Il s'agit là d'une restriction complémentaire applicable à l'acquisition des actions.

L'art. 653s, al. 4, précise que le capital-actions peut aussi être augmenté par le biais d'une augmentation conditionnelle au sein de la marge de fluctuation du capital. Dans ce cas, les dispositions relatives à la marge de fluctuation du capital et celles relatives à l'augmentation conditionnelle du capital s'appliquent cumulativement, la règle la plus stricte étant toujours prépondérante. La décision de procéder à une augmentation conditionnelle du capital doit être prise par l'assemblée générale. Elle ne peut être déléguée au conseil d'administration.

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

Art. 653u (nouveau), Augmentation et réduction du capital-actions
653v (nouveau) dans les limites de la marge de fluctuation du capital

L'art. 653u, al. 1, pose le principe selon lequel le conseil d'administration peut augmenter et réduire le capital à sa guise, dans les limites de l'autorisation de l'assemblée générale. Par exemple, si le capital maximal a été fixé à 600 000 francs et le capital de base à 200 000 francs, et que le capital inscrit est de 400 000 francs au moment de la création de la marge de fluctuation du capital, le conseil d'administration peut augmenter le capital-actions à 500 000 francs pour commencer, puis le réduire à 200 000 francs pour l'augmenter à nouveau à 600 000 francs plus tard.

¹²⁰ Ce système des compétences de décisions inaliénables et intransmissibles de l'assemblée générale existe aujourd'hui déjà dans le régime de l'augmentation autorisée du capital (art. 651 CO).

L'al. 2 exige que le conseil d'administration fasse les constatations nécessaires et adapte les statuts en conséquence lors de chaque augmentation et de chaque réduction du capital-actions, et qu'il édicte les dispositions requises qui ne sont pas contenues dans la décision de l'assemblée générale instituant la marge de fluctuation du capital. L'al. 3 précise encore qu'après chaque modification du capital, le conseil d'administration dispose de 30 jours pour en requérir valablement l'inscription au registre du commerce (art. 653u, al. 3, en relation avec l'art. 931a). Il s'agit donc d'une prescription d'ordre.

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

Il faut encore relever qu'après chaque modification du capital, l'al. 3 exige l'inscription au registre du commerce du nouveau montant du capital-actions (*capital émis*). Cette mesure, qui a pour but d'accroître la transparence et la sécurité juridique, ne génère qu'un faible surcroît de travail.

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

Art. 653w (nouveau) Protection des créanciers

L'appel aux créanciers ne doit pas être publié à chaque fois que le conseil d'administration décide de réduire le capital. Le système de la marge de fluctuation du capital instaure en effet une protection des créanciers anticipée, en ce sens que l'appel public doit avoir lieu avant la décision de l'assemblée générale instituant une marge de fluctuation du capital, comme le prévoit l'al. 1, ch. 1. L'al. 1, ch. 2, fixe la même règle pour l'établissement de l'attestation de vérification par un expert-réviseur agréé (cf. art. 653m s.). Ici, l'attestation se limite à constater que le capital-actions reste couvert après la réduction du capital au niveau du capital de base. Toute autre affirmation concernant les futures réductions du capital – éventuelles – dans les limites de la marge de fluctuation du capital est exclue par la force des choses. L'inscription de la marge de fluctuation du capital au registre du commerce permet toutefois aux créanciers de savoir que le capital-actions peut être réduit jusqu'au capital de base indiqué.

La société n'est pas obligée de procéder à l'appel aux créanciers ni de se faire délivrer une attestation de vérification lorsque la marge de fluctuation du capital est instituée lors de la constitution de la société (al. 2) ou lorsque le capital de base n'est pas inférieur au capital-actions inscrit au registre du commerce (phrase introductive de l'al. 1).

La condition préalable à toute réduction du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation du capital est, comme l'exige l'al. 4, 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 société anonyme (cf. art. 754 CO). Selon les circonstances, et pour diminuer le risque, il peut procéder à un appel aux créanciers mais il n'y est pas tenu.

Plusieurs participants à la procédure de consultation se sont déclarés réticents à cet assouplissement des dispositions sur la protection des créanciers lors d'une réduction du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation du capital¹²¹. L'une des caractéristiques essentielles de la marge de fluctuation est que le capital de base qui doit être inscrit au registre du commerce revêt la même fonction de valeur limite que le capital inscrit dans le droit en vigueur. Pour les créanciers, le chiffre de référence est donc le capital de base, qui ne peut être abaissé que dans le cadre d'une procédure de réduction ordinaire du capital-actions. La protection des créanciers semble donc garantie (voir également art. 653x). De ce fait, le projet en reste à la proposition initiale, mais il limite cependant la durée maximale de l'autorisation à trois ans (cf. ci-dessus art. 653s, al. 1).

L'avant-projet prévoyait à l'art. 653w que, sous certaines conditions, le conseil d'administration pouvait émettre des actions avant l'inscription du nouveau capital-actions au registre du commerce. La problématique liée à une émission anticipée des actions a été évoquée lors de la procédure de consultation, notamment les cas où l'inscription d'une augmentation du capital-actions est reportée¹²². De plus, cette réglementation n'aurait été applicable qu'aux sociétés anonymes non cotées en raison des dispositions du droit boursier applicables en la matière (art. 52, ch. 6, du Règlement de cotation de la SWX). Le projet renonce donc à cette exception.

Art. 653x (nouveau), Attestation de vérification;
653y (nouveau) indications dans l'annexe aux comptes annuels

L'art. 653x, al. 1, oblige 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 au cours des douze derniers mois (cf. art. 653m pour la réduction ordinaire du capital). L'expert-réviseur agréé doit attester que les capitaux étrangers restent entièrement couverts suite à la réduction du capital. Selon l'al. 2, l'attestation de vérification doit être déposée au registre du commerce après la fin de l'exercice.

L'art. 653y exige que le contenu de l'attestation de vérification soit reproduit dans l'annexe aux comptes annuels. Le conseil d'administration doit aussi commenter toutes les augmentations et les réductions du capital-actions. Une information correcte des actionnaires est ainsi garantie.

¹²¹ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 13.

¹²² Ibid.

2.1.9

Bons de participation

Art. 656a, al. 4 (nouveau), 656b

Bons de participation; capital-participation et capital-actions

L'art. 656b, al. 1, abolit la limitation du montant du capital-participation au double du capital-actions lorsque les bons de participation de la société sont cotés en bourse. De la sorte, les sociétés concernées peuvent fixer le montant de leur capital-participation quel que soit celui du capital-actions, ce qui leur confère une plus grande liberté dans la définition de la structure de leur capital. Cette réglementation ne semble pas poser de problème dans la mesure où le participant qui n'est pas satisfait de la gestion de l'entreprise peut aliéner ses bons de participation à la bourse. D'une certaine manière, cette possibilité permanente de se défaire des bons de participation compense l'absence de droits sociaux. En revanche, selon les circonstances, la vente de bons de participation non cotés peut s'avérer difficile voire pratiquement impossible. Dans ce cas, l'absence de droits sociaux peut se révéler problématique pour la protection juridique de la propriété. La limitation actuelle du montant du capital-participation fixée à l'art. 656b, al. 1, CO, est donc maintenue pour les bons de participation qui ne sont pas cotés en bourse, afin de garantir une certaine proportionnalité entre le capital-risque jouissant de droits sociaux et celui qui en est dépourvu.

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, le capital-participation n'est plus ajouté au capital-actions pour calculer le seuil maximal de rachat de ses propres actions par la société, 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. De la sorte, elle n'aurait plus qu'un seul actionnaire qui pourrait contrôler l'entreprise grâce à une minuscule participation financière (art. 659, al. 1), dénaturant ainsi la société anonyme¹²³.

La distinction entre actionnaires d'une part et participants d'autre part est également valable en vue de l'institution d'un contrôle spécial (art. 697b). L'inconvénient est que les personnes qui participent au capital de l'entreprise avec des statuts différents ne peuvent plus se regrouper pour demander l'institution d'un contrôle spécial. Le calcul séparé des seuils garantit cependant aux actionnaires de pouvoir exiger un contrôle spécial même si le capital-actions est relativement limité par rapport au capital-participation. Par ailleurs, le droit de demander l'institution d'un examen spécial et l'introduction d'une action en dissolution (art. 656c, al. 3) 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 encourrent le même risque économique que les actionnaires. La loi doit donc garantir une protection minimale de leur droit de propriété.

¹²³ L'actuel al. 2 de l'art. 656b est repris tel quel.

Art. 656c, al. 3, 656d,
titre marginal et al. 2

Situation juridique des participants; informations sur
les décisions de l'assemblée générale

Les modifications de l'art. 656c, al. 3, sont purement formelles (remplacement de l'expression «*contrôle spécial*» par «*examen spécial*»¹²⁴).

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

2.1.10 Acquisition par la société de ses propres actions

Art. 659, 659a Limitations; conséquences de l'acquisition

L'art. 659 régleme l'acquisition, par la société, de ses propres actions. Comme le prévoit le droit actuel, la société peut normalement acquérir ses propres actions à concurrence d'un montant maximum représentant 10 % du capital-actions. La limite spéciale de 20 % prévue par le droit actuel pour l'acquisition en rapport avec une clause de restriction à la transmissibilité est élargie à l'action en dissolution (art. 736, al. 1, ch. 4). Le but de cette libéralisation est qu'en cas d'action en dissolution, la société puisse recourir dans une plus large mesure à l'alternative que représente le rachat de ses propres actions. Cela facilite aussi la sortie des actionnaires minoritaires dans les sociétés anonymes privées.

L'acquisition de propres actions partiellement libérées est exclue sur le plan juridique, puisque la société ne peut acquérir ses propres créances en libération d'actions.

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

Selon l'art. 659a, al. 1, le droit de vote lié aux propres actions est suspendu¹²⁵. Par conséquent, le conseil d'administration ne peut exercer les droits de vote de ces actions. L'al. 2, précise que cette règle s'applique aussi lorsque les propres actions sont aliénées dans le cadre d'un prêt de titres, d'une pension de titres ou d'un acte juridique comparable. Cette disposition englobe tous les actes juridiques portant sur les propres actions de la société qui, d'un point de vue économique, peuvent être considérés comme des prêts (voir également l'art. 12 de l'ordonnance de la CFB sur les bourses¹²⁶). Pour des questions de sécurité juridique et de praticabilité, les motivations qui fondent la transaction sont sans objet (cf. ci-dessus ch. 1.3.2.3).

¹²⁴ En ce qui concerne le droit des participants de requérir l'institution d'un examen spécial, cf. art. 697a ss.

¹²⁵ L'art. 659a, al. 1, a dû être reformulé pour des questions de technique législative, mais rien ne change sur le plan matériel.

¹²⁶ Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 25 juin 1997 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (ordonnance de la CFB sur les bourses, OBVM-CFB), RS 954.193.

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

La tenue de la comptabilité et la présentation des comptes (art. 662 ss. CO) sont désormais réglés de façon totalement nouvelle aux art. 957 ss (cf. ci-dessous ch. 2.2). Les art. 662 à 670 peuvent donc être abrogés.

2.1.12 Réserves

Art. 670 Abrogation

Pour équilibrer un bilan déficitaire, le droit actuel permet de réévaluer les immeubles et les participations dont la valeur réelle dépasse le prix d'acquisition ou le coût de revient. La société doit faire apparaître le montant de la réévaluation séparément, au passif du bilan, comme réserve de réévaluation (art. 671*b* CO).

Si des immeubles ou des participations ne sont pas nécessaires à la poursuite de l'exploitation, ils peuvent être aliénés, ce qui permet d'en réaliser la valeur et de générer un flux de trésorerie pour la société. La réglementation légale actuelle sert donc simplement à concrétiser une chose qui, la plupart du temps, est déjà connue, à savoir que l'aliénation des immeubles et des participations permettrait de dégager une plus-value sur la valeur comptable.

Lorsque les immeubles ou les participations sont nécessaires à la poursuite de l'exploitation, leur réévaluation peut rééquilibrer le bilan déficitaire d'un point de vue comptable, mais cela ne génère aucun flux de trésorerie pour la société. Si l'entreprise ne peut se passer des immeubles ou des participations réévalués pour exercer son activité et que ceux-ci ne peuvent donc pas être aliénés, elle ne peut tirer aucun profit de la réévaluation. De nouveaux actifs «comptables» sont créés à l'actif du bilan et, dans la logique de la comptabilité double, des fonds propres de même ampleur sont inscrits au passif. La réévaluation d'un actif au bilan n'est donc pas une mesure appropriée pour équilibrer un bilan déficitaire et, partant, pour améliorer efficacement l'assise de l'entreprise car il ne s'agit pas d'un véritable assainissement. Il convient donc de renoncer à la possibilité de réévaluer ces actifs. Par conséquent, les art. 670 et 671*b* CO doivent être abrogés.

La suppression de l'art. 670 CO n'exclut pas la dissolution d'amortissements ou de corrections de valeur antérieurs, pour autant que les règles de présentation (cf. art. 960*a*, al. 5) soient respectées.

Art. 671 Réserve légale issue du capital

Dans les sociétés de capitaux, les comptes font notamment apparaître les bénéfices éventuels ainsi que la part des bénéfices qui a été distribuée aux associés¹²⁷. Parallèlement à la réforme du droit comptable, il convient donc aussi de modifier les règles applicables à la constitution des réserves.

¹²⁷ Cette réglementation s'applique aussi par renvoi aux autres sociétés de capitaux, à savoir à l'art. 764, al. 2, CO pour la société en commandite par actions et à l'art. 801 CO pour la Sarl, dans la version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6828), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

Il faut tout d'abord relever que les réserves ne représentent pas une valeur réelle ou une source de financement permettant de réaliser des investissements, mais de valeurs purement comptables.

Dans le nouveau régime sur la constitution des réserves, les questions de l'affectation des réserves et de leur origine sont fondamentales. Le projet s'appuie sur les propositions formulées dans l'avant-projet pour une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA)¹²⁸ L'objectif des modifications est de simplifier le droit actuel et de l'adapter aux usages internationaux. Il est notamment prévu de distinguer entre les réserves issues du capital et celles issues du bénéfice (cf. art. 959a, al. 2, ch. 3, let. b à d).

La réserve légale issue du capital représente des fonds qui ont été versés par les bailleurs de capitaux propres. 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, pour autant qu'aucune moins-value n'ait été réalisée sur les nouvelles actions émises (gain issu de la déchéance des actions).

En vertu du ch. 3, les apports et les versements supplémentaires effectués par les titulaires de titres de participation doivent désormais aussi être affectés à la réserve légale issue du capital. Cette proposition doit être mise en parallèle avec la réforme de l'imposition des entreprises II, notamment avec la modification prévue de l'art. 20, al. 3, LIFD¹²⁹. En cas de remboursement, ces prestations ainsi que les primes d'émission prévues au ch. 1 doivent refluer vers le patrimoine privé des actionnaires et, à l'instar des remboursements du capital-actions, être traitées comme un remboursement de la valeur nominale du capital, ce qui signifie qu'elles doivent aussi être exonérées d'impôts (selon le principe dit de l'apport en capital). A cette fin, les primes d'émission, les apports et les versements supplémentaires doivent toutefois 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 proviennent pas des secteurs opérationnels de l'entreprise. Son inconvénient est que l'affectation de cette réserve est très limitée (cf. al. 2).

Le ch. 4 dispose qu'un bénéfice comptable résultant de la réduction du capital-actions doit également être attribué à la réserve légale issue du capital, pour autant qu'il ne soit pas absorbé par l'amortissement d'actifs douteux ou par la constitution de provisions sur de tels actifs.

Selon l'al. 2, la réserve légale issue du capital ne peut être affectée qu'à la couverture de pertes (ch. 1), à des mesures permettant à l'entreprise de poursuivre ses activités malgré la mauvaise marche des affaires (ch. 2) ainsi qu'à la lutte contre le chômage et à l'atténuation de ses conséquences (ch. 3).

¹²⁸ Avant-projets et rapport explicatif pour une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) et pour une ordonnance sur l'agrément des contrôleurs des comptes (OACC) du 29 juin 1998.

¹²⁹ Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD), RS **642.11**, art. 20, al. 3, dans la version de la loi fédérale 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), FF **2007** 2185 2187.

La controverse de la doctrine autour de l'admissibilité de la distribution des primes d'émission est ainsi tranchée par la négative dans le droit positif. Contrairement à la réglementation actuelle, qui est contraire à l'esprit du système, le projet ne permet plus d'affecter des primes d'émission à des amortissements ou à des buts de prévoyance, afin de ne pas fausser les résultats.

Art. 671a Abrogation

Selon le droit en vigueur, les propres actions constituent un élément du patrimoine. La société doit donc porter ces titres à l'actif du bilan et constituer une réserve pour propres actions au passif, à hauteur de leur valeur d'acquisition, ce qui met en évidence la diminution du substrat de responsabilité induite par cet achat. Cette présentation dans une réserve distincte est toutefois trompeuse, car le flux de trésorerie à charge de la société figure encore entièrement dans le bilan.

L'usage international qui s'impose reflète mieux le résultat économique de l'acquisition par la société de ses propres actions, puisque le prix d'achat de ces titres est entièrement comptabilisé à charge des capitaux propres.

La raison est que les propres actions ne sont pas un actif au même titre que des créances ou des marchandises, qui peuvent être réalisées dans le cours normal des affaires. Le même raisonnement s'applique aussi aux actions cotées en bourse. La pratique actuelle alourdit inutilement le bilan et de ce fait, certains indicateurs clés comme le ratio des fonds propres ne reflètent plus la réalité économique de l'entreprise. Enfin, lorsqu'il existe une valeur de marché, la réglementation actuelle oblige la société à adapter continuellement la valorisation des postes en question.

Selon la réglementation prévue par le projet, les capitaux propres sont présentés en valeur brute (cf. art. 959a, al. 2, ch. 3, let. e). Le capital-actions apparaît intégralement (non réduit) au passif du bilan, comme c'est déjà le cas actuellement. Mais le projet veut que les propres actions soient portées en déduction des capitaux propres, à la valeur d'acquisition (prix d'achat), jusqu'à leur aliénation.

L'actuelle réserve pour propres actions ne fait donc plus l'objet d'une réserve distincte est elle est agrégée à d'autres postes qui sont portés en déduction des capitaux propres. Cette représentation illustre le résultat économique de l'opération de manière plus transparente. En effet, jusqu'à ce que la société revende les propres actions, les fonds utilisés pour les acquérir ne sont plus disponibles, ni pour des distributions aux actionnaires, ni comme substrat de responsabilité pour les créanciers.

Cette présentation brute, accompagnée d'informations appropriées dans l'annexe (cf. art. 959c, al. 2, ch. 4 et 5), fournit aussi tous les éléments requis aux termes du droit fiscal (comme dans le droit actuel).

Art. 671b Abrogation

Nous renvoyons le lecteur au commentaire de l'art. 670 CO ci-dessus.

Art. 672 Réserve légale issue du bénéfice

Les réserves issues du bénéfice englobent toutes les réserves constituées avec les bénéfices non distribués. Conceptuellement, elles se composent d'une réserve légale (art. 672) et de réserves facultatives (art. 673).

En vertu de l'art. 672, al. 1, la société doit affecter 5 % du bénéfice de l'exercice (cf. art. 959*b*, al. 2, ch. 10, et al. 3, ch. 7) à la réserve légale issue du bénéfice. Un éventuel report de pertes doit être couvert avant l'affectation à la réserve.

L'al. 2 prescrit que cette réserve doit être alimentée jusqu'à ce qu'elle atteigne 50 % du capital-actions inscrit au registre du commerce. C'est donc le capital émis et non plus le degré de libération des actions qui est pris comme référence (cf. art. 671, al. 1, CO). Par ailleurs, 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. Ces nouvelles règles se traduisent donc par une simplification du processus de constitution des réserves.

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 (cf. art. 656*b*, al. 3, ch. 1). Il reste bien sûr possible d'augmenter le montant maximal de cette réserve de même que la part du bénéfice de l'exercice qui doit y être affectée, soit par le biais des statuts soit au moyen d'une décision de l'assemblée générale, puisque cela a pour effet de restreindre les possibilités de distribution des produits réalisés. En revanche il n'est pas possible d'abaisser ces seuils.

Les sociétés dont le but principal est de prendre des participations dans d'autres entreprises (holdings) ne doivent alimenter la réserve légale issue du bénéfice que jusqu'à hauteur de 20 % du capital-actions inscrit. Le droit en vigueur prévoit déjà des allègements pour ce type de sociétés (art. 671, al. 4, CO). Le projet ne fait que les adapter à la nouvelle systématique de la loi.

Compte tenu du renvoi à l'art. 671, al. 2, prévu à l'al. 3, la réserve légale issue du bénéfice ne peut, elle aussi, être affectée qu'à la couverture de pertes, qu'à des mesures permettant à l'entreprise de poursuivre ses activités malgré la mauvaise marche des affaires et qu'à la lutte contre le chômage et à l'atténuation de ses conséquences.

Conformément à l'al. 4, le dividende ne peut être fixé qu'après l'affectation obligatoire à la réserve légale issue du bénéfice.

L'exception prévue par le droit actuel pour les entreprises de transport concessionnaires (art. 671, al. 5, CO) est supprimée puisque, aujourd'hui déjà, les dispositions de la législation spéciale priment cette réserve du droit des obligations (voir également art. 975, al. 3).

Art. 673 Réserves facultatives issues du bénéfice

Selon l'al. 1, l'assemblée générale peut prévoir une disposition statutaire sur la constitution de réserves facultatives supplémentaires issues du bénéfice ou prendre une décision portant constitution de telles réserves.

En vertu de l'al. 2, des réserves facultatives ne peuvent en outre être constituées que si cela se justifie pour assurer durablement la prospérité de l'entreprise, compte tenu des intérêts de tous les actionnaires. Dans une perspective de protection des intérêts minoritaires, la société ne peut donc pas constituer des réserves supplémentaires de façon discrétionnaire. Elle ne serait par exemple pas autorisée à constituer des réserves affectées à un but étranger à l'activité de l'entreprise, ou pour «affamer» les actionnaires minoritaires, ou encore pour maintenir abusivement le cours de l'action à un bas niveau au moyen de faibles distributions de dividendes. A cet égard, la

constitution de réserves destinées à «lisser» le montant du dividende distribué est également contraire à l'esprit de cette disposition car la constitution et la dissolution de ces réserves, exercice après exercice, trompent en quelque sorte les actionnaires – les propriétaires de la société – sur la marche réelle des affaires, et cela peut déboucher sur des mesures de redressement trop tardives.

A l'instar du droit actuel (art. 674, al. 2, ch. 1, CO), le projet permet aussi de constituer des réserves à des fins de remplacement, puisque celles-ci servent à assurer durablement la prospérité de l'entreprise. Il n'est donc pas nécessaire d'évoquer cet aspect explicitement dans la loi.

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 (cf. ci-dessous art. 674). 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.

Enfin, l'al. 4, dispose que le dividende ne peut être fixé qu'après l'affectation aux réserves facultatives issues du bénéfice.

Les articles 673 et 674, al. 3, CO, relatifs à la constitution de réserves à des fins de prévoyance en faveur des travailleurs sont abrogées, puisqu'en vertu de l'art. 331, al. 1, CO, les prestations de cette nature doivent être transférées à d'autres entités juridiques (p. ex. fondation de prévoyance en faveur du personnel).

Art. 674 Compensation des pertes

Selon l'al. 1, les pertes doivent être compensées avec, dans l'ordre suivant, le bénéfice reporté (ch. 1), les réserves facultatives issues du bénéfice (ch. 2), la réserve légale issue du bénéfice (ch. 3) et la réserve légale issue du capital (ch. 4).

Conformément à l'al. 2, il est possible de reporter des pertes résiduelles partiellement ou intégralement à compte nouveau au lieu de les compenser avec la réserve légale issue du bénéfice ou avec la réserve légale issue du capital.

2.1.13 Dividendes intermédiaires

Art. 675a (nouveau)

Dans la pratique, on relève une nécessité de plus en plus pressante de pouvoir verser des dividendes intermédiaires (appelés aussi dividendes intérimaires ou acomptes sur dividendes). Le projet crée donc une base légale claire à ce sujet: il faut d'abord, comme l'exige l'al. 1, ch. 1, que les statuts prévoient explicitement la possibilité de verser un dividende intermédiaire, et qu'ensuite, conformément au ch. 2, l'assemblée générale puisse statuer sur la base d'un bilan intermédiaire qui ne date pas de plus de six mois (cf. art. 698, al. 2, ch. 5).

La réglementation légale des dividendes intermédiaires n'exclut pas que plusieurs distributions aient lieu sur la base du dernier bilan annuel. En pareil cas, il ne s'agit pas de dividendes intermédiaires, mais d'une distribution de dividendes de l'année précédente.

On relèvera simplement que l'établissement d'un bilan intermédiaire nécessite dans tous les cas la préparation d'un compte de résultat, au moins sommaire. Une annexe est également nécessaire si les informations qu'elle contient peuvent avoir des répercussions essentielles sur l'appréciation du bilan. L'al. 2 exige encore que le bilan intermédiaire soit aussi vérifié avant la décision de l'assemblée générale si la société est soumise à un contrôle obligatoire des comptes.

L'al. 3 précise enfin que la distribution du dividende intermédiaire est régie par les mêmes règles que la distribution du dividende annuel.

2.1.14 Restitution de prestations perçues indûment

Art. 678 Restitution de prestations; en général

Les actionnaires, les membres du conseil d'administration et les personnes qui leur sont proches sont tenues de restituer les prestations qu'ils ont perçues indûment. Les prestations indues doivent être restituées à la société, mais l'action appartient aussi aux actionnaires. Cette réglementation vise un cas particulier d'enrichissement illégitime.

Le régime actuel de l'action en restitution n'a pas donné satisfaction dans la pratique¹³⁰. Le projet propose donc une amélioration de l'art. 678.

Il est capital, dans l'optique de la gouvernance, que la société puisse se prévaloir d'une réglementation efficace pour obtenir la restitution des prestations perçues indûment. En effet, le droit à restitution est un élément du contrôle interne dont la fonction est de garantir les droits de propriété des personnes qui ont une participation dans l'entreprise. Il vise en particulier à protéger les actionnaires minoritaires contre le versement de prestations injustifiées à des actionnaires majoritaires qui siègent au conseil d'administration. Indirectement, cette réglementation protège aussi les intérêts des créanciers.

L'al. 1 élargit tout d'abord le cercle des personnes visées par l'action en restitution aux membres de la direction. Tous les membres de la haute direction de l'entreprise – conseil d'administration et direction – sont ainsi soumis aux mêmes règles en matière de restitution de prestations indues. Par «direction» il faut comprendre l'organe supérieur de la direction opérationnelle qui se situe à l'échelon directement subordonné au conseil d'administration. Les personnes proches des actionnaires, des membres du conseil d'administration et de la direction sont aussi visés par cette disposition et ont donc les mêmes obligations qu'elles¹³¹.

L'une des conditions posées par le droit actuel est la mauvaise foi du bénéficiaire des prestations indues (art. 678, al. 1, CO). Cette exigence doit être abandonnée dans la mesure où la mauvaise foi est subjective et qu'elle ne peut pratiquement jamais être prouvée. Pour que l'action en restitution ne soit pas systématiquement vouée à l'échec, il ne faut donc pas qu'elle dépende de la bonne ou de la mauvaise foi du bénéficiaire. D'ailleurs, dans l'optique de la protection du droit de propriété des

¹³⁰ Böckli Peter, Huguenin Claire et Dessemontet François, *Le Gouvernement d'entreprise, Rapport du Groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme*, Lausanne 2004, pp. 157 ss, 209 ss.

¹³¹ Concernant la notion de «personnes proches», voir le commentaire de l'art. 634a.

actionnaires, aucune raison ne justifie une dérogation aux règles générales régissant l'enrichissement illégitime, qui veulent que celui qui s'est enrichi aux dépens d'autrui sans cause légitime soit tenue à restitution, même s'il a reçu la prestation en bonne foi (art. 62, al. 1, CO). Pour tenir compte des réserves émises lors de la procédure de consultation¹³², l'al. 3 prévoit néanmoins que le bénéficiaire de bonne foi ne doit restituer les prestations que s'il est encore enrichi au moment de la répétition, autrement dit de l'action en restitution. Cette réserve est aussi prévue à l'art. 64 CO auquel l'al. 3 renvoie.

Le droit actuel exige en outre la restitution de la prestation *indue* à la condition que celle-ci soit manifestement disproportionnée par rapport à la contre-prestation fournie et à la situation économique de l'entreprise (art. 678, al. 2, CO). Une disproportion *manifeste* entre la prestation et la contre-prestation est une exigence fondée, car tant que la formation du prix est conforme aux règles du marché, le juge n'a pas à procéder à d'autres vérifications. Lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre prestation et contre-prestation, il est nécessaire de protéger le droit de propriété de la société. Un examen par le juge ne devrait toutefois être possible que si les prestations perçues sont également en disproportion manifeste avec les résultats de la société. Le droit actuel se base sur la situation économique globale de la société. Cela va cependant trop loin, étant donné notamment que les réserves de la société sont incluses dans l'appréciation. La prise en considération des résultats de la société apparaît plus juste. L'avant-projet prévoyait de renoncer complètement à ce critère. Certains participants à la procédure de consultation ont dit craindre que la demande en restitution sous cette forme ne puisse être utilisée afin d'obtenir un contrôle judiciaire de l'adéquation des rémunérations¹³³.

L'avant-projet voulait aussi élargir le droit d'introduire l'action en restitution aux créanciers et prolonger le délai de prescription à 10 ans, mais les réactions ayant été négatives¹³⁴, les al. 4 et 5 du projet s'en tiennent finalement aux dispositions du droit en vigueur.

2.1.15 Versements des actionnaires

Art. 680

Compte tenu du rôle central de cette disposition, son contenu nécessite une clarification. L'al. 1 énonce ainsi le principe selon lequel la société ne peut imposer d'obligations aux actionnaires sans base légale. Il s'agit en quelque sorte de la *Magna Carta* du droit de la société anonyme¹³⁵. L'al. 2 explicite un aspect de ce principe, à savoir l'obligation des actionnaires de libérer les apports (cf. art. 680, al. 1, CO). L'actuel al. 2 est transféré sans changement à l'al. 3.

¹³² Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 15

¹³³ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 15

¹³⁴ *Ibid.*, p. 15 s.

¹³⁵ Wieland Alfred, Haben statutarische Vorkaufsrechte an Aktien obligatorische oder aktienrechtliche (dingliche) Wirkung?, SAG 27, 1954/55, p. 154.

2.1.16

Restrictions à la transmissibilité des actions nominatives cotées en bourse

Art. 685d, al. 2 Conditions de refus

Les sociétés doivent avoir la possibilité de se prémunir contre 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'art. 685d, al. 2, prévoit que la société peut refuser l'exercice du droit de vote à un acquéreur d'actions nominatives cotées (cf. art. 685f, al. 2, CO) lorsque ces titres font l'objet de restrictions à la transmissibilité et que l'acquéreur refuse de déclarer qu'il ne les a pas acquises dans le cadre d'un prêt de titres. Le régime est ainsi le même que pour les acquéreurs d'actions à titre fiduciaire. La disposition est en outre adaptée à la formulation de l'art. 685d, al. 1, 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 titres de participation ont été acquis dans le cadre d'un prêt de titres ou d'une transaction comparable. Il semble préférable de laisser aux sociétés la possibilité de déterminer elles-mêmes dans quelle mesure elles veulent permettre l'exercice des droits de vote des actions acquises de cette manière. Il convient donc de laisser les sociétés cotées en bourse décider si elles veulent appliquer cette nouvelle restriction à la transmissibilité ou non. 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, le droit de vote de ces actions doit impérativement être suspendu.

Hormis la radiation de l'inscription dans le registre des actions (art. 686a CO), le projet ne prévoit ici aucune sanction explicite lorsque l'acquéreur fait une fausse déclaration. Si celui-ci est inscrit sur la base de fausses informations et qu'il prend part à l'assemblée générale, les décisions de cet organe sont en principe valables. Offrir la possibilité d'attaquer les décisions en justice comme à l'art. 659a, al. 3, ne paraît pas justifié dans le cas d'espèce dans la mesure où l'entreprise n'a ici aucune coresponsabilité à endosser pour le comportement abusif de l'acquéreur, ce qui n'est pas le cas lorsque le droit de vote des propres actions prêtées par la société est exercé.

2.1.17

Représentation à l'assemblée générale

Le projet veut réformer le régime de représentation des actionnaires à l'assemblée générale. La distinction actuelle entre la représentation volontaire (ou civile) et la représentation dite institutionnelle est maintenue.

Dans la *représentation volontaire*, l'actionnaire mandate un particulier pour le représenter à l'assemblée générale. Les règles générales régissant le mandat sont alors applicables (art. 394 ss CO). Au contraire, la *représentation institutionnelle des droits de vote* est une forme particulière de représentation de l'actionnaire lors de l'assemblée générale. Dans ce cas, des règles propres au droit de la société anonyme viennent se superposer à celles du mandat. Le droit actuel connaît trois formes de représentation institutionnelle: la représentation par un membre d'un organe, par le dépositaire ou par un et le représentant indépendant (art. 689c ss CO).

Le régime actuel de la représentation de l'actionnaire ne donne pas entièrement satisfaction du point de vue de la gouvernance. C'est vrai pour la représentation institutionnelle dans les sociétés ouvertes au public, mais c'est aussi le cas dans les sociétés privées.

Art. 689, al. 2, 689a, al. 1^{bis} (nouveau) et al. 3 (nouveau), et 689b, al. 2 Participation à l'assemblée générale; principe; légitimation à l'égard de la société

L'art. 689, al. 2, énonce le principe selon lequel l'actionnaire participe personnellement à l'assemblée générale mais peut aussi s'y faire représenter.

Selon le nouvel art. 689a, al. 1^{bis}, le conseil d'administration peut accepter une procuration électronique au lieu d'un pouvoir de représentation écrit, à condition qu'elle soit pourvue d'une signature électronique qualifiée (art. 14, al. 2^{bis}, CO)¹³⁶. En application de l'art. 691, al. 3, CO, les décisions de l'assemblée générale peuvent être annulées si elles ont été prises avec le concours de représentants dont la procuration ne satisfait pas aux exigences de la loi.

Pour tenir compte des besoins des petites sociétés, le projet n'oblige pas le conseil d'administration à accepter les procurations électroniques. En ce sens, l'art. 689a, al. 1^{bis}, représente une *lex specialis* dérogeant aux règles générales prévues à l'art. 14, al. 2^{bis}, CO. Mais par ailleurs, les actionnaires ne peuvent pas être contraints de faire établir une procuration électronique et doivent avoir la possibilité de remettre une procuration sur support papier pourvue d'une signature manuscrite (art. 14, al. 1, CO).

Le nouvel al. 3 reprend l'actuel art. 689b, al. 2, CO, qui peut donc être abrogé.

Art. 689c Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse

L'art. 689c définit le régime de la représentation institutionnelle de l'actionnaire dans les sociétés cotées en bourse. L'al. 1 en relation avec l'al. 5 abolit de fait la possibilité de se faire représenter par un membre d'un organe ou par le dépositaire (pour les raisons de cette abolition, cf. ci-dessus ch. 1.3.2.3) puisqu'il ne prévoit plus qu'une seule forme de représentation institutionnelle: le représentant indépendant. L'al. 5 souligne d'ailleurs explicitement l'illicéité des autres formes de représentation.

L'al. 1 oblige par ailleurs les sociétés ouvertes au public à désigner un représentant indépendant pour chaque assemblée générale. L'indépendance étant une condition essentielle à l'établissement de la confiance des actionnaires, il ne suffit pas qu'elle soit subjective (car les tiers ne peuvent alors pas le vérifier); l'indépendance doit être objective¹³⁷.

¹³⁶ En relation avec les art. 2 et 7 de la loi du 19 décembre 2003 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (loi sur la signature électronique, SCSE), RS **943.03**.

¹³⁷ Voir également les explications concernant l'indépendance de l'organe de révision dans le 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 3774 s.).

La société peut aussi faire élire le représentant indépendant par l'assemblée générale elle-même. Dans ce cas, l'élection doit se faire par avance, pour l'assemblée générale suivante.

Selon l'al. 2, il est illicite d'établir un pouvoir permanent en faveur du représentant indépendant. Cette règle a pour but d'empêcher que la représentation ne soit un acte automatique et qu'elle ne corresponde pas à la volonté clairement exprimée de l'actionnaire de se faire représenter à une assemblée générale en particulier. En revanche, le régime de la représentation volontaire permet d'établir un pouvoir permanent en faveur d'une personne. Ici, cette possibilité est même judiciaire (p. ex. la représentation permanente de la mère par sa fille).

Afin que la volonté réelle des actionnaires s'exprime avec le moins de distorsions possibles dans le processus de formation de la volonté de la société, l'al. 3 précise que le représentant indépendant doit s'abstenir de voter lorsqu'il n'a pas reçu d'instructions de vote concrètes de la part du représenté portant sur des propositions inscrites à l'ordre du jour. Dans le système actuel, lorsqu'il ne reçoit pas d'instructions spécifiques le représentant institutionnel exerce généralement le droit de vote dans le sens des propositions du conseil d'administration, ce qui ne reflète pas obligatoirement la volonté de l'actionnaire représenté.

Pour tenir compte de la nouvelle règle fixée à l'al. 3, l'art. 703 doit aussi être modifié. L'assemblée générale doit désormais prendre ses décisions à la majorité absolue des votes *exprimés*, les abstentions ne comptant pas comme tels. Ainsi, les abstentions n'influencent plus l'issue du vote, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Il serait problématique que le représentant indépendant doive s'abstenir de voter de manière générale lorsqu'il n'a reçu aucune instruction, notamment si des propositions non inscrites à l'ordre du jour sont formulées au cours de l'assemblée générale. Une obligation de ne pas voter en pareil cas aurait pour conséquence que des propositions pourraient être intentionnellement formulées uniquement lors de l'assemblée générale, dans le but de modifier les rapports de force. L'al. 4 prévoit donc que lorsque des propositions non inscrites à l'ordre du jour sont soumises au vote, le représentant indépendant fait usage du droit de vote en suivant les recommandations du conseil d'administration. L'actionnaire a toutefois la possibilité de donner d'autres instructions au représentant indépendant. La notion de proposition non inscrite à l'ordre du jour couvre toutes les propositions qui ne sont pas mentionnées dans la convocation à l'assemblée générale.

Lors de la procédure de consultation, les propositions formulées dans l'avant-projet ont soulevé des objections. Les milieux économiques, en particulier, ont exprimé leur opposition à l'abolition de la représentation par un membre d'un organe et au nouveau régime des instructions de vote¹³⁸, arguant entre autres que cela donnerait un trop grand poids aux groupes d'actionnaires critiques, au détriment de la majorité silencieuse des actionnaires satisfaits.

Ces arguments ne sont cependant pas convaincants. Aujourd'hui déjà, de nombreuses sociétés cotées en bourse encartent dans la convocation à l'assemblée générale des formulaires de procuration à établir en faveur du représentant indépendant. Souvent, ces formulaires sont conçus de telle sorte que le mandant doit uniquement

¹³⁸ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 16 s.

cocher une case pour indiquer que son vote doit être exercé dans le sens des propositions du conseil d'administration (l'instruction de vote peut d'ailleurs être formulée de manière à inclure aussi les propositions qui n'étaient pas inscrites à l'ordre du jour; cf. al. 4). Cela montre que le nouveau régime de représentation de l'actionnaire peut être mise en œuvre assez simplement, pour autant qu'on le veuille bien. La règle spéciale de l'al. 4 tient ainsi compte d'un intérêt légitime.

Pour sauvegarder le lien de confiance entre l'actionnaire et le représentant institutionnel, il paraît judicieux que la procuration et les instructions de vote soient adressés directement au représentant et non à la société, qui les transmettrait ensuite à ce dernier.

On relèvera enfin qu'il n'est pas permis de contourner l'abolition de la représentation par un membre d'un organe ou par le dépositaire au moyen d'une représentation volontaire. La représentation des déposants par la banque sur la base d'une procuration permanente et sans instructions concrètes contreviendrait par exemple à l'al. 2.

Art. 689d Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse

Selon l'al. 1, les sociétés anonymes privées peuvent toujours prévoir dans leurs statuts que l'actionnaire ne peut être représenté que par un autre actionnaire de la société. Cette réglementation sert à concrétiser les restrictions statutaires: elle permet d'exclure la prise d'influence de personnes à qui, en vertu des statuts, les actions ne peuvent être cédées.

Si la société recourt à cette possibilité, elle est toutefois tenue, en vertu de l'al. 2, 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 en toutes circonstances. Cette règle est particulièrement importante pour les sociétés qui ont très peu d'actionnaires car à défaut, les actionnaires pourraient se voir contraints de se faire représenter par des personnes qui ne partagent pas leur avis.

Selon l'al. 3, l'actionnaire qui entend exiger la désignation d'un représentant indépendant doit en faire la demande à la société au plus tard quatorze jours avant l'assemblée générale. Ce délai tient compte du fait que la convocation doit être communiquée au plus tard 20 jours avant l'assemblée générale (art. 700, al. 1), mais il va de soi que la requête visée aux al. 2 et 3 peut aussi être déposée avant la convocation à l'assemblée générale. De son côté, et conformément à l'al. 4, la société doit communiquer le nom du représentant indépendant par écrit et à tous les actionnaires au plus tard huit jours avant l'assemblée. Ces délais sont serrés, mais c'est la seule façon d'éviter un report de l'assemblée générale. D'un autre côté, ils sont suffisants dans la mesure où les décisions à prendre sont simples.

De plus, si elle le souhaite, la société peut déjà désigner un représentant indépendant dans la convocation à l'assemblée. Elle peut aussi s'abstenir de désigner un représentant indépendant et accepter, en application de l'al. 5, que le requérant se fasse représenter par le tiers de son choix. Il pourrait ainsi arriver qu'un actionnaire communique à la société être empêché de participer à l'assemblée générale et vouloir s'y faire représenter par une personne que les statuts n'autorisent pas à avoir qualité de représentant parce qu'elle n'est pas actionnaire (cf. al. 1). Si la société y consent (ce qui devrait généralement être le cas), elle peut tout simplement s'abstenir de désigner un représentant indépendant (cf. al. 5). La simplicité relative de cette réglemen-

tation est ainsi garante d'une solution praticable pour toutes les sociétés, même les plus petites.

Contrairement aux actionnaires dont les actions sont cotées en bourse, les actionnaires des sociétés privées peuvent établir une procuration permanente en faveur du représentant indépendant. Cet allègement a notamment pour objectif de réduire la charge administrative pour les PME (voir le commentaire de l'art. 689c, al. 2, concernant les sociétés dont les actions sont cotées en bourse).

Art. 689e, al. 1, première phrase, et al. 2, première phrase Communication

Les règles régissant la communication des informations sur la représentation institutionnelle lors de l'assemblée générale doivent être modifiées en fonction du nouveau régime institué aux art. 689c et 689d.

2.1.18 Droit de vote à l'assemblée générale

Art. 692, al. 3, et 693, al. 3, ch. 1 à 4, et ch. 5 (nouveau) Actions à droit de vote privilégié

En vertu de l'art. 692, al. 1 et 2, CO, les actionnaires exercent leur droit de vote à l'assemblée générale proportionnellement à la fraction du capital-actions nominal que représentent leurs actions, chaque action donnant droit à une voix au moins. Une exception est prévue en cas de réduction de la valeur nominale des actions dans le cadre d'un assainissement. L'al. 3 prévoit en effet que l'assemblée générale peut alors décider de maintenir le droit de vote proportionnellement à la valeur nominale d'origine. Dans les faits, il s'agit d'une forme particulière d'action à droit de vote privilégié «improprement dite» (cf. art. 693 CO).

Ce privilège accordé aux anciens actionnaires n'est cependant pas sans poser des problèmes. D'abord, parce que dans les petites sociétés anonymes ceux-ci font généralement partie de la direction et portent donc en partie la responsabilité des difficultés économiques de l'entreprise qui ont rendu l'assainissement nécessaire. 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.

Le projet veut abolir ce privilège qui pose problème sur le plan matériel et qui est contraire à l'esprit du droit de la société anonyme. Il abroge donc l'art. 692, al. 3, CO. Il reste néanmoins possible, dans le cadre d'une réduction de la valeur nominale des actions aux fins d'assainissement, de convertir les anciens titres en actions à droit de vote privilégié au sens de l'art. 693 CO. La valeur nominale des actions nouvelles ne doit cependant pas être plus de dix fois supérieure à celle des actions à droit de vote privilégié (art. 693, al. 2, CO). Cette solution préserve mieux les intérêts des parties en présence que la disposition d'exception actuelle. L'abrogation de cette disposition paraît également justifiée dans la perspective de l'extinction des droits des actionnaires lors d'une réduction du capital à zéro, tel que le prévoit l'art. 653q. Cette abrogation a été critiquée par un seul participant à la procédure de consultation.

Les modifications prévues à l'art. 693, al. 3, ch. 1 à 4, sont de nature terminologique et rédactionnelle. Seul le nouveau ch. 5 fixe de nouvelles règles matérielles. Pour requérir l'ouverture d'une action en restitution de prestations (art. 678), l'attribution du droit de vote doit aussi se baser exclusivement sur la valeur nominale des actions. 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 de l'institution d'un examen spécial (art. 697a CO).

2.1.19 Communication du rapport de gestion

Art. 696, al. 3

Cette disposition précise que les actionnaires peuvent se faire délivrer *gratuitement* les rapports de gestion et de révision. L'avant-projet voulait aussi que l'office du registre du commerce publie le rapport de gestion des sociétés ouvertes au public sous forme électronique (art. 958d, al. 2, AP CO), mais les réactions ayant été majoritairement négatives¹³⁹, le projet renonce à cette forme de publication.

2.1.20 Droit de demander des renseignements et de consulter certains documents

Le droit de demander des renseignements et le droit de consulter certains documents ont pour objet l'acquisition d'informations par les actionnaires. Ce sont donc des droits fondamentaux dans la perspective de la sauvegarde des intérêts des propriétaires de la société. Le droit en vigueur présente quelques lacunes et ne satisfait pas en tous points aux exigences de la gouvernance.

Art. 697, titre marginal, al. 2 à 4 Renseignements

L'avant-projet prévoyait d'introduire le droit, pour les actionnaires, d'obtenir des renseignements par écrit en tout temps (art. 697, al. 1, AP CO). Cette innovation a été critiquée par une partie des participants à la procédure de consultation, qui ont dit craindre un surcroît important de travail administratif, surtout dans les sociétés ouvertes au public¹⁴⁰. Le projet s'abstient donc d'imposer aux sociétés cotées en bourse le droit de demander des renseignements par écrit. Les règles de publicité de la bourse garantissent de toute manière une information suffisante des actionnaires de ces sociétés.

Dans les sociétés anonymes privées, l'accès aux informations se présente de manière bien différente. Les actionnaires minoritaires en particulier n'ont actuellement aucun moyen suffisant pour se procurer les informations nécessaires en cours d'exercice. La plupart des sociétés anonymes privées n'ayant qu'un nombre limité d'actionnaires, le surcroît de travail administratif occasionné par l'introduction d'un droit d'information permanent devrait donc être contenu. La possibilité d'obtenir des

¹³⁹ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 26.

¹⁴⁰ Ibid., p. 18 s.

informations par écrit devrait en outre décharger l'assemblée générale d'un certain nombre de demandes de renseignements. Un droit permanent de demander des renseignements par écrit tel que le prévoit l'al. 2 semble donc approprié pour les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse. En revanche, les *questions à l'organe de révision* ne peuvent toujours être posées que lors de l'assemblée générale. Etant donné que, par nature, ces questions portent sur la vérification des comptes en fin d'exercice, la question orale lors de l'assemblée générale apparaît comme la forme la plus appropriée.

L'al. 3 pose les mêmes conditions pour l'obtention de renseignements par écrit dans les sociétés anonymes privées (al. 2) et pour l'obtention de renseignements lors de l'assemblée générale (art. 697, al. 1, CO). L'entreprise peut ainsi refuser de fournir des renseignements uniquement si ceux-ci ne sont pas nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire ou s'ils compromettent le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux prépondérants (p. ex. protection de la personnalité des travailleurs, protection des données). La notion d'intérêt «prépondérant» signifie que l'intérêt de l'entreprise ne peut justifier le refus de fournir des renseignements que si, dans la pesée des intérêts, il est plus lourd que l'intérêt de l'actionnaire à connaître les faits demandés. Le conseil d'administration n'a donc pas un pouvoir discrétionnaire pour fournir ou refuser les renseignements demandés. Si les conditions posées à l'exercice du droit de demander des renseignements sont remplies et qu'il n'existe aucun motif permettant de refuser la requête, les renseignements doivent impérativement être fournis.

Selon la dernière phrase de l'al. 3, le refus de fournir des renseignements doit toujours être motivé par écrit, que la question ait été formulée par écrit ou par oral. Si la question a été posée lors de l'assemblée générale, la société doit aussi donner ses motifs par écrit dans un courrier adressé ultérieurement au requérant. De plus, tout actionnaire peut exiger que ces motifs lui soient remis et ouvrir une procédure judiciaire contre le refus de fournir des renseignements (art. 697^{ter}).

Selon l'al. 2, dans les sociétés anonymes privées le conseil d'administration dispose de 90 jours à compter de la réception de la demande pour y répondre par écrit. Pour garantir l'égalité de traitement des actionnaires en matière d'information (art. 717, al. 2, CO), tous les renseignements fournis par écrit doivent pouvoir être consultés par les actionnaires lors de l'assemblée générale suivante ou être publiés immédiatement sous forme électronique. Lors de la publication, la demande de renseignements peut être rendue anonyme.

Art. 697^{bis} (nouveau) Consultation

Le droit de consulter certains documents est maintenu en l'état dans le nouvel art. 697^{bis}, al. 1 (actuellement art. 697, al. 3, CO): les livres et la correspondance ne peuvent être consultés qu'avec le consentement de l'assemblée générale ou du conseil d'administration. Selon l'al. 2, la société peut refuser d'accorder ce droit pour les mêmes raisons qu'elle peut refuser de fournir des renseignements (cf. art. 697, al. 3). Cette disposition énonce désormais explicitement que la consultation doit aussi être refusée lorsque des intérêts sociaux prépondérants s'y opposent (jusqu'à présent, la loi ne mentionnait que le secret des affaires). Cette précision n'apporte cependant pas d'élément nouveau sur le fond. Dans sa décision sur l'octroi du droit de consultation, le conseil d'administration est lié par son devoir de fidélité

envers la société (art. 717, al. 1, CO) et il doit dès lors refuser la consultation si celle-ci compromet des intérêts prépondérants de la société.

Comme pour le droit de demander des renseignements, le conseil d'administration doit motiver par écrit le refus d'une demande de consultation. Il doit aussi le faire lorsque le droit de consultation a été refusé par l'assemblée générale.

L'al. 3 introduit une nouveauté: il précise que tout actionnaire d'une société mère peut consulter les livres et la correspondance des sociétés membre de son groupe aux mêmes conditions que celles énoncées à l'al. 2, codifiant ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral qui reconnaît déjà le droit de consultation des actionnaires au sein d'un groupe de sociétés. L'appartenance à un groupe de sociétés se détermine en vertu de l'art. 963.

Art. 697^{ter} (nouveau) Refus de la demande de renseignements ou de consultation

Comme le prévoit déjà le droit en vigueur (art. 697, al. 4, CO), tout actionnaire peut en appeler au juge lorsque la demande de renseignements ou de consultation est refusée¹⁴¹. Il s'agit d'une plainte *indépendante* qui peut être dirigée aussi bien contre la décision de l'assemblée générale que contre celle du conseil d'administration¹⁴².

2.1.21 Publicité des indemnités de la haute direction et des participations

Art. 697^{quater}, 697^{quinquies} et 697^{sexties} (nouveaux) Informations particulières

L'art. 697^{quater} reprend globalement l'actuel art. 663^{bis} CO¹⁴³ (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007; cf. ci-dessus 1.3.2.1). Il régleme la publicité des indemnités versées aux membres de la haute direction (conseil d'administration et direction) dans les sociétés cotées en bourse. Comme le nouveau droit comptable (art. 957 ss) remplace les dispositions du droit de la société anonyme régissant la tenue de la comptabilité et l'établissement des comptes (art. 662 à 670 CO; cf. ci-dessus ch. 1.3.5.2) cette disposition doit être déplacée. Une harmonisation terminologique est également nécessaire.

L'al. 1, ch. 2, connaît en outre une petite modification: pour améliorer la transparence, les sociétés dont les actions sont cotées en bourse sont tenues d'indiquer la durée des contrats qui prévoient ces indemnités (contrats de travail et mandats en particulier).

¹⁴¹ Le nouveau code de procédure civile suisse, qui est actuellement examiné par le Parlement, règle la question de la répartition des frais (art. 102 ss P CPC); voir également le message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841 6907 ss.

¹⁴² Contrairement à l'action en annulation «normale» concernant les décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO), celle-ci ne doit pas être introduite dans un délai imparti. L'actionnaire doit toutefois agir en temps utile, dans l'intérêt de la sauvegarde de ses droits. Il en va de même pour l'action dirigée contre la décision du conseil d'administration.

¹⁴³ 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; BO 2005 N 106, BO 2005 E 538; FF 2005 5593.

L'art. 697^{quinquies} est nouveau. Il crée, pour les actionnaires des *sociétés anonymes privées*, un droit de demander des renseignements au sujet des indemnités versées au conseil d'administration et à la direction. Les indemnités visées sont celles énoncées à l'art. 697^{quater}. Pour protéger correctement le droit de propriété des actionnaires, il est aussi important d'accroître la transparence des indemnités dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse. De plus, la gouvernance a tout à gagner à ce que les règles du jeu soient franches et claires (cf. ch. 1.3.2.1).

Le conseil d'administration peut déterminer librement la forme sous laquelle il fournit ces renseignements (oralement, par courrier, etc.). Il dispose de 45 jours à compter de la réception de la requête pour y répondre. Pour aller au-devant d'éventuelles requêtes, il peut aussi communiquer spontanément le montant des indemnités aux actionnaires par le biais du rapport de gestion.

Lors de la procédure de consultation, cette proposition a été majoritairement approuvée¹⁴⁴. Seules quelques voix se sont élevées pour dire que cette réglementation pourrait entraîner des litiges, en particulier dans les entreprises familiales. Les actionnaires minoritaires des sociétés anonymes privées, justement, ont pourtant un intérêt majeur et légitime à connaître le montant des indemnités versées à la direction de l'entreprise. Si la société distribue un tout petit dividende et que, parallèlement, des indemnités importantes sont accordées aux dirigeants, il est juste que celle-ci donne des explications aux actionnaires qui en font la demande. Il en va de la protection du droit de propriété de toutes les personnes qui ont un intérêt dans la société.

Le seuil de l'obligation de déclarer prévu à l'article 20 de la loi sur les bourses va passer de 5 % à 3 % au 1er décembre 2007¹⁴⁵. L'obligation de mentionner les actionnaires importants dans l'annexe au bilan, qui figure à l'art. 697^{sexies}, al. 2, est adaptée à ce nouveau seuil. Une modification terminologique est en outre introduite.

2.1.22 Examen spécial

Le projet remplace tout d'abord l'expression «contrôle spécial» par «examen spécial» pour mieux faire ressortir la nature de cette institution juridique et éviter une confusion avec l'activité de l'organe de révision.

Art. 697a, al. 2 Droit à l'institution d'un examen spécial; avec l'accord de l'assemblée générale

Les modifications sont de nature terminologique.

¹⁴⁴ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 18.

¹⁴⁵ Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, modification du 22 juin 2007, FF 2007 4303, RS 954.1.

Art. 697b En cas de refus de l'assemblée générale

En pratique, les seuils fixés pour l'institution d'un examen spécial se sont avérés trop élevés et le «contrôle spécial» est pratiquement resté lettre morte (cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1). Pour améliorer la gouvernance, le projet redéfinit ces exigences¹⁴⁶. Lorsque l'assemblée générale refuse la demande d'instituer un examen spécial, les actionnaires intéressés peuvent se regrouper pour adresser une requête au tribunal. Il faut alors que leur participation atteigne (individuellement ou collectivement) l'un des trois seuils légaux fixés à l'al. 1. Les valeurs définies au ch. 1 pour les sociétés ouvertes au public sont les suivantes:

- 0,5 % du capital-actions ou des voix; ou
- des actions pour une valeur nominale de 1 million de francs au moins.

Pour les sociétés anonymes privées, les seuils sont définis au ch. 2 et sont les suivants:

- 5 % du capital-actions ou des voix; ou
- des actions pour une valeur nominale de 250 000 francs au moins.

L'abaissement de ces seuils améliore les chances des personnes ayant une participation financière dans la société de pouvoir exercer leur droit de requérir l'institution d'un examen spécial. Les raisons justifiant la fixation de seuils différenciés ont déjà été développées au ch. 1.3.2.1.

L'alternative consistant à se référer à la valeur nominale des actions détenues a pour but de garantir la protection des actionnaires dans les sociétés ayant un capital-actions relativement élevé. Quant à la règle qui se réfère à la totalité des voix, elle n'a d'importance que dans les entreprises qui ont des actions à droit de vote privilégié. Elle améliore en effet le statut des propriétaires de ces titres sans désavantager les titulaires d'actions ordinaires.

L'al. 2 énonce clairement au ch. 1 que l'examen spécial dont l'institution est demandée peut porter sur toute question qui a fait l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation. Selon le ch. 2, l'examen spécial peut aussi porter sur une question qui a été soulevée durant les débats de l'assemblée générale concernant la proposition d'instituer un examen spécial, pour autant que celle-ci puisse faire l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation.

Conformément à l'al. 3, le tribunal doit ordonner l'examen spécial lorsque les requérants rendent *vraisemblable* que des fondateurs ou des organes ont enfreint la loi ou les statuts, et que cette violation peut porter préjudice à la société ou aux actionnaires. *De simples allégations sont donc insuffisantes*; il faut établir de manière suffisamment convaincante que les conditions exigées sont remplies. Contrairement au droit actuel, le projet exige non pas que les requérants rendent vraisemblable l'existence d'un préjudice, mais uniquement que la violation de la loi ou des statuts soit de nature à causer un préjudice. En effet, pourquoi devraient-ils attendre que le préjudice soit avéré avant de demander l'institution de l'examen spécial s'il apparaît que des organes de la société ont enfreint la loi ou les statuts et que cela pourrait causer un préjudice?

¹⁴⁶ Böckli Peter, Huguenin Claire et Dessemontet François, Le Gouvernement d'entreprise, Rapport du Groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme, Lausanne 2004, pp. 220 ss.

Pour que le juge puisse ordonner l'examen spécial dans des délais appropriés, le projet du code de procédure civile suisse prévoit que le tribunal statue sur ce type d'affaire en procédure sommaire (art. 276, let. c, ch. 8, P CPC)¹⁴⁷. Les cantons devront ainsi désigner une instance cantonale unique chargée de l'examen de ces requêtes. Ce resserrement de la voie judiciaire tient compte du fait que l'examen spécial peut être une étape préalable à l'introduction d'une action en responsabilité ou d'une autre action par les actionnaires. De plus, l'examen spécial doit avoir lieu rapidement afin d'empêcher que le préjudice ne se réalise ou ne s'aggrave. Une longue procédure irait ainsi à l'encontre du but de cette institution juridique.

Art. 697c, 697d, titre marginal et al. 2 à 4, 697e, 697g Procédure judiciaire; déroulement de l'examen spécial; rapport; coûts de l'examen spécial

La réglementation relative à la procédure judiciaire d'institution de l'examen spécial prévue à l'art. 697c reste pratiquement inchangée. Les modifications prévues sont essentiellement d'ordre rédactionnel et terminologique.

Les dispositions de l'art. 697d sur le déroulement de l'examen spécial et de l'art. 697e sur le rapport des experts ne connaissent aucun changement sur le fond. Toutes les modifications sont de nature terminologique ou sont dictées par la technique législative. Il va sans dire que le juge peut désigner une ou plusieurs personnes en qualité d'expert.

Les règles actuelles sur la répartition des frais de l'examen spécial énoncées à l'art. 697g ne connaissent aucun changement fondamental mais elles sont simplifiées¹⁴⁸. En principe il incombe à la société de supporter les frais de l'examen spécial, y compris une éventuelle avance de frais. Il en va ainsi, que l'examen spécial ait été décidé par l'assemblée générale ou ordonné par le juge, sous réserve de l'*abus de droit*, auquel cas les frais sont mis à la charge du requérant. Etant donné que l'institution d'un examen spécial par le juge est soumise à des conditions très strictes, les cas d'abus de droit dans le domaine de l'examen spécial devraient rester épisodiques.

2.1.23 Publication des comptes annuels et des comptes consolidés

Art. 697h Abrogé

Cette disposition est abrogée dans le contexte de la réforme du droit comptable (cf. ci-dessous ch. 2.2).

¹⁴⁷ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF **2006** 6841.

¹⁴⁸ A l'instar de la disposition actuelle, le nouvel art. 697g ne porte que sur les coûts de l'examen spécial à proprement parler. Les coûts de la procédure judiciaire qui aboutit à l'institution de l'examen spécial n'en font pas partie. Actuellement, la question des frais et dépens est réglée dans la procédure civile cantonale, mais à l'avenir, elle le sera par les art. 102 ss P CPC (message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF **2006** 6841).

2.1.24 Droits intransmissibles de l'assemblée générale

Art. 698, al. 2, ch. 3, et ch. 5 à 7 (nouveau) Ses pouvoirs

La modification du ch. 3 est de nature purement terminologique (en allemand «*Lagebericht*» remplace «*Jahresbericht*» et en français «*comptes consolidés*» remplace «*comptes de groupe*»).

Le nouveau ch. 5 précise que le versement d'un dividende intermédiaire (art. 675a) doit être approuvé par l'assemblée générale. Le ch. 6 correspond à l'ancien ch. 5, tandis que le ch. 7 correspond à l'ancien ch. 6.

2.1.25 Convocation de l'assemblée générale et ordre du jour

S'agissant du cercle des personnes qui doivent être convoquées à l'assemblée générale, il y a lieu de noter que tout délai de refus de reconnaître un actionnaire en vue de l'assemblée générale figurant dans les statuts de la société doit être appliqué de manière à ne pas entraver de manière inutile les droits de participer à l'assemblée générale et de porter des objets à son ordre du jour. Contrairement à une nouvelle directive européenne¹⁴⁹, le projet renonce à introduire une réglementation explicite dans la loi, étant donné que l'art. 685g CO contient déjà une limitation de ce délai de refus. Selon cet article, si la société ne refuse pas la reconnaissance de l'acquéreur dans les 20 jours, celui-ci est réputé reconnu comme actionnaire¹⁵⁰.

Art. 699, al. 3 et 4, et al. 5 et 6 (nouveaux) Convocation et déroulement de l'assemblée générale; convocation

Comme pour l'institution d'un examen spécial (art. 697b, al. 1, ch. 1 s.) les seuils requis pour demander la convocation de l'assemblée générale sont abaissés (cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1). Cet assouplissement a pour but d'améliorer le statut juridique des actionnaires, dans l'intérêt d'une meilleure gouvernance. Dans les grandes sociétés, l'organisation d'une assemblée générale entraîne toutefois des coûts importants. De plus, contrairement au droit de requérir l'institution d'un examen spécial, le droit de requérir la convocation de l'assemblée générale n'est lié à aucune autre condition matérielle. Le seuil d'exercice de ce droit ne doit donc pas être fixé trop bas.

L'al. 3, ch. 1, let. a, fixe ainsi la valeur limite à 2,5 % du capital-actions ou des voix 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 ou des voix, en vertu du ch. 2, let. a. Cette valeur plus élevée se justifie en considération de la situation des PME.

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 garantir la protection des propriétaires d'actions à droit de vote privilégié. Les mêmes seuils de participation sont

¹⁴⁹ Art. 7 al. 3 de la directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires des sociétés cotées.

¹⁵⁰ Voir Hanspeter Kläy, *Die Vinkulierung*, Basel 1997, p. 368 ss.

requis pour la part au capital-actions et pour le pourcentage de voix ; ils sont de 2,5 % dans les sociétés aux actions cotées en bourse et de 10 % dans les sociétés aux actions non cotées en bourse.

Un seuil calculé sur la base de la valeur nominale des actions détenues est proposé pour les sociétés dont le capital-actions est relativement élevé, que leurs actions soient cotées en bourse ou non. Cette alternative a pour but de protéger les investissements d'une certaine importance qui n'atteignent cependant pas les seuils de participation. La valeur limite prévue est de un million de francs (al. 3, ch. 1, let. b, si les actions sont cotées en bourse, et ch. 2, let. b, si elles ne le sont pas).

L'al. 4 reprend la dernière phrase de l'actuel al. 3 avec de légères adaptations rédactionnelles.

L'al. 5 fixe désormais un délai de 60 jours au conseil d'administration pour convoquer une assemblée générale extraordinaire. La réglementation actuelle, qui exige que le conseil d'administration donne suite à la requête dans un délai convenable, n'est pas suffisamment concrète pour donner de la substance au droit de requérir la convocation de l'assemblée générale. Le délai fixé court à compter de la réception de la requête par la société et il s'éteint avec l'envoi 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 projet de code de procédure civile suisse prévoit, comme pour l'institution d'un examen spécial, que le tribunal statue en procédure sommaire (art. 246, let. c, ch. 9, P CPC¹⁵¹) afin que l'assemblée générale puisse avoir lieu dans un délai raisonnable.

Selon le nouveau droit de la révision, les actionnaires minoritaires d'une société qui a renoncé au contrôle (*opting out*) peuvent exiger un contrôle restreint au plus tard dix jours avant l'assemblée générale (art. 727a, al. 4, CO¹⁵²). Dans ce cas, un organe de révision doit être élu lors de l'assemblée générale ordinaire (à moins que la société n'ait déjà désigné un organe de révision préventivement en prévision de tels cas). L'al. 6 exige qu'une assemblée générale supplémentaire soit alors convoquée dans les trois mois suivant l'assemblée générale ordinaire pour y approuver le rapport de gestion.

Art. 699a (nouveau) Ordre du jour et propositions

Les seuils fixés pour pouvoir requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour sont considérablement abaissés. Ils sont même fixés beaucoup plus bas que pour la convocation d'une assemblée générale ou l'institution d'un examen spécial. La raison est que l'inscription d'un nouvel objet à l'ordre du jour engendre un surcroît de travail et des coûts nettement moindres que les deux autres droits mentionnés. En comparaison internationale, on notera d'ailleurs que dans les autres pays aussi, les seuils définis pour l'exercice du droit de demander l'inscription d'un objet à l'ordre du jour sont relativement bas. En Grande-Bretagne par exemple, cent actionnaires peuvent déposer ensemble une requête allant dans ce sens (quelle que soit leur participation). Lors de la procédure de consultation, les nouveaux seuils ont été moins contestés pour le droit de requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour

¹⁵¹ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841.

¹⁵² Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6810), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

qu'ils ne l'ont été pour le droit de requérir la convocation d'une assemblée générale ou l'institution d'un examen spécial¹⁵³.

Il a toutefois été démontré que les seuils doivent être différenciés selon qu'ils se rapportent à une société cotée ou à une société privée, étant donné qu'il faut tenir compte des différences dans la structure de l'actionariat. Dans les sociétés ouvertes au public, le droit de requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour peut donc, selon l'art. 699a, al. 1, ch. 1, être exercé avec une participation de 0,25 % du capital-actions ou des voix, ou avec des actions dont la valeur nominale atteint un million de francs au moins. Pour les sociétés anonymes privées, le ch. 2 fixe les valeurs limites à 2,5 % du capital-actions ou des voix, ou à un volume d'actions d'une valeur nominale de 250 000 francs.

Selon l'al. 2, les actionnaires peuvent aux mêmes conditions requérir l'inscription dans la convocation à l'assemblée générale de propositions concernant les objets inscrits à l'ordre du jour. Afin que les autres actionnaires puissent se forger une opinion sur ces propositions, une courte motivation doit être ajoutée à la convocation, pour autant que le requérant le souhaite. Le conseil d'administration peut, si nécessaire, raccourcir la motivation aux éléments indispensables.

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 élevés.

Les requêtes en inscription d'un objet à l'ordre du jour et les requêtes en inscription de propositions concernant les objets doivent être remises par écrit à la société au plus tard 50 jours avant l'assemblée générale (al. 3). L'introduction de ce délai dans la loi clarifie la situation juridique. Le délai doit permettre à la société d'intégrer en temps voulu les propositions dans les convocations, qui doivent encore être imprimées (le délai de convocation à l'assemblée générale est de 20 jours; voir art. 700, al. 1 et 3 CO). Si la date de l'assemblée générale n'a pas encore été fixée, les actionnaires désireux d'exercer leur droit de faire inscrire un objet à l'ordre du jour doivent se renseigner auprès de la société. Ils peuvent dans tous les cas soumettre des objets avant l'échéance du délai fixé à l'al. 3. Les sociétés sont libres, si elles le souhaitent, de prévoir un délai plus court dans leurs statuts, notamment si elles n'ont que peu d'actionnaires. Le délai légal ne peut cependant pas être prolongé par les statuts.

En vertu de l'al. 3, les actionnaires peuvent s'adresser au juge si la société refuse de donner suite à leur requête, comme c'est déjà le cas actuellement. Le projet de code de procédure civile suisse prévoit que l'examen de cette requête doit se faire dans le cadre d'une procédure sommaire (art. 246, let. c, ch. 91⁵⁴). Il n'est pas nécessaire de prévoir un délai analogue à celui fixé à l'art. 699, al. 5, 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 (voir également l'art. 700 al. 6). Cette réglementation correspond à une pratique bien établie.

¹⁵³ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 7 s, 20 s.

¹⁵⁴ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841.

En outre, il est possible de soumettre les objets mentionnés à l'article 700, al. 5, en plus des objets inscrits à l'ordre du jour.

2.1.26 Préparation de l'assemblée générale

Art. 700 Mode de convocation

Pour tenir compte des progrès de l'informatique, l'al. 1 propose que les sociétés puissent transmettre la convocation à l'assemblée générale ainsi que les documents annexes aux actionnaires par des moyens électroniques. La transmission par télécopieur est aussi admise. La condition posée est que l'actionnaire concerné y consente, car nul ne peut être contraint de se servir des médias électroniques dans ses rapports avec la société.

Le consentement de l'actionnaire peut être exprimé de diverses manières. Si ce point n'est pas réglé dans les statuts, en vertu de l'al. 4, il appartient au conseil d'administration de fixer le mode d'expression du consentement.

La société répond de la bonne transmission électronique des documents. Des erreurs de transmission peuvent en effet léser le droit de participation de l'actionnaire (cf. art. 691, al. 3, et 706 CO).

L'al. 3, énonce le contenu obligatoire de la convocation à l'assemblée générale. Sa structure est modifiée afin de le rendre plus clair. En outre, il indique expressément que, lorsque des actionnaires ont fait inscrire des propositions à l'ordre du jour, un résumé de leurs arguments doit être inclus dans la convocation. Par ailleurs, le ch. 4 exige que les sociétés dont les actions sont cotées en bourse indiquent dans la convocation les coordonnées du représentant indépendant ainsi que le pourcentage du capital-actions constitué d'actions nominatives dont le propriétaire n'est pas inscrit au registre des actions (actions dispo). Cette mesure a pour but d'améliorer la transparence au sujet des voix représentées à l'assemblée générale.

Les al. 5 et 6 reprennent les actuels al. 3 et 4¹⁵⁵ sans y apporter de modification de fond.

2.1.27 Lieu de réunion de l'assemblée générale

L'évolution des techniques de communication ouvre de nouvelles perspectives pour la tenue de l'assemblée générale. Quelques grandes sociétés organisent d'ores et déjà des assemblées générales multi-sites, c'est-à-dire que les actionnaires se réunissent en plusieurs endroits simultanément. Mais le recours aux médias électroniques soulève un certain nombre de questions juridiques auxquelles la loi doit apporter des réponses (cf. ci-dessus ch. 1.3.4).

Art. 701a (nouveau), 701b (nouveau) Lieu de réunion

En vertu de l'art. 701a, al. 1, le conseil d'administration décide du lieu où se tient l'assemblée générale, sauf si les statuts en disposent autrement. Le lieu de réunion

¹⁵⁵ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6842), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

ne doit cependant pas être choisi sciemment de manière à ce que la plus grande partie de l'actionnariat soit dans l'impossibilité de participer à l'assemblée générale, sinon les décisions prises peuvent être frappées de nullité (cf. art. 706 CO).

Conformément aux al. 2 et 3, 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. Il est également possible que plusieurs lieux de réunion soient situés à l'étranger (cf. art. 701b).

Les statuts ou le conseil d'administration doivent impérativement désigner un site de réunion principal. Selon l'al. 4, c'est à cet endroit que doivent se trouver la personne qui dirige l'assemblée générale (ch. 1), le réviseur (ch. 3) et l'officier public (ch. 2), si des décisions doivent être constatées par acte authentique.

L'art. 701b crée la possibilité d'organiser l'assemblée générale à l'étranger, pour autant que cela soit prévu dans les statuts ou que tous les propriétaires des actions ou leurs représentants y consentent¹⁵⁶. En vertu de l'al. 2, 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. Même si les statuts prévoient la tenue de l'assemblée générale à l'étranger, les décisions de cet organe peuvent être annulées si, manifestement, le fait de réunir les actionnaires à l'étranger supprime ou limite *de facto* leur droit de participation (cf. art. 706b, ch. 1, CO). Il est également interdit de choisir une langue de délibération dont on sait d'avance que la majorité des actionnaires ne la comprend pas. Les dispositions concernant l'assemblée générale multi-sites s'appliquent par analogie lorsque le lieu de réunion principal se trouve à l'étranger.

Lorsque l'assemblée générale se tient à l'étranger et que des décisions requérant la forme authentique sont prises, le nouvel art. 25 ORC¹⁵⁷ s'applique.

2.1.28 Recours aux médias électroniques

Art. 701c (nouveau) Recours aux médias électroniques; exercice des droits des actionnaires

A l'avenir, les actionnaires pourront participer à l'assemblée générale à distance, à l'aide de médias électroniques. La première condition, qui est posée au ch. 1, est que les statuts de la société prévoient cette possibilité. La deuxième, qui figure au ch. 2, est que l'assemblée générale soit retransmise par Internet ou par d'autres médias à partir du lieu de réunion, afin de permettre aux personnes qui ne se trouvent pas sur place de participer activement à l'assemblée par le biais des médias électroniques. On pourrait aussi imaginer la tenue d'une assemblée générale en visiophonie. L'utilisation des nouvelles technologies a pour but, entre autres, de s'adapter à l'internationalisation croissante de l'actionnariat des sociétés.

La troisième condition, qui fait l'objet du ch. 3, est que les interventions des actionnaires qui participent à l'assemblée générale à distance soient retransmises au lieu de

¹⁵⁶ Les statuts ne peuvent stipuler un lieu de réunion à l'étranger que si la décision a été prise à la majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 10).

¹⁵⁷ Version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4851).

la réunion. Il faut toutefois pouvoir s'assurer que l'identité des participants et des intervenants est clairement établie et que le résultat des votes ne peut être falsifié (cf. art. 701e). Ces contrôles sont de la compétence du conseil d'administration, qui devra faire face à ses responsabilités en cas de préjudice (cf. art. 754 CO).

Les sociétés n'ont pas l'obligation d'autoriser la participation à l'assemblée générale à distance. La mise en place de l'infrastructure électronique et les contrôles permettant de garantir de manière suffisante l'identité des actionnaires «délocalisés» ont un certain coût, surtout pour les entreprises qui ont un grand nombre d'actionnaires. C'est pourquoi le projet laisse aux sociétés le soin de décider dans quelle mesure elles veulent recourir aux nouveaux moyens de communication.

Art. 701d (nouveau) Assemblée générale électronique

Les sociétés doivent aussi avoir la possibilité d'organiser une *assemblée générale électronique*, c'est-à-dire une assemblée générale sans lieu de réunion physique que l'on appelle aussi «assemblée générale virtuelle» ou «cyber-assemblée générale». Dans ce cas, les conditions prévues à l'art. 701e doivent également être réunies. Tous les participants à l'assemblée générale doivent être en mesure de suivre les exposés des intervenants en direct. La tenue d'une assemblée générale selon ces modalités suppose en outre que tous les actionnaires ou leurs représentants y consentent. Il est toutefois exclu de tenir une assemblée générale électronique si des décisions doivent être constatées par acte authentique, car les principes fondamentaux du notariat excluent a priori la forme authentique s'il n'y a pas de lieu de réunion physique (en application notamment des principes de l'unité de l'acte authentique et de l'unité de lieu¹⁵⁸).

En l'absence de dispositions statutaires, il appartient au conseil d'administration de fixer le mode d'expression du consentement des actionnaires au sujet de la tenue d'une assemblée générale électronique. Si le consentement n'a pas été exprimé, et si le droit de participer à l'assemblée générale s'en est trouvé lésé, les décisions prises sont annulées (cf. art. 706b, ch. 1, CO).

Des participants à la procédure de consultation auraient souhaité qu'il n'y ait pas besoin du consentement unanime des actionnaires pour pouvoir tenir une assemblée générale électronique¹⁵⁹, jugeant qu'une majorité qualifiée serait suffisante. Un tel allègement permettrait certes aux sociétés qui ont un vaste actionnariat de renoncer à un lieu de réunion physique. Le droit de participer à l'assemblée générale fait cependant partie des droits fondamentaux des actionnaires et il ne paraît pas justifiable d'exclure de l'assemblée générale les actionnaires qui n'ont pas accès à Internet.

Art. 701e (nouveau) Conditions du recours aux médias électroniques

Cet article fixe les conditions dans lesquelles des médias électroniques peuvent être utilisés durant l'assemblée générale. Le *principe de l'immédiateté* veut que les actionnaires puissent former leur opinion sur la base des interventions du conseil d'administration et des autres actionnaires. C'est pourquoi le ch. 2 exige que tous les

¹⁵⁸ Brückner Christian, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich 1993, ch. 2047 ss; Ruf Peter, Notariatsrecht, Langenthal 1995, ch. 1477 ss.

¹⁵⁹ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 22.

participants puissent faire des propositions et prendre une part active à l'assemblée générale.

Art. 701f (nouveau) Problèmes techniques

Lorsque, pour des raisons techniques, l'assemblée générale ne peut se dérouler en conformité avec les modalités prévues par la loi ou les statuts, l'al. 1 exige que la société convoque une nouvelle assemblée générale. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de respecter le délai prévu à l'art. 700, al. 1, pour la convocation de l'assemblée générale. Il suffit que la date soit fixée de telle manière qu'une majorité d'actionnaires ne soit pas d'emblée empêchée d'y participer.

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 les décisions prises sont en principe valables, sous réserve d'une éventuelle action en justice.

Lorsque des problèmes techniques surviennent, le vote doit dans tous les cas être répété. La société ne peut se dégager de cette obligation, même si elle 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 prévus par la loi aient réellement lieu.

2.1.29 Dérroulement de l'assemblée générale

Art. 702, al. 2 et 3 Mesures préparatoires; procès-verbal

L'art. 702, qui régit le contenu du procès-verbal de l'assemblée générale, doit être modifié pour tenir compte des nouveautés introduites par le projet. L'al. 2, ch. 1, prend ainsi en considération le nouveau régime de la représentation des droits de vote (art. 689 ss). Selon le ch. 2, le procès-verbal doit mentionner les décisions ainsi que les résultats des élections, en indiquant le pourcentage des votes. Un certain nombre d'adaptations s'imposent également en raison des nouvelles règles concernant le recours aux médias électroniques (art. 701c ss). En vertu des ch. 5 et 7, le procès-verbal doit ainsi fournir des renseignements sur l'utilisation éventuelle de médias électroniques, sur le nombre de votes exprimés par voie électronique et sur l'apparition de problèmes techniques durant l'assemblée générale. Enfin, lorsque la société tient une assemblée générale électronique, donc sans lieu de réunion physique, le ch. 6 exige que le procès-verbal fasse état du consentement de tous les actionnaires ou de leurs représentants.

Le ch. 3 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 écrits au sens de l'art. 697, al. 2, ne sont donc pas visées par cette disposition.

Il faut aussi adapter les modalités du droit de consultation du procès-verbal de l'assemblée générale aux nouvelles possibilités techniques. L'al. 3 précise donc que le procès-verbal doit être mis à la disposition des actionnaires sous une forme électronique, ou être délivré à ceux qui en font la demande, dans les 20 jours qui suivent l'assemblée générale. L'envoi peut se faire par courrier électronique. En tout état de cause, les frais sont à la charge de la société.

Art. 702a Participation des membres du conseil d'administration

En vertu de l'art. 707 CO¹⁶⁰, les membres du conseil d'administration ne doivent plus nécessairement être des actionnaires de la société. Le nouveau libellé de l'art. 702a concède ainsi à ceux qui ne possèdent pas d'actions de la société le droit de prendre part à la *réunion de tous les actionnaires* (art. 701 CO). Une telle réunion peut cependant être convoquée sans leur consentement. Leur participation à l'assemblée générale n'est pas impérativement requise.

Lorsque le président du conseil d'administration est absent, l'assemblée générale confie la direction des débats à un autre membre du conseil d'administration. Si aucun membre du conseil d'administration ne participe à la réunion de tous les actionnaires, l'assemblée générale délègue la direction de la séance à un actionnaire.

Art. 703, 704, al. 1 et 2, et 704a (nouveau) Décisions et élections; décisions importantes; conversion d'actions au porteur en actions nominatives

L'art. 703 est modifié afin de le rendre conforme au nouveau régime de représentation institutionnelle des actionnaires, en particulier aux nouvelles dispositions sur le droit de donner des instructions au représentant indépendant (art. 689c s.; cf. ci-dessus ch. 1.3.2.3). Ce ne sont plus les voix représentées qui font foi, mais les votes exprimés. Le nouvel al. 2 est une *disposition impérative*: les absentions ne doivent jamais être comptabilisées avec les votes exprimés.

La phrase introductive de l'art. 704, al. 1, est modifiée en fonction du contenu de l'art. 703. Dans ce cas aussi, les votes exprimés font foi. L'adjectif «absolue» est supprimé car dans le cadre d'un vote sur un objet il n'y a aucune différence entre la majorité absolue et la majorité simple. La notion de majorité absolue n'a de sens que lors d'une élection. Or, en vertu de l'art. 703, une majorité simple est 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 12, est réaménagée et complétée en fonction de la systématique de la loi. Elle mentionne désormais la réunion d'actions cotées en bourse (ch. 2), la libération par compensation (ch. 3), la marge de fluctuation du capital (ch. 5), la transformation de bons de participation en actions (ch. 6), ainsi que les dispositions statutaires sur l'approbation obligatoire de certaines décisions du conseil d'administration par l'assemblée générale (ch. 9; art. 716b) et sur la tenue de l'assemblée générale à l'étranger (ch. 10).

L'al. 2, précise que toute disposition statutaire qui doit être adoptée à la majorité qualifiée ne peut être supprimée qu'à la majorité qualifiée. En cas contraire, les quorums statutaires adoptés pour protéger les actionnaires minoritaires pourraient être abrogés à la majorité simple, ce qui les viderait purement et simplement de leur substance.

Dans les sociétés ouvertes au public, lorsqu'un très grand nombre d'actions nominatives ne sont pas inscrites au registre des actionnaires, il peut arriver que les quorums statutaires qui se rapportent à la totalité du capital-actions et non aux actions repré-

¹⁶⁰ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6843), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

sentées à l'assemblée générale ne puissent *de facto* jamais être atteints (cf. ci-dessus ch. 1.3.3.5). Dans ce cas, il appartient au juge d'annuler la clause statutaire visée¹⁶¹.

En vertu de l'art. 704a, la décision de convertir des actions au porteur en actions nominatives requiert la majorité simple. Il ne sera donc plus possible de prévoir un quorum statutaire plus élevé pour modifier les statuts en ce sens. Les anciens quorums deviendront caducs à l'échéance du délai légal prévu pour adapter les statuts au droit révisé (cf. art. 2 P Dispositions transitoires). Cette réglementation a pour but de faciliter la conversion des actions au porteur en actions nominatives (pour les raisons, voir ci-dessus ch. 1.3.3.4). Il n'est désormais plus obligatoire que les statuts prévoient explicitement la possibilité de transformer des actions au porteur en actions nominatives (l'art. 627, ch. 7, est abrogé).

Art. 706a, al. 3 Abrogé

Cette disposition est abrogée, dans la mesure où la question de la répartition des frais sera réglée dans le nouveau code de procédure civile suisse (art. 105 P CPC¹⁶²).

2.1.30 Le conseil d'administration

Art. 707 En général; éligibilité

Les modifications apportées aux al. 1 et 2 clarifient ces dispositions, mais rien ne change sur le plan matériel. L'al. 2 maintient le fait que des personnes morales ou des sociétés commerciales peuvent se faire représenter au conseil d'administration d'une société par une personne physique. Il découle de ce rapport de représentation que le représentant doit informer sa mandante sur le travail du conseil d'administration. Cela ne modifie en rien la responsabilité personnelle des membres du conseil d'administration. L'al. 2 est maintenu, bien que les représentants n'aient plus besoin de posséder une action de la société, car cette disposition règle particulièrement la représentation de personnes morales dans le conseil d'administration.

Art. 710, titre marginal et al. 1 Election et durée du mandat

La nouvelle réglementation sur la durée du mandat des membres du conseil d'administration fixée à l'art. 710, al. 1, apporte également une contribution majeure dans l'optique de la gouvernance (cf. ci-dessus ch. 1.3.2.2). A l'avenir, le conseil d'administration devra se soumettre au verdict de l'assemblée générale chaque année, chaque membre devant être élu individuellement. Une élection *in corpore* est exclue, mais la réélection reste bien entendu possible en vertu de l'al. 2. Les actionnaires pourront cependant donner leur «appréciation» sur la prestation individuelle des membres du conseil d'administration annuellement. Cela leur donnera aussi la possibilité de s'exprimer indirectement sur le montant des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction.

¹⁶¹ A cet égard voir ATF 117 II 290 ss, 314 s., prononcé sous l'ancien droit de la société anonyme.

¹⁶² Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841 ss.

Si l'élection individuelle n'a fait l'objet que de critiques isolées, le principe de la réélection annuelle a soulevé une vague de protestations lors de la procédure de consultation. La principale crainte exprimée était qu'un manque de continuité dans le personnel puisse nuire à la qualité du travail du conseil d'administration. Un mandat d'un an a également été jugé trop bref en relation avec la période d'initiation d'un nouveau membre du conseil d'administration¹⁶³.

Pourtant, la non-réélection d'un membre du conseil d'administration par l'assemblée générale devrait être une exception. D'une manière générale, la continuité du travail ne devrait donc pas souffrir du nouveau régime. Il est dans l'intérêt des actionnaires de confirmer le mandat d'un conseil d'administration qui fonctionne bien. Dans les faits, le principe de la réélection annuelle ne devrait donc conduire à une modification de la composition du conseil d'administration qu'en cas de problèmes, soit justement lorsqu'un tel changement est nécessaire.

Art. 716a, titre marginal et al. 1, ch. 3

Attributions intransmissibles

Les modifications prévues à l'art. 716a, al. 1, ch. 3, sont de nature purement terminologique. Le libellé est en partie adapté à celui de l'art. 1 de l'ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de comptes¹⁶⁴. Par ailleurs, le libellé du titre marginal doit être rectifié dans la version française, une imprécision s'étant glissée dans la traduction lors de la révision de 1991.

Art. 716b Approbation par l'assemblée générale

L'al. 1 permet à la société de prévoir une clause statutaire obligeant le conseil d'administration à soumettre certaines de ses décisions à l'approbation de l'assemblée générale. L'instauration d'une telle réserve ne peut être prise qu'à la majorité qualifiée, en vertu de l'art. 704, al. 1, ch. 9. Dans l'intérêt d'une plus grande sécurité juridique, les statuts doivent déterminer le plus précisément possible la nature des décisions soumises à la réserve d'approbation. En cas de doute, les décisions du conseil d'administration sont réputées ne pas être soumises à cette réserve, conformément au régime général de la société anonyme (et en application du principe *in dubio contra stipulatorem*).

Pour des raisons liées à la responsabilité, seule une compétence d'approbation est accordée à l'assemblée générale. Le conseil d'administration doit dans tous les cas lui soumettre une proposition. L'assemblée générale ne peut ensuite qu'accepter ou refuser cette proposition. Elle ne peut pas prendre une autre décision. Dans les petites sociétés, il peut sans autre être procédé à un aller-retour spontané entre le conseil d'administration et l'actionnariat.

Contrairement à ce qui est prévu pour la Sàrl, le droit de la société anonyme ne permet pas au conseil d'administration de soumettre n'importe laquelle de ses décisions à l'approbation de l'assemblée générale (réserve d'approbation facultative). La marge discrétionnaire offerte à la Sàrl est le reflet d'une plus grande souplesse

¹⁶³ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 22 s.

¹⁶⁴ Ordonnance du Conseil fédéral du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de comptes (Olico), RS 221.431.

d'organisation qui est propre à cette forme de société centrée sur la personne¹⁶⁵. Dans la société anonyme, les attributions de la direction de l'entreprise et de l'assemblée générale doivent être clairement délimitées. Des transferts de compétences à la carte du conseil d'administration à l'assemblée générale sont incompatibles avec la nature de cette société. Lorsqu'il existe un besoin avéré en la matière, il convient de choisir la forme juridique de la Sarl car elle est plus appropriée.

L'al. 1 prévoit ainsi que certaines décisions du conseil d'administration ne peuvent pas être soumises à l'approbation de l'assemblée générale. Il s'agit des décisions qui doivent impérativement être prises par le conseil d'administration en sa qualité d'organe de direction (art. 716a, al. 1, ch. 3 à 7, CO).

Lorsque certaines décisions du conseil d'administration doivent être soumises à l'approbation de l'assemblée générale, les actionnaires ne peuvent prendre une décision fondée que s'ils disposent d'informations suffisantes. C'est la raison pour laquelle l'al. 2 dispose que le conseil d'administration doit présenter à l'assemblée générale toutes les informations d'importance en vue de la décision à prendre. Selon les circonstances, cela peut toutefois avoir des conséquences négatives, car l'actionnariat – contrairement au conseil d'administration – n'a aucune obligation de fidélité envers la société. Il existe donc un risque de fuite d'informations importantes à l'extérieur. L'inscription d'une réserve d'approbation dans les statuts n'est donc pas sans poser de problèmes et doit toujours faire l'objet d'une pesée d'intérêts. Il semble néanmoins judicieux d'offrir cette possibilité aux sociétés anonymes.

Comme le précise l'al. 3, l'approbation d'une décision par l'assemblée générale n'a aucune influence sur la responsabilité du conseil d'administration. Si le conseil d'administration porte la responsabilité causale d'une décision préjudiciable à la société et qu'il a agi intentionnellement, il doit répondre du dommage même si l'assemblée générale a approuvé sa décision. Dans certaines circonstances, la décision d'approbation de l'assemblée générale peut toutefois revêtir la valeur d'une décharge conformément à l'art. 758 CO. L'approbation n'est cependant opposable qu'à la société et uniquement pour les faits révélés¹⁶⁶. L'approbation reste sans effet aucun à l'égard des tiers, en particulier à l'égard d'éventuelles prétentions des créanciers.

L'assemblée générale n'a pas à répondre de ses décisions, y compris pour les décisions d'approbation prises en vertu de l'art. 716b. Il faut cependant relever qu'exceptionnellement, les actionnaires qui prennent part à l'assemblée générale peuvent revêtir la fonction d'un organe de fait au sens des dispositions du droit de la société anonyme sur la responsabilité, lorsqu'ils assument des attributions du conseil d'administration et se substituent à lui sur le plan fonctionnel.

Art. 716c (nouveau) Délégation de la gestion

Les dispositions relatives à la délégation de la gestion (actuellement art. 716b CO) sont déplacées à l'art. 716c.

¹⁶⁵ A ce sujet, voir le 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 3011.

¹⁶⁶ Pour la Sarl, voir Forstmoser/Peyer, Die Einwirkung der Gesellschafterversammlung auf geschäftsführende Entscheide in der GmbH, RSJ 103 (2007) p. 429 ss.

L'al. 2 sur le *règlement d'organisation* est restructuré et quelques compléments matériels y sont apportés. En vertu du ch. 1, l'organisation interne et les éventuels comités du conseil d'administration doivent être décrits dans le règlement d'organisation de l'entreprise. Selon le ch. 4, ce document doit aussi énumérer tous les actes importants qui nécessitent l'approbation du conseil d'administration. L'al. 2 décrit le contenu minimal obligatoire du règlement, étant entendu que d'autres points peuvent s'y ajouter.

Conformément à l'al. 4, le conseil d'administration doit renseigner par écrit tout actionnaire qui en fait la demande au sujet de l'organisation de la gestion. L'actionnaire ne doit pas démontrer l'existence d'un intérêt particulier, mais son droit à l'information est limité aux informations qui font partie du contenu obligatoire du règlement d'organisation (cf. al. 2). Le but de cette restriction est d'éviter que les entreprises ne limitent 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.

Art. 717a (nouveau) Conflits d'intérêts

Cette disposition innove en matière de *gestion des conflits d'intérêts* au sein du conseil d'administration et de la haute direction et contribue ainsi à une meilleure gouvernance. En l'absence de règles spécifiques dans le droit en vigueur, les intéressés se réfèrent aujourd'hui aux dispositions sur l'obligation de fidélité des membres du conseil d'administration (art. 717, al. 1, CO) et dans les rapports de travail (art. 321a CO) pour résoudre ce type de problèmes. L'al. 1 prévoit donc explicitement que les membres du conseil d'administration et de la direction doivent informer le président du conseil d'administration sans retard et de manière complète lorsqu'ils se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts. Le droit du travail (art. 321a, al. 1, CO) exige en outre des membres de la direction qu'ils communiquent ce type d'information au président de la direction. Si le président du conseil d'administration connaît lui-même un conflit d'intérêts, il doit en faire part à son suppléant.

Il y a aussi conflit d'intérêts lorsque le membre de l'organe entretient des rapports étroits avec un tiers qui entre en affaires avec la société.

En vertu de l'al. 3, le conseil d'administration est tenu de prendre les mesures nécessaires afin de sauvegarder les intérêts de la société¹⁶⁷. Il va de soi que le membre visé ne peut prendre part à la décision le concernant. Cette règle est également valable pour la décision du conseil d'administration sur l'opportunité de prendre des mesures. La récusation du membre concerné peut porter sur l'examen de l'objet et sur la décision ou, dans les cas moins sérieux, uniquement sur le vote. Si la personne est par exemple la seule qui dispose de connaissances suffisantes pour porter un jugement pertinent sur l'affaire, sa participation aux délibérations peut s'avérer nécessaire et elle ne devra se récuser que pour le vote.

Il n'en reste pas moins qu'en vertu de l'obligation de fidélité prévue par le droit de la société anonyme (art. 717 CO), les membres du conseil d'administration et de la

¹⁶⁷ Böckli Peter, Huguenin Claire et Dessemontet François, *Le Gouvernement d'entreprise, Rapport du Groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme*, Lausanne 2004, p. 241 s.

direction sont tenus d'éviter, dans la mesure du possible, l'apparition de conflits d'intérêts.

Le membre d'un organe dont le comportement fautif en matière de conflit d'intérêts porterait préjudice à la société doit en répondre en vertu de l'art. 754 CO. Cela s'applique également au membre du conseil d'administration qui, ayant connaissance d'un conflit d'intérêt, n'entreprend aucune mesure au sens de l'art. 717a, al. 3.

Art. 717b (nouveau) Influence réciproque

Conformément à l'art. 663^{bis} CO¹⁶⁸, les sociétés dont les actions sont cotées en bourse sont tenues d'indiquer les indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction dans l'annexe au bilan. D'autres critères juridiques sont toutefois nécessaires afin d'éviter des abus lors de la fixation du montant des indemnités.

Il arrive en effet que des personnes appartiennent au conseil d'administration ou à la direction des mêmes sociétés cotées en bourse et puissent ainsi influencer le montant de leurs indemnités mutuelles. Le projet veut empêcher de telles pratiques. En vertu de l'al. 1, le conseil d'administration doit donc s'assurer qu'une réciprocité peut être exclue lors de la fixation des indemnités de ces personnes. Il ne s'agit pas d'une condition d'éligibilité, car une telle restriction pourrait difficilement être mise en pratique. Cette disposition vise l'interdiction d'exercer une influence mutuelle, ce qui signifie que les personnes concernées n'ont pas le droit de prendre part aux décisions sur le montant des indemnités. La manière d'influencer le montant de l'indemnité est sans importance. Le but de cette disposition est notamment d'empêcher une participation croisée des administrateurs dans les comités des rémunérations des entreprises concernées. Lorsque des indemnités sont fixées en dépit de ces restrictions, les décisions sont frappées de nullité en vertu de l'al. 2. Les dispositions sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) doivent alors être appliquées (s'il y a une disproportion manifeste entre la prestation et la contreprestation, l'action en restitution de prestations indûment perçues selon l'art. 678 demeure réservée). Dans certaines circonstances, la responsabilité des organes de la société peut aussi être engagée (cf. art. 754 CO). Enfin, en cas de conflits d'intérêts il faut aussi tenir compte de l'art. 717a.

Le projet renonce à poser une condition analogue pour les sociétés anonymes privées. Lorsque le cercle des personnes détenant une participation dans la société est restreint, en particulier dans les entreprises familiales, il peut s'avérer nécessaire que les mêmes actionnaires siègent dans le conseil d'administration de plusieurs entreprises associées. Mais ici aussi, la transparence des indemnités doit être améliorée (cf. art. 697^{quinquies}).

¹⁶⁸ En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007. Voir 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.

2.1.31 Responsabilité pour les organes

Art. 722, titre marginal Responsabilité pour les organes

Le titre marginal est modifié dans la version allemande afin de le rendre plus clair. Le nouveau libellé étant directement inspiré des versions française et italienne, ces deux langues ne sont pas concernées par la modification.

2.1.32 Avis obligatoires et faillite

Les dispositions régissant la perte de capital et le surendettement de la société sont précisées et adaptées au nouveau régime des réserves. Elles sont en outre complétées par des règles applicables en cas d'insolvabilité. Vu que de nouvelles règles sont ajoutées au droit en vigueur, l'art. 725 CO est subdivisé en plusieurs articles pour des questions de clarté. Mais les principes de la réglementation actuelle sont maintenus.

Art. 725 Perte de capital

Cette disposition est reprise de l'actuel art. 725, al. 1, CO. Seuls quelques ajustements terminologiques et rédactionnels y ont été apportés.

Si la société dispose d'une marge de fluctuation du capital (art. 653 ss), le conseil d'administration doit convoquer l'assemblée générale lorsque la moitié de la somme du capital-actions *émis* et des réserves légales n'est plus couverte.

Art. 725a Insolvabilité

Le conseil d'administration devrait être tenu d'aviser l'assemblée générale en cas d'insolvabilité. C'est pourquoi, en cas d'*insolvabilité imminente*, l'al. 1 l'oblige à établir un plan de trésorerie. Le plan de trésorerie est un budget partiel du plan financier qui dresse l'inventaire de tous les flux de trésorerie entrants et sortants pour l'ensemble du budget pendant la période considérée. Il sert à garantir la solvabilité de l'entreprise. Contrairement au plan d'investissement, le plan de trésorerie est une planification des flux de trésorerie à court terme avec un horizon de prévision d'un an au maximum. Outre les encaissements et les décaissements, il doit aussi présenter le solde de départ des liquidités (trésorerie).

Selon l'al. 2, le conseil d'administration doit faire vérifier le plan de trésorerie par un réviseur agréé. Il appartiendra à la profession de déterminer les contrôles nécessaires dans le cadre de l'autorégulation. Si la société a un organe de révision, ce dernier peut bien entendu procéder à la vérification, pour autant qu'il s'agisse d'un réviseur agréé.

Si la vérification du plan de trésorerie n'est pas confiée à l'organe de révision mais à une autre personne, celle-ci a les mêmes obligations que l'organe de révision en matière d'avis obligatoires. Cela signifie que l'obligation d'informer directement l'assemblée générale lorsque le conseil d'administration omet l'avis ne concerne que

les sociétés qui sont soumises à un contrôle ordinaire (cf. art. 728c, al. 2, et art. 729c CO¹⁶⁹).

Si la société est insolvable, le conseil d'administration doit prendre, en vertu de l'al. 3, les mêmes mesures qu'en cas de perte de capital (convocation de l'assemblée générale, mesures d'assainissement). Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet, il n'est pas obligatoire d'aviser le juge en cas d'insolvabilité. Des participants à la procédure de consultation ont fait remarquer à juste titre qu'une insolvabilité ne signifie pas nécessairement que les passifs de la société ne sont plus couverts.

Art. 725b (nouveau) Avis obligatoires selon les statuts

Dans la pratique, les mesures d'assainissement n'ont généralement plus aucune prise et la faillite devient inévitable dès lors que la moitié de la somme du capital-actions et des réserves n'est plus couverte. Les structures de financement et les besoins financiers varient toutefois fortement d'une entreprise à l'autre et il s'avère extrêmement difficile de définir dans la loi d'autres critères que ceux prévus à l'art. 725, al. 1, CO. C'est pourquoi l'art. 725b laisse aux entreprises le choix de *durcir* les conditions de la loi en matière d'assainissement (p. ex. avis obligatoire lorsque le quart de la somme du capital-actions et des réserves n'est plus couvert) ou de fixer des paramètres *supplémentaires* dans leurs statuts. En revanche, il n'est pas permis d'assouplir les valeurs limites fixées à l'art. 725 par le biais de dispositions statutaires, pas plus qu'il n'est possible de les remplacer par de nouveaux paramètres. D'autres critères ne peuvent figurer dans les statuts qu'en plus des valeurs limites inscrites dans la loi.

Art. 725c (nouveau) Surendettement

Selon l'al. 1, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est endettée, le conseil d'administration doit faire établir un bilan intermédiaire à la valeur d'exploitation et un autre à la valeur de liquidation. L'al. 2 précise que dans le bilan intermédiaire, les valeurs de liquidation peuvent être supérieures aux valeurs maximales admises en vertu des principes d'évaluation de la loi, à condition qu'il soit prévu d'aliéner les biens en question dans les douze mois. Cette réglementation correspond à une pratique bien établie. Le projet exige en outre que les dettes subordonnées (ou de rang inférieur) soient présentées séparément dans le bilan intermédiaire. De cette manière, les parties concernées obtiennent une image plus complète de la structure financière de l'entreprise.

En vertu de l'al. 3, les bilans intermédiaires doivent être vérifiés par un réviseur agréé qui peut être l'organe de révision, pour autant qu'il satisfasse aux exigences professionnelles requises. Il est également précisé que la personne qui a vérifié les bilans intermédiaires doit procéder aux mêmes avis obligatoires que l'organe de révision. Le cas échéant, elle devra informer le juge du surendettement si le conseil d'administration faillit à son obligation (art. 728c, al. 3, et 729c CO¹⁷⁰).

L'avant-projet exigeait qu'en cas de surendettement, le conseil d'administration informe *immédiatement* le juge. Il est ressorti de la procédure de consultation qu'il

¹⁶⁹ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6849), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

¹⁷⁰ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6849), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

fallait laisser au conseil d'administration une marge de temps¹⁷¹. L'obligation impérative d'aviser le juge sur-le-champ pourrait notamment faire échouer les tentatives d'assainissement «tacite». Le projet maintient donc la formulation actuelle. L'organe de haute direction de l'entreprise peut ainsi reporter l'avis au juge pour une *brève période* – conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral – afin de prendre des mesures d'assainissement, pour autant qu'un assainissement ait de véritables chances de succès. Un report de l'avis obligatoire au-delà de quatre à six semaines¹⁷² ne devrait cependant pas être admis. L'art. 754 CO demeure réservé.

Il reste possible, en vertu de l'al. 5, de ne pas aviser le juge lorsque des créanciers dont les créances cumulées sont équivalentes au montant du découvert acceptent que leurs créances soient subordonnées à toutes les autres dettes de la société. Il est cependant précisé, ce qui n'est pas le cas dans le droit actuel, que cette démarche doit aller de pair avec un *ajournement* des créances en question. L'ajournement doit porter sur le principal et sur les intérêts, et ce aussi longtemps que la société est surendettée. Pour l'entreprise, l'ajournement entraîne l'interdiction de rémunérer et d'amortir la dette. Seule une subordination de créance effectuée dans ces conditions peut améliorer le statut des autres créanciers et l'assise financière de la société. Pendant la durée de l'ajournement, non seulement la créance perd son caractère exigible, mais en plus elle ne peut être réalisée puisqu'il s'agit d'une véritable stipulation pour autrui. A noter qu'en vertu de l'al. 1, l'ampleur de l'insuffisance de l'actif est déterminée sur la base du bilan intermédiaire établi à la valeur d'exploitation.

Art. 725d (nouveau) Faillite

Cette disposition reprend l'actuel art. 725a CO¹⁷³. Les modifications apportées aux al. 1 et 2 ressortissent à la technique législative et n'apportent aucun changement matériel.

Durant l'été 2003, l'Office fédéral de la justice avait chargé un groupe d'experts d'étudier dans quelle mesure la législation en matière d'insolvabilité devait être réformée. Dans leurs conclusions, les experts avaient signalé que, pour éviter des redondances, l'ajournement de la faillite prévu à l'art. 725a CO devrait être intégré dans la LP lors de la révision de la procédure concordataire¹⁷⁴. Le projet qui vous est soumis renonce donc à modifier la réglementation actuelle.

¹⁷¹ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 24 s.

¹⁷² ATF 116 II 533 ss, 541. Voir également Camponovo Rico A., Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle, RSDA 1996 p. 211 ss, p. 216 s.

¹⁷³ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6849), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

¹⁷⁴ Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Rapport du groupe d'experts Procédure concordataire, 7 janvier 2007, p. 8, 18 s.

2.1.33

Carences dans l'organisation de la société

Art. 731b, al. 1, première et deuxième phrases

Lors de la révision du droit de la Sarl, une nouvelle disposition a été créée pour réglementer la situation en cas de carences dans l'organisation légalement prescrite de la société (cf. art. 731b CO¹⁷⁵). Le législateur a toutefois omis de citer l'absence de domicile légal, qui est pourtant une carence dans l'organisation de la société. Le projet remédie donc à cette lacune.

2.1.34

Réduction du capital-actions

Art. 732 à 735 (Abrogations)

Le régime de la réduction du capital-actions a été regroupé avec celui de l'augmentation du capital-actions et déplacé aux art. 653j ss.

2.1.35

Dissolution de la société

Art. 736, al. 1, ch. 4, et al. 2 (nouveau)

Dissolution en général; causes

Dans le cadre des efforts mis en œuvre pour mieux protéger les actionnaires minoritaires, le projet abaisse la limite fixée pour demander l'ouverture de l'action en dissolution de la société et crée de nouveaux seuils. Selon l'al. 1, ch. 4, des actionnaires pourront ainsi requérir la dissolution de la société pour de justes motifs s'ils représentent au moins 5 % du capital-actions, 5 % des voix, ou des actions totalisant une valeur nominale de 1 million de francs.

Il est très important de relever qu'en application du nouvel al. 2, le juge peut proposer une autre solution que la dissolution de la société, pour autant qu'elle soit adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés. La première possibilité à laquelle il faut penser est le rachat des parts des requérants 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. Elle revêt donc une fonction centrale dans la perspective de la protection des actionnaires minoritaires. Si l'on considère qu'en Suisse, la forme de la société anonyme est aussi utilisée pour de très petites entités dont les actions ne peuvent objectivement pas être vendues faute de marché, force est de constater que l'action en dissolution joue le rôle d'une action «en désengagement» de la société pour de justes motifs.

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 (cf. art. 659, al. 3).

¹⁷⁵ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6809), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

Lors de la procédure de consultation, la fixation des nouveaux seuils de l'action en dissolution de la société a été nettement moins contestée que les modifications des autres droits des actionnaires¹⁷⁶.

2.1.36 Responsabilité des organes

Art. 755, al. 2, 756, al. 2, 757, al. 3 Responsabilité dans la révision;
dommage de la société

La modification de l'art. 755, al. 2¹⁷⁷, est purement terminologique («travailleurs» remplace «collaborateurs»).

L'art. 756, al. 2, relatif à la répartition des frais de l'action en responsabilité est abrogé puisque cette matière sera réglée dans le nouveau code de procédure civile suisse (P CPC)¹⁷⁸. Selon l'art. 105, al. 1, let. b et f, P CPC, en cas de rejet de la plainte, le tribunal peut répartir les frais selon sa libre appréciation (répartition en équité) si le plaignant a intenté le procès de bonne foi ou lorsque des circonstances particulières le justifient. Par conséquent, si un actionnaire est fondé à ouvrir l'action en responsabilité, le juge peut mettre les frais à la charge de la société, en tout ou en partie, même en cas de rejet de la plainte.

La réserve concernant l'art. 260 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) contenue à l'art. 757, al. 3, CO est superflue puisque, matériellement, l'al. 2 renvoie déjà à la LP. Cette disposition peut donc être abrogée.

Art. 759, al. 1bis (nouveau) Solidarité différenciée et recours

Le droit actuellement en vigueur 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 (art. 759, al. 1, CO). Cette réglementation fut introduite dans la loi lors de la révision du droit de la société anonyme de 1991. Elle tient compte du fait que la faute des différentes personnes soumises à responsabilité dans la société anonyme est souvent très variable. Cette disposition a principalement pour but de prendre en considération le fait que le conseil d'administration et la direction, d'une part, et l'organe de révision, d'autre part, remplissent des tâches dont les fonctions sont fondamentalement différentes. Il en résulte fréquemment des fautes difficilement comparables.

La nouvelle réglementation de la solidarité dans la révision de 1991 ne s'est cependant pas imposée dans la pratique. De manière non justifiée, l'organe de révision est devenu le destinataire privilégié des actions en responsabilité. Il n'est pas rare que seul l'organe de révision soit appelé en justice, sans qu'il soit tenu compte de la faute des autres personnes concernées, notamment pour les raisons suivantes:

¹⁷⁶ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 21.

¹⁷⁷ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6846), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

¹⁷⁸ Cf. art. 102 ss P CPC (message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841 6908 s.).

- 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 en outre régulièrement d'une assurance en responsabilité civile;
- des raisons commerciales liées à leur réputation soumettent les entreprises de révision à une pression importante qui les incite à éviter une procédure judiciaire devant les tribunaux en transigeant les litiges; en outre, l'intervention des assureurs en responsabilité civile entraîne régulièrement un règlement extrajudiciaire des cas litigieux.

Il est juridiquement et politiquement problématique que les organes de révision doivent régulièrement prendre en charge une grande part du dommage, malgré une faute légère, alors que les personnes qui ont commis une faute plus grave ne sont pas poursuivies en justice. Le fait que les actions en responsabilité soient dirigées dans une large mesure contre les organes de révision a pour conséquence un report de la responsabilité des organes de direction sur l'organe de révision. Dans l'optique d'un meilleur gouvernement d'entreprise, il y a lieu d'améliorer l'équilibre entre les différents organes de la société en matière de responsabilité et de rétablir ainsi la position secondaire 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 la survenance d'un dommage, ils ne peuvent que limiter l'aggravation d'un dommage qui a déjà été causé. La réglementation légale doit assurer que les organes de direction répondent en première ligne des dommages découlant de leurs fautes.

Il convient en outre d'assurer la fonctionnalité du marché des prestations en matière de révision en évitant que les organes de révision se voient réclamer en justice des montants pouvant mettre leur existence en danger, alors que leur faute est faible en comparaison avec celle des autres personnes impliquées.

L'avant-projet proposait, 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, respectivement 25 millions pour la révision des sociétés dont les titres de participation sont cotés en bourse ou qui sont d'une certaine importance économique. Les réactions 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 société anonyme soit effectué, qui ne se limiterait pas à la responsabilité de l'organe de révision. Seule une petite partie des organisations consultées ont favorablement accueilli les limites prévues dans l'avant-projet.

Sur la base des résultats de la procédure de consultation, le conseil fédéral a examiné différentes alternatives visant à améliorer la réglementation légale. Une révision totale de la responsabilité des organes de la société anonyme 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 révi-

sion, 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 dans un cas concret la responsabilité solidaire de l'organe de révision à un quart du dommage causé, en application de l'art. 759, al. 1, CO (même si, en l'espèce, une faute considérable pouvait être reprochée à l'organe de révision)¹⁷⁹. Une telle réglementation concrétiserait une solution forfaitaire matériellement injustifiée, qui ne serait pour le surplus pas adaptée en cas de dommages fortement élevés. Il a également été proposé de prévoir une limitation de responsabilité autonome de l'organe de révision dans les statuts de la société à réviser. Le montant de la limite serait convenu entre la société et son organe de révision. Cette solution risquerait toutefois d'altérer fortement la situation juridique des créanciers et on se trouverait en présence d'un contrat dont les effets seraient imposés à des tiers. De plus, il s'ensuivrait des différences de responsabilité matériellement non justifiées entre les sociétés. Une limitation de responsabilité statutaire serait donc douteuse, tant juridiquement que politiquement. Une limitation de la responsabilité liée à une multiplication des honoraires de l'organe de révision ne convainc pas non plus: une telle règle aurait pour résultat que les honoraires de révision seraient selon les cas artificiellement maintenus à un niveau très bas, pendant que d'autres prestations, dépassant le cadre de la tâche principale de révision, seraient facturées séparément. Il en découlerait de graves difficultés de délimitation en pratique.

Pour les raisons mentionnées ci-dessus, le projet a écarté ces solutions et en prévoit une autre, qui précise la solution de la solidarité différenciée déjà connue du droit actuel. L'actuel al. 1 est applicable de manière inchangée aux membres du conseil d'administration et de la direction. Contrairement à certaines suppositions émises dans la consultation, un régime différencié selon les fautes et les circonstances s'applique également à ces personnes, en lieu et place d'une solidarité absolue (l'énoncé de l'art. 759, al. 1, CO appréhende également les membres du conseil d'administration). Pour les personnes qui sont soumises à une responsabilité dans la révision, un nouvel alinéa 1bis 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 (cf. art. 759, al. 3, CO). Cette réglementation tient compte matériellement de la position subsidiaire de la révision et évite que l'organe de révision doive complètement assumer en fin de compte la faute du conseil d'administration et de la direction, alors qu'il n'a lui-même commis qu'une faute très légère. La réglementation prévue correspond au projet et au message du Conseil fédéral relatif à la révision du droit de la société anonyme du 23 février 1983¹⁸⁰. Elle évite des limitations de responsabilité forfaitaires et indépendantes de la faute et correspond fondamentalement à la solution différenciée de l'al. 1.

L'al. 1bis trouve application non seulement pour l'organe de révision mais également pour les autres personnes qui effectuent des prestations de révision prévues par la loi.

La réglementation couvre tous les cas de négligence. Une différenciation entre la négligence légère, moyenne ou grave soulèverait en pratique de telles questions

¹⁷⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.506/1996 du 3 mars 1998 (non publié au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral).

¹⁸⁰ FF 1983 II 757 872.

d'interprétation et de délimitation qu'il en résulterait finalement les mêmes problèmes d'application qu'en droit actuel. Le degré de négligence sera toutefois pris en considération, étant donné que la gravité de la faute présente une importance centrale dans la détermination du montant du recours. L'al. 1^{bis} est donc d'une portée moins importante en cas de négligence grave qu'en cas de négligence très légère, ce qui est matériellement justifié.

2.2 Comptabilité commerciale et présentation des comptes

2.2.1 Dispositions générales

Art. 957 Obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes

L'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes ne doit plus dépendre de la forme juridique de la société. C'est pourquoi l'al. 1 étend son champ d'application à toutes les entreprises individuelles, les sociétés de personnes et les personnes morales qui ont l'obligation de requérir leur inscription au registre du commerce. La notion de personne morale inclut ici les associations et les fondations (cf. art. 69a et 83a P CC). Pour des questions de simplification, le projet utilise le terme générique «entreprise» pour désigner toutes les entités visées par le nouveau régime comptable, quelle que soit leur forme juridique.

Selon l'al. 2, les entreprises individuelles (cf. art. 36 ss ORC¹⁸¹), les associations (cf. art. 61 CC) et les fondations (cf. art. 52, al. 2, CC) que la loi n'oblige pas à se faire inscrire dans le registre du commerce peuvent tenir une comptabilité simple qui inventorie uniquement les recettes et les dépenses et rend compte du patrimoine (comptabilité de trésorerie ou «carnet du lait», en termes populaires). Lors de la procédure de consultation, certaines organisations ont signalé à juste titre qu'une telle comptabilité ne pouvait être tenue selon le bon plaisir de l'entreprise mais qu'elle devait aussi respecter les critères minimum regroupés sous le principe de régularité de la comptabilité (cf. art. 957a, al. 2).

L'inscription volontaire de l'entreprise dans le registre du commerce n'a aucun effet sur l'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes. Par contre, les dispositions des art. 957 ss peuvent être appliqués sur une base volontaire.

Une partie de la doctrine soutient que les sociétés de personnes qui n'ont pas d'activité commerciale, bien qu'elles soient tenues de requérir leur inscription dans le registre du commerce, ne sont pas soumises à l'obligation de tenir une comptabilité car elles n'exercent pas une industrie en la forme commerciale. Or l'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes n'est pas déterminée par l'exploitation d'une activité commerciale mais par l'obligation de requérir l'inscription de l'entreprise dans le registre du commerce. Vu que les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite sont soumises à cette obligation (art. 552, al. 2, et 594, al. 3, CO) elles ont aussi l'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes.

181 Version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4851).

Selon l'al. 3, la législation spéciale prime les dispositions des art. 957 ss si elle débouche sur une présentation (au moins) équivalente de la situation économique de l'entreprise (cf. art. 957a, al. 1). L'avant-projet utilisait l'expression «*dispositions plus strictes arrêtées dans la législation spéciale*» (cf. art. 957, al. 3, AP CO) pour exprimer cette réserve. Des participants à la procédure de consultation ont toutefois fait remarquer qu'il n'était pas toujours aisé de déterminer quelles dispositions devaient être considérées comme «plus strictes». Dans cette optique, la nouvelle formulation du projet est plus compréhensible. Il est donc possible de prévoir des règles divergentes dans la législation spéciale, pour autant que la dérogation soit fondée et nécessaire. Aucun standard inférieur au niveau d'exigence fixé par le code des obligations n'est cependant possible. Il serait inadmissible sur les plans matériel, juridique et politique de privilégier certains secteurs de l'économie par ce biais. En ce qui concerne le rapport avec les dispositions sur la tenue de la comptabilité, l'établissement et la présentation des comptes des banques et des assurances, nous renvoyons le lecteur au ch. 2.4.8. et 2.4.10. ci-dessous.

Art. 957a Comptabilité

Conformément à l'al. 1, la comptabilité constitue la base de l'établissement des comptes. Elle enregistre les transactions et les événements qui sont nécessaires à la présentation du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise.

La comptabilité est avant tout un processus technique, raison pour laquelle le projet se limite à énoncer quelques exigences fondamentales en rapport avec les fonctions qui lui sont dévolues (cf. ci-dessus ch. 1.3.5.1). Ces prescriptions minimales issues de la pratique constituent le principe dit de régularité de la comptabilité et elles sont énumérées à l'al. 2. La liste n'est pas exhaustive et laisse donc une marge suffisante pour intégrer les développements futurs de la doctrine et de la jurisprudence.

Selon le ch. 1, l'enregistrement des transactions et autres événements doit être intégral, fidèle et systématique. Le principe de fiabilité exige en particulier que les écritures ne soient pas falsifiées ou déformées. Par ailleurs, les transactions doivent être enregistrées chronologiquement et intégralement dans un journal, la comptabilité doit être tenue en partie double et les comptes doivent s'aligner sur une structure logique et thématique qui soit conforme à un plan comptable reconnu¹⁸².

Le ch. 2 exige que tout enregistrement puisse être documenté par une pièce comptable (principe de justification). Cette pièce justificative doit porter le libellé de l'écriture, son montant, les références de l'émetteur et la date de son établissement.

Le principe de clarté énoncé au ch. 3 veut qu'un expert puisse aborder la lecture de la comptabilité sans difficulté et dans son intégralité. Par ailleurs, toutes les inscriptions doivent être lisibles et explicites.

En vertu du ch. 4, la tenue des livres et l'organisation des processus comptables doivent être adaptées à la nature de l'entreprise (surtout à son secteur économique) et à sa taille. Ce principe de pertinence de la comptabilité est mentionné explicitement à cet endroit dans le but de modérer les nouvelles règles sur la tenue de la comptabilité qui ne font sinon aucune distinction entre les entreprises à raison de leur forme juridique, et très peu à raison de leur taille. De la sorte, on est en droit de

¹⁸² Voir également les critères fixés dans l'ordonnance du Conseil fédéral du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de comptes (Olico), RS 221.431. L'Olico sera adaptée en fonction du projet ultérieurement.

poser des exigences moindres à la comptabilité d'une boulangerie de quartier qu'à celle d'un groupe sidérurgique international.

Le ch. 5 pose le principe de la traçabilité des enregistrements comptables. Il doit en effet être possible de remonter jusqu'à l'origine de la transaction qui fait l'objet d'une écriture comptable, non seulement aux fins de contrôle des comptes¹⁸³, mais aussi pour des recherches spécifiques en rapport avec la taxation de l'entreprise ou avec les assurances sociales.

Selon l'al. 3, tout document écrit, qu'il soit établi sur un support papier, électronique ou sous toute forme équivalente, doit être considéré comme pièce comptable s'il permet la vérification de la transaction ou de l'événement à la base de l'enregistrement. Dès lors qu'une transaction est documentée par une pièce comptable, il n'est pas obligatoire de conserver la correspondance commerciale qui pourrait justifier les faits en cause de manière équivalente (cf. ci-dessous les commentaires relatifs à l'art. 958f). Selon les circonstances, la correspondance peut toutefois valoir comme pièce justificative, et dans ce cas elle doit être conservée.

Dans l'intérêt d'une économie qui a de plus en plus une dimension internationale, il est important de permettre la tenue de la comptabilité dans la monnaie la plus importante eu égard aux activités de l'entreprise (monnaie fonctionnelle) et en anglais. Des prescriptions plus strictes seraient sources de coûts inutiles et pourraient porter préjudice à l'attrait de la Suisse en tant que site d'implantation économique. L'al. 4 établit donc que la comptabilité doit être tenue dans la monnaie nationale ou dans la monnaie fonctionnelle de l'entreprise. Il faut toutefois que le choix d'une monnaie étrangère soit justifié objectivement. En pratique, il n'y a guère que l'euro et le dollar américain qui entrent en ligne de compte. Le recours à une autre monnaie n'est cependant pas exclu, pour autant qu'elle soit librement convertible. Contrairement à la comptabilité, les comptes devront aussi être établis en francs suisses, dans l'intérêt des tiers (cf. art. 958d, al. 3).

Conformément à l'al. 5, la comptabilité peut aussi être tenue en anglais.

Elle peut être établie sur un support papier, sur support électronique ou sous toute forme équivalente. Les détails seront réglés par le Conseil fédéral (cf. art. 958f, al. 4).

Art. 958 Présentation des comptes; but et contenu

Malgré certaines critiques émises dans le cadre de la procédure de consultation, le projet n'adopte pas le principe de sincérité ou de la présentation fidèle (*fair presentation* ou *true and fair view*; cf. ci-dessus ch. 1.3.5.5). Il reprend à l'al. 1 le principe selon lequel les comptes doivent présenter la situation économique de l'entreprise de telle façon qu'un tiers puisse s'en faire une opinion fondée (principe déjà en vigueur dans le droit actuel de la société anonyme, cf. art. 662a, al. 1, CO).

Sans changement par rapport au droit actuel de la société anonyme, l'al. 2 exige que les comptes soient présentés dans un rapport de gestion. Ce dernier contient les comptes annuels *individuels* (comptes annuels) qui se composent du bilan, du compte de résultat et de l'annexe. En réalité, de nombreuses entreprises tenues de présenter des comptes, mais qui ne sont pas des sociétés anonymes, établissent

¹⁸³ Pour la société anonyme, voir l'art. 727 ss CO, dans la version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6809 ss), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

aujourd'hui déjà une sorte d'annexe sans que la loi ne les y oblige. En tout état de cause, le nouveau droit permet toujours aux sociétés de personnes et aux entreprises individuelles de petite taille de renoncer à l'établissement d'une annexe aux comptes annuels (cf. art. 959c, al. 3).

Par ailleurs, les dispositions sur l'établissement et la présentation des comptes qui s'appliquent aux grandes entreprises (art. 961 ss) et aux groupes (art. 963 ss) sont réservées.

Selon l'al. 3, le rapport de gestion doit être soumis à l'organe ou aux personnes qui ont la compétence de l'approuver dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice. Le rapport doit en outre être signé par le président de l'organe supérieur de direction ou d'administration ainsi que par la personne qui répond de l'établissement des comptes au sein de l'entreprise. On notera que cette signature ne restreint en rien la responsabilité des organes pour le rapport de gestion. Dans la société anonyme par exemple, cette responsabilité incombe toujours à l'ensemble du conseil d'administration (art. 716a, al. 1, ch. 6, CO) et non au seul président qui signe le rapport.

Les dispositions des art. 958 ss s'appliquent par analogie aux comptes consolidés et aux états financiers établis selon une norme comptable reconnue.

Art. 958a Fondements de l'établissement des comptes; principe de continuité de l'exploitation

Conformément à l'al. 1, l'hypothèse retenue lors de l'établissement des comptes est que les activités de l'entreprise vont se poursuivre dans un avenir prévisible. Si la poursuite des activités paraît impossible en raison d'illiquidité, d'arrêt des livraisons, d'effondrement du marché, de départ du personnel ou pour tout autre motif, l'entreprise doit établir ses comptes sur la base des valeurs de liquidation.

Ainsi, lorsque la cessation de tout ou partie de l'activité de l'entreprise est envisagée ou paraît inévitable dans les douze mois qui suivent la date du bilan, l'al. 2 exige que les comptes soient dressés non pas à la valeur d'exploitation mais sur la base des valeurs de liquidation pour les parties de l'entreprise qui sont concernées. La vente de parties de l'entreprise n'est pas considérée comme une cessation d'activité au sens de cette disposition. Quoi qu'il en soit, les valeurs de liquidation sont soumises aux règles légales sur l'évaluation maximale (cf. art. 960 ss). La seule exception admise concerne les cas où il y a lieu de craindre un surendettement ou une insolvabilité de l'entreprise (cf. art. 725c, al. 2). Enfin, des provisions doivent être constituées au titre des charges découlant de la cessation ou de la réduction de l'activité (cf. art. 960e, al. 2).

Pour remplir le critère de continuité de l'exploitation, l'entreprise n'a pas à prouver que sa trésorerie est garantie pour les mois à venir, mais si des indices clairs laissent à penser que les liquidités seront probablement insuffisantes, la continuité de l'exploitation doit être remise en question.

Les dérogations au principe de continuité de l'exploitation doivent être commentées dans l'annexe (cf. art. 959c, al. 1).

Art. 958b Principes de la délimitation périodique et du rattachement des charges aux produits

Selon l'al. 1, les charges et les produits doivent être présentés conformément aux principes de la délimitation périodique et du rattachement des charges aux produits.

Le principe de la délimitation périodique veut que les charges et les produits qui se rapportent à une période comptable déterminée (p. ex. les intérêts, les loyers, etc.) soient affectés à cette période par le biais des comptes de régularisation. Les charges et les produits doivent donc être enregistrés dans les comptes annuels quelle que soit la période où le paiement correspondant intervient. Lorsqu'une contre-prestation est décalée dans le temps, le produit réalisé doit donc être régularisé. Dans ce type de comptabilité, les recettes encaissées avant la date du bilan qui correspondent à des produits qui n'ont pas encore été réalisés à cette date, doivent être inscrits dans les passifs de régularisation, tandis que les dépenses effectives à la date du bilan, mais qui correspondent à des charges qui se réaliseront ultérieurement, doivent être inscrites dans les actifs de régularisation (cf. art. 959a, al. 1, ch. 1, let. e, et al. 2, ch. 1, let. d).

Le principe du rattachement des charges aux produits (parfois aussi appelé «principe de la délimitation matérielle» ou *matching of cost and revenue*) veut que toutes les charges qui servent à générer des produits donnés soient prises en considération en fonction de l'inscription du produit correspondant au compte de résultat (cf. art. 959b). Le produit de la vente, ou la valeur des biens fabriqués mais pas encore vendus au cours de l'exercice sous revue, doit par exemple être mis en relation avec les charges de personnel et de matériel correspondantes, mais également avec la contre-valeur correspondant à l'utilisation des machines, sous forme d'amortissements.

Conformément à l'al. 2, lorsque les produits nets des ventes de biens et de prestations de services (cf. art. 959b, al. 2, ch. 1, et al. 3, ch. 1) ou que les produits financiers (cf. art. 959b, al. 2, ch. 7, et al. 3, ch. 4) ne dépassent pas 100 000 francs, l'entreprise peut exceptionnellement déroger au principe de la délimitation périodique des produits et des charges, donc à la comptabilité d'engagement, et établir une comptabilité de trésorerie dans laquelle ne sont inventoriées que les recettes et les dépenses effectives. Le projet ne prescrit donc le principe de la délimitation périodique que pour les entreprises qui atteindront les futurs seuils d'assujettissement à la TVA et d'obligation de tenir une comptabilité prévus dans le projet de révision de la loi sur la TVA¹⁸⁴. Il en résulte un allègement pour les très petites entreprises qui, pour autant qu'elles soient exploitées en la forme de l'entreprise individuelle, ne devront pas tenir une comptabilité d'engagement et pourront se contenter d'une comptabilité de trésorerie (cf. art. 957, al. 2).

¹⁸⁴ L'art. 21 en relation avec l'art. 58 de la loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (loi sur la TVA, LTVA; RS 641.20) oblige les personnes réalisant un chiffre d'affaires soumis à l'impôt de 75 000 francs à tenir une comptabilité. Selon le projet de simplification de la loi sur la TVA qui a été mis en consultation, ce seuil doit être relevé à 100 000 francs (art. 9 en relation avec l'art. 58 AP LTVA). Le Conseil fédéral adoptera vraisemblablement le projet à l'intention des Chambres fédérales durant l'été 2008.

Tout comme pour la comptabilité (cf. art. 957a, al. 2), la pratique a développé un certain nombre de principes régissant l'établissement et la présentation des comptes dont les destinataires des états financiers peuvent exiger le respect.

Le principe de régularité, qui regroupe et résume ces exigences minimales, est aujourd'hui déjà opposable à la société anonyme (cf. art. 662a, al. 2, CO). La nouveauté introduite par le projet est l'extension de son champ d'application à toutes les entreprises. Les principes énoncés ici n'ont donc rien de nouveau ni de révolutionnaire.

Le principe de régularité n'est ni un droit coutumier ni un usage commercial. Il est continuellement développé par la doctrine et la jurisprudence. Les différentes normes et les ouvrages de doctrine regroupent les différents aspects de ce principe de diverses manières, dans la mesure où il est difficile de les délimiter clairement. L'énumération des principes regroupés sous le terme de «principe de régularité» n'est donc pas exhaustive et laisse une marge d'appréciation suffisante pour intégrer les développements futurs de la doctrine et de la jurisprudence.

Le principe de la clarté qui est énoncé au ch. 1 fait référence à la présentation formelle des comptes annuels. Il exige en particulier une structure transparente et pertinente et, dans certaines circonstances, l'exposé d'informations particulières dans une annexe. Il s'étend également à l'utilisation de libellés précis et détaillés pour les différents postes des comptes annuels.

Pour être conformes au principe de l'intelligibilité, les comptes doivent être établis de telle sorte que les destinataires disposant de connaissances appropriées dans le domaine comptable puissent les comprendre sans difficulté, dans leur intégralité.

L'intégralité au sens du ch. 2 signifie que toutes les informations qui sont nécessaires à l'évaluation de la situation économique de l'entreprise (cf. art. 957a, al. 1) doivent être communiquées, en particulier que toutes les dettes doivent être complètement enregistrées.

Conformément au principe de la fiabilité posé au ch. 3, les informations fournies dans les comptes doivent être exemptes d'erreurs importantes et de distorsions. Les destinataires des comptes annuels doivent pouvoir se fier au contenu des comptes. Le principe de la fiabilité englobe aussi les principes de l'exactitude des comptes, de la sincérité du bilan et de l'absence d'arbitraire.

Le projet de révision du droit comptable n'inclut plus la prudence dans le principe de régularité, comme c'est actuellement le cas dans le droit de la société anonyme (cf. art. 662a, al. 2, ch. 3, CO), mais dans le droit régissant l'évaluation des comptes (cf. art. 960, al. 2 et 3).

Les comptes n'ont pas pour but de satisfaire les curieux mais d'informer les différentes parties intéressées afin qu'elles puissent exercer leurs droits judicieusement. Ils ne sont donc pas soumis à un impératif de précision absolue. Les faits et chiffres de moindre importance, qui n'ont aucune influence sur la formation de l'opinion des destinataires des comptes (cf. art. 958, al. 1) peuvent donc être ignorés. La liste des transactions et autres événements liés à une activité commerciale se traduirait dans la plupart des cas par une liste confuse de détails. Au ch. 4, le législateur pose donc le principe de l'importance relative, qui crée d'une part une marge discrétionnaire en matière de présentation et d'évaluation, et oblige d'autre part l'entreprise à ne pas

surcharger ses rapports de détails. Le bilan d'un groupe international établi au centime près pourrait donner un faux sentiment de sécurité, car à cette échelle il est impossible d'obtenir une telle précision. Une foison de détails pourrait aussi rendre plus opaques certains aspects essentiels.

Les informations sont considérées comme essentielles ou indispensables dès lors que leur absence ou des erreurs dans leur présentation peuvent influencer les décisions qui doivent être prises sur la base des comptes annuels. Il n'existe aucune règle générale pour déterminer si une transaction ou un événement est essentiel. La situation doit être examinée au cas par cas. L'entreprise doit exercer son pouvoir discrétionnaire à bon escient et en considération des objectifs de l'établissement des comptes.

Le principe de la permanence de la présentation et des méthodes d'évaluation visé au ch. 5 découle en quelque sorte des principes précédents. Mais vu son importance pratique, il est énoncé explicitement. Lorsqu'ils comparent les états financiers sur plusieurs périodes comptables, les destinataires doivent pouvoir partir de l'hypothèse que les comptes ont été dressés à l'aide des mêmes principes de présentation et d'évaluation. Sur le plan formel, le principe de permanence veut que la structure des comptes et la forme de la publication ne changent pas. Sur le plan matériel, les principes d'évaluation et de présentation qui ont été choisis doivent être appliqués de façon durable. Les dispositions relatives à l'évaluation (cf. art. 960 ss) laissent toutefois une marge de manœuvre assez grande dans la perspective de la taxation, et cette liberté ne doit pas obligatoirement être exercée de la même manière lors de chaque période comptable. En revanche, le principe de permanence de la présentation ne souffre aucune exception.

Le projet reste volontairement muet sur le thème de la comparabilité, car cela pourrait donner l'impression que les comptes établis selon le code des obligations servent à faire des comparaisons entre les entreprises. Mais le but du principe de permanence est bien de permettre la comparaison des états financiers d'une entreprise à travers le temps.

La compensation des actifs et des passifs ainsi que des charges et des produits ou leur présentation en montants nets nuit à la clarté de la présentation. C'est pourquoi le ch. 6 énonce explicitement l'interdiction de compenser les actifs avec les passifs ainsi que les charges avec les produits (principe de la présentation brute). Il ne s'agit cependant pas d'une interdiction générale de compenser les postes d'avoir et de doit. Les aspects déterminants sont ici la clarté et l'intelligibilité: dans cette perspective, il est clairement inadmissible de compenser des charges exceptionnelles qui surviennent – pour quelque raison que ce soit – avec une certaine régularité, avec des produits exceptionnels, qui sont plutôt de nature «non récurrente» (p. ex. aliénation d'actifs sous-évalués, qui ne sont pas liés à l'activité opérationnelle).

Selon l'al. 2, le montant de chaque poste présenté dans le bilan et dans l'annexe doit être justifié par un inventaire ou d'une autre manière. L'obligation de dresser un inventaire est ainsi formulée plus clairement que dans le droit actuel (cf. art. 958 CO). Elle est aussi étendue à tous les postes essentiels de l'actif, mais n'est plus mise en exergue comme c'est le cas aujourd'hui.

Selon l'al. 3, la présentation des comptes doit être adaptée aux particularités de l'entreprise et de la branche, sans préjudice du contenu minimum prévu par la loi. Les particularités en question doivent être prises en considération au moyen d'une présentation appropriée et de dénominations pertinentes.

Art. 958d Présentation, monnaie et langue

Selon l'al. 1, l'entreprise peut présenter le bilan et le compte de résultat soit sous forme de tableau soit sous forme de liste. S'ils sont présentés sous forme de tableau (ou de compte), le doit représenter l'actif, respectivement les charges, et l'avoir le passif, respectivement les produits. La présentation sous forme de liste n'est pratiquement utilisée que pour le compte de résultat (cf. art. 959b). S'ils sont présentés de cette manière, les revenus et les charges sont regroupés par nature économique avec, à chaque fois, un résultat net.

Les postes qui ont une valeur nulle ou insignifiante ne doivent pas être présentés séparément mais peuvent être regroupés par nature ou par fonction, en application du principe de l'importance relative (cf. art. 958c, al. 1, ch. 4).

L'al. 2 exige que les comptes annuels présentent les valeurs de l'exercice sous revue et celles de l'exercice précédent. Cela doit faciliter la comparaison et permettre de vérifier que le principe de permanence du bilan est respecté (cf. commentaire de l'art. 958c, al. 1, ch. 5). Cette disposition s'applique à l'ensemble des comptes et concerne donc aussi les chiffres présentés dans l'annexe.

Comme pour la comptabilité, le projet propose une solution libérale pour la monnaie et la langue d'établissement des comptes (cf. art. 957a, al. 4 et 5). Selon les al. 3 et 4, l'entreprise peut établir ses comptes dans sa monnaie fonctionnelle et en anglais. Etant donné que les comptes annuels, bien plus que la comptabilité, sont destinés à des usagers externes et que l'on ne peut exiger des destinataires qu'ils procèdent eux-mêmes aux conversions monétaires, le projet exige aussi l'indication des montants dans la monnaie nationale, ce qui n'est pas le cas pour la comptabilité. De plus, les comptes annuels établis selon le code des obligations servent de base de taxation, laquelle se fait également dans la monnaie nationale.

Les cours de conversion doivent être mentionnés et éventuellement commentés dans l'annexe (cf. art. 959c). Le projet autorise le recours à plusieurs cours de conversion et ouvre ainsi la porte à différentes méthodes de conversion monétaire (p. ex. cours à la date de bouclage des comptes pour le bilan et cours moyen pour le compte de résultat). Parfois la seule mention du cours n'est pas suffisante. Pour faciliter la compréhension, il est nécessaire d'expliquer pourquoi des cours différents sont utilisés pour certains postes.

Art. 958e Publication et consultation

Les dispositions sur la publication et la consultation des comptes reprennent les règles actuelles du droit de la société anonyme (cf. art. 967h CO). La formulation a toutefois été adaptée afin de créer une réglementation indépendante de la forme juridique.

L'al. 1 exige que lorsqu'une entreprise est débitrice d'un emprunt par obligations ou qu'elle a des titres de participation cotés en bourse, ses comptes annuels et ses comptes consolidés, accompagnés des rapports de révision, soient publiés dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) ou soient délivrés à quiconque en fait la demande, à ses frais, pendant les douze mois qui suivent leur approbation. L'obligation de publier les comptes est donc limitée aux entreprises qui se financent sur le marché des capitaux.

Pour toutes les autres entreprises, l'al. 2 garantit un droit de consultation du rapport de gestion et des rapports de révision opposable aux créanciers qui peuvent faire valoir un intérêt digne de protection. Cette disposition reprend ainsi une règle éprouvée du droit actuel de la société anonyme. Dans la pratique, la notion d'intérêt digne de protection est interprétée de façon stricte. Le droit de consultation ne doit en effet pas servir à satisfaire une curiosité excessive ou à percer le secret des affaires. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le créancier doit en effet démontrer que l'exécution de sa créance paraît concrètement mise en péril. La relation entre le montant de la créance et les droits patrimoniaux du créancier doit aussi être prise en considération pour justifier la consultation des documents précités.

Si, en plus des comptes établis selon le code des obligations, l'entreprise dresse aussi des états financiers selon une norme comptable reconnue (cf. art. 962 ss), ceux-ci ne font pas partie intégrante du rapport de gestion. Mais si elle établit ses comptes uniquement selon une norme comptable, ceux-ci remplacent les comptes établis selon le code des obligations. Ils font alors partie intégrante du rapport de gestion et peuvent être consultés si les conditions évoquées ci-dessus sont remplies.

Art. 958f Tenue et conservation des livres

Selon l'al. 1, les livres et les pièces comptables ainsi que le rapport de gestion et le rapport de révision doivent être conservés pendant dix ans. Ce délai court dès la fin de l'exercice.

L'al. 2 exige que l'entreprise conserve un exemplaire imprimé et signé – autrement dit l'original – du rapport de gestion et du rapport de révision. S'ils sont conservés sous forme électronique, les livres et les pièces comptables doivent être pourvus d'une signature électronique qualifiée¹⁸⁵.

En vertu de l'al. 3, les livres¹⁸⁶ et les pièces comptables peuvent être conservés sur support papier, sur support électronique ou sous toute forme équivalente, pour autant que le lien avec les transactions et autres événements sur lesquels ils portent soit garanti et que leur lecture reste possible en toutes circonstances.

Le droit actuel exige que toute la correspondance soit conservée (cf. art. 957, al. 2, CO). Dans bien des cas, celle-ci ne revêt toutefois aucune valeur pour la comptabilité et pour l'établissement des comptes. Cette règle est donc génératrice de coûts qui pourraient être évités. Le projet limite donc l'obligation de conservation aux pièces comptables (sur la notion de pièce comptable, voir le commentaire de l'art. 957a, al. 2, ch. 2 et 5, et al. 3).

¹⁸⁵ Le message sur la révision de la comptabilité commerciale (conservation des livres) indiquait déjà que cette disposition devrait probablement être modifiée lors de l'introduction de la signature électronique (message du 31 mars 1999 concernant la révision du Titre trente-deuxième du code des obligations [De la comptabilité commerciale], FF 1999 4753 ss, 4767). Cette indication est devenue caduque avec l'entrée en vigueur des dispositions sur la reconnaissance des signatures électroniques, notamment de l'art. 14 CO et de la loi du 19 décembre 2003 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (loi sur la signature électronique, SCSE), RS 943.03.

¹⁸⁶ Voir également les dispositions de l'ordonnance du Conseil fédéral du 24 avril 2002 concernant la conservation des livres de comptes (Olico), RS 221.431.

L'al. 4 délègue au Conseil fédéral la compétence d'édicter certaines prescriptions qui sont aujourd'hui définies dans l'ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de comptes¹⁸⁷.

2.2.2 Comptes annuels

Art. 959 Bilan; but du bilan, conditions pour la comptabilisation au bilan

Le projet énonce les principales notions juridiques relatives au bilan, comblant ainsi une lacune du droit actuel.

L'al. 1 annonce le but du bilan qui est de présenter l'état du patrimoine et la situation financière de l'entreprise à la date du bilan.

Selon l'al. 2, l'actif comprend les éléments du patrimoine dont l'entreprise peut disposer en raison d'événements passés, dont elle attend un flux d'avantages économiques et dont la valeur peut être estimée avec un degré de fiabilité suffisant. Aucun autre élément du patrimoine ne peut être porté au bilan.

Le droit en vigueur permet d'inscrire au bilan les frais de fondation, d'augmentation du capital et d'organisation engendrés par la constitution, l'extension ou la transformation de l'entreprise. Ces frais doivent être indiqués séparément et amortis sur cinq ans (cf. art. 664 CO). Or les frais de fondation sont des charges et ils n'ont pas qualité d'actifs transférables ou réalisables. Le bilan ne doit pas donner l'impression que le substrat de responsabilité est supérieur à ce qu'il est vraiment. Le projet n'autorise donc plus l'inscription des frais de fondation, d'augmentation du capital et d'organisation à l'actif du bilan, s'alignant en cela sur les pratiques internationales. En revanche, il est permis de constituer des provisions au titre des assainissements et des restructurations (cf. art. 960e, al. 3, ch. 2 et 3). Certains frais d'organisation, par exemple pour le développement d'un marché, font partie des immobilisations incorporelles et peuvent donc être portés au bilan à ce titre (cf. art. 959a, al. 1, ch. 2, let. d).

Conformément à l'al. 3, l'actif circulant comprend la trésorerie ainsi que les actifs qui seront vraisemblablement réalisés soit au cours des douze mois suivant la date du bilan, soit dans le cycle normal des affaires, ou encore d'une autre manière. Tous les autres actifs sont classés dans l'actif immobilisé (cf. art. 959a, al. 1, ch. 1 et 2).

Selon l'al. 5, les capitaux étrangers comprennent les dettes qui résultent d'événements passés, qui entraînent une perte probable d'avantages économiques pour de l'entreprise et dont la valeur peut être estimée avec un degré de fiabilité suffisant. Il est notamment interdit de porter des dettes fictives au bilan.

L'al. 6 indique que les capitaux étrangers à court terme regroupent toutes les dettes qui seront vraisemblablement exigibles dans les douze mois suivant la date du bilan ou dans le cycle normal des affaires. Toutes les autres dettes sont classées dans les capitaux étrangers à long terme (cf. art. 959a, al. 2, ch. 1 et 2).

¹⁸⁷ Ordonnance du Conseil fédéral du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de comptes (Olico), RS **221.431**.

Enfin, l'al. 7 dispose que les capitaux propres, autrement dit la différence entre les actifs et les capitaux étrangers, doivent être présentés et structurés en fonction de la forme juridique de l'entreprise.

Art. 959a Structure minimale

La structure minimale du bilan est pratiquement calquée sur les dispositions actuelles du droit la société anonyme (cf. art. 663a CO), mais il s'agit véritablement d'un minimum. L'objectif premier est la clarté et l'intelligibilité du bilan. Une inflation de détails est contre-productive et peut même devenir une source de confusion. Il n'a donc pas été jugé souhaitable de prévoir une structure aussi détaillée que dans les directives européennes ou dans l'avant-projet LECCA. La structure minimale s'aligne ainsi sur les prescriptions sommaires de référentiels comptables reconnus tels que les normes IFRS ou US GAAP.

L'al. 1 prévoit que l'actif du bilan est présenté par ordre de liquidité décroissante. La subdivision entre l'actif circulant et l'actif immobilisé est maintenue, conformément à la délimitation décrite précédemment (cf. art. 959, al. 3).

Un certain nombre de postes appellent des commentaires supplémentaires.

- Les propres parts du capital ne doivent plus être portées au bilan en tant qu'éléments du patrimoine mais d'une façon qui reflète la situation réelle, autrement dit le «remboursement» aux bailleurs de fonds et donc la réduction des capitaux propres. Il est à noter que ces rachats doivent être inscrits au bilan sous la position «propres parts du capital», en diminution des capitaux propres (cf. al. 2, ch. 3, let. d).
- Selon le ch. 1, let. a, les actifs cotés en bourse qui ont été acquis à des fins de placement à court terme doivent apparaître dans l'actif circulant. «A court terme» signifie que les valeurs sont détenues pour une durée inférieure à douze mois (cf. art. 960d). En cas contraire, les actifs doivent être portés au bilan dans les immobilisations financières (ch. 2, let. a). Cette différenciation rend la création d'un poste «Titres» superflue.
- Les immobilisations corporelles au sens du ch. 2, let. c, sont des valeurs corporelles qui sont affectées à la fabrication de biens, à la fourniture de prestations de services ou à des fins de placement. Cette catégorie d'actifs inclut notamment les biens-fonds non bâtis, les terrains et constructions, les installations et équipements et enfin les immobilisations corporelles en cours de construction.
- Les immobilisations incorporelles visées au ch. 2, let. d, sont des droits immatériels protégés par le droit de propriété ainsi que des valeurs non physiques qui peuvent être portées au bilan, par exemple un savoir-faire ou encore un goodwill (ou survaleur), à savoir la partie du prix d'achat qui correspond à la différence entre les actifs et les passifs lors de la reprise d'une affaire.

La même conception préside à la présentation du passif du bilan. En vertu de l'al. 2, il doit être présenté par ordre d'exigibilité croissante. Les dettes sont classées dans les capitaux étrangers à court terme si elles sont exigibles dans les douze mois suivant la date du bilan ou dans le cycle normal des affaires. La délimitation entre les dettes à court et à long terme a été expliquée précédemment (cf. art. 959, al. 6).

L'obligation de faire apparaître distinctement les dettes financières (dettes portant intérêt) en vertu du ch. 1, let. b et c, est nouvelle. Cela doit faciliter le calcul et l'analyse à l'aide d'indicateurs aujourd'hui courants tels que le bénéfice avant résultat financier et impôts (EBIT) et permettra des comparaisons transversales indépendamment des modalités de financement concrètes de l'entreprise.

Selon l'al. 3, le bilan ou l'annexe (art. 959c) doivent faire apparaître d'autres postes si ceux-ci sont essentiels à l'évaluation du patrimoine ou de la situation financière de la société par des tiers ou si cela répond aux usages dans le secteur d'activité de l'entreprise.

Conformément à l'al. 4, le bilan ou l'annexe (art. 959c) doivent indiquer séparément les créances et les dettes envers les détenteurs de participations directes ou indirectes et envers les organes, mais aussi envers les sociétés dans lesquelles l'entreprise détient une participation directe ou indirecte.

Art. 959b Compte de résultat; structure minimale

En vertu de l'al. 1, le compte de résultat reflète les résultats de l'entreprise durant l'exercice. La notion d'«exercice» englobe aussi les exercices incomplets ou prolongés qui peuvent se produire lorsqu'une entreprise n'est pas constituée à la date du bilan.

Le compte de résultat peut être établi selon la méthode de l'affectation des charges par nature (compte de résultat par nature, al. 2) ou de l'affectation des charges par fonction (compte de résultat par fonction, al. 3). Le compte de résultat par nature met en avant la nature des coûts, par exemple les charges de personnel, tandis que le compte de résultat par fonction est focalisé sur les processus de fourniture des prestations.

Un certain nombre de postes appellent des commentaires supplémentaires.

- Pour déterminer les produits nets des ventes visés aux al. 2, ch. 1, et 3, ch. 1, l'entreprise ne peut déduire des revenus bruts que les rabais, les escomptes (ou ristournes) et les produits retournés, mais pas les charges qui ont servi à réaliser le chiffre d'affaires.
- Les charges et les produits exceptionnels visés aux al. 2, ch. 9, et 3, ch. 6, se réfèrent à des événements inhabituels, généralement uniques ou qui ne sont pas directement liés à la marche des affaires.
- Les prestations de services non facturées selon l'al. 2, ch. 2, sont assimilables aux produits non finis d'une usine de production.

Lorsque l'entreprise choisit la variante du compte de résultat par fonction, l'al. 4 exige que l'annexe indique séparément les charges de personnel ainsi que les amortissements et corrections de valeur sur les postes de l'actif immobilisé. Sinon, ces chiffres n'apparaîtraient nulle part.

Le droit en vigueur ne dit pas clairement si les options sur des droits de participation qui sont attribuées aux membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration, aux membres de la direction et aux travailleurs doivent être comptabilisées dans le compte de résultat ni comment elles doivent l'être. Pour en finir avec la controverse, l'al. 5 dispose que ces options doivent être comptabilisées dans le

compte de résultat. L'attribution de droits de participation est soumise à la même réglementation.

Art. 959c Annexe

Le projet reprend la conception actuelle du droit de la société anonyme, dans laquelle les comptes annuels doivent comporter une annexe (cf. art. 663*b* CO). L'art. 959*c* redéfinit cependant son contenu et rend l'annexe obligatoire pour toutes les entreprises.

Conformément à l'al. 1, l'annexe remplit trois fonctions: premièrement, elle donne des informations sur les principes comptables appliqués lors de l'établissement des comptes annuels, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas déjà prescrits par la loi (ch. 1); deuxièmement, elle fournit des compléments d'information, une structure détaillée et des commentaires concernant certains postes du bilan et du compte de résultat (ch. 2); troisièmement, elle présente d'autres informations prescrites par la loi (ch. 3), par exemple les informations supplémentaires requises de la part des sociétés dont les actions sont cotées en bourse (art. 663*b*^{bis} CO) ou les informations concernant la marge de fluctuation du capital (cf. art. 653*y*).

Un certain nombre de postes de l'alinéa 2 appellent des commentaires supplémentaires.

- Lors de la procédure de consultation, plusieurs organisations ont suggéré de supprimer l'obligation de déclarer la moyenne annuelle des emplois à plein temps prévue à l'al. 2, ch. 2. Cette information est toutefois nécessaire pour identifier les PME, en particulier dans l'optique des critères de différenciation applicables dans le régime comptable (cf. art. 961 ss), dans la révision (cf. art. 727*a* CO¹⁸⁸) et dans le cadre de fusions (cf. art. 2, let. e, LFus¹⁸⁹). Contrairement à l'avant-projet, le projet n'exige cependant pas l'indication d'un chiffre absolu mais simplement une déclaration attestant que la moyenne annuelle des emplois à plein temps n'est pas supérieure, selon les cas, à dix, à cinquante ou à deux cents. Le chiffre concret doit être indiqué dans le rapport annuel (cf. art. 961*c*, al. 2, ch. 1), qui n'est toutefois pas contrôlé par l'organe de révision.
- En relation avec l'obligation de dresser des comptes consolidés (cf. art. 963 ss), le ch. 3 exige des informations sur d'éventuelles participations directes ou sur des participations indirectes importantes dans d'autres entreprises.
- Les sûretés visées au ch. 8 sont en particulier les cautionnements, les garanties à l'égard de tiers, les nantissements, les cessions à titre de garantie et les transferts de propriété à fin de garantie. La notion de garantie visée au ch. 9 recouvre les mêmes opérations.
- Le ch. 12 demande à l'entreprise de rapporter dans l'annexe les événements positifs ou négatifs survenus entre la date du bilan et l'approbation des comptes annuels par l'organe compétent. De leur côté, les comptes annuels ne font apparaître que les événements qui sont certains à la date du bilan. Par

¹⁸⁸ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6810), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

¹⁸⁹ Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus), RS 221.301.

exemple, si une procédure de faillite est ouverte à l'encontre d'un débiteur de l'entreprise avant la date du bilan, il faut constituer des corrections de valeur et des provisions en conséquence dans les comptes annuels courants. Mais les événements qui se réalisent après la date du bilan n'apparaîtront que dans les prochains comptes annuels. Seuls font exception les événements qui revêtent une importance cruciale pour la formation de l'opinion de l'organe chargé d'approuver les comptes annuels. Tel pourrait être le cas, par exemple, d'une nouvelle procédure judiciaire. L'annexe doit alors indiquer la nature de l'événement et donner une estimation de ses conséquences financières. Si cette estimation n'est pas possible (cf. art. 960e, al. 2), cela doit aussi être indiqué dans l'annexe.

- Le nouveau droit de la révision exige que les motifs qui ont conduit l'organe de révision à démissionner avant le terme de son mandat soient communiqués¹⁹⁰. Cette disposition est toutefois reformulée pour des questions rédactionnelles.

Le droit actuel exige, entre autres, des informations sur les valeurs d'assurance-incendie des immobilisations corporelles (cf. art. 663b, al. 4, CO), ce qui est plutôt inhabituel en comparaison internationale car la pertinence de ces chiffres est limitée. Les valeurs d'assurance-incendie se basent sur la valeur à neuf; or les valeurs réelles se déprécient à raison de leur utilisation. Etant donné que la différence entre la valeur d'assurance et la valeur comptable n'est pas automatiquement considérée comme réserve latente, les valeurs d'assurance-incendie peuvent induire en erreur.

Lors de la procédure de consultation, certaines prises de position ont émis le vœu que l'annexe comporte des informations sur toutes les augmentations et réductions du capital-actions. Dans le droit en vigueur, ces informations doivent être contenues dans le rapport annuel (cf. art. 663d CO) ou dans l'annexe aux comptes annuels (cf. art. 663b, ch. 11, CO). Il n'est cependant pas nécessaire qu'elles figurent obligatoirement dans le rapport annuel (cf. art. 961c) ou dans l'annexe puisque toute personne intéressée a la possibilité de s'informer auprès de l'office du registre du commerce sur le montant actuel du capital et sur ses variations. A cet égard, une disposition particulière a été prévue pour la marge de fluctuation du capital (cf. art. 653y).

Conformément à l'al. 3, les entreprises individuelles et les sociétés de personnes ne sont pas tenues d'établir une annexe si elles ne sont pas soumises aux prescriptions régissant l'établissement des comptes des grandes entreprises (art. 961 ss). Lorsque les prescriptions sur la structure minimale du bilan et du compte de résultat requièrent des informations supplémentaires dans l'annexe et que l'entreprise n'établit pas d'annexe, elle doit faire apparaître ces informations directement dans le bilan ou dans le compte de résultat.

Selon l'al. 4, les entreprises qui sont débitrices d'emprunts par obligations doivent indiquer séparément les montants, les taux d'intérêt, les échéances et les autres conditions de chacun de ces emprunts.

¹⁹⁰ Art. 663b, ch. 13, CO, dans la version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6841), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

L'évaluation est l'un des points les plus sensibles de l'établissement des comptes. Deux aspects doivent être pris en considération.

- D'une part, l'évaluation est subjective par nature. Lors de la première comptabilisation, l'évaluation est relativement simple puisque l'entreprise peut se baser sur le coût d'acquisition ou de revient. La situation est plus complexe pour les évaluations subséquentes, c'est-à-dire lors de boucllements ultérieurs, car l'entreprise peut recourir à différentes méthodes qui peuvent toutes être appropriées. Aussi précises que puissent être les prescriptions en matière d'évaluation, il subsistera toujours une marge discrétionnaire et ce tant pour l'évaluation des actifs que pour la détermination du montant des provisions.
- D'autre part, dans la perspective de la neutralité fiscale du projet (cf. ci-dessus ch. 1.3.5.6), il faut tenir compte de la pratique actuelle, qui permet de constituer des réserves latentes et de différer ainsi l'imposition des bénéfices pendant un certain temps.

Il faut aussi souligner que de nombreuses méthodes d'évaluation modernes supposent la définition préalable d'hypothèses complexes. Cela requiert des connaissances comptables auxquelles la plupart des PME n'ont pas accès.

Le projet se limite donc à énoncer quelques principes fondamentaux et laisse le soin de résoudre les problèmes d'évaluation plus complexes soit aux entreprises – en les obligeant à indiquer la méthode choisie dans l'annexe (art. 959c) – soit à l'instance de normalisation, pour la catégorie des états financiers établis selon une norme comptable reconnue (art. 962 ss).

L'al. 1 pose le principe de l'évaluation individuelle des actifs et des dettes. En règle générale, l'évaluation individuelle est sans grande importance pour les créances (cf. art. 960b) et les stocks de marchandises (cf. art. 960c). Pour déterminer les corrections de valeur sur les créances envers la clientèle, il est par exemple possible de regrouper toutes les créances envers des clients suisses et de ventiler les créances envers l'étranger dans plusieurs groupes en fonction du risque pays. Dans le stock de marchandises, il est possible de considérer toutes les positions individuelles de même nature comme une position unique. En revanche, le principe de l'évaluation individuelle exclut qu'au sein de l'actif immobilisé (cf. art. 960d) l'entreprise compense entre elles les plus-values et les moins-values sur ses participations dans différentes entreprises ou sur les différents immeubles de rapport qu'elle possède.

Il va de soi que l'évaluation doit porter sur la situation à la date du bilan (principe de la date du bilan; art. 959, al. 1).

L'al. 2 énonce le principe de prudence dans l'évaluation. La prudence ne doit cependant pas empêcher l'appréciation fiable de la situation économique de l'entreprise (cf. art. 958, al. 1). Ce principe veut que la situation économique soit présentée sans excès d'optimisme, que la durée d'utilisation des actifs ne soit pas trop longue, que les corrections de valeurs ne soit pas calculées avec une marge insuffisante et que les risques ne soient pas sous-estimés.

Le projet distingue nettement le principe de prudence du principe de régularité (cf. art. 958c, al. 1, et dans le droit actuel de la société anonyme, art. 662a, al. 2, ch. 3, CO). L'évaluation des actifs et des dettes offre une marge discrétionnaire qui ne doit cependant pas être utilisée de façon agressive. L'évaluation doit être motivée et doit déboucher sur un résultat réaliste pour les douze mois suivants. Le principe

de prudence fait donc partie intégrante de la notion d'évaluation. Là où il faut éviter une évaluation trop basse, le projet le mentionne explicitement.

La conception moderne des comptes peut déboucher sur des surévaluations, par exemple à la suite d'une modification des conditions cadres ou des hypothèses. Ainsi, en application de l'al. 3 les valeurs doivent être vérifiées lorsqu'il existe des indices concrets que des actifs sont surévalués ou que des provisions sont insuffisantes et, le cas échéant, elles doivent être ajustées. Ce principe dit «d'imparité» (*impairment*) exige aujourd'hui déjà que les pertes identifiables soient prises en considération (contrairement aux pertes futures, qui en sont pas encore réalisées).

Art. 960a Actifs; en général

Le projet établit une différence entre la première évaluation des actifs portés au bilan (première comptabilisation) et leur évaluation pour les périodes comptables ultérieures (évaluation subséquente).

Selon l'al. 1, les actifs doivent être évalués au coût d'acquisition ou au coût de revient (coût historique) lors de leur première comptabilisation au bilan.

Lors des évaluations subséquentes, l'al. 2 interdit en principe que la valeur des actifs soit fixée à un niveau supérieur au coût d'acquisition ou au coût de revient. Il émet toutefois une réserve pour les catégories d'actifs qui font l'objet d'une réglementation différente (p. ex. les actifs cotés en bourse qui sont détenus à court terme; cf. art. 960b).

Selon l'al. 3, les pertes de valeur dues à l'utilisation des actifs et au facteur temps doivent être comptabilisées par le biais d'amortissements. Celles qui sont dues à d'autres facteurs doivent l'être par le biais de corrections de valeur. Les amortissements sont des ajustements de valeur systématiques et récurrents, qui s'étalent généralement sur la durée d'utilité d'un actif ou qui sont fixés en fonction de sa capacité de rendement. Les corrections de valeur sont des ajustements uniques de la valeur d'un actif, par exemple en cas de perte sur une créance envers la clientèle ou sur un produit qui ne répond plus aux besoins du marché. Les corrections de valeur sont plutôt courantes sur les éléments de l'actif circulant comme les créances et les stocks.

Les corrections de valeur et les amortissements doivent être calculés conformément aux principes généralement admis dans le commerce. Le projet n'impose aucune méthode ou approche en particulier. Les méthodes et les approches choisies doivent toutefois être indiquées dans l'annexe (art. 959c) et, en application du principe de permanence, être utilisées sans changement d'un exercice à l'autre (il est toutefois permis d'adapter les valeurs discrétionnaires telles que la durée d'utilité ou le taux d'amortissement). Les méthodes d'amortissement usuelles (amortissement dégressif, progressif, linéaire ou unique) restent admises. En rapport avec les exigences du droit fiscal, les forfaits du croiro de 5 % (Suisse) et 10 % (étranger), l'abattement d'un tiers sur le stock de marchandises (*Warendrittel*) et l'amortissement unique des investissements demeurent aussi autorisés.

Si cela se justifie objectivement, il est possible de recourir à différentes méthodes d'amortissement dans un même poste du bilan. Dans les immobilisations corporelles, il peut par exemple s'avérer judicieux, suivant la réglementation fiscale cantonale, d'amortir les grandes installations presque entièrement l'année d'acquisition et en une seule fois (amortissement unique), mais de prévoir un amortissement dégres-

sif pour les machines et les véhicules, au taux maximum prescrit par les autorités fiscales.

Les corrections de valeur ne sont tolérées qu'à concurrence de la dépréciation effective intervenue à la suite d'un événement et il n'est pas permis d'anticiper les pertes futures. Les corrections de valeur sur les actifs et sur les dettes doivent donc être faites lorsque des pertes ou des risques sont identifiés et que leur réalisation apparaît plus que probable.

Il faut encore établir la distinction entre les corrections de valeur et la répartition planifiée du coût d'acquisition sur la durée d'utilité, conformément au principe de l'amortissement. Une correction de valeur est judicieuse lorsque des circonstances imprévisibles, qui ne découlent pas de l'utilisation régulière de l'actif, causent une dépréciation. Par contre, s'il s'avère nécessaire d'adapter le plan d'amortissement, il faut procéder à un rattrapage des amortissements planifiés.

Les amortissements et les corrections de valeur doivent être portés directement ou indirectement en déduction des actifs concernés, à charge du compte de résultat, et ne peuvent en aucun cas figurer au passif.

Selon l'al. 4, des amortissements et corrections de valeur supplémentaires peuvent être opérés aux fins de remplacement et pour assurer la prospérité de l'entreprise à long terme. Pour les mêmes motifs, l'entreprise peut aussi renoncer à dissoudre des amortissements et corrections de valeur qui ne sont plus justifiés. A cet égard, le projet reprend le droit en vigueur (cf. art. 669 CO). L'admissibilité de telles écritures sur le plan fiscal est toutefois fonction de la législation fiscale applicable.

La dissolution d'amortissements et de corrections de valeur issus d'exercices antérieurs est risquée lorsque la dissolution dépasse la somme des amortissements et corrections de valeur de l'exercice en cours, car elle entraîne une distorsion du résultat de l'exercice considéré. C'est pourquoi, en vertu de l'al. 5, le montant total issu de la dissolution de corrections de valeur et d'amortissements qui ne sont plus justifiés doit être indiqué séparément dans le compte de résultat ou dans l'annexe. En tout état de cause, les dispositions régissant l'évaluation maximale sont applicables. Une réglementation similaire est prévue pour les provisions (cf. art. 960e, al. 4).

Art. 960b Actifs cotés en bourse

Lors des évaluations subséquentes des actifs cotés en bourse, l'al. 1 autorise une évaluation au cours du jour à la date du bilan, même si celui-ci est supérieur à la valeur nominale ou au coût d'acquisition.

Les titres sont les principaux représentants de cette catégorie d'actifs, mais les métaux précieux et les marchandises (*commodities*) en font aussi partie. Les actifs cotés en bourse peuvent être portés au bilan en tant qu'actifs réalisables à court terme (actif circulant) ou en tant qu'immobilisations financières à long terme (actif immobilisé; cf. art. 960d). Le projet autorise l'évaluation au cours boursier dans les deux cas.

Si le cours boursier est supérieur au coût d'acquisition, des bénéfices non réalisés sont portés au bilan, ce qui constitue une entorse aux fondements de la présentation des comptes (cf. ci-dessus art. 960a). Cette exception existe cependant déjà, dans les grandes lignes, dans le droit actuel de la société anonyme (cf. art. 667, al. 1, CO).

Mais le projet prévoit de nouvelles mesures pour prévenir les abus. D'abord, une évaluation subséquente supérieure à la première évaluation n'est possible que pour les actifs cotés en bourse. Il n'existe par exemple pas de cours boursier au sens de cet alinéa pour les produits structurés sans marché véritable ou pour les actifs qui font occasionnellement l'objet d'échanges entre un plus grand nombre d'intervenants. Ensuite, ce mode d'évaluation doit obligatoirement être appliqué à tous les actifs du même poste du bilan qui sont cotés en bourse. Il n'est donc pas possible d'évaluer seulement certains actifs d'un poste du bilan à leur cours boursier afin d'améliorer le résultat global dans les proportions désirées. Enfin, le projet exige que l'annexe fasse apparaître séparément la valeur totale des titres et celle d'éventuels autres actifs cotés en bourse.

Lorsque des actifs sont évalués au cours boursier à la date du bilan, l'al. 2 permet la constitution d'une correction de valeur à charge du compte de résultat afin de tenir compte des fluctuations des cours, donc de la volatilité de l'évaluation. Cette conception de la présentation des comptes a déjà cours dans les entreprises d'assurances et dans les institutions de prévoyance, mais son application se justifie aussi pour d'autres entreprises qui souhaitent accroître la transparence en s'appuyant sur les cours boursiers. En constituant des réserves pour le risque de fluctuation, les entreprises peuvent – au moins partiellement – contrôler les effets négatifs d'une évaluation fondée sur le cours boursier. Ces corrections de valeur ne sont cependant pas admises si elles débouchent sur une évaluation des actifs concernés à une valeur inférieure soit à leur coût d'acquisition soit au cours boursier, lorsque celui-ci est plus bas que le coût d'acquisition.

Art. 960c Stocks et prestations de services non facturées

Si, lors des évaluations subséquentes des stocks et des prestations de services non facturées, la valeur vénale minorée des coûts résiduels prévisibles à la date du bilan est inférieure au coût d'acquisition ou au coût de revient, l'al. 1 exige que l'on retienne cette valeur (principe de la valeur minimale). Cette disposition est reprise du droit actuel de la société anonyme (cf. art. 666 CO). Le projet précise simplement que la valeur vénale doit d'emblée être minorée des coûts imputables à la commercialisation et à la distribution. En revanche il n'est pas demandé de tenir compte d'un bénéfice.

Selon l'al. 2, on entend par stocks les matières premières, les produits en cours de fabrication, les produits finis et les marchandises.

Art. 960d Actif immobilisé

L'actif immobilisé comprend, en vertu de l'al. 1, les valeurs acquises en vue d'une utilisation ou d'une détention à long terme. L'al. 2 précise que, par long terme, il faut entendre une période de plus de douze mois, clarifiant ainsi par ailleurs quels éléments du patrimoine doivent être classés dans l'actif circulant (cf. art. 959a, al. 1, ch. 1 et 2). L'intention de l'entreprise est le facteur déterminant.

Conformément à l'al. 3, une participation est une part du capital d'une autre entreprise qui est détenue à long terme et qui confère une influence notable. L'influence est présumée notable lorsque les parts de capital détenues donnent droit à au moins 20 % des droits de vote. Cette disposition est reprise du droit actuel de la société

anonyme (art. 665a CO), mais le projet permet désormais de réfuter la présomption d'une influence notable.

Art. 960e Dettes

En vertu de l'al. 1, les dettes doivent être comptabilisées à leur valeur nominale.

A l'al. 2, le projet définit les conditions dans lesquelles des provisions peuvent être constituées. Lorsque, en raison d'événements passés, l'entreprise doit s'attendre à un flux d'avantages économiques à sa charge lors d'exercices futurs, elle doit constituer des provisions par le compte de résultat, à concurrence du montant nécessaire (cf. art. 959b).

A l'inverse du droit actuel, le projet exige aussi que l'entreprise fournisse des informations au sujet des événements dont les conséquences financières ne peuvent être estimées avec un degré de fiabilité suffisant. On peut par exemple penser aux cas de responsabilité du fait des produits où, dans un premier temps, l'entreprise ne sait pas si elle sera effectivement tenue à réparation. C'est pour cette raison que les informations relatives aux provisions requises doivent être fournies dans l'annexe aux comptes annuels (art. 959c).

L'al. 3 énonce les cas dans lesquels des provisions peuvent être constituées, mais la liste n'est pas exhaustive.

Tout comme dans le droit actuel de la société anonyme (cf. art. 669, al. 2, CO), les provisions qui ne se justifient plus ne doivent pas obligatoirement être dissoutes. L'al. 4 exige toutefois qu'en cas de dissolution le montant total soit indiqué séparément dans le compte de résultat ou dans l'annexe aux comptes annuels. A ce sujet, nous renvoyons le lecteur aux explications données au sujet de la dissolution des corrections de valeur et amortissements qui ne sont plus justifiés (cf. art. 960a, al. 5).

Art. 960f Rapport avec le droit fiscal

Selon le droit en vigueur, les comptes annuels établis conformément aux dispositions du code des obligations servent de base de taxation pour les impôts sur le bénéfice ou sur le revenu (principe d'autorité du bilan commercial ou principe de l'importance déterminante du bilan commercial pour le droit fiscal). En principe, il en va de même pour les amortissements, les corrections de valeur et les provisions. Par conséquent, les corrections de valeur et les amortissements sur les éléments du patrimoine, de même que les provisions, doivent être comptabilisés dans le bilan commercial pour déployer des effets fiscaux. Il existe cependant des cas où ces écritures restent sans effet sur l'impôt, car si les montants sont excessifs, l'autorité fiscale peut les rectifier en tout ou en partie.

Pour améliorer la transparence, l'avant-projet proposait que les écritures rectifiées par le fisc soient aussi dissoutes dans le bilan commercial (art. 960f AP CO). Le droit commercial exigeait ainsi que les amortissements, corrections de valeur et provisions excessifs soient ramenés dans des proportions fiscalement admissibles.

Cette proposition a été rejetée lors de la procédure de consultation (cf. ci-dessus ch. 1.2.2.3). Plusieurs organisations ont proposé que le montant des amortissements, corrections de valeur et provisions refusés par les autorités fiscales ne soit pas dissous au bilan par le compte de résultat, mais qu'il soit indiqué dans l'annexe aux

comptes annuels. Cette proposition est acceptable car elle garantit l'effet de transparence recherché.

Par conséquent, l'al. 1 exige que le montant global des amortissements, des corrections de valeur et des provisions qui ont été refusés par les autorités fiscales soit indiqué dans l'annexe aux comptes annuels (art. 959c). L'indication doit se faire à partir de l'exercice où la décision de taxation est entrée en force.

Le droit commercial permet ainsi toujours de constituer des réserves d'évaluation – connues dans le droit suisse comme «réserves latentes» (cf. art. 669 CO dans le droit actuel de la société anonyme). Néanmoins, les destinataires des comptes annuels ont maintenant la possibilité de s'informer du montant des réserves latentes qui n'ont pas été reconnues par les autorités fiscales.

L'entreprise peut omettre cette information en vertu de l'al. 2, si elle dissout directement les amortissements, les corrections de valeur et les provisions refusés dans son bilan. Vu que la rectification à laquelle l'autorité fiscale a procédé se traduit par une augmentation des bénéfices d'exercices antérieurs – et par là des bénéfices non distribués affectés aux capitaux propres (réserves issues du bénéfice) –, la correction intervient uniquement au bilan, sans être passée par le compte de résultat. Les réserves issues du bénéfice servent ainsi de contrepartie aux actifs ou aux provisions concernés. Le droit en vigueur offre d'ailleurs déjà cette alternative. Les entreprises peuvent en effet choisir si elles préfèrent corriger les bénéfices retenus (réserves issues du bénéfice) et leur contrepartie dans le bilan ou si elles veulent faire apparaître les conséquences dans l'annexe, sous la forme d'une écriture globale unique. Si la correction intervient au bilan, elle doit être imputée sur l'actif ou sur la dette affectée par la rectification fiscale. Elle ne peut pas être comptabilisée dans un poste collectif. Etant donné que la correction du bénéfice n'est généralement définitive qu'après plusieurs années, elle n'est pas imputée sur le résultat et le bénéfice n'augmente pas. Il s'agit d'un simple jeu d'écritures entre deux postes du bilan, sans incidence sur le compte de résultat. Cette correction n'ayant pas d'incidence sur le résultat, elle permet aussi de déterminer le montant des capitaux propres jugé «correct» par les autorités fiscales, et qui peut par exemple servir de base pour l'imposition du capital.

L'al. 2 précise aussi que les entreprises qui n'établissent pas d'annexe (cf. art. 959c, al. 3) ont l'obligation de procéder à la dissolution des amortissements, des corrections de valeur et des provisions refusés dans leur bilan. Cette manière est la seule qui garantisse que toutes les entreprises communiquent le montant des amortissements, des corrections de valeur et des provisions qui ont été refusés par les autorités fiscales.

L'art. 960f s'applique aux comptes annuels individuels établis selon le code des obligations, mais pas aux états financiers individuels conformes à une norme comptable reconnue (art. 962 ss) et pas aux comptes annuels consolidés (art. 963 ss). Les comptes consolidés ne servent jamais de base de taxation et en principe, ceux qui sont établis selon une norme comptable reconnue non plus (pour les exceptions, voir l'art. 962, al. 1, en relation avec l'art. 207b P LIFD et 78d P LHID).

Le projet exige que les comptes annuels fassent apparaître les chiffres de l'exercice précédent à côté de ceux de l'exercice écoulé (cf. art. 958d, al. 2). Comme l'annexe fait partie des comptes annuels (cf. art. 958, al. 2), cette disposition vaut également pour l'annexe et en particulier pour la présentation des rectifications fiscales. De la

sorte, les destinataires des comptes annuels peuvent aussi constater l'évolution des réserves latentes qui n'ont pas été reconnues par le fisc.

2.2.3 **Présentation des comptes des grandes entreprises**

Art. 961 Exigences supplémentaires concernant le rapport de gestion

Selon les circonstances, la marche des affaires des entreprises d'une certaine taille peut avoir des conséquences considérables, directement ou indirectement, sur d'autres entreprises, sur le tissu économique local et pour les autorités. C'est la raison pour laquelle le projet pose des exigences supplémentaires en ce qui concerne le rapport de gestion des grandes entreprises. Conformément à l'al. 1, elles doivent fournir des informations supplémentaires dans l'annexe aux comptes annuels (art. 961a), intégrer un tableau des flux de trésorerie dans leurs comptes annuels (art. 961b) et rédiger un rapport annuel (art. 961c).

Dans l'intérêt de la clarté et de la cohérence de la réglementation, les critères de délimitation entre les PME et les grandes entreprises sont les mêmes que ceux adoptés par le législateur dans le cadre du nouveau droit de la révision qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (cf. art. 727, al. 1, CO¹⁹¹). Il n'existe aucune justification matérielle à la fixation de seuils différents pour la révision et pour l'établissement des comptes annuels. Il convient donc d'utiliser les mêmes critères.

En vertu de l'al. 1, il faut considérer comme «grandes», les entreprises que le nouveau droit de la révision soumet à un contrôle ordinaire. Ce régime s'applique aux sociétés ouvertes au public, à d'autres entreprises d'une certaine importance économique (dépassement de deux des trois critères suivants pendant deux exercices consécutifs: total du bilan de 10 millions de francs, chiffre d'affaires de 20 millions de francs, moyenne annuelle de 50 emplois à plein temps) et enfin aux entreprises qui sont tenues d'établir des comptes consolidés. Les entreprises qui ne remplissent pas ces critères sont considérées comme des PME et ne sont soumises à aucune des exigences supplémentaires prévues par le nouveau chapitre III.

Selon des estimations prudentes, entre 7000 et 10 000 entreprises sur les 400 000 que compte la Suisse devraient être touchées par les dispositions concernant les grandes entreprises.

Art. 961a Annexe aux comptes annuels

L'annexe aux comptes annuels (art. 959c) des grandes entreprises doit présenter un certain nombre d'informations supplémentaires.

Le financement des grandes entreprises par des capitaux étrangers peut parfois prendre des proportions importantes. C'est pour cette raison que le ch. 1 exige des informations sur la structure des échéances des dettes financières à long terme (art. 959a, al. 2, ch. 2, let. a), donc en premier lieu des crédits. En ce qui concerne les dettes financières exigibles à moins d'un an, elles sont déjà indiquées séparément dans le bilan (art. 959a, al. 2, ch. 1, let. b).

¹⁹¹ FF 2005 6809

Selon le ch. 2, l'annexe doit aussi faire apparaître distinctement les honoraires versés à l'organe de révision pour les prestations en matière de révision, d'une part, et pour les autres prestations de services, d'autre part.

L'avant-projet prévoyait que l'entreprise communique le montant global des indemnités perçues par les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration dans l'annexe aux comptes annuels (cf. art. 961, al. 2, ch. 3, AP CO). Cette disposition a disparu du projet car dans ce domaine, les réglementations propres à chaque forme juridique de société sont prépondérantes (art. 663b^{bis} CO pour la société anonyme, art. 801 CO pour la Sàrl¹⁹², art. 857, al. 2^{bis}, pour la société coopérative, art. 65, al. 4, P CC pour l'association, art. 84b P CC pour la fondation).

L'avant-projet voulait aussi que les grandes entreprises présentent des informations sur la réalisation d'une évaluation des risques (cf. art. 663b, ch. 12, CO¹⁹³). A ce sujet, nous renvoyons le lecteur au commentaire de l'art. 961c, al. 2, ch. 2.

Lorsque l'entreprise établit des comptes consolidés, elle n'est pas tenue de dresser une annexe au contenu élargi dans ses comptes annuels individuels (cf. art. 961d).

Art. 961b Tableau des flux de trésorerie

Les grandes entreprises doivent compléter leurs comptes annuels par un tableau des flux de trésorerie. Le tableau des flux de trésorerie (parfois aussi appelé abusivement «tableau de financement») fait apparaître les fluctuations de la trésorerie de l'entreprise par suite des encaissements et des décaissements liés aux activités d'exploitation, aux activités d'investissements et aux activités de financement. Cette subdivision est internationalement reconnue et pratiquée.

Le tableau des flux de trésorerie donne des renseignements sur les processus d'investissement et de financement et sur l'évolution des flux de trésorerie générés par l'activité commerciale de l'entreprise. Il comporte donc des informations supplémentaires importantes et particulièrement utiles pour évaluer l'évolution de la solvabilité de l'entreprise.

Dans les cas simples, le tableau des flux de trésorerie peut aussi être succinct. Le projet ne fixe aucune structure obligatoire. Néanmoins, sauf raison valable justifiant une dérogation, il convient d'adopter une structure analogue à la structure minimale du bilan (cf. art. 959a). La valeur de référence du tableau des flux de trésorerie – le fonds de commerce – est le poste du bilan intitulé «trésorerie» (art. 959a, al. 1, ch. 1, let. a).

Lorsque l'entreprise établit des comptes consolidés, elle n'est pas tenue de présenter un tableau des flux de trésorerie dans ses comptes annuels individuels (cf. art. 961d).

Art. 961c Rapport annuel

La terminologie allemande est partiellement harmonisée avec celle des directives européennes. L'expression «*Jahresbericht*» devient ainsi «*Lagebericht*», mais cette modification ne concerne pas la version française: le terme «rapport annuel» est conservé. Actuellement, toutes les sociétés anonymes sont tenues légalement de

¹⁹² Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6809 6828), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

¹⁹³ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6809 6841), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

présenter un rapport annuel. D'une part, le projet restreint cette obligation aux grandes sociétés anonymes, mais d'autre part, il l'étend à toutes les autres entreprises que la loi soumet au contrôle ordinaire.

Selon l'al. 1, le rapport annuel expose la marche des affaires et la situation économique de l'entreprise, le cas échéant de son groupe de sociétés (cf. art. 963 ss). Le rapport annuel doit être établi par écrit. Un compte rendu oral lors de l'assemblée générale est insuffisant. Les éléments présentés doivent souligner les aspects qui n'apparaissent pas dans les comptes annuels. Le rapport annuel ne doit pas se contenter de nommer mais doit rendre compte de manière détaillée des principaux facteurs qui ont influé sur l'évolution des affaires durant l'exercice sous revue. Il doit aussi commenter les indicateurs prospectifs et donner une appréciation générale des perspectives économiques de l'entreprise.

Conformément à l'al. 2, le rapport annuel doit renseigner en particulier sur la moyenne annuelle des emplois à plein temps (voir également ci-dessus le commentaire de l'art. 959c, al. 2, ch. 2), sur l'état des commandes et des mandats, sur les activités de recherche et développement, sur les événements exceptionnels et sur les perspectives de l'entreprise et de son contexte économique. Le projet n'exige aucun commentaire sur l'évolution des bénéfices de l'entreprise. Cette liste n'est pas exhaustive et, selon les circonstances, l'entreprise devra rendre compte d'autres aspects importants.

Le ch. 2 exige des informations sur la réalisation d'une évaluation des risques. Le nouveau droit de la révision instaure déjà une obligation comparable pour toutes les sociétés anonymes à l'art. 663b, ch. 12, CO¹⁹⁴. Toutefois cette disposition, à l'instar de tout le régime comptable de la société anonyme (art. 662 ss CO), est abrogée par le présent projet. Le nouveau régime comptable propose de limiter le champ d'application de cette obligation aux grandes entreprises. D'ici à l'entrée en vigueur du projet, les petites sociétés anonymes qui, à l'avenir, ne devront plus fournir d'indications sur la réalisation d'une évaluation des risques devront opter pour une approche qui évite des coûts uniques ayant des effets de longue durée. Par ailleurs, le projet n'exige plus l'indication des informations sur la réalisation d'une évaluation des risques dans l'annexe aux comptes annuels mais dans le rapport annuel.

Selon l'al. 3, le rapport annuel ne doit pas être en contradiction avec la situation économique présentée dans les comptes annuels. Contrairement à l'annexe au contenu élargi (art. 961a) et au tableau des flux de trésorerie (art. 961b), le rapport annuel ne fait pas partie des comptes annuels et à ce titre, il n'est pas contrôlé par l'organe de révision. Dans le cadre du contrôle ordinaire, l'organe de révision établit néanmoins un rapport détaillé à l'intention de l'organe supérieur de direction ou d'administration (*management letter*) dans lequel il doit relever d'éventuelles contradictions entre le rapport annuel et les comptes annuels (cf. art. 728b, al. 1, CO¹⁹⁵).

Le droit boursier pose des exigences généralement plus strictes au sujet du rapport annuel (en particulier *management discussion and analysis*). Les entreprises concernées peuvent se contenter d'un renvoi aux informations fournies dans le rapport annuel, qui sont publiées, pour autant que celles-ci soient au moins équivalentes à celles exigées par la législation.

¹⁹⁴ Version du 16 décembre 2005 (FF **2005** 6809, 6841), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

¹⁹⁵ Version du 16 décembre 2005 (FF **2005** 6809, 6812), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

Nous renvoyons le lecteur au commentaire de l'art. 959c, al. 2, pour ce qui concerne l'indication facultative des augmentations de capital réalisées durant l'exercice.

Lorsque l'entreprise établit des comptes consolidés, elle n'est pas tenue de présenter un rapport annuel avec ses comptes annuels individuels (cf. art. 961d).

Art. 961d Allègements en cas de comptes consolidés

Lors de la procédure de consultation, de nombreuses voix ont demandé des allègements pour les groupes de sociétés. Sans se détourner de ses objectifs, le projet peut accéder à certaines de ces aspirations. L'al. 1 dispose ainsi que l'entreprise n'est pas tenue de présenter une annexe au contenu élargi (art. 961b), un tableau des flux de trésorerie (art. 961c) et un rapport annuel (art. 961d) avec ses comptes annuels individuels lorsque elle-même ou une personne morale qui la contrôle établit des comptes consolidés conformément aux dispositions du code des obligations (cf. art. 963 ss). Il semble en effet peu judicieux d'exiger dans les comptes individuels des informations qui sont fournies de toute manière dans les comptes du groupe, la plupart du temps sous une forme plus détaillée et consolidée.

Dans certaines circonstances, les comptes individuels de la société présentent beaucoup plus d'intérêt que les comptes consolidés du niveau supérieur. Tel est le cas, par exemple, pour les associés qui n'ont pas de participation dans la société mère. De plus, les personnes qui ont un intérêt minoritaire dans une société affiliée n'ont généralement pas accès aux comptes consolidés de la société mère. C'est pourquoi l'al. 2 permet à différentes catégories de personnes d'exiger que l'entreprise établisse un rapport de gestion conformément aux dispositions du chapitre III. Il s'agit premièrement des associés, s'ils représentent ensemble au moins 10 % du capital social, deuxièmement de 10 % des membres de la société coopérative ou de 20 % des membres de l'association et troisièmement de tout associé ou membre qui répond personnellement des dettes de l'entreprise ou est soumis à une obligation de faire des versements supplémentaires.

2.2.4 Etats financiers établis selon une norme comptable reconnue

Art. 962 En général

Les dispositions actuelles du code des obligations sur l'établissement des comptes mettent l'accent sur la protection du capital et sur le principe de prudence. Son objectif premier est donc la protection des créanciers. Un autre aspect caractéristique du droit suisse est que les comptes annuels établis selon le code des obligations sont déterminants pour la taxation. L'approche qui s'est imposée sur la scène internationale au cours des dernières décennies est axée sur les décisions financières. Elle met donc l'accent sur les besoins en informations des marchés des capitaux. Les destinataires des états financiers sont les bailleurs de fonds de l'entreprise (principalement les porteurs de parts, les créanciers obligataires ainsi que les bailleurs de capitaux étrangers, p. ex. les banques) et tous sont intéressés à obtenir une image sincère et fidèle de la situation économique de l'entreprise (en ce qui concerne la présentation fidèle ou le principe de sincérité, voir ci-dessus ch. 1.3.5.5).

Dans l'optique économique qui préside à ce modèle comptable, l'imputation des charges et des produits sur la période comptable à laquelle ils se rattachent ainsi que l'évaluation adéquate des actifs et des dettes sont primordiales. Le nouveau régime comptable doit toutefois rester sans incidence fiscale (cf. ci-dessus ch. 1.3.5.6) et cet objectif ne permet guère d'accroître encore la transparence des comptes établis selon le code des obligations (cf. ci-dessus ch. 1.3.5.7).

Pour pallier ce conflit d'objectifs entre transparence et neutralité fiscale, le projet exige aussi l'établissement d'états financiers reflétant la situation économique réelle de l'entreprise lorsque certaines conditions sont remplies. Dans la pratique, cette dualité des comptes (*dual reporting*) est déjà courante. Pour différentes raisons, de nombreuses entreprises suisses dressent en effet d'ores et déjà des états financiers selon une norme comptable reconnue (Swiss GAAP RPC ou IFRS) en plus de leurs comptes annuels établis selon le droit des obligations suisse.

Donnant suite à un avis exprimé lors de la procédure de consultation, le projet permet d'éviter cette dualité des comptes. Selon l'al. 1, l'entreprise qui dresse ses états financiers selon une norme comptable reconnue n'est pas tenue d'établir ses comptes annuels conformément au code des obligations (art. 957 ss). Cela peut entraîner une charge fiscale accrue (pour les règles transitoires en matière de droit fiscal, voir ch. 2.4.5 et 2.4.6) que l'entreprise est toutefois prête à assumer. La décision de ne présenter que des états financiers établis selon une norme comptable reconnue peut être judicieuse dans les situations où les dispositions de la législation spéciale ou du droit boursier sur la présentation des comptes nécessitent des processus d'évaluation et l'indication de détails dont la duplication engendrerait des coûts considérables. Tel serait par exemple le cas des grandes banques.

Selon l'al. 2, il incombe à l'organe supérieur de direction ou d'administration de choisir une norme, à moins que les statuts, le contrat de société ou l'acte de fondation n'en disposent autrement ou que l'organe suprême de la société ne la fixe lui-même.

L'al. 3 énumère les cas dans lesquels l'entreprise doit obligatoirement dresser des états financiers selon une norme comptable reconnue, que les comptes annuels soient établis selon le CO ou non.

- Les sociétés dont les titres sont cotés en bourse doivent se plier à cette règle lorsque la bourse l'exige. Le renvoi à la réglementation boursière permet d'éviter toute contradiction. La bourse impose par exemple que les comptes consolidés soient établis selon une norme comptable reconnue. Les émetteurs qui ne publient pas des comptes consolidés doivent établir leurs états financiers individuels selon une norme comptable reconnue¹⁹⁶.
- Sous bien des aspects, les grandes sociétés coopératives sont comparables à des sociétés ouvertes au public. Il existe donc aussi un intérêt public à ce qu'elles présentent des comptes annuels reflétant la situation réelle.
- La même réflexion vaut pour les fondations d'une certaine importance économique. L'amélioration de la transparence est une condition nécessaire à l'accomplissement des tâches du conseil de fondation et de l'autorité de surveillance des fondations. Le projet reprend ici aussi les critères de taille définis dans le nouveau droit de la révision (dépassement de deux des trois

¹⁹⁶ Art. 66 ss du Règlement de cotation de la SWX, version du 1^{er} janvier 2007.

critères suivants pendant deux exercices consécutifs: total du bilan de 10 millions de francs, chiffre d'affaires de 20 millions de francs, moyenne annuelle de 50 emplois à plein temps)¹⁹⁷.

L'obligation de dresser des états financiers selon une norme comptable reconnue vaut indépendamment du fait que des comptes annuels au sens des art. 957 ss CO ait été établis ou non.

Tenant compte des résultats de la procédure de consultation, le projet renonce à étendre ce régime aux associations. Ainsi, contrairement à l'avant-projet, il n'oblige pas les associations que la loi soumet au contrôle ordinaire à dresser des états financiers selon une norme comptable reconnue (art. 962, al. 1, ch. 3, AP CO).

Dans certaines entreprises, l'établissement d'états financiers selon une norme comptable reconnue ne répond pas à un impératif d'ordre public, mais peut néanmoins s'avérer indispensable dans une optique de protection des intérêts minoritaires. L'établissement de tels états financiers revêt en effet une importance particulière dans certaines situations concrètes et personnelles, notamment lorsque les personnes qui dirigent l'entreprise possèdent la majorité des parts tandis que les associés minoritaires ne participent pas à la gestion des affaires. C'est pourquoi l'al. 4 prévoit que des associés qui représentent ensemble au moins 10 % du capital social (sociétés anonymes, Sàrl, sociétés coopératives ayant émis des parts sociales) peuvent exiger l'établissement d'états financiers conformes à une norme comptable reconnue. La même requête peut être formulée par 10 % des membres de la société coopérative (lorsque celle-ci n'a pas émis de parts sociales) ou par 20 % des membres de l'association. Un quorum plus élevé a été fixé pour les associations afin d'éviter que ce droit ne soit exercé abusivement. Toute personne (associé ou membre) qui répond personnellement des dettes de l'entreprise ou qui est soumise à une obligation de faire des versements supplémentaires peut également formuler cette exigence. Cette réglementation garantit une loyauté envers tous les propriétaires de l'entreprise lors de l'établissement des états financiers annuels.

En vertu de l'al. 5, l'obligation de dresser des états financiers selon une norme comptable reconnue s'éteint lorsque l'entreprise présente des comptes consolidés établis conformément au code des obligations (art. 963 ss), étant entendu que ces derniers sont par définition conformes à une norme comptable reconnue (art. 963b). Par conséquent, les destinataires des comptes ont la garantie que la présentation de la situation économique reflète la réalité.

Bien entendu, les entreprises peuvent établir leurs comptes individuels selon une norme comptable reconnue sans y être tenues. Dans ce cas, les art. 962 et 962a ne s'appliquent pas.

Inversement, en cas de dualité des comptes annuels, seuls les comptes annuels établis selon le code des obligations sont déterminants pour l'impôt. Si l'entreprise établit uniquement des états financiers selon une norme comptable reconnue, ceux-ci se substituent aux comptes annuels individuels aux fins de détermination de l'assiette fiscale des impôts sur le capital et sur le bénéficiaire. En tout état de cause, l'autorité fiscale prendra en compte les comptes annuels approuvés par l'organe compétent. Pour les dispositions transitoires du droit fiscal, nous renvoyons le lecteur au commentaire de l'art. 207b P LIFD (cf. ci-dessous ch. 2.4.5).

¹⁹⁷ Art. 83b, al. 3, CC en relation avec l'art. 727, al. 1, ch. 2, CO, dans la version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6809 6859), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

En théorie, il est possible qu'après avoir établi uniquement des états financiers selon une norme comptable reconnue, une entreprise revienne à des comptes annuels conformes au code des obligations. Mais en pratique, ce cas de figure ne devrait se présenter qu'isolément. En ce qui concerne les amortissements reconnus par l'autorité fiscale pour le premier exercice après le retour aux comptes annuels selon le code des obligations, les valeurs de référence sont celles qui étaient utilisées jusque-là dans les états financiers établis selon une norme comptable reconnue. En principe, le passage à des comptes annuels conformes au code des obligations ne doit pas donner lieu à des amortissements exceptionnels. Le montant des taux d'amortissement correspond ainsi aux valeurs usuelles admises par les autorités fiscales. Pour ce qui est du changement de système pendant la période d'application des dispositions transitoires en matière fiscale, nous renvoyons le lecteur aux explications relatives à l'art. 207b, al. 3, P LIFD (cf. ci-dessous ch. 2.4.5).

Art. 962a Normes comptables reconnues

Si les états financiers sont dressés selon une norme comptable reconnue (art. 962), l'entreprise doit, en application de l'al. 1, indiquer sur la base de quel référentiel ils ont été établis et s'ils remplacent les comptes annuels au sens du code des obligations.

Selon l'al. 2, la norme choisie doit être appliquée dans son intégralité et pour l'ensemble des états financiers. Le but de cette disposition est d'empêcher les abus, en particulier d'exclure la pratique du *standard picking* qui consiste à faire un choix sélectif de règles stipulées dans diverses normes comptables afin d'atteindre un objectif précis.

Conformément à l'al. 3, un expert-réviseur agréé doit vérifier le respect de la norme reconnue. Le projet se réfère ainsi au nouveau droit de la révision qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2008¹⁹⁸. En principe, ce contrôle incombe à l'organe de révision¹⁹⁹. Si l'entreprise n'a pas d'organe de révision²⁰⁰, elle doit confier ce contrôle à une entreprise ou à une personne agréée en tant qu'expert-réviseur. Il va de soi que les prescriptions relatives à l'indépendance de l'organe de révision doivent être respectées²⁰¹. Les états financiers doivent faire l'objet d'un contrôle ordinaire²⁰².

En vertu de l'al. 4, lorsque des états financiers conformes à une norme comptable reconnue ont été dressés en plus des comptes annuels établis selon le code des obligations, ils sont soumis à l'organe suprême dans le cadre de l'approbation des comptes annuels mais ne doivent pas être approuvés par cet organe.

Les normes comptables qui servent de base à l'établissement des états financiers visés par le chapitre IV sont des normes reconnues sur le plan suisse ou international. Pour pouvoir tenir compte de l'évolution internationale, l'al. 5 délègue au

¹⁹⁸ Voir art. 727b CO, dans la version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6810), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008, et art. 4 de la loi sur la surveillance de la révision, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2007.

¹⁹⁹ Voir art. 728a, al. 1, ch. 1, CO, dans la version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6812), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

²⁰⁰ Voir art. 727a CO (*opting out*), dans la version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6810), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

²⁰¹ Voir art. 728 CO, dans la version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6811), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

²⁰² Voir art. 728 ss CO, dans la version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6811), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

Conseil fédéral la compétence de désigner par voie d'ordonnance les normes reconues. Le gouvernement reconnaîtra vraisemblablement les normes les plus courantes en Suisse (Swiss GAAP RPC, IFRS et US GAAP), mais il pourrait aussi en désigner d'autres, en précisant quelles conditions doivent être remplies pour choisir une norme ou pour en changer. Il pourrait par exemple imposer si cette dernière veut choisir une norme inusitée dans notre pays qu'il existe un lien territorial avec les activités de l'entreprise. Le Conseil fédéral doit aussi fixer dans quelles conditions l'entreprise peut changer de norme comptable, en tenant compte des principes de permanence de la présentation et des méthodes d'évaluation, ainsi que de la comparabilité des données.

2.2.5 Comptes consolidés

Art. 963 Obligation

Les comptes annuels consolidés (comptes consolidés) sont un condensé des comptes annuels individuels des entreprises appartenant à un groupe, après élimination de tous les postes résultant des relations intragroupe. Les comptes consolidés sont un instrument d'information et d'analyse très important pour apprécier la situation économique d'un groupe d'entreprises.

En Suisse, la présentation de comptes consolidés n'est obligatoire que depuis la révision du droit de la société anonyme de 1991²⁰³. Jusqu'à présent, cette obligation était donc limitée aux entreprises qui revêtent la forme d'une société anonyme (cf. art. 663e ss CO). Quel que soit le statut juridique de la société mère, la situation économique d'un groupe d'entreprises ne peut toutefois être appréciée de façon judicieuse que sur la base de comptes consolidés.

Le projet reprend donc les dispositions qui concernaient jusqu'ici la société anonyme et étend le champ d'application de l'obligation de dresser des comptes consolidés à toutes les personnes morales (y compris les fondations et les associations) qui sont tenues d'établir des comptes et qui contrôlent d'autres entreprises. En revanche, les entreprises individuelles et les sociétés de personnes ne sont pas tenues d'établir des comptes consolidés. Cette exception ne devrait toutefois concerner qu'un nombre de cas très restreint dans lesquels l'absence d'obligation de consolidation sera compensée par la responsabilité personnelle de l'entrepreneur et des associés indéfiniment responsables.

L'al. 1 dispose ainsi que toute personne morale tenue d'établir des comptes, qui contrôle une ou plusieurs entreprises tenues d'établir des comptes, doit établir des comptes annuels consolidés pour l'ensemble des entreprises qu'elle contrôle. Comme le prévoit le droit actuel de la société anonyme (cf. art. 662, al. 1, CO), les comptes consolidés font partie intégrante du rapport de gestion (art. 958, al. 2). Ils tiennent lieu de comptes annuels et se composent donc des mêmes éléments que les comptes annuels individuels (cf. art. 959 ss). Le projet précise que le rapport annuel d'une entreprise tenue d'établir des comptes consolidés doit donner des informations

²⁰³ A l'époque, le législateur avait utilisé l'expression «comptes de groupe», mais il convient aujourd'hui d'utiliser le terme de «comptes consolidés» plus courant dans l'usage suisse et international.

sur l'ensemble du groupe (cf. art. 961c, al. 1). Par conséquent, l'établissement d'un rapport annuel distinct pour le groupe est superflu.

L'al. 2 définit quand une personne morale est réputée contrôler une autre entreprise au sens de la loi. L'obligation de consolidation englobe aussi les entreprises dont le siège est à l'étranger. Dans le droit actuel de la société anonyme, l'une des conditions préalables à l'obligation de consolidation est que les sociétés concernées soient réunies sous une direction unique, autrement dit que le contrôle soit réellement exercé (cf. art. 663e, al. 1, CO). Le projet abandonne ce critère, car il n'est pratiquement pas possible de prouver l'exercice effectif d'une influence. Il retient donc exclusivement le critère du contrôle de l'entreprise.

En vertu du ch. 1, une personne morale est donc réputée contrôler une autre entreprise lorsqu'elle dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême de la société (dans une société anonyme, au sein de l'assemblée générale). Tel est également le cas, selon le ch. 2, lorsqu'elle dispose directement ou indirectement du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration (dans la société anonyme, des membres du conseil d'administration). Enfin, conformément au ch. 3, si une personne morale peut exercer une influence dominante en vertu des statuts, de l'acte de fondation, d'un contrat ou d'autres instruments analogues (p. ex un trust), elle est aussi réputée contrôler l'entreprise.

Art. 963a Libération de l'obligation

L'avant-projet voulait que les petits groupes de sociétés soient aussi soumis à l'obligation d'établir des comptes consolidés (cf. art. 963 AP CO), car le danger d'une présentation biaisée de la situation économique n'y est pas moindre que dans les grands groupes. De plus, dans une entreprise bien dirigée, la charge de travail supplémentaire induite par l'obligation de consolidation n'est pas énorme. A contrario, si cet exercice requiert de nombreux éclaircissements, cela doit être interprété comme un indice de la nécessité d'une consolidation comptable, afin de permettre aux intéressés de se faire une opinion pertinente de la situation économique de l'entreprise. Lors de la procédure de consultation, il est pourtant apparu que les participants ne jugeaient pas qu'une telle consolidation devait être obligatoire. Leur revendication était que la protection des intérêts minoritaires figure parmi les objectifs premiers de l'obligation de consolidation. Le projet veut répondre à cette attente.

Selon l'al. 1, ch. 1, une personne morale est libérée de l'obligation de dresser des comptes consolidés si, avec l'ensemble des entreprises qu'elle contrôle, elle ne dépasse pas deux des trois seuils fixés au cours de deux exercices successifs. Ces seuils sont un total du bilan de 10 millions de francs, un chiffre d'affaires de 20 millions de francs et un effectif de 50 emplois à plein temps en moyenne annuelle. Ces critères de taille sont les mêmes que ceux adoptés par le législateur pour fixer la limite entre le contrôle ordinaire et le contrôle restreint. Ici, ces valeurs s'entendent toutefois en termes consolidés, c'est-à-dire après élimination des transactions et postes intragroupe.

Conformément au ch. 2, une personne morale est aussi libérée de l'obligation de dresser des comptes consolidés si elle est contrôlée par une entreprise dont les comptes consolidés sont établis conformément au droit suisse ou à des dispositions équi-

valentes du droit étranger et sont soumis au contrôle ordinaire (sous-groupe; disposition analogue de l'avant-projet voir l'art. 963a AP CO).

En vertu de l'al. 2, la personne morale est néanmoins tenue d'établir des comptes consolidés (c'est-à-dire même si elle remplit l'un des critères de dérogation prévus à l'al. 1) si cela est nécessaire pour garantir une appréciation fiable de la situation économique de l'entreprise ou si un associé, un membre de la société coopérative, 20 % des membres de l'association ou l'autorité de surveillance de la fondation l'exigent.

Lorsqu'une personne morale n'établit pas de comptes consolidés pour le sous-groupe, l'al. 3 exige qu'elle communique les comptes consolidés de la société mère établis conformément aux dispositions applicables pour ses propres comptes annuels (cf. art. 958e, mais également art. 696, al. 1 et 3, CO pour la société anonyme). L'absence de comptes consolidés pour le sous-groupe et, le cas échéant, l'existence de comptes consolidés étrangers et équivalents doivent être signalées dans l'annexe aux comptes annuels, qui est vérifiée par l'organe de révision. La vérification s'étend aussi à la question de l'équivalence des comptes consolidés. A noter que la langue et la monnaie dans lesquelles ont été dressés les comptes consolidés de la société mère font également partie des critères d'équivalence (cf. art. 958d, al. 3 et 4).

Contrairement à l'avant-projet, le projet ne propose pas de réglementation sur le périmètre de consolidation (cf. art. 963b AP CO) car les normes comptables reconnues (cf. art. 963b) comportent toutes des prescriptions sur le périmètre de consolidation (qui ne coïncident cependant pas obligatoirement les unes avec les autres). Une disposition légale entraînerait donc inévitablement des contradictions avec les normes comptables reconnues

Art. 963b Normes comptables reconnues

Dans le droit actuel de la société anonyme, la société qui est tenue d'établir des comptes consolidés peut définir ses propres principes de consolidation et d'évaluation (cf. art. 663g CO). Cette règle a permis le développement de la pratique du *standard picking* (choix sélectif de règles stipulées dans les normes comptables) et de créations «maison». Les comptes consolidés doivent désormais être établis selon une norme comptable reconnue par le Conseil fédéral. L'art. 962a, al. 1 à 3, s'applique par analogie. Les dispositions de l'art. 958d régissant la langue et la monnaie s'appliquent aussi aux comptes consolidés.

2.3 Modifications d'autres dispositions du code des obligations

2.3.1 Du contrat de travail individuel

Art. 322a, al. 3 Participation au résultat de l'exploitation

La modification est de nature purement terminologique (l'expression «*compte de profits et pertes de l'exercice annuel*» est remplacée par «*compte de résultat*» pour des questions de cohérence avec l'art. 958, al. 2).

2.3.2 De la société en nom collectif

Art. 558, titre marginal, al. 1, et art. 559, al. 2 et 3 Présentation des comptes

Les modifications sont de nature purement terminologique (introduction des termes «*comptes annuels*» et «*rapport de gestion*» pour assurer une cohérence avec l'art. 958, al. 2).

2.3.3 De la société en commandite

Art. 600, al. 3, et art. 611, al. 2 Situation du commanditaire;
paiement d'intérêts et de bénéfices

Les modifications sont de nature purement terminologique (introduction des termes «*compte de résultat*», «*livres*», «*pièces comptables*», etc., pour assurer une cohérence avec les art. 957*a*, al. 3, 958, al. 2, et 958*f*).

L'art. 611, al. 2 est adapté à la nouvelle version de la norme fixée à l'art. 678: le commanditaire qui perçoit indûment des intérêts ou des bénéfices est en principe tenu de les restituer, sous réserve de l'art. 64 CO (à ce sujet, voir le commentaire de l'art. 678, al. 3).

2.3.4 De la société en commandite par actions

Art. 765, al. 2 Administration. Désignation et pouvoirs

Le projet prévoit désormais expressément que la nationalité des administrateurs étrangers ainsi que des étrangers autorisés à représenter la société doit aussi être inscrite dans le registre du commerce.

2.3.5 De la société à responsabilité limitée

Art. 777c, al. 2, ch. 1 et 2 Apports

Le nouvel art. 777*c*, al. 2, ch. 1 et 2, CO²⁰⁴, qui règle par renvoi au droit de la société anonyme l'indication dans les statuts et l'inscription au registre du commerce des apports en nature, des reprises de biens et des avantages particuliers, doit être adapté à la nouvelle réglementation sur la libération des apports par compensation (art. 634*b*). Une différence de traitement entre la société anonyme et la Sàrl en matière de libération par compensation ne se justifie pas.

Art. 791, al. 1 Inscription au registre du commerce

Le projet prévoit désormais expressément que la nationalité des associés étrangers doit aussi être inscrite dans le registre du commerce.

²⁰⁴ Version du 16 décembre 2005 (FF **2005** 6819), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

Les dispositions du droit de la société anonyme concernant les réserves (art. 671 ss) s'appliquent par analogie à la Sàrl.

Art. 802, al. 2 Droits aux renseignements et à la consultation

Une modification de nature purement terminologique concerne la version allemande de l'art. 802, al. 2, CO²⁰⁵ («*Geschäftsbücher*» remplace «*Bücher*» pour assurer la cohérence avec le nouvel art. 958f).

Art. 804, al. 2, ch. 3 et 4 et, art. 805, al. 4 et 5, ch. 2 Assemblée des associés; attributions; convocation et tenue

L'introduction du nouveau régime comptable nécessite une adaptation de l'art. 804, al. 2, ch. 3²⁰⁶. Selon l'art. 728a CO²⁰⁷, l'organe de révision de la société anonyme vérifie également les comptes consolidés, le cas échéant. Il en va de même pour la Sàrl. La mention du réviseur des comptes de groupe peut donc être supprimée. La modification du ch. 4 est de nature purement terminologique (en allemand «*Lagebericht*» remplace «*Jahresbericht*» et en français «*comptes consolidés*» remplace «*comptes de groupe*»).

Le nouveau droit de la Sàrl prévoit que les décisions de l'assemblée des associés peuvent être prises par écrit lorsque certaines conditions sont remplies. L'art. 805, al. 4, ch. 2, précise désormais que les décisions ne peuvent être prises par écrit que si les décisions ne doivent pas être constatées par acte authentique (pour les motivations, voir le commentaire de l'art. 701d). L'art. 805, al. 5, ch. 2 précise le renvoi aux dispositions du droit de la société anonyme concernant le droit de convocation et le droit de porter des objets à l'ordre du jour de l'assemblée générale.

Art. 811, al. 2 et 3 (nouveau) Approbation de l'assemblée des associés

L'art. 811²⁰⁸ est modifié en parallèle à l'introduction d'une nouvelle règle sur l'approbation des décisions du conseil d'administration par l'assemblée générale dans le droit de la société anonyme (art. 716b). Jusqu'à présent, il semble que le droit de la Sàrl ne permet pas que la réserve d'approbation puisse être étendue aux attributions inaliénables et intransmissibles des gérants prévues à l'art. 810, al. 2 et 3, CO. En réponse aux besoins de la pratique, la modification du droit de la société anonyme proposée par le projet étend quant à elle cette compétence d'approbation à certaines attributions inaliénables et intransmissibles du conseil d'administration. C'est pourquoi la réserve d'approbation de l'assemblée générale est limitée par un catalogue d'exceptions objectivement justifiées. L'adaptation du droit de la Sàrl constitue donc une libéralisation mais une libéralisation judicieuse. Pour un développement plus approfondi des arguments, nous renvoyons le lecteur au commentaire de l'art. 716b.

²⁰⁵ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6828), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

²⁰⁶ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6829), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

²⁰⁷ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6812), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

²⁰⁸ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6833 s.), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

Art. 820 Avis obligatoires et faillite

Les dispositions du droit de la société anonyme régissant les avis obligatoires en cas de perte de capital et de surendettement s'appliquent dorénavant aussi en cas d'insolvabilité (cf. art. 725 ss), ce qui nécessite une adaptation de l'art. 820 qui y renvoie. L'al. 2 subit de légères adaptations rédactionnelles.

Art. 856 Communication du rapport annuel, des comptes annuels
et des comptes consolidés

Le nouveau régime comptable entraîne quelques modifications terminologiques à l'al. 1 tandis que la formulation de l'al. 2 est adaptée pour établir un parallélisme avec le droit de la société anonyme (art. 696, al. 3).

Art. 857, al. 2^{bis} (nouveau) Renseignements

Les dispositions du droit de la société anonyme sur la publicité des indemnités de la haute direction doivent s'appliquer par analogie aux sociétés coopératives. Le projet exige donc que les grandes sociétés coopératives, soit celles qui comptent plus de 2000 membres, publient ces informations dans l'annexe au comptes annuels, comme doivent le faire les sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse (cf. art. 697^{quater}). Dans les autres sociétés coopératives, tout membre peut demander des renseignements (cf. art. 697^{quinquies}).

Certains participants à la procédure de consultation ont soutenu que les besoins de transparence ne sont pas les mêmes dans les sociétés coopératives et dans les sociétés anonymes²⁰⁹. Cette position n'est pas convaincante et aucun argument matériel ne peut justifier l'absence de transparence au sujet des indemnités versées dans la société coopérative.

Art. 858 Abrogation

Le nouveau régime comptable rend cette disposition caduque. Elle doit donc être abrogée.

Art. 874, al. 2 Modification du régime de la responsabilité

La terminologie utilisée dans cette disposition doit être adaptée à celle du droit de la société anonyme.

Art. 879, al. 2, ch. 3 à 6, et art. 879a (nouveau)

Contrairement au droit de la société anonyme, le droit actuel régissant la société coopérative ne prévoit ni rapport annuel ni comptes consolidés. Le nouveau régime comptable étant applicable à toutes les formes juridiques de sociétés, cette différenciation perd tout fondement. L'art. 879, al. 2, ch. 3, est donc adapté en conséquence (formulation identique à celle de l'art. 698, al. 2, ch. 3). Quant au ch. 4, il nécessite quelques aménagements terminologiques dictés par le nouveau régime comptable (utilisation de l'expression «*bénéfice résultant du bilan*»).

²⁰⁹ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 26.

Par ailleurs, des participants à la procédure de consultation ont exprimé le souhait que les nouvelles dispositions du droit de la société anonyme concernant le recours aux médias électronique s'appliquent par analogie à la préparation et à la tenue de l'assemblée générale de la société coopérative²¹⁰. Le projet comporte donc un renvoi aux dispositions en question à l'art. 879a.

Art. 902, al. 3 Obligations; en général

Cette disposition doit être réaménagée pour des raisons de technique législative. En outre, le nouveau régime comptable nécessite l'utilisation de l'expression «*rapport de gestion*» à l'al. 3, ch. 2.

Art. 903 Avis obligatoires et faillite

Le renvoi aux dispositions applicables en matière d'avis obligatoires doit être adapté aux nouvelles dispositions du droit de la société anonyme.

L'al. 2, précise en outre que le juge peut ajourner la faillite lorsque les versements supplémentaires encore dus sont opérés sans délai et que l'assainissement de la société paraît possible. Cette disposition tient compte des versements supplémentaires qui peuvent être prévus dans les statuts. Tout comme pour la Sàrl, il n'est pas nécessaire de faire appel au juge lorsque les versements supplémentaires sont effectués immédiatement après le constat de surendettement et que l'afflux de liquidités permet de remédier au surendettement. Matériellement, une harmonisation de la réglementation avec celle de la Sàrl s'impose. Les al. 3 à 6 peuvent donc être abrogés.

2.3.6 Du registre du commerce

Art. 928 et 928a (nouveau) Publicité; en général; publication des inscriptions portées au registre du commerce

Les règles de responsabilité énoncées à l'art. 928 CO sont déplacées à l'art. 929 du projet. L'art. 928 régit désormais la publicité du registre du commerce.

Le champ d'application des règles de publicité du registre du commerce ne change pas. En vertu de l'al. 1, les inscriptions²¹¹, les réquisitions d'inscription et les pièces justificatives sont librement accessibles au public.

L'exploitation des possibilités de l'Internet peut considérablement faciliter la consultation des données du registre du commerce. Dans l'intérêt de la gouvernance il convient donc d'adapter les bases légales relatives à la publication électronique des données et d'améliorer par ce biais la transparence des événements qui concernent les entreprises. Les propositions formulées ont été très bien accueillies, en particulier par les milieux économiques et par les partis politiques. Craignant des pertes financières et un surplus de charges, quelques cantons ont exprimé des réticences quant à la gratuité de la consultation en ligne des inscriptions, des statuts et des actes de

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Dans le droit actuel, la publicité des inscriptions n'est pas explicite (cf. art. 930 CO), mais elle découle indirectement d'autres dispositions.

fondation prévue à l'al. 2²¹². Après une pesée des intérêts, le projet maintient cependant les propositions avancées dans l'avant-projet. De la sorte, le postulat Imfeld²¹³ transmis au Conseil fédéral sera aussi liquidé.

L'ordonnance sur le registre du commerce (ORC²¹⁴), qui a été entièrement révisée en vue de l'entrée en vigueur du nouveau droit de la Sarl, supprime d'ores et déjà tout émolument pour la consultation en ligne (art. 12 ORC). Cette réglementation est intégrée dans le code des obligations.

Le projet propose en outre une amélioration qualitative de la publicité en rendant possible la consultation gratuite des statuts et des actes de fondation par le biais d'Internet. Les statuts peuvent contenir des informations capitales pour les associés et les tiers (notamment pour les acquéreurs d'actions et de parts sociales, pour les investisseurs et pour les créanciers). L'acte constitutif d'une fondation peut aussi intéresser des tiers (en particuliers les ayants droit). Quiconque a aujourd'hui déjà la possibilité de consulter ces documents auprès de l'office du registre du commerce (art. 930 CO). Mais compte tenu de l'importance des statuts et de l'acte de fondation pour les propriétaires de la société et pour les tiers intéressés, ce mode de diffusion est obsolète et ne répond plus aux besoins en matière d'information économique.

La norme relative au processus de recherche électronique dans les inscriptions du registre (art. 928, al. 4, AP CO) a été critiquée²¹⁵. Pourtant, les pièces justificatives et les inscriptions portées au registre du commerce sont publiques depuis toujours (art. 930 CO), *le but* du registre du commerce étant précisément de garantir *la publicité* des faits inscrits (cf. art. 1 de la nouvelle ORC²¹⁶). Contrairement aux autres registres régis par le droit privé, celui-ci est donc un «registre public» au sens propre et il n'est pas question de modifier cette conception: les médias électroniques ne font qu'offrir une possibilité de consultation supplémentaire, adaptée à notre temps, tout en améliorant les modalités pratiques de la recherche et de la consultation des faits publics juridiquement pertinents. Par ailleurs, la loi présume que toutes les inscriptions du registre du commerce sont connues (cf. art. 933, al. 1, CO) et par conséquent, celui qui ne veut pas subir de préjudice juridique doit les connaître. Dans ces circonstances, il semble impératif d'adapter les conditions de transparence en permettant le recours aux moyens techniques dont on dispose aujourd'hui. D'ailleurs, plusieurs offices cantonaux du registre du commerce ont déjà mis en place des solutions de recherche par le biais d'Internet, et les résultats sont concluants. L'al. 4 énonce clairement l'admissibilité du recours à ce type de processus. Dans la mesure où elles n'existent pas encore, des possibilités de consultation répondant aux besoins des utilisateurs doivent être créées pour la publication en ligne des inscriptions portées au registre du commerce.

Selon l'al. 5, les inscriptions qui résultent du registre principal du registre du commerce cantonal font toujours foi (cette règle est impérative du point de vue matériel).

²¹² Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 26 s.

²¹³ 06.3026 Postulat Imfeld du 8 mars 2006 «Accès libre par Internet aux données des registres du commerce»; cf. ci-dessus ch. 1.4.1.

²¹⁴ Version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4851).

²¹⁵ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 26 s.

²¹⁶ Version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4851).

Cela signifie que les copies d'inscription qui sont publiées sur Internet ne déploient aucun effet juridique et qu'elles n'engagent pas la responsabilité des autorités du registre du commerce²¹⁷. Cette disposition a notamment pour but de délimiter l'effet juridique des publications dans la FOOSC. En effet, selon l'art. 928a, al. 1, les publications de la FOOSC font foi uniquement dans leur forme électronique et non plus dans leur version imprimée. L'art. 9 de l'ordonnance FOOSC²¹⁸ fixe déjà cette règle²¹⁹. Le code des obligations doit être adapté en conséquence.

L'art. 928a, al. 1, prévoit aussi que toutes les inscriptions portées au journal doivent être publiées par l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) dans la FOOSC dans les deux jours suivant leur approbation²²⁰. Le court laps de temps prévu entre l'approbation de l'inscription et sa publication est rendu possible par l'informatisation des registres. L'accélération de la procédure de publication des inscriptions du registre du commerce correspond aux attentes d'une grande partie des milieux économiques. L'art. 928a (actuel art. 931 CO) comporte d'autres modifications de nature formelle concernant l'organisation de la FOOSC.

Le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions à l'obligation de publication de certaines inscriptions. Cette disposition vise en particulier les modifications globales du registre principal auxquelles les offices cantonaux du registre du commerce doivent procéder suite à une révision de la loi (p. ex. en raison des art. 177 et 179 de la nouvelle ORC²²¹).

Art. 929 Responsabilité

Cette disposition redéfinit les règles de la responsabilité des autorités du registre du commerce (actuel art. 928). Le projet prévoit ainsi aux al. 1 et 2 que le canton répond de tous les dommages causés de manière illicite par les autorités cantonales du registre du commerce. La responsabilité directe et personnelle du préposé au registre est abolie car elle n'est plus conforme aux usages actuels. En effet, la conception moderne de la responsabilité des collectivités publiques comporte une responsabilité primaire et causale de l'Etat (en lieu et place de la responsabilité pour faute du fonctionnaire). Ce modèle est déjà appliqué aux autres registres régis par le droit privé (art. 46 et 955 CC). De plus, de nombreuses législations cantonales prévoient déjà une responsabilité causale de la collectivité publique pour les éventuels dommages causés par l'autorité du registre du commerce. Le nouveau régime

²¹⁷ Une disposition analogue se trouve déjà à l'art. 12, al. 2, ORC, dans la version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4851).

²¹⁸ Ordonnance du 15 février 2006 sur la Feuille officielle du commerce (ordonnance FOOSC), RS 221.415.

²¹⁹ La motion Hubmann du 13 décembre 2006 (06.3693) exige la révision de l'art. 9 de l'ordonnance FOOSC. Elle demande que la publication faisant foi soit la version imprimée de la FOOSC (06.3693n Ordonnance sur la Feuille officielle suisse du commerce. Modification de l'art. 9). Le Conseil fédéral a demandé le rejet de la motion tout en proposant d'harmoniser le libellé de la loi avec celui de l'ordonnance. Aucune des Chambres n'a encore traité cette intervention parlementaire.

²²⁰ Une disposition analogue se trouve déjà à l'art. 35, al. 1, ORC, dans la version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4851).

²²¹ Version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4851).

de responsabilité a d'ailleurs été largement soutenu par les participants à la procédure de consultation²²².

Selon l'al. 2, la partie lésée ne peut élever directement des prétentions en dédommagement envers l'auteur de du dommage. Conformément à l'al. 3, c'est au canton qu'il revient de légiférer sur l'éventuelle action récursoire de la collectivité publique. Cette conception correspond à ce qui est prévu à l'art. 454, al. 3 et 4, P CC²²³.

La prescription de l'action en responsabilité est régie par les dispositions générales du droit des obligations (art. 7 CC en relation avec l'art. 60 CO). Le délai absolu de dix ans fixé pour la prescription court à compter de l'inscription dans le journal.

La responsabilité des autorités fédérales chargées de la haute surveillance est régie par la loi sur la responsabilité²²⁴, comme c'est déjà le cas dans le droit en vigueur.

Art. 929a (abrogé), 930 et 930a (nouveau) Ordonnances du Conseil fédéral

Les dispositions régissant les compétences réglementaires du Conseil fédéral sont réorganisées pour des questions de clarté. L'actuel art. 929 CO²²⁵ est déplacé à l'art. 930. La délégation de compétences relative à la tenue informatisée du registre du commerce (actuel art. 929a CO) est déplacée à l'art. 930a sans aucune modification matérielle.

Art. 931 et 931a, titre marginal, Inscriptions; principes; réquisition
al. 3 (nouveau)

L'art. 931 inscrit dans la loi le principe selon lequel les inscriptions figurant dans le registre du commerce doivent être conformes à la vérité et ne rien contenir qui puisse induire en erreur ou qui soit contraire à un intérêt public. Actuellement, ce principe ne figure que dans une ordonnance (art. 38 ORC déplacé à l'art. 26 dans la nouvelle ordonnance²²⁶). Or la portée de cette norme de droit justifie sa présence dans le code des obligations.

L'art. 931a, al. 3, codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral et définit les conditions de validité de la réquisition d'inscription²²⁷. La réquisition d'inscription est ainsi réputée déposée lorsque, premièrement, toutes les pièces justificatives exigées y sont jointes et, deuxièmement, la réquisition et les pièces justificatives sont conformes aux exigences légales. Les exigences en question sont fixées dans l'ORC. Ces règles sont particulièrement importantes pour les inscriptions qui sont sujettes à un délai légal (p. ex. en cas d'augmentation ou de réduction du capital, art. 650, al. 3, et 653o, al. 3).

²²² Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 27.

²²³ 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 ss, 6723.

²²⁴ Art. 3, al. 1, de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (loi sur la responsabilité, LRCF), RS **170.32**.

²²⁵ Version du 16 décembre 2005 (FF **2005** 6849), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

²²⁶ Version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO **2007** 4851).

²²⁷ ATF **69 I** 51 ss, 54.

Art. 941 Avertissement et inscription d'office

L'inscription d'office est réglée de façon plus précise. La norme de principe fixée dans le droit actuel est reprise telle quelle à l'al. 1. En vertu de l'al. 2, le Conseil fédéral peut contraindre les autorités et les tribunaux à communiquer d'office aux autorités du registre du commerce des faits devant être inscrits ou à leur fournir des renseignements concernant certains de ces faits. Cette réglementation a pour but de garantir l'actualité et l'exactitude du registre du commerce, dans l'intérêt d'une bonne information économique. Les avis en question ne visent que des faits qui sont pertinents pour l'inscription. En cas de communication orale, les autorités du registre du commerce peuvent exiger une brève confirmation écrite. Cette norme n'entraîne cependant *aucune obligation de recherche* de la part des autorités et des tribunaux. Ceux-ci doivent uniquement transmettre les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions courantes. Ils sont également autorisés à transmettre spontanément les informations visées à l'office du registre du commerce. Ainsi les autorités fiscales peuvent-elles par exemple demander à l'office du registre du commerce de vérifier si une entreprise individuelle est soumise à l'obligation de requérir son inscription dans le registre (voir également le nouvel art. 157 ORC²²⁸).

La transmission des informations est gratuite. La gratuité se justifie par le fait que les autorités du registre du commerce sont tenues, elles aussi, de fournir leurs données gratuitement aux autorités et aux tribunaux.

Art. 943 Amendes d'ordre

L'avant-projet abrogeait la disposition du code des obligations sur les amendes d'ordre en cas de non-respect de l'obligation de requérir une inscription et la remplaçait par une norme pénale. Il proposait d'intégrer cette infraction dans le code pénal²²⁹ sous la forme d'une contravention (art. 326^{quinquies} AP CP). La majorité des participants à la procédure de consultation a rejeté cette proposition qui, selon eux, criminalisait les intéressés²³⁰. Le projet s'aligne sur le résultat de la consultation. Néanmoins, la fourchette du montant des amendes doit être adaptée (désormais de 500 à 5000 francs). L'al. 2 fixe en outre à 1000 francs l'amende minimale en cas de non-respect de l'obligation de requérir l'inscription d'une entreprise au registre du commerce.

Art. 943a (nouveau) Responsabilité pour les émoluments et les frais

L'art. 943a codifie la pratique du Tribunal fédéral²³¹ qui, d'ailleurs, est déjà prise en considération dans l'ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce²³². Ainsi, conformément à l'al. 1, toutes les personnes qui concourent aux préparatifs en vue d'une inscription dans le registre du commerce répondent solidairement du règlement des émoluments dus. En application des ch. 1 et 2, cette norme s'applique au sujet de droit qui fait l'objet de l'inscription, mais aussi aux notaires,

²²⁸ Version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4851).

²²⁹ Code pénal (CP), RS 311.0.

²³⁰ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 27.

²³¹ ATF 115 II 93 ss, 94 s.

²³² Art. 21, al. 1, de l'ordonnance du 3 décembre 1954 sur les émoluments en matière de registre du commerce, RS 221.411.1.

avocats et fiduciaires impliqués. En revanche, selon l'al. 2, les autorités qui procèdent à une inscription ou exigent un acte d'autorité dans le cadre de leur fonction ne peuvent être tenues au paiement des émoluments correspondants, sous réserve des frais relatifs à leurs propres inscriptions.

2.3.7 Des raisons de commerce

Art. 944, al. 2 Formation des raisons de commerce; en général

Le projet prévoit une libéralisation du droit des raisons de commerce d'une grande portée pratique: il propose en effet qu'elles puissent désormais se composer de désignations génériques, sous réserve des principes généraux régissant le contenu des raisons de commerce et notamment des exigences propres aux différentes formes juridiques de société. Cela permettrait par exemple l'inscription d'une société anonyme sous la raison de commerce *Transport de bois SA*.

Etant donné que les désignations purement génériques ne peuvent être monopolisées, une telle raison de commerce ne peut bénéficier d'aucune protection à l'égard d'entités similaires qui s'inscriraient dans le registre du commerce ultérieurement. Une réserve à ce sujet doit d'ailleurs être ajoutée à l'art. 956, al. 2 (cf. ci-dessous). L'entreprise qui est inscrite au registre du commerce sous la raison de commerce *Transport de bois SA* ne pourra donc pas s'opposer à l'inscription ultérieure de la raison *Transport de bois XY SA* en invoquant les dispositions régissant la protection des raisons de commerce. La libéralisation n'affecte cependant pas que la protection des raisons de commerce mais également, de manière indirecte, les dispositions concernant la concurrence déloyale. En effet, le droit de la concurrence ne peut se soustraire au droit des raisons de commerce. Une décision sur l'existence d'un danger de confusion (dû par exemple à une marque plus récente) devra donc prendre en considération le fait que les raisons de commerce contenant des désignations génériques ne jouissent que d'une protection limitée²³³. Celui dont la raison de commerce se compose uniquement de désignations génériques renonce ainsi automatiquement à la protection des mots de la langue générale, qui ne peuvent faire l'objet d'un monopole. En revanche, une combinaison de désignations génériques peut bénéficier d'une protection dans la mesure où elle revêt une certaine originalité (p. ex. «L'Usine à Chaussures Sàrl» pour un magasin de chaussures).

A l'inverse, les raisons de commerce qui contiennent un nom de fantaisie jouissent d'une protection légale plus étendue et, dans le cadre d'un procès civil, les sociétés concernées ont de bonnes chances de pouvoir empêcher l'inscription ultérieure de raisons similaires.

Il reste toutefois impossible d'inscrire simultanément deux raisons identiques dans le registre du commerce. Cette interdiction découle du droit coutumier et indirectement de l'art. 951, al. 2, CO. Les raisons de commerce exclusivement constituées de désignations génériques bénéficient par conséquent d'une protection minimale, dans la mesure où il est exclu de faire inscrire une autre raison de commerce identique.

²³³ Art. 3, let. d, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD), RS 241.

Cet assouplissement ponctuel du droit des raisons de commerce répond à un besoin de l'économie amplement reconnu. Souvent, les fondateurs d'une PME dont les activités sont uniquement locales ne sont pas intéressés à la protection légale de la raison de commerce. Il leur importe en revanche de pouvoir inscrire leur société au registre du commerce dans les meilleurs délais et sans complications. Un souhait largement exprimé est que la raison de commerce puisse désigner sous une forme simple l'activité de l'entreprise. En fin de compte, les fondateurs devraient pouvoir décider eux-mêmes de l'importance qu'ils accordent à la protection de leur raison de commerce.

En autorisant les raisons contenant des désignations purement génériques, le projet se dissocie volontairement du droit des marques. Dans bien des cas, la raison de commerce est choisie sous la pression du temps, lors de la constitution d'une Sàrl ou d'une société anonyme, et les intéressés ne sont pas intéressés à vérifier si la raison de commerce choisie peut être protégée. A l'inverse, le dépôt d'une marque se fait toujours dans le but d'obtenir une protection juridique. La procédure d'inscription n'empêche pas la société d'exercer des activités commerciales et la marque peut déjà être utilisée pendant la procédure.

La législation doit donc tenir compte des intérêts souvent différents qui président à l'inscription des raisons de commerce et des marques. Il semble juste d'accorder une plus grande importance au caractère distinctif du signe lors de l'enregistrement de la marque et, partant, de refuser aux signes appartenant au domaine public l'inscription sous forme de marque. Par conséquent, une raison de commerce uniquement constituée de désignations génériques ne pourra pas être enregistrée comme marque. Pour déterminer si une marque qui n'est pas encore inscrite peut bénéficier de la protection dont jouissent les marques qui se sont imposées dans le commerce, au sens de l'art. 2, let. a, de la loi sur la protection des marques²³⁴, on se souviendra que le signe doit s'être imposé *comme marque* pour les produits et les services de l'entreprise. L'utilisation d'un signe *comme raison de commerce* ne donne donc aucun droit à l'inscription d'une marque correspondante. Enfin, l'enregistrement en tant que marque est toujours refusé pour les signes qui doivent impérativement rester disponibles.

Des raisons de commerce composées de désignations génériques figurent déjà dans le registre du commerce car une ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral (modifiée depuis) le permettait. Il faut donc éviter que des raisons de commerce actuelles perdent leur statut de protection par la modification de l'art. 944, al. 2. Pour garantir le maintien de ce droit, les dispositions transitoires prévoient que les raisons de commerce inscrites au registre avant le 1^{er} janvier 2008 continueront de bénéficier du régime de protection du droit actuel (art. 5 P Dispositions transitoires). La date du 1^{er} janvier 2008 a été choisie afin qu'il ne soit pas possible de bénéficier d'un régime de protection plus étendu en faisant inscrire de nouvelles raisons de commerce contenant des désignations quasi-génériques.

La délégation de compétence prévue à l'art. 944, al. 2, CO, qui permet au Conseil fédéral d'arrêter des dispositions concernant l'utilisation de désignations de caractère national ou territorial lors de la création de raisons de commerce est supprimée. L'ordonnance d'application en question a déjà été abrogée il y a quelques années, les prescriptions en la matière étant surannées. Les dispositions du droit des raisons

²³⁴ Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (loi sur la protection de marques, LPM), RS 232.11.

de commerce relatives à la véracité des informations et à l'interdiction de la tromperie restent bien entendu applicables lors de l'utilisation de désignations de caractère national ou territorial. En outre la raison de commerce ne doit pas léser des intérêts publics (cf. art. 944, al. 1, CO). L'OFRC a matérialisé ces principes dans sa pratique constante, dont il a publié les détails dans un guide²³⁵, afin de garantir la sécurité juridique.

Art. 947, al. 5 (nouveau) Raisons sociales

Cette disposition précise au niveau législatif que la raison de commerce d'une société en commandite par actions doit être modifiée lorsqu'elle contient le nom d'un membre qui a démissionné ou qui a été relevé de ses fonctions de gestion et de représentation de la société. L'obligation d'adapter la raison de commerce découle aujourd'hui indirectement de l'art. 947, al. 3, CO, selon lequel seuls les associés indéfiniment responsables peuvent être cités nommément dans la raison de commerce²³⁶.

Art. 956, al. 2, deuxième phrase (nouvelle) Protection des raisons de commerce

Les principes régissant la formation des raisons de commerce contiennent une réserve concernant la limitation de la protection des désignations génériques (voir le commentaire de l'art. 944).

2.3.8 Dispositions transitoires

Art. 1 et 2 P Dispositions transitoires Règle générale; adaptation des statuts et des règlements

Conformément à l'art. 1, al. 1, des dispositions transitoires du projet, les règles définies dans les dispositions transitoires du code civil (titre final du CC) s'appliquent aussi au code des obligations, sous réserve de dispositions contraires.

En vertu de l'al. 2, le droit révisé s'applique à toutes les sociétés existantes dès son entrée en vigueur. L'art. 2, al. 1, accorde aux entreprises une période transitoire de *deux ans* pour adapter leurs statuts et leurs règlements au nouveau droit.

Une période transitoire de cinq ans avait été prévue lors de la révision du droit de la société anonyme de 1991, 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 longue. Le délai de deux ans prévu par le projet est amplement suffisant pour adapter les statuts.

Si la société ne procède pas aux modifications nécessaires à l'échéance du délai fixé par la loi, les dispositions statutaires et réglementaires qui ne sont toujours pas conformes au nouveau droit seront frappées de nullité, en application de l'art. 2, al. 2, des dispositions transitoires du projet.

²³⁵ Guide à l'attention des autorités du registre du commerce concernant l'examen des raisons de commerce et des noms du 1^{er} janvier 1998.

²³⁶ Voir également le nouvel art. 69, al. 2, ORC, dans la version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4851).

notamment à ces entreprises s'il s'agit de sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse (art. 663^{bis} CO, art. 65, al. 4, et 84^c P CC)²³⁸.

Le contenu des dispositions de la LPers concernant la publicité des indemnités doit être harmonisé avec celles du code des obligations afin que les entreprises liées à la Confédération qui ne sont pas cotées en bourse soient soumises aux mêmes obligations. C'est pourquoi l'art. 6a, al. 4, P LPers exige que les indemnités des *membres* du conseil d'administration ou d'organes de direction comparables soient désormais mentionnées séparément.

Etant donné que la numérotation des dispositions du droit de la société anonyme sur la transparence des indemnités et des participations de la haute direction est modifiée (art. 697^{quater} et 697^{sexies}), l'al. 6 doit être adapté en conséquence.

2.4.2 Code civil²³⁹

2.4.2.1 Des associations

Art. 61, al. 3 (abrogé) Inscription

L'ordonnance sur le registre du commerce²⁴⁰ règle désormais globalement la question des justificatifs qui doivent être présentés avec la réquisition d'inscription au registre du commerce (art. 90 ORC). L'art. 61, al. 3, CC devient donc superflu et peut être abrogé.

Art. 65, al. 4 (nouveau) Compétences

Selon l'al. 4, l'assemblée générale de l'association fixe en général le montant des rémunérations versées aux membres de la direction, mais les statuts peuvent contenir des dispositions différentes. Une solution souple est ainsi proposée pour les associations.

Art. 69a Comptabilité

Selon cette disposition, les associations doivent tenir leurs livres selon les règles énoncées dans le code des obligations (art. 957 ss P CO), qui s'appliquent *par analogie*.

L'art. 957, al. 2, prévoit des aménagements pour la tenue de la comptabilité et la présentation des comptes des associations qui ne sont pas inscrites au registre du commerce. Ces dernières devront en effet tenir uniquement une comptabilité de recettes et de dépenses ainsi que du patrimoine. En d'autres termes, elles pourront se contenter d'une comptabilité de trésorerie (carnet du lait). Le contenu de cette dispo-

²³⁸ Pour la Sàrl, l'art. 804, al. 2, ch. 6, P CO oblige l'assemblée des associés à déterminer les indemnités perçues par les gérants (message du 19 décembre 2001 concernant la révision du code des obligations [droit de la société à responsabilité limitée et adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce], FF **2002** 2949).

²³⁹ Code civil (CC), RS **210**.

²⁴⁰ Version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO **2007** 4851).

sition correspond matériellement à l'art. 69a CC, qui entrera en vigueur avec le nouveau droit de la révision²⁴¹.

Art. 69d (nouveau) Perte de capital, surendettement et insolvabilité

Selon l'al. 1, les dispositions du droit de la société anonyme concernant l'avis obligatoire en cas de surendettement et d'insolvabilité (art. 725 ss P CO) doivent aussi s'appliquer aux associations inscrites dans le registre du commerce. Les associations qui exercent une industrie en la forme commerciale ou qui poursuivent un but lucratif, 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 appropriée.

Comme c'est le cas pour la société à responsabilité et pour la société coopérative (art. 820, al. 1, et 903, al. 2, P CO), l'al. 2 prévoit en outre que le juge puisse ajourner la faillite lorsque des versements supplémentaires sont opérés sans délai et que l'assainissement de l'association paraît possible. Il n'est pas nécessaire de faire appel au juge si les versements supplémentaires interviennent tout de suite (soit dans un délai d'au maximum quatre à six semaines) après la constatation du surendettement et si, suite à ses versements, la société n'est plus surendettée.

2.4.2.2 Des fondations

Art. 83a Comptabilité

A l'instar des associations, les fondations doivent tenir leur livres selon les règles énoncées dans le code des obligations (art. 957 ss. P CO), ce qui est d'ailleurs déjà le cas, en partie, d'après le droit en vigueur (art. 84b CC²⁴²).

L'art. 957, al. 2, prévoit des aménagements pour la tenue de la comptabilité et la présentation des comptes des fondations qui ne sont pas inscrites au registre du commerce. Ces dernières devront en effet tenir uniquement une comptabilité de recettes et de dépenses ainsi que du patrimoine. En d'autres termes, elles pourront se contenter d'une comptabilité de trésorerie (carnet du lait).

Art. 84b Publicité des indemnités

Cette disposition prévoit que l'organe suprême de la fondation communique annuellement à l'autorité de surveillance le montant des indemnités qui lui ont été versées. Si la fondation s'est dotée d'une direction, les indemnités perçues par cet organe doivent également être communiquées. En règle générale, l'autorité de surveillance demandera elle-même que le montant des indemnités lui soit communiqué pour pouvoir exercer sa fonction de contrôle. Il paraît néanmoins judicieux de clarifier la situation dans la loi.

²⁴¹ Version du 19 décembre 2001 (FF 2005 6857), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

²⁴² Lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit de la révision le 1^{er} janvier 2008, cette disposition sera déplacée à l'art. 83a CC pour des questions de systématique de la loi (FF 2005 6858).

La publicité s'étend aussi aux honoraires et aux prêts, conformément à la liste indiquée à l'art. 697^{quater} P CO²⁴³, applicable en l'espèce.

Les règles sur la publicité des indemnités sont sans objet si la fondation n'a pas d'autorité de surveillance, à moins qu'elle ne soit soumise au contrôle ordinaire.

2.4.3 **Loi sur la fusion**²⁴⁴

Art. 6, al. 1 et 1^{bis} (nouveau) Fusion de sociétés en cas de perte en capital ou de surendettement

La disposition relative à la subordination de créances lors d'une fusion aux fins d'assainissement est harmonisée avec la nouvelle teneur de l'art. 725c, al. 5, P CO (actuellement art. 725, al. 2, CO).

Art. 70, al. 2, troisième phrase Conclusion du contrat de transfert

La modification de l'al. 2 est de nature purement rédactionnelle et vise à harmoniser cette disposition avec l'art. 634, al. 3, P CO.

2.4.4 **Loi sur la surveillance de la révision**²⁴⁵

Art. 36a (nouveau) Responsabilité

L'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) a entre autres compétences celles d'agréer les réviseurs et de surveiller les organes de révision des sociétés cotées en bourse. Elle est entrée en fonction le 1^{er} septembre 2007.

L'ASR est un établissement de droit public doté de la personnalité juridique et, à ce titre, elle est soumise au régime de responsabilité prévu à l'art. 19 de la loi sur la responsabilité²⁴⁶. Elle répond donc sur son patrimoine des éventuelles fautes commises par ses organes et par son personnel. Si elle n'est pas en mesure de désintéresser entièrement la partie lésée, la Confédération intervient à titre subsidiaire. La responsabilité subsidiaire de la Confédération est également conçue comme une responsabilité objective.

Le 22 juin 2007 le Parlement a adopté la loi sur la surveillance des marchés financiers²⁴⁷. Cette loi regroupe la Commission fédérale des banques (CFB), l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) et l'Autorité de contrôle en matière de lutte

²⁴³ Pour plus de détails, voir 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.

²⁴⁴ Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus), RS **221.301**.

²⁴⁵ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (loi sur la surveillance de la révision, LSR), RS **221.302**.

²⁴⁶ Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (loi sur la responsabilité, LRFC), RS **170.32**.

²⁴⁷ Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA), FF **2007** 4397.

Voir également les explications du Conseil fédéral dans le message, FF **2006** 2741 2782.

contre le blanchiment d'argent au sein d'un établissement de droit public. Le régime de responsabilité de la loi sur la surveillance des marchés financiers diffère de celui de la loi sur la surveillance de la révision. L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) est également soumise à la loi sur la responsabilité, mais uniquement si elle a violé des devoirs essentiels de fonction et si le dommage n'a pas été causé par un assujéti ayant violé ses obligations (art. 19, al. 2, LFINMA).

Les sphères de compétences de l'ASR et de la FINMA sont contiguës. C'est pourquoi la loi oblige ces deux instances à coordonner leurs activités de surveillance, notamment pour éviter des redondances (art. 22 LSR et 28 LFINMA)²⁴⁸. A cette fin, elles assument leurs attributions sur la base d'un système modulaire. L'ASR est responsable de la surveillance générale des organes de révision des sociétés ouvertes au public, tandis que la FINMA veille à la surveillance complémentaire dans les domaines de compétences spéciaux qui lui sont propres.

Un régime de responsabilité différencié pour ces deux autorités serait injustifiable et pourrait même poser problème, puisque leurs compétences se superposent en partie et qu'elles ont toutes deux le même statut juridique. Les entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat sont surveillées par l'ASR. En tant qu'entreprises de révision agréées, elles peuvent cependant aussi être soumises à la surveillance de la FINMA pour les aspects propres aux marchés financiers. Compte tenu de la surveillance conjointe et coordonnée des deux instances de surveillance, leur responsabilité doit aussi reposer sur les mêmes bases. La réglementation mise en place pour la FINMA deviendrait en partie vaine si la Confédération pouvait tout de même être appelée à répondre des mêmes faits par le biais de la responsabilité de l'ASR. On pourrait aussi assister à un transfert de tâches induit par la responsabilité différenciée des deux autorités. Par conséquent, les normes régissant la responsabilité de ces instances de surveillance doivent être harmonisées.

L'art. 36a P LSR reprend donc par analogie les règles énoncées à l'art. 19, al. 2, LFINMA. Elles s'appliquent aux personnes physiques agréées, aux entreprises de révision agréées et aux entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat, mais également aux personnes et aux entreprises qui devraient être en possession de l'agrément de l'ASR mais qui ne sont pas en mesure de le produire.

2.4.5 Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct²⁴⁹

Art. 126, al. 3, 2^e phrase Collaboration ultérieure

La loi fédérale sur l'impôt fédéral direct règle les modalités de la tenue, de la conservation et de la production des livres, des relevés et des pièces justificatives par renvoi au code des obligations. Etant donné que les dispositions visées ont été modifiées, le renvoi doit être adapté.

²⁴⁸ FF 2007 4404

²⁴⁹ Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD), RS 642.11.

Art. 207b (nouveau)

Disposition transitoire relative à la
modification du code des obligations

Si l'entreprise établit ses comptes annuels selon une norme comptable reconnue, ceux-ci font foi pour la taxation du capital et des bénéficiaires (voir également le commentaire de l'art. 962 P CO ainsi que les art. 58 LIFD ainsi que 24 et 29 LHID).

Lorsque l'entreprise dresse ses états financiers pour la première fois selon une norme comptable reconnue, cela entraîne une dissolution de réserves latentes avec des incidences fiscales et par conséquent une augmentation du bénéfice imposable. L'augmentation des capitaux propres (réserves) visible dans les états financiers établis selon une norme reconnue doit être taxée intégralement l'année fiscale en question. Une réglementation transitoire a donc été prévue pour atténuer ces effets fiscaux. En vertu de l'art. 207b, al. 1, si l'entreprise opte pour l'établissement de ses comptes exclusivement selon une norme comptable reconnue au cours des trois premiers exercices suivant l'entrée en vigueur de la révision du code des obligations, l'imposition des réserves latentes pourra être échelonnée. Si le changement de régime intervient après cette période transitoire, la totalité des réserves latentes dissoutes devra être taxée lors de cet exercice fiscal. Pendant la période transitoire de trois ans, les réserves latentes qui ont été dissoutes pourront être affectées à une réserve intégrée au capital imposable, en franchise d'impôt. Selon l'al. 2, cette réserve en vue d'une imposition échelonnée pourra être dissoute linéairement en trois tranches égales l'année fiscale du changement de système et les deux périodes fiscales suivantes, ce qui permettra d'échelonner sa taxation.

L'al. 3 réglemente les cas où l'entreprise déciderait d'établir ses comptes annuels conformément au code des obligations après les avoir établis exclusivement selon une norme comptable reconnue et avoir fait usage de la taxation échelonnée prévue à l'al. 1. Dans ce cas, des provisions et amortissements seront généralement nécessaires pour établir le bénéfice net imposable des périodes fiscales concernées. Si la réserve en vue d'une imposition échelonnée prévue à l'al. 1 n'est pas encore entièrement dissoute, elle doit être compensée avec les provisions et amortissements.

2.4.6 Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes²⁵⁰

Art. 42, al. 3, deuxième phrase Obligations du contribuable

Les explications relatives à l'art. 126 P LIFD sont valables par analogie (cf. ci-dessus ch. 2.4.5).

Art. 78d Disposition transitoire relative à la modification du code
des obligations

Les explications relatives à l'art. 207b P LIFD sont valables par analogie (cf. ci-dessus ch. 2.4.5). La loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons

²⁵⁰ Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), RS 642.14.

et des communes (art. 42, al. 3, P LIFD)²⁵¹ est modifiée pour les mêmes raisons que la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct.

2.4.7 Loi sur la TVA²⁵²

Art. 58, al. 2, deuxième phrase Comptabilité

La loi sur la TVA règle les modalités de la conservation des livres, des pièces justificatives, de la documentation commerciale et des autres enregistrements par renvoi au code des obligations. Etant donné que les dispositions visées ont été modifiées, le renvoi doit être adapté.

2.4.8 Loi sur les banques²⁵³

Art. 6 Etablissement des comptes

Les règles d'établissement des comptes des banques reposent sur les dispositions du droit de la société anonyme (cf. art. 6, al. 2, LB en relation avec les art. 662 ss CO). Les particularités du secteur bancaires et de la protection des créanciers exigent toutefois une transparence accrue, raison pour laquelle la loi sur les banques et ses dispositions d'exécution fixent des règles qui vont parfois plus loin que le code des obligations.

Le nouveau régime comptable mis en place dans le code des obligations nécessite aussi une adaptation des bases légales régissant la tenue de la comptabilité et la présentation des comptes des banques. Il s'agit notamment de structurer cette norme plus clairement et de l'actualiser.

Comme c'est déjà le cas actuellement, l'art. 6, al. 1, dispose que les banques établissent pour chaque exercice un rapport de gestion qui se compose des comptes annuels, du rapport annuel et des comptes consolidés.

L'al. 2 prévoit en outre que toutes les banques sont tenues d'établir des comptes intermédiaires au moins semestriellement, ce qu'une banque gérée correctement devrait déjà faire aujourd'hui.

Selon l'al. 3, le rapport de gestion et les comptes intermédiaires doivent être dressés conformément aux prescriptions du titre trente-deuxième du code des obligations (art. 957 ss) et de la loi sur les banques ainsi qu'à leurs dispositions d'exécution.

L'al. 4 prévoit que dans des situations exceptionnelles le Conseil fédéral peut édicter des dérogations à l'al. 3. Cette disposition vise des événements ayant une portée économique particulière, par exemple les guerres ou les cracks boursiers.

²⁵¹ RS **642.14**.

²⁵² Loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (loi sur la TVA, LTVA), RS **641.20**.

²⁵³ Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques, LB), RS **952.0**.

Art. 6a Publicité

Les dispositions sur la publicité ne changent pratiquement pas par rapport au droit en vigueur. L'art. 6^{bis}, al. 1, prévoit ainsi que le rapport de gestion doit être accessible au public. Selon l'al. 2, les comptes intermédiaires doivent être rendus publics lorsque les dispositions d'exécution de la loi sur les banques le prévoient.

Conformément à l'al. 3, les al. 1 et 2 ne s'appliquent toujours pas aux banquiers privés qui ne font pas appel au public pour obtenir des dépôts de fonds. Il est donc clair qu'à l'instar de toute autre banque, les banquiers privés doivent permettre aux créanciers d'accéder aux rapports de gestion et de révision s'ils peuvent justifier d'un intérêt digne de protection. En cas de litige, il appartient au juge de trancher (voir le commentaire de l'art. 958e). Le droit de consultation se limite toutefois au rapport de gestion car les banquiers privés sont constitués en sociétés pour lesquelles le code des obligations ne prévoit pas de rapport de révision.

Art. 6b Dispositions d'exécution

Comme le prévoit déjà le droit actuel, l'art. 6^{ter}, al. 1, dispose que le Conseil fédéral édicte des dispositions d'exécution sur la forme, le contenu et la publicité des rapports de gestion et des comptes intermédiaires. L'al. 2 l'autorise en outre à déroger aux dispositions du code des obligations sur la tenue de la comptabilité et la présentation des comptes (cf. art. 957 ss P CO) lorsque les particularités de l'activité bancaire ou la protection des créanciers le justifient. La présentation de la situation économique doit toutefois être équivalente (voir explications concernant l'art. 957, al. 3, P CO).

En vertu de l'al. 3, le Conseil fédéral pourra confier à la CFB (et ultérieurement à la FINMA) le pouvoir d'édicter des dispositions d'exécution dans les domaines de portée restreinte, notamment dans les domaines techniques. Il s'agira notamment de préciser les prescriptions en matière d'établissement du bilan, d'évaluation et de présentation des comptes comme c'est actuellement le cas dans les directives de la CFB sur la présentation des comptes. Cette norme de délégation reprend la réglementation adoptée dans la nouvelle loi sur la surveillance des marchés financiers (art. 55, al. 2, LFINMA²⁵⁴).

Les comptes des banques doivent répondre à des critères de transparence particulièrement stricts. C'est pourquoi l'al. 4 permet à la CFB de limiter l'utilisation des normes comptables reconnues dans le secteur bancaire, lorsque les conditions visées à l'al. 2 sont remplies. Cette disposition renvoie à la compétence du Conseil fédéral de fixer les normes comptables reconnues par voie d'ordonnance (art. 962a, al. 1, P CO). Dans la mesure où, se fondant sur l'al. 3, le Conseil fédéral renonce à régler lui-même la question des normes comptables reconnues qui peuvent être utilisées dans le secteur bancaire, il incombe naturellement à la CFB, vu sa meilleure connaissance du domaine et sa plus grande disponibilité, de limiter cette utilisation.

Les banques ne doivent être autorisées à utiliser que les normes reconnues qui prennent suffisamment en compte les particularités du secteur bancaire. Etant donné que les Swiss GAAP RPC n'ont pas été précisément conçues dans ce but, les banques n'auront vraisemblablement le choix qu'entre les référentiels IFRS et US GAAP.

Restera bien entendu la possibilité d'établir les comptes selon les directives de la CFB qui sont considérées comme équivalentes à une norme comptable reconnue.

2.4.9 Loi sur les bourses²⁵⁵

Art. 16 Etablissement et présentation des comptes

Comme pour les banques, l'établissement et la présentation des comptes des négociants en valeurs mobilières sont régis principalement par les dispositions du droit de la société anonyme (art. 662 ss CO), mais en vertu de l'art. 16, al. 2, LBVM, le Conseil fédéral peut prévoir des dérogations. Il a d'ailleurs recouru à cette norme de délégation pour soumettre les négociants au régime comptable des banques. De plus, lorsque cela se justifie, le Conseil fédéral peut aussi autoriser l'autorité de surveillance à prévoir des allègements (art. 29, al. 1, et 2, let. a, OBVM²⁵⁶).

La réforme du droit comptable (art. 957 ss P CO) et la modification des dispositions sur la présentation des comptes des banques qu'elle a entraînée (cf. ci-dessus ch. 2.4.8) nécessite aussi une adaptation des règles régissant la tenue de la comptabilité, l'établissement et la présentation des comptes des négociants en valeurs mobilières.

Selon l'art. 16, al. 1, les dispositions de la loi sur les banques en matière de comptabilité et de comptes s'appliquent par analogie aux négociants. Le renvoi à la législation bancaire est ainsi inscrit directement dans la loi sur les bourses et non plus dans ses dispositions d'exécution.

En vertu de l'al. 2, le Conseil fédéral peut (sous réserve de l'art. 957, al. 3, P CO, voir ci-dessus) déroger aux dispositions de la législation bancaire évoquée à l'al. 1 lorsque les particularités du commerce des valeurs mobilières le justifient. Tel est notamment le cas dans les domaines où la protection des créanciers justifie des règles de transparence particulièrement strictes pour les banques, mais qui seraient disproportionnées pour les négociants en valeurs mobilières. Ces derniers n'effectuant pas d'opérations sur différences de taux d'intérêt, la protection des créanciers ne revêt pas la même importance pour eux que pour les banques.

2.4.10 Loi sur la surveillance des assurances²⁵⁷

Art. 25, al. 1, première phrase Rapport de gestion et rapport d'activité

La modification est de nature terminologique et ne concerne que le texte allemand (l'expression «*Lagebericht*» remplace «*Jahresbericht*»; cf. art. 961c P CO), ainsi que le texte italien.

²⁵⁵ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM), RS **954.1**.

²⁵⁶ Ordonnance du 2 décembre 2006 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (ordonnance sur les bourses, OBVM), RS **954.11**.

²⁵⁷ Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA), RS **961.01**.

Art. 26, al. 1 et al. 3 à 5 Dispositions spéciales concernant la présentation des comptes

L'art. 26 règle des questions de présentation des comptes plus que de comptabilité. Le titre marginal utilisé actuellement dans la version française est donc imprécis et doit être adapté en fonction du contenu de la disposition. Selon l'al. 1, les entreprises d'assurance doivent constituer la réserve légale issue du bénéfice (cf. art. 672 P CO) conformément à leur plan d'exploitation, comme c'est déjà le cas dans le droit en vigueur (art. 26, al. 1, LSA en relation avec l'art. 671 CO). Il appartient désormais à l'autorité de surveillance de définir le montant minimal qui doit être affecté à cette réserve en tenant compte de l'affectation minimale prévue par le code des obligations (cf. art. 672, al. 1, P CO).

Une répartition des compétences analogue à celle qui est prévue entre le Conseil fédéral et la CFB pour tout ce qui touche à la comptabilité et à la présentation des comptes (cf. art. 6 ss P LB) est prévue entre le Conseil fédéral et l'OFAP. L'al. 3 autorise notamment le Conseil fédéral à déroger aux règles du droit comptable prévues par le code des obligations (cf. art. 957 ss P CO) lorsque les particularités de l'activité des assurances ou la protection des assurés le justifient. La notion de protection des assurés recouvre non seulement les aspects de la solvabilité et de la protection contre les abus, mais également la transparence. Dans la mesure où, se fondant sur l'al. 3, le Conseil fédéral renonce à régler lui-même la question des normes comptables reconnues qui peuvent être utilisées dans le secteur des assurances (cf. art. 962a P CO), il incombe naturellement à l'autorité de surveillance, vu sa meilleure connaissance du domaine et sa plus grande disponibilité, de limiter cette utilisation. Les entreprises d'assurance ne doivent être autorisées à utiliser que les normes comptables qui prennent suffisamment en compte les particularités de leur secteur d'activité et qui peuvent être harmonisées avec les instruments de surveillance mis en place.

Art. 28, al. 1 Organe externe de révision

Le nouveau droit de la révision a créé un régime de contrôle des comptes dont l'application ne dépend pas de la forme juridique de l'entreprise. Il prescrit ainsi un contrôle dit restreint pour les petites entreprises et un contrôle ordinaire pour les grandes (cf. art. 727 ss CO²⁵⁸). Les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance doivent en revanche, comme le précise l'art. 28, al. 1, être soumis à un contrôle ordinaire dans tous les cas, quelle que soit la taille de la société concernée. Le nouveau libellé de cette disposition supprime en outre la notion d'examen de la gestion de l'entreprise, cette formulation ayant soulevé trop de questions et d'insécurité juridique dans la mise en application.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Le projet délègue des compétences législatives au Conseil fédéral dans plusieurs domaines (cf. ci-dessous ch. 5.3). L'administration fédérale est en mesure de préparer les ordonnances en question sans recruter de personnel supplémentaire.

²⁵⁸ Version du 16 décembre 2005 (FF 2005 6809), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

L'extension des droits des actionnaires (cf. ci-dessus ch. 1.3.2.1) pourrait entraîner une très légère augmentation du nombre des procédures portées devant le Tribunal fédéral.

Le nouveau régime comptable ne devrait pas avoir de répercussion majeure sur la Confédération. La tenue de la comptabilité et la présentation des comptes revêtent cependant un certain intérêt pour l'accomplissement de diverses tâches de l'Etat (cf. ci-dessus ch. 1.3.5.1). La modernisation de la législation de 1936, obsolète et lacunaire, devrait ainsi alléger le travail des autorités fédérales concernées.

3.2 Conséquences pour les cantons

Le projet déploie des effets au niveau cantonal dans le domaine du registre du commerce. L'art. 928, al. 2, exige que les inscriptions portées au registre du commerce, les statuts et les actes de fondation puissent être consultés gratuitement en ligne, dans tout le pays. Plusieurs offices cantonaux du registre du commerce offrent déjà un tel accès aux inscriptions. L'accès gratuit aux inscriptions du registre du commerce sera chose faite dans toute la Suisse dès l'entrée en vigueur de la révision totale de l'ORC, le 1^{er} janvier 2008 (art. 12 ORC)²⁵⁹. A cet égard, le projet n'apporte donc rien de nouveau.

En revanche, les offices du registre du commerce devront probablement supporter des frais supplémentaires pour scanner les statuts et les actes de fondation qui ne sont pas disponibles sous une forme électronique (cf. art. 928). A moyen terme, leur charge de travail devrait cependant diminuer grâce à la possibilité de consulter ces documents par le biais d'Internet (et non au guichet comme c'est le cas aujourd'hui). Le nombre des demandes de renseignements par téléphone devrait également baisser. Enfin, le volume des actes à scanner tendra aussi à se contracter dans la mesure où de plus en plus de justificatifs seront remis sous une forme électronique.

L'abaissement des seuils légaux fixés pour exercer certains droits des actionnaires pourrait conduire – mais de façon très restreinte – à une augmentation du nombre des procédures judiciaires. La charge supplémentaire pour les tribunaux devrait donc être contenue (cf. ci-dessus ch. 3.1).

La tenue de la comptabilité et la présentation des comptes revêtent un certain intérêt pour l'accomplissement de diverses tâches de l'Etat (cf. ci-dessus ch. 1.3.5.1). La modernisation de la législation de 1936, obsolète et lacunaire, devrait ainsi alléger le travail des autorités cantonales concernées.

3.3 Conséquences pour l'économie

Depuis la révision du droit de la société anonyme de 1991, le cadre économique global a subi de profondes mutations. La mondialisation et l'évolution des besoins du marché des capitaux en particulier nécessitent une adaptation des dispositions légales régissant la structure du capital de la société anonyme. Plusieurs modifications sont importantes sur le plan économique:

²⁵⁹ Version du 17 octobre 2007, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4851).

- La suppression de la valeur nominale minimale permettra aux entreprises de diviser leurs actions selon leur gré (art. 622, al. 4). L'abaissement du capital-actions par réduction de la valeur nominale s'en trouvera facilité.
- L'institution de la marge de fluctuation du capital accélérera et facilitera le processus d'adaptation du montant du capital-actions aux besoins du marché des capitaux (art. 653s ss).
- La mise au point concernant l'admissibilité d'une libération par compensation en cas d'assainissement facilitera l'assainissement des entreprises (art. 634b, al. 2). De plus, les obligations incombant au conseil d'administration en cas d'insolvabilité de la société devraient entraîner un lancement plus rapide des procédures d'assainissement (art. 725a).
- La suppression des seuils légaux applicables au capital-participation assouplit la marge de manœuvre des entreprises cotées en bourse dans la définition de leur structure de capital (art. 656b, al. 1).
- Les nouveaux droits d'information accordés aux actionnaires des entreprises dont les actions ne sont pas cotées en bourse pourraient engendrer un surcroît de travail administratif pour ces sociétés (art. 697, al. 2, 697^{quinquies}). Mais étant donné que la grande majorité des sociétés anonymes privées ne comptent que quelques actionnaires, la charge supplémentaire restera contenue pour cette catégorie d'entreprises, tout particulièrement dans celles où les associés sont tous impliqués dans la gestion de l'entreprise et ont de ce fait un accès direct à toutes les informations concernant la marche des affaires.
- L'élargissement de divers droits des actionnaires pourrait se traduire par une modeste augmentation des procédures judiciaires en matière de droit des sociétés (cf. ci-dessus ch. 3.1 s.). Une grande partie de ces procédures sont toutefois dans le propre intérêt des entreprises.
- La modification du régime de responsabilité de l'organe de révision a pour but de garantir le bon fonctionnement du marché des entreprises de révision qui vérifient les comptes des grandes entreprises (art. 759).
- La possibilité de recourir de manière plus intensive à des médias électroniques dans la phase de préparation de l'assemblée générale et pendant l'assemblée contribuera à réduire les coûts (art. 700 ss).
- La consultation en ligne et gratuite des inscriptions et de certains documents déposés au registre du commerce se traduira par des réductions de coûts et améliorera l'efficacité de l'information économique en général (art. 928, al. 2; cf. ci-dessus ch. 3.2).
- Les nouvelles dispositions sur la présentation des comptes améliorent la transparence sur la situation financière des entreprises (quant aux interventions nécessaires, voir ci-dessus ch. 1.1.2.1), avant tout dans l'intérêt d'une bonne gestion d'entreprise. La garantie d'une transparence suffisante revêt une importance capitale pour l'économie. Elle est aussi dans l'intérêt des actionnaires, des investisseurs et des créanciers.
- Le 29 janvier 2003, le Conseil fédéral avait décidé de remanier l'avant-projet LECCA en accordant une attention particulière à la situation des PME et au rapport coûts-avantages de la nouvelle réglementation (cf. ci-dessus

ch. 1.2.2.3). Compte tenu de cette décision, le nouveau régime comptable a été conçu de façon minimaliste, en se référant aux usages actuels dans les PME bien gérées.

- Des règles comptables plus strictes sont prévues pour les entreprises d’une certaine importance économique. Cela pourrait entraîner des coûts additionnels. Selon des estimations prudentes, parmi les quelque 400 000 entités juridiques tenues de présenter des comptes, moins de 10 000 seraient concernées par ce régime. Par ailleurs, en guise d’allègement, les entreprises qui dressent des comptes consolidés ou dont la société mère dresse de tels comptes peuvent se limiter à présenter des comptes individuels succincts, sans préjudice de la protection des actionnaires minoritaires.
- Pour les sociétés cotées en bourse, le nouveau régime comptable n’apporte aucun changement par rapport à la réglementation boursière actuelle.
- Si les associés d’une société privée exigent l’établissement d’états financiers conformes à une norme comptable reconnue (art. 962 s), l’entreprise encourt normalement des frais supplémentaires. La fiabilité des états financiers revêt toutefois une importance cruciale dans l’optique de la protection des propriétaires du capital risque. La possibilité d’exiger des comptes établis selon une norme comptable reconnue accroît donc l’attractivité du site économique suisse pour les investisseurs.

3.4 Conséquences pour l’informatique

Hormis quelques adaptations à apporter aux logiciels des autorités du registre du commerce en raison des nouvelles dispositions légales, le projet est sans conséquence pour le domaine de l’informatique.

4 Rapports avec le programme de la législature

Le projet de révision du droit de la société anonyme figure dans le Rapport sur le Programme de législature 2003 à 2007²⁶⁰. En revanche, le nouveau régime comptable ne figure pas dans les objectifs prioritaires du Conseil fédéral pour la législature. L’intégration de cette nouvelle réglementation dans le présent projet de révision se justifie toutefois sur le plan matériel, vu les liens étroits entre le droit de la société anonyme et le droit comptable, d’autant plus que la révision du droit de la société anonyme a entre autres pour objectif celui d’améliorer la gouvernance (cf. ci-dessus ch. 1.3.2). Or le nouveau régime comptable revêt une importance primordiale pour la gouvernance.

²⁶⁰ FF 2004 1035 ss, 1049 1080.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Le projet de loi s'appuie sur l'art. 122 Cst., qui attribue à la Confédération la compétence législative en matière de droit civil.

5.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse

La Suisse n'a conclu aucun traité international en matière de droit des sociétés et de droit comptable. Elle n'a donc pris aucun engagement international dans les domaines visés par le présent projet.

5.3 Délégations législatives

Le projet délègue au Conseil fédéral les compétences législatives suivantes:

- définir les modalités de la publicité et de la publication des inscriptions portées au registre du commerce ainsi que des pièces justificatives (art. 928, al. 3);
- édicter les prescriptions relatives à l'organisation de la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) et à la publication des inscriptions (art. 928a);
- édicter des dispositions concernant l'organisation, la tenue et la surveillance du registre du commerce, ainsi que la procédure, la réquisition d'inscription, les pièces justificatives et leur examen, le contenu de l'inscription et son examen, les émoluments et les voies de recours (art. 930, al. 1; sur le plan matériel, cette norme de délégation est reprise du droit actuel et a simplement été déplacée (art. 929, al. 1, CO²⁶¹);
- édicter des prescriptions concernant la tenue informatisée du registre du commerce et l'échange électronique des données entre les autorités du registre du commerce, ainsi que l'acceptation et la saisie électronique des pièces justificatives et la transmission de données sous forme électronique (art. 930a); sur le plan matériel, cette norme de délégation est reprise du droit actuel et a simplement été déplacée (art. 929a, al. 1, CO²⁶²);
- possibilité d'édicter des dispositions concernant la transmission d'informations aux offices cantonaux du registre du commerce par les cantons, les districts et les communes (art. 941, al. 2);
- édicter les prescriptions relatives aux livres à tenir, aux principes régissant leur tenue et leur conservation régulière et aux supports d'informations pouvant être utilisés (art. 958f, al. 4); cette norme de délégation est reprise du droit actuel (art. 957, al. 5, CO, et Olico²⁶³);

²⁶¹ Version du 16 décembre 2005 (FF **2005** 6849), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

²⁶² Version du 16 décembre 2005 (FF **2005** 6849), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2008.

²⁶³ Ordonnance du Conseil fédéral du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de comptes (Olico), RS **221.431**.

- désigner les normes comptables reconnues qui peuvent être utilisées pour dresser les états financiers (art. 962*a*, al. 5); le Conseil fédéral peut également fixer les conditions à remplir pour choisir une norme ou pour en changer.