

Révision du droit de la société anonyme

Procédure de consultation sur la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le Code des obligations

20 mars 2006

Numéro 10-2

dossierpolitique

Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le Code des obligations

L'essentiel en bref

Le Conseil fédéral a soumis à consultation en décembre 2005 son avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable. Le projet soumis à révision poursuit quatre objectifs principaux : améliorer le gouvernement d'entreprise, adapter les structures du capital, moderniser les règles régissant l'assemblée générale et réformer le droit comptable.

Position d'économiesuisse

Le droit des sociétés est un pilier important des conditions-cadre d'une place économique. Dans la concurrence internationale entre sites économiques, il est essentiel que la Suisse mette des instruments plus souples et plus avantageux à la disposition des entreprises pour leurs activités et qu'elle dispose d'un plus large éventail de possibilités d'action que d'autres sites. Sous cet aspect, il y a lieu notamment de flexibiliser les structures de capital. Cette opération permettra d'élargir la gamme des possibilités d'action des entreprises. Même si l'on peut qualifier le projet de relativement équilibré dans l'ensemble, plusieurs des mesures proposées vont trop loin. L'abolition notamment de la représentation de l'actionnaire par un organe et de l'action au porteur limiteraient inutilement la liberté de choix et les possibilités d'action des entreprises suisses. Etant donné que les mécanismes souples d'autorégulation jouent leur rôle dans le gouvernement d'entreprise, la circonspection est de mise en ce qui concerne la création de nouvelles prescriptions étatiques. La transparence est l'une des conditions du bon fonctionnement des marchés. Mais les charges imposées aux entreprises doivent être justifiées et proportionnées. Toutes les mesures proposées ne satisfont pas à ces exigences.

Situation initiale et contexte

Le Conseil fédéral a soumis à consultation en décembre 2005 son avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable¹. Le processus de consultation prendra fin le 31 mai 2006. Le projet poursuit essentiellement les objectifs suivants :

- améliorer le **gouvernement d'entreprise** ;
- actualiser les **structures du capital** ;
- moderniser les règles concernant **l'assemblée générale** ;
- réformer le **droit comptable**.

La dernière révision complète du droit des sociétés anonymes remonte à 1991. Par la suite, un groupe de réflexion « droit des sociétés » a été chargé d'examiner les nouvelles modifications qui s'imposent dans le droit des sociétés. Sur la base du rapport final de ce groupe² et de diverses interventions politiques, les domaines suivants du droit de la société anonyme ont déjà été remaniés à ce jour :

- Réforme et simplification de la restructuration juridique des entreprises par la création de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion) ;
- Abaissement de la valeur nominale minimale des actions de un franc à un centime ;
- Innovations importantes s'appliquant à la société anonyme, par exemple la possibilité de fonder des sociétés unipersonnelles, introduites lors de la révision totale du droit de la société à responsabilité limitée³ ;
- Nouveau droit régissant l'organe de révision⁴ ;
- Réglementation par la loi de 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 bourse⁵.

Dans les années 2000, 2001/02 et 2005, d'autres interventions demandant des modifications du droit de la société anonyme ont été soumises au Parlement⁶. Les revendications correspondantes sont réunies dans un grand paquet de réformes. Le Conseil fédéral justifie ce processus de révision par « l'accélération, la mondialisation et l'informatisation du monde des affaires » ainsi que par « une série d'incidents qui ont incité l'économie à solliciter de nouvelles règles légales afin de prévenir autant que possible de nouvelles difficultés »⁷.

1^{er} objectif : améliorer le gouvernement d'entreprise

Le premier objectif que propose l'avant-projet concerne le gouvernement d'entreprise. Il présente diverses dispositions nouvelles. Celles-ci viendraient compléter le dispositif existant.

A la base du gouvernement d'entreprise, il y a la théorie de la division des pouvoirs de Montesquieu et la théorie des relations d'agence entre dirigeants et propriétaires d'entreprise de A.A. Berle⁸. Le droit suisse de la société anonyme de 1991 tient compte, dans trois articles centraux (art. 716a, 716b et 717 CO) des exigences d'équilibre fonctionnel entre les différents organes de la société (« *checks and balances* »), de la responsabilité clairement maintenue du conseil d'administration, des rapports internes et du devoir de diligence et de fidélité. Le droit en vigueur contient déjà, sous forme abrégée, une bonne partie des règles nécessaires au gouvernement d'entreprise.

En Suisse, deux autorégulations sont en vigueur depuis juin 2002 : le Code suisse de bonne pratique

¹ L'avant-projet et le rapport explicatif sont accessibles sur Internet aux adresses suivantes : www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1275/Vorlage_d.pdf et www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1275/Bericht_f.pdf

² Groupe de réflexion « Droit des sociétés », Rapport final du 24 septembre 1993 ; Hans-Peter Kläy, *Überblick über den Schlussbericht der Gruppe de réflexion « Gesellschaftsrecht »*, RSDA 66 (1994), p. 135 ss.

³ 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 com-

merce), FF 2002 2949, échéance du délai référendaire : 6 avril 2006.

⁴ 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, échéance du délai référendaire : 6 avril 2006

⁵ Le délai référendaire est échu le 26 janvier 2006.

⁶ Un résumé de ces interventions parlementaires figure à la page 4 du Rapport explicatif.

⁷ Rapport explicatif, p. 4

⁸ Cf. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 3^e édition, Zurich 2004, § 14 N 16 ss.

La révision et l' « unité du droit de la société anonyme »

L'avant-projet maintient le modèle de l'unité formelle du droit de la société anonyme avec une différenciation matérielle sur certains points. Du fait que le droit en vigueur contient des règles différentes pour certaines catégories de sociétés anonymes (par exemple au sujet des actions liées, du prospectus obligatoire ou de la consolidation), l'unité du droit de la société anonyme souvent citée en doctrine n'est déjà plus absolue aujourd'hui. La nouvelle réglementation de l'obligation de révision déjà adoptée par le Parlement dans le droit des sociétés a encore renforcé le modèle de différenciation matérielle dans le droit de la société anonyme formellement unique. Il est ainsi tenu compte de ce qu'en Suisse, contrairement à la plupart des autres pays, la forme juridique de la société anonyme répond à des buts très divers. Chez nous, le domaine d'application de la SA s'étend des groupes multinationaux aux sociétés unipersonnelles en passant par les petites entreprises. En termes de flexibilité, mieux vaut le pragmatisme qu'une doctrine unique. Il y a donc lieu de saluer l'approche choisie pour cette révision.

d'economiesuisse⁹ et la Directive SWX de la Bourse suisse¹⁰. Tandis que cette dernière exige impérativement des entreprises cotées qu'elles fournissent des informations sur certains aspects du gouvernement d'entreprise, le Code suisse contient des recommandations aux sociétés suisses ouvertes au public. Nombre de ses principes ont valeur d'incitation pour les autres sociétés anonymes. C'est economiesuisse qui, en tant que Fédération des entreprises suisses est l'organe responsable du Code suisse. D'autres organisations qui suivent les questions de gouvernement d'entreprise dans le cadre de leurs activités soutiennent également le Code suisse et sont impliquées dans son développement (voir encadré ci-dessus).

Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise

Les organisations suivantes patronnent le Code suisse d'economiesuisse :

- Association suisse des banquiers Swiss Banking
- SGCI Chemie Pharma Schweiz
- Association suisse d'assurances ASA
- Swissmem
- Swiss Retail Federation
- Chambre fiduciaire
- Association des sociétés anonymes privées
- Groupement Holdings (Groupement de holdings industrielles suisses)
- ASIP Association suisse des institutions de prévoyance
- ethos – Fondation suisse d'investissement pour un développement durable
- Association suisse des analystes financiers et gestionnaires de fortunes (ASAG)
- Union patronale suisse
- Union suisse des arts et métiers

En comparaison internationale, les règles suisses de gouvernement d'entreprise sont d'un niveau élevé. Un inventaire réalisé en novembre 2004¹¹ a montré qu'ils sont bien mis en œuvre et que le gouvernement d'entreprise s'est amélioré dans les entreprises suisses. Elles ont atteint aujourd'hui un niveau tout à fait honorable en comparaison internationale.

L'effet d'autorégulation des marchés des capitaux

Au printemps 2004, le besoin d'information des investisseurs institutionnels et privés concernant le gouvernement d'entreprise a été examiné dans le cadre d'un séminaire de l'Université de Saint-Gall¹². Il en est

⁹ Le Code suisse est disponible en allemand, en français et en anglais auprès d'economiesuisse. Il est également accessible sur le site Internet : www.economiesuisse.ch.

¹⁰ Avec l'entrée en vigueur du projet sur la transparence, des points essentiels de cette directive sont réglés dans le CO.

¹¹ Rapport intermédiaire sur le gouvernement d'entreprise,

Mise en œuvre réussie du Code suisse de bonne pratique, dossier politique, 8 novembre 2004, numéro 51/1, (accessible à l'adresse : www.economiesuisse.ch).

¹² Séminaire sur le gouvernement d'entreprise en Suisse organisé à l'Université de Saint-Gall par le Center for Financial Communication, prof. Viktor Porak, 2004

ressorti que des déficiences en matière de gouvernement d'entreprise freinent la propension à investir. Parmi les investisseurs privés, ils sont 77 % à ne plus vouloir investir dans une société présentant des déficiences dans ce domaine. Il apparaît donc que les flux de capitaux dans une entreprise sont l'expression de sa crédibilité. C'est pourquoi le marché des capitaux exerce déjà un effet d'autorégulation sur l'adoption par les entreprises de mesures visant à instaurer la confiance.

La mise en oeuvre de Bâle II va également accroître les exigences en matière de structures internes et de processus à appliquer pour les entreprises non cotées en bourse. Les banques suisses pratiquent aujourd'hui déjà une politique fondée sur les risques. Par conséquent, les entreprises ont elles-mêmes tout intérêt à la création d'un gouvernement d'entreprise efficace et transparent.

Le champ d'application du gouvernement d'entreprise s'élargit

Ces dernières années, l'effondrement spectaculaire d'entreprises de renommée internationale a alimenté la chronique. Ces événements résultaient en partie d'actions criminelles, telles des manipulations de bilan. Par la suite, la sensibilité à la nécessité de disposer de systèmes de contrôle stricts s'est accrue. De nombreuses entreprises se sont mises à affiner systématiquement leurs systèmes de contrôle et ont adapté leur structure d'organisation et leur style de direction. Avec les dispositions modifiées sur l'obligation de révision, les réviseurs devront en outre à l'avenir vérifier l'existence d'un système de contrôle interne. La pression se fait également sentir de la part des autorités pénales. Ainsi, depuis deux ans, la responsabilité pénale des entreprises suisses peut être engagée pour manque d'organisation (art. 100quater CO). On observe en outre sur le plan international une tendance des tribunaux à engager de plus en plus la responsabilité des membres du conseil d'administration et des directeurs, sur les plans tant civil que pénal, lorsqu'un tiers subit un dommage par suite d'un manque d'organisation¹³.

D'autres dispositions applicables au gouvernement d'entreprise concernent pas exemple les règles en

vigueur pour les sociétés cotées en bourse sur la publicité ad hoc ou les normes de droit pénal concernant l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels et la manipulation de cours. Il existe aujourd'hui les dispositions particulières les plus diverses en matière de gouvernement d'entreprise pour les entreprises actives dans certaines branches comme les assurances ou les banques.

Entrent également dans le champ d'application élargi du gouvernement d'entreprise en Suisse les exigences en provenance de l'étranger, notamment des Etats-Unis. Les entreprises suisses cotées à une bourse américaine ou les membres de leur conseil d'administration et de leur direction sont tenues de respecter les obligations très étendues du « *Sarbanes-Oxley Act* » (SOX).

Les propositions de l'avant-projet de gouvernement d'entreprise

Suite à de nombreuses interventions parlementaires, l'Office fédéral de la justice a mandaté un groupe d'experts pour analyser la situation actuelle, les besoins et formuler des propositions d'amélioration dans le domaine du gouvernement d'entreprise¹⁴. Une bonne partie des propositions des experts a été intégrée dans l'avant-projet au chapitre du renforcement du gouvernement d'entreprise. Le Conseil fédéral formule à cet égard les propositions suivantes :

- Renforcement du droit de renseignement et de consultation des actionnaires ainsi que de leur droit de s'informer sur la rémunération du conseil d'administration des sociétés anonymes privées ;
- Abaissement des seuils concernant l'exercice du droit à demander l'institution d'un examen spécial (actuellement : contrôle spécial), la dissolution de la société pour de justes motifs et la convocation de l'assemblée générale ainsi que l'exercice du droit à faire inscrire un objet à l'ordre du jour ;
- Election individuelle et annuelle des membres du conseil d'administration ;
- Amélioration de l'information des actionnaires au sujet de l'assemblée générale ;

¹³ Cf. p. ex. Lukas Handschin, *Steigendes Risiko aus der Haftung für Organisationsfehler*, NZZ du 7 février 2006, n° 31, p. 25

¹⁴ Cf. Peter Böckli, Claire Huguenin, François Dessemontet, *Le Gouvernement d'entreprise*, Rapport du Groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme, Lausanne 2004

- Efficacité accrue de l'action en restitution de prestations indûment perçues ;
- 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 ;
- Limitation de la responsabilité de l'organe de révision.

Diverses mesures visant à améliorer le gouvernement d'entreprise ont également été proposées. C'est ainsi que d'autres requêtes en matière de gouvernement d'entreprise sont prises en compte, par exemple au chapitre de l'amélioration de la transparence dans la révision du droit comptable, ou à celui de l'encouragement de la participation active des actionnaires à l'assemblée générale, avec la modernisation prévue des règles la concernant.

Fil conducteur pour l'appréciation des propositions

L'acceptation réjouissante et le degré élevé de mise en oeuvre des recommandations du Code suisse confirment que c'est sous la forme souple de l'autorégulation qu'on parvient le mieux à concrétiser un bon gouvernement d'entreprise. Ainsi, dans une optique libérale, une certaine retenue s'impose par rapport à une réglementation plus poussée. Si l'on entend maintenir l'attrait de la place économique suisse, il importe de sauvegarder le plus possible la liberté des entreprises suisses et de leurs actionnaires quant à leur forme d'organisation et de ne pas leur imposer un corset étatique inutile.

Le SOX contraint déjà les entreprises suisses cotées aux Etats-Unis à d'importantes obligations. Les charges de mise en oeuvre sont très lourdes. L'incompatibilité avec le droit suisse de l'obligation étendue de renseigner, contenue dans le SOX, sera éliminée avec la révision des dispositions sur l'obligation de révision et la nouvelle loi sur la surveillance de la révision (LSR). Il faut par ailleurs renoncer à réglementer encore ce qui

l'est déjà et surtout éviter de recourir à des solutions suisses particulières.

Le projet porte l'empreinte d'interventions parlementaires formulées à la suite de l'effondrement spectaculaire d'entreprises ou de la découverte d'abus constatés dans des entreprises. Ces affaires ont donné lieu à de vifs débats dans l'opinion publique et induisent un activisme réglementaire effréné. Ces démarches aboutissent fréquemment à un flot de réglementations disproportionnées et inutiles. Il ne faut pas qu'un zèle réglementaire excessif vienne compromettre l'attrait de notre droit de la société anonyme, qui repose sur une conception libérale de l'économie.

C'est à partir de ces considérations de principe qu'il convient d'examiner les propositions sur le gouvernement d'entreprise soumises à consultation.

Propositions problématiques et excessives

Il ne faut pas croire que des règles de gouvernement d'entreprise, aussi solides soient-elles, sonneront le glas des stratégies erronées, des décisions malavisées et des abus. Ainsi, l'avant-projet défend en général l'idée de préserver la nécessaire liberté d'organisation des entreprises et propose de renoncer à un cadre normatif trop rigide¹⁵. Il y a lieu de saluer ce point de vue. Il n'en reste pas moins que certaines des propositions qu'il contient posent problème. Il s'agit des points suivants :

- **Droit permanent de se renseigner inapplicable**

Le Conseil fédéral propose que les actionnaires aient droit en tout temps, donc même en dehors de l'assemblée générale, de demander des renseignements par écrit. Le conseil d'administration serait obligé de fournir par écrit le renseignement demandé dans un délai de 60 jours ou de justifier un éventuel refus de renseigner. (Art. 679 AP-CO). Dans le cas des sociétés ouvertes au public qui comptent des milliers d'actionnaires, cette extension et formalisation du droit de se renseigner représenterait des charges administratives totalement disproportionnées. Tel qu'il est prévu, ce droit serait difficile, sinon impossible à garantir, ne serait-ce que pour des raisons d'organisation. Sans compter que cette proposition renferme un potentiel d'abus de la part des actionnaires querulents.

¹⁵ Rapport explicatif, p. 12

Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, chiffre 8 :

« Le conseil d'administration s'efforce de maintenir des contacts avec les actionnaires aussi entre les assemblées générales. »

- Le conseil d'administration informe les actionnaires de l'évolution de la société aussi durant l'exercice en cours.
- Le conseil d'administration désigne l'organe responsable des relations avec les actionnaires. Il veille, dans les informations qu'il donne, à respecter le principe légal de l'égalité de traitement.

Mieux une entreprise informe ses actionnaires de manière générale, moins ceux-ci auront besoin de demander individuellement et en tout temps des renseignements par écrit. A l'ère numérique, il est de plus en plus possible de mettre régulièrement à disposition des informations facilement accessibles, à moindres coûts. Ces possibilités sont toujours plus souvent exploitées, par exemple par le recours à Internet. Il s'agit là d'une mise en oeuvre de la recommandation du chiffre 8 du Code suisse (voir encadré). Cette recommandation ayant fait ses preuves dans la pratique, il n'est pas nécessaire de prévoir une réglementation à cet égard.

• **Critères problématiques pour les valeurs seuil**

Pour la convocation d'une assemblée générale et l'inscription d'un point à l'ordre du jour, ainsi que pour exiger l'institution d'un examen spécial contre la volonté de l'assemblée générale, l'avant-projet prévoit l'abaissement des valeurs seuil de 10 % actuellement à 5 % du capital-actions ou à un million de francs de valeur nominale. Il serait également possible d'utiliser le critère de la valeur boursière : les valeurs seuil prévues sont dans ce cas de 5 millions de francs pour la convocation de l'assemblée générale et de 2 millions de francs pour l'inscription d'un objet à l'ordre du jour ainsi que pour l'institution d'un examen spécial. Les cours boursiers sont sujets à des fluctuations parfois très importantes. Fonder les valeurs seuil

Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, chiffre 2 :

La société s'efforce de faciliter l'exercice des droits légaux des actionnaires.

- A cette fin, les statuts peuvent prévoir d'abaisser de manière appropriée les valeurs-limites inscrites dans la loi pour requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour ou la convocation d'une assemblée générale extraordinaire.
- Lorsque l'assemblée générale réduit la valeur nominale des actions en procédant à un remboursement, le conseil d'administration examine s'il convient d'adapter les valeurs-limites (demande d'inscription d'un objet à l'ordre du jour, de convocation d'une assemblée et, le cas échéant, d'un contrôle spécial pour que les actionnaires ne voient pas leurs droits diminuer. (...))

sur les cours boursiers déboucherait sur des résultats arbitraires. Il faut donc rejeter cette proposition.

La convocation d'une assemblée générale ou l'institution d'un examen spécial représente toujours une très lourde charge et des coûts correspondants pour une grande société ouverte au public. Un élargissement excessif du cercle des personnes susceptibles de demander une assemblée générale ou un examen spécial n'irait pas sans poser de problèmes.

Dans la pratique, on observe que de nombreuses sociétés ont abaissé les valeurs seuil sur la base des recommandations énoncées sous chiffre 2 du Code suisse (cf. encadré) et des demandes des investisseurs institutionnels¹⁶. Cela montre bien que là aussi, l'autorégulation par le Code suisse et le marché des capitaux fonctionne.

Pour la convocation de l'assemblée générale à la demande des actionnaires, le conseil d'administration disposerait désormais d'un délai de 30 jours. Mais, pour les grandes sociétés ouvertes au

¹⁶ Etude d'ethos « *Gouvernement d'entreprise des sociétés suisses* », Genève, novembre 2005, p. 36 s.

public, l'organisation d'une assemblée générale dans un délai aussi court relève pratiquement de l'impossibilité.

- ***Inconvénient du mandat obligatoire d'un an***

L'avant-projet introduit à l'art. 710 AP-CO l'élection obligatoirement individuelle des membres du conseil d'administration pour un mandat d'un an. Raison invoquée à l'appui de ce changement : la pratique répandue d'élections en bloc du conseil d'administration pour un mandat relativement long est contraire aux principes du gouvernement d'entreprise.

Le droit en vigueur prévoit une durée de mandat de trois ans. Il autorise les sociétés anonymes ou leurs actionnaires à fixer un mandat plus court (par exemple d'un an) ou plus long (au maximum six ans). Ce système qui laisse une marge de manœuvre aux entreprises ou à leurs actionnaires a fait ses preuves.

L'avantage du point de vue du gouvernement d'entreprise d'avoir un mandat qui serait impérativement d'un an n'est pas évident. Au contraire, les principes du gouvernement d'entreprise exigent une certaine continuité. Selon le chiffre 13 du Code suisse, il faut tendre à un échelonnement approprié des mandats, la durée de ces derniers ne devant en

règle générale pas dépasser quatre ans (cf. encadré). La pratique de nombreuses entreprises consistant à échelonner les mandats sur plusieurs années permet d'assurer une certaine continuité et cohérence. En outre, les principes généralement reconnus d'un bon gouvernement d'entreprise exigent que le conseil d'administration s'organise en comités exerçant des tâches bien définies. Cela nécessite une assez grande organisation et prend du temps. Enfin, la mise au courant de nouveaux membres prend elle aussi du temps.

Les principes évoqués ci-dessus concernant la durée du mandat des membres du conseil d'administration se concentrent sur l'intérêt à long terme d'assurer le succès de l'entreprise. Au final, l'objectif est l'augmentation de la valeur de l'entreprise à long terme ; celle-ci se reflète dans le cours de l'action et dans le versement de dividendes durablement élevés. C'est pourquoi le gouvernement d'entreprise doit tenir compte des propriétaires d'une entreprise intéressés par sa pérennité. Une orientation privilégiant les actionnaires intéressés par la durabilité amène le plus d'avantages non seulement à ces derniers, mais aussi à l'entreprise et à ses collaborateurs. L'introduction du mandat obligatoire d'un an priverait les entreprises ou leurs actionnaires d'un instrument de gestion durable de l'entreprise qui a fait ses preuves.

En ce qui concerne l'élection individuelle des membres du conseil d'administration, il faut relever que l'autorégulation fonctionne bien, aussi dans ce domaine. La question du vote global ou individuel est réglée sous le chiffre 7 du Code suisse (cf. encadré). Cette recommandation, considérée comme l'un des points « forts » de la *Soft Law*¹⁷, et l'intérêt porté à cette question par les investisseurs institutionnels ont fortement influencé la pratique. Le nombre des entreprises qui procèdent à des élections individuelles s'est beaucoup accru ces deux dernières années. Une étude d'éthos parue récemment arrive à la conclusion suivante : « On remarque qu'actuellement, la majorité des sociétés

Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, chiffre 13 :

Le conseil d'administration planifie le renouvellement des mandats et veille à la formation continue de ses membres.

- En règle générale, l'élection des membres du conseil d'administration porte sur un mandat n'excédant pas quatre ans. Il faut tendre à un échelonnement approprié des mandats.
- Le conseil d'administration planifie la relève et fixe les critères de sélection des candidats.
- Le conseil d'administration veille à initier les membres nouvellement élus à leur nouvelle tâche de manière appropriée et, s'il y a lieu, prévoit une formation continue en fonction des tâches.

¹⁷ « Bien que le Code suisse se borne à formuler des suggestions, une société qui précisément dans ce domaine passe outre à cette recommandation sans offrir une solution de rechange aussi opportune n'aurait pas de grandes chances dans un procès selon l'art. 706 CO. » Peter Böckli, *Harte Stellen im Soft Law*, in : Der Schweizer Treuhänder 11/02, p. 981 ss.

Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, chiffre 7 :

A l'assemblée générale, la volonté de la majorité doit s'exprimer fidèlement.

- Le président organise les modalités de vote de façon à pouvoir déterminer la volonté de la majorité aussi clairement et efficacement que possible. (...)
- En cas d'élections ou de votes portant sur la décharge des membres des organes de la société, le président peut demander un vote global pour autant qu'aucune opposition ne se manifeste du côté des actionnaires et qu'aucun vote individuel ne soit demandé sur une ou plusieurs personnes.

(ré)éligent individuellement leurs administrateurs. Un grand changement est également survenu au niveau de la transparence de la procédure adoptée. Un nombre important de sociétés annonce avant l'assemblée générale la procédure qui sera retenue »¹⁸. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir une réglementation étatique.

• ***Elargissement excessif dans l'action en restitution de prestations***

L'avant-projet modifie les dispositions de l'art. 678 CO régissant l'action en restitution de prestations indues. Il élargit le cercle des personnes visées aux membres de la direction et aux personnes qui leur sont proches. La condition actuelle de la mauvaise foi du bénéficiaire de la prestation est également supprimée, de même que l'exigence de la disproportion évidente entre la prestation et la contre-prestation. La situation économique de la société ne jouera plus de rôle. Cela n'empêche pas les rédacteurs de l'avant-projet de proposer en plus l'extension de la légitimation pour agir aux créanciers. Mais, comme si

cela ne suffisait pas, ils veulent faire passer la prescription, de cinq ans aujourd'hui, à dix ans.

Ces propositions dépassent de loin l'objectif visé. L'abandon, notamment, du rapport avec la situation économique de la société est susceptible de déboucher sur une gamme étendue de plaintes arbitraires. Enfin, ces dispositions reviendraient à laisser les décisions des entreprises à l'appréciation du juge. Cela n'est guère compatible avec les objectifs du droit moderne des sociétés.

• ***Abolition non souhaitable de la représentation par un organe de la société***

L'avant-projet propose de supprimer la représentation par un dépositaire ou un organe de la société. Les sociétés ouvertes au public seront dorénavant tenues de recourir à un représentant indépendant pour toute assemblée générale.

Il faut rejeter la suppression de la représentation par un organe de la société. L'affirmation de l'avant-projet selon laquelle la représentation par un organe de la société joue un rôle marginal dans la pratique est fautive. Ce serait plutôt le contraire. Dans le cas des sociétés ouvertes au public, les organes représentent une part importante des votes. De plus, les actionnaires privilégient souvent un membre d'un organe de la société. A la demande de l'Office fédéral de la justice, le professeur Hans Caspar von der Crone a réalisé une étude¹⁹ faisant un tour d'horizon du rôle de la représentation institutionnelle des votes sur la base d'un sondage réalisé auprès de 286 sociétés suisses ouvertes au public (dont 26 figurent dans le SMI). D'après cette étude, les actionnaires des sociétés suisses ouvertes au public établissent une procuration en faveur de :

- un **organe de la société** 23 % (titres du SMI : 36 %),
- un **représentant indépendant** 10 % (SMI : 20 %)
- un **représentant dépositaire** : 4 % (SMI : 2 %).

¹⁸ Etude d'ethos « *Gouvernement d'entreprise des sociétés suisses* », Genève, novembre 2005, p. 40

¹⁹ Hans Caspar von der Crone, rapport sur la révision partielle du droit des sociétés anonymes, partie 4 : représentation des voix / actions « dispo » (www.rwi.unizh.ch/vdc/team/Publikationen_HC/Bericht%20Teilrevision%20Aktienrecht%20Teil%204.pdf)

Sur la base de ces chiffres, l'auteur de l'étude conclut que « la représentation par des organes de la société et autres personnes indépendantes revêt une importance considérable pour les grandes sociétés » et que « la solution simple et avantageuse en termes de coût de se faire représenter par une banque dépositaire ou un organe de la société est dans l'intérêt des actionnaires et répond à un besoin pratique²⁰ ». Aussi est-il incompréhensible que, selon certains, la représentation par un organe de la société n'a pas fait ses preuves dans la pratique.

Conformément à l'avant-projet, les sociétés ouvertes au public ne pourraient plus recourir qu'à un représentant indépendant. En l'absence d'instructions concrètes, celui-ci devrait s'abstenir de voter (art. 689, al. 2 AP-CO). De plus, à l'avenir, la majorité absolue sera normalement²¹ déterminée en fonction du nombre de voix déposées, sachant que les abstentions ne comptent pas comme telles (art. 703, al. 2 AP-CO). Etant donné que les procurations générales en faveur du représentant indépendant ne sont pas possibles, que la représentation par un dépositaire ou un organe de la société est abolie et que les actions « dispo » ne sont pas accompagnées d'un droit de vote, dans le cas des sociétés ouvertes au public, la grande majorité des actionnaires passifs et satisfaits, y compris la majorité des petits actionnaires, seraient massivement sous-représentés tandis que les actionnaires activistes et opposants, les actionnaires institutionnels et les grands actionnaires seraient fortement surreprésentés. Cela ne contribuerait guère à la formation d'une volonté représentative de l'assemblée générale.

• ***Limitation de la responsabilité : une approche globale s'impose***

L'avant-projet propose de définir un montant limite pour la responsabilité solidaire de l'organe de révision, pour autant que cette responsabilité ne relève que d'une faute légère (art. 759, al. 1bis AP-CO). Il fixe la responsabilité maximale en cas de

faute légère à 25 millions de francs dans le cadre de la révision de sociétés dont les actions sont cotées en Bourse et de sociétés d'une certaine importance économique, et à 10 millions de francs pour la révision des autres sociétés.

Pour les organes des sociétés anonymes, le droit suisse prévoit un régime de responsabilité extrêmement stricte, en comparaison internationale. Le fait que, dans de nombreux cas, cela rend impossible une couverture du risque par une assurance indique que la responsabilité est probablement trop stricte. Cependant, les risques de responsabilité correspondants excèdent non seulement la puissance financière et la couverture d'assurance des grandes sociétés de révision, mais également celle des conseils d'administration, comme on l'imagine aisément. La question relative à une limitation de la responsabilité des organes doit donc être abordée de manière globale. Il convient en particulier d'intégrer dans la révision du droit suisse de la responsabilité, la question de la responsabilité du conseil d'administration. Dans le même domaine, il faudrait éventuellement examiner la question de la responsabilité du conseil d'administration dans le cas d'une société contrôlée dans sa totalité²². Une réglementation isolée de la responsabilité des organes de révision ne paraît pas avoir de sens.

L'avant-projet ne résout pas le problème des actions « dispo »

Quantité de sociétés cotées possèdent de nombreuses actions « dispo », c'est-à-dire des actions nominatives dont les propriétaires ne sont pas inscrits dans le registre des actionnaires. Cette situation n'est pas satisfaisante pour ces sociétés : elle ne connaît pas une partie substantielle de leur actionnaires et n'ont donc aucun moyen de communiquer directement avec eux. Les entreprises ne peuvent envoyer aux titulaires d'actions « dispo » une invitation à l'assemblée générale ou des informations sur les points à l'ordre du jour, par exemple. Les efforts des sociétés visant à encourager le plus grand nombre possible d'actionnaires à exercer leurs droits de participation sont

²⁰ Cf. p. 6, 10 de l'étude

²¹ C'est-à-dire pour autant que la loi ou les statuts n'en disposent pas autrement, cf. art. 703, al. 1 AP-CO

²² Dans ce contexte, il faudrait également régler les devoirs et responsabilités du conseil d'administration d'une filiale contrôlée dans sa totalité.

Modèle n° 1 : la marge de fluctuation du capital

La marge de fluctuation du capital remplacerait la réduction autorisée du capital-actions et introduirait la possibilité de déléguer une réduction du capital au conseil d'administration. 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. AP-CO). La marge de fluctuation est limitée vers le bas par le capital de base et vers le haut par le capital maximal. Il n'est pas nécessaire de convoquer les créanciers au préalable ni de demander une attestation de vérification à un réviseur pour les réductions de capital dans le cadre de la marge de fluctuation.

Modèle n° 2 : la réduction autorisée du capital-actions

La réduction autorisée du capital-actions viendrait compléter l'actuelle augmentation autorisée du capital-actions. Ainsi, l'assemblée générale pourrait confier au conseil d'administration le pouvoir de réduire le capital-actions jusqu'à un certain montant dans un délai de cinq ans au maximum. A l'inverse de la marge de fluctuation du capital, il faut, pour toute réduction, convoquer les créanciers et demander une attestation de vérification à un réviseur.

d'avance condamnés à l'échec. C'est la raison pour laquelle les entreprises exigent depuis longtemps une résolution du problème des actions « dispo ». L'avant-projet ne traite malheureusement pas ce thème et ne propose aucune solution. C'est regrettable et d'autant plus étonnant qu'un des objectifs centraux de la révision est de renforcer les droits des actionnaires. Il est important que ce problème soit abordé et qu'une solution soit élaborée lors de la poursuite du traitement de ce dossier.

2^e objectif : modification touchant la structure du capital

L'avant-projet propose les adaptations suivantes :

- l'institution d'une marge de fluctuation ou d'une réduction autorisée du capital-actions ;
- la suppression de la valeur nominale minimale des actions ;

- la suppression de l'action au porteur ; et
- la suppression de la limite supérieure du capital-participation.

Marge de fluctuation du capital et réduction autorisée du capital-actions

L'avant-projet propose le choix entre deux modèles pour ce qui concerne l'assouplissement de la structure du capital : la marge de fluctuation du capital et la réduction autorisée du capital-actions.

La marge de fluctuation du capital apparaît, à première vue, comme le modèle le plus attrayant en raison de sa plus grande flexibilité. En effet, elle offre une grande liberté dans la gestion de la structure du capital. Elle inclut d'une certaine façon le modèle de la réduction autorisée du capital-actions du fait que, dans le cas de la marge de fluctuation du capital, les actionnaires pourraient restreindre les pouvoirs du conseil d'administration. Ainsi, l'assemblée générale pourrait stipuler que le conseil d'administration peut uniquement augmenter ou réduire le capital-actions. Un examen détaillé de la praticabilité des modèles proposés par le Conseil fédéral sera déterminant pour le choix de l'un d'entre eux.

Suppression de la valeur nominale minimale

Après la réduction de la valeur nominale minimale des actions de 100 francs à 10 francs, lors de la révision du droit des sociétés anonymes en 1991, et sa nouvelle réduction à un centime en 2001, le Conseil fédéral propose maintenant de renoncer complètement à une valeur nominale minimale.

Même pour des actions dont la valeur nominale est d'un centime, un acteur économique peut souhaiter en réduire la valeur nominale. Dans ce contexte, le Conseil fédéral a examiné la question de l'introduction d'une action sans valeur nominale, mis en balance ses avantages et ses inconvénients pour finalement y renoncer²³. En contrepartie, il propose de supprimer la

²³ L'introduction du modèle des actions sans valeur nominale proprement dites, inconnu en Europe, impliquerait d'après les experts consultés par le Conseil fédéral une révision radicale du droit des actions, raison pour laquelle elle ne serait pas opportune. Pour l'introduction d'actions sans valeur nominale improprement dites (actions unitaires), des adaptations considérables s'imposeraient également : toutes les dispositions se rapportant à la valeur nominale devraient être modifiées. Cf. Le rapport explicatif p. 25 s.

disposition de la loi prescrivant une valeur nominale minimale. Ainsi, les actions pourraient dorénavant afficher n'importe quelle valeur nominale dès lors qu'elle est supérieure à zéro.

La suppression d'une valeur nominale minimale constitue un moyen approprié d'accroître la flexibilité et doit donc être saluée.

Abolition inutile de l'action au porteur

La proposition relative à l'abolition de l'action au porteur est motivée par le fait que l'émission de ce genre de titres n'a cessé de diminuer au cours des dernières années et qu'il s'agissait dans la plupart des cas de petites et moyennes entreprises. Les actions au porteur sont d'ailleurs en contradiction flagrante avec les principes de transparence des structures de capitaux. Ces dernières années, les actions au porteur ont été dans le feu de la critique au niveau international en particulier du « Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux » (GAFI/FATF) et de l'OCDE. La recommandation n° 33 des « Quarante recommandations » du GAFI du 20 juin 2003 demande que les pays membres – dont la Suisse – prennent des mesures appropriées afin que l'identité des personnes qui contrôlent des personnes morales puisse être constatée en temps voulu²⁴. La pression internationale contre les actions au porteur semble s'intensifier malgré la proposition de la Suisse d'introduire une obligation de s'annoncer auprès de la société pour les titulaires d'actions au porteur qui contrôlent directement, indirectement ou en concertation avec des tiers 10 % au moins de tous les droits de vote.

Il est crucial de renforcer la bonne réputation de la place financière helvétique, mais il faut éviter de prononcer des interdictions de manière précipitée, car une limitation inutile des possibilités dans le droit suisse des sociétés réduirait l'attrait de ce dernier.

²⁴ La recommandation n° 33 du GAFI relative au droit des sociétés et aux actions au porteur en particulier dit : « Les pays devraient prendre des mesures pour empêcher l'utilisation illicite de personnes morales par les blanchisseurs de capitaux. Les pays devraient s'assurer que des informations adéquates, pertinentes et à jour sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des personnes morales peuvent être obtenues ou consultées en temps voulu par les autorités compétentes. En particulier, les pays dans lesquels les personnes morales peuvent émettre des actions au porteur devraient prendre les mesures appropriées pour faire en sorte que ces personnes ne soient pas utilisées à mauvais escient pour blanchir des capitaux, et devraient être capables de démontrer l'adéquation de

En Suisse, près de 30 000 sociétés ont encore des actions au porteur. On peut lire jusque dans le rapport final du GAFI/FATF de novembre 2005 que « les actions au porteur constituent un instrument important de l'économie suisse »²⁵. Contrairement à ce que laissent supposer les explications figurant dans le rapport explicatif du Conseil fédéral, des actions au porteur de grandes sociétés suisses comme Roche, Swatch ou Kudelski circulent aujourd'hui sur le marché. Ainsi, l'utilité de ce genre de titres demeure relativement forte.

Il est inutile d'abolir l'action au porteur pour vaincre les doutes du GAFI/FATF. Ce dernier recommande aux pays qui connaissent l'action au porteur de prendre des mesures afin d'éviter que les sociétés concernées les utilisent en vue de blanchir des capitaux ou de financer des activités terroristes. Aussi, la Suisse doit-elle envisager d'accroître davantage la transparence dans les sociétés utilisant des actions au porteur. Pour ce faire, il est essentiel d'identifier les personnes qui contrôlent les sociétés. Les sociétés cotées sont d'ores et déjà soumises à une obligation d'annonce. Partant, la solution radicale proposée de la supprimer toutes les actions au porteur va au delà du but visé. Ainsi, l'avis défavorable du GAFI/FATF s'explique non seulement par la problématique des actions au porteur, mais aussi par d'autres facteurs pris en considération dans l'évaluation. C'est pourquoi la restriction des structures possibles proposée par le Conseil fédéral dans le cadre de l'abolition de l'action au porteur est inutile.

Suppression de la limite supérieure du capital-participation.

Selon l'avant-projet, créer des bons de participation restera possible. La limite supérieure du capital-participation sera supprimée. Il sera donc possible à l'avenir de fixer le rapport entre les actions et les bons de participation des entreprises en fonction des besoins et du marché. Il faut saluer l'optimisation de la flexibilité qui en découle.

²⁵ 3e rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme, Suisse, GAFI/OCDE, Paris 2005, p. 205, § 1015 ss. (www.fatf-gafi.org/dataoecd/29/11/35670903.pdf)

3^e objectif : moderniser les règles de l'assemblée générale

Ce chapitre de l'avant-projet propose une base légale pour l'utilisation de médias électroniques en vue de la tenue des assemblées générales. Il prévoit en particulier les modifications suivantes :

Assemblée générale « multi-site » et à l'étranger

L'avant-projet propose une base légale pour tenir des assemblées générales simultanément en plusieurs lieux. Une condition est que les interventions des participants soient retransmises en direct à l'ensemble des sites. 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 inscrites au procès-verbal (art. 701a AP-CO).

Convocation électronique

L'article 700, alinéa 1 AP-CO permet de convoquer l'assemblée générale à l'aide de moyens de communication électroniques, mais cela n'est possible que si l'actionnaire y consent.

Procurations électroniques

La loi sur la signature électronique, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2005 (SCSE), assimile la signature électronique à la signature manuscrite. Cette loi a créé les bases pour l'utilisation de procurations électroniques en vue de l'exercice des droits de participation découlant du droit des sociétés anonymes.

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 forme électronique si les statuts le permettent (art. 701c AP-CO). Il devient donc possible de participer à l'assemblée générale à partir de son domicile, par vidéoconférence.

Assemblée générale électronique

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 AP-CO). L'assemblée générale se déroule alors exclusivement en recourant à des moyens de communication électroniques. La tenue d'une assemblée générale par écrit reste exclue. On tient ainsi au principe de l'immédiateté.

Evaluation des propositions relatives à l'assemblée générale

Du fait que le recours à Internet encourage la participation active des actionnaires à l'assemblée générale, les propositions sont d'une manière générale également dans l'intérêt d'un bon gouvernement d'entreprise. A titre d'appréciation générale, il faut saluer l'objectif d'une adaptation à l'ère de l'information. La praticabilité des instruments proposés et la nécessité pratique de leur utilisation seront déterminants pour l'appréciation définitive.

4^e objectif : réforme du droit comptable

Dès 1993, le groupe de réflexion recommandait l'élaboration d'une loi spéciale sur l'établissement des comptes et sur la publicité. L'avant-projet de loi sur l'établissement et la vérification des comptes annuels (LECCA), élaboré par la suite, a été vivement critiqué en 1998 lors de la procédure de consultation. Les opposants ont en particulier mis en avant le fait qu'il ne tenait pas suffisamment compte de la situation des petites et moyennes entreprises et que le projet pourrait entraîner indirectement des hausses d'impôts.

Renvoyé en vue d'être retravaillé, l'avant-projet a été divisé en deux parties en 2003, en raison de l'urgence d'une adaptation du droit suisse de la révision. La préférence a été donnée à un réexamen de la réglementation concernant l'obligation de révision et à la création d'une surveillance de la révision, qui furent ensuite « annexés » au message sur la révision du droit de la Sàrl. La partie relative au droit de l'élaboration des comptes a été retravaillée ultérieurement, à la lumière d'une procédure de consultation et a, une nouvelle fois, été soumise en consultation dans le cadre de la révision du droit des actions. Elle présente également un lien avec le gouvernement d'entreprise : la question de la transparence.

Différenciation indépendante de la forme de droit

Comme la refonte de l'obligation de révision, le nouveau droit comptable prévoit une réglementation uniforme pour toutes les formes de droit relevant du droit privé et une différenciation selon la taille de l'entreprise. A l'instar du futur droit de la révision, les grandes entreprises sont soumises à des règles plus strictes (art. 961 ss. AP-CO). Les valeurs limites corres-

pondantes sont les mêmes que celles fixées dans le cadre de la modification de l'obligation de révision dans le droit des sociétés. Cette obligation frappe l'entreprise lorsqu'elle dépasse deux des trois valeurs limites durant deux exercices consécutifs : total du bilan de 10 millions de francs, chiffre d'affaires de 20 millions de francs et 50 emplois à plein temps.

Structure minimale et réglementation sans incidences fiscales

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 la plus condensée du référentiel IFRS (*International Financial Reporting Standards*).

Quant à la relation entre le droit commercial et le droit fiscal, l'avant-projet conserve aussi le principe de l'importance déterminante du bilan commercial. La garantie effective de la neutralité fiscale est un élément déterminant pour l'examen détaillé des propositions.

Comptes consolidés

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

Corrections nécessaires dans la loi sur la fusion

La révision du droit des sociétés anonymes constitue aussi une occasion d'éliminer les défauts de la loi sur la fusion. Même si cette loi est en vigueur depuis un peu plus d'un an seulement, on constate déjà que la scission, en particulier, et le transfert de patrimoine, dans une moindre mesure, sont peu utilisés. Cela tient avant tout à la responsabilité subsidiaire illimitée des sociétés participant à une scission (art. 47 LFus), à l'incertitude entourant la transmission des contrats avec les actifs et les passifs en cas de scission ou de transfert de patrimoine et la nécessité d'une approbation de l'autre partie contractante ainsi qu'aux exigences excessives des registres du commerce en ce qui concerne le degré de précision de l'inventaire.

La loi sur la fusion relevant également du droit des sociétés anonymes, ces points devraient être abordés dans le cadre de la présente révision du droit des sociétés anonymes.

Commentaire

Un droit des sociétés moderne et attrayant fait partie intégrante de conditions-cadre favorables pour un site économique. La révision du droit des sociétés anonymes et du droit comptable mis en consultation doit donc être évaluée dans le contexte de la compétitivité internationale de la place économique suisse.

Il faut saluer l'essentiel des propositions soumises par le Conseil fédéral. L'assouplissement prévu de la structure du capital accroît la marge de manœuvre et renforce l'attrait du droit suisse des sociétés anonymes. Cependant, la partie du projet relative à la modernisation de la structure du capital présente des défauts. En particulier la suppression de l'action au porteur se traduirait par une diminution inutile des choix. D'une manière générale, il ne faut pas que des prescriptions étatiques décident de la structure d'une entreprise. Les entreprises ou leurs propriétaires doivent le plus possible la choisir eux-mêmes. Le rôle de la loi est de mettre à la disposition des entreprises un vaste choix. La transparence est importante. Il importe de procéder à des limitations uniquement quand c'est réellement nécessaire et ces dernières doivent éviter d'occasionner des démarches excessives de la part des entreprises.

La croissance durable à long terme de la valeur d'une entreprise doit être au centre d'un bon gouvernement d'entreprise. Cela suppose que les entreprises puissent prendre des mesures organisationnelles pour garantir un minimum de continuité. L'introduction de l'obligation de limiter la durée de mandat des membres du conseil d'administration à un an rendrait impossible l'échelonnement de mandats pluriannuels pratiqué au nom de la continuité.

D'une manière générale, les propositions relatives au gouvernement d'entreprise sont excessivement marquées par un activisme réglementaire, qui a vu le jour après les faillites spectaculaires et la découverte de problèmes de gestion dans les entreprises de ces dernières années. La tendance actuelle ne doit pas aboutir à l'adoption précipitée d'une réglementation excessive. Cela causerait des dommages durables aux fondements du droit des actions. Il faut laisser suffisamment de place à l'autorégulation.

Pour toutes questions :
urs.furrer@economiesuisse.ch