

Rapport explicatif

concernant l'avant-projet de
révision du code des obligations:

Droit de la société anonyme et
droit comptable

2 décembre 2005

Condensé.....	1
1 Situation initiale	2
1.1 A nouveaux besoins, nouvelles règles légales	2
1.2 Stabilité et dynamique de l'économie et du Droit	2
1.3 Interventions parlementaires	4
1.4 Continuité dans le changement : de la constance des objectifs des révisions du droit de la société anonyme	5
1.5 L'héritage des principes directeurs	6
2 Aperçu de l'avant-projet.....	8
2.1 Concrétisation des objectifs de la révision	8
2.2 Renforcement du gouvernement d'entreprise	10
2.2.1 Généralités	10
2.2.2 Publicité des indemnités perçues par les organes	12
2.2.3 Renforcement des droits des actionnaires.....	14
2.2.4 Publication d'informations par le registre du commerce.....	16
2.2.5 Représentation institutionnelle des actionnaires	16
2.2.6 Actions dispo	17
2.2.7 Organisation du conseil d'administration.....	19
2.2.8 Responsabilité de l'organe de révision.....	19
2.3 Modifications touchant la structure du capital.....	21
2.3.1 Généralités	21
2.3.2 Marge de fluctuation du capital.....	21
2.3.3 Augmentation et réduction autorisées du capital-actions	22
2.3.4 Suppression de la valeur nominale minimale et opportunité de l'introduction de l'action sans valeur nominale	23
2.3.5 Actions au porteur	26
2.3.6 Bons de participation	27
2.4 Modernisation des règles de l'assemblée générale.....	28
2.4.1 Généralités	28
2.4.2 Assemblée générale « multi-sites » et à l'étranger	29
2.4.3 Convocation électronique.....	29
2.4.4 Procuration électronique	29
2.4.5 Utilisation des médias électroniques pendant l'assemblée générale.....	30
2.4.6 Assemblée générale électronique	30
2.5 Réforme du droit comptable.....	31
2.5.1 Généralités	31
2.5.2 Règles uniformes pour toutes les formes de droit relevant du droit privé	33

2.5.3	Différenciation selon la taille de l'entreprise	33
2.5.4	Structure minimale et règles d'évaluation	34
2.5.5	Réglementation sans incidences fiscales.....	34
2.5.6	Amélioration de la transparence (<i>true and fair view</i>) et de la protection des minorités.....	34
2.5.7	Comptes consolidés plus modernes	35
2.6	Droit européen	36
2.7	Conséquences pour le personnel et pour les finances de la Confédération	38
3	Partie spéciale: commentaire article par article.....	39
3.1	De la société anonyme.....	39
3.1.1	Art. 620 et 680: définition de la société anonyme	39
3.1.2	Art. 622, art. 3 des dispositions transitoires: actions.....	39
3.1.3	Art. 626, 627, 628, 630: statuts, souscription d'actions.....	40
3.1.4	Art. 632, 633, 634, 634a, 642: apports, reprise de biens, avantages particuliers.....	41
3.1.5	Art. 636: reprise de biens.....	43
3.1.6	Art. 642: avantages particuliers	44
3.1.7	Art. 650, 652, 652a: augmentation ordinaire du capital	44
3.1.8	Art. 651 et 651a: augmentation autorisée du capital	45
3.1.9	Art. 652 et 652a: souscription d'actions et prospectus d'émission.....	45
3.1.10	Art. 652b: droit de souscription préférentiel.....	45
3.1.11	Art. 652f, 652g, 652h: modalités de l'augmentation du capital	47
3.1.12	Art. 653 et 653b: augmentation conditionnelle du capital.....	47
3.1.13	Art. 653c et 653d: protection des actionnaires et des autres ayants droits.....	48
3.1.14	Art. 653f, 653g, 653i: modalités de la procédure	49
3.1.15	Art. 653j et 653k: réduction ordinaire du capital	49
3.1.16	Art. 653l, 653m, 653n: avis aux créanciers et rapport de révision	52
3.1.17	Art. 653o, 653p, 653q: formes particulières de réduction du capital	53
3.1.18	Art. 653r et 653s: marge de fluctuation du capital	53
3.1.19	Art. 653t, 653u, 653v: modification du capital-actions, protection des créanciers.....	55
3.1.20	Art. 653w, 653x, 653y: modalités.....	56
3.1.21	Art. 656a et 656b: bons de participation	57
3.1.22	Art. 656c et 656d: statut juridique du participant.....	58
3.1.23	Art. 659: acquisition par la société de ses propres actions.....	59
3.1.24	Art. 662 à 667, 669, et 670: comptabilité et établissement des comptes	59

IV

3.1.26	Art. 678 et 680: restitution de prestations, versements des actionnaires	63
3.1.27	Art. 683 et 688: émission des actions.....	65
3.1.28	Art. 689 et 689a: participation à l'assemblée générale et procuration.....	65
3.1.29	Art. 689b, 689c, 689d, 689e, 703: représentation à l'assemblée générale	66
3.1.30	Art. 692 et 693: droit de vote à l'assemblée générale	68
3.1.31	Art. 696 et 958d: communication du rapport de gestion	69
3.1.32	Art. 697, 697 ^{bis} , 697 ^{ter} : droit de demander des renseignements et de consulter certains documents.....	69
3.1.33	Art. 697 ^{quater} , 697 ^{quinquies} , 697 ^{sexties} : publicité des indemnités de la haute direction et des participations.....	71
3.1.34	Art. 697a, 697b, 697c, 697d, 697e, 697g: examen spécial.....	72
3.1.35	Art. 697h: publication des comptes annuels et des comptes de groupe	74
3.1.36	Art. 698: pouvoirs de l'assemblée générale.....	74
3.1.37	Art. 699, 699a, 700: convocation de l'assemblée générale et ordre du jour.....	74
3.1.38	Art. 701a et 701b: lieu de réunion de l'assemblée générale.....	76
3.1.39	Art. 701c, 701d, 701e, 701f: recours aux médias électroniques	77
3.1.40	Art. 702, 703, 704, 706a: déroulement de l'assemblée générale.....	78
3.1.41	Art. 707 et 710: éligibilité, durée du mandat et indépendance des membres du conseil d'administration	79
3.1.42	Art. 716a, 716b, 717a: attributions, gestion et conflits d'intérêts	80
3.1.43	Art. 725, 725a, 728c, 729c: avis obligatoire en cas de surendettement	81
3.1.44	Art. 728a, 728b, 731: attributions de l'organe de révision et rapport de révision	83
3.1.45	Art. 728c, 729c, 731: avis obligatoires de l'organe de révision, rapport de révision	83
3.1.46	Art. 732 à 735: réduction ordinaire du capital.....	83
3.1.47	Art. 736: dissolution de la société	83
3.1.48	Art. 755, 756, 759: responsabilité des organes.....	84
3.2	Du contrat de travail individuel	85
3.2.1	Art. 322a: participation au résultat de l'exploitation.....	85
3.3	De la société en nom collectif	86
3.3.1	Art. 558 et 559: bénéfices et pertes	86
3.4	De la société en commandite	86
3.4.1	Art. 600 et 611: situation du commanditaire, paiement d'intérêts et de bénéfices	86
3.5	De la société en commandite par actions.....	86
3.5.1	Art. 765: inscription des membres de l'administration dans le registre du commerce	86
3.6	De la société à responsabilité limitée.....	86

3.6.1	Art. 791: inscription dans le registre du commerce.....	86
3.6.2	Art. 801: réserves.....	86
3.6.3	Art. 802: droit aux renseignements et à la consultation.....	86
3.6.4	Art. 804: attributions de l'assemblée des associés	87
3.6.5	Art. 820: perte de capital, surendettement et insolvabilité.....	87
3.7	De la société coopérative	87
3.7.1	Art. 856, 857, 858: droit de contrôle des associés	87
3.7.2	Art. 879: pouvoirs de l'assemblée générale.....	87
3.7.3	Art. 902 et 903: obligations de l'administration.....	88
3.8	Du registre du commerce	88
3.8.1	Art. 928 et 928a: publicité	88
3.8.2	Art. 929: responsabilité des autorités du registre du commerce	89
3.8.3	Art. 929a CO, 930, 930a: compétence réglementaire et émoluments	90
3.8.4	Art. 931 et 931a: inscriptions.....	90
3.8.5	Art. 932, 933, 934: effets de l'inscription	91
3.8.6	Art. 941 et 943: inscription d'office et amendes d'ordre	91
3.8.7	Art. 943a: responsabilité pour le paiement des émoluments	91
3.9	Des raisons de commerce	92
3.9.1	Art. 944, 947 et 956: formation des raisons de commerce	92
3.10	De la comptabilité commerciale.....	94
3.10.1	Art. 957 et 957a : obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes	94
3.10.2	Art. 958, 958a, 958b, 958c: présentation des comptes	95
3.10.3	Art. 958d et 958e: consultation, publication et conservation	98
3.10.4	Art. 959 et 959a: comptes annuels, bilan	99
3.10.5	Art. 959b: compte de résultat	100
3.10.6	Art. 959c: annexe	101
3.10.7	Art. 958c, 960, 960a, 960b, 960c, 960d, 960e: évaluation.....	101
3.10.8	Art. 960f: rapport avec le droit fiscal	103
3.10.9	Art. 961, 961a, 961b: comptes des grandes entreprises, exigences concernant leur rapport de gestion	104
3.10.10	Art. 962 et 962a: états financiers établis selon un référentiel comptable.....	106
3.10.11	Art. 963, 963a, 963b, 963c: comptes consolidés	110
3.11	Dispositions transitoires relatives à l'avant-projet.....	112
3.11.1	Art. 1 et 2: règles générales.....	112
3.11.2	Art. 3, 4, 5: dispositions particulières.....	113
3.12	Des associations	113

3.12.1	Art. 65 AP CC: compétences de l'assemblée générale	113
3.12.2	Art. 69a AP CC: obligation de tenir une comptabilité	114
3.12.3	Art. 69d AP CC: surendettement et insolvabilité.....	114
3.13	Des fondations.....	114
3.13.1	Art. 83a AP CC: comptabilité	114
3.13.2	Art. 84c AP CC: publicité des rémunérations.....	114
3.14	Loi sur le personnel de la Confédération.....	115
3.14.1	Art. 6a AP LPers: publicité des indemnités perçues par la haute direction.....	115
3.15	Code pénal	116
3.15.1	Art. 326 ^{quinquies} : contravention à l'obligation de requérir une inscription au registre du commerce	116
3.16	Variante II : augmentation et réduction autorisées du capital.....	116
3.16.1	Art. 652i, 652j, 652k: augmentation autorisée du capital.....	116
3.16.2	Art. 653s, 653t, 653u: réduction autorisée du capital	117

Condensé

Quelques épisodes fâcheux ont marqué notre économie et mis en évidence diverses faiblesses du droit des sociétés. Le Conseil fédéral propose donc une révision partielle du droit de la société anonyme. Son avant-projet poursuit quatre objectifs majeurs :

1. Renforcement du *gouvernement d'entreprise* : l'avant-projet améliore la position des actionnaires. Il régit plus clairement et étend leurs droits à demander des renseignements. Dans les sociétés privées, il institue un droit à être renseigné sur le montant des indemnités perçues par les membres de la haute direction. Le seuil d'exercice de certains droits des actionnaires est abaissé, notamment pour requérir l'institution d'un examen spécial, la convocation d'une assemblée générale ou l'inscription d'un objet à l'ordre du jour. Les conditions de l'action en restitution de prestations perçues indûment ont été améliorées.

La représentation de l'actionnaire par le dépositaire et par les organes de la société est supprimée. L'avant-projet ne prévoit que l'exercice des droits sociaux par un représentant indépendant, possibilité qu'il réserve aussi pour les sociétés privées.

Les autres modifications envisagées concernent l'élection annuelle du conseil d'administration et les conflits d'intérêts des membres du conseil d'administration et de la direction. L'avant-projet veut aussi que les sociétés ouvertes au public instaurent des règles empêchant les administrateurs d'exercer une influence réciproque quant à la fixation de leurs honoraires.

2. Adaptation de la *structure du capital* aux besoins actuels des entreprises : l'avant-projet assouplit les procédures d'augmentation et de réduction du capital-actions en instituant une « marge de fluctuation du capital », un instrument qui permet à l'assemblée générale d'autoriser le conseil d'administration à augmenter et réduire le capital-actions dans une fourchette définie. Par ailleurs, le concept de valeur nominale minimale est abandonné, ce qui signifie que la valeur nominale des actions peut tendre vers zéro. L'action au porteur perdant sans cesse de l'importance pour le marché, elle peut être abolie pour favoriser la mise en place de structures de capital transparentes. En revanche, l'émission de bons de participation au porteur reste possible. Enfin, la limitation actuelle du capital-participation au double du capital-actions est, elle aussi, supprimée.

3. Modernisation des règles de l'*assemblée générale* : l'avant-projet autorise les entreprises à recourir à des médias électroniques pendant la préparation et le déroulement de l'assemblée générale. Il régit aussi les concepts d'assemblée générale « multi-sites » et à l'étranger.

4. Réforme du *droit comptable* : l'avant-projet uniformise les règles comptables pour toutes les formes de sociétés de droit privé et différencie les exigences selon l'importance économique de l'entreprise. Le système proposé est sans incidences fiscales et il maintient le principe de l'autorité du bilan commercial pour l'imposition. Si elle remplit certaines conditions, la société peut également être tenue de présenter des comptes conformes à un référentiel comptable reconnu. Cela accroît la transparence et améliore considérablement la protection des actionnaires minoritaires.

1 Situation initiale

1.1 A nouveaux besoins, nouvelles règles légales

Pourquoi faut-il déjà remettre l'ouvrage sur le métier alors que la dernière réforme du droit de la société anonyme ne date que de 1991?

A l'usage, après les premières insécurités juridiques propres à toute réforme, le nouveau droit de la société anonyme s'est révélé globalement bon. On peut même dire que certaines innovations de l'époque anticipaient sur l'évolution des pratiques commerciales. C'est notamment le cas des dispositions sur le contrôle interne de la société. Inversement, on ne peut ignorer que cette révision reposait sur une conception datant des années 70-80. Entre-temps l'économie a connu de profondes mutations appelant de nouvelles règles. En l'occurrence, les besoins législatifs dépendent essentiellement de trois facteurs qui dépendent en partie les uns des autres :

- L'intégration des marchés se traduit par des *interdépendances considérablement 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 transformé la réalité des entreprises.

Les fondements de l'entreprise ont aussi 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*, qui accorde une place particulière sinon fondamentale aux intérêts des actionnaires. On pense bien sûr à la notion de *valeur actionnariale* (shareholder value), mais aussi à celle de *gouvernement d'entreprise*¹. Ces dernières années, le débat a aussi été animé par la disparition de quelques piliers de l'économie, ce qui s'est indéniablement traduit par une revalorisation de la notion de contrôle de l'entreprise.

Le droit de la société anonyme doit donc être adapté à l'évolution générale des pratiques et à la conception actuelle de l'entreprise.

1.2 Stabilité et dynamique de l'économie et du Droit

De 1936 à 1991, soit pendant 55 ans, le droit suisse de la société anonyme n'a connu aucune révision majeure. Cette longévité de la loi reflète un certain statisme de l'économie pendant plusieurs décennies. Mais depuis une quinzaine d'années, l'économie connaît une forte dynamique qui doit aussi trouver son expression dans les fondements juridiques des sociétés.

¹ Cette notion est décrite de manière plus détaillée au ch. 2.2.1.

L'économie souhaite de nombreuses réformes, mais il ne faut pas oublier qu'elle redoute plus que tout la précarité du droit des sociétés : elle veut des bases juridiques stables et fiables. Or toute modification de la loi entraîne inévitablement une certaine insécurité du droit, jusqu'à ce que les principaux doutes sur son interprétation soient levés par la jurisprudence. Une révision du droit des sociétés est donc toujours le produit d'une pesée des intérêts entre les besoins d'actualisation de la législation et de stabilité juridique des différentes formes de sociétés.

Sur le plan formel, la révision du droit de la société anonyme de 1991² n'était qu'une révision partielle. Mais sur le fond, à l'exception de quelques domaines, la quasi-totalité du titre vingt-sixième du code des obligations avait été réformé. Entre les premières expertises et l'entrée en vigueur de la révision, 27 années s'étaient écoulées. La conséquence de cette longue durée est que certaines dispositions étaient déjà obsolètes lorsqu'elles ont été adoptées par le Parlement.

Une fois la révision mise sous toit, un groupe de réflexion intitulé « Droit des sociétés » avait été créé afin d'analyser en profondeur les autres domaines du droit des sociétés nécessitant une révision³. Quelques aspects du droit de la société anonyme ont déjà été révisés à raison de cette analyse et de diverses interventions politiques :

- La *loi sur la fusion*⁴ a réformé et simplifié la restructuration juridique des entreprises⁵.
- La *valeur nominale minimale* des actions a été ramenée d'un franc à un centime par le biais d'une révision ponctuelle⁶.
- La révision totale du *droit de la société à responsabilité limitée*⁷ introduit des nouveautés importantes qui s'appliquent aussi à la société anonyme, par exemple la possibilité de fonder des sociétés unipersonnelles.
- Le *nouveau droit régissant l'organe de révision*⁸ harmonise les règles pour toutes les formes de sociétés de droit privé. Les organes de révision des sociétés ouvertes au public seront soumises à une surveillance de l'État.

² Loi fédérale du 4 octobre 1991, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1992, RO **1992** 733.

³ Rapport final du groupe de réflexion « Droit des sociétés » du 24 septembre 1993 ; KLÄY Hanspeter, Überblick über den Schlussbericht der Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“, RSDA 66 (1994), pp. 135 ss.

⁴ 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) ; Message du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, FF **2000** 3995.

⁵ Les règles sur la fusion avaient été exclues de la révision du droit de la société anonyme de 1991.

⁶ 00.435 é Initiative parlementaire de la commission de l'économie et des redevances du Conseil des États du 11 septembre 2000 « Réduction de la valeur nominale minimale des actions », FF **2000** 5091.

⁷ 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.

- La *publicité des indemnités et des participations des membres du conseil d'administration et de la direction* des sociétés dont les actions sont cotées en bourse est réglée par la loi⁹.

Un nouveau processus de révision du droit de la société anonyme doit être engagé sans attendre l'entrée en vigueur des trois dernières modifications du code des obligations de la liste ci-dessus, essentiellement pour deux raisons :

- l'accélération, la mondialisation et l'informatisation du monde des affaires créent d'innombrables besoins auxquels la législation doit répondre ;
- une série d'incidents a incité l'économie à solliciter de nouvelles règles légales afin de prévenir autant que possible de nouvelles difficultés.

1.3 Interventions parlementaires

L'évolution des besoins de l'économie et le cas Swissair sont à l'origine de nombreuses interventions parlementaires qui demandent toutes de nouvelles améliorations du droit de la société anonyme :

- Postulat de la commission de l'économie et des redevances du Conseil des États du 11 septembre 2000 « Action sans valeur nominale »¹⁰ (transmis) ;
- Postulat de la commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 30 octobre 2000 « Introduction de l'action sans valeur nominale »¹¹ (transmis) ;
- Motion Leutenegger Oberholzer du 9 mai 2001 « Renforcement de la protection des actionnaires minoritaires »¹² (transmise) ;
- Motion Walker du 20 juin 2001 « Société par actions. Principes de la "corporate governance" »¹³ (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 »¹⁴ (décidé de donner suite) ;
- Postulat Walker du 20 mars 2002 « Corporate Governance. Protection des investisseurs »¹⁵ (transmis) ;

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 00.3423 é ; BO **2000** E 915.

¹¹ 00.3598 n ; BO **2000** N 1318.

¹² 01.3261 n ; BO **2001** N 1436, BO **2002** N 186 s., BO **2002** E 309 ss, BO **2002** E 323 ss.

¹³ 01.3329 n ; BO **2001** N 1436, BO **2002** E 309 ss, BO **2002** E 323 ss.

¹⁴ 02.407 n ; BO **2003** N 831.

¹⁵ 02.3086 n ; BO **2002** N 1128.

- Motion de la commission de gestion du Conseil des États du 19 septembre 2002 « Renforcement des dispositions légales relatives à la présentation des comptes et au contrôle des entreprises »¹⁶ (transmise) ;
- 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 »¹⁷ (pas encore traité au conseil) ;
- 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 »¹⁸ (pas encore traité au conseil) ;
- Motion du groupe socialiste du 16 juin 2005 « Plus de démocratie dans les assemblées générales des sociétés anonymes. Introduction du vote par Internet »¹⁹ (pas encore traité au conseil) ;
- Motion du groupe socialiste du 16 juin 2005 « Droits des actionnaires. Prévoir une procédure accélérée pour les plaintes des actionnaires »²⁰ (pas encore traité au conseil) ;
- Motion du groupe socialiste du 16 juin 2005 « Droits des actionnaires. Prévoir une nouvelle disposition législative permettant de révoquer le conseil d'administration »²¹ (pas encore traité au conseil) ;
- Motion Leutenegger Oberholzer du 16 juin 2005 « Révision du droit des sociétés. Faire appel à des experts indépendants »²² (pas encore traité au conseil).

Afin de garantir la cohérence du droit de la société anonyme et de ne pas ébranler l'indispensable sécurité juridique par une révision en plusieurs étapes, il convient de regrouper ces différentes revendications dans un grand projet de réforme.

1.4 Continuité dans le changement : de la constance des objectifs des révisions du droit de la société anonyme

Les buts poursuivis par la révision du droit de la société anonyme de 1991 étaient au nombre de cinq²³, à savoir

- augmenter la transparence,
- renforcer la protection des actionnaires,
- améliorer la structure et le fonctionnement des organes,
- faciliter l'obtention de capitaux et
- empêcher les abus.

¹⁶ 02.3470 é ; BO **2002** E 1299, BO **2003** 827.

¹⁷ 05.3331 n.

¹⁸ 05.3332 n.

¹⁹ 05.3333 n.

²⁰ 05.3334 n.

²¹ 05.3335 n.

²² 05.3343 n.

²³ Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF **1983** II 781 ss.

Ces objectifs restent d'actualité et l'évolution du droit de la société anonyme tend aujourd'hui encore dans cette direction. De fait, pratiquement toutes les propositions de l'avant-projet en relèvent. Sur le plan matériel, elles sont directement liées aux principes régissant un bon gouvernement d'entreprise²⁴. Tel est le cas, en particulier, des dispositions relatives à la transparence ainsi qu'à la structure et aux fonctions des organes, mais aussi de celles visant à protéger les actionnaires, à garantir l'efficacité des marchés lors de la levée de capitaux et à prévenir les abus. L'avant-projet apporte également une contribution majeure à la transparence des sociétés par le biais d'une réforme du droit comptable. Les autres volets ont trait à l'amélioration des conditions d'accès au capital et à la réglementation relative aux organes, notamment en adaptant le régime des assemblées générales à l'évolution des techniques de communication. Le ch. 2.1 présente un aperçu de toutes ces propositions.

1.5 L'héritage des principes directeurs

Le message du Conseil fédéral concernant la révision de 1991 consacrait encore largement le principe de l'*unité du droit de la société anonyme*²⁵. Durant les travaux de révision, et sans que cela ait été dit explicitement, le législateur s'en est toutefois écarté sur des points très importants. 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* sur des points 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 opportune²⁶, notamment à cause de la difficulté à fixer des critères de délimitation satisfaisants pour distinguer entre grandes et petites sociétés. A l'inverse de la séparation formelle, le modèle de différenciation matérielle recourt à des critères de délimitation plus spécifiques, appropriés à la réglementation en cause. Par ailleurs, dans un régime juridique de la société anonyme formellement clos, la croissance de l'entreprise ne pose aucun problème puisqu'il ne faut pas envisager une transformation de sa forme juridique. La nouvelle conception de l'*obligation de révision* consacre d'ailleurs ce modèle de différenciation matérielle dans le cadre d'un droit de la société anonyme formellement unique et l'étend même à d'autres formes de sociétés.²⁷

²⁴ Cette notion est décrite de manière plus détaillée au ch. 2.2.1.

²⁵ Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF **1983** II 787.

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

²⁷ 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** 3764 ss ; art. 727 ss P CO.

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. Cette réglementation permet, tant que faire se peut, de prendre concrètement en compte la personne des associés et les circonstances de chaque cas d'espèce. Elle est conçue pour répondre aux besoins d'entreprises dont le cercle des associés est limité et plutôt étroit, et renonce sciemment à des prescriptions échafaudées pour le marché des capitaux.²⁸

Cette conception de la Sàrl axée sur les besoins d'entreprises n'ayant qu'un nombre limité d'associés souligne indirectement le fondement juridique de la société anonyme : 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 fondée sur la participation au capital*.

Le droit de la société anonyme s'inscrit donc de plus en plus dans cette tendance. Il faut néanmoins considérer qu'en Suisse la société anonyme est utilisée dans des situations très diverses (ce qui n'est pas le cas dans la plupart des autres pays). Cette forme de société abrite en effet des multinationales et des grands groupes, mais aussi des entreprises familiales, des petites exploitations et des sociétés unipersonnelles. De fait, il s'agit de la forme de société la plus répandue puisque fin 2004 on dénombrait 174 149 sociétés anonymes inscrites dans le registre du commerce.²⁹

Le nombre de Sàrl a connu une progression spectaculaire, passant de 2964 fin 1992 à 76 428 fin 2004³⁰, tandis que le nombre de sociétés anonymes stagne depuis 1992. Cette évolution est vraisemblablement due aux conditions qui ont été imposées aux sociétés anonymes par la révision de 1991, en particulier l'augmentation du capital-actions minimal de 50 000 à 100 000 francs et l'introduction de l'obligation de révision³¹. Ce report d'une forme de société vers l'autre montre aussi que les petites entreprises ont su s'approprier les avantages de la Sàrl, longtemps dédaignée.

Reste qu'une révision du droit de la société anonyme doit impérativement tenir compte de l'utilisation particulièrement extensive de cette forme de société. Il faut notamment conserver la *grande élasticité* du droit suisse de la société anonyme et définir de nouvelles règles souples, car selon toute attente les petites entreprises vont continuer à former la plus grande partie des sociétés anonymes. Il faut cependant garder à l'esprit que si l'on veut créer une structure à forte connotation personnelle, c'est la Sàrl qu'il faut choisir et non la société anonyme.

²⁸ 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** 2950, 2955.

²⁹ Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) No 9 du 13.01.2005, p. 36.

³⁰ Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) No 9 du 13.01.2005, p. 36.

³¹ 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** 2951.

2 Aperçu de l'avant-projet

2.1 Concrétisation des objectifs de la révision

Comme cela a déjà été dit³², l'avant-projet poursuit des buts analogues à ceux de la révision du droit de la société anonyme de 1991. Les règles proposées peuvent être réparties en quatre catégories principales, représentatives des objectifs majeurs de la présente révision :

- *Renforcement du gouvernement d'entreprise*³³
 - Information des actionnaires au sujet des indemnités perçues par les membres du conseil d'administration.
 - Renforcement du droit des actionnaires aux renseignements et à la consultation ; création d'un droit permanent à demander des renseignements ; possibilité de consulter les réponses fournies lors de l'assemblée générale.
 - Simplification de l'exercice du droit à demander l'institution d'un examen spécial (anciennement « contrôle spécial ») ; abaissement des seuils.
 - Simplification de l'exercice du droit à exiger la convocation d'une assemblée générale et à faire inscrire un objet à l'ordre du jour ; harmonisation des conditions d'exercice de ces deux droits ; abaissement des seuils.
 - Élection individuelle et annuelle des membres du conseil d'administration.
 - Amélioration de l'information des actionnaires au sujet de l'assemblée générale ; publication d'un procès-verbal de décision dans les 20 jours.
 - Efficacité accrue de l'action en restitution de prestations indûment perçues par les membres des organes ; droit au remboursement en cas de rapport inapproprié entre la prestation et la contre-prestation.
 - Amélioration du droit à dissoudre la société pour de justes motifs ; abaissement du seuil requis.
 - Réforme du régime de représentation institutionnelle des droits de vote ; suppression de la représentation de l'actionnaire par le dépositaire et par les organes de la société.
 - Amélioration de la publicité des inscriptions figurant dans le registre du commerce.
 - Réglementation des conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration et de la direction.
 - Interdiction faite aux membres du conseil d'administration d'exercer une influence réciproque sur le montant de leurs honoraires dans les sociétés ouvertes au public..

³² Cf. ch. 1.4.

³³ Cette notion est décrite de manière plus détaillée au ch. 2.2.1.

- Rééquilibrage entre la responsabilité du conseil d'administration et celle de l'organe de révision ; limitation de la responsabilité de l'organe de révision en cas de faute légère.
- *Adaptation de la structure du capital*
 - Modification de la procédure de réduction du capital-actions.
 - Institution d'une marge de fluctuation du capital ou, comme alternative, d'une réduction autorisée du capital-actions.
 - Adaptation des règles régissant l'augmentation ordinaire et conditionnelle du capital-actions.
 - Réglementation du droit de souscription préférentiel des actionnaires dans le cadre d'augmentation du capital avec prise ferme.
 - Suppression de la valeur nominale minimale des actions ; la valeur nominale peut tendre vers zéro.
 - Suppression de l'action au porteur.
 - Suppression de la limite supérieure du capital-participation.
- *Modernisation des règles de l'assemblée générale*
 - Nouvelle assemblée générale « multi-sites ».
 - Réglementation de la tenue de l'assemblée générale à l'étranger.
 - Réglementation de la convocation électronique.
 - Réglementation de la procuration électronique.
 - Exercice des droits sociaux des actionnaires par le biais des moyens de communication électroniques.
 - Institution d'une assemblée générale électronique (assemblée générale sur Internet).
- *Réforme du droit comptable*
 - Règles uniformes pour toutes les formes de sociétés de droit privé.
 - Différenciation des exigences selon l'importance économique de l'entreprise.
 - Conservation du principe de l'importance déterminante du bilan commercial pour l'imposition ; la réforme n'a pas d'incidences fiscales.
 - Amélioration de la transparence (*true and fair view*) et de la protection des minorités grâce à la présentation d'états financiers conformes à un référentiel comptable reconnu
 - par les sociétés ouvertes au public, les grandes sociétés coopératives, les grandes associations et les grandes fondations, et
 - à la demande d'associés qui représentent au moins 10 % du capital social.
 - Réforme des comptes consolidés ; établissement des états financiers selon un référentiel comptable reconnu.

2.2 Renforcement du gouvernement d'entreprise

2.2.1 Généralités

La notion de « gouvernement d'entreprise » vient de la pratique anglo-saxonne et plus précisément du terme anglais « corporate governance ». Le but du gouvernement d'entreprise 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 actionnaires³⁴.

L'économie suisse a connu plusieurs épisodes qui ont mis en évidence des lacunes dans l'information des actionnaires au sujet des événements importants touchant la société. De fait, les actionnaires ne sont pas toujours en mesure de défendre efficacement leurs intérêts en tant que propriétaires de l'entreprise qui encourent un risque économique. En outre, un certain nombre d'instruments prévus par le législateur pour protéger les droits des différentes parties prenantes ne sont que trop rarement mis en pratique, pour de multiples raisons. On citera par exemple le droit d'exiger l'institution d'un contrôle spécial, l'action en annulation et l'action en responsabilité.

Il faut donc renforcer les règles du gouvernement d'entreprise dans le droit suisse de la société anonyme en visant les trois objectifs suivants :

- Un contrôle interne efficace permet d'éviter que, dans une large mesure, que l'entreprise fasse fausse route, ce qui est aussi dans l'intérêt général de l'économie.
- La substance du droit de propriété des actionnaires doit être mieux protégée.
- Les manquements dans le gouvernement d'entreprise ont 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.

Un contrôle interne efficace suppose une transparence suffisante à l'égard des actionnaires et des investisseurs. Les règles en matière de transparence peuvent contribuer à révéler les égarements économiques de l'entreprise et permettre ainsi aux intéressés soit d'intervenir soit d'aliéner leurs actions, ce qui peut entraîner un changement de contrôle en temps utile. Le renforcement des droits des actionnaires concourt aussi à l'amélioration du contrôle interne et de son efficacité.

L'économie a codifié les principes du gouvernement d'entreprise dans deux règlements d'autorégulation qui datent de 2002 :

³⁴ Informations plus détaillées sur le gouvernement d'entreprise in BÖCKLI Peter, HUGUENIN Claire et DESSEMONTET François, *Le Gouvernement d'entreprise*, Rapport du Groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme, Lausanne 2004, p. 15.

– *Code suisse de bonne pratique*³⁵ *economiesuisse*

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.

– *Directive Corporate Governance*³⁶ *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 du gouvernement d'entreprise 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 du gouvernement d'entreprise, à savoir la transparence des informations relatives au marché des capitaux. Elle exclut ainsi d'autres éléments essentiels qui concourent à l'efficacité du gouvernement d'entreprise, comme le renforcement des pouvoirs de l'assemblée générale et des droits de contrôle et de participation des actionnaires.

Donnant suite à de nombreuses interventions parlementaires exigeant l'adoption de nouvelles règles de droit en la matière³⁷, en octobre 2002 l'Office fédéral de la justice a mandaté un groupe de travail composé des professeurs Peter Böckli, à Bâle, Claire Huguenin, à Zurich, et François Dessemontet, à Lausanne, afin d'analyser la situation actuelle et les besoins, et de formuler des propositions d'amélioration dans le domaine du gouvernement d'entreprise. En 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, lequel a constitué la base d'un projet de loi qui a été soumis au Parlement³⁸. Le rapport complet du groupe d'experts a été publié le 30 septembre 2003³⁹. Une autre expertise avait été commandée au professeur Hans Caspar von der Crone⁴⁰ pour répondre à un certain nombre de questions en rapport avec la structure du capital, l'assemblée générale et certains aspects du gouvernement d'entreprise.

³⁵ Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise de la Fédération des entreprises suisses (*economiesuisse*), juillet 2002.

³⁶ Directives concernant les informations relatives à la Corporate Governance (DCG) de la SWX Swiss Exchange, 1^{er} juillet 2002.

³⁷ Ch. 1.3 ci-dessus.

³⁸ 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.

³⁹ BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, *op. cit.*

⁴⁰ VON DER CRONE Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Corporate Governance / Unternehmenssanierung, 4 septembre 2002, pp. 1 ss (non publié).

La plupart des propositions formulées par les experts ont été reprises dans l'avant-projet qui est commenté dans le présent rapport. Parmi les recommandations qui n'ont pas été retenues, il faut mentionner celle qui aurait contraint l'entreprise cotée en bourse ou d'une certaine importance économique à se déterminer chaque année, dans le cadre d'une décision de principe, sur un certain nombre de questions en rapport avec le gouvernement d'entreprise et à communiquer cette décision aux actionnaires (principe de la « liberté d'organisation avec obligation d'en rendre compte »)⁴¹. Une obligation allant dans ce sens n'apporterait pas d'amélioration sensible dans le processus de prise de décision au sein de la société et dans la qualité des informations fournies aux actionnaires, car en pratique les sociétés s'exécuteraient la plupart du temps en employant des expressions standardisées. De plus, cette règle n'aurait qu'un caractère faiblement contraignant sur le plan matériel ; elle n'a donc pas sa place dans une loi. Cela n'empêchera cependant pas les organes de la bourse d'édicter des directives en la matière.

Il est souhaitable, économiquement et politiquement, de renforcer les principes du gouvernement d'entreprise dans le droit suisse de la société anonyme. Il ne faut cependant pas croire que, pour autant, de nouvelles règles sonneront le glas des stratégies erronées, des décisions malavisées et des abus. Un cadre normatif trop rigide, qui restreindrait la liberté de manœuvre des entreprises, pourrait quant à lui brider l'innovation économique. Il est aussi important que l'organisation de l'entreprise puisse être adaptée selon les circonstances, puisqu'en Suisse la société anonyme est choisie aussi bien pour les plus grandes que pour les plus petites entreprises⁴². L'avant-projet embrasse donc les conclusions des expertises en évitant toutefois le piège de la « surréglementation », afin que les entreprises bénéficient toujours de la souplesse nécessaire en termes d'organisation.

Les sections suivantes présentent un aperçu des mesures proposées pour renforcer le gouvernement d'entreprise. D'autres nouveautés présentées dans le chapitre sur l'assemblée générale (cf. ci-dessous ch. 2.4) relèvent aussi du gouvernement d'entreprise, à l'instar de la réforme du droit comptable qui fait également l'objet d'un chapitre séparé (cf. ci-dessous ch. 2.5).

2.2.2 Publicité des indemnités perçues par les organes

Le Conseil fédéral a adopté son message concernant la transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction le 23 juin 2004⁴³. Les dispositions proposées au Parlement ne concernent toutefois que les sociétés ouvertes au public.

⁴¹ BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, *op. cit.*, pp. 20, 85 ss, 95 s.

⁴² Ch. 1.5 ci-dessus.

⁴³ 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; art. 663b^{bis} P CO ; BO **2005** N 106 ss, BO **2005** E 538 ss. Le projet a été adopté par les Chambres fédérales le 7 octobre 2005.

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 dans la mesure où, selon la doctrine dominante, le droit actuel ne leur confère aucun droit à demander des informations sur les indemnités du conseil d'administration. Or l'octroi d'indemnités disproportionnées peut porter atteinte aux droits de propriété des actionnaires minoritaires, et plus encore dans les petites et moyennes sociétés. De plus, la connaissance du montant des indemnités constitue dans bien des cas une condition de fait à l'exercice d'un droit de protection des actionnaires comme l'action en restitution (art. 678⁴⁴ ; cf. ci-dessous ch. 3.1.26), l'action en responsabilité (art. 754 CO) et le droit de demander l'institution d'un contrôle spécial (« examen spécial » selon l'avant-projet, art. 697 s ; cf. ci-dessous ch. 3.1.34). La position de l'actionnaire est d'autant plus problématique qu'il n'existe généralement pas de marché pour les participations minoritaires dans les sociétés anonymes privées, ce qui exclut toute possibilité d'aliéner les actions à de justes conditions.

L'amélioration des règles de transparence concernant les indemnités vise donc à protéger les droits de tous actionnaires, et en particulier de ceux de sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse. 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 du rapport de gestion. En revanche, l'avant-projet institue un droit d'information spécifique : les actionnaires peuvent exiger que le conseil d'administration leur communique le montant des indemnités perçues (art. 697^{quinquies} ; cf. ci-dessous ch. 3.1.33.)

Dans les sociétés privées, le cercle des destinataires de la transparence est constitué par les actionnaires, alors que, dans les sociétés ouvertes au public, les indemnités individuelles doivent être indiquées dans le rapport de gestion ; chacun peut ainsi en avoir connaissance⁴⁶. La sphère privée des membres du conseil d'administration est donc moins durement touchée par la transparence individuelle dans les sociétés anonymes privées que dans les sociétés ouvertes au public. L'avant-projet prévoit en conséquence une transparence individuelle des indemnités des membres du conseil d'administration identique à celle qui existe dans les sociétés cotées en bourse.

L'avant-projet propose que les règles régissant les sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse s'appliquent aussi aux *sociétés coopératives* qui ont plus de 2000 membres (art. 857, al. 2 ; cf. ci-dessous ch. 3.7.1).

⁴⁴ Les numéros d'article sans indication de la loi se rapportent au présent avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable.

⁴⁶ Contrairement aux sociétés dont les actions sont cotées en bourse, les sociétés anonymes privées n'ont pas l'obligation de publier leur rapport de gestion (art. 958d ; cf. ci-dessous ch. 3.10.3).

Il arrive fréquemment que les mêmes personnes siègent dans plusieurs conseils d'administration et soient ainsi amenées à fixer réciproquement le montant des indemnités qu'elles perçoivent dans les différentes entreprises en question. En complément aux dispositions sur la publicité des indemnités, l'avant-projet veut donc obliger 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. 707, al. 3 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.41).

2.2.3 Renforcement des droits des actionnaires

L'exercice de certains droits des actionnaires est problématique. De fait, les droits de demander l'institution d'un contrôle spécial (art. 697a ss CO) et d'introduire une action en restitution de prestations (art. 678 CO) n'ont pratiquement jamais été exercés. L'avant-projet améliore les conditions d'exercice de ces droits afin qu'ils puissent réellement déployer leurs effets.

– *Droits de demander des renseignements et de consulter certains 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 dans la protection juridique des actionnaires dans la mesure où ils leur permettent de juger si des mesures supplémentaires s'imposent, par exemple s'il convient d'instituer un examen spécial (art. 697a ss ; 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. 3.1.26).

L'avant-projet précise que les actionnaires peuvent exiger en tout temps et par écrit des informations de la part du conseil d'administration (art. 697 ss ; cf. ci-dessous ch. 3.1.32). Les renseignements fournis par écrit doivent pouvoir être consultés lors de l'assemblée générale afin de garantir une égalité de traitement entre tous les actionnaires. Les renseignements et la consultation des livres ne peuvent être refusés aux actionnaires que si l'exercice de ces droits met en péril des secrets d'affaires ou d'autres intérêts prépondérants de la société. Pour garantir malgré tout la protection des droits des actionnaires, l'avant-projet veut que le conseil d'administration justifie son refus par écrit dans les deux cas de figure. Cette règle est également valable lorsque le refus a été décidé par l'assemblée générale.

– *Examen spécial*

L'actuel contrôle spécial change de nom et devient un *examen spécial* (art. 697a ss ; cf. ci-dessous ch. 3.1.34). Un examen spécial sert notamment à évaluer des faits critiques, dans la perspective d'une éventuelle action en responsabilité ou en restitution de prestations.

L'avant-projet prescrit que les experts chargés de l'examen spécial doivent être indépendants de la société, du conseil d'administration et de la direction mais aussi, selon les circonstances, de l'organe de révision ou d'autres personnes impliquées (art. 697a, al. 2).

Les seuils fixés par le droit en vigueur pour exiger l'institution d'un examen spécial contre la volonté de l'assemblée générale se sont avérés prohibitifs. En tout état de cause, les requérants doivent rendre vraisemblable que les organes ont transgressé le droit et que cette violation peut porter préjudice à la société (art. 697b, al. 3 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.34). De simples allégations ne suffisent donc pas. Il faut que le tribunal soit convaincu de la vraisemblance de l'infraction ou du préjudice⁴⁷. Lorsque tel est le cas, un examen plus approfondi est presque toujours dans l'intérêt de la société. Dans cet esprit, l'avant-projet réduit de moitié les seuils imposés pour requérir l'institution d'un examen spécial en les fixant à 5 % du capital-actions ou à un volume d'actions d'une valeur nominale d'un million de francs (art. 697b, al. 1, ch. 1 et 2). Dans les sociétés ouvertes au public, ces limites peuvent encore représenter un obstacle insurmontable, raison pour laquelle il est aussi prévu que les actionnaires peuvent exiger l'institution d'un examen spécial lorsqu'ils disposent d'actions dont la valeur boursière est égale à deux millions de francs (art. 697b, al. 1, ch. 3).

Lorsque l'assemblée générale ou le tribunal ordonne un examen spécial, son coût est toujours à la charge de la société (art. 697g). La réserve actuelle concernant les circonstances particulières est supprimée car elle ne se justifie pas sur le plan matériel et crée au surplus une incertitude juridique. L'abus de droit demeure cependant réservé.

- *Droits de requérir la convocation de l'assemblée générale et de faire inscrire un objet à l'ordre du jour*

L'avant-projet modifie les droits des actionnaires de requérir la convocation de l'assemblée générale et de faire inscrire un objet à l'ordre du jour (art. 699 ss ; cf. ci-dessous ch. 3.1.37). Il abaisse les exigences au même titre que pour l'institution d'un examen spécial (voir ci-dessus) mais fixe tout de même le seuil à une valeur boursière de cinq millions de francs pour pouvoir requérir la convocation de l'assemblée générale⁴⁸. Le conseil d'administration dispose de trente jours au maximum pour convoquer l'assemblée générale exigée par les actionnaires⁴⁹.

- *Élection des membres du conseil d'administration*

Le conseil d'administration est souvent élu en bloc et pour un mandat relativement long. Cette pratique assez répandue est contraire aux principes du gouvernement d'entreprise. De fait, elle restreint le droit de vote des actionnaires. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet veut introduire l'élection individuelle des membres du conseil d'administration et pour un mandat d'un an (art. 710 ; cf. ci-dessous

⁴⁷ Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF **1983** II 936.

⁴⁸ Les seuils fixés pour requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour sont exactement les mêmes que pour l'institution d'un examen spécial.

⁴⁹ Les conditions exigées pour ouvrir l'action en dissolution sont également révisées (art. 736 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.47).

ch. 3.1.41), sans préjudice du droit de l'assemblée générale et des membres du conseil d'administration de mettre un terme au mandat en tout temps (art. 705 CO).

– *Action en restitution de prestations*

L'avant-projet modifie les dispositions régissant l'action en restitution de prestations indues (art. 678 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.26). Il permet bien entendu d'introduire l'action contre les membres du conseil d'administration mais élargit le cercle des personnes visées aux membres de la direction. Il étend en outre le droit d'introduire l'action aux créanciers de la société. S'agissant des prestations autres que les dividendes, les tantièmes, les parts de bénéfice et les intérêts intercalaires, il n'est plus nécessaire qu'elles soient en disproportion avec la situation économique de la société pour que les bénéficiaires soient tenus à restitution ; l'absence d'une juste proportion entre prestation et contre-prestation est suffisante. Enfin, l'avant-projet double le délai de prescription et le fixe à dix ans.

2.2.4 Publication d'informations par le registre du commerce

L'Internet simplifie considérablement la consultation des données inscrites dans le registre du commerce, tant pour les actionnaires que pour les tiers. Pour renforcer le gouvernement d'entreprise, l'avant-projet propose les mesures suivantes, qui sont destinées à améliorer la transparence de certaines informations concernant les sociétés :

- *Toutes les inscriptions* portées dans le registre (par ex. les statuts) peuvent être consultées *gratuitement* sur le *site Internet du registre du commerce* (art. 928, al. 2 ; cf. ci-dessous ch. 3.8.1).
- Les *sociétés ouvertes au public* sont tenues de remettre leurs *rapports de gestion et de révision* à l'office du registre du commerce. Ces rapports seront également publiés sur le site Internet du registre du commerce (art. 958d, al. 3 ; cf. ci-dessous ch. 3.10.3).
- Une *recherche sur la base de critères précis* est autorisée dans les publications électroniques des autorités du registre du commerce⁵⁰ afin qu'il soit possible d'effectuer des recherches d'après le nom d'une personne, par exemple (art. 928, al. 4 ; cf. ci-dessous ch. 3.8.1). Les inscriptions du registre du commerce sont depuis toujours *réputées juridiquement connues de tous* (art. 933, al. 1, CO), mais seules les nouvelles possibilités de recherche dans un réseau national de bases de données (Zefix⁵¹) permettent d'acquérir efficacement les informations dans la totalité des inscriptions.

2.2.5 Représentation institutionnelle des actionnaires

La majeure partie des actionnaires des sociétés ouvertes au public ne participent pas aux assemblées générales. Cela affaiblit la position de cet organe, en particulier lors-

⁵⁰ Quelques cantons offrent aujourd'hui déjà de tels critères de recherche.

⁵¹ Index central des raisons de commerce de l'Office fédéral du registre du commerce : www.zefix.ch.

qu'il doit prendre des décisions de principe (cf. art. 698 CO). Les règles de représentation des actionnaires ont donc une importance cruciale dans l'optique de la formation de la volonté de l'assemblée générale.

La révision de 1991 (art. 689c ss) avait déjà réformé la représentation dite institutionnelle (représentation par un membre d'un organe de la société, par un mandataire indépendant, par le dépositaire). L'obligation faite aux banques de demander des instructions de vote a déjà amélioré la situation, mais la réglementation légale sur la représentation par le dépositaire 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. 689d, al. 1, CO) restent fréquemment sans réponse.

Il existe aussi des problèmes de représentation des actionnaires 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 déjà à l'actionnaire le droit se faire représenter à l'assemblée générale par un tiers indépendant⁵².

Donnant suite à diverses interventions parlementaires qui voulaient remédier à certaines insuffisances de la représentation des droits de vote des actionnaires⁵³, l'Office fédéral de la justice a mandaté un groupe d'experts afin d'examiner ce qui pouvait ou devait être fait⁵⁴.

L'avant-projet propose les réformes suivantes (art. 689c s.; cf. ci-dessous ch. 3.1.29) :

- La représentation ne peut être restreinte aux autres actionnaires plus 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 (art. 689d CO) et la représentation par un membre d'un organe (art. 689c CO) sont abolies.
- En lieu et place, les sociétés dont les actions sont cotées en bourse sont tenues de désigner un représentant indépendant pour représenter les actionnaires absents. De plus, si cette personne ne reçoit aucune instruction de la part de l'actionnaire, elle n'exerce pas le droit de vote.

2.2.6 Actions dispo

Selon le droit en vigueur, lorsque des actions nominatives cotées en bourse sont vendues, la banque de l'aliénateur doit communiquer le nom du vendeur à la société

⁵² Décision du tribunal de commerce du canton d'Argovie du 26 janvier 2001, RNRF 2002 N° 43.

⁵³ Cf. ci-dessus ch. 1.3, en particulier 02.407 n Initiative parlementaire du groupe de l'Union démocratique du centre du 6 mars 2002 « Entreprises cotées en Bourse. Transmission des droits de vote ».

⁵⁴ BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, *op. cit.*, pp. 142 ss, 217 ss.

(art. 685e CO). Ensuite, la société radie l'inscription dans le registre des actionnaires. La société reconnaît la qualité d'actionnaire de l'acquéreur conformément aux 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 dites *dispo* ou *non inscrites*. En pratique, l'entreprise verse alors à la banque dépositaire les dividendes revenant à l'actionnaire qu'elle ne connaît pas. Ce dernier 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 acquéreur ne s'annonce. Dans les sociétés ouvertes au public, la majeure partie des actionnaires touchent ainsi leurs dividendes mais ne participent pas au processus de formation de la volonté de la société lors des assemblées générales. Si les statuts exigent un quorum de présence élevé pour certaines décisions, la prolifération 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 des 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.

Pour résoudre les problèmes liés aux actions *dispo*, il a été proposé d'obliger la banque dépositaire ou le négociant en valeurs mobilières à se faire inscrire dans le registre en tant qu'actionnaire fiduciaire ou « nominee », sauf si l'actionnaire s'annonce lui-même⁵⁵. 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 l'avant-projet substitue à la représentation par le dépositaire la désignation d'un représentant indépendant⁵⁶, il ne serait pas très cohérent d'introduire simultanément un nouveau modèle d'exercice des droits sociaux à titre fiduciaire tel que le système du « nominee ».

Une autre possibilité évoquée est celle qui consiste à refuser le droit au dividende et les autres droits patrimoniaux attachés aux actions nominatives tant que l'actionnaire ne s'annonce pas auprès de la société. Une telle pratique serait toutefois contraire aux

⁵⁵ VON DER CRONE Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Stimmrechtsvertretung / Dispoaktien, REPRAX 2/03, p. 11 s.

⁵⁶ Cf. ci-dessus ch. 2.2.5.

usages du marché international des capitaux et il serait difficile de l'expliquer aux investisseurs, surtout étrangers. Cette solution créerait également des problèmes d'administration et d'affectation des dividendes cumulés.

En l'absence de proposition convaincante à tous points de vue, l'avant-projet s'abstient de régler la question des actions dispo dans la loi.

2.2.7 Organisation du conseil d'administration

La révision de 1991 a défini de manière très claire les *attributions inaliénables et intransmissibles* du conseil d'administration (art. 716a CO), et par-là les tâches dont cet organe répond en toutes circonstances. La définition légale des attributions constitue ainsi le *fondement de la responsabilité* des membres du conseil d'administration.

La nécessité d'une intervention dans ce domaine est limitée⁵⁷ et l'avant-projet ne prévoit que deux mesures supplémentaires :

- Il inscrit dans le droit positif le comportement à adopter en cas de *conflit d'intérêts* en disposant que les membres du conseil d'administration et de la direction sont tenus d'informer le président de tout conflit d'intérêts éventuel. Il appartient ensuite au conseil d'administration de prendre les mesures qui s'imposent dans l'intérêt de la société (art. 717a ; cf. ci-dessous ch. 3.1.42). Celui-ci peut notamment contraindre l'intéressé à se récuser.
- Il oblige également les sociétés ouvertes au public à prendre des mesures pour que leurs administrateurs qui siègent dans les mêmes conseils d'administration de sociétés tierces ne puissent exercer aucune *influence sur la fixation de leurs honoraires réciproques* (art. 707, al. 3 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.41)⁵⁸.

2.2.8 Responsabilité de l'organe de révision

La responsabilité de la gestion incombe au conseil d'administration et à la direction. Mais en cas de faillite de la société, l'organe de révision est souvent mis en cause à raison de sa responsabilité solidaire (art. 759 CO) aux côtés des membres du conseil d'administration et de la direction, même si sa faute n'est que légère. Du fait de cette solidarité, les plaignants peuvent d'ailleurs rechercher l'organe de révision avant les membres du conseil d'administration ou de la direction.

La révision du droit de la société anonyme de 1991 voulait recadrer le concept de solidarité qui ne tenait alors aucunement compte de la faute⁵⁹. Selon les dispositions actuellement en vigueur, les personnes qui répondent d'un dommage avec d'autres ne sont donc solidairement responsables que dans la mesure où le dommage peut leur être imputé personnellement en raison de leur faute et au vu des circonstances

⁵⁷ BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, *op. cit.*, pp. 54 s., 85.

⁵⁸ Cf. ci-dessus ch. 2.2.2.

⁵⁹ Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF **1983** II 757, 966, 1021 s. (le libellé de la loi a toutefois été modifié au cours de la procédure parlementaire).

(art. 759, al. 1, CO). En pratique cette restriction n'a toutefois pas apporté les résultats escomptés, car elle ne définit pas assez concrètement les rapports entre les personnes responsables. Jusqu'ici les tribunaux n'ont pas eu à se déterminer sur la question et l'évolution s'est faite dans le sens opposé de ce que voulait le législateur de 1991, à savoir que les actions en responsabilité sont de plus en plus souvent dirigées contre l'organe de révision. On peut se l'expliquer de la manière suivante :

- Les entreprises de révision sont presque toujours plus solvables que les membres du conseil d'administration et de la direction.
- Pour des questions commerciales évidentes, les entreprises de révision cherchent à éviter les longues procédures judiciaires. Les pressions exercées les poussent donc souvent à transiger alors que leur responsabilité civile n'est pas établie.
- Les normes professionnelles étant très détaillées dans le domaine de l'audit, il est souvent beaucoup plus facile de prouver la faute de l'organe de révision qu'une violation des obligations du conseil d'administration ou de la direction.

Puisque les autres personnes responsables ne disposent généralement pas de ressources financières suffisantes, l'organe de révision n'a souvent aucune possibilité d'exercer son droit de recours et en fin de compte il supporte seul la plus grande partie du dommage. Le risque de responsabilité auquel sont exposés les réviseurs des grandes sociétés est tel que les compagnies d'assurances rechignent de plus en plus à conclure des polices pour le couvrir.

Le fait que les procès en responsabilité sont dirigés d'abord contre les organes de révision peut être considéré comme un report de la responsabilité des organes de direction sur l'organe de révision. Juridiquement, cette tendance paraît d'autant plus inappropriée lorsqu'on reproche une faute grave au conseil d'administration et à la direction et seulement une négligence légère à l'organe de révision. On peut donc légitimement se demander, dans l'optique du gouvernement d'entreprise, s'il n'y a pas lieu d'instaurer un meilleur équilibre entre les différents organes de la société en matière de responsabilité.

C'est la raison pour laquelle l'avant-projet propose de définir un *montant limite* pour la responsabilité solidaire au titre des prestations en matière de révision, pour autant que cette responsabilité ne relève que d'une faute légère (art. 759, al. 1^{bis}). Il fixe la responsabilité maximale en cas de faute légère à 25 millions de francs dans le cadre de la révision des sociétés dont les actions sont cotées en bourse et des sociétés d'une certaine importance économique, et à 10 millions de francs pour la révision des autres sociétés. D'autres pays européens connaissent une réglementation analogue, par exemple l'Allemagne et l'Autriche. Les montants maximaux figurant dans l'avant-projet sont cependant plus élevés que ceux prévus dans les modèles étrangers et l'allègement de la responsabilité est limité à la faute légère.

2.3 Modifications touchant la structure du capital

2.3.1 Généralités

L'augmentation autorisée du capital-actions (art. 650 ss CO) a été introduite dans le droit de la société anonyme lors de la révision de 1991. En revanche, aucune disposition n'avait été prévue en ce qui concerne une réduction autorisée du capital car à l'époque, l'opinion majoritaire était qu'il n'y avait pratiquement d'intérêt à réduire le capital que dans le cadre d'un assainissement.

Ces dernières années, plusieurs milieux, en particulier celui des sociétés d'investissement, ont demandé un assouplissement de la procédure de réduction du capital-actions. Le projet de création d'une société d'investissement à capital variable (SICAV) dans le cadre de la révision totale de la loi fédérale sur les fonds de placement répondra aux besoins de ce segment d'entreprises⁶⁰, mais il n'empêche qu'il faut proposer une forme de réduction du capital-actions plus souple pour la société anonyme.

Dans son expertise, le professeur von der Crone, Zurich, propose la création d'une « marge de fluctuation du capital » qui permettrait au conseil d'administration d'augmenter et de réduire le capital-actions dans une fourchette déterminée⁶¹. L'avant-projet reprend cette idée, mais sous une forme complètement remaniée. En annexe, il propose aussi, comme alternative, d'introduire une réduction autorisée du capital-actions aux côtés de l'actuelle augmentation autorisée⁶².

La création d'une marge de fluctuation du capital ou d'une réduction autorisée du capital-actions nécessite, dans les deux cas, quelques ajustements des formes existantes d'augmentation du capital. Cela implique aussi une refonte de la réduction ordinaire du capital. Par souci de cohérence de la loi, ces dispositions sont en outre regroupées avec celles régissant les autres procédures de modification du capital-actions. Enfin, pour des questions de clarté, l'avant-projet supprime les dispositions communes aux augmentations ordinaire et autorisée du capital (art. 652 ss CO) et introduit des renvois internes qui rendent cette réglementation plus lisible et concise.

2.3.2 Marge de fluctuation du capital

La marge de fluctuation du capital remplace l'actuelle augmentation autorisée du capital tout en permettant la délégation de la décision de réduction du capital-actions au conseil d'administration.

⁶⁰ Rapport explicatif et projet de loi de la Commission d'experts instituée par le Département fédéral des finances, Révision totale de la loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994, novembre 2003 ; également Message concernant la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (Loi sur les placements collectifs) du 23 septembre 2005.

⁶¹ VON DER CRONE Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts : Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/02, pp. 1 ss, 16 ss.

⁶² ZINDEL Gaudenz, Aktienrückkäufe und Kapitalherabsetzungen *in* Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Mélanges pour le 60^e anniversaire de Peter Forstmoser, Zurich 2003, pp. 571 ss.

En créant une marge de fluctuation du capital, l'assemblée générale autorise le conseil d'administration à modifier le montant du capital émis dans une fourchette fixe pendant cinq ans au maximum (art. 653r ss ; cf. ci-dessous ch. 3.1.18 ss). La marge de fluctuation est limitée vers le bas par le *capital de base*, qui revêt la fonction de valeur limite qui est aujourd'hui celle du capital-actions inscrit dans le registre du commerce, et vers le haut par le *capital maximal*. La fourchette définie ne peut excéder la moitié du capital inscrit, ni en positif ni en négatif. Pendant la durée de validité de l'autorisation, le conseil d'administration peut augmenter ou réduire le capital émis autant de fois et du montant qu'il juge utile, dans les limites de la marge de fluctuation du capital.

L'assemblée générale peut restreindre les pouvoirs du conseil d'administration. L'avant-projet lui permet par exemple de stipuler que le conseil d'administration peut uniquement augmenter ou uniquement réduire le capital-actions. Cela revient à maintenir l'autorisation autorisée du capital tout en créant une réduction autorisée du capital. Si l'assemblée générale n'impose pas d'autre condition, le conseil d'administration décide entre autres du moment de l'augmentation ou de la réduction du capital, de son montant ainsi que du mode de libération. Il jouit aussi d'une certaine liberté en ce qui concerne le droit de souscription préférentiel.

La protection des créanciers en cas de réduction du capital-actions intervient déjà en partie lors de la création de la marge de fluctuation du capital. De la sorte, le conseil d'administration peut procéder aux réductions du capital sans devoir préalablement publier l'avis aux créanciers et solliciter une attestation de révision (art. 653l s, 653v ; cf. ci-dessous ch. 3.1.16, 3.1.19).

Même si elle peut paraître complexe au premier abord, la marge de fluctuation du capital offre une grande liberté dans la gestion de la structure du capital de l'entreprise. C'est pourquoi l'avant-projet propose, comme alternative, d'instituer une réduction autorisée du capital-actions qui peut être combinée avec l'augmentation autorisée du capital prévue dans le droit actuel (cf. ci-dessous ch. 2.3.3). Il semble juste de proposer ces deux solutions sous une forme rédigée de toutes pièces afin que les milieux intéressés puissent se prononcer en connaissance de cause. On notera tout de même que les deux variantes présentent une certaine complexité due à l'objet même de la réglementation.

2.3.3 Augmentation et réduction autorisées du capital-actions

La réglementation proposée reprend presque intégralement les dispositions actuelles sur l'augmentation autorisée du capital-actions. Quelques modifications y ont été apportées dans le but de simplifier la procédure sur le plan administratif. Par ailleurs, l'introduction de la réduction autorisée du capital-actions dont la procédure a été calquée, autant que faire se peut, sur celle de l'augmentation autorisée est proposée⁶³.

⁶³ ZINDEL, *op. cit.*, pp. 571 ss.

Lorsqu'elle adopte une disposition statutaire stipulant une réduction autorisée du capital, l'assemblée générale autorise le conseil d'administration à réduire le capital-actions jusqu'à un montant donné (au maximum la moitié du capital-actions inscrit dans le registre du commerce) dans un délai de cinq ans au plus. Contrairement à ce qui est prévu pour la marge de fluctuation du capital, les mesures de protection des créanciers n'interviennent pas lors de la décision de l'assemblée générale mais uniquement lorsque la décision concrète de réduire le capital a été prise. L'avis aux créanciers et l'attestation de révision sont requis pour chaque réduction (art. 653s, al. 1 [variante II] en relation avec l'art. 653l s.; cf. ci-dessous ch. 3.16.2).

L'avant-projet envisage aussi la possibilité de combiner une augmentation autorisée avec une réduction autorisée du capital. Dans ce cas, le conseil d'administration peut aussi bien augmenter que réduire le capital-actions dans une fourchette définie par l'assemblée générale. Les compétences attribuées au conseil d'administration lui permettent aussi de modifier le capital-actions plusieurs fois dans les deux sens.

D'un point de vue fonctionnel, cette solution offre pratiquement les mêmes possibilités que la marge de fluctuation du capital. Les deux variantes diffèrent dans la conception de la protection des créanciers, mais chacune présente des avantages dans des circonstances différentes. La création d'une réduction autorisée du capital-actions permet en outre de conserver une institution juridique déjà connue, l'augmentation autorisée du capital. La mise en pratique de la combinaison « augmentation autorisée – réduction autorisée » pourrait cependant poser plus de problèmes d'application du droit que la marge de fluctuation du capital. Car s'il est vrai que la marge de fluctuation du capital est un terrain juridiquement vierge, elle apparaît aussi comme la solution la plus simple à appliquer sur le plan juridique.

2.3.4 Suppression de la valeur nominale minimale et opportunité de l'introduction de l'action sans valeur nominale

L'actuel droit de la société anonyme postule que l'action a une valeur nominale. Les statuts stipulent donc 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 appelé « valeur nominale minimale ». Lorsque l'entreprise prospère, la valeur réelle de ses actions atteint souvent un multiple de la valeur nominale. En raison de la valeur nominale minimale fixée par la loi, il n'est souvent plus possible de subdiviser encore les actions. La valeur nominale minimale des actions fixée à 100 francs dans le droit de la société anonyme de 1936 a eu une influence négative sur la négociabilité des titres helvétiques. C'est pour cela que la révision de 1991 l'a ramenée à 10 francs. En 2001, elle a été réduite à un centime (art. 622, al. 4, CO)⁶⁴. Mais sur le marché des capitaux, même une valeur nominale d'un centime n'est pas

⁶⁴ 00.435 é Initiative parlementaire de la commission de l'économie et des redevances du Conseil des États du 11 septembre 2000 « Réduction de la valeur nominale minimale des actions », FF 2000 5091.

optimale, car une division d'actions ou un remboursement de la valeur nominale peut toujours s'avérer nécessaire.

Les commissions de l'économie et des redevances des deux Chambres ont déposé deux postulats⁶⁵ invitant le Conseil fédéral à examiner l'opportunité d'introduire des actions sans valeur nominale dans le droit suisse. Pour y donner suite, l'Office fédéral de la justice a mandaté le professeur von der Crone, Zurich, pour qu'il réalise une expertise sur cette question.

Il existe deux sortes d'actions sans valeur nominale :

- Les *actions sans valeur nominale proprement dites* ne représentent pas une quote-part du capital-actions. Ce dernier peut donc être augmenté ou réduit sans que cela n'ait d'influence sur les actions. Réciproquement, des actions peuvent être émises ou détruites sans qu'il faille modifier le capital-actions.
- Les *actions sans valeur nominale improprement dites*, qui n'ont pas formellement de valeur nominale mais qui incorporent tout de même une fraction fixe du capital-actions. Il est donc possible de calculer leur valeur nominale mathématique en tout temps, en divisant le capital-actions par le nombre d'actions émises. Comme dans le système où l'action a une valeur nominale, il existe ici une relation fixe entre le nombre d'actions et le capital-actions.

Les actions sans valeur nominale proprement et improprement dites peuvent être émises sous forme d'actions de quotité ou d'actions unitaires. Les *actions de quotité* portent l'indication du taux de participation au capital. Les *actions unitaires* ne comportent aucune indication de cette nature ; le taux de participation ne ressort que des statuts ou de l'inscription du registre du commerce.

Les actions sans valeur nominale proprement dites existent dans le droit américain de la société anonyme. En Europe, on ne connaît que les actions sans valeur nominale improprement dites. Selon l'opinion dominante, la première catégorie n'est pas compatible avec la législation cadre de l'Union européenne⁶⁶.

L'introduction de l'action sans valeur nominale proprement dite nécessiterait une modification profonde du droit suisse de la société anonyme. Il faudrait notamment redéfinir les droits des actionnaires et la responsabilité des organes. C'est pourquoi l'expertise du professeur von der Crone conclut qu'il ne serait pas opportun de franchir ce pas. Par contre, il propose d'autoriser les actions sans valeur nominale improprement dites émises sous la forme d'actions unitaires⁶⁷.

Les actions sans valeur nominale improprement dites autorisent l'émission d'un nombre indéfini d'actions sans qu'il soit nécessaire de modifier le capital-actions. Les ac-

⁶⁵ Cf. ci-dessus ch. 1.3.

⁶⁶ Cette appréciation découle de l'art. 6, al. 3, de la Directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976 (deuxième directive CE sur le droit des sociétés, protection du capital).

⁶⁷ VON DER CRONE, *op.cit.*, p. 12.

tions émises peuvent aussi être subdivisées à l'envi par division d'actions (split) sans qu'il faille remplacer les titres déjà émis. L'introduction de l'action sans valeur nominale improprement dite dans la loi n'entraîne aucun changement pour les sociétés existantes⁶⁸. Par contre, ce système nécessite d'importants aménagements dans le droit de la société anonyme, en particulier la modification de toutes les règles qui font référence à la valeur nominale. Cela pose des problèmes de fond dans la réglementation relative aux *actions à droit de vote privilégié* (art. 693, al. 1, CO), *improprement appelées ainsi dans le droit suisse* puisque le privilège naît en réalité de la différence entre la valeur nominale de ces titres et celle des actions ordinaires. Si l'on renonçait à mentionner la valeur nominale, il faudrait se référer à la participation représentée par chaque catégorie d'actions. La mise en pratique d'une telle réglementation se heurterait à plus d'un obstacle, raison pour laquelle il a été proposé de créer une *action à droit de vote privilégié proprement dite* au moyen d'actions sans valeur nominale qui, pour un taux de participation au capital identique, garantiraient des droits de vote différents. En pratique, la coexistence de plusieurs types d'actions à droit de vote privilégié pourrait toutefois poser des problèmes (par exemple lors de la fusion de sociétés ayant des actions à droit de vote privilégié de diverses natures). Le nouveau système devrait donc être imposé à toutes les sociétés existantes, ce qui créerait d'énormes difficultés et générerait un surcroît de travail important.

On peut obtenir la plupart des avantages liés à l'action sans valeur nominale improprement dite d'une autre manière, plus précisément en conservant le système de la valeur nominale mais *sans fixer de valeur nominale minimale* et en exigeant uniquement que la valeur nominale des actions soit supérieure à zéro⁶⁹. Une telle règle permet de diviser les actions indéfiniment et de réduire leur valeur nominale selon les besoins, sans préjudice de leur valeur nominale antérieure. L'avantage de cette solution est de ne pas requérir de modifications importantes ni dans le droit de la société anonyme ni dans la pratique. 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 leur nombre devrait encore augmenter avec la future loi fédérale sur le dépôt collectif et la création de droits valeurs⁷⁰. Les inconvénients liés à l'échange éventuel des titres ne semblent donc pas prépondérants.

Après avoir mis dans la balance tous les avantages et les inconvénients des différentes solutions, l'avant-projet renonce à introduire l'action sans valeur nominale impropre-

⁶⁸ VON DER CRONE, *op.cit.*, p. 21.

⁶⁹ Une valeur nominale nulle permettrait de devenir actionnaire sans participer aux capital-actions. Cela poserait aussi des problèmes purement mathématiques, par exemple pour distribuer des dividendes proportionnellement à la valeur nominale.

⁷⁰ Rapport du groupe de travail institué par le Département fédéral des finances relatif à un projet de loi fédérale sur le dépôt et le transfert des effets comptables (loi sur les effets comptables) et à la ratification de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire du 15 juin 2004 (un message devrait être présenté vers le milieu de 2006).

ment dite. En contrepartie, il supprime la disposition de la loi prescrivant une valeur nominale minimale (art. 622, al. 4). Cette variante sauvegarde aussi les intérêts des petites et moyennes entreprises, pour qui la simplicité et la continuité du droit sont primordiales.

2.3.5 Actions au porteur

A l'origine, la matérialisation des droits sociaux des actionnaires dans un titre avait pour but d'accélérer l'échange et le transfert des parts de propriété. Ces dernières années, l'émission de titres « physiques » a sensiblement reculé et les petites entreprises y renoncent bien souvent dans la mesure où le besoin d'imprimer les actions n'est pas impératif si, dans les faits, il n'existe pas de marché pour le titre. De leur côté, les grandes sociétés évitent aussi, et de plus en plus, la remise physique des actions, leur préférant de simples effets comptables. Du fait de cette « dématérialisation » des titres, les actions au porteur perdent peu à peu de leur importance eu égard à la négociabilité des titres.

Par ailleurs, la plupart des entreprises souhaitent connaître l'identité de leurs actionnaires par le biais d'actions nominatives. Les besoins qui justifiaient l'émission d'actions au porteur sont donc aujourd'hui quasi-inexistants. Ce type de titres est d'ailleurs en contradiction flagrante avec les principes de transparence des structures du capital.

Ces dernières années, les actions au porteur ont été dans le feu de la critique de diverses instances internationales, en particulier du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) et de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), dont la Suisse est membre. Pour combattre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, l'une des recommandations du GAFI demande que les pays membres prennent des mesures appropriées afin que l'identité des personnes qui contrôlent des personnes morales puisse être constatée en temps voulu⁷¹. Cette recommandation pointe notamment du doigt les actions au porteur. Le Département fédéral des finances a déjà soumis en consultation un projet de loi sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI⁷². L'une des dispositions de ce projet prévoit notamment l'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 contribuer à la formation de la volonté de l'entreprise dans le cadre de l'assemblée générale⁷³. D'après les prises de position du GAFI, cette réglementation

⁷¹ Recommandation 33 des « Quarante Recommandations » du GAFI du 20 juin 2003.

⁷² 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.

⁷³ Art. 702a AP CO, loi fédérale sur la mise en œuvre des Recommandations révisées du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux.

est encore jugée comme insuffisante⁷⁴. Il faut donc s'attendre à ce que la pression sur les actions au porteur augmente encore ces prochaines années.

Les actions au porteur sont pratiquement inconnues des systèmes juridiques anglo-américains. Dans d'autres pays, elles ont été supprimées ou ne jouent plus qu'un rôle marginal. En Suisse, près de 30 000 sociétés ont encore des actions au porteur⁷⁵, dont la plupart sont des PME. Étant donné que, dans ces sociétés, les rapports de participation sont la plupart du temps transparents, du moins dans les faits, la conversion en actions nominatives ne poserait pas de problèmes majeurs pour elles.

Tenant compte de la perte d'importance fonctionnelle des actions au porteur et des problèmes croissants qu'elles créent, l'avant-projet prévoit la suppression de cette catégorie d'actions (art. 622). Cette mesure s'inscrit dans la continuité des développements internationaux et renforce la réputation de la place financière helvétique.

Pour éviter que les actions au porteur créées sous l'empire du droit actuel ne fassent l'objet d'un « commerce de manteau d'actions », les sociétés devront s'adapter à la nouvelle réglementation et disposeront pour cela de deux ans (art. 3, dispositions transitoires de l'avant-projet).

L'abolition des titres au porteur ne concerne que les actions. L'émission de *bons de participation* au porteur restera possible. Cela ne contrevient pas aux efforts et aux recommandations internationales évoquées précédemment dans la mesure où les participants n'ont aucun droit de vote (art. 656c, al. 1, CO) et ne jouent donc aucun rôle dans le processus de formation de la volonté des sociétés.

2.3.6 Bons de participation

Les participants ont principalement des droits patrimoniaux, mais ils n'ont pas le droit de vote et les droits sociaux qui y sont associés (art. 656c ss CO). Ils encourent pourtant le même risque financier que les actionnaires. Pour mieux les protéger et pour renforcer le contrôle exercé sur la direction de l'entreprise en cas de difficultés économiques, l'expertise du professeur von der Crone propose que, lorsque la société ne verse pas de dividende pendant deux exercices sur trois, les bons de participation confèrent un droit de vote aux participants pour les trois exercices suivants. Cela revient à transformer le bon de participation en une action à droit de vote latent⁷⁷.

L'effet bénéfique de cette solution sur le contrôle interne de l'entreprise n'est toutefois que théorique. Car tant qu'elle a suffisamment de liquidités, on peut s'attendre à ce que

⁷⁴ Selon le dernier rapport sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI, la Suisse ne satisfait pas à la recommandation relative à l'identification des titulaires d'actions au porteur (Recommandation n° 33 ; 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).

⁷⁵ SANWALD Reto, Bedeutung und Zukunft der Inhaberaktie in der Schweiz, REPRAX 2/00, pp. 22 ss, 28 s.

⁷⁷ VON DER CRONE, *op.cit.*, p. 20.

l'entreprise tente de bloquer le droit de vote des participants en versant un dividende minime tous les trois ans. Par ailleurs, ceux qui acquièrent des bons de participation savent que ce titre ne leur confère pas de droits sociaux. L'avant-projet n'a donc pas repris cette proposition à son compte.

Il propose toutefois une innovation de taille concernant la limite supérieure du capital-participation. Selon l'art. 656b, al. 1, CO, le montant du capital-participation ne peut actuellement dépasser le double du capital-actions. Pour que les sociétés disposent d'une plus grande marge de manœuvre dans la fixation de la structure de leur capital, mais aussi pour compenser l'abolition des actions au porteur, l'avant-projet propose de supprimer le plafond du capital-participation (art. 656a, al. 1 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.21). Les entreprises pourront ainsi fixer le rapport entre le capital-actions et le capital-participation librement, en fonction de leurs besoins et des conditions du marché, et il restera en outre possible d'émettre des bons de participation au porteur.

2.4 Modernisation des règles de l'assemblée générale

2.4.1 Généralités

Les moyens de communication électroniques ouvrent de nouvelles perspectives dans l'organisation des assemblées générales. Dans les grandes sociétés comme dans celles dont 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 Internet 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 est finalement dans l'intérêt d'un bon gouvernement d'entreprise.

L'utilisation des médias électroniques nécessite toutefois des bases juridiques claires. Il convient également d'examiner les aspects juridiques liés à un autre besoin, qui est celui de pouvoir tenir l'assemblée générale simultanément en plusieurs lieux ou à l'étranger.

La présente révision doit donc créer des bases légales modernes pour l'organisation de l'assemblée générale. Il s'agit entre autres d'assurer la sécurité juridique pendant le déroulement de l'assemblée générale, 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 principales propositions de l'avant-projet s'appuient sur l'expertise du professeur von der Crone, Zurich⁷⁸.

⁷⁸ VON DER CRONE Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Generalversammlung, 4 septembre 2002 (non publié).

2.4.2 Assemblée générale « multi-sites » et 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.

L'avant-projet envisage le déroulement simultané de l'assemblée générale en plusieurs lieux (assemblée générale « multi-sites ») à la condition que les interventions des personnes participant à la réunion soient retransmises en direct sur tous les sites par des moyens audiovisuels. Le conseil d'administration doit en outre désigner un site principal d'où la réunion est dirigée et où les décisions qui requièrent la forme authentique sont verbalisées (art. 701a ; cf. ci-dessous ch. 3.1.38).

L'avant-projet autorise aussi la fixation du lieu de réunion à l'étranger, pour autant que les statuts prévoient cette possibilité ou que tous les actionnaires (ou leurs représentants) y consentent (art. 701b ; cf. ci-dessous ch. 3.1.38).

2.4.3 Convocation électronique

L'avant-projet permet de convoquer l'assemblée générale à l'aide de moyens de communication électroniques. De la documentation peut aussi être transmise aux actionnaires sous cette forme. Comme nul ne peut être contraint d'utiliser ces médias contre sa volonté, l'avant-projet précise que la convocation et ses annexes ne pourront être transmis à l'actionnaire par des moyens de communication électroniques que si celui-ci y consent (art. 700, al. 1 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.37).

2.4.4 Procuration électronique

En vertu de l'art. 689a CO, les titulaires d'actions nominatives peuvent mandater un tiers au moyen d'une procuration écrite⁷⁹ pour exercer leurs droits sociaux. La reconnaissance légale de la « signature électronique qualifiée » et son assimilation à la signature manuscrite ont posé les bases juridiques permettant la définition d'une procuration électronique (art. 689a, al. 2, en relation avec l'art. 14, al. 2^{bis} CO)⁸⁰. La condition est que la procuration numérique soit pourvue de la signature électronique qualifiée de l'actionnaire.

L'envoi électronique de la procuration et des éventuelles instructions de vote peut singulièrement 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 l'avant-projet précise qu'il revient au conseil d'administration de décider s'il accepte les procurations électroniques ou non (art. 689a). C'est aussi à lui qu'il incombe de garantir le respect du cadre légal. A contrario, les actionnaires ne

⁷⁹ Sous réserve d'une éventuelle disposition statutaire limitant la représentation aux autres actionnaires ; art. 689, al. 2, CO.

⁸⁰ Loi fédérale 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) ; en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005.

peuvent en aucun cas être contraints de remettre leur procuration sous une forme électronique (cf. ci-dessous ch. 3.1.28).

2.4.5 Utilisation des médias électroniques pendant l'assemblée générale

L'avant-projet prévoit que lors de l'assemblée générale, les actionnaires peuvent exercer leurs droits sous une forme électronique si les statuts le permettent (art. 701c). Il devient donc possible de participer à l'assemblée générale à partir de son domicile, par visioconférence. Cela suppose toutefois que l'assemblée générale soit retransmise par des médias électroniques, car les actionnaires doivent avoir la possibilité de voir et entendre tout ce qui se passe au lieu de réunion, d'intervenir dans les débats et de voter (art. 701c et 701e s.; cf. ci-dessous ch. 3.1.39).

La société doit aussi être en mesure de garantir qu'aucun tiers externe ne peut prendre part aux votes et aux élections. Le conseil d'administration doit donc s'assurer que l'identité des personnes participant à distance est clairement établie.

La participation à l'assemblée générale par l'intermédiaire de médias électroniques est une option qui simplifiera grandement la tâche des actionnaires qui ne peuvent être présents physiquement, soit parce qu'ils ne se trouvent sur place (en particulier les actionnaires étrangers) soit pour d'autres motifs.

2.4.6 Assemblée générale électronique⁸¹

Selon l'avant-projet, la société peut renoncer entièrement à la tenue d'une assemblée conventionnelle dans un lieu de réunion réel si tous les actionnaires y consentent (art. 701d). L'assemblée générale se déroule alors exclusivement en recourant à des moyens de communication électroniques tels que l'Intranet et l'Internet (cf. ci-dessous ch. 3.1.39).

Dans ce cas, comme quand la société recourt aux médias électroniques lors d'une assemblée générale conventionnelle (cf. ci-dessus ch. 2.4.5), le conseil d'administration doit garantir que les actionnaires pourront se comprendre sans problème grâce aux moyens de communication électroniques et que les votes ne seront pas entachés d'irrégularités. Il doit également pourvoir à l'identification des participants (art. 701e s.).

Il est exclu de tenir une assemblée générale exclusivement électronique lorsque des décisions requérant la forme authentique doivent être prises (art. 701d), 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 lieu⁸²).

⁸¹ On rencontre aussi les expressions « cyber-assemblée générale » et « assemblée générale virtuelle » qui sont toutefois moins pertinentes.

⁸² BRÜCKNER Christian, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Zurich 1993, ch. 2047 ss ; RUF Peter, *Notariatsrecht*, Langenthal 1995, ch. 1477 ss.

Des assemblées générales électroniques ne seront vraisemblablement organisées que par les sociétés ayant un nombre d'actionnaires limité. Cela non seulement parce qu'il faut le consentement de tous les actionnaires mais aussi parce qu'il y a des limites techniques et matérielles à la participation active d'un grand nombre d'actionnaires. Par contre, l'organisation d'une assemblée générale électronique pourrait être une solution intéressante pour les sociétés – grandes et petites – qui n'ont que peu de participants.

Même s'il instaure un forum électronique, l'avant-projet maintient le principe selon lequel l'assemblée générale est le lieu physique ou virtuel où se forme la volonté de la société. Cela suppose que les actionnaires puissent communiquer entre eux et poser des questions au conseil d'administration. Le principe dit de l'immédiateté est donc préservé. Contrairement à ce qui est prévu pour la Sàrl⁸³, un processus de décision par écrit n'est pas envisagé.

2.5 Réforme du droit comptable

2.5.1 Généralités

Le droit en vigueur comporte aux art. 957 ss CO une « partie générale » sur la comptabilité et la présentation des comptes qui s'appliquent à tous les sujets relevant du droit privé, sous réserve de dispositions particulières. Ces règles générales qui datent de 1936 sont extrêmement lacunaires pour ne pas dire désuètes. Elles ne comportent par exemple presque aucune disposition sur la présentation et la structure des comptes annuels ou sur l'évaluation des éléments du patrimoine. Des règles régissant l'annexe aux comptes annuels font également défaut tandis que l'inventaire est mis en avant, même s'il ne joue en réalité qu'un rôle annexe. Pour pallier ces lacunes, des dispositions sur la comptabilité et l'établissement des comptes ont été adoptées en tant que dispositions particulières applicables à certaines formes de sociétés (par exemple les art. 662 ss CO pour la société anonyme) ou dans la législation spéciale propre à certains secteurs de l'économie.

Aujourd'hui, l'essentiel des règles de présentation des comptes émane d'organismes internationaux qui publient des référentiels comptables valables dans le monde entier. Les principaux sont les *Normes internationales d'information financière* (IFRS) et les *Principes comptables généralement acceptés aux États-Unis* (US GAAP). En Suisse, les *Recommandations relatives à la présentation des comptes* (Swiss GAAP RPC) sont appliquées par de nombreuses sociétés.

De nos jours, les comptes sont présentés dans une optique de plus en plus fonctionnelle, en s'appuyant sur les principes de l'économie d'entreprise. L'approche traditionnelle du droit commercial, axée en priorité sur la protection des créanciers et, de fait, sur les besoins de la taxation, ne répond plus du tout aux besoins d'information des associés et autres parties prenantes. Le groupe de réflexion sur le droit des sociétés l'avait déjà relevé et, dans son rapport final de 1993, il recommandait d'ailleurs

⁸³ Art. 805, al. 4, P CO ; BO **2001**, 3207, 3279.

l'élaboration d'une loi spéciale sur l'établissement des comptes et sur la publicité (cf. ci-dessus ch. 1.2)⁸⁴. Plus tard, une grande commission d'experts présidée par M. Peider Mengiardi, Bâle / Oberwil, a été chargée d'élaborer une nouvelle réglementation. Son avant-projet de loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) a été mis en consultation en 1998⁸⁵. Les critiques émises ont été parfois virulentes. Le principal reproche formulé était qu'il ne tenait pas suffisamment compte des PME. Des craintes ont également été émises que cette réforme n'entraîne indirectement une augmentation de la charge fiscale des entreprises⁸⁶.

Différents événements survenus dans l'économie suisse et à l'étranger après la procédure de consultation 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 le projet LECCA sur le métier. Vu l'urgence de certains aspects traités, il avait été décidé, la même année, de *scinder le projet en deux parties distinctes* :

- Un premier projet législatif devait proposer une réforme de l'*obligation de révision* et de l'*organe de révision* et instaurer une *surveillance des activités de révision*. Le message a été transmis au Parlement le 23 juin 2004⁸⁷ et le projet est actuellement en procédure d'élimination des divergences. Il devrait entrer en vigueur courant 2007.
- Le volet sur le *droit comptable* a été confié au professeur Giorgio Behr, St-Gall / Schaffhouse, en 2004. Son mandat consistait à redéfinir l'avant-projet à la lumière des résultats de la procédure de consultation. Ses propositions ont été retravaillées par l'Office fédéral de la justice, en concertation avec l'expert.

Aujourd'hui, le but visé n'est plus de créer une nouvelle loi fédérale comme le prévoyait l'avant-projet LECCA, mais d'intégrer des dispositions dans le code des obligations en remplacement des dispositions générales réunies sous le titre trente-deuxième « De la comptabilité commerciale » (art. 957 ss ; cf. ci-dessous ch. 3.10 ss). Les nouvelles règles proposées remplacent également les normes spéciales du droit de la société anonyme. C'est la raison pour laquelle la réforme du droit comptable est proposée dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme. Elle constitue aussi l'un des piliers des mesures visant à renforcer le gouvernement d'entreprise.

⁸⁴ Rapport final du groupe de réflexion « Droit des sociétés » du 24 septembre 1993, pp. 12 et 83.

⁸⁵ 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 ; également 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** 3755 ss.

⁸⁶ Aperçu des résultats de la consultation concernant la loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) et l'ordonnance sur l'agrément des contrôleurs des comptes (OACC), Berne 2000, ch. 102.02.

⁸⁷ 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 droit actuel, qui est lacunaire et insuffisant, est donc remplacé par une réglementation entièrement nouvelle, transparente, qui n'énonce que les exigences essentielles et est conforme aux pratiques actuelles en matière d'établissement et de présentation des comptes.

2.5.2 Règles uniformes pour toutes les formes de droit relevant du droit privé

Il n'existe aucune raison objective justifiant une relation figée entre la forme juridique de la société d'une part et les règles comptables et de présentation des comptes de l'autre. L'entreprise présente ses états financiers pour rendre compte de ses activités. La forme juridique n'a toutefois aucune espèce d'influence sur la nature et l'ampleur de l'activité commerciale d'une personne physique ou morale. L'avant-projet propose donc une réglementation indépendante de la forme de droit, suivant en cela la conception qui sous-tend la nouvelle réglementation sur l'obligation de révision⁸⁸.

Les nouvelles règles comptables et de présentation des comptes s'appliquent en principe à toutes les formes de droit relevant du droit privé (art. 957, al. 1). Elles fixent cependant des critères clairement différenciés en fonction de l'importance économique de l'entreprise, de l'association ou de la fondation (cf. ci-dessous ch. 2.5.3 et 3.10.1), sans préjudice d'exigences plus strictes arrêtées dans la législation spéciale (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 non soumises à inscription peuvent tenir une comptabilité simple dans laquelle sont reportées les recettes et les dépenses et qui rend compte de leur situation financière (communément appelée le « carnet du lait ») (art. 957, al. 2).

2.5.3 Différenciation selon la taille de l'entreprise

Le contenu du rapport de gestion que les PME doivent présenter annuellement se limite à l'essentiel, c'est-à-dire aux comptes annuels (art. 959 ss ; cf. ci-dessous ch. 3.10.4 ss). 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. Les PME n'ont donc plus à présenter de rapport annuel et elles restent exemptées du tableau de financement.

A l'instar du futur droit de la révision⁸⁹, l'avant-projet fixe des règles plus strictes pour les grandes entreprises (art. 961 ss ; cf. ci-dessous ch. 3.10.9 ss). Le critère de délimitation choisi est d'ailleurs l'obligation de se soumettre à un contrôle ordinaire. Cette obligation frappe l'entreprise lorsqu'elle dépasse deux valeurs limites sur trois (total du

⁸⁸ *idem*.

⁸⁹ *ibid.* FF 2004 3766 s.

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 consécutifs⁹⁰.

Selon des estimations prudentes, moins de 10 000 entités seraient concernées par les règles les plus strictes qui obligent l'entreprise à présenter un rapport annuel et un tableau de financement, et à fournir des renseignements supplémentaires dans l'annexe aux comptes annuels.

Ces exigences accrues sont appropriées compte tenu de l'importance économique des entreprises, associations et fondations de plus grande taille.

2.5.4 Structure minimale et règles d'évaluation

Contrairement au projet LECCA, qui s'alignait sur les directives européennes, l'avant-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 sur la comptabilité et la présentation des comptes que les PME peuvent comprendre et aborder avec plus de facilité.

L'avant-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 dettes (art. 960 ss ; cf. ci-dessous ch. 3.10.7).

2.5.5 Réglementation sans incidences fiscales

L'avant-projet ne modifie pas la conception du droit actuel selon laquelle les comptes annuels établis en vertu du code des obligations doivent servir de base pour établir le bénéfice à distribuer et pour calculer l'assiette fiscale de la société. Ils font également référence pour déterminer s'il y a perte en capital ou surendettement.

Quant à la relation entre droit commercial et droit fiscal, l'avant-projet conserve aussi le *principe de l'importance déterminante du bilan commercial* pour l'imposition et garantit ainsi la neutralité fiscale de la nouvelle réglementation. Pour être reconnus par les autorités fiscales, les corrections de valeur, amortissements et provisions doivent être inscrits au bilan, et si celles-ci les refusent, ils doivent être dissous à charge du compte de résultat (art. 960f ; cf. ci-dessous ch. 3.10.8).

2.5.6 Amélioration de la transparence (*true and fair view*) et de la protection des minorités

En maintenant le principe de l'importance déterminante du bilan commercial (cf. ci-dessus ch. 2.5.5), 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. Toutefois, une présentation fidèle de la situation économique de l'entreprise (*true and*

⁹⁰ BO 2005 N 69 ss, 73 et BO 2005 E 623 ss, 625.

fair view) et la neutralité fiscale visée par l'avant-projet s'excluent pour des raisons matérielles.

Pour surmonter ce conflit d'objectifs et accroître la transparence des comptes, l'avant-projet exige, lorsque certaines conditions sont remplies, que l'entreprise établisse aussi des comptes conformes à un référentiel comptable privé ; ces comptes permettent d'augmenter la transparence sans incidences fiscales (art. 962 ss ; cf. ci-dessous ch. 3.10.10 s.). Ils doivent reposer sur un référentiel reconnu par le Conseil fédéral (par ex. Swiss GAAP RPC, IFRS ou US GAAP) et refléter la situation économique réelle de l'entreprise.

Les sociétés ouvertes au public, les sociétés coopératives qui comptent au moins 2000 associés, les grandes associations et les grandes fondations (pour les critères de taille cf. ci-dessus ch. 2.5.3) sont tenues de présenter des comptes établis selon un référentiel comptable privé (cf. ci-dessous ch. 3.10.4 ss). Par ailleurs, l'avant-projet confère aux associés qui (seuls ou ensemble) représentent au moins 10 % du capital social le droit d'exiger l'établissement des comptes selon un référentiel comptable (art. 962, al. 2). Des dispositions comparables sont prévues pour les sociétés coopératives sans parts sociales, pour les 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. Enfin, la société n'a pas à établir de comptes individuels selon un référentiel comptable si elle est déjà tenue de dresser des comptes consolidés (art. 962, al. 1 et 2 ; cf. ci-dessous ch. 3.10.10).

Cette dualité des comptes annuels est déjà une réalité bien ancrée dans la pratique puisque, pour diverses raisons, de nombreuses entreprises présentent déjà des comptes conformes aux Swiss GAAP RPC ou aux normes IFRS en plus des comptes établis selon le code des obligations.

2.5.7 Comptes consolidés plus modernes

L'avant-projet réforme les règles d'établissement des comptes consolidés (art. 963 ss ; cf. ci-dessous ch. 3.10.11). L'obligation de consolidation des comptes est conçue elle aussi sur un modèle indépendant de la forme juridique.

Contrairement au droit actuel de la société anonyme, l'avant-projet n'exonère plus les petits groupes de l'obligation de consolidation. Lorsque seul un petit nombre de sociétés doivent être intégrées et que l'entreprise est bien gérée, la consolidation n'engendre pas un surcroît de travail insurmontable. Et si l'établissement des comptes consolidés pose des problèmes majeurs, cela peut être un indice – dans l'intérêt de la direction aussi – qu'une consolidation est nécessaire de toute urgence pour que les différentes parties prenantes puissent se faire une opinion fondée de la situation économique de l'entreprise.

L'avant-projet prévoit en outre l'obligation d'établir des comptes consolidés selon un référentiel comptable reconnu (IFRS, US GAAP ou Swiss GAAP RPC ; art. 963c).

2.6 Droit européen

Plusieurs nouveautés apportées par l'avant-projet doivent être examinées dans la perspective du droit européen, en particulier de la *deuxième directive du Conseil*, également connue comme la *directive sur la protection du capital*⁹¹. Tant la marge de fluctuation du capital que la réduction autorisée du capital-actions, proposée comme alternative, semblent compatibles avec la législation de l'Union européenne (UE). Quelques divergences subsistent dans la réglementation sur l'acquisition par la société de ses propres actions (art. 659), les règles européennes étant plus strictes⁹². Il faut cependant relever que la deuxième directive est en voie de révision⁹³; mais il est encore trop tôt pour dire quand ces travaux de révision s'achèveront.

La question de la compatibilité avec le droit européen ne se pose pas pour les règles proposées en matière de *gouvernement d'entreprise*, étant donné que l'UE n'a encore édicté ni directive ni règlement à ce sujet. La Commission a seulement émis des recommandations non contraignantes concernant le renforcement des droits des actionnaires et l'amélioration de la protection des créanciers, des employés et des tiers⁹⁴.

Ces dispositions réglementent avant tout les conflits d'intérêts et la surveillance des membres de la haute direction (conseil d'administration et direction exécutive). Les États membres doivent notamment garantir une composition équilibrée des organes de haute direction.

Comparé aux recommandations non contraignantes de la Commission, l'avant-projet offre plus de liberté dans la conception de l'organisation interne de l'entreprise⁹⁵. La Commission a également émis une recommandation non contraignante concernant la *publicité des rémunérations* des membres de la haute direction⁹⁶ dans laquelle elle suggère aux États membres d'obliger les sociétés cotées à publier une déclaration sur leur politique de rémunération et à divulguer le détail des rémunérations individuelles des membres de la haute direction dans les comptes annuels, dans l'annexe ou dans

⁹¹ Directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976 (deuxième directive CE sur le droit des sociétés) ; cf. FANKHAUSER Roger, *Gemeinschaftsrechtliche Publizitäts- und Kapital-Richtlinie; Anpassungsbedarf des Schweizer Rechts*, Berne 2001.

⁹² Art. 9 de la Directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976 (deuxième directive CE sur le droit des sociétés, protection du capital).

⁹³ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 77/91/CEE (...), du 21 septembre 2004.

⁹⁴ Recommandation 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 (2005/162/CE).

⁹⁵ Le Code suisse de bonne pratique d'économie suisse (cf. ci-dessus ch. 2.2.1) contient des recommandations dont la portée est comparable à celles de la Commission.

⁹⁶ Recommandation de la Commission européenne du 14 décembre 2004 encourageant la mise en œuvre d'un régime approprié de rémunération des administrateurs des sociétés cotées (2004/913/CE).

un rapport sur les rémunérations. Les prestations sous forme d'actions ou d'options doivent en outre être approuvées par l'assemblée générale.

En matière de *droit comptable*, il faut se référer aux directives sur les comptes annuels⁹⁷ et sur les comptes consolidés⁹⁸ qui s'appliquent toutes deux à la société anonyme, à la société en commandite par actions et à la Sàrl. Les dispositions de l'avant-projet relatives à la comptabilité et à la présentation des comptes sont conçues de manière plus larges et s'appliquent aussi aux entreprises individuelles, aux sociétés de personnes, aux associations et aux fondations, tandis que les règles énoncées dans les directives CE s'appliquent exclusivement aux formes de sociétés mentionnées.

Les dispositions relatives à la présentation des comptes des grandes entreprises et aux comptes consolidés semblent compatibles avec le droit européen. Mais, dans leur grande majorité, les entreprises suisses devront seulement se conformer aux exigences minimales des art. 959 ss (cf. ci-dessous ch. 3.10.4 ss).

D'après l'avant-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 obligatoire du bilan et du compte de résultat est cependant moins détaillée que dans le droit communautaire. L'UE assouplit toutefois sa réglementation à mesure que l'application des normes IFRS prend de l'ampleur, car ces dernières ne prescrivent qu'une structure rudimentaire. L'avant-projet devrait donc être considéré comme équivalent.

Dans le domaine de l'évaluation, l'avant-projet permet expressément les corrections de valeur globales et, dans une large mesure, des amortissements immédiats ainsi que des provisions générales. De nombreux membres de l'UE ont une réglementation analogue. En outre, l'avant-projet et les directives CE reconnaissent le principe de l'importance déterminante du bilan commercial et donnent donc la priorité aux évaluations qui relèvent du droit commercial ou fiscal sur les évaluations économiques.

Il existe des divergences entre l'avant-projet et le droit européen dans le domaine des informations supplémentaires qui doivent être fournies dans l'annexe. Il n'est pas nécessaire que ces exigences soient exactement les mêmes pour que les comptes établis selon le droit suisse soient reconnus dans l'UE, mais il est important que l'avant-projet soit jugé équivalent. Des divergences sont donc possibles. La seule vraie différence par rapport au droit européen concerne la consolidation des PME qui n'appartiennent pas à un groupe. Mais pour ces dernières, la reconnaissance par l'UE n'est généralement pas importante.

⁹⁷ Directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978 (quatrième directive CE sur le droit des sociétés).

⁹⁸ Directive 83/349/CEE du Conseil, du 13 juin 1983 (septième directive CE sur le droit des sociétés).

2.7 Conséquences pour le personnel et pour les finances de la Confédération

L'avant-projet n'induit aucune charge supplémentaire pour la Confédération, que ce soit au niveau des ressources humaines ou des finances.

3 Partie spéciale : commentaire article par article

3.1 De la société anonyme

3.1.1 Art. 620 et 680: définition de la société anonyme

La définition de la société anonyme contenue à l'art. 620 CO ne donne pas satisfaction. Non seulement elle contient des informations d'importance secondaire (par ex. le renvoi à la notion de « raison sociale »), mais certaines caractéristiques essentielles de cette forme de société n'y figurent pas (par ex. que chaque actionnaire doit détenir une action au moins). L'avant-projet propose donc une nouvelle définition de la société anonyme, sans apporter de modification sur le fond, en se basant, pour la forme, sur la définition révisée de la Sàrl (art. 772 P CO⁹⁹).

La société anonyme est définie comme une société de capitaux « centrée sur le capital » dont le capital-actions, invariable, est fixé dans les statuts. Elle répond de ses dettes exclusivement sur sa fortune sociale. Les actionnaires peuvent être des personnes physiques ou morales, voire des sociétés commerciales (sociétés en nom collectif ou en commandite). Chaque actionnaire doit détenir au minimum une action et il est tenu de libérer ses parts. Par ailleurs, l'art. 680, al. 1, précise que la société ne peut lui imposer d'autres obligations que celles prévues par la loi (par ex. l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires). Comme pour les autres formes de sociétés, il n'y a plus aucune raison de spécifier dans la loi que la société anonyme peut aussi poursuivre un but qui n'est pas de nature économique.

3.1.2 Art. 622, art. 3 des dispositions transitoires: actions

L'art. 622, al. 1, prescrit que les actions sont nominatives. Les actions au porteur sont abolies pour les raisons déjà indiquées (cf. ci-dessus ch. 2.3.5). Les sociétés disposeront d'une période transitoire de deux ans au cours de laquelle elles devront convertir en actions nominatives toutes les actions au porteur qu'elles ont émises (art. 3, dispositions transitoires de l'avant-projet ; cf. ci-dessous ch. 3.11.2).

L'al. 2 introduit une innovation importante : la valeur minimale de l'action pourra être inférieure à un centime et devra tout simplement être supérieure à zéro. De la sorte, les sociétés pourront librement fractionner leurs actions « lourdes », soit celles dont la négociabilité est entravée par un cours boursier élevé, en autant de parts d'une valeur nominale plus petite, ce qui les rendra plus accessibles pour les petits investisseurs. Le but de cette règle est que les entreprises puissent définir la structure de leur capital avec autant de liberté que si l'on avait introduit l'action sans valeur nominale (cf. ci-dessus ch. 2.3.4).

⁹⁹ 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, 2969 ss.

En vertu de l'al. 3, la société n'est pas tenue d'émettre des titres « physiques », ce qui correspond déjà à la pratique actuelle.

3.1.3 Art. 626, 627, 628, 630: statuts, souscription d'actions

Le droit actuel établit une distinction entre les « espèces » d'actions (nominatives ou au porteur) et les « catégories » d'actions (ordinaires ou à droit de vote privilégié ; ordinaires ou privilégiées). Du fait de l'abolition de l'action au porteur, le terme « espèce » doit être supprimé des dispositions légales en vigueur. Les art. 626, al. 4, et 630, ch. 1, sont donc modifiés en conséquence.

L'art. 627 énumère les dispositions qui ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts. Cette liste présente des lacunes et doit être complétée afin de répondre aux besoins de la pratique.

L'art. 627, ch. 4, permet explicitement à l'assemblée générale de s'aménager des compétences statutaires concernant la fixation des rémunérations des membres de la haute direction et des personnes qui leur sont proches ainsi que l'attribution d'options de collaborateurs. Il n'est cependant pas obligatoire de prévoir de telles clauses statutaires. Si la société veut conférer de telles compétences à l'assemblée générale, elle doit le préciser dans les statuts.

D'autres modifications concernent les nouvelles règles relatives à l'organisation de l'assemblée générale (art. 627, ch. 12 et 13, en relation avec les art. 701 ss ; cf. ci-dessous ch. 3.1.38 ss) et les avis obligatoires du conseil d'administration en cas de surendettement ou d'insolvabilité de la société (art. 627, ch. 18, en relation avec l'art. 725 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.43).

Les al. 1, 2 et 4, de l'art. 628 sont simplement supprimés. Les apports en nature et les reprises de biens ne doivent donc plus être mentionnés dans les statuts. Toutefois, les contrats et autres actes stipulés à cet effet doivent encore être déposés à l'office du registre du commerce où ils peuvent être consultés par les tiers. Comme c'est déjà le cas selon le droit actuel, les apports en nature et les reprises de biens doivent être inscrits dans le registre du commerce et publiés dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Les exigences en matière de transparence sont donc garanties (art. 634 et 636 ; cf. ch. ci-dessous 3.1.4 s.). Par contre, les entreprises n'ont plus à modifier leurs statuts pour chaque apport en nature ou reprise de biens, ni à abroger les dispositions statutaires correspondantes après dix ans, ce qui leur épargne du temps et de l'argent.

Le contenu de l'art. 628, al. 3, relatif aux avantages particuliers est transféré – avec une nouvelle formulation mais sans modification sur le fond – à l'art. 642. Le nom des bénéficiaires doit être indiqué dans les statuts, de même que l'étendue et la valeur des

avantages stipulés en leur faveur. Il n'est cependant pas prévu d'inscrire le nom des bénéficiaires dans le registre du commerce.

3.1.4 Art. 632, 633, 634, 634a, 642: apports, reprise de biens, avantages particuliers

Selon l'art. 632, al. 1, le seuil de libération des actions est relevé de 20 à 25 % par action, par analogie au droit européen¹⁰¹. Le montant minimum des apports reste fixé à 50 000 francs¹⁰². Cette innovation ne modifiera pas fondamentalement la pratique puisque aujourd'hui une majorité écrasante d'actions sont entièrement libérées et qu'en cas de libération partielle, le degré de libération est généralement de 50 %. L'élévation du seuil de libération des actions ne concerne que les titres nouvellement émis.

L'art. 633, al. 3, précise qu'une libération effectuée au moyen de devises *librement convertibles* est une libération en espèces et non un apport en nature. Cette précision correspond à la pratique constante de l'Office fédéral du registre du commerce depuis l'entrée en vigueur de la révision du droit de la société anonyme de 1991¹⁰³.

L'art. 634, al. 1, ch. 1 - 3 codifie la pratique dominante concernant les critères d'admissibilité des apports en nature. Pour que la qualité d'apport en nature lui soit reconnue, un bien doit être *cumulativement* activable, transférable, disponible et réalisable¹⁰⁴.

L'art. 634, al. 2 reprend le contenu de l'actuel art. 634, ch. 1, CO. Le ch. 3 actuel, relatif au rapport de fondation et à l'attestation de vérification, est supprimé puisque, en vertu du nouvel art. 929, al. 1, P CO (projet Sàrl¹⁰⁵), les pièces justificatives à produire sont précisées dans l'ordonnance sur le registre du commerce. L'établissement d'un rapport de fondation accompagné d'une attestation de vérification (désormais intitulé « rapport de révision ») reste cependant obligatoire.

Par analogie à l'art. 70, al. 2, de la LFus, l'art. 634, 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. Il en découle un gain de temps et d'argent pour les entreprises lorsqu'un apport est constitué de plusieurs immeubles. L'acte authentique doit être dressé par l'officier public compétent au siège de la société.

¹⁰¹ Cf. art. 9 de la Directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976 (deuxième directive CE sur le droit des sociétés).

¹⁰² Cf. VON DER CRONE Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: nennwertlose Aktien, REPRAX 2/01, pp. 1 ss, 12.

¹⁰³ Pour plus de détails : THALMANN Paul, Espèces sonnantes et trébuchantes, REPRAX 4/03, pp. 42 ss.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Cf. 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, 3033 s.

L'art. 634, al. 4 spécifie que l'objet de l'apport en nature et les actions émises en échange doivent être inscrits dans le registre du commerce, sous peine de nullité de l'apport.

Le droit actuel régit la libération par compensation de façon très lacunaire. Le nouvel art. 634a s'inspire de la pratique actuelle et clarifie certains points au sujet desquels la doctrine n'est pas unanime. Il met également un terme à l'utilisation abusive de la libération par compensation.

L'art. 634a, al. 1 pose le principe selon lequel il n'est possible de compenser une créance que si la prestation correspondante 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 et en particulier les règles sur la protection des créanciers applicables en cas de libération par apports en nature. Cette interdiction ne s'étend toutefois qu'aux actes juridiques passés entre la société et ses actionnaires ou leurs proches, car dans ce cas le risque d'une utilisation abusive de la compensation est relativement élevé. En revanche, l'interdiction générale de l'abus de droit est suffisante pour les contrats passés avec des tiers.

L'art. 634a, al. 2 régit 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 partiellement réduite. Toutefois, la compensation entraîne une diminution des dettes financières de la société anonyme. Cette dernière n'encaisse rien, mais les chances qu'elle parvienne à désintéresser ses autres créanciers – du moins en partie – s'accroissent. Le bénéficiaire de la compensation est donc avantagé vis-à-vis des autres actionnaires car il libère le prix d'achat de ses actions au moyen d'une créance dont la valeur est partiellement diminuée au moment de la transaction. Néanmoins les autres associés en profitent également, puisque cette conversion de fonds étrangers en fonds propres réduit l'endettement de la société anonyme. Il paraît donc judicieux, d'un point de vue économique, d'autoriser la libération par compensation en cas d'assainissement aussi.

La dernière phrase de l'art. 634, al. 2 émet une réserve au sujet des dispositions applicables en cas de perte de capital et de surendettement. Il s'agit d'une réserve improprement dite qui sert uniquement à apporter plus de clarté. Au surplus, les règles générales relatives à la compensation s'appliquent aussi (art. 7 du code civil [CC]¹⁰⁶ en relation avec les art. 120 ss CO). La seule exception concerne les créances contestées. Dans la compensation ordinaire, les créances contestées peuvent être compensées alors qu'elles ne le peuvent pas dans le cadre d'une libération par compensation. En effet, en cas de compensation d'une créance sans fondement juridique, le capital-actions ne serait pas libéré et le montant libératoire devrait être recouvré ultérieure-

¹⁰⁶ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

ment. Cette règle découle aussi, indirectement, des art. 635, ch. 2, et 652e, ch. 3, CO, qui exigent des fondateurs, respectivement 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.

L'art. 634a, al. 3 étend l'obligation d'inscrire les apports en nature dans le registre du commerce à la libération par compensation. Il n'existe aucune justification à l'inégalité de traitement actuelle entre les apports en nature et la libération par compensation. Aujourd'hui déjà, les tiers peuvent s'informer de l'existence et de l'objet d'une libération par compensation en consultant le rapport de fondation ou d'augmentation qui doit être déposé à l'office du registre du commerce. L'inscription dans le registre du commerce répond à un ancien postulat de la doctrine, tout en accroissant la transparence à l'égard des créanciers et des investisseurs. L'inscription dans le registre du commerce n'implique pas de surcroît d'administration pour les entreprises puisqu'elles doivent de toute manière déposer les pièces justificatives de la fondation ou de l'augmentation du capital-actions à l'office du registre du commerce. A défaut de son inscription dans le registre du commerce, la libération par compensation n'est pas valable.

L'art. 642, al. 1 (avantages particuliers) correspond à l'actuel art. 628, al. 3, CO. L'art. 642, al. 2 reprend la réglementation de l'art. 641, ch. 6, aux termes duquel les avantages particuliers doivent être inscrits au registre du commerce.

3.1.5 Art. 636: reprise de biens

L'art. 636, al. 1, correspond en principe au nouvel art. 628, al. 2, P CO adopté au cours des délibérations parlementaires (projet Sàrl¹⁰⁷ ; cf. ci-dessus ch. 1.2). Il faut cependant préciser que, selon le présent avant-projet, les apports en nature et les reprises de biens ne doivent plus figurer dans les statuts. Si la société reprend des biens d'actionnaires ou de personnes qui leur sont proches, ou si elle envisage l'acquisition de tels biens, elle doit en requérir l'inscription dans le registre du commerce. Par contre elle n'est plus tenue de le stipuler dans ses statuts. Contrairement à une décision du Tribunal fédéral¹⁰⁸, le but poursuivi par l'acte juridique ne joue aucun rôle quant à savoir si, oui ou non, l'acte en question peut avoir qualité de reprise de biens.

Il arrive régulièrement que des entreprises déclarent comme reprise de biens l'acquisition de valeurs patrimoniales qui n'ont pas qualité d'apports en nature (comme des noms de domaine). Selon la pratique dominante codifiée à l'art. 636, al. 2, ne peut faire l'objet d'une reprise de bien que ce qui peut aussi faire l'objet d'un apport en nature¹⁰⁹.

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ ATF 128 III 178 ss.

¹⁰⁹ Après un examen approfondi, il a été décidé de ne pas introduire de critères de différenciation entre apport en nature et reprise de biens dans l'avant-projet. Une extension de la notion de reprise de biens aurait en effet créé des difficultés de délimitation entre ce qui peut et ne peut pas faire l'objet d'une reprise de biens.

Par conséquent, des actes juridiques qui ne remplissent pas cette condition ne peuvent être inscrits comme reprise de biens dans le registre du commerce.

Pour répondre au souhait des sociétés désireuses, dans un souci de transparence, de 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 dans cette perspective qu'il faut lire le nouvel al. 3, qui permet à la société de garantir la publicité d'autres actes juridiques par le biais d'une inscription dans le registre du commerce. Le fait de ne pas divulguer l'acquisition de valeurs patrimoniales qui ne peuvent pas faire l'objet d'un apport en nature ou d'une reprise de biens n'engage donc pas la responsabilité du conseil d'administration ou d'autres organes.

3.1.6 Art. 642: avantages particuliers

Voir ch. 3.1.4 ci-dessus.

3.1.7 Art. 650, 652, 652a: augmentation ordinaire du capital

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. La présente révision est aussi l'occasion de remédier à quelques faiblesses de la réglementation en vigueur.

La suppression de l'action au porteur rend nécessaires certains ajustements rédactionnels aux art. 650, al. 2, ch. 2 et 9 (anc. ch. 7), et 652a, al. 1, ch. 2.

Comme le prévoit le droit actuel (art. 650, al. 2, ch. 4), la nature des apports doit être énoncée expressément dans la décision d'augmentation du capital-actions; en particulier, la libération au moyen de capital propre (émission d'actions gratuites) doit aussi être indiquée. En outre, l'al. 2, ch. 6 mentionne nouvellement expressément la libération par compensation (cf. ch. 3.1.4).

Une autre modification est induite par la création de la marge de fluctuation du capital (ch. 2.3.2, 3.1.18). Les dispositions statutaires à ce sujet doivent en effet figurer dans le prospectus d'émission (art. 652a, al. 1, ch. 3).

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, surtout pour les sociétés ouvertes au public qui, vu l'ampleur de leurs augmentations de capital, ont besoin de plus de temps pour la souscription et la libération des actions. C'est pourquoi l'al. 3 porte ce délai légal à six mois, étant entendu que l'assemblée générale peut fixer une durée plus courte dans la décision d'augmentation. Cette disposition précise en outre que le délai court à partir de la décision de l'assemblée générale. Et contrairement à ce que laisse entendre le libellé de 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. « Valablement » signifie ici que la réquisition d'inscription et les pièces justificatives

nécessaires sont conformes aux exigences légales et qu'elles ont été déposées à l'office du registre du commerce compétent dans le délai de six mois à compter de la décision de l'assemblée générale (art. 931a, al. 3 ; cf. ci-dessous ch. 3.8.4). Peu importe quand l'inscription dans le registre du commerce ou sa publication dans la FOSC intervient. Une fois la réquisition déposée, il appartient au préposé de procéder à l'inscription dans les meilleurs délais (art. 19, al. 2, ordonnance sur le registre du commerce¹¹⁰). Une surcharge de travail au sein de l'office peut retarder l'inscription ; le conseil d'administration, ou la société, ne peut alors en être tenu pour responsable. Si le délai n'est pas respecté, la décision d'augmentation devient caduque avec effet rétroactif.

La durée de validité des bulletins de souscription, fixée à trois mois dans l'art. 652, al. 3, CO, est également prolongée à six mois.

3.1.8 Art. 651 et 651a: augmentation autorisée du capital

La création d'une marge de fluctuation du capital (variante I) rend caduque l'augmentation autorisée du capital. Les dispositions correspondantes peuvent donc être abrogées. La profusion de procédures de modifications du capital-actions telles que les augmentations ordinaire, conditionnelle et autorisée du capital, la réduction ordinaire du capital et la marge de fluctuation du capital, ne ferait que créer la confusion entre ces différentes institutions, sans engendrer aucun avantage (cf. ci-dessus ch. 2.3.3)¹¹¹.

3.1.9 Art. 652 et 652a: souscription d'actions et prospectus d'émission

Voir ch. 3.1.7 ci-dessus.

3.1.10 Art. 652b: droit de souscription préférentiel

L'avant-projet modifie les règles régissant le droit de souscription préférentiel dans le cadre de la procédure d'augmentation avec 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.

L'art. 652b, al. 2 précise que, dans cette procédure, le droit de souscription préférentiel est préservé si le preneur ferme est un établissement soumis à la loi sur les banques et si les actions sont proposées aux actionnaires proportionnellement à leur participation antérieure (stipulation pour autrui). Au final, le droit de souscription préférentiel n'est pas affecté par la prise ferme et l'on peut considérer qu'il s'agit d'une simple modalité d'octroi de ce droit. C'est aussi la raison pour laquelle les prescriptions sur la suppres-

¹¹⁰ Ordonnance du 7 juin 1937 sur le registre du commerce (ORC ; RS 221.411).

¹¹¹ Dans la variante II (augmentation et réduction autorisées du capital-actions), ces dispositions seraient déplacées plus loin (art. 652i ss ; cf. ch. 3.16 ss) et ces deux articles seraient aussi abrogés.

sion et la limitation du droit de souscription préférentiel ne s'appliquent pas. La controverse entre doctrine et pratique quant à savoir si toute prise ferme entraîne une restriction du droit de souscription préférentiel est ainsi tranchée par le droit positif.

Si le preneur ferme n'est pas une banque, les règles relatives à la suppression du droit de souscription préférentiel s'appliquent. Cela signifie entre autres que la prise ferme doit être approuvée par l'assemblée générale à la majorité qualifiée prévue par l'art. 704, al. 1, ch. 3.

Si la banque ne remplit pas son obligation contractuelle et qu'elle n'offre pas les actions en souscription aux actionnaires proportionnellement à leur participation antérieure, mais qu'au contraire elle les vend à d'autres personnes, les actes juridiques conclus avec ces tiers sont frappés de nullité. Dans ce cas, la protection du tiers de bonne foi prévue par le droit des papiers-valeurs cède le pas aux prétentions des actionnaires. Les actionnaires floués peuvent donc introduire une action en restitution des titres contre la banque et cette dernière devra récupérer les actions auprès des tiers. Pour garantir la sécurité du droit, l'augmentation du capital et la souscription des actions par le preneur ferme ne sont cependant pas frappées de nullité. En tout état de cause, 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.

La modification prévue à l'al. 4 (anc. al. 3), de nature purement terminologique, est nécessaire du fait de l'abolition de l'action au porteur (cf. ci-dessus ch. 2.3.5).

L'al. 5 a pour objet premier de garantir la protection des minorités. Le but de l'augmentation du capital ne saurait en effet être détourné afin d'affaiblir davantage la position de cette catégorie d'actionnaires. Il serait par exemple illicite de procéder intentionnellement à l'augmentation du capital pendant une période où *l'on sait* l'actionnaire minoritaire dans l'impossibilité d'exercer son droit de souscription préférentiel en raison de difficultés financières qui l'empêcheraient de libérer les actions.

En vertu de l'al. 6, le prix d'émission ne peut pas être sensiblement inférieur à la valeur réelle¹¹² des actions si les droits de souscription ne sont pas négociables à leur valeur réelle. Cette disposition recouvre toutes les situations où il n'existe pas un marché équitable des droits de souscription et où l'actionnaire ne peut ou ne veut pas exercer son droit. Il serait par exemple abusif de fixer un prix d'émission très bas en sachant qu'un actionnaire ne pourra prendre part à l'augmentation du capital, tandis qu'un actionnaire majoritaire pourrait accroître sa participation à bon compte.

Cette disposition est sans objet pour les sociétés ouvertes au public puisque leurs droits de souscription sont négociés en bourse. La société peut donc fixer le prix d'émission à sa guise – sous réserve de l'interdiction d'émettre des actions *au-dessous du pair* (art. 624 CO). Il en va de même pour les autres entreprises d'une certaine im-

¹¹² Le terme de « valeur réelle » est une notion juridique indéterminée qui figure déjà dans le CO et dans la LFus (par ex. art. 670, al. 1, CO, art. 7, al. 2, LFus).

portance économique, car le marché de leurs droits de souscription se déroule généralement dans des conditions normales.

Les al. 5 et 6 sont tous deux l'expression des principes de l'interdiction de l'abus de droit et de la garantie de la propriété.

3.1.11 Art. 652f, 652g, 652h: modalités de l'augmentation du capital

Dans l'art. 652f, al. 2, l'expression « attestation de vérification » est remplacée par « rapport de révision » dans un souci d'unification de la terminologie. Cette modification n'a aucune portée matérielle.

Les art. 652g, al. 3, et 652h, al. 2, sont abrogés. Cette modification est à mettre en relation avec l'art. 929 P CO (projet Sàrl¹¹³) selon lequel les pièces justificatives à produire seront désormais précisées de manière uniforme dans l'ordonnance sur le registre du commerce (cf. ci-dessus, ch. 3.1.4).

(La modification de l'art. 652h, al. 1, de nature purement terminologique, ne concerne que le texte allemand.)

3.1.12 Art. 653 et 653b: augmentation conditionnelle du capital

L'augmentation conditionnelle du capital-actions ne subit que quelques modifications ponctuelles.

Le cercle des bénéficiaires de l'augmentation conditionnelle du capital défini dans l'art. 653, al. 1, à savoir les créanciers d'obligations d'emprunt ou d'obligations semblables de la société et le personnel, est élargi aux actionnaires. Selon la pratique actuelle, il est déjà permis d'émettre des options dites gratuites ou d'actionnaires dans le cadre d'une augmentation conditionnelle du capital¹¹⁴.

L'art. 653, al. 2, fixe dorénavant un délai de 30 jours au conseil d'administration pour requérir l'inscription de l'augmentation conditionnelle du capital auprès de l'office du registre du commerce. Selon le droit actuel, il lui incombe déjà d'exécuter les décisions de l'assemblée générale dans les meilleurs délais¹¹⁵, mais à cela s'ajoute, en vertu de l'art. 653b, al. 3, que les droits de conversion et d'option sont frappés de nullité s'ils sont émis avant l'inscription de la disposition statutaire sur l'augmentation conditionnelle dans le registre du commerce.

¹¹³ Cf. 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, 3033 s.

¹¹⁴ La pratique dominante admet aussi l'émission d'options de type « naked option », qui ne sont pas associées à un emprunt, si elles sont d'abord offertes en souscription aux actionnaires (art. 653c CO) ; FORSTMOSER / MEIER - HAYOZ / NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 52 ch. 334.

¹¹⁵ Dans ce contexte voir également art. 716a, al. 1, ch. 6, CO et art. 22, al. 2, ORC.

Dans l'intérêt d'une plus grande transparence, il semble correct de prévoir un délai dans la loi – comme pour l'augmentation ordinaire du capital – et de prescrire dans l'ordonnance sur le registre du commerce que l'inscription en question doit être publiée dans la FOSC. Le fait qu'une augmentation conditionnelle du capital a été décidée peut en effet revêtir une certaine importance aux yeux d'investisseurs potentiels et influencer sur leur décision de placement. Par ailleurs, la publication de la décision de l'assemblée générale concernant l'augmentation conditionnelle s'impose aussi dans la perspective de la création d'une marge de fluctuation du capital. C'est en effet la façon la plus transparente d'informer les actionnaires et les créanciers de la société (cf. ci-dessus ch. 2.3.2, ci-dessous ch. 3.1.18).

Le délai est respecté si la réquisition d'inscription est déposée valablement auprès de l'office du registre du commerce compétent dans les trente jours (art. 931a, al. 2 ; cf. ci-dessous ch. 3.8.4).

La nouvelle formulation de l'art. 653b, al. 1, ch. 2 et 6 reflète le fait qu'en vertu de l'avant-projet, il n'y a plus que des actions nominatives (cf. ci-dessus, ch. 2.3.5). Le ch. 4 précise qu'une *éventuelle* limitation ou suppression du droit de souscription préférentiel doit figurer dans les statuts.

3.1.13 Art. 653c et 653d: protection des actionnaires et des autres ayants droits

L'art. 653c, al. 1, statue que les règles relatives au droit de souscription préférentiel qui s'appliquent lors d'une augmentation ordinaire du capital (art. 652b) sont également valables lorsque des droits d'options sont accordés aux actionnaires (cf. ci-dessus ch. 3.1.10), y compris les règles sur l'exercice du droit de souscription préférentiel et sur la fixation du prix d'émission.

Si, lors d'une augmentation conditionnelle du capital, la société émet des obligations d'emprunt ou des obligations similaires assorties de droits de conversion ou d'option, elle doit en principe offrir les droits d'option à ses actionnaires proportionnellement à leur participation antérieure. Le droit de souscription dit anticipé ou prioritaire des actionnaires peut, à l'instar du droit de souscription préférentiel, être supprimé ou limité pour de justes motifs. Il en va de même en cas d'émission d'options de type « naked option », qui ne sont pas associées à un emprunt.

A l'avenir, les sociétés ouvertes au public devraient avoir la possibilité de limiter ou de supprimer le droit de souscription anticipé même en l'absence de justes motifs, pour autant que les actionnaires puissent acquérir les titres correspondants à la bourse, à des conditions acceptables et dans les proportions qui leur reviennent de droit (al. 3). L'assouplissement prévu de la protection du droit de souscription anticipé ne semble pas poser problème car les conditions imposées préservent les intérêts des actionnaires. Si le volume d'obligations émises est suffisamment élevé et si ces titres sont négociés en bourse à des conditions acceptables, le droit de souscription anticipé perd sa raison d'être pour les actionnaires, puisqu'ils peuvent acquérir les titres dans les quantités souhaitées à la bourse.

Le terme « actionnaire » doit être ajouté dans l'art. 653d, al. 1, en raison de la modification apportée à l'art. 653, al. 1 (cf. ci-dessus, ch. 3.1.12).

3.1.14 Art. 653f, 653g, 653i: modalités de la procédure

La modification de l'art. 653f, al. 1, et l'abrogation de l'al. 2 sont de nature purement formelle. Elles servent, d'une part, à unifier la terminologie utilisée et, d'autre part, à rendre le texte plus clair.

Le contenu de l'art. 653g est présenté de façon plus structurée et quelques modifications de nature terminologique y ont été apportées (cf. ci-dessous ch. 3.1.4).

L'art. 653i fixe de nouvelles règles matérielles. En pratique, il arrive que les sociétés décident une augmentation conditionnelle du capital et qu'elles ne la réalisent pas ou qu'elles l'interrompent avant son terme. Cet article énonce les modalités applicables dans ce cas de figure.

Le conseil d'administration a l'obligation d'exécuter les décisions de l'assemblée générale (art. 716a, al. 1, ch. 6, CO). A défaut, il doit répondre du préjudice éventuel en application de l'art. 754 CO. Cela est également valable lorsqu'il renonce à procéder à l'augmentation conditionnelle du capital sans l'accord de l'assemblée générale. Les nouvelles prescriptions de l'art. 653i ne modifient pas ces prémisses.

L'art. 653i, al. 1, ch. 3, et l'al. 2 règlent les situations où des droits de conversion ou d'option ont déjà été attribués ou émis. La disposition statutaire ne peut alors être supprimée que si un expert-réviseur agréé atteste dans un rapport de révision que tous les titulaires ont renoncé par écrit à exercer leurs droits de conversion ou d'option. Si les ayants droits ne renoncent pas tous, la disposition statutaire ne peut pas être simplement radiée. Par contre les statuts doivent être adaptés en conséquence.

Les ayants droits qui renoncent à exercer leurs droits de conversion ou d'option peuvent être indemnisés en espèces ou en nature (par ex. remise d'actions). Dans un souci de transparence, le montant de l'indemnisation devrait être divulgué dans le rapport de gestion ; l'avant-projet s'abstient toutefois d'introduire une disposition en ce sens.

L'al. 653i, al. 3, entérine l'abandon de la forme authentique pour la décision de modification des statuts, dans le but d'alléger la charge pour les entreprises.

3.1.15 Art. 653j et 653k: réduction ordinaire du capital

Le droit en vigueur prévoit la procédure suivante pour la réduction ordinaire du capital :

- Le conseil d'administration décide de proposer une réduction du capital à l'assemblée générale et charge un réviseur particulièrement qualifié d'établir un rapport de révision spécial. Si ce rapport confirme que le capital-actions couvrira encore entièrement les créances après la réduction, le conseil d'administration soumet sa proposition à l'assemblée générale qui décide en dernier ressort (art. 732 ss CO).
- L'assemblée générale décide de réduire le capital.

- La décision de l'assemblée générale est publiée trois fois dans la FOSC (avis aux créanciers¹¹⁶). Les créanciers ont alors deux mois pour produire leurs créances et exiger leur désintéressement ou la garantie de leurs créances.
- Une fois ce délai écoulé et, le cas échéant, les créanciers désintéressés ou leurs créances garanties, le capital-actions peut être réduit.
- La réduction est inscrite dans le registre du commerce suite au dépôt de l'acte authentique qui atteste que les prescriptions légales ont été respectées.

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. De plus, il est pour le moins problématique, dans la perspective de la protection des créanciers, que le rapport de révision soit établi avant l'avis aux créanciers, car à ce moment-là le réviseur (dorénavant « expert-réviseur agréé »¹¹⁷) ne sait pas encore s'il existe des créances qui n'apparaissent ni dans les livres comptables ni dans le bilan (par ex. prétentions en dommages-intérêts au titre de la responsabilité du fait des produits), et si tel est le cas, il ne peut pas connaître leur ampleur.

L'assouplissement des procédures de modification du capital nécessite une réforme du dispositif légal (cf. ci-dessus ch. 2.3 ss). C'est une occasion également de remédier aux défauts de la procédure de réduction ordinaire du capital. Du point de vue systématique, il convient aussi de regrouper les différentes procédures de modification du capital dans le même chapitre de la loi. Enfin, la procédure de réduction du capital est modifiée sur le fond et les exigences sont harmonisées avec celles applicables à la procédure d'augmentation ordinaire du capital.

L'art. 653j, al. 1, confère à l'assemblée générale la compétence de décider du montant de la réduction du capital et / ou du degré de libération des actions. Selon la pratique actuelle, la réduction du degré de libération du capital est déjà réalisée en application des dispositions sur la réduction ordinaire du capital. Si le montant du capital-actions inscrit dans le registre du commerce reste inchangé mais que le degré de libération des actions diminue, l'entreprise enregistre une sortie de fonds. Sous l'angle de la protection des créanciers il est donc judicieux de soumettre cette opération aux dispositions applicables lors de la réduction du montant nominal du capital-actions. Il existe également des situations où le montant nominal du capital est réduit alors que le montant libéré reste inchangé.

¹¹⁶ Dans la pratique, l'expression « appel aux créanciers » est aussi utilisée dans le cadre des réductions du capital, mais c'est un abus de langage car ce terme vient du droit des poursuites où il a une portée bien différente ; cf. art. 232 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1).

¹¹⁷ L'expression « expert-réviseur agréé » est reprise du projet de modification du droit de la révision ; Message du 23 juin 2004 concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF **2004** 3745, art. 4 LSR.

Comme le prévoit déjà le droit actuel, il incombe au conseil d'administration de préparer et d'exécuter la réduction du capital.

L'al. 2 n'apporte pas de changement sur le fond. Le capital-actions ne peut 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 remplacé par un capital nouveau qui doit être entièrement libéré à concurrence de 100 000 francs.

L'art. 653k, al. 1, énonce les conditions qui doivent être remplies pour que l'assemblée générale puisse décider de réduire le capital. Les nouveautés les plus importantes sont que *l'avis aux créanciers* et *le désintéressement des créanciers ou la garantie de leurs créances* doivent intervenir *avant la décision de l'assemblée générale* (ch. 1 et 2). De la sorte, les éventuelles créances qui ne figurent pas au bilan de la société sont portées à la connaissance de l'expert-réviseur agréé avant qu'il n'atteste par écrit que les dettes de la société anonyme seront encore suffisamment couvertes après la réduction du capital. Cette règle est aussi dans l'intérêt des actionnaires, qui peuvent ainsi se former une meilleure opinion de la situation financière de l'entreprise avant d'approuver la réduction du capital.

Selon la révision proposée, la nouvelle procédure de réduction ordinaire du capital s'articule donc comme suit :

- Décision du conseil d'administration de proposer une réduction du capital à l'assemblée générale.
- Avis aux créanciers.
- Établissement d'un rapport attestant que les créances seront encore entièrement couvertes après la réduction du capital.
- Le cas échéant, désintéressement des créanciers ou garantie de leurs créances.
- Décision de réduction du capital de l'assemblée générale.
- Exécution de la réduction du capital par le conseil d'administration.
- Réquisition d'inscription de la modification des statuts et des constatations du conseil d'administration auprès de l'office du registre du commerce.

Les art. 653j, al. 3, et 653k, al. 2, énoncent le contenu obligatoire et la forme de la décision de réduction du capital prise par l'assemblée générale. Les exigences matérielles sont précisées mais sont fondamentalement les mêmes qu'aujourd'hui, sinon que l'assemblée générale doit constater expressément que les exigences légales sont remplies. La raison de cette nouveauté est que, selon l'avant-projet, l'avis aux créanciers et la garantie ou l'exécution des créances produites doivent avoir lieu avant la décision de l'assemblée générale.

3.1.16 Art. 653l, 653m, 653n: avis aux créanciers et rapport de révision

Pour l'essentiel, l'art. 653l reprend les exigences actuelles relatives à l'avis aux créanciers. Comme cela a déjà été expliqué, l'avant-projet prévoit que l'avis aux créanciers *précède* la décision de l'assemblée générale sur la réduction du capital (art. 653k, al. 1 ; cf. ci-dessus ch. 3.1.15). Il s'ensuit que le conseil d'administration ne peut soumettre la proposition de réduction du capital à l'assemblée générale que lorsqu'il ressort du dernier bilan et de l'avis aux créanciers que les dettes de la société seront encore entièrement couvertes après la transaction (rapport écrit de l'expert-réviseur agréé). Par ailleurs, l'al. 5 prévoit l'extinction des éventuelles sûretés fournies si l'assemblée générale n'approuve pas la réduction du capital.

Les al. 3 et 4 reprennent en grande partie les règles de l'avis 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 produites lorsqu'elle démontre que la réduction du capital ne compromet pas les créances en question.

L'al. 4 précise que la société peut exécuter une créance au lieu de la garantir, à condition que d'autres créanciers ne s'en trouvent pas désavantagés (principe d'égalité de traitement des créanciers découlant du droit des poursuites).

L'art. 653m traite du rapport de l'expert-réviseur agréé. Vu le nouveau déroulement de la procédure de réduction du capital, l'al. 2 précise que le réviseur doit aussi attester le résultat de l'avis aux créanciers. Cela renforce le bien-fondé de son rapport quant à la couverture des créances (cf. ci-dessus ch. 3.1.15).

L'art. 653n énonce les obligations du conseil d'administration après la réduction du capital-actions, par analogie à l'art. 652g CO relatif à l'augmentation ordinaire du capital.

L'al. 3 fixe le délai dans lequel le conseil d'administration doit requérir l'inscription de la réduction du capital au registre du commerce. Aujourd'hui, il arrive que des entreprises attendent plusieurs mois avant de requérir l'inscription de la réduction du capital dans le registre. Or, une telle transaction peut revêtir une grande importance aux yeux des créanciers, des partenaires commerciaux potentiels et des investisseurs. De plus, il y a une contradiction dans la réglementation en vigueur : un délai est fixé pour requérir l'inscription d'une augmentation ordinaire du capital dans le registre du commerce, mais pas pour une réduction du capital, qui peut pourtant représenter un risque pour les créanciers.

Le délai est respecté lorsque la réquisition d'inscription est déposée valablement auprès de l'office du registre du commerce dans les trente jours suivant l'exécution de la réduction (cf. ci-dessus ch. 3.1.7, ci-dessous 3.8.4).

3.1.17 Art. 653o, 653p, 653q: formes particulières de réduction du capital

Le droit en vigueur prévoit déjà une forme d'opération appelée communément « l'accordéon », qui est une réduction du capital suivie immédiatement d'une augmentation du même montant, sans modification du montant libéré. L'avant-projet consacre à cette forme particulière de réduction du capital une disposition séparée, l'art. 653o, mais sans procéder à aucun changement matériel.

L'art. 653p introduit une innovation concernant une variante de l'accordéon. 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. L'art. 732a P CO (révision Sàrl¹¹⁸) prévoit une règle presque identique dont l'application est toutefois limitée au cas où l'accordéon serait utilisé pour assainir l'entreprise. Cette restriction du champ d'application ne semble pas justifiée, car le problème des « actionnaires fantômes », à savoir des actionnaires sans participation au capital mais disposant d'un droit de vote, peut se poser lors de toute réduction du capital nominal à zéro suivie d'une augmentation, quel que soit le but poursuivi par la transaction.

L'art. 653q, 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.

3.1.18 Art. 653r et 653s: marge de fluctuation du capital

A l'art. 653r, al. 1, l'avant-projet donne à l'assemblée générale le pouvoir d'autoriser le conseil d'administration à augmenter et réduire le capital-actions à sa guise entre deux valeurs limites (cf. ci-dessus ch. 2.3.2). Comme c'est le cas actuellement pour l'augmentation autorisée du capital, la décision de l'assemblée générale doit être prise à la majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 4 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.40) et doit revêtir la forme authentique (art. 653r, al. 7).

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 et un *capital de base* en dessous duquel le capital-actions ne peut être réduit. Le troisième paramètre est le *capital émis* qui correspond en principe à la notion actuelle de capital-actions et reflète le montant actuel du capital-actions.

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. La durée de l'autorisation est de cinq ans au plus, ce qui

¹¹⁸ Cf. 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.

correspond à la durée maximale prévue dans la législation européenne pour l'augmentation autorisée du capital (art. 653r, al. 1, art. 563s, al. 1, ch. 2)¹¹⁹.

Selon l'art. 653r, al. 6, le délai court à partir de la décision de l'assemblée générale, ce qui est également le cas pour les augmentations ordinaire et conditionnelle du capital. A l'expiration de l'autorisation, le conseil d'administration supprime les dispositions statutaires prévoyant la marge de fluctuation du capital, à moins que cette dernière ne soit prolongée par l'assemblée générale (art. 653s, al. 2). En vertu de l'al. 7, cette suppression ne doit pas revêtir la forme authentique (cf. également ci-dessus ch. 3.1.14).

L'art. 653r, al. 2, fixe la fourchette maximale à 50 % du capital inscrit dans le registre du commerce. Le capital de base ne peut être inférieur à la moitié du capital inscrit, sous réserve du capital minimal de 100 000 francs prescrit par la loi (art. 621 CO). L'assemblée générale peut donc conférer une autonomie considérable à son conseil d'administration quant à la détermination de la structure du capital.

L'avis 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'avis aux créanciers doit être fait avant la décision de l'assemblée générale de créer une marge de fluctuation du capital. Il en va de même de l'établissement du rapport de révision par l'expert-réviseur agréé (art. 653l s.; cf. ci-dessus ch. 2.3.2). L'avis aux créanciers et le rapport de révision ne sont toutefois exigés que si le capital de base est inférieur au capital-actions inscrit dans le registre du commerce.

Selon l'art. 653r, al. 3, l'assemblée générale peut restreindre la marge de manœuvre du conseil d'administration. Il découle aussi de l'art. 653s, al. 1, ch. 3, qu'elle peut prévoir des charges et des conditions. Toujours en vertu de l'art. 653r, al. 3, elle peut décider que le conseil d'administration ne pourra qu'augmenter ou que réduire le capital-actions. S'il ne peut qu'augmenter le capital, la marge de fluctuation du capital se transforme *de facto* en une augmentation autorisée du capital. Cette institution devient donc superflue et c'est la raison pour laquelle les articles du code des obligations concernant l'augmentation autorisée du capital peuvent être abrogés simultanément à la création de la marge de fluctuation du capital.

Si la décision de l'assemblée générale ne permet au conseil d'administration que de réduire le capital, cela revient à une réduction autorisée du capital, institution inconnue dans le droit en vigueur (cf. ci-dessous ch. 3.16.2).

L'assemblée générale peut déléguer certaines décisions au conseil d'administration, par exemple celles concernant les droits de souscription préférentiels (art. 653s, al. 1, ch. 7), mais il en est qu'elle doit impérativement prendre elle-même¹²⁰. Il découle de

¹¹⁹ Cf. art. 25 de la Directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976 (deuxième directive CE sur le droit des sociétés).

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

l'art. 653s, al. 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 l'autorisation ainsi que le nombre et la valeur nominale des actions. D'autres modalités, comme les restrictions à la transmissibilité des actions, ne sont valables que lorsqu'elles sont stipulées dans les statuts (art. 653s, al. 1, ch. 6).

L'art. 653r, al. 4, précise que le capital-actions peut aussi être augmenté par le biais d'une augmentation conditionnelle du capital 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 sévère étant toujours prioritaire.

Selon l'art. 653r, 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 trente jours à compter de la décision.

3.1.19 Art. 653t, 653u, 653v: modification du capital-actions, protection des créanciers

L'art. 653t, al. 1, affirme 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 est de 600 000 francs, le capital de base de 200 000 francs et le capital inscrit 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.

L'art. 653t, al. 3 prévoit que le conseil d'administration doit faire les constatations nécessaires et adapter les statuts lors de chaque augmentation et de chaque réduction du capital-actions, et qu'il lui incombe d'édicter les dispositions requises qui ne sont pas contenues dans la décision de l'assemblée générale sur la création de la marge de fluctuation du capital. L'al. 4 précise encore qu'après chaque modification du capital, le conseil d'administration dispose de trente jours pour en requérir l'inscription dans le registre du commerce (en relation avec l'art. 931a ; cf. ci-dessus ch. 3.1.7, ci-dessous ch. 3.8.4).

Selon l'art. 653t, al. 2, 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'augmentation du capital-actions prise par le conseil d'administration doit indiquer la nature de l'apport (par ex. apport en nature, libération au moyen de capital propre), si l'assemblée générale ne s'est pas réservée le droit de décider la forme de la libération.

Pour garantir la transparence et la sécurité du droit, l'al. 4 exige que le montant du capital-actions soit constamment actualisé dans le registre du commerce et que chaque modification soit publiée dans la FOSC (détails au ch. 3.1.20). De nos jours, la réquisition de cette inscription est guère contraignante pour les entreprises, même si le capital-actions est modifié fréquemment.

L'assemblée générale peut aussi modifier le capital émis par augmentation ou réduction ordinaire pendant la durée de validité de la marge de fluctuation du capital. Pour garantir la sécurité du droit, l'art. 653u prescrit que la marge de fluctuation du capital s'éteint automatiquement avec la décision d'augmentation ou de réduction ordinaire. 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.

La condition préalable à toute réduction du capital est que le capital-actions soit encore entièrement couvert après l'opération. Le conseil d'administration en répond en application de l'art. 653v, al. 3, et des règles de la responsabilité dans la société anonyme (art. 754 CO). Un avis aux créanciers, qui permet de diminuer le risque, est possible mais pas obligatoire.

3.1.20 Art. 653w, 653x, 653y: modalités

Conformément à l'art. 653w, lorsque le conseil d'administration augmente le capital dans le cadre de la marge de fluctuation du capital, les actions peuvent être émises avant même l'inscription du nouveau capital-actions dans le registre du commerce si les deux conditions suivantes sont remplies : l'apport est fait en espèces et le droit de souscription préférentiel des actionnaires est préservé. Cet assouplissement des modalités de la transaction permet d'accélérer la procédure d'augmentation du capital. Le risque d'abus reste faible tant qu'il n'y a ni apport en nature ni libération par compensation et que le droit de souscription préférentiel est préservé.

Le conseil d'administration fait établir un rapport de révision par un expert-réviseur agréé à la fin de l'exercice, lorsque le capital a été augmenté ou réduit au cours de l'année (art. 653x). En vertu des al. 1 et 2, le réviseur doit attester que les conditions légales ont été remplies. L'al. 3 exige que le rapport de révision soit déposé à l'office du registre du commerce à la fin de l'exercice.

L'art. 653y prévoit que les parties essentielles du rapport de révision soient reproduites dans l'annexe au rapport de gestion, lequel doit en outre mentionner toutes les augmentations et les réductions du capital-actions. Cet article reprend en partie les dispositions de l'art. 663d, al. 2, CO, qui est abrogé. Lorsque le capital est augmenté dans le cadre de la marge de fluctuation du capital, les actionnaires ne décident pas la modification du capital – contrairement à ce que prévoit la loi en cas d'augmentation et de

réduction ordinaires du capital – et ne disposent dès lors pas des informations correspondantes.

3.1.21 Art. 656a et 656b: bons de participation

Les fondements du régime actuel des bons de participation ne sont pas modifiés et il n'est pas prévu de remplacer le bon de participation par une action à droit de vote latent¹²¹ (cf. ci-dessus ch. 2.3.6).

La limitation actuelle du capital-participation au double du capital-actions est supprimée (abrogation de l'art. 656b, al. 1, CO). De la sorte, les entreprises peuvent fixer le montant de leur capital-participation et de leur capital-actions indépendamment l'un de l'autre, ce qui leur confère une plus grande liberté dans la définition de la structure de leur capital. Il n'en reste pas moins que leur capital-actions doit être de 100 000 francs au minimum en tout temps.

Toujours dans l'idée que les sociétés doivent disposer d'une marge de manœuvre appropriée pour définir la structure de leur capital, l'art. 656a, al. 1, prévoit que, contrairement aux actions, les bons de participation peuvent toujours être au porteur. Les participants n'ont aucun droit de vote et ne contribuent donc pas à la formation de la volonté de la société. Par conséquent, l'émission de bons de participation au porteur ne pose aucun problème dans la perspective des recommandations du GAFI (cf. ci-dessus ch. 2.3.5).

Le droit en vigueur permet déjà d'appliquer les procédures d'augmentation autorisée et conditionnelle du capital pour créer un capital-participation. L'art. 656a, al. 4, introduit aussi la possibilité de recourir à la marge de fluctuation du capital pour l'augmenter ou le réduire.

La nouvelle version de l'art. 656b abolit le plafond du capital-participation et redéfinit les règles en fonction de ce paramètre. Selon l'al. 3, en relation avec l'art. 659, le capital-participation n'est plus agrégé au capital-actions pour calculer le seuil maximal de rachat de ses propres actions par la société¹²² ; capital-actions et capital-participation constituent deux bases de calcul séparées. Sinon, compte tenu du fait que l'avant-projet permet la création d'un capital-participation qui peut être un multiple du capital-actions, la société pourrait racheter la quasi-totalité de ses actions. De la sorte, elle n'aurait plus qu'un seul actionnaire qui, suivant la valeur nominale de l'action, pourrait contrôler l'entreprise grâce à une participation financière minimale (art. 659, al. 1). Cela pourrait dénaturer totalement la société anonyme.

¹²¹ Cf. VON DER CRONE Hans Caspar, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts : Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/02, pp. 1 ss, 20..

¹²² Une autre modification de l'al. 3 est de nature purement terminologique : l'expression « contrôle spécial » est remplacée par « examen spécial ».

¹²³ En ce qui concerne le droit des participants à l'institution d'un examen spécial, cf. ci-dessus ch. 3.1.21..

La séparation entre actionnaires d'un côté et participants de l'autre est valable pour d'autres droits, comme celui de solliciter l'institution d'un examen spécial (art. 697a ss ; cf. ci-dessous ch. 3.1.34). L'inconvénient est que des actionnaires et des participants ne peuvent plus s'allier pour demander un examen spécial au juge. Par contre, cela donne aux actionnaires la possibilité d'instituer un tel examen même lorsque le capital-actions est relativement faible par rapport au capital-participation.

Le droit de demander l'institution d'un examen spécial et l'introduction d'une action en dissolution (art. 656c) revêt une importance particulière pour les participants, puisqu'ils n'ont aucune possibilité d'influer sur la formation de la volonté de l'entreprise, malgré qu'ils encourent le même risque économique que les actionnaires. Ils n'ont que ces deux possibilités, outre l'aliénation de leurs parts, pour sanctionner la gestion de l'entreprise. L'exercice de ces droits ne doit donc pas être entravé inutilement. C'est particulièrement vrai pour les participants des sociétés anonymes privées qui ont reçu leurs bons de participation dans le cadre d'une succession. Dans ce cas de figure, sortir de la société est souvent très difficile, voire impossible, car leurs bons de participation ne peuvent être aliénés ou en tout cas pas à des conditions acceptables. L'action en dissolution permet au moins au participant de forcer la société à racheter ses bons de participation en vertu d'une décision de justice. Puisque l'abolition du plafond du capital-participation facilite le règlement des successions dans les sociétés anonymes privées, il faut s'assurer qu'en contrepartie les participants peuvent réellement exercer leurs droits.

En vertu de l'art. 656b, al. 2, le capital-participation est agrégé au capital-actions pour déterminer la limite maximale du capital conditionnel (art. 653a, al. 1, CO) ainsi que le seuil minimal du capital de base et le plafond du capital maximal de la marge de fluctuation du capital (art. 653r, al. 2 ; cf. ci-dessus ch. 3.1.18), mais aussi pour établir si un surendettement doit être annoncé (art. 725 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.43) et pour calculer le montant de la réserve légale (art. 672 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.25).

L'art. 656b, al. 4, précise enfin que les seuils concernant les droits des actionnaires de convoquer une assemblée générale et de faire inscrire un objet à l'ordre du jour se calculent exclusivement sur la base du capital-actions, ce qui est déjà le cas dans le droit en vigueur.

3.1.22 Art. 656c et 656d: statut juridique du participant

Les modifications de l'art. 656c, al. 3, sont purement formelles, en particulier le remplacement de l'expression « contrôle spécial » par « examen spécial »¹²³.

Pour renforcer le gouvernement d'entreprise, l'art. 702, al. 3, permet aux actionnaires de consulter le procès-verbal de décision électroniquement ou de le recevoir par la poste. En vertu du renvoi contenu dans l'art. 656a, al. 2, CO, les titulaires de bons de participation jouissent du même droit. Cela améliore sensiblement l'information en général, en particulier pour les personnes domiciliées à l'étranger. Du fait de cette réglementation, l'art. 656d, al. 2, devient superflu et peut être abrogé.

3.1.23 Art. 659 : acquisition par la société de ses propres actions

L'art. 659 règle la question de la l'acquisition par la société de ses propres actions entièrement libérées¹²⁴. Comme le prévoit le droit actuel, la société peut, dans le cas normal, acquérir ses propres actions à concurrence d'un montant maximum représentant 10 % du capital.

Le plafond de 20 %, qui s'applique actuellement à l'achat de propres actions en rapport avec une restriction à la transmissibilité des titres, est étendu à l'action en dissolution (art. 736, ch. 4 ; cf. ci-dessus, ch. 2.2.3, ci-dessous, ch. 3.1.47), quand bien même cette nouvelle règle est en contradiction avec le droit européen¹²⁵. Grâce à cette libéralisation, le tribunal dispose d'une plus grande marge de manœuvre dans le cadre de l'action en dissolution et pourrait par exemple ordonner à la société de racheter les actions du plaignant au lieu de la dissoudre. Cela faciliterait aussi la sortie de l'actionnaire minoritaire d'une société anonyme privée.

Lorsque le capital est augmenté dans le cadre de la marge de fluctuation du capital, le plafond pour l'acquisition de ses propres actions est de 10 % (respectivement 20 % ; al. 3) du capital *émis*.

3.1.24 Art. 662 à 667, 669, et 670: comptabilité et établissement des comptes

Toutes les dispositions comptables propres à la société anonyme sont abrogées. L'avant-projet propose de réglementer la comptabilité et l'établissement des comptes uniformément, pour toutes les formes de droit, aux art. 957 ss (cf. ci-dessous ch. 3.10 ss).

3.1.25 Art. 671, 671a, 671b, 672, 673, 674: réserves

Comme le proposait déjà l'avant-projet de loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels¹²⁶, il convient de redéfinir la conception légale des réserves en même temps que le droit comptable. L'objectif poursuivi est une simplification du dispositif légal et un rapprochement avec les usages internationaux. C'est notamment

¹²⁴ 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.

¹²⁵ Dans l'UE, le plafond général pour l'acquisition par la société de ses propres actions est de 10 % ; cf. art. 19 de la Directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976 (deuxième directive CE sur le droit des sociétés).

¹²⁶ 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.

pour la deuxième raison que le présent avant-projet établit une distinction entre les réserves issues du capital et les réserves issues du bénéfice¹²⁷.

Les *réserves issues du capital* sont celles qui ont été payées par les pourvoyeurs de fonds propres. En vertu de l'art. 671, al. 1, ch. 1 et 2, elle comprend l'éventuel *agio* réalisé lors de l'émission des actions et, sous certaines conditions, les paiements libératoires d'actions déchues (*gains issus de la déchéance des actions*).

Selon l'al. 2, les réserves issues du capital peuvent uniquement être affectées à la couverture d'une perte de capital ou à la libération du capital-actions dans le cadre d'une augmentation du capital (art. 652d, al. 1, CO). Elle ne peut donc être remboursée que par une conversion de la réserve en capital-actions, suivie d'une réduction du capital. La controverse de la doctrine autour de l'admissibilité des distributions d'agio est ainsi tranchée par le droit positif. Contrairement à la réglementation actuelle, qui est contraire à l'esprit du système, l'avant-projet ne permet plus l'affectation de l'agio à des amortissements ou à des buts de prévoyance (art. 671, al. 1, ch. 1, al. 2 CO) afin de ne pas fausser les résultats.

Les *réserves issues du bénéfice* englobent toutes les réserves constituées à l'aide des bénéfices non distribués. Conceptuellement, elles comprennent la *réserve légale* (art. 672) et les *autres réserves* (art. 673).

L'art. 672, al. 1 et 2, oblige la société à affecter 5 % du bénéfice de l'exercice à la *réserve légale* jusqu'à ce que son montant atteigne la moitié du capital-actions. Cette limite correspond à la pratique actuelle. Pour les sociétés holding, l'al. 2 fixe la limite à 20 % du capital-actions (cf. art. 671 CO). C'est le capital émis et non plus le degré de libération des actions qui fait référence. S'il existe un capital-participation, celui-ci doit être ajouté au capital-actions pour déterminer le montant jusqu'auquel la société doit alimenter la réserve légale (art. 656b, al. 2, ch. 1 ; cf. ci-dessus ch. 3.1.21).

L'al. 3 précise les affectations admises de la réserve légale, à savoir la couverture des pertes, les mesures permettant à l'entreprise de poursuivre ses activités malgré la mauvaise marche des affaires et les mesures de lutte contre le chômage.

L'exception prévue par le droit actuel pour les entreprises de transport concessionnaires (art. 671, al. 5, CO) est supprimée puisque, aujourd'hui déjà, il existe des dispositions de la législation spéciale qui priment cette réserve du droit des obligations. La disposition concernant les institutions d'assurance (al. 6) a déjà été abrogée par la nouvelle loi sur la surveillance des assurances¹²⁸.

¹²⁷ Pour la présentation et la structure des réserves dans le bilan, cf. art. 959a, al. 2, ch. 3, let. c et d (ch. 3.10.4).

¹²⁸ Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA ; FF **2004** 6825, 6855).

Les statuts ou l'assemblée générale¹²⁹ peuvent continuer à affecter une partie du bénéfice d'exercice aux réserves alors que le seuil légal est atteint. Techniquement, il ne s'agit plus de réserves légales mais d'« autres réserves ».

L'art. 673, al. 1, ch. 1 et 2, précise que de telles réserves ne peuvent être constituées qu'à des fins de remplacement ou pour assurer durablement la prospérité de l'entreprise, compte tenu des intérêts des actionnaires. La société ne peut donc pas accumuler des réserves à sa guise. On mentionnera en particulier le problème des réserves destinées à « lisser » le montant du dividende distribué. 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, ce qui peut déboucher sur des mesures de redressement trop tardives.

Dans le cadre de l'*acquisition par la société de ses propres actions*, selon le droit en vigueur, l'entreprise doit porter les propres actions acquises à l'actif du bilan et constituer une réserve pour propres actions équivalente à la valeur d'acquisition de ces titres au passif (art. 671a CO). Cela doit permettre au lecteur du bilan d'apprécier la diminution du substrat de responsabilité induite par cet achat. Cette présentation 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 des propres actions est entièrement à charge des réserves issues du bénéfice.

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, en créant un flux de trésorerie en faveur de l'entreprise. Le même raisonnement s'applique 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.

D'une manière générale, l'acquisition de propres actions est limitée à 10 % du capital-actions. Lorsqu'il existe des restrictions à la transmissibilité des actions, la société peut acquérir ses propres actions jusqu'à 20 % du capital-actions et les conserver pendant deux ans au plus (art. 659 CO). Le législateur a voulu que les sociétés puissent réserver une fraction importante de leur capital jusqu'à ce qu'un nouvel actionnaire rachète le paquet d'actions en question. Cette possibilité revêt une grande importance pour le renouvellement des rapports de propriété au sein des entreprises de l'artisanat et des services, mais aussi pour le règlement des successions dans les sociétés anonymes familiales.

¹²⁹ Seule l'assemblée générale peut décider de la constitution ou de la dissolution des réserves, jamais le conseil d'administration.

Le droit fiscal a été élaboré dans le même esprit. Si les propres actions sont aliénées dans le délai prévu par la loi, l'acquisition première de ces titres n'est pas considérée comme une « liquidation partielle » ou comme une distribution de bénéfice, et l'aliénation n'est pas traitée comme une émission. Dans ce cas, l'opération est sans incidence fiscale.

La réglementation prévue par l'avant-projet (art. 959a, al. 2, ch. 3, let. a, c et d) exige une comptabilisation brute. Le capital-actions apparaît intégralement (non réduit) au passif du bilan, comme c'est déjà le cas actuellement. La nouveauté est que les propres actions sont portées en déduction des réserves issues du bénéfice à la valeur d'acquisition (prix d'achat) et jusqu'à leur aliénation.

L'actuelle réserve pour propres actions figurerait donc comme poste négatif et non plus comme une réserve distincte. Cette représentation illustre le résultat économique de cette opération de manière plus directe et transparente. De fait, les fonds utilisés pour acheter les propres actions ne sont plus disponibles, ni pour des distributions aux actionnaires ni comme substrat de responsabilité pour les créanciers, à moins d'une aliénation préalable des titres.

Cette présentation brute, accompagnée des informations requises dans l'annexe (art. 959c, al. 2, ch. 4), fournit tous les éléments requis aux termes du droit fiscal (comme dans le droit actuel). Par conséquent, le traitement fiscal prévu par le droit en vigueur (report de l'imposition) peut être maintenu.

Par ailleurs, 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 (par ex. fondation de prévoyance en faveur du personnel).

Les dispositions sur la réévaluation d'immeubles ou de participations à une valeur supérieure à leur valeur d'achat et sur la constitution d'une réserve de réévaluation dans ce but sont abrogées (art. 670 et 671b CO ; cf. ci-dessus ch. 3.1.24).

La réévaluation d'immeubles ou de participations au-dessus de leur valeur d'achat permet de supprimer une perte de capital sur le plan comptable (art. 725, al. 1 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.43), mais elle n'apporte aucune liquidité à 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 n'a rien à gagner à réaliser une telle opération. 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 créés au passif¹³⁰. La réévaluation d'actifs est donc une technique comptable impropre à l'élimination des causes de la perte de capital. Elle ne peut améliorer durablement la situation de l'entreprise car il ne s'agit pas d'un véritable assainissement.

¹³⁰ Cf. BAUEN Marc, *Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen aus steuerrechtlicher Sicht*, Thèse, Zurich 1998, p. 68.

La réglementation en vigueur permet uniquement de présenter ouvertement ce que l'on sait déjà, en général : l'aliénation des immeubles ou des participations permettrait de réaliser une plus-value par rapport à la valeur comptable, au cas où ces actifs ne sont pas d'une nécessité absolue pour continuer l'exploitation.

Si des immeubles ou des participations ne sont effectivement pas nécessaires à la poursuite de l'exploitation, ils peuvent être aliénés sans autres. La valeur de l'immeuble ou de la participation est réalisée et la société enregistre un flux de trésorerie réel en sa faveur. La suppression de l'art. 670 CO n'exclut pas la dissolution d'amortissements ou corrections de valeur antérieurs, pour autant que les règles fixées à l'art. 960a, al. 5, (cf. ci-dessous ch. 3.10.7) aient été respectées.

Le nouvel art. 674¹³¹ fixe les conditions auxquelles les réserves peuvent être affectées à la compensation des pertes. L'al. 3, ch. 1 à 3, prescrit en particulier l'ordre dans lequel elles doivent être affectées à ce but, à savoir :

1. les réserves statutaires et celles dont la constitution a été décidée par l'assemblée générale, si la compensation des pertes est conforme à leur but ;
2. la réserve légale ;
3. les réserves issues du capital.

3.1.26 Art. 678 et 680: restitution de prestations, versements des actionnaires

Le régime de l'action en restitution avait été étendu lors de la révision du droit de la société anonyme de 1991¹³² (art. 678 CO). Le droit actuel oblige ainsi les actionnaires, les membres du conseil d'administration et les personnes qui leur sont proches à rembourser les prestations qu'ils ont perçues indûment. Les prestations doivent être restituées à la société, mais l'action appartient aussi aux actionnaires. Cette réglementation vise un cas particulier d'enrichissement illégitime.

Il est capital, dans le cadre d'un bon gouvernement d'entreprise, que la société puisse se prévaloir d'une réglementation efficace pour obtenir la restitution de prestations indûment perçues. 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 matériellement injustifiées à des actionnaires majoritaires qui siègent au conseil d'administration. Indirectement, cette réglementation protège aussi les intérêts des créanciers (cf. ci-dessus ch. 2.2.3).

¹³¹ L'actuel art. 674 est supprimé puisqu'il ressort déjà des art. 672 et 673 de l'avant-projet que les dividendes ne peuvent être distribués qu'après l'affectation aux réserves légales et statutaires.

¹³² Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF **1983** II 757, 922 s.

Le régime actuel de l'action en restitution n'a pas donné satisfaction. C'est pourquoi l'avant-projet propose une nouvelle version de l'art. 678 qui doit faciliter la mise en œuvre du droit à restitution¹³³.

D'abord, le cercle des personnes visées par l'action en restitution est élargi aux membres de la direction. Ce sont ainsi tous les membres de la haute direction de l'entreprise qui peuvent être tenus de restituer des prestations injustifiées.

Ensuite, la condition de la mauvaise foi du bénéficiaire de la prestation (art. 678, al. 1, CO) est supprimée. Même si dans la plupart des cas le bénéficiaire est de mauvaise foi, il est toujours difficile de le prouver. Selon l'al. 1, les personnes qui ont perçu des prestations indues sont dans tous les cas tenues de les rembourser. D'ailleurs, aucune raison ne justifie une dérogation aux principes généraux régissant l'enrichissement illégitime selon lesquels la personne qui s'est enrichie aux dépens d'autrui sans cause légitime est tenue à restitution même si elle a reçu la prestation en bonne foi (art. 62, al. 1, CO).

Dans l'al. 2, l'exigence selon laquelle la prestation doit être en disproportion avec la situation économique de la société est abandonnée. Il suffit en effet que le rapport entre la prestation et la contre-prestation soit biaisé, car la restitution d'une prestation indue doit aussi pouvoir être exigée lorsque la situation financière de la société est bonne. Autrement dit, la bonne santé économique de l'entreprise ne saurait justifier un déséquilibre entre la prestation et la contre-prestation.

Le mot *disproportion* signifie qu'il doit y avoir un *déséquilibre important* entre la prestation et la contre-prestation. L'adjectif « évident » qui figure actuellement dans la loi est donc superflu puisqu'il faut de toute façon que la contre-prestation fournie par le bénéficiaire ait une valeur nettement inférieure à celle de la prestation fournie par la société pour que l'on puisse parler de disproportion.

L'al. 3 élargit aux créanciers le droit d'introduire l'action en restitution, même s'il est exceptionnel qu'un créancier ait connaissance de prestations indues. Mais ces dernières entament le substrat de responsabilité de la société, et de ce point de vue l'extension de la légitimation pour agir aux créanciers se justifie.

Comme le prévoit déjà le droit en vigueur, les prestations injustifiées doivent être remboursées à la société. Cela n'encourage peut-être pas les actionnaires à introduire une telle action, mais le versement d'une prestation à l'actionnaire serait totalement contraire à l'esprit de cette norme dont le but est justement de faire revenir dans les caisses de la société les fonds qui en sont sortis indûment. Une telle règle irait aussi à l'encontre des intérêts des créanciers. De plus, il serait impossible de justifier un remboursement en faveur des actionnaires lorsque la société connaît des difficultés financières. Enfin, le remboursement à la société est conforme aux règles de la responsabi-

¹³³ 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.

lité, selon lesquelles l'actionnaire qui gagne le procès ne reçoit rien pour lui-même (art. 756, al. 1, CO), le paiement en dommages-intérêts étant dû à la société.

L'al. 4 augmente à dix ans la prescription de l'obligation à restitution. Celui qui a perçu indûment des prestations pourrait donc être tenu de les rembourser pendant dix ans au lieu de cinq actuellement, à compter du moment où il les a reçues. Le délai de dix ans correspond en outre à la prescription de la créance dans le cadre de l'enrichissement illégitime (art. 67, al. 1, CO)¹³⁴.

L'art. 678 règle les rapports entre la société et les bénéficiaires de prestations indues, sans préjudice des conséquences fiscales, tant pour la société que pour les bénéficiaires des prestations.

Au sujet de l'art. 680, cf. ci-dessus ch. 3.1.1.

3.1.27 Art. 683 et 688: émission des actions

L'action au porteur étant abolie, les dispositions à ce sujet peuvent être abrogées (art. 683 et 688, al. 1 et 2, CO). Le droit en vigueur reste toutefois applicable pour les actions au porteur existantes pendant une période transitoire de deux ans (art. 3, dispositions transitoires de l'avant-projet ; cf. ci-dessus ch. 2.3.5, 3.1.2). L'art. 688, al. 1, reprend l'actuel al. 3 dans une version retouchée sur le plan linguistique seulement.

3.1.28 Art. 689 et 689a: participation à l'assemblée générale et procuration

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

Les modifications de l'art. 689a, al. 1, et l'abrogation de l'actuel al. 2 sont dus à l'abolition de l'action au porteur (cf. ci-dessus ch. 2.3.5, 3.1.2).

Selon le nouvel al. 2, le conseil d'administration peut accepter une procuration électronique au lieu d'un pouvoir écrit. La condition prescrite par la loi est que la procuration électronique soit pourvue d'une signature électronique qualifiée (art. 14, al. 2^{bis}, CO ; cf. ci-dessus ch. 2.4.4)¹³⁵. A défaut, la procuration ne légitime pas son titulaire à prendre part à l'assemblée générale. 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.

L'acceptation du principe de la procuration électronique par le conseil d'administration ne signifie pas que les actionnaires sont tenus d'établir leur procuration de cette manière. Ils peuvent continuer à se servir de papier et signer le pouvoir de leur main (art. 14, al. 1, CO).

¹³⁴ La répartition des frais du procès sera réglée dans le code de procédure civile suisse.

¹³⁵ En relation avec les art. 2 et 7 de la loi sur la signature électronique.

3.1.29 Art. 689b, 689c, 689d, 689e, 703: représentation à l'assemblée générale

L'art. 689b, al. 2, est abrogé en raison de la suppression de l'action au porteur (cf. ci-dessus ch. 2.3.4, 3.1.2).

Le régime actuel de la représentation de l'actionnaire à l'assemblée générale est insatisfaisant du point de vue du gouvernement d'entreprise. C'est vrai pour la représentation institutionnelle dans les sociétés ouvertes au public, mais il y a aussi matière à agir dans les sociétés privées (cf. ci-dessus ch. 2.2.5).

L'art. 689b, al. 2, est abrogé en raison de l'abolition de l'action au porteur (cf. ci-dessus ch. 2.3.5).

Selon l'art. 689c, al. 1, les sociétés anonymes privées peuvent prévoir dans leurs statuts que l'actionnaire ne peut être représenté que par un autre actionnaire de la société. Celles qui recourent à cette possibilité sont toutefois tenues, en vertu de l'al. 2, de désigner un représentant indépendant si un actionnaire l'exige. Cette disposition a pour but de permettre aux personnes qui ont une participation minoritaire dans une société comptant un cercle d'actionnaires restreint de se faire représenter par un tiers neutre. Sinon, l'actionnaire minoritaire qui serait empêché de participer personnellement à l'assemblée générale serait contraint de se faire représenter par un actionnaire avec lequel il pourrait être en conflit, ou alors de renoncer à participer à l'assemblée (cf. ci-dessus ch. 2.2.5)¹³⁶.

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 dix jours avant l'assemblée générale. Comme le conseil d'administration ne doit pas envoyer la convocation moins de vingt jours avant l'assemblée générale (art. 700, al. 1), le temps dont dispose le requérant n'est pas énorme. Conformément à l'al. 4, la société doit communiquer le nom du représentant indépendant par écrit et à tous les actionnaires au plus tard cinq 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'assemblée¹³⁷. Elle peut aussi s'abstenir de désigner un représentant indépendant et dans ce cas, en vertu de l'al. 5, le requérant peut se faire représenter par le tiers de son choix.

Dans le droit actuel, la société qui propose une représentation par un membre de l'un de ses organes doit en plus désigner un représentant indépendant (art. 689c CO). Or cette forme de représentation n'offre aucun avantage particulier aux actionnaires par

¹³⁶ Le droit en vigueur permet déjà à l'actionnaire, dans certaines conditions, d'exiger la désignation d'un représentant indépendant (décision du tribunal de commerce du canton d'Argovie du 26 janvier 2001, RNRF 2002 No 43).

¹³⁷ Cela peut être avantageux dans les sociétés anonymes privées qui ont beaucoup d'actionnaires.

rapport à la représentation par un tiers indépendant. De plus elle est peut utilisée, raison pour laquelle elle peut être abolie.

La représentation par un dépositaire (art. 689d CO) doit aussi disparaître. Cette suppression fait écho aux nombreuses critiques émises au sujet de la représentation des actionnaires par les banques (cf. ci-dessus ch. 2.2.5). En contrepartie, l'art. 689d, al. 1, oblige les sociétés ouvertes au public à désigner un représentant indépendant pour chaque assemblée générale. Le but de cette disposition est d'améliorer le statut de l'actionnariat. Afin que la volonté réelle des participants s'exprime au mieux, l'al. 2 précise que le représentant indépendant doit s'abstenir lorsqu'il n'a pas reçu d'instructions de vote concrètes de la part du représenté. Aujourd'hui, à défaut 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.

C'est dans le même esprit que l'art. 703, al. 1, est modifié et qu'un nouvel alinéa 2 est introduit. L'al. 1 prévoit que l'assemblée générale prend ses décisions à la majorité absolue des votes *exprimés* tandis que l'al. 2 décrète que les abstentions ne comptent pas comme votes exprimés. Ainsi, les abstentions n'influencent plus l'issue du vote, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui (cf. ci-dessous ch. 3.1.40).

En vertu de l'art. 689e CO, les organes, les dépositaires et les représentants indépendants sont tenus de déclarer les actions qu'ils représentent lors de chaque assemblée générale. Le président du conseil d'administration doit ensuite communiquer ces informations à l'assemblée générale. A défaut, les décisions de l'assemblée générale sont annulables. Cette réglementation a pour but de garantir la transparence de la représentation collective des actionnaires¹³⁸.

Le nouveau régime de représentation de l'actionnaire ne connaît plus que le représentant indépendant. Pour assurer le bon *déroulement* de l'assemblée générale, il faut tout de même que ce dernier déclare combien de voix il représente et qu'il prouve son pouvoir de représentation. La société a tout intérêt à ce que seules des personnes dûment autorisées prennent part aux délibérations de l'assemblée générale, afin d'éviter l'annulation des décisions prises (art. 691, al. 3, CO). Cependant, vu la nouvelle réglementation, il n'est plus nécessaire que le président du conseil d'administration communique le nombre de voix représentée par le représentant indépendant. Cette information devra cependant figurer dans le procès-verbal de l'assemblée générale, comme c'est déjà le cas actuellement (art. 702, al. 2, ch. 1 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.40).

Selon l'avant-projet, dans la convocation à l'assemblée générale la société doit indiquer le pourcentage du capital-actions constitué d'actions dispo. Cette mesure a pour but d'informer les actionnaires de la fraction du capital qui est dépourvue de droits de

¹³⁸ Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF **1983** II 757, 929.

vote *de facto* parce que les propriétaires des actions concernées ne se sont pas fait connaître de la société et ne peuvent donc exercer leurs droits sociaux (art. 700, al. 2, ch. 4 ; cf. ci-dessous ch. 3.1.37). Cette information est particulièrement importante lorsque les statuts prévoient un quorum qualifié.

3.1.30 Art. 692 et 693: droit de vote à l'assemblée générale

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 à l'art. 692, al. 3, CO : en cas de réduction de la valeur nominale de l'action dans le cadre d'un assainissement, l'assemblée générale peut décider de maintenir le droit de vote proportionnellement à la valeur nominale d'origine. Dans les faits, il s'agit d'une forme particulière d'action à droit de vote privilégié « improprement dite » (cf. ci-dessus ch. 2.3.4) telle qu'elle est prévue à l'art. 693 CO.

Ce privilège accordé aux anciens actionnaires n'est pas sans poser de problème. 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 problèmes économiques de l'entreprise qui ont rendu l'assainissement nécessaire. Et 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.

L'avant-projet veut abolir ce privilège et 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 dépasser le décuple de la valeur nominale 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.

Lorsque la valeur nominale des actions est réduite à zéro dans le cadre d'une réduction du capital immédiatement suivie d'une augmentation du capital (« l'accordéon » au sens de l'art. 653p ; cf. ci-dessus ch. 3.1.17), la question du droit de vote privilégié ne se pose pas puisque les titres doivent obligatoirement être détruits.

Les modifications prévues à l'art. 693, al. 2 et 3, ch. 3 et 4, sont de nature terminologique (abolition de l'action au porteur, nouvelle terminologie : „examen spécial“¹³⁹).

L'art. 693, al. 3, ch. 5, comporte une nouvelle règle matérielle : dans le cadre de l'action en restitution de prestations (art. 678), l'attribution du droit de vote ne doit pas se baser sur le nombre mais sur la valeur nominale des actions. En d'autres termes, cette disposition suspend le privilège des actionnaires comme dans le cas de l'action en responsabilité (art. 756 CO) et de la demande d'instituer un examen spécial (art. 697a ; cf. ci-dessous ch. 3.1.34).

¹³⁹ Cf. ch. 2.3.5, 3.1.2 et 3.1.34.

3.1.31 Art. 696 et 958d: communication du rapport de gestion

Conformément à l'art. 958d, al. 2, les sociétés dont les actions sont cotées à la bourse ou qui sont débitrices d'un emprunt par obligations sont tenues de remettre leur rapport de gestion et leur rapport de révision à l'office du registre du commerce. Ce dernier les publie électroniquement. Les rapports de gestion des sociétés cotées en bourse sont déjà publics¹⁴⁰. Leur publication sur le site Internet des autorités du registre du commerce en simplifie toutefois l'accès et apporte une contribution sensible à la transparence des informations. Cette disposition remplace en outre l'art. 697h, al. 1, CO, selon lequel ces rapports doivent être publiés dans la FOSC.

Cette norme s'inscrit dans un effort général d'amélioration des conditions de consultation, notamment par Internet, des inscriptions au registre du commerce et des statuts (art. 928, al. 2 à 4 ; cf. ci-dessus ch. 2.2.4, ci-dessous ch. 3.8.1).

En vertu de l'art. 958d, al. 1, les créanciers peuvent consulter le rapport de gestion et le rapport de révision s'ils ont un intérêt digne de protection (cf. ci-dessous ch. 3.10.3). Cette règle s'applique à toutes les sociétés qui sont tenues de présenter des comptes, quelle que soit leur forme juridique (art. 957 ; cf. ci-dessous ch. 3.10.3).

Dans les sociétés anonymes privées, les actionnaires peuvent toujours exiger, conformément à l'art. 696, al. 3, de recevoir un exemplaire gratuit du rapport de gestion par la poste. En outre, lorsque l'entreprise est débitrice d'un emprunt par obligations ou que ses actions sont cotées en bourse, toute personne peut, en application de l'art. 958d, al. 2, exiger que la société lui délivre un exemplaire du rapport de gestion et du rapport de révision, contre paiement, pendant un an (cf. ci-dessous ch. 3.10.1).

3.1.32 Art. 697, 697^{bis}, 697^{ter}: droit de demander des renseignements et de consulter certains documents

Les droits de demander des renseignements et de consulter certains documents sont deux droits fondamentaux des actionnaires. Ils ont pour objet l'acquisition d'informations (transparence) et constituent de ce fait l'un des fondements de la garantie des intérêts des actionnaires dans leur qualité de propriétaires de la société (cf. ci-dessus ch. 2.2.3). Le droit en vigueur présente toutefois quelques lacunes et ne satisfait pas en tous points aux exigences d'un bon gouvernement d'entreprise. L'avant-projet prévoit donc de sensibles améliorations et traite dans des normes distinctes des notions de renseignements et de consultation.

L'art. 697, al. 1 et 2, établit d'emblée le principe selon lequel les actionnaires peuvent poser des questions au conseil d'administration et aux réviseurs sur les affaires de la société non seulement lors de l'assemblée générale, mais en tout temps et même par écrit. La possibilité d'exiger des informations par voie écrite est déjà courante et admise dans la pratique, mais les conditions et les modalités de ce droit sont floues.

¹⁴⁰ Cf. art. 64, Règlement de cotation de la Swiss Exchange (SWX), 24 janvier 1996.

L'actionnaire peut demander des renseignements au sujet de l'entreprise *tout au long de l'année*¹⁴¹. Le conseil d'administration dispose de soixante jours à compter de la réception de la demande pour y répondre par écrit. Pour garantir l'égalité de traitement des actionnaires (art. 717, al. 2, CO) en matière d'information, toutes les réponses écrites que l'entreprise a fournies durant l'exercice doivent pouvoir être consultées par les actionnaires lors de l'assemblée générale suivante.

La possibilité de demander et de donner des renseignements par écrit est un allègement aussi bien pour les actionnaires que pour la société. Le déroulement de l'assemblée générale a tout à gagner à ce que le nombre des demandes d'informations orales diminue. De plus, la direction dispose de plus de temps pour réfléchir à sa réponse dans une procédure écrite que si elle doit répondre immédiatement par oral.

Comme c'est déjà le cas, la société peut refuser de donner des informations si celles-ci ne sont pas nécessaires à l'exercice des droits des actionnaires ou si elles compromettent le secret des affaires ou d'autres intérêts prépondérants. La notion d'intérêt « prépondérant » introduite par l'art. 697, al. 3, signifie que l'intérêt de l'entreprise ne peut justifier le refus des informations que si, dans la pesée des intérêts, il est plus lourd que l'intérêt des actionnaires à connaître l'information.

Selon la dernière phrase de l'al. 3, le refus d'une demande de 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. De plus, les autres actionnaires peuvent demander à recevoir une copie de ces motifs puisque tout actionnaire peut introduire une action en contestation du refus de la demande de renseignements. Les motifs écrits ont donc pour fonction de faciliter l'action éventuelle de l'actionnaire. Il ne serait pas correct que la société n'ait à dévoiler les motifs pour lesquels elle a refusé les renseignements que lors du procès.

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 que sur autorisation de l'assemblée générale ou du conseil d'administration.

La société peut refuser ce droit pour les mêmes raisons que le droit de demander des renseignements (art. 697, al. 3). L'art. 697^{bis}, al. 2, déclare notamment que le droit de consulter doit être refusé lorsque des intérêts sociaux prépondérants s'opposent à la consultation¹⁴². Cette précision n'apporte cependant pas d'élément nouveau sur le fond.

Ni l'assemblée générale ni le conseil d'administration ne peuvent donc consentir à la consultation des documents si le secret des affaires ou des intérêts prépondérants s'y

¹⁴¹ Les *questions à l'organe de révision* ne peuvent être posées que lors de l'assemblée générale puisque, par nature, elles concernent la révision des comptes en fin d'exercice. La question orale lors de l'assemblée générale est donc la forme appropriée.

¹⁴² Le droit en vigueur ne mentionne que le secret des affaires.

opposent. Cela signifie que le conseil d'administration est tenu d'empêcher la consultation à raison de son obligation de fidélité envers la société (art. 717, al. 1, CO), lorsque l'assemblée générale accepte la demande malgré l'existence d'un motif de refus.

Comme pour la demande de renseignements, le conseil d'administration doit motiver le refus par écrit. Il doit aussi le faire lorsque le droit de consultation a été refusé par l'assemblée générale. Cela ne devrait normalement pas lui poser de problèmes puisqu'il est présent à l'assemblée.

Lorsque la demande de renseignements ou de consultation est refusée, tout actionnaire peut en appeler au juge¹⁴³ en vertu de l'art. 697ter, comme le prévoit déjà le droit en vigueur (art. 697, al. 4, CO). 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'administration¹⁴⁴.

3.1.33 Art. 697^{quater}, 697^{quinquies}, 697^{sexties} : publicité des indemnités de la haute direction et des participations

L'art. 697^{quater} correspond à l'art. 663b^{bis} P CO (projet sur la transparence¹⁴⁵) adopté par les Chambres fédérales le 7 octobre 2005 (cf. ci-dessus ch. 2.2.2). Il réglemente la publicité des indemnités versées aux membres de la haute direction (conseil d'administration et à direction) dans les sociétés cotées. L'avant-projet remplace les dispositions comptables concernant la société anonyme par les art. 957 ss (cf. ci-dessus ch. 2.5 ss) et la structure générale du droit de la société anonyme doit être modifiée en conséquence. C'est la raison pour laquelle les dispositions relatives à la transparence des indemnités sont déplacées. Elles subissent également quelques ajustements terminologiques sans incidence sur le fond.

L'art. 697^{quinquies} introduit de nouvelles règles. Il crée, pour les actionnaires des *sociétés anonymes privées*, un droit de demander des renseignements au sujet des indemnités versées à la haute direction. Les indemnités visées sont celles énoncées à l'art. 697^{quater}. Cette disposition améliore la transparence dans les entreprises non cotées et renforce le gouvernement d'entreprise (cf. ci-dessus ch. 2.2.2).

La modification prévue à l'art. 697^{sexties} (actuel art. 663c CO sur la publicité des participations) ne concerne que le texte allemand (terminologie).

¹⁴³ La répartition des frais du procès sera réglée dans le code de procédure civile suisse.

¹⁴⁴ 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 précis. L'actionnaire doit toutefois agir en temps utiles, 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.

¹⁴⁵ 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 ss, BO 2005, p. 538 ss ; FF 2005 5593 ss.

3.1.34 Art. 697a, 697b, 697c, 697d, 697e, 697g: examen spécial

L'avant-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. La possibilité envisagée aux art. 697a ss d'examiner les processus internes de la société recouvre en effet un champ plus large qu'un pur mandat de révision.

Les modifications de l'art. 697a sont pour l'essentiel dictées par cette nouvelle terminologie, de même que d'autres aménagements purement rédactionnels sans incidence sur le fond (en particulier « tribunal » à la place de « juge »¹⁴⁶).

L'art. 697b, al. 1, subit lui aussi des ajustements terminologiques et comporte quelques modifications matérielles. En pratique, les seuils fixés pour l'institution d'un examen spécial se sont avérés trop élevés (cf. ci-dessus ch. 2.2.3). Pour améliorer le gouvernement d'entreprise, l'avant-projet redéfinit ces exigences¹⁴⁷. Lorsque l'assemblée générale refuse la demande d'instituer un examen spécial, les actionnaires intéressés peuvent s'associer pour adresser une requête au tribunal si leur participation atteint (individuellement ou collectivement) l'un des trois seuils suivants (ch. 1 à 3) :

- 5 % du capital-actions ou des voix;
- valeur nominale des actions détenues d'un million de francs au moins ;
- valeur boursière des actions détenues de deux millions de francs au moins.

L'abaissement du seuil de 10 à 5 % du capital-actions a pour objectif premier de faciliter l'institution d'un examen spécial dans les sociétés anonymes privées. Le seuil requis en termes de valeur nominale est abaissé de deux à un million pour les mêmes raisons. D'une manière générale, le recours au critère de la valeur nominale n'a de sens que pour les entreprises d'une certaine importance économique qui ne sont pas cotées en bourse et dont le capital-actions est suffisamment élevé pour que le seuil fixé puisse être atteint¹⁴⁸.

Selon l'al. 1, ch. 1, les actionnaires qui disposent de 5 % des *voix* peuvent aussi exiger l'institution d'un examen spécial. Cette règle, qui n'a d'importance que pour les entreprises ayant des actions à droit de vote privilégié, améliore le statut des titulaires de tels titres sans désavantager les titulaires d'actions ordinaires.

Dans les conditions actuelles, l'examen spécial est une institution juridique qui n'a pratiquement aucune prise sur les sociétés ouvertes au public. L'introduction d'un nouveau seuil, calculé celui-ci sur la valeur boursière, doit permettre aux actionnaires

¹⁴⁶ Par souci de neutralité des genres, l'expression « le juge » est remplacée par « le tribunal » dans tout le droit de la société anonyme.

¹⁴⁷ BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, *op. cit.*, pp. 222 ss.

¹⁴⁸ Conformément à l'art. 656c, ces seuils sont calculés séparément pour les actionnaires et les participants (cf. ci-dessus ch. 3.1.22).

nouveau seuil, calculé celui-ci sur la valeur boursière, doit permettre aux actionnaires de demander plus facilement l'institution d'un examen spécial. Il n'en reste pas moins que les petits investisseurs devront s'associer pour réunir la valeur de deux millions de francs¹⁴⁹. Le cours de référence pour le calcul de la valeur boursière est le cours boursier le jour du dépôt de la demande.

L'avant-projet précise à l'al. 2 que la demande d'institution d'un examen spécial déposée auprès du tribunal doit porter sur un thème qui peut faire l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation (cf. ci-dessus ch. 3.1.32) ou qui a été soulevé durant les débats de l'assemblée générale concernant la proposition d'instituer un examen spécial.

Conformément à l'al. 3, le tribunal doit ordonner l'examen spécial si les requérants rendent *vraisemblable* que les fondateurs ou les organes ont enfreint la loi ou les statuts, et que cette violation peut porter préjudice à la société ou aux actionnaires. Il ne suffit donc pas d'émettre de simples allégations; il faut établir de manière suffisamment convaincante que les conditions exigées sont remplies. Contrairement au droit actuel, l'avant-projet n'exige plus que les requérants rendent vraisemblable l'existence d'un préjudice, mais uniquement que la violation du droit est de nature à causer un préjudice. En effet, pourquoi attendre que le préjudice se manifeste avant d'instituer un examen spécial, si l'on a la ferme conviction que les organes de la société ont enfreint la loi ou les statuts ? Dans cette optique, l'examen spécial a donc aussi une fonction préventive.

Pour que l'institution d'un examen spécial puisse être ordonnée dans des délais appropriés, le projet de procédure civile suisse prévoit que le tribunal statue dans le cadre d'une procédure sommaire. Les cantons devront donc désigner une instance cantonale unique chargée de l'examen de ces requêtes ; ce qui reflète la conception selon laquelle l'examen spécial est une étape préalable à l'introduction éventuelle 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 risque de dommage ne se réalise. Une longue procédure irait à l'encontre du but de cette institution juridique.

La réglementation de l'art. 697c, al. 1 et 2, relative à la procédure d'institution d'un examen spécial par le tribunal n'est guère modifiée et les modifications prévues sont essentiellement d'ordre linguistique et terminologique. Comme il ressort clairement du nouveau libellé de l'al. 2 que le tribunal peut désigner plusieurs experts, l'actuel al. 3 peut être abrogé.

¹⁴⁹ L'expertise du groupe de travail sur le gouvernement d'entreprise suggère une valeur boursière d'un million de francs seulement. Pour limiter les actions déposées par des quérulents l'avant-projet propose le double. En contrepartie, il maintient le seuil calculé en valeur nominale dans la mesure où, pour les actionnaires des sociétés anonymes privées, cette solution peut, selon les circonstances, s'avérer plus avantageuse que la fraction du capital-actions. BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, *op. cit.*, pp. 222 ss.

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.

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 épurées. En principe il incombe à la société de supporter les frais de la procédure, 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 tribunal, sous réserve de l'abus de droit, auquel cas les frais seraient mis à la charge des requérants.

3.1.35 Art. 697h: publication des comptes annuels et des comptes de groupe

Cette prescription est abrogée dans le contexte de la réforme du droit comptable (cf. ci-dessous ch. 3.10 ss).

3.1.36 Art. 698: pouvoirs de l'assemblée générale

En vertu de l'avant-projet, ni le rapport annuel ni les comptes consolidés ne doivent être approuvés par l'assemblée générale. L'art. 698, al. 2, ch. 3, doit donc être abrogé (cf. ci-dessus ch. 2.5 ss, ci-dessous ch. 3.10.3, 3.10.11).

3.1.37 Art. 699, 699a, 700: convocation de l'assemblée générale et ordre du jour

Pour plus de clarté, l'avant-projet traite la convocation et l'ordre du jour de l'assemblée générale dans deux articles distincts.

Le droit des actionnaires de convoquer une assemblée générale est réformé. Le régime en vigueur est trop strict et l'avant-projet prévoit d'abaisser les seuils requis à l'art. 699, al. 3, ch. 1 à 3, par analogie à ceux prévus pour l'institution d'un examen spécial (art. 697b, al. 1, ch. 1 à 3 ; cf. ci-dessus ch. 3.1.34). Cet assouplissement a pour but d'améliorer le statut des actionnaires, et par ricochet le gouvernement d'entreprise (cf. ci-dessus ch. 2.2.3). Cette nouveauté est d'une importance particulière pour les grandes sociétés qui ont souvent un actionnariat très fragmenté.

Le seuil est fixé à une valeur boursière de cinq millions de francs¹⁵⁰ pour les sociétés ouvertes au public. Il est ainsi plus élevé que pour instituer un examen spécial ou faire inscrire un objet à l'ordre du jour (cf. ci-dessous). Dans ces deux dernières hypothèses, la valeur boursière prévue est de deux millions de francs. Ce seuil plus élevé se justifie en raison du coût considérable de l'organisation d'une assemblée générale.

Les modifications de l'art. 699, al. 4, (actuellement dernière phrase de l'al. 3) sont des adaptations linguistiques qui n'ont aucune incidence sur le fond.

¹⁵⁰ L'expertise du groupe de travail sur le gouvernement d'entreprise suggère une valeur boursière d'un million de francs seulement. BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, *op. cit.*, pp. 139, 227.

L'al. 5 fixe au conseil d'administration un délai de trente jours à compter de la réception de la requête pour convoquer l'assemblée générale. L'exigence actuelle, selon laquelle le conseil d'administration doit convoquer l'assemblée générale dans un délai convenable, est insatisfaisante du point de vue de la sécurité du droit. Il faut en outre éviter que la tenue de l'assemblée générale ne soit reportée inutilement.

Si le conseil d'administration ne convoque pas l'assemblée générale, le requérant peut, comme c'est déjà le cas, demander au tribunal d'intervenir en application de l'al. 5. Le projet de procédure civile suisse prévoit, comme pour l'institution d'un examen spécial, que le tribunal statue dans une procédure sommaire (cf. ci-dessus ch. 3.1.34) afin que l'assemblée générale puisse avoir lieu dans un délai raisonnable.

Pour améliorer le statut des actionnaires minoritaires, il convient également d'abaisser les seuils à atteindre pour pouvoir requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour de l'assemblée générale. Les valeurs définies à l'art. 699a, al. 1, ch. 1 à 3, sont les mêmes que pour l'examen spécial (art. 697b, al. 1, ch. 1 à 3)¹⁵¹.

L'al. 2 fixe à quarante jours avant l'assemblée générale, le délai ultime pour requérir par écrit l'inscription d'un objet à l'ordre du jour. La mention d'un délai clair est dans l'intérêt de la sécurité du droit et crée de meilleures conditions aussi bien pour la société, qui doit inscrire ces propositions dans la convocation à l'assemblée générale (art. 700, al. 2, ch. 1), que pour les actionnaires. La fixation d'un délai implique toutefois que les actionnaires sachent quand l'assemblée générale aura lieu. La plupart des sociétés, surtout celles ouvertes au public, communiquent la date de leur assemblée générale à l'avance, mais il n'existe aucune obligation légale à ce sujet. Bien entendu, l'actionnaire peut poser la question à la société, au besoin. De plus, la fixation de ce délai ne l'empêche pas de formuler des propositions tout au long de l'exercice. La société est alors tenue de les inscrire à l'ordre du jour de l'assemblée générale suivante, pour autant que les exigences légales soient remplies.

Comme c'est déjà le cas dans le droit en vigueur, en vertu de l'al. 3, les actionnaires peuvent s'adresser au tribunal si la société refuse de donner suite à leur requête. Le tribunal statuera dans une procédure sommaire, comme le prévoit le projet de procédure civile suisse. 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.

Par souci de clarté, l'al. 4 précise explicitement que les actionnaires peuvent demander l'inscription d'une proposition concernant un objet de l'ordre du jour prévu par le conseil d'administration dans la convocation à l'assemblée générale. Les conditions et les modalités d'exercice de ce droit sont identiques à celles prévues pour l'inscription d'un

¹⁵¹ L'actuel art. 699, al. 3, CO fixe des conditions différentes pour la convocation et pour l'inscription d'un objet à l'ordre du jour. La doctrine dominante admet toutefois qu'il s'agit d'une omission du législateur et que, *de lege lata*, les seuils sont les mêmes (par ex. DUBS / TRUFFER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2^e éd., Bâle 2002, art. 699 ch. 12).

objet à l'ordre du jour¹⁵². Cela permet par exemple à un actionnaire de proposer une personne pour l'élection au conseil d'administration.

Pour tenir compte des progrès de l'informatique, à l'art. 700, al. 1, l'avant-projet propose que les sociétés puissent transmettre la convocation à l'assemblée générale ainsi que d'autres documents électroniquement aux actionnaires. 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. Les plus petites sociétés en particulier devraient ainsi pouvoir économiser du temps et de l'argent (cf. ci-dessus ch. 2.4.3).

L'art. 700, al. 2, énonce le contenu obligatoire de la convocation à l'assemblée générale. La structure de cette disposition est modifiée afin de la rendre plus compréhensible. Le ch. 3 précise en outre 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. Enfin, le ch. 4 précise que les sociétés ouvertes au public doivent inscrire le nom et l'adresse du représentant indépendant ainsi que le pourcentage du capital-actions constitué d'actions dispo dans la convocation à l'assemblée générale (cf. ci-dessus ch. 2.2.5 s., 3.1.29). Cette mesure a pour but d'améliorer la transparence au sujet des voix représentées à l'assemblée générale.

L'al. 3 ne connaît que des ajustements terminologiques sans incidence sur le fond.

3.1.38 Art. 701a et 701b: lieu de réunion de l'assemblée générale

A l'art. 701, seule la numérotation du titre marginal (réunion de tous les actionnaires) change.

La réglementation relative au lieu de réunion de l'assemblée générale est entièrement refondue. L'évolution des techniques de communication ouvre en effet de nouvelles perspectives qui nécessitent une modernisation du dispositif légal régissant l'organisation de l'assemblée générale. Certaines grandes sociétés tiennent d'ores et déjà leur assemblée générale en plusieurs endroits simultanément, mais le recours aux médias électroniques dans ce contexte soulève un certain nombre de questions juridiques auxquelles la loi doit apporter des réponses (cf. ci-dessus ch. 2.4 ss).

Selon l'art. 701a, al. 1, le conseil d'administration peut déterminer le lieu où se tient l'assemblée générale, à moins que les statuts n'en disposent autrement. Le lieu de réunion ne doit cependant pas être choisi sciemment de manière à ce qu'une grande partie de l'actionnariat ne puisse participer à l'assemblée générale, sinon les décisions prises pourraient être frappées de nullité (art. 706 CO).

¹⁵² Le principe des propositions individuelles d'actionnaires formulées avant et pendant l'assemblée générale reste acquis. Le conseil d'administration doit toutefois les communiquer durant l'assemblée générale. Le cas échéant, il peut être amené à décider de leur admissibilité (art. 700, al. 3). Il reste aussi possible de voter des propositions qui entrent dans le cadre des objets de l'ordre du jour sans qu'ils aient été annoncés à l'avance (art. 700, al. 4).

Conformément aux al. 2 et 3, l'assemblée générale peut se tenir à plusieurs endroits en parallèle, à condition que les interventions soient retransmises en direct sur tous les sites de réunion par des moyens audiovisuels.

En application de l'al. 4, les statuts ou le conseil d'administration doivent désigner un site de réunion principal. C'est à cet endroit que doivent se trouver la personne qui dirige l'assemblée générale (ch. 1), le réviseur (ch. 2) et l'officier public, si des décisions requérant la forme authentique sont prises (ch. 3).

L'art. 701b introduit la possibilité d'organiser l'assemblée générale à l'étranger en posant comme condition que cela soit prévu dans les statuts ou que tous les propriétaires d'actions ou leurs représentants y consentent¹⁵³. Si l'assemblée générale adopte une disposition statutaire sur la tenue de la réunion à l'étranger, sa décision peut être annulée dans les cas extrêmes où ce choix supprimerait ou limiterait *de facto* le droit de participation des actionnaires (art. 706b, ch. 1, CO).

Lorsque l'assemblée générale se tient à l'étranger et que des décisions requérant la forme authentique sont prises, l'art. 30 ORC s'applique.

3.1.39 Art. 701c, 701d, 701e, 701f: recours aux médias électroniques

L'art. 701c autorise les actionnaires à participer à l'assemblée générale à distance, pour autant que les statuts les y autorisent explicitement. Cette disposition vise en premier lieu la transmission *audiovisuelle* de l'assemblée générale à partir du lieu de réunion, afin que la personne qui ne se trouve pas sur place puisse prendre part activement et directement à la réunion par le biais de l'Internet. Ce recours aux nouvelles technologies de communication devient nécessaire, vu la mondialisation croissante de l'actionnariat des entreprises¹⁵⁴ (cf. ci-dessus ch. 2.4 ss).

Les interventions des actionnaires qui participent à l'assemblée générale à distance doivent être transmises au lieu de réunion en direct, par des médias audiovisuels, mais en vertu de l'art. 701e, il faut aussi s'assurer que l'identité des participants et des intervenants est clairement établie et que le résultat des votes ne peut être falsifié. Ces contrôles sont de la compétence du conseil d'administration qui doit répondre des éventuels préjudices (art. 754 CO).

L'art. 701d permet également d'organiser une *assemblée générale électronique*, purement virtuelle, donc sans lieu de réunion « physique ». Dans ce cas, les conditions prévues à l'art. 701e doivent aussi être réunies. En outre, la tenue d'une assemblée de cette nature suppose, en vertu du ch. 1, que tous les actionnaires ou leurs représentants y consentent. Selon le ch. 2, cette forme d'assemblée générale n'est toutefois pas

¹⁵³ 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. 7 ; cf. ch. 3.1.40).

¹⁵⁴ RUFFNER MARKUS, Reformbedarf des Aktienrechts – eine „Law and Economics“ – Perspektive in: RSJ 2005, pp. 253 ss, 259.

admise lorsque des décisions requérant la forme authentique sont prises (cf. ci-dessus ch. 2.4.6).

Si, pour des raisons techniques, l'assemblée générale ne peut se dérouler conformément aux modalités prévues par la loi ou dans les statuts, l'art. 701f, al. 1, oblige la société à convoquer cette assemblée générale une nouvelle fois. 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 à cet égard sont valides en vertu de l'al. 2, mais sous réserve d'autres dispositions¹⁵⁵.

3.1.40 Art. 702, 703, 704, 706a: déroulement de l'assemblée générale

L'art. 702, al. 2, relatif au contenu du procès-verbal de l'assemblée est modifié au ch. 1 en raison de l'abolition de l'action au porteur et du nouveau régime de la représentation des actionnaires (art. 622 et 689 ss ; cf. ci-dessus ch. 2.2.5, 2.3.5, 3.1.29 ss). Un certain nombre d'adaptations s'imposent également en raison des nouvelles règles concernant le recours aux médias électroniques (art. 701c ss ; cf. ci-dessus ch. 3.1.39). En vertu des ch. 5 et 7, le procès-verbal doit donc contenir des renseignements sur l'utilisation éventuelle de médias électroniques, sur le nombre de votes exprimés par le biais de médias électroniques et sur l'apparition de problèmes techniques durant l'assemblée générale. Enfin, lorsque la société tient une assemblée générale électronique, c'est-à-dire sans lieu de réunion physique, conformément au ch. 6 le procès-verbal doit faire 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 elles ont été posées lors de l'assemblée générale (art. 697, al. 2 ; cf. ci-dessus ch. 3.1.32). Les demandes de renseignements écrits au sens de l'art. 697, al. 1, ne sont pas visées par cette disposition.

Le droit de consultation du procès-verbal de l'assemblée générale n'est pas modifié. En revanche, pour améliorer la transparence l'art. 702, al. 3, prévoit qu'un *procès-verbal de décision* doit être mis à la disposition des actionnaires sous une forme électronique dans les vingt jours suivant l'assemblée, ou leur être expédié s'ils en font la demande. L'envoi de ce procès-verbal peut aussi avoir lieu par courrier électronique. En tout état de cause, les frais sont à la charge de la société.

S'agissant de la modification de l'art. 703 (décisions de l'assemblée générale et majorité requise), cf. ch. 3.1.29.

La liste des décisions requérant une majorité qualifiée, qui fait l'objet de l'art. 704, al. 1, ch. 1 à 9, est réaménagée et complétée en fonction de la systématique de la loi.

Le ch. 4 mentionne la création de la marge de fluctuation du capital ou de la réduction conditionnelle du capital proposée en alternative (art. 653r ss.; cf. ci-dessus ch. 2.3.2,

¹⁵⁵ Bien entendu, ces décisions peuvent aussi être attaquées en justice en vertu de l'art. 706 CO.

3.1.18 ss [variante II : art. 653s s. ; cf. ci-dessus ch. 2.3.3, ci-dessous ch. 3.16 ss]). La terminologie du ch. 5 (actuel ch. 3) est adaptée. Le nouveau ch. 7 exige en outre la majorité qualifiée pour l'adoption d'une disposition statutaire sur la tenue de l'assemblée générale à l'étranger (art. 701b).

L'art. 704, al. 2, précise que toute disposition statutaire qui requiert la majorité qualifiée pour prendre certaines décisions ne peut être supprimée qu'à la majorité qualifiée. Si non, certaines stipulations des statuts requérant une majorité qualifiée afin de protéger les actionnaires minoritaires pourraient être abrogée à la majorité simple. La difficulté de lever certaines dispositions requérant un quorum statutaire peut cependant entraîner leur « pétrification ». Dans les sociétés ouvertes au public qui ont un volume important d'actions dispo, il existe un risque majeur que les clauses statutaires en question ne puissent *de facto* plus être modifiées (cf. ci-dessus ch. 2.2.6). Dans ce cas, il appartient au tribunal d'annuler la clause visée¹⁵⁶.

Les art. 704, al. 3, et 706a, al. 2, connaissent des ajustements terminologiques sans incidence sur le fond.

L'art. 706a, al. 3, est abrogé, la question de la répartition des frais de procédure devant être réglée dans la future procédure civile suisse.

3.1.41 Art. 707 et 710: éligibilité, durée du mandat et indépendance des membres du conseil d'administration

Ces dernières années, les rémunérations parfois très élevées des administrateurs de sociétés cotées en bourse ont fait l'objet de nombreuses critiques. Dans ce contexte, les nouvelles règles de transparence ont pour but d'améliorer l'information de l'actionnariat au sujet des indemnités versées à la haute direction (cf. ci-dessus ch. 2.2.2, 3.1.33).

L'obligation de publicité n'exerce cependant aucune d'influence directe sur le mode de fixation des rémunérations. Dans les faits, il arrive souvent que les mêmes personnes siègent ensemble dans le conseil d'administration de plusieurs sociétés cotées et puissent ainsi influencer sur le montant de leurs indemnités réciproques. C'est pour éviter cela que l'art. 707, al. 3, exige du conseil d'administration qu'il prenne des mesures afin d'exclure toute possibilité que ses membres puissent influencer réciproquement sur le montant de leurs indemnités. Il s'agit en particulier d'empêcher une participation croisée dans les comités des rémunérations des entreprises concernées. Cette prescription contribue considérablement à garantir l'indépendance des membres du conseil d'administration (cf. ci-dessus ch. 2.2.7). Au surplus, l'art. 717a s'applique en cas de conflit d'intérêts (cf. ci-dessous ch. 3.1.42).

Aucune disposition parallèle n'est prévue pour les sociétés anonymes privées, car dans ces entreprises l'appartenance à une famille peut être un critère décisif dans la nomination des membres de la haute direction. De plus ces sociétés n'ont souvent pas de co-

¹⁵⁶ A cet égard voir l'ATF 117 II 290 ss, 314 s., prononcé sous l'ancien droit de la société anonyme.

mité des rémunérations, surtout celles de petite taille, et par conséquent tous les membres du conseil sont associés au processus de fixation des indemnités. On ne pourrait par exemple pas interdire à une entreprise familiale composée de plusieurs sociétés de placer les mêmes membres de la famille dans les différents conseils d'administration.

La nouvelle durée du mandat des membres du conseil d'administration fixée à l'art. 710, al. 1, apporte également une contribution majeure dans l'optique du gouvernement d'entreprise (cf. ci-dessus ch. 2.2.7). Selon cette disposition, le conseil d'administration doit être réélu chaque année par l'assemblée générale, chaque membre devant être élu individuellement. Une élection groupée, *in corpore*, est donc exclue. Par contre, les membres du conseil demeurent rééligibles (art. 710, al. 2, CO). De cette manière, les actionnaires peuvent « évaluer » annuellement la prestation individuelle de chaque membre du conseil d'administration.

3.1.42 Art. 716a, 716b, 717a: attributions, gestion et conflits d'intérêts

La modification du titre marginal de l'art. 716a ne concerne que le texte français. Il s'agit de corriger une erreur de traduction survenue en 1991. Le terme allemand « unübertragbar » doit être traduit par « intransmissible » et non par « inaliénable ». Quant aux modifications prévues à l'al. 1, ch. 3 et 7, elles sont de nature purement terminologique. En particulier, « contrôle financier » est remplacé par l'expression « contrôle interne » beaucoup plus courante dans la pratique.

L'art. 716b, al. 2, sur le règlement d'organisation est restructuré et reçoit quelques compléments matériels. L'organisation de la gestion interne et les éventuels comités du conseil d'administration doivent ainsi être décrits dans le règlement d'organisation de l'entreprise en vertu du ch. 1. En vertu du ch. 4, ce document doit aussi énumérer tous les actes importants qui nécessitent l'approbation du conseil d'administration.

Si un actionnaire le lui demande, le conseil d'administration doit le renseigner par écrit au sujet de l'organisation de la gestion. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un intérêt particulier. En vertu de l'al. 4, les créanciers ont le même droit à l'information, mais ils doivent *rendre vraisemblable* l'existence d'un intérêt digne de protection.

L'avant-projet apporte une grande contribution au bon gouvernement d'entreprise en réglant la question des conflits d'intérêts (cf. ci-dessus ch. 2.2.7). En l'absence de règles spécifiques dans le droit en vigueur, les acteurs se réfèrent actuellement aux dispositions sur l'obligation de fidélité des membres du conseil d'administration (art. 717, al. 1, CO) pour résoudre ce type de problèmes.

L'art. 717a, al. 1, prévoit explicitement que les membres du conseil d'administration et de la direction doivent informer le président du conseil d'administration immédiatement et intégralement lorsqu'un conflit d'intérêts surgit. Ensuite, en vertu de l'al. 2, le conseil

d'administration est tenu de prendre les mesures nécessaires afin de sauvegarder les intérêts de la société¹⁵⁷. Pour des raisons évidentes, l'al. 3 précise que l'administrateur concerné ne peut pas prendre part à la décision sur son éventuelle obligation de récusation.

Les membres des organes qui, par un comportement fautif et contraire à leurs obligations en matière de conflits d'intérêts, causeraient un préjudice à la société devraient en répondre en vertu de l'art. 754 CO. Cette règle de responsabilité s'étend à toutes les personnes ayant la compétence d'agir et qui n'agiraient pas alors qu'elles connaissent l'existence d'un conflit d'intérêts.

3.1.43 Art. 725, 725a, 728c, 729c: avis obligatoire en cas de surendettement

La réglementation relative à la perte de capital et au surendettement de la société est entièrement refondue afin d'en améliorer la compréhension et de l'adapter aux nouvelles règles sur les réserves.

Dans la pratique, les mesures d'assainissement n'ont généralement plus aucune prise dès lors que la moitié de la somme du capital-actions et des réserves n'est plus couverte. La faillite est alors inévitable. 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'al. 2 de l'avant-projet laisse aux entreprises le choix de fixer d'autres paramètres dans leurs statuts afin de durcir les conditions de la loi en matière d'assainissement (par ex. avis obligatoire lorsque le quart de la somme du capital-actions et des réserves n'est plus couvert). En revanche, il leur est interdit d'assouplir les conditions de l'al. 1.

Conformément à l'al. 3, le conseil d'administration ne doit plus seulement établir des bilans intermédiaires à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation s'il suspecte un surendettement de la société. Il doit aussi le faire en cas de *d'insolvabilité imminente*. Ces bilans intermédiaires doivent ensuite être vérifiés par un réviseur agréé. Ces nouvelles règles ont pour but d'inciter le conseil d'administration à agir le plus tôt possible, dans l'intérêt des créanciers de la société.

La 2^e phrase de l'al. 3 précise que, dans le bilan intermédiaire établi à la valeur de liquidation, les valeurs de liquidation ne peuvent être supérieures aux valeurs maximales admises en vertu des principes d'évaluation prévus par la loi que s'il est prévu d'aliéner les biens en question dans les douze mois. Cette approche correspond à la pratique établie.

En vertu de l'al. 5, le conseil d'administration doit aviser le tribunal lorsque les deux bilans intermédiaires indiquent que la société est surendettée ou *insolvable*. Cette extension de l'obligation d'annoncer vise une meilleure protection des créanciers. Il est

¹⁵⁷ Au sujet des mesures à prendre, voir BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, *op. cit.*, pp. 241.

aussi précisé que la société doit informer le tribunal *immédiatement* afin de mettre un terme à une longue controverse entre la doctrine et la pratique quant à savoir si le conseil d'administration a le droit de temporiser pour informer le tribunal et si oui, combien de temps. Le conseil d'administration partage en général la responsabilité pour la situation financière de la société et il est presque naturel qu'il tende à embellir les perspectives de l'entreprise. Il est donc dans l'intérêt de toutes les parties que le tribunal, en tant qu'instance neutre, puisse se déterminer objectivement sur les chances d'un assainissement. Il appartient toutefois au conseil d'administration de l'en convaincre.

Selon l'art. 725b, al. 1, le tribunal peut ajourner la faillite si l'assainissement de la société ou la résorption de son insolvabilité paraît possible. Comme en ont durement fait l'expérience un certain nombre d'entreprises, un report de la faillite par le conseil d'administration ne fait finalement que détériorer la situation des créanciers.

Il reste possible, en vertu de l'art. 725, al. 6, de ne pas aviser le tribunal lorsque des créanciers dont les créances cumulées sont équivalentes au montant du découvert acceptent que leurs créances soient placées à un rang inférieur à celui de 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 s'étend aussi bien au principal qu'aux intérêts et reste acquis aussi longtemps que la société est surendettée¹⁵⁸. Pour l'entreprise, l'ajournement entraîne l'interdiction de rémunérer et d'amortir la dette. Seul un ajournement effectué dans ces conditions peut améliorer le statut des autres créanciers et l'assise financière de la société. Il est encore précisé que le bilan intermédiaire établi à la valeur d'exploitation (al. 5) sert de référence pour déterminer l'ampleur de l'insuffisance de l'actif.

L'al. 3 P CO ajouté à l'art. 725 CO dans le cadre d'autres révisions du droit des obligations (droit de la Srl et droit de la révision¹⁵⁹), qui concerne l'obligation d'annoncer incombant à l'organe de révision, est déplacé à l'art. 725, al. 4. Cette disposition précise en outre que l'organe de révision qui vérifie les bilans intermédiaires en vertu de l'art. 725, al. 3, a les mêmes obligations d'annoncer que dans le cadre de la révision des comptes annuels.

Les art. 728c, al. 3, et 729c obligent l'organe de révision à aviser le tribunal sans délai s'il constate que la société est manifestement surendettée ou insolvable et que le

¹⁵⁸ Une compensation est également exclue dans les mêmes termes.

¹⁵⁹ Cf. 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 ; 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.

¹⁶⁰ 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.

conseil d'administration se soustrait à son obligation d'aviser le tribunal. Il faut rappeler à cet endroit que le conseil d'administration ne dispose d'aucune marge d'appréciation quant à un éventuel assainissement. Cette appréciation appartient en effet au juge. Si le réviseur ne remplit pas cette obligation, il risque de devoir répondre solidairement des conséquences du report de la faillite par le conseil d'administration.

3.1.44 Art. 728a, 728b, 731: attributions de l'organe de révision et rapport de révision

L'art. 728a P CO introduit par le projet de réforme du droit de la révision¹⁶⁰, qui redéfinit l'obligation de révision, est repris pratiquement tel quel dans l'avant-projet.

Dans l'al. 1, ch. 1, la référence aux comptes de groupe est toutefois supprimée puisque, en vertu du nouvel art. 962a, al. 2, en relation avec l'art. 963c, la société peut faire contrôler ses comptes consolidés, au choix, par l'organe de révision ou par un autre réviseur, sur la base d'un mandat distinct (cf. ci-dessous ch. 3.10.10 s.).

Le renvoi au référentiel comptable est également supprimé puisque, toujours selon l'art. 962a, la société peut faire contrôler les comptes annuels établis selon un référentiel comptable par l'organe de révision ou par un autre réviseur (art. 728a, al. 1, ch. 1, art. 962a, al. 3 ; cf. ci-dessous ch. 3.10.10).

L'art. 728b qui régit le rapport de révision doit être adapté à ces nouvelles conditions juridiques. Les art. 728b, al. 2, ch. 4, et 731, al. 1 et 3 (approbation des comptes) doivent aussi être adaptés en fonction de ces nouvelles règles.

3.1.45 Art. 728c, 729c, 731: avis obligatoires de l'organe de révision, rapport de révision

A ce sujet, cf. ci-dessus les ch. 3.1.43 s.

3.1.46 Art. 732 à 735: réduction ordinaire du capital

Les art. 732 à 735 CO relatifs à la réduction du capital sont entièrement révisés et déplacés pour des raisons systématiques (cf. ci-dessus ch. 3.1.15 ss).

3.1.47 Art. 736: dissolution de la société

Le seuil actuel requis à l'art. 736, ch. 4, pour agir en dissolution de la société est abaissé et, en outre, des seuils alternatifs sont prévus dans le cadre des efforts mis en œuvre pour améliorer le statut des actionnaires minoritaires et la création d'un concept unitaire de protection des minorités. Selon l'avant-projet, peuvent requérir la dissolution de la société pour de justes motifs des actionnaires représentant au moins 5 % du capital-actions, 5 % des voix ou des actions totalisant une valeur nominale de 1 million de

francs (art. 736, ch. 4 ; cf. ci-dessus ch. 2.2.3). Contrairement à la réglementation retenue pour l'examen spécial (cf. ci-dessus ch. 3.1.34), l'avant-projet renonce au critère de la valeur boursière, car les actionnaires des sociétés ouvertes au public aliènent toujours leurs participations et peuvent ainsi sortir de la société (cf. ci-dessous).

Il est important de relever que le tribunal peut proposer une autre solution que la dissolution de la société, pour autant qu'elle soit adaptée aux circonstances et acceptable pour toutes les parties. La première possibilité à laquelle il faut penser est le rachat des parts des plaignants. Dans les sociétés anonymes privées, en particulier, les actionnaires minoritaires n'ont souvent aucune possibilité d'aliéner leurs parts car il n'existe pas de marché pour ce type d'actions. Le droit de requérir la dissolution de la société revêt donc une fonction centrale dans le cadre de la protection de ces personnes dans la mesure où il constitue pour eux la seule porte de sortie. Dans ce contexte, l'action en dissolution introduite par les actionnaires minoritaires des petites sociétés anonymes a donc plutôt valeur d'action « en sortie » de la société pour de justes motifs.

La nouvelle réglementation concernant l'acquisition par la société de ses propres actions doit être mise en relation avec la modification de l'art. 736. En effet, parallèlement à l'abaissement du seuil d'accès à l'action en dissolution, la fraction du capital-actions que la société peut racheter a été relevée à 20 % si l'achat des propres titres a lieu en rapport avec une action en dissolution (art. 659, al. 2 ; cf. ci-dessus ch. 3.1.23).

3.1.48 Art. 755, 756, 759: responsabilité des organes

L'art. 755 sur la responsabilité des collectivités publiques pour les personnes effectuant des révisions en leur qualité de membres d'une autorité de contrôle des finances a été adopté dans le cadre de la réforme de l'obligation de révision¹⁶¹. Pour unifier la terminologie avec celle du droit du travail, le terme « collaborateurs » est remplacé par « travailleurs » (art. 755, al. 2).

L'art. 756, al. 2, relatif à la répartition des frais de l'action en responsabilité est abrogé, cette matière devant être réglée dans le cadre du projet de procédure civile suisse.

Les développements de ces dernières années ont montré que la réglementation actuelle sur la responsabilité des réviseurs n'était pas entièrement satisfaisante (cf. ci-dessus ch. 2.2.8). La responsabilité pour la gestion de l'entreprise incombe au conseil d'administration, mais en cas de débâcle l'organe de révision est fréquemment mis en cause pour des sommes importantes en raison de sa responsabilité solidaire, alors qu'on ne peut le plus souvent lui reprocher qu'une faute légère. La responsabilité solidaire des organes implique que le lésé peut rechercher chaque responsable en paiement de la totalité du dommage. Lors de la révision du droit de la société anonyme de 1991, le législateur avait prévu que le tribunal puisse apprécier la responsabilité solidaire des organes de manière différenciée, en tenant compte de la faute et de toutes

¹⁶¹ Cf. 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.

les circonstances (art. 759 en relation avec l'art. 43, al. 1, CO). Cette réglementation manque cependant de clarté et n'est pas suffisamment concrète. D'ailleurs, à ce jour aucun tribunal n'a eu à interpréter cette « solidarité différenciée ». Dans les faits, l'organe de révision est généralement le premier recherché en paiement, tout simplement parce qu'il est plus solvable que les membres du conseil d'administration. L'organe de révision dispose bien d'un droit de recours contre les autres organes, mais la plupart du temps il ne peut l'exercer car les autres responsables ne disposent pas de ressources suffisantes.

En outre, pour des questions commerciales évidentes, les entreprises de révisions sont souvent acculées à devoir transiger pour éviter une longue procédure judiciaire alors que leur responsabilité n'est pas juridiquement établie. Elles éprouvent aussi de plus en plus de difficultés à assurer convenablement les risques de responsabilité découlant du droit de la société anonyme. Certaines actions en dédommagement portant sur des sommes très importantes pourraient donc les mettre en péril, quand bien même on ne leur reprocherait qu'une faute légère.

Pour pallier ce déséquilibre, l'art. 759, al. 1^{bis}, propose de limiter le montant de la responsabilité solidaire de l'entreprise de révision en cas de *faute légère* des personnes qui ont exécuté le contrôle. D'autres pays européens (Allemagne, Autriche) ont déjà adopté une réglementation similaire. Le montant limite n'est pas le même si la société soumise au contrôle est une société anonyme privée ou une société cotée, voire d'une certaine importance économique au sens de l'art. 725 P CO (projet de réforme du droit de la révision¹⁶² ; cf. ci-dessus ch. 2.2.8).

Ce traitement différencié se justifie dans la mesure où, généralement, le montant du dommage est considérablement plus élevé dans le cadre de la révision d'une société ouverte au public ou d'une entreprise d'une certaine importance économique non cotée, que dans les autres sociétés anonymes. Si la société contrôlée est une grande entreprise, le montant maximal en responsabilité est fixé à 25 millions de francs, ce qui est nettement plus que la responsabilité maximale en vigueur dans les autres pays européens (en Allemagne par exemple, elle s'élève à 8 millions d'euros). En revanche, s'il s'agit d'une PME un montant maximal de 10 millions de francs paraît approprié.

3.2 Du contrat de travail individuel

3.2.1 Art. 322a: participation au résultat de l'exploitation

Induite par la réforme du droit comptable, la modification de l'al. 3 est de nature terminologique uniquement (« compte de résultat » en lieu et place de « compte de profits et pertes » ; cf. ci-dessus ch. 2.5 ss, ci-dessous ch. 3.10 ss).

¹⁶² Cf. 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.

3.3 De la société en nom collectif

3.3.1 Art. 558 et 559: bénéfices et pertes

Les dispositions doivent être adaptées au nouveau droit comptable sur le plan terminologique (emploi des notions de « comptes annuels » et de « rapport de gestion » ; art. 558, al. 1, art. 559, al. 2 et 3 ; cf. ci-dessus ch. 2.5 ss, ci-dessous 3.10 ss).

3.4 De la société en commandite

3.4.1 Art. 600 et 611: situation du commanditaire, paiement d'intérêts et de bénéfices

Les modifications se rapportant à ces deux articles sont elles-aussi d'ordre purement terminologique (introduction des termes « compte de résultat », « livres », « pièces comptables » etc.; art. 600, al. 3 ; art. 611, al. 2 ; cf. ci-dessus ch. 2.5 ss, ci-dessous 3.10 ss).

3.5 De la société en commandite par actions

3.5.1 Art. 765: inscription des membres de l'administration dans le registre du commerce

L'avant-projet prévoit expressément que la nationalité des administrateurs étrangers ainsi que des étrangers autorisés à représenter la société doit être inscrite dans le registre du commerce (art. 765, al. 2).

3.6 De la société à responsabilité limitée

3.6.1 Art. 791: inscription dans le registre du commerce

A l'instar de leurs homologues de la société en commandite par actions, les associés étrangers de la Srl doivent être inscrits dans le registre du commerce avec indication de leur *nationalité* (art. 791, al. 1 ; cf. ci-dessus ch. 3.5.1).

3.6.2 Art. 801: réserves

Selon l'art. 801, les dispositions du droit de la société anonyme concernant les réserves s'appliquent par analogie à la Srl (cf. ci-dessus ch. 3.1.25).

3.6.3 Art. 802: droit aux renseignements et à la consultation

Seul le texte allemand est adapté.

3.6.4 Art. 804: attributions de l'assemblée des associés

Les attributions de l'assemblée des associés ont déjà été intégralement revues dans le cadre de la réforme du droit de la société à responsabilité limitée¹⁶³. Le droit comptable ayant été révisé, de petites adaptations sont toutefois nécessaires : étant donné qu'il est désormais possible de confier la révision des comptes consolidés, au choix, à l'organe de révision ou à un autre réviseur (art. 962a, al. 4), il n'est en effet plus nécessaire de mentionner le réviseur des comptes de groupe (art. 804, al. 2, ch. 3 et 4 ; cf. ci-dessus ch. 3.1.44, ci-dessous ch. 3.10 ss).

3.6.5 Art. 820: perte de capital, surendettement et insolvabilité

En ce qui concerne les avis obligatoires en cas de perte de capital et de surendettement mais aussi, selon l'avant-projet, d'insolvabilité, l'al. 1 renvoie aux dispositions du droit de la société anonyme (art. 725 ss; cf. ci-dessus ch. 3.1.43 ss). Les modifications de l'al. 2 sont de nature linguistique uniquement.

3.7 De la société coopérative

3.7.1 Art. 856, 857, 858: droit de contrôle des associés

En raison de la réforme du droit comptable, la terminologie de la disposition se rapportant à la communication du compte d'exploitation et du bilan doit être modifiée (art. 856 et 857, al. 1). La notion de « rapport de gestion » fait désormais son apparition (cf. ci-dessus ch. 2.5 ss, ci-dessous ch. 3.10 ss).

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 (art. 697^{quater} et 697^{quinquies}). Lorsque ces dernières comptent plus de 2000 membres, l'art. 857, al. 2, exige qu'elles publient cette information dans l'annexe au bilan, au même titre que les sociétés ouvertes au public. En ce qui concerne les autres sociétés coopératives, tout associé peut demander des renseignements à ce sujet (art. 856, al. 1 ; cf. ci-dessus ch. 2.2.2, 3.1.33, ci-dessous ch. 3.10.3).

Avec la réforme proposée du droit comptable, l'art. 858 devient sans objet et peut être abrogé (cf. ci-dessus ch. 2.5 ss, ci-dessous ch. 3.10 ss).

3.7.2 Art. 879: pouvoirs de l'assemblée générale

La disposition concernant les pouvoirs de l'assemblée générale doit être adaptée, sur le plan terminologique, aux nouvelles prescriptions sur le droit comptable (« comptes annuels » au lieu de « compte d'exploitation »; « utilisation du bénéfice résultant du

¹⁶³ Cf. 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.

bilan » en lieu et place de « répartition de l'excédent actif »; art. 879, al. 2, ch. 3; cf. ci-dessus ch. 2.5 ss, ci-dessous ch. 3.10 ss).

La modification du titre marginal ne concerne que le texte français. Il s'agit de corriger une erreur de traduction ; le terme allemand « unübertragbar » doit être traduit par « intransmissible » et non par « inaliénable ». La même rectification a déjà été faite dans le droit de la Sàrl et est proposée pour la société anonyme dans le cadre de la présente révision (cf. ci-dessus ch. 3.1.42).

3.7.3 Art. 902 et 903: obligations de l'administration

En raison de l'harmonisation de la terminologie du droit comptable, à l'art. 902, al. 3, les expressions « compte d'exploitation » et « bilan annuel » sont remplacées par le terme « rapport de gestion » (cf. ci-dessus ch. 2.5 ss, ci-dessous ch. 3.10 ss).

Les dispositions du droit de la société anonyme sur l'avis obligatoire en cas de perte de capital, de surendettement et d'insolvabilité ainsi que sur l'ouverture et l'ajournement de la faillite s'appliquent par analogie à la société coopérative en vertu de l'art. 903, al. 1. La situation des sociétés anonymes et des sociétés coopératives étant similaire dans ce domaine, l'adaptation du droit de la société coopérative au droit de la société anonyme se justifie.

L'art. 903, al. 2, précise en outre que le tribunal 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. Une révision totale a déjà permis d'harmoniser le droit de la Sàrl avec les dispositions du droit de la société anonyme concernant la perte de capital (art. 820 P CO)¹⁶⁴. Sur le fond, il est indispensable d'adapter les dispositions correspondantes du droit de la société coopérative.

3.8 Du registre du commerce

3.8.1 Art. 928 et 928a: publicité

Le nouvel art. 928 régit la publicité du registre du commerce (les dispositions sur la responsabilité contenues actuellement dans l'art. 928 CO sont déplacées à l'art. 929). L'étendue de la publicité du registre du commerce ne change pas. En vertu de l'al. 1, les inscriptions¹⁶⁵, les réquisitions d'inscription et les pièces justificatives sont librement accessibles au public.

¹⁶⁴ Cf. 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, 3016 s.

¹⁶⁵ Dans le droit actuel, la publicité des inscriptions n'est pas explicite (art. 930 CO), mais elle découle indirectement d'autres dispositions.

L'al. 2 institue une possibilité de consultation électronique gratuite des inscriptions, des statuts et des actes de fondation afin d'améliorer la transparence (cf. ci-dessus ch. 2.2.4). Conformément à l'al. 3, il appartient au Conseil fédéral de définir les modalités de la publicité et de la publication. L'al. 4 précise encore explicitement que la recherche électronique dans les inscriptions sur la base de critères spécifiques est autorisée. On peut penser à la recherche en fonction de critères personnels ou du siège de la société par exemple. Aujourd'hui déjà, un certain nombre de cantons autorisent la consultation de leur registre du commerce selon des critères personnels. Ce mode de recherche facilite la tâche des créanciers mais aussi des partenaires commerciaux (cf. ci-dessus ch. 2.2.4). En vertu de l'al. 5, les données publiées électroniquement ne déploient aucun effet juridique. Elles n'engagent donc pas la responsabilité des autorités du registre du commerce. La publication de l'inscription dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC), qui est actuellement déterminante, le reste avec l'avant-projet (art. 928a, al. 1, 932, al. 2).

L'art. 928a sur la FOSC (actuel art. 931 CO) est *entièrement refondu* mais une partie des modifications sont purement *formelles*. Le nouvel al. 2 prescrit que les inscriptions portées au journal doivent être publiées dans la FOSC dans les deux jours qui suivent leur approbation par l'Office fédéral du registre du commerce¹⁶⁶. Le Conseil fédéral peut aussi prescrire une publication seulement partielle. Le court laps de temps prévu entre l'approbation de l'inscription et sa publication est rendue possible par l'*informatisation* des registres. L'accélération du processus de publication des inscriptions du registre du commerce est dans l'intérêt de l'économie.

La compétence actuelle du Conseil fédéral d'édicter des prescriptions sur les autres formes de publication ne change pas fondamentalement, mais l'al. 3 la précise.

3.8.2 Art. 929: responsabilité des autorités du registre du commerce

L'art. 929 *redéfinit les règles* de la responsabilité des autorités du registre du commerce (actuel art. 928). L'avant 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 de notre temps. En effet, la conception moderne de la responsabilité des collectivités publiques comporte une *responsabilité primaire et causale de l'État* (en lieu et place de la responsabilité pour faute du fonctionnaire). Ce modèle est déjà appliqué aux autres registres régis par le droit privé fédéral (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.

¹⁶⁶ Une disposition analogue doit déjà entrer en vigueur dans le cadre de la révision de l'ORC (révision du droit de la Sàrl).

Les cantons peuvent aussi édicter des règles en matière de recours interne de la collectivité publique.

La prescription 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 responsabilité de la Confédération¹⁶⁷, comme c'est déjà le cas dans le droit en vigueur.

3.8.3 Art. 929a CO, 930, 930a: compétence réglementaire et émoluments

Les compétences réglementaires du Conseil fédéral sont déplacées. L'art. 930, al. 1, correspond ainsi à l'art. 929, al. 1, P CO (révision du droit de la Sàrl¹⁶⁸).

Conformément à l'art. 930, al. 2, (actuel art. 929, al. 2, CO), la compétence en matière de fixation des émoluments reste du ressort du Conseil fédéral. Le montant des émoluments doit être fixé proportionnellement à l'importance économique des entreprises, sans changement par rapport au droit actuel.

La délégation de compétence au Conseil fédéral en matière de tenue informatisée du registre du commerce est reprise telle quelle mais elle est déplacée de l'art. 929a CO à l'art. 930a.

3.8.4 Art. 931 et 931a: inscriptions

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, al. 1, ORC). Or il s'agit d'une norme de droit dont la portée justifie la 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'inscription¹⁶⁹. La réquisition d'inscription ne peut être considérée comme valablement déposée que lorsqu'elle a été remise à l'office du registre du commerce avec toutes les pièces justificatives exigées, étant entendu que la réquisition elle-même et les pièces justificatives satisfont aux exigences légales. Ces règles sont cruciales pour les inscriptions qui doivent être faites dans un délai légal (par ex. en cas

¹⁶⁷ Art. 3, al. 1, de la loi fédérale du 14 mai 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (loi sur la responsabilité, LRCE ; RS 170.32).

¹⁶⁸ Cf. 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.

¹⁶⁹ Cf. ATF 69 I 51 ss, 54.

d'augmentation ou de réduction du capital, art. 650, al. 3, et 653n, al. 3 ; cf. ci-dessus ch. 3.1.7, 3.1.16).

3.8.5 Art. 932, 933, 934: effets de l'inscription

Les dispositions actuelles sur le début et les effets de l'inscription (art. 932 et 933), ainsi que sur le droit ou l'obligation d'inscrire les raisons de commerce (art. 934) demeurent inchangées. Seule la numérotation des titres marginaux change. Le texte allemand est par ailleurs adapté du point de vue terminologique.

3.8.6 Art. 941 et 943: inscription d'office et amendes d'ordre

L'inscription d'office est réglée de façon plus précise. L'art. 941, al. 1, reprend la norme de base du droit actuel sans changement matériel, mais à l'al. 2, ch. 1 et 2, la loi autorise explicitement le Conseil fédéral à imposer aux autorités et aux tribunaux de communiquer certains faits et renseignements aux offices du registre du commerce sans que ces derniers ne les sollicitent, autrement dit d'office, si ces informations sont nécessaires en vue d'une inscription dans le registre. L'institution d'une obligation de communiquer certains faits d'importance à l'office du registre du commerce a pour but de garantir l'actualité et l'exactitude des inscriptions qui figurent dans le registre. Ce dernier ne peut remplir sa fonction première, qui est la publicité des faits juridiques et économiques essentiels concernant les entreprises, que si les informations sont portées à la connaissance des autorités du registre du commerce.

L'art. 943, al. 1, concernant les amendes d'ordre infligées en cas de non-respect de l'obligation de requérir une inscription dans le registre du commerce est abrogé. L'avant-projet reformule cette infraction et l'intègre dans le code pénal comme contravention (art. 326^{quinquies} ; cf. ci-dessous ch. 15.1).

L'actuel al. 2 doit aussi être abrogé car il s'agit d'une omission du législateur. En effet, la révision du droit de la société anonyme de 1991 avait supprimé l'obligation de déposer le compte de profits et pertes ainsi que le bilan à l'office du registre du commerce, mais la sanction était restée dans la loi.

3.8.7 Art. 943a: responsabilité pour le paiement des émoluments

L'art. 943a codifie la pratique du Tribunal fédéral¹⁷⁰ qui est déjà prise en considération dans l'ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce¹⁷¹. 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 non seulement au sujet de droit qui fait l'objet de l'inscription, mais aussi aux notaires, avocats et fiduciaires impliqués. De plus, en vertu de l'al. 2, les membres de la haute direction qui

¹⁷⁰ ATF 115 II 93 ss, 94 s.

¹⁷¹ Art. 21, al. 1, de l'ordonnance du 3 décembre 1954 sur les émoluments en matière de registre du commerce (RS 221.411.1).

quittent leur fonction répondent encore solidairement des émoluments et des frais pendant un an à compter de leur radiation du registre du commerce.

En revanche, 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.

3.9 Des raisons de commerce

3.9.1 Art. 944, 947 et 956: formation des raisons de commerce

L'avant-projet libéralise le droit des raisons de commerce. Sous réserve des exigences légales quant au contenu de la raison de commerce de certaines formes de droit, l'art. 944, al. 2, autorise en effet les raisons de commerce composées uniquement de désignations génériques. Selon l'avant-projet, l'inscription d'une société anonyme sous la raison de commerce *Transport de bois SA* serait par exemple autorisée.

Etant donné que les désignations purement génériques ne peuvent être monopolisées, une telle raison de commerce ne bénéficierait d'aucune protection à l'égard d'entités similaires qui s'inscriraient dans le registre du commerce ultérieurement. L'art. 956, al. 2, contient d'ailleurs une réserve à ce sujet. Si la raison de commerce « Transport de bois SA » est inscrite dans le registre du commerce, l'entreprise n'a pas le droit¹⁷² d'intenter une action en justice contre une société portant la raison de commerce « Transport de bois B SA »¹⁷³. La libéralisation n'affecte pas que la protection des raisons de commerce mais également, de manière indirecte, les dispositions concernant la concurrence déloyale. Or, comme le droit de la concurrence ne peut éluder le droit des raisons de commerce, une décision sur l'existence d'un danger de confusion (dû par ex. à une marque plus récente) doit tenir compte d'une protection minimale des raisons de commerce lorsqu'elles contiennent des désignations génériques¹⁷⁴.

A l'opposé, les raisons de commerce qui contiennent un nom de fantaisie bénéficient d'une protection légale plus étendue et peuvent ainsi se défendre avec succès, dans le cadre d'un procès civil, contre l'inscription ultérieure de raisons similaires.

¹⁷² Restent évidemment réservés les principes fondamentaux du droit des raisons de commerce, à savoir la véracité des informations, l'interdiction de la tromperie et la prééminence des intérêts publics (art. 944, al. 1).

¹⁷³ En ce qui concerne l'adjonction de la forme juridique à la raison de commerce, le nouveau droit de la Srl exige que les sociétés anonymes et les sociétés coopératives ajoutent *l'indication de la forme juridique* à leur raison de commerce, au même titre que les Srl. Aucune société ne peut dès lors utiliser une raison de commerce constituée exclusivement d'une ou de plusieurs désignations génériques. La mention de la forme juridique de l'entreprise doit obligatoirement faire partie de la raison de commerce. Voir à cet effet l'art. 950 P CO du 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, 3037 s.

¹⁷⁴ Art. 3, let. d, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241).

La possibilité d'inscrire simultanément dans le registre du commerce deux raisons identiques reste, elle, exclue. Cette interdiction découle du droit coutumier et indirectement de l'art. 651, alinéa 2, CO. Les raisons de commerce exclusivement constituées de désignations génériques bénéficient par conséquent d'une protection minimale, dans la mesure où l'inscription d'une raison de commerce identique est exclue.

L'assouplissement prévu du droit des raisons de commerce répond à un besoin clairement exprimé dans la pratique actuelle. La marge de manœuvre des sociétés doit être suffisamment grande pour leur permettre de créer leur raison de commerce et les fondateurs devraient être libres de décider de l'importance qu'ils comptent accorder à la protection de leur raison de commerce. S'ils choisissent une raison de commerce constituée d'une désignation générique, ils se contentent d'une protection limitée ou y renoncent entièrement.

En autorisant les raisons contenant des désignations purement génériques, le législateur se dissocie volontairement du droit des marques. Lors de la création d'une entreprise, la raison de commerce doit être inscrite dans le registre du commerce même si ses fondateurs n'accordent aucune importance à la protection du signe.. A l'opposé, le dépôt d'une marque se fait précisément dans le but d'obtenir un droit d'exclusivité qui permet d'interdire à d'autres entreprises d'utiliser un signe ressemblant dans leurs relations commerciales. Dans ce contexte, la bonne attitude consiste à accorder une plus grande importance au caractère distinctif du signe lors de l'enregistrement de la marque et, partant, à refuser aux signes appartenant au domaine public l'inscription sous forme de marque. Une raison de commerce uniquement constituée de désignations génériques ne pourra donc pas être déposée comme marque. Il ne suffit pas que la raison de commerce s'impose. Pour bénéficier de la protection du droit des marques, il faut que la raison de commerce se soit non seulement imposée comme telle mais également comme une marque pour les produits et les services de l'entreprise (art. 2, let. a, de la loi sur la protection des marques¹⁷⁵). En d'autres termes, elle doit s'être imposée comme un emblème déposé, le cas échéant sans référence à la forme juridique. Enfin, l'enregistrement est totalement impossible pour les signes qui doivent impérativement rester disponibles.

La compétence du 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 biffée. L'ordonnance correspondante ayant été abrogée il y a quelques années, cette disposition n'a plus aucun sens.

L'art. 947, al. 5, veille à ce que la raison de commerce d'une société en commandite par actions soit modifiée lorsqu'elle contient le nom d'un membre de l'administration 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

¹⁷⁵ 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).

nommément dans la raison de commerce. L'ordonnance sur le registre du commerce contient une disposition à ce sujet (art. 87, al. 2).

3.10 De la comptabilité commerciale

3.10.1 Art. 957 et 957a: obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes

Au même titre que le droit en vigueur, l'avant-projet lie l'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes à l'obligation de requérir l'inscription de la société dans le registre du commerce, indépendamment de sa forme juridique (cf. ci-dessus ch. 2.5.2). Par conséquent, toutes les entreprises individuelles, les sociétés de personnes et les personnes morales sont en principe obligées de tenir une comptabilité et de présenter des comptes, y compris les associations et les fondations qui sont aussi des personnes morales. Pour des questions de simplification, l'avant-projet utilise le terme générique « entreprise ».

Les entreprises individuelles (cf. art. 52 ss ORC), les associations (cf. art. 61 s. 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 répertorie uniquement les recettes et les dépenses et rend compte du patrimoine (en termes populaires c'est le carnet du lait). Leur inscription dans le registre du commerce sur une base volontaire n'a aucun effet sur l'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes.

Selon l'art. 957, al. 3, les dispositions plus strictes arrêtées dans la législation spéciale, par exemple dans les domaines des banques et des assurances, sont réservées. En revanche, les nouvelles dispositions sur la comptabilité et la présentation des comptes s'appliquent en lieu et place des exigences moins sévères par dérogation.

Par dispositions « plus strictes » de la législation spéciale, il faut entendre, par exemple, les prescriptions plus détaillées concernant la structure des comptes (cf. art. 959a, 959b et 959c ainsi que 961, al. 2 ; cf. ci-dessous ch. 3.10.4 ss, 3.10.9) ou celles qui restreignent la marge de manœuvre de l'entreprise en matière d'évaluation ou d'amortissement par rapport à ce que prévoit l'avant-projet. La méthode linéaire d'amortissement des coûts (*amortized cost-method*) couramment utilisée dans le domaine des assurances est un bon exemple de prescription d'évaluation plus stricte¹⁷⁶. Elle exige en effet que les titres à intérêt fixe qui sont libellés dans une monnaie donnée et qui sont remboursables à une date déterminée ou d'après un plan d'amortissement, figurent dans le bilan à la valeur d'acquisition. De plus, l'amortissement de la prime par rapport à la valeur nominale ne peut se faire en une

¹⁷⁶ Art. 46a de l'ordonnance du 11 septembre 1931 sur la surveillance des institutions d'assurance privées (ordonnance sur la surveillance, OS ; RS 961.05) et art. 29 ss de l'ordonnance du 29 novembre 1993 sur l'assurance directe sur la vie (ordonnance sur l'assurance-vie, OAssV ; RS 961.611). Le droit prudentiel est actuellement en révision. Les bases juridiques de la méthode linéaire d'amortissement des coûts seront vraisemblablement contenues dans la version révisée de l'ordonnance sur la surveillance à partir du 1^{er} janvier 2006.

seule fois (ce qui serait possible d'après l'avant-projet) mais il doit être réparti sur toute la durée de vie du titre. Cela signifie aussi que pendant ce temps, l'évolution de la valeur de marché (art. 960b ; cf. ci-dessous ch. 3.10.7) n'a aucune importance.

Les dispositions actuelles de l'art. 957 CO relatives à l'obligation de conservation sont modifiées sur le plan rédactionnel et déplacées à l'art. 958e.

L'art. 957a, al. 1, énonce le principe selon lequel la comptabilité constitue la base de l'établissement des comptes et qu'elle porte sur les transactions et événements qui sont nécessaires à la présentation du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise.

A cet égard, l'avant-projet se limite à formuler quelques principes de base. Il reprend notamment à l'al. 2, ch. 1 à 4, les grands principes régissant l'établissement régulier de la comptabilité qui ont cours dans l'économie. La liste n'est cependant pas exhaustive.

Parmi ces principes, celui de la justification documentée, est expressément maintenu comme principe de l'établissement régulier des comptes. Par pièce comptable il faut entendre tout document susceptible de permettre l'identification de la transaction ou de l'événement à l'origine d'une opération comptable (art. 957a, al. 3 ; au sujet du devoir de conservation des pièces, cf. ci-dessous ch. 3.10.3).

Les al. 4 et 5 précisent que la comptabilité doit être adaptée à la nature et à la taille de l'entreprise et qu'elle peut aussi être tenue sous une forme électronique ou par des moyens semblables. Les entreprises doivent en outre tenir les comptes dans l'une des quatre langues nationales, mais les entreprises internationales peuvent aussi (mais uniquement) utiliser la langue anglaise.

3.10.2 Art. 958, 958a, 958b, 958c: présentation des comptes

Sans changement par rapport au droit en vigueur, l'art. 958, al. 2, exige que les comptes soient présentés dans un *rapport de gestion*. Pour les PME, ce dernier se limite cependant aux seuls comptes annuels; un rapport annuel, comme le prévoit le droit actuel de la société anonyme, n'est plus requis. Par contre, l'avant-projet prévoit des exigences supplémentaires pour les grandes entreprises (art. 961 ss ; cf. ci-dessous ch. 3.10.9). Celles qui sont soumises à l'obligation de consolidation (art. 963 ; cf. ci-dessous ch. 3.10.11) doivent inclure leurs comptes consolidés dans le rapport de gestion, comme dans le droit actuel. En revanche, les éventuels comptes établis selon un référentiel comptable (art. 962 ss ; cf. ci-dessous ch. 3.10.10) ne font pas partie du rapport de gestion. Cet aspect est particulièrement important pour la consultation et la publication du rapport de gestion (art. 958d ; cf. ci-dessous ch. 3.10.3).

Toujours selon l'al. 2, les *comptes annuels* se composent de trois parties : le bilan, le compte de résultat ainsi que l'annexe aux comptes (pour le contenu cf. art. 959c et 961, al. 2 ; cf. ci-dessous ch. 3.10.6, 3.10.9). Dans la pratique, de nombreuses entreprises soumises à l'obligation de présenter des comptes incluent aujourd'hui déjà de nombreuses informations complémentaires dans une sorte d'annexe, mais il n'existe aucune obligation légale *stricto sensu* de le faire.

L'al. 3 exige que le rapport de gestion soit présenté à l'organe compétent ou aux personnes compétentes dans les six mois suivant la clôture de l'exercice. Il doit être signé par le président de l'organe supérieur de direction ou d'administration et par la personne qui répond de l'établissement des comptes au sein de l'entreprise. Cette signature n'a aucune signification quant à la responsabilité eu égard au rapport de gestion. Dans la société anonyme par exemple, la responsabilité incombe toujours à l'ensemble du conseil d'administration (art. 716a, al. 1, ch. 6, CO) et non au seul président qui le signe.

L'un des points centraux de la présentation des comptes – outre les conditions de la comptabilisation au bilan – est l'*évaluation*, qui dépend fortement de la durée expectative des activités. En l'espèce, il est particulièrement important de savoir si, dans un avenir proche, une activité va se poursuivre ou va (devoir) être arrêtée, en tout ou en partie.

L'hypothèse retenue lors de l'établissement des comptes est, conformément à l'art. 958a, al. 1, que les activités de l'entreprise vont se poursuivre dans un avenir prévisible. Selon l'al. 2, lorsque la cessation ou une réduction de l'activité ou de certaines activités de l'entreprise est envisagée ou paraît inévitable dans les douze mois qui suivent, les comptes ne doivent pas être dressés à la valeur d'exploitation mais sur la base des valeurs de liquidation. Toute dérogation doit être signalée dans l'annexe.

Les *principes de l'établissement régulier des comptes* énoncés à l'art. 958b, al. 1, s'appliquent à toutes les formes de sujets. Dans le droit en vigueur, ils ne sont mentionnés que dans le droit de la société anonyme (art. 662a CO). La liste n'est pas exhaustive afin de laisser la porte ouverte pour des développements futurs (cf. ci-dessus ch. 2.5 s.).

L'*obligation de dresser un inventaire* est formulée plus clairement à l'art. 958b, al. 2, et est élargie à tous les postes essentiels de l'actif. L'inventaire au sens strict n'a donc plus la même importance que dans le droit en vigueur (art. 958 CO) mais il demeure un instrument important pour établir la valeur des actifs (p. ex. stocks).

Parmi les principes de l'établissement régulier des comptes, l'art. 958b, al. 1, ch. 3, mentionne celui de la comptabilité d'exercice, qui exige l'imputation des charges et des produits sur la période comptable à laquelle ils se rattachent. Si le produit net des ventes de biens et de prestations de services de l'entreprise ne dépasse pas 75 000 francs, la société est exceptionnellement autorisée, en vertu de l'art. 958b, al. 3, à déroger à ce principe et à établir une comptabilité de caisse dans laquelle ne sont répertoriées que les recettes et les dépenses effectives. L'avant-projet n'impose donc

la comptabilité d'exercice qu'aux entreprises qui dépassent le seuil fixé par la loi sur la TVA pour l'assujettissement à l'impôt et pour l'obligation de tenir des livres (art. 21 en relation avec l'art. 58 de la loi sur la TVA¹⁷⁷). Cela se traduit par un net assouplissement pour les plus petites entreprises, qui ne sont donc pas obligées de tenir une comptabilité d'exercice, même si elles revêtent la forme juridique d'une entreprise individuelle (art. 957, al. 2 ; cf. ci-dessus ch. 3.10.1). Pour la portée de l'expression « produit net des ventes de biens et de prestations de services », voir le commentaire des dispositions régissant le compte de résultat (art. 959b, al. 2, ch. 1, et al. 3, ch. 1 ; cf. ci-dessous ch. 3.10.5).

Selon l'art. 958c, al. 1, l'entreprise peut présenter le *bilan* et le *compte de résultat* soit sous forme de compte soit sous forme de liste. S'ils sont présentés sous forme de compte, le doit représente l'actif, respectivement les charges, et l'avoir le passif, respectivement les produits. S'ils sont présentés sous forme de liste, les revenus et les charges sont regroupées par nature économique avec, à chaque fois, un résultat net. La présentation sous forme de liste n'est pratiquement utilisée que pour le compte de résultat.

En application du principe comptable dit « de l'importance relative », l'al. 1 prescrit encore que les postes qui affichent un montant nul ou insignifiant pour la période examinée ne doivent pas être présentés séparément.

Pour garantir la comparabilité des chiffres fournis, l'al. 2 rend obligatoire l'indication des valeurs correspondantes de l'exercice précédent. Cette obligation figure déjà dans le droit en vigueur (art. 662a, al. 1, CO ; cf. ci-dessous ch. 3.10.10).

L'al. 4 propose une réglementation assez libérale en matière de langue puisqu'il prévoit que les comptes peuvent être présentés dans l'une des quatre langues nationales ou, prenant en considération les besoins des entreprises multinationales, en anglais (cf. également l'art. 957a, al. 4, pour la comptabilité ; cf. ci-dessus ch. 3.10.1). Par contre, l'al. 3 précise que les valeurs doivent être exprimées dans la monnaie nationale, que les montants en monnaies étrangères doivent être convertis au cours devises à la date de clôture du bilan et que les cours de conversion utilisés doivent être mentionnés dans l'annexe.

L'actuel art. 958, al. 1, CO exige l'établissement d'un bilan et d'un inventaire d'ouverture ainsi que d'un bilan, d'un compte d'exploitation et d'un inventaire de clôture. Une partie du contenu de cette disposition va de soi. Pour le reste, elle est remplacée par les prescriptions plus systématiques concernant les comptes annuels. L'art. 958, al. 2, CO, qui fixe les délais pour l'établissement des comptes annuels, est remplacé par l'art. 958, al. 3, plus précis.

Au sujet de l'art. 958c, cf. ci-dessous ch. 3.10.7.

¹⁷⁷ Loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (loi sur la TVA, LTVA ; RS 641.20).

3.10.3 Art. 958d et 958e: consultation, publication et conservation

Au même titre que dans le droit de la société anonyme en vigueur (art. 697h, al. 2, CO ; cf. ci-dessus ch. 3.1.35), les créanciers ont le droit, en vertu de l'art. 958d, al. 1, de consulter le rapport de gestion et le rapport de révision s'ils ont un intérêt digne de protection. Au sujet du contenu du rapport de gestion, voir les explications concernant les art. 958 à 958b (cf. ci-dessus ch. 3.10.2).

Conformément à l'al. 2, les entreprises qui sont débitrices d'emprunts par obligations ou dont les actions sont cotées en bourse doivent remettre leur rapport de gestion et le rapport de révision à l'office du registre du commerce. Les autorités du registre du commerce doivent ensuite publier ces rapports électroniquement. Lorsque ces documents doivent obligatoirement être déposés à l'office du registre du commerce, l'al. 3 autorise quiconque à exiger que l'entreprise lui remette le rapport de gestion et le rapport de révision.

Les dispositions de l'art. 958e relatives à la conservation des livres et des pièces comptables ainsi que des rapports de gestion et de révision reprennent en grande partie le contenu des dispositions en vigueur actuellement (art. 957 et 962 CO ; cf. ci-dessus ch. 3.10.1 ; ci-dessous ch. 3.10.10).

L'entreprise est tenue de conserver un exemplaire original (imprimé et signé) du rapport de gestion et du rapport de révision (art. 958, al. 3 ; cf. ci-dessus ch. 3.10.2). En vertu de l'al. 3, les livres¹⁷⁸ et les pièces comptables peuvent être conservés sous forme écrite, électronique ou par des moyens semblables, à condition que leur lecture reste possible en toutes circonstances. S'ils sont conservés sous forme électronique, ils doivent être assortis d'une signature électronique qualifiée¹⁷⁹. Conformément à l'al. 1, ces pièces doivent être conservées pendant dix ans à compter de la fin de l'exercice comptable.

Le droit actuel exige que toute la correspondance soit conservée (art. 957, al. 2, CO). Dans de nombreux cas, la correspondance est toutefois sans valeur pour la comptabilité et pour l'établissement des comptes. Cette disposition est donc génératrice de coûts qui pourraient être évités. C'est pourquoi l'avant-projet restreint l'obligation de conservation aux pièces comptables. Par pièce comptable, il faut entendre tout document susceptible de permettre l'identification de la transaction ou de l'événement à l'origine d'une opération comptable (art. 957a, al. 3 ; cf. art. 957a, al. 2, ch. 2 et 4 : principes de la justification documentée et de la possibilité d'un contrôle a posteriori ; cf. ci-dessus ch. 3.10.1). Dans certains cas, il pourrait donc aussi s'agir de correspondance.

¹⁷⁸ Ordonnance du Conseil fédéral concernant la tenue et la conservation des livres de comptes (Olico ; RS 221.431).

¹⁷⁹ Le message sur la révision de la comptabilité commerciale (conservation des livres) indiquait 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 sur la signature électronique (RS 943.03).

3.10.4 Art. 959 et 959a: comptes annuels, bilan

Le principe énoncé à l'art. 959, al. 1, veut que le bilan reflète le patrimoine et la situation financière de l'entreprise à la date de clôture. Aux alinéas suivants, cet article définit les notions juridiques de base concernant le bilan et comble ainsi des lacunes importantes du droit en vigueur.

En vertu de l'art. 959a, al. 1, les actifs de la société sont présentés à l'actif en ordre de liquidité décroissante. Leur répartition entre actif circulant et actif immobilisé est conservée (art. 663a, al. 1, CO). Le critère de délimitation entre l'actif circulant et l'actif immobilisé est la probabilité que l'actif soit réalisé dans les douze mois suivant la date de clôture du bilan ou dans le cycle normal des affaires de l'entreprise.

La même conception préside à la présentation des dettes au passif. En vertu de l'al. 959a, al. 2, les dettes sont présentées en ordre d'exigibilité croissante. Elles sont qualifiées de dettes à court terme si elles sont exigibles dans les douze mois suivant la date de clôture du bilan ou dans le cycle normal des affaires.

Les capitaux propres correspondent à la différence entre les actifs et les dettes et ils sont aussi présentés au passif, en vertu de l'art. 959a, al. 2, ch. 3. Leur désignation et leur structure doivent être adaptées en fonction de la forme juridique de l'entreprise.

La structure minimale du bilan prescrite par l'avant-projet est pratiquement calquée sur celle en vigueur actuellement pour la société anonyme. Il s'agit véritablement d'un minimum, mais il n'a pas été jugé souhaitable de prévoir une structure aussi détaillée que dans les directives de l'UE ou dans l'avant-projet LECCA. Parmi les nouveaux postes obligatoires qui ont été ajoutés pour améliorer la pertinence des comptes annuels, il faut citer les actifs et les passifs de régularisation ainsi que les dettes financières (cf. ci-dessus ch. 2.5.4, 2.6).

Les immobilisations incorporelles visées à l'art. 959a, al. 1, ch. 2, let. c, sont des droits immatériels protégés par le droit de propriété. Il peut aussi s'agir de valeurs non physiques qui peuvent être inscrites à l'actif, comme un savoir-faire ou un *goodwill* (ou sur-valeur), c'est-à-dire la partie du prix d'achat qui correspond à la différence entre les actifs et les passifs lors la reprise d'une affaire.

L'art. 959a, al. 4, exige que les créances et les dettes envers les associés et les organes de la société ou envers des sociétés dans lesquelles l'entreprise détient une participation (art. 960d, al. 3 ; cf. ci-dessous ch. 3.10.7) soient comptabilisées séparément.

L'art. 959 CO, qui énonce les principes généralement admis dans le commerce, est repris dans l'avant-projet aux art. 957a et 958b sous la forme de principes régissant l'établissement régulier de la comptabilité et des comptes (cf. ci-dessus ch. 3.10.1 s.).

3.10.5 Art. 959b: compte de résultat

L'art. 959b, al. 1, pose le principe selon lequel le compte de résultat reflète l'évolution des résultats de l'entreprise durant l'exercice.

A l'instar de la structure du bilan, la structure minimale du compte de résultat se fonde sur le modèle IFRS (IAS 1), ce qui se traduit par une liste de postes plus succincte que dans les directives de l'UE ou dans l'avant-projet LECCA. Cette structure minimale du bilan et du compte de résultat pourrait servir de base pour l'établissement de comptes annuels standardisés, qui pourraient être remis aux autorités fiscales sous une forme électronique.

Le compte de résultat peut être établi selon la méthode de l'affectation des charges par nature (compte de résultat par nature) ou selon la méthode de l'affectation des charges par fonction (compte de résultat par fonction). 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 de prestations.

Dans le compte de résultat par nature apparaissent, en vertu de l'al. 2, non seulement les produits nets des ventes de biens et de prestations de service, mais aussi les charges de matière y compris les variations de stocks de produits finis et semi-finis. Pour obtenir les produits nets, l'entreprise ne peut déduire des produits bruts que les éventuels rabais, escomptes et ristournes, mais aucune autre charge ayant servi à générer du chiffre d'affaires.

Pour tenir compte de la tertiarisation de l'économie, l'al. 2, ch. 2, met explicitement sur un pied d'égalité les biens et les prestations de services non facturés (pour le bilan, cf. art. 959a, al. 1, ch. 1, let. d ; cf. ci-dessus ch. 3.10.4).

Dans le compte de résultat par fonction dont la structure est détaillée à l'al. 3, les produits nets des ventes de biens et de prestations de services (chiffre d'affaires) sont opposés aux coûts d'acquisition ou de production des biens et des prestations de services. Les frais d'administration et de distribution sont présentés séparément. Conformément à l'al. 5, les charges de personnel ainsi que les amortissements et corrections de valeur qui n'apparaissent pas ailleurs doivent être mentionnés séparément, dans l'annexe.

Les deux méthodes exigent la présentation des charges et produits financiers ainsi que des charges et produits exceptionnels afin d'améliorer la pertinence des résultats intermédiaires.

Le droit en vigueur ne dit pas clairement si, ni comment les options sur des droits de participation qui sont attribuées aux membres de la haute direction et aux travailleurs doivent être comptabilisées dans le compte de résultat. Pour en finir avec la controverse, l'al. 4 dispose que ces options doivent être comptabilisées en charges de personnel, quelle que soit la méthode de présentation du compte de résultat appliquée.

3.10.6 Art. 959c: annexe

L'avant-projet fait sienne la conception actuelle du droit de la société anonyme selon laquelle les comptes annuels doivent comporter une annexe (art. 663b CO). L'art. 959c redéfinit son contenu et déclare l'annexe obligatoire pour toutes les entreprises.

Conformément à l'al. 1, l'annexe remplit trois fonctions : premièrement, elle énonce 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 livre d'autres renseignements exigés par la loi (ch. 3).

L'al. 2 énumère les informations qui doivent figurer dans l'annexe. Parmi les éléments nouveaux qui sont exigés, il faut relever l'indication de la forme juridique de l'entreprise (ch. 1) ainsi que la moyenne annuelle des emplois à plein temps (ch. 2). La deuxième information est très importante pour distinguer les PME des grandes entreprises (art. 961, al. 1 ; cf. ci-dessous ch. 3.10.9). Dans l'optique de l'obligation de présenter des comptes consolidés (art. 963b ; cf. ci-dessous ch. 3.10.11), l'annexe doit en outre faire état des participations éventuelles dans d'autres entreprises (ch. 3).

Les « autres facteurs importants ou exceptionnels ayant influencé les comptes annuels » visés à l'al. 2, ch. 10, sont par exemple les restructurations dont les effets ne sont pas directement visibles dans les états financiers.

3.10.7 Art. 958c, 960, 960a, 960b, 960c, 960d, 960e: évaluation

L'évaluation des actifs et des dettes est l'un des points les plus sensibles de la présentation des comptes. En l'espèce, l'avant-projet s'appuie d'une part sur le concept dominant, à l'échelle internationale, de l'évaluation à la valeur historique (coût d'acquisition ou de production) et d'autre part sur le principe d'autorité du bilan commercial pour l'imposition – très important en rapport avec le droit fiscal.

Le principe de l'évaluation individuelle s'applique à tous les actifs et à toutes les dettes, en vertu de l'art. 960, al. 1. Cela signifie que les plus-values et les moins-values sur les actifs et les dettes ne peuvent être compensées lors d'une évaluation globale.

Le principe de la prudence reste de mise. L'al. 2 précise toutefois que la prudence dans l'évaluation du bilan ne doit pas conduire à la constitution de réserves arbitraires. Par rapport au droit actuel, cette précision coupe court à la possibilité de constituer des corrections de valeur jusqu'à une valeur nulle sur les actions cotées qui sont surévaluées. De toute manière, cette pratique n'est pas admise par les autorités fiscales, même dans le régime actuel.

S'il apparaît concrètement que des actifs sont surévalués ou que des provisions sont trop faibles, les valeurs doivent être vérifiées et, le cas échéant, ajustées en application de l'al. 3.

L'avant-projet établit une différence entre la première évaluation des actifs et des dettes portés au bilan (première comptabilisation) et leur évaluation pour les périodes comptables ultérieures (évaluation subséquente). Pour les évaluations subséquentes aussi, le coût d'acquisition (ou historique) représente la limite supérieure. Seules les créances et les actifs cotés en bourse (obligations, actions, métaux précieux) peuvent être évalués à leur valeur boursière lorsque celle-ci est supérieure à la valeur d'acquisition. Cette règle ne s'applique cependant pas aux immobilisations financières, par exemple des actions détenues à des fins de placement à long terme (art. 959, al. 3, et 960d, al. 1 et 2). Lorsque des titres et des marchandises sont évalués à la valeur boursière, l'entreprise peut constituer des réserves de fluctuation pour compenser les variations des cours. La combinaison des principes d'évaluation au coût d'acquisition et de comptabilisation de la valeur la plus basse (art. 960a, al. 3) conduit de fait à la constitution d'une réserve de fluctuation.

Les moins-values des actifs dues à leur utilisation sont comptabilisées par le biais d'amortissements périodiques et les autres pertes de valeur par le biais de corrections de valeur ciblées et uniques.

Les amortissements et les corrections de valeur doivent se faire conformément aux usages commerciaux. Ils peuvent ainsi porter soit sur des postes individuels soit sur des rubriques regroupant plusieurs postes sur la base de critères tels que l'échéance ou la durée de stockage. De la sorte, une approche systématique est garantie. Les méthodes d'amortissement usuelles (amortissement dégressif, progressif, linéaire ou unique) restent admises.

Si cela se justifie sur le plan matériel, 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 cantonale, d'amortir presque entièrement l'année d'acquisition et en une seule fois (amortissement unique) les grandes installations, mais de prévoir un amortissement dégressif de la valeur résiduelle pour les machines et les véhicules au taux maximum prescrit par les autorités fiscales.

Les amortissements et corrections de valeur sont portés directement ou indirectement en déduction des actifs concernés, à charge du compte de résultat, et ne peuvent en aucun cas figurer au passif.

D'autres amortissements et corrections de valeur peuvent être opérés à des fins de remplacement ou pour assurer la prospérité de l'entreprise à long terme. Pour les mêmes motifs, il est possible de conserver, donc de ne pas dissoudre, des amortissements et corrections de valeur qui ne sont plus justifiés. A cet égard, l'avant-projet reprend le droit en vigueur (art. 669 CO).

En rapport avec les exigences du droit fiscal, les forfaits du croire de 5 % (Suisse) et 10 % (étranger), l'abattement d'un tiers sur le stock de marchandises (*Warendrittel*) et les amortissements uniques sur les investissements demeurent autorisés.

Les règles d'évaluation des stocks et des prestations de services non facturées de même que la définition et les règles d'évaluation des participations sont largement reprises du droit en vigueur (art. 665a et 666 CO).

L'avant-projet prévoit explicitement la possibilité de constituer des provisions aux fins de garantie, d'assainissement et de restructuration ainsi que pour assurer la prospérité de l'entreprise à long terme. Comme dans le droit actuel, il n'est pas obligatoire de dissoudre les provisions.

La dissolution des amortissements qui ne se justifient plus est dangereuse lorsque le montant dépasse celui des amortissements opérés durant la période sous revue et que ce facteur n'est pas identifié. C'est pourquoi une telle dissolution doit toujours être signalée explicitement. En revanche, lorsque les amortissements diminuent d'une année sur l'autre – notamment grâce à la « sécurité » obtenues par des amortissements élevés sur les périodes précédentes –, les tiers peuvent aisément l'observer en consultant simplement les chiffres des exercices précédents qui doivent être fournis à titre comparatif. Une réglementation analogue est prévue pour les provisions.

L'actuel art. 960, al. 1, CO contient une règle concernant la monnaie de compte. Cette disposition est reprise et modifiée à l'art. 958c, al. 3, de l'avant projet. L'actuel al. 2 CO est remplacé par les nouvelles règles d'évaluation énoncées aux art. 960 ss. Enfin, l'al. 3 émet une réserve au sujet des dispositions contraires sur l'établissement du bilan qui sont applicables à certaines formes de sociétés et aux sociétés coopératives d'assurance et de crédit. Le champ d'application du nouveau droit comptable étant étendu à toutes les entreprises, quelle que soit leur forme juridique, cette réserve devient caduque. Dans l'avant-projet, la réserve relative aux établissements d'assurances et aux banques figure à l'art. 957, al. 3, dans la réserve générale sur la législation spéciale (cf. ci-dessus ch. 3.10.1).

3.10.8 Art. 960f: rapport avec le droit fiscal

Selon le droit en vigueur, les comptes annuels établis en vertu du droit des obligations servent de base de taxation pour l'impôt sur le bénéfice ou sur le revenu (principe de l'autorité du bilan commercial ou principe de l'importance déterminante¹⁸⁰ ; cf. ci-dessus ch. 2.5.5). Par conséquent, les corrections de valeur, amortissements et provisions doivent être comptabilisés dans le bilan commercial pour déployer des effets fiscaux.

Le principe de l'autorité du bilan commercial découle de la législation fiscale et ne peut être modifié dans le droit des obligations. Il paraît néanmoins justifié d'inclure une disposition sur le rapport entre bilan commercial et bilan fiscal dans le droit comptable.

L'avant-projet réaffirme le principe de l'autorité du bilan commercial pour l'imposition. Le fait nouveau est qu'il ordonne la dissolution des amortissements, corrections de valeur et provisions qui n'ont pas été reconnues par les autorités fiscales. Pour des ques-

¹⁸⁰ Art. 58 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD ; RS 642.11).

tions pratiques, ces dissolutions doivent se faire durant l'exercice au cours duquel la décision de taxation entre en force et leur montant total doit être indiqué dans l'annexe aux comptes annuels. Nul besoin de préciser que la dissolution doit être imputée sur l'actif ou la dette directement concerné par cette correction fiscale et qu'elle ne doit en aucun cas faire l'objet d'une écriture globale. La dissolution n'a pas d'incidence sur le résultat, au même titre qu'un redressement fiscal.

Cette disposition est valable pour les comptes individuels établis selon le droit des obligations mais pas pour ceux qui sont conformes à un référentiel comptable (art. 962 ss, en particulier art. 962, al. 4 ; cf. ci-dessous ch. 3.10.10) ni pour les comptes consolidés (art. 963 ss), ceux-ci n'étant pas pris en considération pour la taxation (cf. ci-dessous ch. 3.10.11).

3.10.9 Art. 961, 961a, 961b: comptes des grandes entreprises, exigences concernant leur rapport de gestion

L'avant-projet formule des exigences plus élevées pour le rapport de gestion des entreprises d'une certaine importance économique (pour la structure minimale voir l'art. 958, al. 2 ; cf. ci-dessus ch. 3.10.2). Rappelons ici qu'au sens de l'art. 957, al. 1, les associations et les fondations sont aussi considérées comme des entreprises dans le cadre du droit comptable (cf. ci-dessus ch. 2.5.3).

La délimitation entre PME et entreprises d'une certaine importance économique doit se faire sur la base des critères prévus dans le nouveau droit de la révision qui est en passe d'être adopté par les Chambres fédérales (art. 727, al. 1, P CO¹⁸¹ ; les seuils proposés par le Conseil fédéral ont été relevés durant la procédure parlementaire, voir ci-après). Des seuils différents pour la révision et pour la présentation des comptes annuels ne se justifient pas matériellement. Il faut donc s'appuyer sur les mêmes chiffres.

En vertu du nouveau droit de la révision, une entreprise a une certaine importance économique lorsque la loi la soumet au contrôle ordinaire. Sont soumises à ce régime les sociétés cotées en bourse, les entreprises d'une certaine importance économique (dépassement de deux des 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 les entités qui sont tenues d'établir des comptes consolidés.

Les entreprises qui ne remplissent pas ces critères (PME) ne sont soumises à aucune exigence supplémentaire.

Selon l'art. 961, al. 1, ch. 1 à 3, les grandes entreprises doivent compléter leur rapport de gestion dans trois domaines.

¹⁸¹ Cf. 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, 3889.

Premièrement, elles doivent fournir des informations supplémentaires dans l'annexe aux comptes annuels. Plus précisément, elles doivent donner des renseignements sur leurs dettes financières à long terme, sur la réalisation d'une évaluation des risques (ce point a déjà été introduit pour toutes les sociétés anonymes dans le cadre de la réforme de l'obligation de révision ; cf. art. 663b, ch. 12, P CO¹⁸²), sur le montant total des indemnités perçues par les membres de la haute direction (voir les exigences de l'art. 663b^{bis} P CO [art. 697^{quater}]¹⁸³ concernant les sociétés anonymes ; cf. ci-dessus ch. 2.2.2, 3.1.33) et sur les honoraires versés à l'organe de révision, répartis en honoraires pour les prestations en matière de révision d'une part et honoraires pour d'autres prestations de services d'autre part.

Deuxièmement, les grandes entreprises doivent inclure un tableau de financement dans leurs comptes annuels. Le tableau de financement présente séparément les flux de trésorerie liés aux activités d'exploitation, d'investissement et de financement, conformément aux usages internationaux.

Le tableau de financement illustre l'origine et la destination des flux de trésorerie pendant l'exercice. A ce titre, il livre de précieuses informations, notamment pour apprécier l'évolution de la solvabilité de l'entreprise et pour développer des instruments en vue du service de la dette.

Dans les cas simples, le tableau de financement peut être très succinct. De plus, aucune structure type n'est proposée. Néanmoins, sauf raison valable justifiant une dérogation, il convient d'adopter une structure analogue à celle du bilan (art. 959a ; cf. ci-dessus ch. 3.10.4).

Lorsque l'entreprise doit présenter des comptes consolidés, elle n'est pas tenue d'établir un tableau de financement (art. 961a, al. 2). Cette exception n'est valable que pour les entreprises qui établissent des comptes consolidés en application du code des obligations, et uniquement pour le bouclage individuel de l'entité concernée. Le but de cette mesure est de simplifier les règles de présentation des comptes.

Troisièmement, les grandes entreprises doivent établir un rapport annuel qui expose la marche des affaires et la situation économique de l'entité et, le cas échéant, du groupe (art. 961, al. 1, ch. 3, 961b, al. 1). Cette présentation doit rendre compte d'aspects que les comptes annuels ne révèlent pas. La terminologie allemande du droit actuel est partiellement harmonisée avec celle des directives de l'UE. L'expression « *Jahresbericht* » devient ainsi « *Lagebericht* », mais cette modification ne concerne pas la version française.

Le rapport annuel doit notamment renseigner sur l'état des commandes et des mandats, sur les activités de recherche et de développement, sur la situation et l'évolution

¹⁸² Cf. 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** 3897.

¹⁸³ Cf. 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** 4247.

des principaux secteurs de l'entreprise, sur les événements exceptionnels et sur les perspectives de l'entreprise (art. 961b, al. 2). Cette énumération n'est pas exhaustive et, suivant les cas, d'autres aspects importants doivent y être traités.

Contrairement au droit actuel, l'avant-projet n'exige plus que l'entreprise rende compte des augmentations du capital intervenues durant l'exercice, ni qu'elle reproduise les attestations de vérification (art. 663d, al. 2, CO). Ces informations peuvent être recueillies auprès de l'office du registre du commerce¹⁸⁴.

Le rapport annuel ne doit pas contredire les conclusions qui peuvent être tirées des comptes annuels (art. 961b, al. 3 ; cf. également art. 959 ss et 961 ss) au sujet de la fortune, de la situation financière et des résultats de l'entreprise. L'organe de révision ne vérifie pas le rapport annuel et par conséquent son attestation ne dit rien d'éventuelles incohérences entre les comptes annuels et le rapport annuel. Il attire toutefois l'attention du conseil d'administration sur de telles contradictions dans le rapport détaillé (*management letter*) qu'il établit dans le cadre du contrôle ordinaire (art. 728b, al. 1, P CO¹⁸⁵).

L'actuel art. 961 CO contient des prescriptions relatives à la signature du compte de résultat et du bilan qui sont remplacées par les dispositions de l'art. 958, al. 3, applicables à toutes les formes d'entreprises.

3.10.10 Art. 962 et 962a: états financiers établis selon un référentiel comptable

En vertu du droit actuel, la présentation des comptes met l'accent sur l'immobilisation de capital et sur le principe de prudence. Son objectif premier est la protection des créanciers. A cela s'ajoute que le bilan commercial est déterminant pour la taxation (cf. ci-dessus ch. 3.10.8).

Le système de présentation des états financiers qui s'est développé sur la scène internationale au cours des dernières décennies est de plus en plus axé sur les besoins des marchés des capitaux et donc sur la communication d'informations financières. Les comptes sont donc établis pour les bailleurs de fonds (principalement les porteurs de parts, les banques et les créanciers obligataires), qui veulent avoir une image la plus fidèle possible de la situation économique de l'entreprise (principe *true and fair view* ou *fair presentation* ; cf. ci-dessus ch. 2.5.1).

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 (principe de la comptabilité d'exercice) ainsi que l'évaluation correcte des actifs et des dettes sont

¹⁸⁴ Une exception à cette règle est prévue en cas de marge de fluctuation de capital (art. 653y, cf. ci-dessus ch. 3.1.20).

¹⁸⁵ 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** 3892 s.

primordiales. Les autres caractéristiques de ce modèle sont la marge de manœuvre très étroite laissée l'entreprise dans ses choix ainsi que l'étendue des informations supplémentaires qui doivent être divulguées dans l'annexe aux comptes annuels.

Comme cela a déjà été dit, l'avant-projet maintient le principe de l'autorité du bilan commercial valable dans le droit actuel, ce qui permet une réforme du droit comptable sans incidences fiscales (art. 960f ; cf. ci-dessus ch. 3.10.8).

Cette conception ne permet guère d'accroître encore la transparence des comptes établis selon le droit commercial. Dans une certaine mesure, 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. Mais il faut reconnaître que la création d'une « partie générale » complète, consacrée à la comptabilité et à la présentation des comptes dans le droit des obligations constitue, du moins sur le plan formel, un pas en avant par rapport au droit en vigueur, un progrès synonyme de transparence et de comparabilité accrue.

Pour pallier ce conflit d'objectifs, l'avant-projet exige aussi l'établissement d'états financiers reflétant la situation économique réelle de l'entreprise lorsque certaines conditions sont remplies. Dans ce cas, les comptes doivent être établis selon un référentiel comptable internationalement reconnu. Ce dualisme des états financiers est déjà une réalité, de nombreuses entreprises établissant déjà, pour diverses raisons, des comptes conformes aux exigences du code des obligations et d'autres comptes conformes au référentiel Swiss GAAP RPC ou IFRS, par exemple.

La première question qu'il faut poser est de savoir qui sont les destinataires qui peuvent justifier d'un intérêt pour une présentation des comptes de cette nature :

La réglementation de la bourse oblige déjà les sociétés ouvertes au public à présenter des comptes conformes à un référentiel comptable. Lorsque l'émetteur établit des comptes consolidés, cette exigence ne s'applique qu'à ces derniers. Mais lorsqu'il ne publie pas de comptes consolidés, ses comptes individuels doivent être conformes à une norme comptable reconnue¹⁸⁶. L'avant-projet prévoit la même solution et évite ainsi des contradictions entre le droit des sociétés et la réglementation boursière (art. 962, al. 1, ch. 1).

Sous bien des aspects, les grandes coopératives peuvent être assimilées à des sociétés ouvertes au public, à la différence qu'elles n'ont généralement pas de titres cotés en bourse. Par conséquent, le droit boursier ne peut pas leur être appliqué. Il y a toutefois un intérêt public à ce que ces grandes entreprises présentent des comptes annuels reflétant au plus près leur réalité économique (art. 962, al. 1, ch. 2).

¹⁸⁶ Art. 64, Règlement de cotation de la Swiss Exchange (SWX), dans sa version du 29 janvier 2004, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005.

La même réflexion vaut pour les associations et les fondations d'une certaine importance économique, que la loi soumet à un contrôle ordinaire (art. 962, al. 1, ch. 3). L'avant-projet se réfère donc aux critères de taille définis dans le nouveau droit de la révision (dépassement de deux des 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). L'établissement de comptes individuels conformes à un référentiel comptable n'est toutefois nécessaire que si la loi exige un contrôle ordinaire. Si, par exemple, une autorité de surveillance des fondations décide qu'une entité doit se soumettre à un contrôle ordinaire au lieu du contrôle restreint (art. 69b, al. 1^{bis}, P CC ajouté dans le nouveau droit de la révision durant la procédure parlementaire¹⁸⁷), cette fondation n'est pas, pour autant, tenue de présenter des états financiers conformes à un référentiel comptable.

A l'instar des sociétés ouvertes au public, les grandes sociétés coopératives, les grandes associations et les grandes fondations n'ont cependant pas l'obligation de présenter des comptes individuels conformes à un référentiel comptable si elles établissent des comptes consolidés (art. 962, al. 3 ; à ce sujet, cf. ci-dessous).

Dans les *sociétés privées*, il appartient aux propriétaires et à la direction de décider s'ils veulent établir des comptes conformes à un référentiel comptable. Nombreuses sont d'ailleurs les entreprises qui établissent déjà depuis longtemps des comptes fondés sur des principes économiques. Une intervention du législateur à ce niveau est donc superflue.

Des états financiers conformes à un référentiel comptable peuvent être utiles pour les personnes qui ont des *intérêts minoritaires*, car ils garantissent un minimum de loyauté envers les propriétaires de l'entreprise lors de l'établissement des comptes. Ils sont d'autant plus importants lorsque les personnes qui assurent la direction possèdent la majorité des parts, tandis que les associés minoritaires ne participent pas à la gestion de l'affaire.

C'est pour cette raison que l'avant-projet prévoit que des associés qui représentent au moins 10 % du capital social (SA, Sàrl, coopérative ayant émis des parts sociales), ou 10 % des associés de la société coopérative, 20 % des membres de l'association ou encore des associés ou des membres qui répondent personnellement des obligations de l'entreprise ou sont soumis à une obligation de faire des versements supplémentaires, que toutes ces personnes peuvent exiger l'établissement d'états financiers conformes à un référentiel comptable (art. 962, al. 2).

Les états financiers établis selon un référentiel comptable ne sont pas une nécessité absolue pour garantir la *protection des créanciers*. Les comptes au sens strict n'offrent qu'une garantie limitée et les créanciers disposent de nombreux autres instruments qui peuvent leur apporter une protection aussi bonne, sinon meilleure. Il y a notamment

¹⁸⁷ 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.

l'analyse du comportement du débiteur face à ses échéances, les renseignements sur la solvabilité fournis par des tiers, la constitution de sûretés en faveur du créancier, le paiement anticipé ou par acomptes. Les créanciers majeurs peuvent en outre exiger, dans le cadre des clauses contractuelles, que le débiteur présente un bilan établi selon un référentiel comptable.

De nombreuses entreprises établissent aujourd'hui déjà leurs comptes en se basant sur des principes économiques, sous la forme de comptes consolidés. Dans la plupart des cas, elles appliquent une norme internationale. Selon l'avant-projet, il est obligatoire d'appliquer un référentiel comptable internationalement reconnu.

Si l'entreprise établit déjà des comptes consolidés conformes à un référentiel comptable, il est inutile qu'elle présente en plus un boucllement individuel sur la même base. C'est pourquoi l'avant-projet pose comme condition à l'établissement d'états financiers conformes à un référentiel comptable que l'entreprise n'établit pas de comptes consolidés (art. 963c ; cf. ci-dessous ch. 3.10.11).

Lorsque des états financiers établis selon un référentiel comptable sont exigés, ils doivent être conformes à une norme internationalement reconnue. Pour pouvoir tenir compte de l'évolution internationale dans le domaine comptable, l'avant-projet délègue au Conseil fédéral la compétence de désigner les référentiels comptables admis, par voie d'ordonnance (art. 962a, al. 1). Les normes utilisées par les entreprises suisses (*Swiss GAAP RPC*, *IFRS* et *US GAAP*) seront vraisemblablement reconnues, mais le Conseil fédéral pourrait aussi en désigner d'autres, en précisant quelles conditions doivent être remplies lors du choix d'un référentiel. On pourrait par exemple imaginer qu'il impose, pour le choix d'un référentiel local (qui pourrait être admis dans le futur), que les activités de l'entreprise soient étroitement liées à un territoire spécifique.

Selon l'art. 962a, al. 2, le référentiel choisi doit être appliqué intégralement et pour la totalité des états financiers. Cette disposition exclut donc le choix sélectif de règles dans un référentiel, ou *standard picking*, que les entreprises pratiquent quelquefois.

Le respect des règles du référentiel doit être attesté par un expert-réviseur agréé (art. 962a, al. 2). L'avant-projet renvoie ici au nouveau droit de la révision. Dans le cas présent, l'expert-réviseur agréé (art. 727b P CO et art. 4 s. P LSR¹⁹⁰) peut être l'organe de révision ou tout autre tiers désigné par la direction de l'entreprise. La règle énoncée doit donc être interprétée comme une exigence minimale quant aux qualifications du réviseur.

¹⁹⁰ Cf. 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, 3890 et 3912 s.

Il va de soi que les règles d'indépendance applicables à l'organe de révision sont aussi valables dans ce contexte (art. 728 P CO du nouveau droit de la révision¹⁹¹). La distinction établie par le nouveau droit entre contrôle ordinaire et contrôle restreint est sans objet pour la révision des comptes établis selon un référentiel comptable puisqu'elle ne vaut que pour la révision des comptes annuels établis selon le droit des obligations. En revanche, le niveau d'audit des examens spéciaux demeure le contrôle, selon le droit en vigueur, et le contrôle ordinaire, selon le nouveau droit de la révision.

Les états financiers conformes à un référentiel comptable doivent être désignés comme tels afin d'éviter tout risque de confusion avec les comptes établis selon le droit des obligations. Ils doivent être présentés à l'organe suprême de la société lors de l'approbation du rapport de gestion mais ne nécessitent quant à eux aucune approbation (art. 962a, al. 3).

Bien entendu, les entreprises peuvent facultativement présenter un bouclage individuel fondé sur une norme comptable reconnue. Cela peut être nécessaire pour solliciter un crédit auprès d'une banque, par exemple. Mais l'avant-projet ne prévoit aucune restriction pour les comptes établis selon un référentiel comptable sans obligation légale. Il ne serait pas judicieux de demander à une entreprise suisse opérant en Amérique du Sud d'établir ses comptes en application des Swiss GAAP RPC, des IFRS ou des US GAAP, par exemple, quand ses partenaires souhaiteraient consulter ses états financiers en se référant à une norme locale. La réglementation relative à l'admissibilité des référentiels comptables ne concerne donc que les états financiers qui *doivent* être établis selon un référentiel comptable en application de l'art. 962.

Au même titre que les comptes consolidés, les comptes individuels établis selon un référentiel comptable sont sans effet pour la taxation. Cette règle va de soi pour les comptes consolidés puisque les groupes n'ont généralement pas la personnalité juridique et ne sont, de ce fait, pas assujettis à l'impôt. Mais pour les comptes individuels conformes à un référentiel comptable, il paraît judicieux de préciser dans la loi qu'ils ne sont pas déterminants pour le calcul de l'impôt (art. 962a, al. 3).

L'actuel art. 962 CO contient des dispositions sur la conservation des pièces comptables et des livres que le nouvel art. 958e rend superflues (cf. ci-dessus ch. 3.10.3).

3.10.11 Art. 963, 963a, 963b, 963c: comptes consolidés

Les comptes annuels consolidés sont un condensé des bouclages 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 et utile pour apprécier l'assise économique d'un groupe d'entreprises.

¹⁹¹ Cf. 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, 3891 s.

L'avant-projet reprend la conception du droit en vigueur (art. 662, al. 2, CO), selon laquelle les comptes (annuels) consolidés font partie intégrante du rapport de gestion (art. 958, al. 2 ; cf. ci-dessus ch. 3.10.2). Comme leur nom l'indique, les comptes annuels consolidés sont des comptes annuels établis sur une base consolidée (art. 963, al. 1). Il s'en suit qu'ils se composent des mêmes éléments que les comptes annuels (individuels). Il n'est toutefois pas nécessaire d'établir un rapport annuel consolidé ou de groupe. Il découle en effet de l'art. 961b, al. 1, que le rapport annuel d'une entreprise tenue de présenter des comptes consolidés doit commenter parallèlement les affaires de la maison mère et celles du groupe (cf. ci-dessus ch. 3.10.9).

En Suisse, la présentation de comptes consolidés n'est obligatoire que depuis la révision du droit de la société anonyme de 1991. Cette obligation demeure ainsi limitée aux entreprises qui revêtent la forme d'une société anonyme (art. 663e ss CO).

L'avant-projet reprend les dispositions actuelles du droit de la société anonyme (art. 663e ss CO) et étend l'obligation de présenter des comptes consolidés à toutes les personnes morales tenues d'établir des comptes, qui contrôlent d'autres entreprises, y compris les associations et les fondations (art. 963).

Il n'est possible d'apprécier convenablement la situation économique d'un groupe d'entreprises qu'avec l'aide de comptes consolidés et ce, quelle que soit la forme juridique de la maison mère. Il n'existe ici aucun motif matériel justifiant une dérogation fondée sur la forme de droit. L'obligation de consolidation englobe aussi les entreprises, associations et fondations qui ont leur siège à l'étranger.

En revanche, il n'est pas obligatoire d'établir des comptes consolidés pour les entreprises individuelles et les sociétés de personnes. Cette exception ne devrait toutefois concerner qu'un nombre de cas restreint. L'absence d'obligation de consolidation est compensée par la responsabilité personnelle de l'entrepreneur et des associés indéfiniment responsables. De plus, les forces du marché devraient être suffisantes pour pousser la maison mère à présenter fidèlement la situation économique du groupe.

Contrairement au droit actuel, l'avant-projet n'exonère pas les petits groupes de l'obligation d'établir des comptes consolidés. En effet, il existe dans ce segment d'entreprises un net besoin de consolidation, le risque d'une présentation trompeuse de la situation économique n'y étant pas moindre que dans les grands conglomerats.

Par ailleurs, dans une entreprise bien dirigée, la charge de travail supplémentaire induite par l'obligation d'établir des comptes consolidés n'est pas énorme. A contrario, si cet exercice requiert de nombreux éclaircissements, cela doit être interprété comme un indice de la nécessité urgente d'une consolidation comptable afin de permettre aux intéressés de se faire une image réaliste de la situation économique de l'entreprise, ce qui est finalement aussi dans l'intérêt de sa bonne gestion.

Dans le droit en vigueur, la condition à l'obligation d'établir des comptes consolidés est la direction unique du groupe d'entreprise par la maison mère (art. 663e, al. 1, CO). L'avant-projet se réfère quant à lui au critère plus simple du contrôle et donne la liste des situations visées. S'agissant de l'influence dominante exercée en vertu des statuts,

d'un contrat ou d'autres instruments analogues visés à l'art. 963, al. 2, ch.1 - 3, on peut par exemple penser aux trusts et constructions similaires.

Si une maison mère est elle-même intégrée dans des comptes consolidés qui ont été établis en vertu du droit suisse ou de dispositions équivalentes du droit étranger, elle est exonérée de l'obligation de consolidation pour son sous-groupe, à moins que des associés représentant au moins 10 % du capital ne l'exigent (art. 963a). Lorsqu'il n'est pas établi de comptes consolidés pour le sous-groupe, les comptes consolidés du groupe dont la maison mère fait partie doivent être conformes aux prescriptions sur les comptes annuels (art. 963a, al. 2, en relation avec art. 958d ; cf. ci-dessus ch. 3.10.3).

Toutes les entités juridiques contrôlées par la maison mère doivent être intégrées dans le périmètre de consolidation. N'en font cependant pas partie les entreprises, fondations et associations que la personne morale ne contrôle que temporairement (au maximum deux ans), ou qu'elle ne contrôle que de manière limitée. L'annexe aux comptes annuels doit énumérer les entités contrôlées (art. 963, al. 2) qui ne sont pas incluses dans le périmètre de consolidation (art. 963b).

Dans le droit actuel, la maison mère tenue d'établir des comptes consolidés peut définir ses propres principes de consolidation et d'évaluation (art. 663g CO). Cette règle a permis le développement de la pratique du *standard picking*, autrement dit le choix sélectif de règles stipulées dans les normes comptables. Selon l'avant-projet, les comptes consolidés doivent être établis conformément à des normes comptables internationalement reconnues (Swiss GAAP RPC, IFRS, US GAAP). Pour ce qui est de ces normes internationales, l'art. 963c renvoie aux règles applicables aux états financiers établis selon un référentiel comptable (cf. ci-dessus ch. 3.10.10). On notera que ce renvoi fait référence à tout le contenu de l'art. 962a et pas uniquement à la question des référentiels comptables admis.

L'actuel art. 963 CO traite de l'obligation de produire les livres dans le cadre des procédures judiciaires. Cette disposition est devenue caduque du fait des révisions achevées ou en cours de la procédure civile, de la procédure pénale et du droit fiscal.

3.11 Dispositions transitoires relatives à l'avant-projet

3.11.1 Art. 1 et 2: règles générales

Conformément à l'art. 1, al. 1, des dispositions transitoires de l'avant-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, les nouvelles dispositions s'appliquent à toutes les sociétés existantes, dès leur entrée en vigueur. L'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 plus long n'a pas fait ses preuves. En effet, les entreprises ont commencé par reporter les décisions requises et ont fini par omettre de

les prendre. C'est pourquoi il semble plus adéquat de fixer un délai certes court, mais suffisant.

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.

3.11.2 Art. 3, 4, 5: dispositions particulières

Les actions au porteur émises devront être converties en actions nominatives dans un délai de deux ans. A défaut, elles seront automatiquement considérées comme des actions nominatives dès la fin de cette période transitoire (art. 622 en relation avec l'art. 3, al. 1 et 2, des dispositions transitoires ; cf. ci-dessus ch. 2.3.5, 3.1.2). Si l'assemblée générale ne procède pas aux adaptations nécessaires des statuts, il incombe au conseil d'administration de le faire. En vertu de l'art. 3, al. 3, il est notamment tenu de prendre les mesures nécessaires pour garantir l'échange des actions au porteur contre des actions nominatives. S'il ne s'exécute pas, il doit répondre du préjudice éventuel découlant de la conversion manquée des actions, en vertu de l'art. 754 CO.

L'art. 3, al. 4, précise que jusqu'à leur conversion en actions nominatives, les actions au porteur doivent être clairement désignées comme telles dans les statuts et dans le registre du commerce afin d'éviter tout risque de tromperie.

L'art. 4 déclare que si l'assemblée générale avait décidé une augmentation conditionnelle ou autorisée du capital-actions (art. 651 et 653 CO) avant l'entrée en vigueur de la loi, l'ancien droit – autrement dit le droit actuel – reste applicable dans le cadre de cette décision. Toutefois, ces décisions ne peuvent pas être prorogées.

Les nouvelles dispositions du droit comptable doivent s'appliquer pour la première fois lors de l'exercice qui commencera deux ans après l'entrée en vigueur de la loi. Ce délai est prolongé à trois ans pour les dispositions relatives aux comptes consolidés (art. 957 ss en relation avec l'art. 5, al. 1 et 2 des dispositions transitoires ; cf. ci-dessus ch. 2.5 ss, 3.10 ss).

Selon l'art. 5, al. 3, le total du bilan et le chiffre d'affaires des deux exercices qui précéderont l'entrée en vigueur de la loi seront déterminants pour décider si l'art. 961 s'applique ou non (cf. ci-dessus ch. 3.10.9).

L'art. 5, al. 4, assouplit certaines règles du nouveau droit comptable pour les deux premiers exercices où celui-ci devra être appliqué.

3.12 Des associations

3.12.1 Art. 65 AP CC: compétences de l'assemblée générale

L'avant-projet prévoit que l'assemblée générale fixe le montant des rémunérations versées aux membres de la direction de l'association. Les statuts peuvent toutefois contenir une disposition divergente (art. 65, al. 4, AP CC).

Les grandes associations qui sont soumises au régime du contrôle ordinaire doivent de plus publier le montant total des rémunérations perçues par les membres de la direction dans l'annexe aux comptes annuels (art. 961, al. 2, ch. 3 ; cf. ci-dessus ch. 3.10.9).

3.12.2 Art. 69a AP CC: obligation de tenir une comptabilité

L'avant-projet oblige toute association à tenir ses livres conformément aux dispositions du code des obligations sur la comptabilité et la présentation des comptes (art. 69 AP CC en relation avec l'art. 957 ss ; cf. ci-dessus ch. 3.10 ss). Cette disposition s'applique également aux associations qui ne sont pas inscrites dans le registre du commerce. Pour ces dernières, l'art. 957, al. 2, prévoit toutefois des allègements. Aussi ne doivent-elles tenir qu'une comptabilité de caisse (recettes, dépenses et situation financière). Le contenu de cette disposition correspond matériellement à l'art. 69a P CC du projet de réforme de l'obligation de révision¹⁹².

3.12.3 Art. 69d AP CC: surendettement et insolvabilité

Les dispositions du droit de la société anonyme concernant l'avis obligatoire en cas de surendettement et d'insolvabilité doivent aussi s'appliquer aux associations inscrites dans le registre du commerce (art. 69d, al. 1, en relation avec l'art. 725 ss ; cf. ci-dessus ch. 3.1.43 s.). Les associations exploitant une entreprise en la forme commerciale ou poursuivant un but de nature économique, 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, dans la perspective d'une protection appropriée des créanciers.

Comme c'est le cas pour la société coopérative (art. 903, al. 2 ; cf. ci-dessus ch. 3.7.3), il est en outre prévu que le tribunal puisse ajourner la faillite lorsque des versements supplémentaires sont opérés sans délai et que l'assainissement de l'association paraît possible (al. 2).

3.13 Des fondations

3.13.1 Art. 83a AP CC: comptabilité

A l'instar du droit des associations, le droit des fondations renvoie aux dispositions du code des obligations sur la comptabilité et la présentation des comptes (art. 83a AP CC en relation avec l'art. 957 ; cf. ci-dessus ch. 3.10 ss, 3.12.2).

3.13.2 Art. 84c AP CC: publicité des rémunérations

L'avant-projet prévoit que l'organe suprême de la fondation divulgue annuellement à l'autorité de surveillance le montant des indemnités qui lui ont été versées. Si la fonda-

¹⁹² Cf. 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, art. 69a P CC.

tion s'est dotée d'une direction, les rémunérations perçues par cet organe doivent aussi être communiquées (art. 84c AP CC). En règle générale, l'autorité de surveillance va elle-même exiger de connaître le montant des rémunérations puisque, sans ces informations, elle ne peut *de facto* assumer sa fonction de contrôle. Il paraît néanmoins judicieux de clarifier la situation dans la loi.

Si la fondation n'a pas d'autorité de surveillance, aucune publicité n'est prévue, sauf si elle est soumise au contrôle ordinaire. L'art. 961, al. 2, ch. 3, s'applique aux fondations soumises au régime du contrôle ordinaire, par analogie aux associations (cf. ci-dessus ch. 3.10.9, 3.12.1). Dans ce cas, les rémunérations doivent donc être indiquées dans l'annexe aux comptes annuels.

3.14 Loi sur le personnel de la Confédération

3.14.1 Art. 6a AP LPers: publicité des indemnités perçues par la haute direction

Les dispositions actuelles de la loi sur le personnel de la Confédération¹⁹³ (art. 6a, al. 4, LPers) concernant la publicité des indemnités perçues par la haute direction des entreprises liées à la Confédération exigent la publication de la somme totale de ces indemnités ainsi que du montant de la rémunération du président. L'obligation de publicité consignée dans la LPers va donc moins loin que les dispositions prévues dans le cadre du projet de transparence des indemnités (cf. ci-dessus ch. 2.2.2, 3.1.33)¹⁹⁴. Ce dernier oblige en effet les sociétés ouvertes au public à publier les indemnités versées à chaque membre du conseil d'administration.

Outre l'art. 6a LPers, les dispositions correspondantes du CO et du CC peuvent aussi s'appliquer par analogie aux entreprises liées à la Confédération, pour autant qu'il s'agisse d'entités de droit privé. Dans ce cas, les dispositions les plus strictes font foi. A titre d'exemple, les entreprises liées à la Confédération qui revêtent la forme d'une société anonyme, qui plus est cotée en bourse, sont aussi soumises aux prescriptions du CO se rapportant à la transparence (art. 697^{quater}, 697^{quinquies}, 856, al. 1, 961, al. 2, ch. 3 ; art. 65, al. 4, 84c AP CC ; cf. ci-dessus ch. 2.2.2, 3.1.33, 3.10.9, 3.12.1, 3.13.2)¹⁹⁵.

Le contenu des dispositions de la LPers concernant la publicité des indemnités doit être harmonisé avec le projet de transparence afin que les entreprises liées à la Confé-

¹⁹³ Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers ; RS 172.220.1).

¹⁹⁴ Art. 663b^{bis} du 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. Le projet a été adopté par les Chambres fédérales le 7 octobre 2005.

¹⁹⁵ Pour la société à responsabilité limitée, l'art. 804, al. 2, ch. 6, P CO (projet Sàrl) 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).

dération qui ne sont pas cotées en bourse soient soumises aux mêmes obligations. C'est pourquoi l'avant-projet exige que les indemnités des membres du conseil d'administration ou d'organes de direction comparables de ces entités soient indiquées séparément et individuellement (art. 6a, al. 4, AP LPers).

3.15 Code pénal

3.15.1 Art. 326^{quinquies} : contravention à l'obligation de requérir une inscription au registre du commerce

Les dispositions actuelles du code des obligations relatives aux amendes d'ordre qui doivent être infligées lorsque l'obligation de requérir une inscription dans le registre du commerce n'est pas respectée sont abrogées (cf. ci-dessus 3.8.6). L'infraction est reformulée et intégrée dans le code pénal¹⁹⁶ comme contravention (al. 1).

Les dispositions générales du code pénal s'appliquent donc par analogie et il revient à l'autorité cantonale de poursuite pénale de fixer le montant de l'amende.

3.16 Variante II : augmentation et réduction autorisées du capital

3.16.1 Art. 652i, 652j, 652k: augmentation autorisée du capital

Les nouvelles règles concernant l'augmentation autorisée du capital-actions qui sont proposées en relation avec l'institution d'une réduction autorisée du capital ont été élaborées pour offrir une alternative à la marge de fluctuation du capital. Lorsqu'une augmentation autorisée est combinée avec une réduction autorisée du capital (cf. ci-dessous ch. 3.16.2), on obtient en effet une « constellation » qui présente de grandes similitudes avec la marge de fluctuation du capital (cf. ci-dessus ch. 2.3.2 s., 3.1.18).

La conception actuelle de l'augmentation autorisée du capital (art. 651 ss CO) est conservée pratiquement telle quelle. L'art. 651i, al. 1, prolonge à cinq ans, au lieu de deux actuellement, la durée maximale de l'autorisation. Cette durée correspond à celle qui est prévue pour la marge de fluctuation du capital. Le délai court à partir de la décision de l'assemblée générale¹⁹⁷. Le droit en vigueur ne règle pas cette question, ce qui a conduit à des incertitudes dans l'application pratique des règles de l'augmentation autorisée¹⁹⁸. Lorsque l'autorisation expire, l'assemblée générale peut proroger sa décision d'augmentation autorisée du capital.

¹⁹⁶ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

¹⁹⁷ La même règle s'applique dans le cas de la marge de fluctuation du capital (art. 652r).

¹⁹⁸ Comme dans le droit actuel, l'assemblée générale doit décider l'augmentation autorisée du capital à la majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 4).

La disposition relative au montant maximum du capital autorisé qui figure à l'al. 2, n'est pas modifiée.

Comme dans le droit actuel, les statuts doivent contenir les dispositions qui sont exigées en cas d'augmentation ordinaire de capital, à l'exception du prix d'émission et de l'époque à compter de laquelle les actions nouvelles donnent droit au dividende. L'art. 652i, al. 3 ne contient pas d'indication sur la nature des apports et la reprise de biens, puisqu'il est prévu que la référence aux apports en nature et aux reprises de biens ne doit plus figurer impérativement dans les statuts (abrogation de l'art. 628 ; cf. ci-dessus ch. 3.1.3). Sous réserve d'autres dispositions statutaires, l'art. 652j autorise en outre le conseil d'administration à décider de la nature des apports et des reprises de biens.

Palliant une lacune du droit en vigueur, l'art. 652i, al. 4, règle explicitement la question de la délégation de compétences au conseil d'administration en matière de droits de souscription. Il codifie en cela la pratique du Tribunal fédéral. Une disposition analogue est prévue dans le cadre de la marge de fluctuation du capital (art. 653s, al. 1, ch. 7 ; cf. ci-dessus ch. 3.1.18).

Pour le reste l'art. 652i, al. 1, soumet l'augmentation autorisée aux règles applicables à l'augmentation ordinaire du capital, qui s'appliquent par analogie.

L'al. 5 oblige le conseil d'administration à requérir l'inscription de l'augmentation autorisée du capital-actions auprès de l'office du registre du commerce dans les trente jours suivant la décision de l'assemblée générale. La même disposition est prévue dans le cadre de la marge de fluctuation du capital (art. 653s ; cf. ci-dessus ch. 3.1.18).

Comme dans le droit actuel, le conseil d'administration doit adapter les statuts après chaque augmentation du capital-actions. L'art. 652k, al. 2, exige notamment que le conseil d'administration requière l'inscription de la modification statutaire dans le registre du commerce dans les trente jours suivant sa décision de modification des statuts.

Lorsque la durée prévue pour réaliser l'augmentation du capital-actions est écoulée, le conseil d'administration supprime la disposition statutaire relative à l'augmentation autorisée du capital. Comme pour la marge de fluctuation du capital, l'avant-projet n'exige plus la forme authentique pour cette modification statutaire (art. 652k, al. 3, ainsi que 653s, al. 4 et 653s ; cf. ci-dessus ch. 3.1.18).

3.16.2 Art. 653s, 653t, 653u: réduction autorisée du capital

La réduction autorisée du capital-actions est une nouvelle institution du droit de la société anonyme qui doit offrir une plus grande marge de manœuvre aux sociétés qui veulent réduire leur capital (cf. ci-dessus ch. 2.3.3).

Du point de vue conceptuel, la réduction autorisée du capital qui est définie à l'art. 653s ressemble à l'augmentation autorisée du capital (cf. ci-dessus ch. 3.16.1). L'assemblée générale peut ainsi autoriser le conseil d'administration à réduire le capital-actions jus-

qu'à un montant déterminé pendant un délai de cinq ans au plus. Au même titre que les décisions relatives à une marge de fluctuation du capital ou à une augmentation autorisée du capital, la décision de réduction autorisée du capital requiert une majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 4). Le délai fixé pour requérir l'inscription de la décision et le moment à partir duquel il court sont les mêmes que pour la marge de fluctuation du capital et pour l'augmentation autorisée. Les règles sont également identiques pour la prorogation de la décision concernant la réduction autorisée du capital à l'expiration de l'autorisation, pour le montant minimal jusqu'où le capital peut être réduit et pour le délai de réquisition de l'inscription de la décision de l'assemblée générale auprès de l'office du registre du commerce (art. 653s et 653t ; cf. ci-dessus 3.1.18, 3.16.1).

Sauf dispositions contraires des statuts, l'art. 653t autorise le conseil d'administration à décider librement des modalités de la réduction du capital et de l'affectation des fonds propres devenus disponibles (art. 653t ; cf. ci-dessus ch. 3.1.19).

La réduction et l'augmentation autorisées du capital sont encore régies par des règles analogues dans d'autres domaines : le conseil d'administration doit adapter les statuts après chaque réduction du capital, la décision de réduction du conseil d'administration revêt la forme authentique, le délai pour requérir l'inscription de la décision dans le registre du commerce est de trente jours. Lorsque l'autorisation de l'assemblée générale expire, le conseil d'administration supprime la disposition statutaire correspondante et cette modification ne requiert pas la forme authentique (Art. 653v ; cf. ci-dessus ch. 3.1.19).

Il y a toutefois une différence majeure entre la réduction autorisée et la marge de fluctuation du capital dans le *déroulement de l'avis aux créanciers*. Alors qu'en règle générale, l'avis aux créanciers n'est pas nécessaire pour une réduction opérée dans le cadre de la marge de fluctuation du capital, il est obligatoire à chaque fois dans le cadre de la réduction autorisée du capital. Conformément au renvoi figurant à l'art. 653s, al. 1, il faut alors appliquer les règles prévues pour la réduction ordinaire du capital (art. 653l ; cf. ci-dessus ch. 3.1.16, 3.1.19). A cet égard, la marge de fluctuation du capital offre plus de flexibilité que la réduction autorisée du capital. La raison de cette différence est de nature conceptuelle. Dans la marge de fluctuation du capital, le capital de base est la valeur limite déterminante pour les créanciers. Dans ce contexte, le capital émis ne revêt aucune fonction (cf. ci-dessus ch. 2.3.2, 3.1.19). A l'opposé, dans la réduction autorisée du capital, le capital émis conserve sa fonction protectrice traditionnelle, raison pour laquelle les mécanismes de protection doivent être activés lors de sa réduction, afin de garantir les intérêts des créanciers.