



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP

**Office fédéral de la justice OFJ**

Office fédéral du registre du commerce OFRC

Auteurs : Karin Poggio/Florian Zihler/Adrian Tagmann

# Résultats de la consultation sur l'avant-projet du 28 novembre 2014 de modification du code des obligations (droit de la société anonyme)

Berne, 17 septembre 2015

## Table des matières

1	Généralités.....	4
2	Objet de la consultation (avant-projet) .....	4
3	Survol des résultats.....	5
3.1	Appréciation globale de l'avant-projet .....	5
3.2	Résultats dans les grandes lignes.....	6
4	Détail des résultats.....	7
4.1	Dispositions sur la fondation et le capital .....	7
4.1.1	Approbation nette.....	7
4.1.2	Capital-actions en monnaie étrangère .....	7
4.1.3	Libération partielle et valeur nominale minimale .....	7
4.1.4	Libération par compensation de créance .....	8
4.1.5	Apport en nature et reprise de biens (effective ou envisagée) .....	8
4.1.6	Augmentation ordinaire du capital.....	9
4.1.7	Augmentation au moyen d'un capital conditionnel .....	10
4.1.8	Réduction du capital .....	10
4.1.9	Marge de fluctuation du capital .....	12
4.1.10	Capital-participation .....	12
4.1.11	Actions propres .....	13
4.1.12	Réserves légales issues du capital et du bénéfice et remboursements interdits .....	14
4.1.13	Dividendes intermédiaires.....	15
4.2	Statuts : dispositions nécessaires et dispositions valables à condition de figurer dans les statuts .....	15
4.3	Assemblée générale et conseil d'administration .....	16
4.3.1	Généralités .....	16
4.3.2	Représentation à l'assemblée générale.....	16
4.3.3	Droits de demander des renseignements et de consulter certains documents .....	16
4.3.4	Convocation de l'assemblée générale et ordre du jour .....	17
4.3.5	Lieu de réunion de l'assemblée générale .....	18
4.3.6	Recours aux médias électroniques.....	18
4.3.7	Déroulement de l'assemblée générale.....	19
4.3.8	Composition et organisation du conseil d'administration .....	19
4.4	Mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst. ....	21
4.4.1	Dispositions dépassant le cadre de l'ORAb .....	21
4.4.2	Interdiction du vote prospectif sur les rémunérations variables .....	21
4.4.3	Indication des indemnités accordées à chacun des membres de la direction.....	22
4.4.4	Utilisation du montant complémentaire pour les nouveaux membres de la direction.....	22
4.4.5	Extension de la liste des indemnités interdites .....	23
4.5	Quotas de représentation des sexes dans les sociétés anonymes cotées en bourse .....	24
4.6	Restrictions à la transmissibilité des actions nominatives cotées en bourse et inscription au registre des actions.....	25
4.7	Dividendes différenciés et actions dispo .....	25
4.8	Restitution de prestations.....	27
4.9	Responsabilité des organes .....	28
4.10	Examen spécial.....	29
4.11	Droit d'intenter une action aux frais de la société .....	29

4.12	Clause d'arbitrage statutaire .....	30
4.13	Menace d'insolvabilité, perte de capital et surendettement .....	31
4.14	Durée du mandat de l'organe de révision.....	33
4.15	Etablissement des comptes (bilan intermédiaire, consolidation, transparence générale) .....	33
4.16	Transparence dans les entreprises de matières premières.....	34
4.17	Société à responsabilité limitée .....	36
4.18	Société coopérative.....	36
4.18.1	Généralités .....	36
4.18.2	Publicité des indemnités et demandes de renseignements les concernant .....	37
4.19	Modifications d'autres actes .....	37
4.19.1	Code civil .....	37
4.19.2	Loi du 3 octobre 2003 sur la fusion.....	38
4.19.3	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.....	38
4.19.4	Code pénal .....	38
4.19.5	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité.....	38
5	Annexe I : Participants à la consultation .....	40
5.1	Cantons.....	40
5.2	Partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale.....	40
5.3	Associations faïtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national .....	41
5.4	Associations faïtières de l'économie qui œuvrent au niveau national .....	41
5.5	Universités et hautes écoles spécialisées.....	41
5.6	Autres associations .....	42
5.7	Autres participants .....	43
6	Annexe II : autres aspects évoqués .....	46
6.1	Actions, capital-actions, financement.....	46
6.2	Implication des employés.....	46
6.3	Droit de la révision .....	46
6.4	Création de nouvelles entités juridiques et modification d'entités existantes .....	47
6.5	Loi sur les bourses .....	47
6.6	Droits de l'homme et environnement.....	47
6.7	Aspects divers.....	48

## 1 Généralités

La consultation sur l'avant-projet de modification du code des obligations<sup>1</sup> (droit de la société anonyme [SA]) s'est ouverte le 28 novembre 2014<sup>2</sup> et s'est terminée le 15 mars 2015. Les 147 avis rendus sont accessibles sur le site de l'Office fédéral de la justice (OFJ)<sup>3</sup>. Ils se répartissent de la manière suivante :

- cantons : 26 ;
- partis représentés à l'Assemblée fédérale : 7 ;
- associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne œuvrant au niveau national : 2 ;
- associations faîtières de l'économie œuvrant au niveau national : 7 ;
- universités et hautes écoles spécialisées : 8 ;
- autres associations : 44 ;
- autres participants à la consultation : 53.

Certaines entités invitées à participer ont expressément renoncé à rendre un avis.

La liste détaillée des participants, avec leurs abréviations, figure à l'**annexe I** de la présente synthèse. Dans les notes de bas de page, seules ces abréviations sont utilisées.

Les remarques qui dépassent le cadre de l'avant-projet sont présentées dans l'**annexe II**.

## 2 Objet de la consultation (avant-projet)

L'avant-projet porte sur différents thèmes, qui n'ont parfois pas de lien entre eux<sup>4</sup>.

Etant donné que le Conseil des Etats avait fini, en été 2009, de délibérer sur le projet du 21 décembre 2007 de révision du droit de la SA (projet de 2007)<sup>5</sup>, laissé en friche suite à l'acceptation de l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives »<sup>6</sup>, et qu'il restait peu de points contestés<sup>7</sup>, de nombreux aspects ont pu être repris dans l'avant-projet : marge de fluctuation du capital, réserves légales issues du capital et du bénéfice, dividendes intermédiaires, convocation et déroulement de l'assemblée générale, recours aux médias électroniques et examen spécial.

L'avant-projet transfère aussi les dispositions de l'ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb)<sup>8</sup> dans différentes lois fédérales. Il règle également d'autres aspects présentant un lien étroit avec l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives », dans le but de renforcer la sécurité du droit ainsi que sa mise en oeuvre. Il précise en particulier le devoir de diligence du conseil d'administration et de la direction en matière de rémunérations, fixe des limites pour les primes d'embauche et les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence et simplifie le recours à l'action en restitution et à l'action en responsabilité en droit de la SA et en droit de la procédure civile.

En réponse à des interventions parlementaires, les dispositions du droit de la SA sur l'assainissement ont été retravaillées et adaptées à celles sur la procédure concordataire de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et faillites (LP)<sup>9</sup> entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014.

---

<sup>1</sup> RS 220

<sup>2</sup> <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/past.html> (2014, Département fédéral de justice et police)

<sup>3</sup> <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>

<sup>4</sup> Voir KARIN POGGIO/FLORIAN ZIHLER, Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts, L'Expert-comptable suisse 1-2/2015, p. 93 ss.

<sup>5</sup> FF 2008 1407 (traité depuis 2009 comme projet 1 de l'objet 08.011)

<sup>6</sup> BO 2013 N 884 ss ; BO 2013 E 568 ss.

<sup>7</sup> BO 2009 E 601 ss

<sup>8</sup> RS 221.331

<sup>9</sup> RS 281.1

Le traitement à part, depuis l'été 2009<sup>10</sup>, de la révision du droit comptable entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>11</sup> a donné lieu à quelques dissonances (réserves, actions propres), auxquelles l'avant-projet permet de remédier. Le capital-actions ne devra plus nécessairement être libellé en francs suisses. La possibilité de tenir la comptabilité et de présenter les comptes annuels dans la monnaie étrangère fonctionnelle sera inscrite dans le droit de la SA. Quant aux comptes consolidés, d'une part les valeurs seuils à partir desquelles un groupe est tenu de les dresser seront relevées, d'autre part la possibilité de les présenter à la valeur comptable sera supprimée.

L'avant-projet s'inspire du droit européen pour proposer une réglementation de la transparence dans les grandes sociétés extractrices de matières premières soumises au contrôle ordinaire.

Enfin, l'avant-projet traite différents points soulevés ces dernières années par des interventions parlementaires ou des débats politiques et publics, comme la représentation de chaque sexe dans les conseils d'administration et les directions des grandes sociétés cotées en bourse et les problèmes liés à une proportion élevée d'actions dispo (augmenter ou réduire les dividendes).

### 3 Survol des résultats

#### 3.1 Appréciation globale de l'avant-projet

Certains participants approuvent globalement l'avant-projet, alors que d'autres le rejettent entièrement.

Environ un quart des participants, notamment la majorité des cantons, ont approuvé expressément l'avant-projet dans son ensemble<sup>12</sup>. Le transfert de l'ORAb au niveau de la loi, la libéralisation des dispositions sur la fondation et sur le capital, l'amélioration de la gouvernance d'entreprise et l'harmonisation du droit de comptable et du droit de la SA ont en particulier été accueillis favorablement.

Un bon quart des participants, en particulier des associations économiques et professionnelles<sup>13</sup> désapprouvent quant à eux clairement l'avant-projet. Ils invoquent l'insécurité du droit et la génération de coûts inutiles liés à la réglementation. Ils se montrent d'autant plus critiques vis-à-vis de l'avant-projet et de ses conséquences pour la place économique suisse que les entreprises suisses ont déjà perdu en compétitivité suite à l'abandon du taux plancher du franc face à l'euro. Dans ce contexte, ils estiment qu'il faut éviter tout coût ou insécurité supplémentaire pour les entreprises<sup>14</sup>. Ils demandent que les travaux soient momentanément suspendus et que soit mis en place un « groupe de réflexion » qui aborderait la thématique de manière globale en veillant au long terme. Si cette réflexion ne peut avoir lieu, ils recommandent d'élaborer un projet qui ne nuirait pas à l'économie, à savoir qui n'irait pas plus loin que les dispositions actuelles de l'ORAb et qui n'étendrait pas aux sociétés non cotées la réglementation applicable aux sociétés cotées<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> BO 2009 E 601 s. (traité depuis l'été 2009 comme projet 2 de l'objet 08.011)

<sup>11</sup> RO 2012 6679

<sup>12</sup> BE, p. 1 ; BS, p. 1 ; FR, p. 1 ; JU, p. 1 ; NE, p. 1 lettre d'accompagnement ; SG, p. 1 ; SZ, p. 1 lettre d'accompagnement ; TI, p. 1 ; UR, p. 2 ; VD, p. 1 lettre d'accompagnement ; VS, p. 1 ; ZH, p. 1 ; PS, p. 1 ; PS femmes, p. 1 ; SEC, p. 1 ; Uni BS, p. 1 ; Uni ZH, p. 4 ; Actares, p. 1 ; ASIP, p. 1 ss ; CAF, p. 1 ; Ethos, p. 1 ; FEDER, p. 2 ; Veb.ch, p. 1 ; FSA, p. 2 ; Böckli, p. 7 ; Coop, p. 1 ; SUISA, p. 2 ; Walderwyss, p. 1 ; zRating, p. 1.

<sup>13</sup> GL, p. 1 ; ZG, p. 1 ; Employeurs, p. 1 ; Economiesuisse, p. 1 ss ; ASB, p. 1 ss ; USAM, p. 1 s. ; Uni NE, p. 1 ; Uni SG, p. 6 ; AIHK, p. 3 ; TreuhandSuisse, p. 1 ss ; SwissHoldings, p. 1 ss ; Swissmem, p. 1 ss lettre d'accompagnement ; USM, p. 1 ; Swiss Biotech, p. 1 ; Swiss Re, p. 1 s. ; Swiss Textiles, p. 2 ; UBCS, p. 1 ss ; VPAG, p. 1 s. ; HK BS/BL, p. 1 ; Homburger, p. 1 ss ; Kellerhals, p. 1 s. ; Kuster, p. 9 ss ; Swiss Re, p. 1 s. ; Zurich, p. 1 s.

<sup>14</sup> Economiesuisse, p. 1 ; SwissHoldings, p. 1.

<sup>15</sup> Le 27 mars 2015, le PDC, le PLR et l'UDC ont publié un paquet de mesures pour le renforcement de la place économique suisse. Ils se sont exprimés comme suit sur la révision du droit de la SA : « reprise stricte de l'ordonnance contre les rémunérations excessives des sociétés anonymes cotées en bourse (mise en œuvre de l'initiative Minder) lors de la révision, et soutien des mesures pour la libéralisation des dispositions liées à la création d'entreprises et aux capitaux ». Document accessible à l'adresse : [http://www.plr.ch/images/stories/20150326\\_Forderungskatalog\\_St%C3%A4rkung\\_Standort\\_f\\_final.pdf](http://www.plr.ch/images/stories/20150326_Forderungskatalog_St%C3%A4rkung_Standort_f_final.pdf)

## 3.2 Résultats dans les grandes lignes

Les retours négatifs concernent en premier lieu les dispositions imposant de nouvelles exigences aux entreprises et nuisant à l'attrait économique de la Suisse. Les participants parlent de surréglementation dans le domaine de l'assemblée générale et du conseil d'administration, notamment pour les SA non cotées. Ils estiment que ces dernières ne doivent pas se voir imposer des exigences inutiles en matière de gouvernance et qu'elles doivent pouvoir être administrées avec des charges raisonnables. Ils sont opposés au net abaissement des seuils nécessaires pour la convocation de l'assemblée générale et pour les droits d'inscription d'un objet à l'ordre du jour et de proposition, ainsi qu'à l'extension des droits de demander des renseignements et de consulter certains documents.

En ce qui concerne les dispositions sur le capital et sur la fondation, les participants reconnaissent que les modifications apportent plus de liberté et de flexibilité et qu'elles réduisent la bureaucratie. Ces nouvelles dispositions sont donc clairement approuvées, notamment la possibilité de libeller le capital-actions en monnaie étrangère, l'abaissement de la valeur nominale minimale des actions, la suppression de la reprise de biens (effective ou envisagée), la réglementation plus précise de l'apport en nature et de la compensation de créances et l'introduction de la marge de fluctuation du capital (augmentation et réduction du capital). En revanche, les avis sont très divers en ce qui concerne la suppression de la libération partielle. Certains participants souhaitent qu'elle soit maintenue.

Les nouvelles dispositions sur le recours aux médias électroniques ont aussi reçu un écho favorable (notamment assemblée générale virtuelle et vote électronique). Seul le forum électronique est clairement désapprouvé, en raison des coûts élevés qu'il occasionnerait et des risques d'abus.

En ce qui concerne la mise en œuvre de l'art. 95, al. 3, Cst. (rémunérations abusives), les participants ont clairement approuvé les dispositions figurant dans l'ORAb, mais clairement désapprouvé celles qui dépassent le cadre de celle-ci, à savoir notamment : la définition dans les statuts du rapport maximal entre la rémunération fixe et la rémunération globale, la mention explicite du devoir de diligence des membres du conseil d'administration et de la direction en matière de rémunérations, l'interdiction du vote prospectif sur les rémunérations variables, la publication des rémunérations accordées à chacun des membres de la direction (et non uniquement du conseil d'administration), l'utilisation du montant complémentaire uniquement pour la rémunération des nouveaux membres de la direction, la définition de limites pour les primes d'embauche et les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence et la possibilité d'intenter action aux frais de la société.

Tous les participants estiment qu'il est important de veiller à une représentation équilibrée de chaque sexe au sein du conseil d'administration et de la direction. Au nom de la liberté économique et contractuelle, ils désapprouvent toutefois clairement la définition d'une valeur indicative pour les grandes sociétés cotées en bourse. Ils souhaiteraient favoriser la voie de l'autorégulation. Différentes organisations féministes et quelques autres participants soutiennent l'avant-projet et souhaitent que soient définies des mesures plus concrètes, ainsi que des systèmes de contrôle et des sanctions efficaces.

Les avis sur la transparence dans les entreprises de matières premières sont très partagés. Environ la moitié des participants est en faveur de la réglementation, l'autre la désapprouve. Une partie des voix en faveur souhaiterait que le négoce des matières premières soit également réglementé. Les milieux économiques sont en revanche contre la possibilité offerte au Conseil fédéral d'étendre la réglementation au négoce. D'autres participants préféreraient que cette réglementation fasse l'objet d'une loi spéciale.

En outre, la proposition de réduire les actions dispo en nombre trop important a été accueillie favorablement. L'idée d'introduire des dividendes facultatifs plus élevés ou moins élevés est par contre clairement désapprouvée, de même que le principe de subordonner le remboursement des réserves issues du capital à une attestation par un expert-réviseur, car il ne correspond pas à la jurisprudence du Tribunal fédéral et ne répond à aucune nécessité. Quant aux nouvelles dispositions sur l'assainissement dans le droit de la SA, elles sont clairement approuvées, en particulier parce qu'elles favorisent le maintien de liquidités dans la société.

## 4 Détail des résultats

### 4.1 Dispositions sur la fondation et le capital

#### 4.1.1 Approbation nette

Les nouvelles mesures sur la fondation et le capital ont été clairement approuvées, car, dans l'ensemble, elles apportent plus de flexibilité et réduisent la bureaucratie<sup>16</sup>.

Quelques participants voudraient en plus supprimer, pour les sociétés à structure simple, l'obligation actuelle de passer par la forme authentique pour leur constitution, leur dissolution et leur radiation du registre du commerce<sup>17</sup>. D'autres participants sont explicitement pour le maintien de cette obligation<sup>18</sup>.

#### 4.1.2 Capital-actions en monnaie étrangère

La possibilité de libeller le capital-actions en monnaie étrangère, également auprès du registre du commerce (art. 621), a été très bien accueillie. La nouvelle disposition permet d'harmoniser le droit de la SA avec le droit comptable, qui autorise déjà la tenue de la comptabilité (art. 957a, al. 4, CO) et la présentation des comptes (art. 958d, al. 3, CO) dans la monnaie la plus importante au regard des activités de l'entreprise<sup>19</sup>.

Certains participants souhaitent limiter le nombre de monnaies étrangères autorisées ou transférer cette compétence au Conseil fédéral<sup>20</sup>.

Le moment à considérer pour la couverture du capital suscite des désaccords (inscription au registre du commerce au sens de l'art. 621, al. 2, AP-CO ; inscription au registre journalier, décision de constatation du conseil d'administration, versement des apports sur le compte bloqué), de même que la manière de gérer les variations de taux de change<sup>21</sup>. Pour certains participants, les créanciers courraient des risques en cas de dévaluation de la monnaie étrangère<sup>22</sup>.

Dans certains avis, l'obligation de faire attester la couverture du capital après un changement de monnaie (art. 621, al. 3, ch. 2) est jugée superflue, car aucune perte de capital ne peut résulter d'une conversion au taux du jour visé<sup>23</sup>. Un changement de monnaie ne devrait pas être autorisé qu'au début de l'exercice (ch. 3). Il devrait l'être par exemple aussi au moment d'une fusion<sup>24</sup>.

#### 4.1.3 Libération partielle et valeur nominale minimale

Les avis sont très divers quant à la suppression de la possibilité de libérer partiellement le capital-actions (art. 632).

Les participants soutenant la libération partielle avancent qu'elle répond à un besoin des start-ups. La société à responsabilité limitée (Sàrl) n'offre pas les mêmes avantages : l'identité des associés est publiée au registre du commerce et il n'est pas possible de prévoir

---

<sup>16</sup> AI, p. 1 ; BL, p. 1 ; BS, p. 1 ; GE, p. 1 ; GR, p. 2 ; HRA LU, p. 1 s. ; JU, p. 1 ; SG, p. 1 ; UR, p. 2 ; PLR, p. 1 ; ASB, p. 1 ; UniL, p. 26 ; CP, p. 3 ; SECA, p. 11 s. ; SO HK, p. 1 ; Chambre fiduciaire, p. 2 ; BärKarrer, p. 2 ; Clariant, p. 1 ; CS, p. 3 und 7 ; Swiss Re, p. 1.

<sup>17</sup> USAM, p. 10 ; Forum PME, p. 3 ; SO HK, p. 9 ; ZH HK, p. 10.

<sup>18</sup> GR, p. 2 ; ZG, p. 3.

<sup>19</sup> GE, p. 1 ; GR, p. 3 ; HRA LU, p. 1 ; JU, p. 1 ; NE, p. 5 ; PDC, p. 5 ; PS, p. 3 ; Economiesuisse, p. 23 ; Uni BS, p. 4 ; Uni NE, p. 2 ; CP, p. 2 ; FDER, p. 3 ; IHZ, p. 3 ; SECA, p. 11 ; SO HK, p. 2 ; isade, p. 1 ; SwissHoldings, p. 26 ; Chambre fiduciaire, p. 3 ; Veb.ch, p. 1 ; ZH HK, p. 2 ; BärKarrer, p. 6 ; CFA, p. 5 ; Chapuis, p. 2 ; Clariant, p. 1 ; CS, p. 16 ; Lenz&Staehein, p. 3 ; Novartis, p. 8 ; SchellenbergWittmer, p. 4 ; Suter, p. 1 ; Swiss Re, p. 2 ; Walderwyss, p. 3 et 6.

<sup>20</sup> AR, p. 2 ; ZG, p. 1 ; ASB, p. 14 ; USAM, p. 5 ; UBCS, p. 3 ; SchellenbergWittmer, p. 4.

<sup>21</sup> AR, p. 2 ; HRA LU, p. 1 ; NW, p. 1 ; ZH, p. 1 ; BärKarrer, p. 7 und 9.

<sup>22</sup> AG, p. 2 ; ZHAW, p. 2 ; Böckli, p. 2.

<sup>23</sup> Chambre fiduciaire, p. 3 ; Veb.ch, p. 2.

<sup>24</sup> PLR, p. 1 ; ASB, p. 14 ; BärKarrer, p. 8 s. ; CS, p. 16.

de capital conditionnel<sup>25</sup>. De plus, un participant avance que, en cas de faillite, une libération partielle donne lieu à une obligation d'effectuer des versements supplémentaires. Elle garantit donc la protection des créanciers<sup>26</sup>.

Les partisans de la suppression de la libération partielle avancent que la libération totale est préférable du point de vue de la protection des créanciers et des actionnaires. Ils estiment que la Sàrl, avec un capital de 20 000 francs, offre les mêmes avantages. En outre, on résoudrait enfin le problème des actions au porteur partiellement libérées<sup>27</sup>.

Certains critiquent l'art. 4 des dispositions transitoires de l'AP-CO, car il équivaut de fait à une obligation de libération ultérieure. Pour eux, il devrait garantir aux sociétés existantes qu'elles pourront garder leur pourcentage de libération actuel ou proposer au moins au conseil d'administration une solution échelonnée<sup>28</sup>. D'autres sont en revanche pour une obligation explicite de libération ultérieure intégrale<sup>29</sup>.

Certains participants aimeraient que la possibilité de payer un agio de manière échelonnée après la fondation ou une augmentation de capital soit maintenue, même si la libération partielle est supprimée. Par ailleurs, l'art. 632 ne précise pas si l'agio doit aussi être versé sur le compte bloqué<sup>30</sup>.

La majorité approuve l'idée d'une valeur nominale qui soit simplement supérieure à zéro (art. 622, al. 4)<sup>31</sup>. Certains critiquent cette disposition en raison des difficultés de mise en œuvre (logiciels) et des coûts qu'elle occasionnera<sup>32</sup>. D'autres se demandent s'il est vraiment utile d'autoriser une valeur nominale aussi basse<sup>33</sup>.

#### 4.1.4 Libération par compensation de créance

Les participants approuvent clairement la possibilité de libérer le capital-actions avec des créances qui ne sont plus entièrement couvertes par les actifs (art. 634a)<sup>34</sup>. Certains estiment qu'une créance postposée devrait également pouvoir être prise en compte<sup>35</sup>.

Pour plus de transparence, d'autres demandent que le nom des créanciers et la cause de la créance soient inscrits dans les statuts<sup>36</sup>. Pour un participant, le fait qu'une créance non entièrement couverte par les actifs ait été utilisée pour la libération devrait également être publié<sup>37</sup>.

#### 4.1.5 Apport en nature et reprise de biens (effective ou envisagée)

Les participants approuvent l'idée de codifier la pratique de l'apport en nature et d'en définir les conditions dans la loi (art. 634). On renforcera ainsi la sécurité du droit<sup>38</sup>.

Certaines conditions de l'apport en nature ont été commentées, comme l'exigence de pouvoir transférer l'objet de l'apport à un tiers (al. 1, ch. 4)<sup>39</sup> et la compétence de la personne dressant l'acte authentique (al. 3)<sup>40</sup>.

---

<sup>25</sup> BS, p. 1 ; GL, p. 1 ; GE, p. 3 ; NE, p. 1 ; SH, p. 2 s. ; VD, p. 1 ; PDC, p. 5 ; ASB, p. 4 ; USAM, p. 6 ; FDER, p. 3 ; Forum PME, p. 1 ; SECA, p. 4 s. ; SO HK, p. 2 ; UBCS, p. 4 s. ; ZH HK, p. 3 ; BärKarrer, p. 11 ; Böckli, p. 3 ; CS, p. 2 s. et 8 ; Homburger, p. 10 s. ; Lenz&Staehelein, p. 2 ; Centrale lettres de gage, p. 1 s.

<sup>26</sup> Banque lettres de gage, p. 1 s.

<sup>27</sup> AR, p. 2 ; GR, p. 4 ; JU, p. 1 ; NE, p. 8 ; NW, p. 1 ; SO, p. 3 ; ZG, p. 2 ; PLR, p. 1 ; PS, p. 3, Uni ZH, p. 5 IHZ, p. 3 ; Walderwyss, p. 6.

<sup>28</sup> PDC, p. 5 ; Economiesuisse, p. 13 s. ; ASB, p. 4 ; USAM, p. 6 ; UBCS, p. 4 s. ; Centrale lettres de gage, p. 1 ; Böckli, p. 3 ; CS, p. 8 ; Homburger, p. 111 ; Banque lettres de gage, p. 2.

<sup>29</sup> AR, p. 4 ; SO, p. 7 ; ZG, p. 3 et 8.

<sup>30</sup> HRA LU, p. 2 ; NE, p. 4 ; SECA, p. 5 ; Böckli, p. 3 ; Lenz&Staehelein, p. 2.

<sup>31</sup> GE, p. 1 ; PDC, p. 5 ; PLR, p. 1 ; PS, p. 3 ; Economiesuisse, p. 24 ; Uni NE, p. 6 ; UniL, p. 27 ; CP, p. 2 ; FDER, p. 3 ; SECA, p. 11 ; isade, p. 1 ; SO HK, p. 2 ; SwissHoldings, p. 26 ; ZH HK, p. 2 ; CFA, p. 3 ; Chapuis, p. 2 ; Clariant, p. 1 ; Novartis, p. 8 ; SchellenbergWittmer, p. 4 ; Swiss Re, p. 2 ; Walderwyss, p. 4 Zurich, p. 11.

<sup>32</sup> BE, p. 3 ; NW, p. 1 ; ZG, p. 1 et 5.

<sup>33</sup> SO, p. 2 s. ; ZH, p. 2 ; USAM, p. 6 ; UBCS, p. 3 s.

<sup>34</sup> ZH, p. 2 ; Uni BS, p. 4 ; Uni NE, p. 8 s. ; Uni SG, p. 6 s. ; Uni ZH, p. 6 ; FSA, p. 5 ; SECA, p. 11 ; BärKarrer, p. 12 ; CS, p. 6 ; SchellenbergWittmer, p. 5 ; Walderwyss, p. 7 ; Zurich, p. 11.

<sup>35</sup> Homburger, p. 13 ; Walderwyss, p. 7.

<sup>36</sup> HRA LU, p. 2 ; NE, p. 6 ; SO, p. 4 ; Uni NE, p. 9.

<sup>37</sup> OAV, p. 2.

<sup>38</sup> GR, p. 4 ; NE, p. 8 ; NW, p. 2 ; BärKarrer, p. 11.

La proposition d'abroger les dispositions sur la reprise de biens (en particulier l'art. 628 CO) a été très bien accueillie. On évitera les problèmes juridiques liés à cette pratique qui renchérisse aujourd'hui la constitution du capital<sup>41</sup>. Du reste, les créanciers bénéficient d'une protection suffisante grâce aux dispositions sur la protection du capital et sur la responsabilité et aux dispositions pénales<sup>42</sup>.

Quelques participants sont contre la suppression de la reprise de biens. Selon eux, elle affaiblirait la constitution du capital et favoriserait les fondations frauduleuses<sup>43</sup>. D'autres doutent que la mesure améliorera la sécurité du droit, notamment pour le conseil d'administration. Au contraire un havre de sécurité disparaîtrait<sup>44</sup>. On perdrait la sécurité d'un système engageant la responsabilité d'experts<sup>45</sup>.

#### 4.1.6 Augmentation ordinaire du capital

Les modifications concernant l'augmentation ordinaire du capital (art. 650 à 652h) ont été très bien accueillies<sup>46</sup>.

La plupart des remarques portent sur le droit de souscription préférentiel (art. 652b) :

- Quelques participants préféreraient ne pas régler explicitement la prise ferme (al. 1<sup>bis</sup>). Ils estiment que la nouvelle disposition entrave la liberté économique de manière disproportionnée, notamment en empêchant des établissements financiers étrangers de se porter preneurs fermes<sup>47</sup>.
- L'avant-projet prévoit que le prix d'émission ne peut être sensiblement inférieur à la valeur réelle de l'action que si le droit de souscription préférentiel est négociable ou si tous les actionnaires représentés à l'assemblée générale approuvent le prix d'émission. Certains reprochent à l'expression « sensiblement inférieur » d'être trop vague pour la pratique. Les avis nécessaires pour son interprétation auraient un coût pour les sociétés<sup>48</sup>. La condition de l'approbation de tous les actionnaires est également difficilement réalisable et compliquerait les assainissements<sup>49</sup>. Quelques participants proposent d'autoriser un prix inférieur s'il existe de justes motifs<sup>50</sup>. Un seul propose que, pour faciliter l'assainissement d'une banque, il soit possible de renoncer entièrement au droit de souscription préférentiel, sauf prescription contraire de la part de la FINMA<sup>51</sup>.

D'autres remarques portent sur les aspects suivants :

- La prolongation du délai, de 3 à 6 mois, pendant lequel le conseil d'administration doit requérir l'inscription de l'augmentation du capital auprès de l'office du registre du commerce (art. 650, al. 3) est approuvée<sup>52</sup>. Toutefois, il est jugé trop court pour les restructurations faisant intervenir la Commission de la concurrence<sup>53</sup>. En outre, il faudrait régler les conséquences d'un non-respect de ce délai<sup>54</sup>.

---

<sup>39</sup> CP, p. 2 s. ; SH, p. 3 ; Meyer, p. 2.

<sup>40</sup> GR, p. 4 ; HRA LU, p. 2 ; NE, p. 5 ; SO, p. 3 s. ; Uni NE, p. 8 ; FSN, p. 1 ss ; SO HK, p. 2 ; ZH HK, p. 3 ; BärKarrer, p. 11 s. ; Homburger, p. 12.

<sup>41</sup> GR, p. 4 s. ; HRA LU, p. 1 s. ; JU, p. 1 ; NW, p. 2 ; SG, p. 3 ; ZH, p. 2 ; UniL, p. 27 ; SECA, p. 11 ; Chambre fiduciaire (annexe) ; Homburger, p. 10 ; Lenz&Staehein, p. 3 ; Novartis, p. 8 ; SchellenbergWittmer, p. 5 ; Walderwyss, p. 5. Voir aussi note de bas de page 16.

<sup>42</sup> Zurich, p. 12.

<sup>43</sup> AG, p. 2 ; NE, p. 1 s. ; SO, p. 3 ; SG, p. 4.

<sup>44</sup> Uni ZH, p. 4 s.

<sup>45</sup> Meyer, p. 5 ss et 8 s.

<sup>46</sup> Voir note de bas de page 16.

<sup>47</sup> USAM, p. 6 ; SO HK, p. 3 ; ZH HK, p. 3 ; BärKarrer, p. 13 ; CS, p. 5 ; Homburger, p. 17 s. ; Novartis, p. 3.

<sup>48</sup> AG, p. 3 ; NE, p. 6 ; UDC, p. 3 ; Economiesuisse, p. 14 ; Uni SG, p. 8 ; IHZ, p. 8 ; FSA, p. 8 ; SwissHoldings, p. 15 ; VPAG, p. 3 ; BärKarrer, p. 13 s. ; Homburger, p. 18 ; SchellenbergWittmer, p. 6 ; Walderwyss, p. 8.

<sup>49</sup> GR, p. 5 ; NW, p. 3 ; ZG, p. 2 et 5 ; UDC, p. 3 ; Economiesuisse, p. 14 ; ASB, p. 5 ; IHZ, p. 8 ; SO HK, p. 3 ; SwissHoldings, p. 15 ; ZH HK, p. 3 ; BärKarrer, p. 13 s. ; CS, p. 5 ; Novartis, p. 3 ; Roche, p. 7 ; SchellenbergWittmer, p. 6 ; UBS, p. 3.

<sup>50</sup> ASB, p. 5 ; BärKarrer, p. 13 s. ; CS, p. 5.

<sup>51</sup> Uni SG, p. 28.

<sup>52</sup> Uni NE, p. 9 ; Homburger, p. 14 ; SchellenbergWittmer, p. 5 ; Walderwyss, p. 7 ; Zurich, p. 11.

<sup>53</sup> GR, p. 5 ; SO HK, p. 2 ; ZH HK, p. 3 ; CS, p. 5.

<sup>54</sup> AG, p. 2 ; BE, p. 3.

- Les dispositions sur le prospectus d'émission (art. 652a) devraient être harmonisées avec la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs<sup>55</sup> (investisseurs qualifiés)<sup>56</sup>. Il faut aussi anticiper les éventuelles contradictions avec la future loi sur les services financiers<sup>57</sup>.
- L'art. 652g, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, prévoit que l'officier public atteste que toutes les pièces sur lesquelles se fonde l'augmentation du capital-actions lui ont été présentées, ainsi qu'au conseil d'administration. La modification de la norme actuelle, selon laquelle l'officier public doit attester uniquement que les documents ont été présentés au conseil d'administration, est accueillie favorablement. Il a été toutefois objecté que l'officier ne peut pas toujours vérifier si les documents ont réellement été présentés au conseil. La loi devrait donc plutôt prévoir que cette attestation soit fournie par le conseil d'administration, et non par l'officier public<sup>58</sup>.

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

Les modifications apportées à l'augmentation au moyen d'un capital conditionnel (art. 653 à 653j) ont été très bien accueillies<sup>59</sup>.

Les remarques émises portent sur les aspects suivants :

- L'élargissement du cercle des personnes concernées (art. 653, al. 1) est approuvé. Certains participants aimeraient toutefois qu'il englobe d'autres personnes, notamment des personnes qui ne sont pas actionnaires<sup>60</sup>.
- Le délai de 30 jours dont le conseil d'administration dispose pour requérir l'inscription de la décision de l'assemblée générale auprès de l'office du registre du commerce (art. 653, al. 2) est jugé inutile, ou du moins trop court<sup>61</sup>.
- La réserve concernant le capital convertible conformément à l'art. 13 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)<sup>62</sup> (art. 653, al. 4) a fait l'objet de remarques positives. Le capital de réserve au sens de l'art. 12 LB devrait toutefois aussi être mentionné<sup>63</sup>.
- Les conditions pour limiter ou supprimer le droit de souscription prioritaire (art. 653c) ne font pas l'unanimité. Certains participants jugent que l'expression « conditions équitables » (pour l'émission d'obligations d'emprunt ou d'obligations semblables) est trop vague<sup>64</sup>. D'autres approuvent expressément la disposition proposée<sup>65</sup>.
- L'obligation de la forme écrite pour l'exercice des droits de conversion et d'option (art. 653e, al. 1) est jugée anachronique. D'autres droits peuvent être exercés sans prescription de forme<sup>66</sup>.
- Pour le rapport entre le capital conditionnel et la marge de fluctuation, voir le point 4.1.9.

#### 4.1.8 Réduction du capital

Les dispositions sur la réduction ordinaire (art. 653j à 653o) sont clairement approuvées<sup>67</sup>. Le déplacement de ces dispositions souligne le fait que la réduction du capital ne correspond pas uniquement à une mesure d'assainissement<sup>68</sup>.

<sup>55</sup> RS 951.31

<sup>56</sup> Uni SG, p. 7 ; BärKarrer, p. 12 s.

<sup>57</sup> ASB, p. 5 ; Uni SG, p. 7 ; CS, p. 6.

<sup>58</sup> NE, p. 6 s. ; VBN, p. 1 s. ; Walderwyss, p. 9.

<sup>59</sup> Voir note de bas de page 16.

<sup>60</sup> CS, p. 6 s. ; Homburger, p. 20 ; Walderwyss, p. 10 s.

<sup>61</sup> ZG, p. 2 et 6 ; ZH, p. 2 ; Homburger, p. 21 ; Walderwyss, p. 10.

<sup>62</sup> RS 952.0

<sup>63</sup> ASB, p. 6 ; CS, p. 7.

<sup>64</sup> AG, p. 3 ; Homburger, p. 22.

<sup>65</sup> CS, p. 7 ; SchellenbergWittmer, p. 6.

<sup>66</sup> PLR, p. 3 ; ASB, p. 5 ; CS, p. 6 ; Homburger, p. 23.

Les remarques émises portent sur les aspects suivants :

- L'idée de pouvoir procéder à l'appel aux créanciers avant la décision de l'assemblée générale (art. 653k, al. 1) est bien accueillie. Certains participants aimeraient par contre supprimer, ou du moins limiter, les garanties en faveur des créanciers reprises du droit actuel (al. 2 à 4)<sup>69</sup>.
- Le contenu de l'attestation de vérification défini à l'art. 653m, al. 1, (non-compromission de l'exécution des créances ; pas de raison sérieuse d'admettre que la société sera insolvable dans les douze mois à venir) est désapprouvé. L'expert-réviseur doit déterminer si les pronostics du conseil d'administration et de la direction sont corrects, et donc si la société sera capable de poursuivre son activité. Or, un expert-réviseur ne peut jamais vraiment attester qu'il n'y a aucun risque que la société devienne insolvable dans les douze mois. L'attestation ressemble donc à une sorte de blanc-seing pour le modèle commercial et les projets de la société. Certains participants proposent dès lors que l'expert-réviseur atteste que les créances resteront couvertes après la réduction du capital et que les pronostics du conseil d'administration sur la poursuite des activités sont plausibles<sup>70</sup>.
- L'assemblée générale devrait aussi pouvoir définir un montant maximal pour la réduction du capital (art. 653n), notamment en cas d'options de vente en vue de rachat par la société de ses propres actions<sup>71</sup>.
- L'art. 653o, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, prévoit que l'officier public atteste que toutes les pièces sur lesquelles se fonde la réduction du capital lui ont été présentées, ainsi qu'au conseil d'administration. Certains participants sont opposés à ce durcissement de la pratique actuelle<sup>72</sup>.
- Le délai de 30 jours dont le conseil d'administration dispose pour requérir l'inscription de la modification des statuts et de ses constatations auprès de l'office du registre du commerce (art. 653o, al. 3) est jugé inutile, ou du moins trop court<sup>73</sup>. En outre, il faudrait régler les conséquences d'un non-respect de ce délai<sup>74</sup>.

Les dispositions sur la réduction et l'augmentation simultanée du capital-actions (« accordéon », art. 653p à 653q) sont clairement approuvées<sup>75</sup>. La loi devrait toutefois préciser que l'inscription au registre du commerce n'est requise que si les statuts ont été modifiés (art. 653p, al. 4)<sup>76</sup>. En ce qui concerne l'art. 653q, al. 2, le droit de souscription préférentiel devrait pouvoir être retiré dans le cadre d'un accordéon en présence de justes motifs, par exemple en cas d'assainissement<sup>77</sup>.

La disposition sur la réduction du capital-actions en cas de bilan déficitaire (art. 653r) est clairement approuvée<sup>78</sup>. Pour garantir la sécurité du droit, certains participants estiment qu'il faudrait définir la notion de bilan déficitaire<sup>79</sup>. Un participant estime qu'un simple bilan comptable déficitaire est suffisant<sup>80</sup>.

---

<sup>67</sup> GR, p. 9 s. ; NE, p. 3 ; NW, p. 2 ; ZH, p. 2 ; Economiesuisse, p. 24 ; ASB, p. 5 ; FSA, p. 5 ; SO HK, p. 3 ; CS, p. 6 ; Homburger, p. 25 ; Zurich, p. 11. Voir aussi note de bas de page 16.

<sup>68</sup> SG, p. 3 ; Uni NE, p. 11.

<sup>69</sup> FSA, p. 8 s. ; Homburger, p. 26 ; Walderwyss, p. 11 s.

<sup>70</sup> ZH, p. 3 ; Chambre fiduciaire, p. 4/Chambre fiduciaire (annexe) ; TreuhandSuisse (annexe) ; BärKarrer, p. 16 s. ; Homburger, p. 27 ; SchellenbergWittmer, p. 7 ; Suter, p. 1.

<sup>71</sup> GR, p. 5 s. ; SO HK, p. 3, ZH HK, p. 4 ; Homburger, p. 27 ; Walderwyss, p. 11.

<sup>72</sup> NE, p. 6 s. ; VBN, p. 1 s. (ad art. 652g, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase) ; Walderwyss, p. 12.

<sup>73</sup> ZH, p. 3 ; OAV, p. 2 ; Homburger, p. 28 ; Walderwyss, p. 12.

<sup>74</sup> AG, p. 3 ; BE, p. 3 ; ZH, p. 3.

<sup>75</sup> PS, p. 4 ; Economiesuisse, p. 24 ; SwissHoldings, p. 26 ; BärKarrer, p. 18 ; Clariant, p. 1 ; Walderwyss, p. 13. Voir aussi note de bas de page 16.

<sup>76</sup> Chambre fiduciaire (annexe)

<sup>77</sup> Uni NE, p. 13 s. ; FSA, p. 5 et 9.

<sup>78</sup> Voir note de bas de page 16.

<sup>79</sup> Chambre fiduciaire (annexe) ; Suter, p. 1.

<sup>80</sup> BärKarrer, p. 18.

#### 4.1.9 Marge de fluctuation du capital

Les nouvelles dispositions sur la marge de fluctuation du capital (art. 653s à 653x) sont clairement acceptées<sup>81</sup>.

Les remarques émises portent sur les aspects suivants :

- Le délai de cinq ans (art. 653, al. 1) ne fait pas l'unanimité. Certains participants l'approuvent ou souhaitent carrément le supprimer<sup>82</sup>. D'autres voudraient qu'il soit beaucoup plus court<sup>83</sup>.
- Certains demandent que la marge de fluctuation soit plus faible, par exemple 20 % au lieu de 50 %<sup>84</sup>.
- Le délai de 30 jours dont le conseil d'administration dispose pour requérir l'inscription du nouveau montant du capital-actions auprès de l'office du registre du commerce (art. 653u, al. 3) est jugé trop court, voire inutile<sup>85</sup>. En outre, il faudrait régler les conséquences d'un non-respect de ce délai<sup>86</sup>.
- Les rapports entre la marge de fluctuation et le capital conditionnel devraient être réglés, notamment lorsque la marge de fluctuation devient caduque (art. 653v) ou lorsque le capital conditionnel dépasse la marge de fluctuation<sup>87</sup>. Les rapports avec les dispositions sur le capital-participation<sup>88</sup>, sur les actions propres<sup>89</sup>, sur le capital de réserve au sens de l'art. 12 LB<sup>90</sup> et sur le droit d'émission<sup>91</sup> devraient aussi être précisés.
- Les sociétés dont les statuts prévoient une marge de fluctuation où le conseil d'administration est uniquement autorisé à augmenter le capital devraient aussi pouvoir renoncer au contrôle restreint (*opting-out*) (art. 653s, al. 1, et 727a, al. 2). Les nouvelles dispositions, autrement, correspondraient à un durcissement par rapport au système actuel de l'augmentation autorisée<sup>92</sup>. Certains participants demandent aussi que l'*opting-out* soit possible lorsque les statuts autorisent le conseil d'administration à réduire le capital<sup>93</sup>. Par analogie avec la fondation, le renouvellement d'une marge de fluctuation sans abaissement du capital de base ne devrait pas être soumis aux dispositions sur la protection des créanciers<sup>94</sup>.

#### 4.1.10 Capital-participation

Les nouvelles dispositions sur le capital-participation (art. 656a à 656d) sont clairement approuvées<sup>95</sup>.

Les remarques émises portent sur les aspects suivants :

- Dans les sociétés cotées, le capital-participation n'est pas plafonné. Dans les non cotées, il ne peut pas dépasser le double du capital-actions (art. 656b, al. 1). Il faudrait donc régler ce qui se passerait en cas de sortie de bourse<sup>96</sup>.

---

<sup>81</sup> BL, p. 1 ; GE, p. 1 ; GR, p. 6 ; JU, p. 1 ; HRA LU, p. 2 ; NE, p. 3 ; NW, p. 2 ; SG, p. 3 s. ; SO, p. 4 ; PDC, p. 5 ; PLR, p. 1 ; Economiesuisse, p. 24 ; ASB, p. 5 ; Uni NE, p. 2 ; Uni ZH, p. 6 ; CP, p. 3 ; FDER, p. 4 ; IHZ, p. 3 ; FSA, p. 5 ; isade, p. 2 ; SO HK, p. 3 ; SwissHoldings, p. 26 ; Chambre fiduciaire, p. 3 ; Veb.ch, p. 2 ; ZH HK, p. 4 ; BärKarrer, p. 19 ; Chapuis, p. 2 ; CFA, p. 3 ; Clariant, p. 1 ; CS, p. 3 et 6 ; Homburger, p. 31 ; Kuster, p. 117 ; Lenz&Staehelein, p. 3 ; Novartis, p. 8 ; SchellenbergWittmer, p. 6 ; Swiss Re, p. 2 ; UBS, p. 4 ; Walderwyss, p. 13 ; zCapital, p. 3 ; Zurich, p. 1. Voir aussi note de bas de page 16.

<sup>82</sup> GR, p. 6 ; IHZ, p. 3 ; SO HK, p. 3 ; ZH HK, p. 4 ; BärKarrer, p. 19 ; Chapuis, p. 2.

<sup>83</sup> Chambre fiduciaire, p. 3/Chambre fiduciaire (annexe) ; Böckli, p. 3 ; zRating, p. 12.

<sup>84</sup> Ethos, p. 2 ; Kuster, p. 2 ; Böckli, p. 3 ; zRating, p. 12 s.

<sup>85</sup> Homburger, p. 34 ; Walderwyss, p. 14.

<sup>86</sup> BE, p. 3 ; HRA LU, p. 2 s. ; SO, p. 4 ; OAV, p. 2.

<sup>87</sup> HRA LU, p. 3 ; ASB, p. 6 ; BärKarrer, p. 19 ss ; CS, p. 7 ; Homburger, p. 23 s. et 35 ; Swiss Re, p. 2 ; Walderwyss, p. 13 s.

<sup>88</sup> ZG, p. 6.

<sup>89</sup> Chambre fiduciaire (annexe) ; Lenz&Staehelein, p. 3 ; Swiss Re, p. 2.

<sup>90</sup> ASB, p. 6 ; CS, p. 7.

<sup>91</sup> Chambre fiduciaire (annexe)

<sup>92</sup> NW, p. 2 ; VS, p. 2 ; Uni NE, p. 2 ; Lenz&Staehelein, p. 3.

<sup>93</sup> SECA, p. 9 ; BärKarrer, p. 19 et 46 ; Vischer Rechtsanwälte, p. 4.

<sup>94</sup> Homburger, p. 36.

<sup>95</sup> Voir note de bas de page 16.

- La possibilité, dans les sociétés cotées, de fixer librement le montant du capital-actions va à l'encontre du principe « une action – une voix » et de la règle selon laquelle la valeur d'une action à droit de vote privilégié ne peut être plus de dix fois inférieure à celle d'une action normale. Certains participants trouvent qu'il faudrait aussi limiter le montant du capital-participation des sociétés cotées<sup>97</sup>. D'autres estiment en revanche qu'il faudrait supprimer toute limitation, même pour les sociétés non cotées<sup>98</sup>.
- Comme le capital-actions et le capital-participation sont considérés séparément pour l'acquisition par la société respectivement de ses propres actions et de ses propres bons de participation (art. 656b, al. 5), il faudrait prévoir une disposition transitoire, faute de quoi certaines sociétés mêlant les deux types de parts se verraient obligées d'aliéner immédiatement une partie de leurs actions ou de leurs bons de participation<sup>99</sup>.

#### 4.1.11 Actions propres

Les nouvelles dispositions sur les actions propres (art. 659 à 659b) sont clairement approuvées<sup>100</sup>. Les participants apprécient notamment le fait que ces dispositions aient été mieux harmonisées avec le nouveau droit comptable.

Les remarques émises portent sur les aspects suivants :

- Certains participants aimeraient que la limite de 10 % soit appliquée de manière moins stricte (art. 659, al. 2), par exemple lors d'une réduction du capital avec destruction d'actions<sup>101</sup>. Un participant aimerait une limite à 35 %, comme pour la Sàrl<sup>102</sup>.
- Le nouvel art. 659a, al. 2, prévoit que le droit de vote lié aux actions propres est suspendu lorsque la société les aliène et conclut un contrat sur leur reprise ou leur restitution, par exemple lors d'un prêt de valeurs mobilières. Certains approuvent ce principe<sup>103</sup> ; d'autres y sont opposés, car ils estiment infondé de partir du principe que le droit de vote sera utilisé de manière abusive<sup>104</sup>.
- Certains participants désapprouvent le fait qu'il soit fait référence à la valeur d'émission des actions propres, ainsi que la manière dont celle-ci doit être prise en compte dans les groupes (art. 659, al. 1, 659a, al. 4, et 659b, al. 2)<sup>105</sup>.
- La nouvelle façon de traiter les actions propres au sein des groupes (art. 659b, al. 2) est mal perçue par certains participants. Le même résultat aurait pu être atteint avec l'approche actuelle (constitution d'une réserve par la société contrôlante)<sup>106</sup>. Sa mise en pratique fait l'objet de doutes. Les conséquences en droit de la SA et en droit fiscal seraient incertaines si la valeur d'acquisition dans la société contrôlée devait être supérieure à la valeur comptable de la participation de la société contrôlante auprès de la société contrôlée<sup>107</sup>. La question de la transparence pourrait également être réglée uniquement dans l'annexe aux comptes annuels<sup>108</sup>.

<sup>96</sup> HRA LU, p. 3 ; ZG, p. 2 ; Uni ZH, p. 7.

<sup>97</sup> Uni ZH, p. 7 ; FSA, p. 5 et 9 ; BärKarrer, p. 23 ; Böckli, p. 3 ; Walderwyss, p. 15 ; zRating, p. 6.

<sup>98</sup> TI, p. 1 ; Economiesuisse, p. 24 ; SO HK, p. 3 s. ; ZH HK, p. 4.

<sup>99</sup> Böckli, p. 3.

<sup>100</sup> Voir note de bas de page 16.

<sup>101</sup> BärKarrer, p. 24 ; Homburger, p. 40 ; Novartis, p. 4.

<sup>102</sup> Walderwyss, p. 16.

<sup>103</sup> IHZ, p. 3 ; SwissHoldings, p. 26.

<sup>104</sup> ASB, p. 14 ; UBCS ; p. 6.

<sup>105</sup> ASB, p. 14 ; Chambre fiduciaire, p. 3/Chambre fiduciaire (annexe) ; Chapuis, p. 2.

<sup>106</sup> Chambre fiduciaire, p. 3/Chambre fiduciaire (annexe) ; Treuhand-Suisse, p. 5 ; Suter, p. 1 s.

<sup>107</sup> FSA, p. 9 ; Chapuis, p. 2 s.

<sup>108</sup> Chapuis, p. 2 s.

#### 4.1.12 Réserves légales issues du capital et du bénéfice et remboursements interdits

Les nouvelles dispositions sur les réserves (art. 671 à 677a) ont été dans l'ensemble bien accueillies<sup>109</sup>, notamment en raison de leur harmonisation avec la réforme de l'imposition des entreprises II (principe de l'apport en capital, agios) et avec le nouveau droit comptable (réserves issues du capital et du bénéfice).

L'obligation d'obtenir une attestation d'un expert-réviseur pour le remboursement aux actionnaires de réserves issues du capital, notamment des agios, est en revanche critiquée (art. 671, al. 3). Elle ne correspond pas à la jurisprudence du Tribunal fédéral et son caractère général est jugé disproportionné<sup>110</sup>. D'autres participants considèrent cette obligation comme sensée, même si l'attestation ne doit pas se fonder uniquement sur le bilan<sup>111</sup>.

Les remarques émises portent sur les aspects suivants :

- Certains participants estiment que le conseil d'administration devrait pouvoir choisir s'il veut affecter les versements supplémentaires des titulaires de titres de participation (art. 671, al. 1, ch. 3) aux réserves libres ou à la réserve issue du capital. Ces versements pourraient d'abord servir à compenser une perte annuelle ou à éviter une perte de capital<sup>112</sup>.
- La proportion de 50 %, par rapport au capital-actions, exigée pour le remboursement aux actionnaires des réserves issues du capital (art. 671, al. 2, ch. 4) devrait encore faire l'objet de réflexion par rapport au capital-participation, par rapport aux 20 % dans le cas des sociétés holdings et par rapport aux parts propres<sup>113</sup>.
- Certains participants estiment que les nouvelles dispositions sur les réserves issues du bénéfice, notamment en ce qui concerne le renvoi à celles issues du capital (art. 672, al. 3) correspondent à un durcissement injustifié du droit actuel<sup>114</sup>.

La règle concernant les réserves facultatives issues du bénéfice de l'art. 673, al. 2, est désapprouvée<sup>115</sup>. Pour améliorer la situation des actionnaires minoritaires, il convient d'abord d'agir au niveau du droit comptable, et plus précisément au niveau des amortissements, des corrections de valeurs et des provisions<sup>116</sup>.

Certains participants désapprouvent en partie la manière dont les pertes doivent être compensées (art. 674)<sup>117</sup>. La loi devrait préciser plus clairement que la compensation n'est pas obligatoire<sup>118</sup>.

Des critiques ont été émises contre la nouvelle disposition sur les remboursements interdits (art. 677a), car elle entraverait sans raison apparente la liberté d'action de la société<sup>119</sup>. Son bien-fondé est douteux en particulier pour les entreprises actives dans les domaines d'innovation<sup>120</sup>. Certains participants approuvent toutefois la disposition, car ils estiment qu'elle est équilibrée et qu'elle permet d'éviter de mauvais incitatifs économiques<sup>121</sup>.

---

<sup>109</sup> GR, p. 6 s. ; Economiesuisse, p. 16 ; UniL, p. 27 ; Uni ZH, p. 8 ; FSA, p. 5 ; ZH HK, p. 5 ; BärKarrer, p. 28 ; Clariant, p. 1 ; Swiss Re, p. 3 ; Zurich, p. 11. Voir aussi note de bas de page 16.

<sup>110</sup> Economiesuisse, p. 16 ; UniL, p. 28 ss ; Uni ZH, p. 8 ; SECA, p. 10 ; SwissHoldings, p. 17 ; Chambre fiduciaire (annexe) ; VPAG, p. 4 ; BärKarrer, p. 28 ; Homburger, p. 43 ; SchellenbergWittmer, p. 8 ; Walderwyss, p. 17 ; Zurich, p. 11.

<sup>111</sup> Veb.ch, p. 3 ; Vischer Rechtsanwälte, p. 5 ; Suter, p. 1.

<sup>112</sup> ASB, p. 14 s. ; Chambre fiduciaire (annexe) ; CS, p. 16 s. ; Homburger, p. 43 s.

<sup>113</sup> PS, p. 4 ; UniL, p. 27 ; FSA, p. 5 s. et 9 s. ; Chambre fiduciaire (annexe).

<sup>114</sup> Chambre fiduciaire (annexe) ; BärKarrer, p. 29 ; Lenz&Staehelein, p. 4.

<sup>115</sup> AG, p. 3 ; Economiesuisse, p. 22 s. ; VPAG, p. 4 ; Homburger, p. 45 ; Zurich, p. 11.

<sup>116</sup> Veb.ch, p. 3.

<sup>117</sup> Uni BS, p. 4 ; TreuhandSuisse (annexe).

<sup>118</sup> Chambre fiduciaire (annexe)

<sup>119</sup> UniL, p. 30 s. ; BärKarrer, p. 30 ; Homburger, p. 46 ; Lenz&Staehelein, p. 5.

<sup>120</sup> Swiss Biotech, p. 2 s. ; Vischer Rechtsanwälte, p. 6 s. et 11.

<sup>121</sup> Chambre fiduciaire (annexe) ; Walderwyss, p. 19 s. ; Chapuis, p. 3.

#### 4.1.13 Dividendes intermédiaires

L'art. 675a, qui autorise expressément le versement de dividendes intermédiaires, est clairement approuvé<sup>122</sup>.

Certains participants estiment superflu d'exiger une base statutaire (al. 1, ch. 1), car il serait de toute façon possible, si nécessaire, d'en adopter une juste avant le versement des dividendes<sup>123</sup>.

La disposition ne devrait pas faire référence à la notion de bilan intermédiaire (al. 1, ch. 2), mais à celle de compte intermédiaire (voir aussi art. 960f, point 4.15)<sup>124</sup>.

Au sein d'un groupe, le versement de dividendes intermédiaires devrait être possible sans vérification du bilan intermédiaire<sup>125</sup>. Les sociétés qui renoncent au contrôle restreint devraient aussi pouvoir verser des dividendes intermédiaires (art. 727a, al. 2)<sup>126</sup>. Le bilan intermédiaire devrait être révisé de la même manière que les derniers comptes annuels<sup>127</sup>.

#### 4.2 Statuts : dispositions nécessaires et dispositions valables à condition de figurer dans les statuts

Aucune tendance claire ne se dégage des avis rendus sur l'obligation pour les sociétés cotées d'inscrire dans les statuts le nombre maximal de fonctions similaires que les cadres supérieurs peuvent occuper dans des entreprises à but économique (art. 626, al. 2, ch. 1). Certains approuvent cette idée<sup>128</sup>. D'autres aimeraient davantage de détails : charge en temps, type d'activité<sup>129</sup>, voire mandats politiques<sup>130</sup>. D'autres encore souhaiteraient une formulation plus proche de l'ORAb<sup>131</sup>.

L'obligation pour les sociétés cotées de définir le rapport maximal entre la rémunération fixe et la rémunération globale des cadres supérieurs (art. 626, al. 2, ch. 3) est clairement désapprouvée. La plupart des participants avancent que l'art. 95, al. 3, Cst et l'ORAb apportent déjà suffisamment de transparence et offrent assez de droits aux actionnaires. Une disposition plus précise n'est donc pas nécessaire<sup>132</sup>. Un plafonnement des bonus entraînerait une augmentation des rémunérations fixes. Les sociétés auraient alors une marge de réaction plus étroite en cas de crise<sup>133</sup>. Certains approuvent ce plafonnement et aimeraient même aller plus loin<sup>134</sup>, par exemple en fixant dans la loi le rapport entre rémunérations fixe et variable<sup>135</sup>.

Certains participants regrettent que la liste des dispositions valables à condition de figurer dans les statuts (art. 627 CO) soit supprimée, car elle offrait un aperçu précieux des possibilités offertes par le droit de la SA aux officiers publics et aux non-juristes<sup>136</sup>.

<sup>122</sup> GR, p. 6 s. ; PDC, p. 6 ; Chambre fiduciaire (annexe) ; FDER, p. 7 ; Veb.ch, p. 4 ; ZH HK, p. 4 ; FSA, p. 10 ; SECA, p. 12 ; SO HK, p. 4 ; SwissHoldings, p. 17 ; Chapuis, p. 4 ; CS, p. 15 ; SchellenbergWittmer, p. 8 ; Swiss Re, p. 3 ; Vischer Rechtsanwälte, p. 4 ; Walderwyss, p. 19 ; zCapital, p. 4 ; Zurich, p. 11. Voir aussi note de bas de page 16.

<sup>123</sup> FSA, p. 10 ; SECA, p. 10 ; Bärkarrer, p. 29 s. ; Homburger, p. 45 s. ; Lenz&Staehelin, p. 5.

<sup>124</sup> Chambre fiduciaire (annexe) ; Veb.ch, p. 4.

<sup>125</sup> SwissHoldings, p. 17 ; Novartis, p. 4.

<sup>126</sup> Chambre fiduciaire (annexe) ; Bärkarrer, p. 30 ; Homburger, p. 45 s. et 83.

<sup>127</sup> Chambre fiduciaire (annexe) ; Walderwyss, p. 19.

<sup>128</sup> Bärkarrer, p. 9 ; Lenz&Staehelin, p. 9 ; SchellenbergWittmer, p. 4 ; Zurich, p. 5.

<sup>129</sup> OAV, p. 1.

<sup>130</sup> Actares, p. 4 ; Kuster, p. 90 ss.

<sup>131</sup> Homburger, p. 9 ; IHZ, p. 8.

<sup>132</sup> AG, p. 2 ; NW, p. 3 ; ZG, p. 4 ; PDC, p. 3 ; PLR, p. 3 ; UDC, p. 3 ; Economiesuisse, p. 5 ; ASB, p. 8 ; USAM, p. 6 ; Uni SG, p. 20 ; Uni ZH, p. 16 ; IHZ, p. 8 ; FSA, p. 6 et 8 ; Scienceindustries, p. 4 s. ; SO HK, p. 2 ; Swiss Textiles, p. 3 ; Chambre fiduciaire, p. 7 ; ZH HK, p. 2 ; Bärkarrer, p. 9 et 47 ; CS, p. 2 et 10 s. ; Clariant, p. 2 et 6 ; Flughafen Zürich, p. 2 ; Homburger, p. 9 ; Lenz&Staehelin, p. 7 ; Nestlé, p. 3 s. ; Roche, p. 7 ; SchellenbergWittmer, p. 5 ; SWIPRA, p. 3 s. ; Swiss Re, p. 2 et 6 ; UBS, p. 2 s. ; Vischer Rechtsanwälte, p. 12 s. ; Walderwyss, p. 4 ; Zurich, p. 3.

<sup>133</sup> GR, p. 4 ; ZH, p. 2 ; Economiesuisse, p. 5 ; SO HK, p. 2 ; SwissHoldings, p. 5 ; Bärkarrer, p. 47.

<sup>134</sup> Actares, p. 4 ; Ethos, p. 2 ; Kuster, p. 89 s.

<sup>135</sup> PS, p. 4.

<sup>136</sup> BE, p. 3 ; HRA LU, p. 1 ; NE, p. 6 s. ; Böckli, p. 2 ; Vischer Rechtsanwälte, p. 1 s.

### 4.3 Assemblée générale et conseil d'administration

#### 4.3.1 Généralités

Aucune tendance claire ne se dégage des avis sur les nouvelles dispositions sur l'assemblée générale et sur le conseil d'administration. Plusieurs normes n'ont été commentées que par très peu de participants, voire par aucun.

Les remarques portent uniquement sur certains aspects. On craint qu'une surréglementation soit nuisible, en particulier pour les sociétés non cotées. Celles-ci ne devraient pas être soumises à des règles de gouvernance inutiles et leurs frais administratifs devraient être les plus bas possibles<sup>137</sup>.

#### 4.3.2 Représentation à l'assemblée générale

Aucune tendance claire ne se dégage des avis sur les nouvelles dispositions sur l'assemblée générale.

Certains participants sont opposés à l'interdiction de la représentation par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire (art. 689b, al. 2)<sup>138</sup>, car elle dépasse le cadre de l'art. 95, al. 3, Cst et est en désaccord avec l'art. 661, al. 2. La représentation par un dépositaire est une possibilité intéressante pour les PME et son interdiction porte inutilement atteinte à la liberté des actionnaires.

La possibilité d'octroyer au représentant indépendant des instructions générales sur des propositions non annoncées du conseil d'administration ou d'autres actionnaires suscite l'incompréhension de certains participants : la norme paraît inapplicable et mal fondée<sup>139</sup>.

Plusieurs participants désapprouvent les modifications concernant la représentation dans les sociétés non cotées (art. 689d). Le seuil d'un actionnaire pour la désignation d'un représentant indépendant est jugé trop bas et gênant dans la pratique<sup>140</sup>.

#### 4.3.3 Droits de demander des renseignements et de consulter certains documents

Les résultats sont très divers quant aux droits de demander des renseignements et de consulter des documents.

Quelques participants approuvent l'obligation pour le conseil d'administration de répondre deux fois par an aux demandes de renseignements des actionnaires, car ils considèrent l'obligation actuelle de le faire une seule fois par an, dans les sociétés non cotées, comme insuffisante<sup>141</sup>. D'autres estiment que deux réponses par année sont insuffisantes et qu'il faudrait introduire une fréquence trimestrielle, ou, du moins, une obligation de le faire tous les six mois (la disposition proposée autorisant le conseil d'administration à s'acquitter de son obligation en répondant par ex. deux fois en janvier)<sup>142</sup>. D'autres encore proposent de biffer totalement de l'avant-projet le droit d'obtenir des renseignements, car ils estiment que la situation actuelle ne pose pas de problème et que le droit actuel est suffisant<sup>143</sup>.

Les avis sont plus clairs quant à l'obligation d'informer sur les indemnités dans les sociétés non cotées. Même si un participant le soutient<sup>144</sup>, l'art. 697, al. 4, est désapprouvé<sup>145</sup>, car il va plus loin que l'ORAb et représente une atteinte injustifiée et disproportionnée à l'autonomie et à la sphère privée. Il convient de trouver des solutions faciles pour les socié-

---

<sup>137</sup> Economiesuisse, p. 18.

<sup>138</sup> UniL, p. 4 ; ASB, p. 10 ; USAM, p. 7.

<sup>139</sup> UDC, p. 3 ; Economiesuisse, p. 17 ; HK BS/BL, p. 2 ; FSA, p. 11 ; SwissHoldings, p. 8 ; VPAG, p. 5 ; Swiss Textiles, p. 2.

<sup>140</sup> PDC, p. 3 ; IHZ, p. 9 ; USAM, p. 7 ; isade, p. 2.

<sup>141</sup> Uni ZH, p. 18 ss ; Böckli, p. 4 ; CFA, p. 4 ; Lenz&Stahelin, p. 11.

<sup>142</sup> PS, p. 5 ; OAV, p. 4 ; BärKarrer, p. 35 ; Walderwyss, p. 28.

<sup>143</sup> GR, p. 7 ; VD, p. 1 ; CP, p. 3 ; PDC, p. 4 ; USAM, p. 7 ; FDER, p. 5 ; IHZ, p. 9 ; Scienceindustries, p. 5 ; isade, p. 3 ; ZH HK, p. 5.

<sup>144</sup> Uni ZH, p. 19.

<sup>145</sup> Economiesuisse, p. 18 ; ASB, p. 6 ; SECA, p. 10 ; SwissHoldings, p. 14 ; Swissmem, p. 2 ; Chambre fiduciaire, p. 7 et p. 16 annexe ; Böckli, p. 4 ; Homburger, p. 54 ; Lenz&Stahelin, p. 11.

tés non cotées. Typiquement, le rapport de rémunération est adapté aux besoins des sociétés cotées.

Les résultats sont partagés quant au droit de consulter des documents (art. 697a). Certains avancent ici aussi que la situation actuelle ne pose pas de problème et que ces dispositions peuvent être simplement supprimées<sup>146</sup>. Un participant est expressément en leur faveur<sup>147</sup>. Un autre encore suggère de régler dans quel délai le conseil d'administration doit se prononcer sur l'octroi du droit de consultation<sup>148</sup>.

#### 4.3.4 Convocation de l'assemblée générale et ordre du jour

Aucune tendance claire ne se dégage des avis rendus sur la convocation de l'assemblée générale (art. 699) et sur l'inscription d'objets à l'ordre du jour (art. 699a).

L'abaissement des seuils requis pour la convocation de l'assemblée générale a été salué<sup>149</sup>, ou du moins accepté<sup>150</sup>, par la moitié des participants qui se sont exprimés sur la question. L'autre moitié juge ces seuils trop bas, en particulier pour les sociétés cotées<sup>151</sup>. A leurs yeux, il n'y a pas d'intérêt particulier à protéger et la nouvelle réglementation pourrait donner lieu à des abus. Il en résulterait aussi plus de charges et de bureaucratie pour les entreprises. Les opposants préféreraient garder les seuils actuels<sup>152</sup>, ou du moins définir un seuil plus élevé pour les sociétés cotées (10 %<sup>153</sup>, voire au minimum 5 %<sup>154</sup>).

Les résultats sont similaires en ce qui concerne les nouveaux seuils pour le droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour : les participants estiment que ces seuils sont trop bas et qu'ils nuiront à l'efficacité de l'assemblée générale<sup>155</sup>. Certains soutiennent explicitement l'abaissement des seuils<sup>156</sup>. Par ailleurs, on a fait remarquer que l'inscription d'objets à l'ordre du jour ne peut se faire que sur la base d'informations à jour. C'est pourquoi il faudrait fixer dans la loi que le rapport de gestion doit être disponible 10, voire 20, jours avant que l'ordre du jour ne soit arrêté<sup>157</sup>.

En ce qui concerne la forme, le contenu et la communication (art. 700), les remarques suivantes ont été émises :

- Certains participants approuvent la prolongation à 30 jours du délai pour la convocation de l'assemblée générale ordinaire (art. 700, al. 1)<sup>158</sup> ou seraient même favorables à une prolongation de celui pour l'assemblée générale extraordinaire<sup>159</sup>. Quelques-uns jugent cette modification inopportune<sup>160</sup>, car elle compliquerait inutilement l'agenda déjà serré du conseil d'administration et gênerait sa marge de manœuvre.
- Quelques participants se sont exprimés sur le contenu de la convocation de l'assemblée générale (art. 700, al. 2). La motivation succincte des propositions du conseil d'administration et des actionnaires est rejetée, car elle ne répond pas à un besoin<sup>161</sup>. La mention dans la convocation du pourcentage d'actions dispo est aussi

<sup>146</sup> GR, p. 7 ; Scienceindustries, p. 5 ; ZH HK, p. 5.

<sup>147</sup> Uni NE, p. 18.

<sup>148</sup> Walderwyss, p. 29.

<sup>149</sup> SO, p. 5 ; VS, p. 1 ; SEC, p. 2 ; UniL, p. 5 ; Actares, p. 5 ; Ethos, p. 1 et 4 ; BärKarrer, p. 39 ; CFA, p. 3 ; Lenz&Staehelein, p. 11 ; VERAISON, p. 3 ; zCapital, p. 3 ; zRating, p. 14.

<sup>150</sup> PLR, p. 2 ; USAM, p. 7 ; FDER, p. 5 ; Walderwyss, p. 28.

<sup>151</sup> AG, p. 4 ; GR, p. 9 ; NW, p. 3 ; PDC, p. 4 ; USS, p. 2 ; IHZ, p. 11 ; FSA, p. 12 ; SO HK, p. 6 ; Swissmem, p. 4 ; ZH HK, p. 6 ; Flughafen Zürich, p. 3 ; Homburger, p. 61 ; Kellerhals, p. 2 s. ; Swiss Re, p. 4.

<sup>152</sup> AG ; p. 4 ; PDC, p. 4 ; Flughafen Zürich, p. 3 ; Swiss Re, p. 4.

<sup>153</sup> IHZ, p. 11 ; USS, p. 2.

<sup>154</sup> GR, p. 9 ; Homburger, p. 61 ; SO HK, p. 6 ; ZH HK, p. 6.

<sup>155</sup> AG, p. 4 ; GR, p. 9 ; NW, p. 4 ; Economiesuisse, p. 18 ; USS, p. 2 ; USAM, p. 7 ; IHZ, p. 11 ; isade, p. 3 ; SO HK, p. 6 ; SwissHoldings, p. 20 ; Swissmem, p. 5 ; UBCS, p. 8 ; ZH HK, p. 6 ; BärKarrer, p. 3 et 39 ; Chapuis, p. 4 ; CP, p. 4 ; Flughafen Zürich, p. 3 ; ; Homburger, p. 62 ; Kellerhals, p. 2 s. ; Lenz&Staehelein, p. 11 ; Swiss Re, p. 4.

<sup>156</sup> SO, p. 5 ; VS, p. 1 ; SEC, p. 2 ; UniL, p. 5 ; Actares, p. 5 ; Ethos, p. 1 et 4 ; FSA ; p. 12 ; CFA, p. 2 ; Lenz&Staehelein, p. 11 ; VERAISON, p. 3 ; Walderwyss, p. 33 ; zCapital p. 3 ; zRating, p. 14.

<sup>157</sup> Actares, p. 6 ; Kuster, p. 80 ; zCapital, p. 3.

<sup>158</sup> Actares, p. 6 ; Ethos, p. 4 ; Kuster, p. 79.

<sup>159</sup> VPAG, p. 8 ; SIX, p. 4.

<sup>160</sup> GR, p. 9 ; NE, p. 8 ; PDC, p. 4 ; Böckli, p. 4 ; SO HK, p. 6 ; USAM, p. 8 ; ZH HK, p. 6 ; Böckli, p. 4 ; CS, annexe p. 8 ; Flughafen Zürich, p. 3 ; Homburger, p. 63 ; Lenz&Staehelein, p. 10 ; Roche, p. 7 ; SchellenbergWittmer, p. 8 s. ; Zurich, p. 10 ; IHZ, p. 11 s.

<sup>161</sup> Homburger, p. 63 ; Novartis, p. 5.

rejetée, car ce pourcentage varie en permanence et ne saurait donc être un indicateur fiable. Cette mention est aussi délicate étant donné le risque de reprise<sup>162</sup>.

- Différents participants désapprouvent l'exigence de l'unité de la matière (art. 700, al. 3)<sup>163</sup>, car la situation actuelle ne pose pas de problème. Cette disposition pourrait donner lieu à des actions supplémentaires et engage inutilement la responsabilité du conseil d'administration. Dans la pratique, il est parfois nécessaire d'élaborer des solutions globales, ce qui deviendrait impossible si l'unité de la matière était inscrite dans la loi. En outre, on augmenterait le risque de dispositions statutaires contradictoires. Certains participants soutiennent explicitement le critère de l'unité de la matière<sup>164</sup>. D'autres le soutiennent, mais jugent qu'il est nécessaire de pouvoir voter sur une révision totale des statuts sous forme de paquet<sup>165</sup>.

#### 4.3.5 Lieu de réunion de l'assemblée générale

Les dispositions sur le lieu de réunion de l'assemblée générale (art. 701a et 701b) sont approuvées<sup>166</sup>.

Seuls quelques participants sont sceptiques : incertitude quant au droit applicable et à la juridiction compétente et complications pour les actionnaires suisses quant à l'exercice de leurs droits<sup>167</sup>. Certains estiment inopportune l'exigence, pour les sociétés non cotées, de renoncer expressément, le cas échéant, à recourir à un représentant indépendant lorsque l'assemblée générale est tenue à l'étranger<sup>168</sup>. La gouvernance des sociétés non cotées ne devrait pas être gênée par des exigences inutiles.

#### 4.3.6 Recours aux médias électroniques

Les dispositions sur le recours aux médias électroniques (art. 701c à 701g) sont approuvées<sup>169</sup>.

Les remarques émises portent sur les aspects suivants :

- Certains participants demandent que le concept de l'assemblée générale virtuelle soit revu (art. 701d)<sup>170</sup>. La disposition ne devrait pas viser uniquement les assemblées générales sur Internet, mais aussi les audioconférences et les vidéoconférences<sup>171</sup>.
- Certains signalent que la constatation de décisions de l'assemblée générale virtuelle en la forme authentique pourrait être problématique<sup>172</sup>, car en désaccord avec certains droits cantonaux.
- La disposition sur le forum électronique est clairement rejetée (art. 701g). Elle serait approuvée si elle était de nature dispositives<sup>173</sup>. On craint qu'un tel forum entraîne de lourdes tâches administratives, ait un coût élevé et représente une grosse charge de travail pour le conseil d'administration. Ces charges sont trop élevées par rapport à l'intérêt du forum. Il existe en outre un risque que celui-ci dévie de sa fonction première et que la responsabilité du conseil d'administration soit mise à mal en raison

<sup>162</sup> ASB, p. 10 ; FSA, p. 12 ; CS p. 9 annexe ; UBS, p. 6.

<sup>163</sup> GR, p. 9 ; SH, p. 4 ; UDC, p. 3 ; Economiesuisse, p. 19 ; Uni SG, p. 14 ; IHZ, p. 12 ; SO HK, p. 6 ; SwissHoldings, p. 20 ; VPAG, p. 8 ; VPAG, p. 8 ; Flughafen Zürich, p. 3 ; Homburger, p. 64 ; Lenz&Staehelein, p. 10 ; Swiss Re, p. 4 ; Swiss Textiles, p. 2 ; ZH, p. 4 ; ZH HK, p. 6.

<sup>164</sup> PS, p. 6 ; Ethos, p. 4 ; Kuster, p. 81 ; zRating, p. 13.

<sup>165</sup> ASB, p. 10 ; FSA, p. 12 ; UBS, p. 6 ; Böckli, p. 4 ; Walderwyss, p. 34.

<sup>166</sup> GR, p. 9 ; NW, p. 3 ; ZH, p. 4 ; PLR, p. 2 ; CP, p. 5 ; FDER, p. 6 ; FSA, p. 4 ; SO HK, p. 6 ; ZH HK, p. 7 ; Walderwyss p. 35.

<sup>167</sup> GE, p. 6 ; FDER, p. 6 ; Kuster, p. 83.

<sup>168</sup> Economiesuisse, p. 18 ; SwissHoldings, p. 14.

<sup>169</sup> GR, p. 10 ; JU, p. 1 ; NW, p. 2 ; UR, p. 2 ; PDC, p. 4 ; PLR, p. 2 ; PS, p. 6 ; USS, p. 1 ; UniL, p. 3 s. ; Uni ZH, p. 11 ; CP, p. 5 ; FDER, p. 6 ; FSA, p. 4 ; SO HK, p. 6 ; UBCS, p. 9 ; ZH HK, p. 7 ; CS, p. 3 et p. 11 annexe ; Walderwyss, p. 36 ; Zurich, p. 9.

<sup>170</sup> VPAG, p. 9 ; Homburger, p. 66 ; Kuster, p. 78.

<sup>171</sup> FSA, p. 4 et 13 ; Homburger, p. 66.

<sup>172</sup> NE p. 9 ; FDER, p. 6.

<sup>173</sup> GE, p. 6 ; GR, p. 9 ; PLR, p. 2 ; ASB, p. 2 et 11 ; USAM, p. 8 ; Uni NE, p. 24 ; CP, p. 6 ; FDER, p. 5 ; HK BS/BL, p. 3 ; IHZ, p. 12 ; FSA, p. 13 ; SO HK, p. 6 ; VPAG, p. 9 ; UBCS, p. 9 ; ZH HK, p. 7 ; BärKarrer, p. 3 et 40 s. ; CS, p. 9 annexe ; Flughafen Zürich, p. 3 ; Homburger, p. 68 ; Lenz&Staehelein, p. 11 ; Nestlé, p. 5 ; Novartis, p. 6 ; SchellenbergWittmer, p. 9 ; UDC, S, 3 ; Swiss Re, p. 4 ; UBS, p. 7 ; Walderwyss, p. 35 ; Zurich, p. 10.

des contenus publiés dans le forum. Quelques participants approuvent le forum<sup>174</sup>. D'autres recommandent de mettre en place un groupe d'experts chargés d'approfondir la thématique<sup>175</sup>.

#### 4.3.7 Déroulement de l'assemblée générale

Les modifications apportées au déroulement de l'assemblée générale (art. 702 à 704a) ont suscité très peu de commentaires. Seule la modification concernant les décisions et les élections (art. 703) est clairement rejetée<sup>176</sup>. La prise de décisions à la majorité des voix exprimées sans considérer les abstentions représente un changement de paradigme. Les investisseurs institutionnels, notamment, s'abstiennent souvent, ce qui peut être interprété comme une approbation de la stratégie et des décisions de la direction<sup>177</sup>. Il faudrait pouvoir continuer de soutenir tacitement le conseil d'administration. Le nouveau système pose des problèmes de calcul dans le cas des propositions spontanées. Il existe un risque de décisions plus ou moins hasardeuses, prises par exemple par une minorité particulièrement active. La sécurité du droit s'en trouverait affaiblie.

Quelques participants se sont exprimés sur les aspects suivants :

- Un participant salue le fait qu'il faille mentionner la répartition exacte des voix pour les décisions et le résultat des votes (art. 702, al. 2, ch. 3), car cette information est essentielle pour que les actionnaires puissent savoir dans quelle mesure une proposition du conseil d'administration ou des actionnaires a été acceptée ou rejetée<sup>178</sup>. D'autres désapprouvent cette disposition en raison de la lourde charge bureaucratique qu'elle entraînerait<sup>179</sup>.
- Un participant est opposé à l'idée que les actionnaires, dans une société non cotée, doivent le cas échéant accepter de renoncer à un représentant indépendant si l'assemblée générale a lieu à l'étranger ou en ligne<sup>180</sup>. La gouvernance des sociétés non cotées ne devrait pas être gênée par des exigences inutiles.
- Un participant met en avant le besoin de certaines sociétés non cotées, en particulier de filiales, de permettre à leur assemblée générale de prendre des décisions par voie de circulation<sup>181</sup>.
- Plusieurs participants estiment que le projet de sortir de bourse devrait être soumis à l'assemblée générale en tant que décision importante au sens de l'art. 704 CO<sup>182</sup>.

#### 4.3.8 Composition et organisation du conseil d'administration

Aucune tendance claire ne se dégage des avis rendus sur la composition et sur l'organisation du conseil d'administration (art. 705 à 717a).

Les remarques émises portent sur les aspects suivants :

- Le droit qu'a l'assemblée générale de révoquer un président du conseil d'administration élu par elle (art. 705) est soutenu par plusieurs participants qui estiment que cette clarification était nécessaire<sup>183</sup>. Un participant est même d'avis que la disposition devrait plus clairement préciser que la révocation d'un président élu par l'assemblée générale n'appartient qu'à cette dernière<sup>184</sup>.

---

<sup>174</sup> JU, p. 1 ; TI, p. 2 ; PS, p. 6 ; Uni SG, p. 15 ; Uni ZH, p. 13 ; Ethos, p. 4 ; SIX, p. 4.

<sup>175</sup> Economiesuisse, p. 20 ; SwissHoldings, p. 21.

<sup>176</sup> PDC, p. 4 ; PLR, p. 3 ; UDC ; p. 3 ; Economiesuisse, p. 20 ; USAM, p. 8 ; HK BS/BL, p. 2 ; IHZ, p. 12 ; FSA, p. 13 ; SwissHoldings, p. 22 ; Swiss Textiles, p. 2 ; VPAG, p. 9 s. ; Clariant, p. 3 ; Homburger, p. 72 ; Nestlé, p. 5 ; Novartis, p. 6

<sup>177</sup> Economiesuisse, p. 20.

<sup>178</sup> Ethos, p. 2.

<sup>179</sup> Homburger, p. 69.

<sup>180</sup> Economiesuisse, p. 18 ; Homburger, p. 70 ; SwissHoldings, p. 14.

<sup>181</sup> Homburger, p. 68.

<sup>182</sup> SIX, p. 6 ; zRating, p. 13 s.

<sup>183</sup> Homburger, p. 74 ; Kuster, p. 57.

<sup>184</sup> Walderwyss, p. 39.

- L'idée de préciser que le conseil d'administration se compose uniquement de personnes physiques (art. 707) est saluée par plusieurs participants<sup>185</sup>. D'autres la désapprouvent<sup>186</sup>.
- En ce qui concerne la durée des fonctions (art. 710), quelques participants saluent l'idée de faire une distinction entre les sociétés cotées et non cotées<sup>187</sup>. En revanche, l'obligation d'élire individuellement les membres du conseil d'administration dans les sociétés non cotées est rejetée<sup>188</sup>. Ces dernières ne devraient pas se voir imposer des exigences inutiles en matière de gouvernance et devraient pouvoir être administrées avec des charges raisonnables. Seul un participant soutient explicitement l'ensemble des modifications proposées<sup>189</sup>.
- Par rapport à l'organisation du conseil d'administration (art. 712), plusieurs participants demandent que soit supprimée l'allusion au vice-président, car cette fonction n'est pas définie ailleurs dans la loi<sup>190</sup>. D'autres demandent au moins que la disposition précise que l'élection d'un vice-président est de nature dispositive, sinon le modèle de la SA constituée d'une seule personne deviendrait impossible<sup>191</sup>.
- Certains participants demandent que la liste des attributions intransmissibles (art. 716a) comporte également des aspects liés aux rémunérations<sup>192</sup> et à la responsabilité sociétale des entreprises<sup>193</sup>.
- Les modifications apportées à la délégation de la gestion (art. 716b) sont partiellement acceptées par certains participants<sup>194</sup>. Certains participants arguent que la gouvernance des sociétés non cotées ne doit pas être gênée par des exigences inutiles. Ils voient dans la nouvelle disposition une tendance à la surréglementation<sup>195</sup>.
- Les nouveaux devoirs de diligence et de fidélité en matière de rémunérations sont clairement rejetés<sup>196</sup>. Les opposants avancent que les devoirs généraux de diligence et de fidélité englobent la fixation des rémunérations et qu'il n'est pas nécessaire de préciser ici un aspect de ceux-ci. De plus, dans les sociétés cotées, les rémunérations autorisées sont définies par l'assemblée générale. Il est donc inapproprié d'évoquer en plus une responsabilité du conseil d'administration en la matière. Seuls quelques participants soutiennent les modifications proposées<sup>197</sup>.
- Certains participants estiment que les devoirs de diligence et fidélité du conseil d'administration (art. 717) devraient aussi porter sur les droits de l'homme et sur l'environnement<sup>198</sup>.
- Certains participants demandent que soit faite une distinction entre sociétés cotées et non cotées en ce qui concerne les conflits d'intérêts (art. 717a)<sup>199</sup>. La modification impose une exigence inutile aux PME. D'autres participants sont favorables à la nouvelle disposition<sup>200</sup>.

<sup>185</sup> isade, p. 3 ; Kuster, p. 54 ; Walderwyss, p. 39.

<sup>186</sup> Böckli, p. 5 ; Homburger, p. 75.

<sup>187</sup> IHZ, p. 12 s. ; isade, p. 3.

<sup>188</sup> Economiesuisse, p. 18 ; IHZ, p. 12 s. ; isade, p. 3 SwissHoldings, p. 14 ; BärKarrer, p. 41 ; Böckli, p. 5 ; Homburger, p. 75 ; Walderwyss, p. 29.

<sup>189</sup> Kuster, p. 53.

<sup>190</sup> USAM, p. 8 ; isade, p. 4 ; USM, p. 2.

<sup>191</sup> Forum PME, p. 2 ; VPAG, p. 10 ; BärKarrer, p. 41 ; Böckli, p. 5.

<sup>192</sup> Uni ZH, p. 14.

<sup>193</sup> Coalition ONG, p. 30 ; zRating, p. 15 s.

<sup>194</sup> PS, p. 6 ; Walderwyss, p. 40.

<sup>195</sup> NW, p. 3 ; PDC, p. 4 ; UDC, p. 4 ; Economiesuisse, p. 18 ; SVG, p. 8 ; IHZ, p. 13 ; isade, p. 4 ; SwissHoldings, p. 14 ; VPAG, p. 11.

<sup>196</sup> Economiesuisse, p. 21 ; USAM, p. 8 ; Uni NE, p. 27 ; Uni SG, p. 16 ; SO HK, p. 6 ; SwissHoldings, p. 23 ; Chambre fiduciaire, p. 7 ; VPAG, p. 11 ; UBCS, p. 9 ; ZH HK, p. 7 ; BärKarrer, p. 42 ; Flughafen Zürich, p. 3 ; Homburger, p. 78 ; SchellenbergWittmer, p. 9 ; SWIPRA, p. 4 ; Swiss Re, p. 4 ; UBS, p. 8 ; Walderwyss, p. 40 ; Zurich, p. 4.

<sup>197</sup> PS, p. 6 ; Travail.Suisse, p. 3 ; Ethos, p. 4 ; Kuster, p. 116.

<sup>198</sup> PS, p. 6 ; Actares, p. 3 ; Ethos, p. 4 et 7 ; Coalition ONG, p. 30 ; Greenpeace, p. 3.

<sup>199</sup> PDC, p. 4 ; IHZ, p. 13 ; isade, p. 4 ; VPAG, p. 12.

<sup>200</sup> BärKarrer, p. 42 ; Kuster, p. 116 ; Walderwyss, p. 41.

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

##### 4.4.1 Dispositions dépassant le cadre de l'ORAb

Certains participants préféreraient pour l'instant ne pas transférer les dispositions de l'ORAb dans le droit de la SA<sup>201</sup>. L'entrée en vigueur de l'ordonnance a permis de mettre en œuvre dans les délais l'art. 95, al. 3, Cst. (en relation avec l'art. 197, ch. 10, Cst.). Son transfert au niveau de la loi formelle n'est donc pas urgent. Le plus important pour l'instant est d'observer l'application de l'ORAb pour plus tard pouvoir la transférer au niveau de la loi de la manière la plus intelligente possible.

L'abandon du taux plancher par la Banque nationale suisse et ses conséquences négatives sur la compétitivité des entreprises suisses sur le plan international ont également été évoqués. Alors que la place économique suisse traverse une période difficile, il serait préférable d'éviter toute insécurité supplémentaire ou tout coût inutile pour les entreprises suisses.

Si le transfert au niveau de la loi devait toutefois avoir lieu dans le cadre de la révision actuelle, de nombreux participants demandent que l'on laisse tomber toute disposition qui dépasserait le cadre de l'ORAb<sup>202</sup>. La sécurité du droit devrait être une priorité : comme beaucoup de sociétés ont récemment modifié leurs statuts pour s'adapter à l'ORAb, il serait difficile d'exiger d'elles qu'elles adaptent encore une fois leurs statuts, ne serait-ce qu'en raison des coûts occasionnés.

Un participant demande que les sociétés qui ont leur siège en Suisse mais qui ne sont cotées qu'à l'étranger puissent être exemptées de l'application de l'art. 94, al. 3, Cst.<sup>203</sup>.

##### 4.4.2 Interdiction du vote prospectif sur les rémunérations variables

L'interdiction du vote prospectif sur les rémunérations variables (art. 735, al. 3, ch. 4) est clairement rejetée<sup>204</sup>, essentiellement pour les raisons suivantes :

- La disposition va plus loin que l'art. 95, al. 3, Cst.
- La liberté des actionnaires est limitée inutilement. Une certaine flexibilité devrait être garantie. Il faudrait pouvoir tenir compte au cas par cas des avantages et des inconvénients des différents systèmes de vote.
- Cette interdiction obligerait beaucoup de sociétés à adapter encore une fois leurs statuts, ce qui n'est pas exigible de leur part. Le vote prospectif sur les rémunérations flexibles s'est avéré être une « bonne pratique » et il serait contraire au principe de la sécurité du droit de l'interdire dans la loi.
- Le principe fondamental « pas de travail sans salaire » est bafoué.
- En cas de vote rétrospectif sur les rémunérations variables, il pourrait y avoir des problèmes de coordination entre celui-ci et l'approbation des comptes annuels.
- L'interdiction rendrait la planification plus incertaine et les entreprises suisses moins attrayantes en ce qui concerne le recrutement au niveau international.

---

<sup>201</sup> PBD, p. 1 ; UDC, p. 2 ; Economiesuisse, p. 1 ss ; USAM, p. 2 ; HK BS/BL, p. 1 ; USM, p. 2 ; Clariant, p. 8 ; SwissHoldings, p. 2 ss ; Swissmem, p. 2 ; Swiss Textile, p. 1 ; Chambre fiduciaire, p. 6 ; UBS, p. 1 s.

<sup>202</sup> BS, p. 1 ; GR, p. 2 ; NE, p. 1 ; SH, p. 2 ; ZG, p. 1 ; PDC, p. 3 ; PLR, p. 2 ; Economiesuisse, p. 2 ; ASB, p. 1 ; Uni NE, p. 2 s. ; AIHK, p. 3 ; SVV, p. 2 ; HK BS/BL, p. 1 ; FSA, p. 6 ; SECA, p. 10 ; Scienceindustries, p. 3 ss ; Swissmem, p. 3 ; Chambre fiduciaire, p. 2 et 7 ; ZH HK, p. 1 ; BärKarrer, p. 3 s. et 46 s. ; Clariant, p. 2 ; CS, p. 1 ; Flughafen Zürich, p. 1 ; Kellerhals, p. 2 ; Lenz&Staehelein, p. 6 ; Nestlé, p. 2 s. ; SIX, p. 2 ; SO HK, p. 7 ; UDC, p. 1 ; SwissHoldings, p. 4 ; SWIPRA, p. 1 ; Swiss Re, p. 1 ; UBS, p. 1 s. ; Zurich, p. 2.

<sup>203</sup> Amcham, p. 1 ss.

<sup>204</sup> GR, p. 11 ; NW, p. 4 ; SH, p. 2 ; PDC, p. 3 ; PLR, p. 2 ; Economiesuisse, p. 5 ; ASB, p. 2 ; USAM, p. 9 ; UniL, p. 16 ; Uni NE, p. 36 ; Unis SG, p. 4 et 23 ; Uni ZH, p. 14 s. ; CP, p. 6 ; FDER, p. 8 ; IHZ, p. 15 ; FSA, p. 6 et 14 ; Scienceindustries, p. 5 ; SO HK, p. 7 ; SwissHoldings, p. 5 ; Swissmem, p. 6 ; Chambre fiduciaire, p. 7 ; UBCS, p. 11 ; ZH HK, p. 8 ; BärKarrer, p. 48 ; Böckli, p. 6 ; CFA, p. 2 ; Clariant, p. 2 ; CS, p. 4 annexe ; Flughafen Zürich, p. 3 ; Homburger, p. 89 s. ; Kellerhals, p. 2 ; Lenz&Staehelein, p. 6 ; Nestlé, p. 3 ; Roche, p. 5 ; SchellenbergWittmer, p. 10 ; Vischer Rechtsanwälte, p. 14 ; SWIPRA, p. 7 ; VERAISON, p. 3 ; Walderwyss, p. 46 ; zRating, p. 7 ; Zurich, p. 3.

Plusieurs participants estiment qu'un vote consultatif sur le rapport de rémunérations pourrait jouer le même rôle que l'interdiction du vote prospectif<sup>205</sup>. Cette solution prend en compte le caractère rétrospectif voulu par l'avant-projet.

Quelques rares participants approuvent l'interdiction<sup>206</sup>.

#### 4.4.3 Indication des indemnités accordées à chacun des membres de la direction

L'obligation d'indiquer les indemnités accordées à chacun des membres de la direction, et non uniquement de ceux du conseil d'administration (art. 734a, al. 3, ch. 2) est rejetée par de nombreux participants<sup>207</sup>.

Leurs arguments sont les suivants :

- La disposition va plus loin que l'esprit de l'art. 95, al. 3, Cst.
- L'extension de l'obligation pourrait être contreproductive : elle pourrait niveler les salaires vers le haut.
- L'indication du montant global a fait ses preuves et une restriction supplémentaire de la sphère privée des membres de la direction ne devrait pas se faire sans raisons pertinentes.
- Le caractère individuel de l'obligation pose également problème du point de vue de la protection des données.
- En ce qui concerne l'indication des rémunérations, il est justifié de faire une distinction entre le conseil d'administration et la direction. Les rapports entre les membres de la direction et la société sont régis par le droit du travail et il incombe au conseil d'administration de décider de la rémunération de ces premiers. Les membres du conseil d'administration sont quant à eux élus directement par l'assemblée générale, d'où l'opportunité d'indiquer les rémunérations de manière plus précise.

Peu de participants ont soutenu cette disposition<sup>208</sup>.

#### 4.4.4 Utilisation du montant complémentaire pour les nouveaux membres de la direction

L'idée d'utiliser le montant complémentaire uniquement pour la rémunération de nouveaux membres de la direction (art. 735a) est clairement rejetée<sup>209</sup>, principalement pour les raisons suivantes :

- Du point de vue de la sécurité du droit, il convient d'éviter que les sociétés qui viennent d'adapter leurs statuts à l'ORAb doivent à nouveau les modifier.
- La marge de manœuvre qu'a l'entreprise pour composer la direction est inutilement réduite.
- La direction est sans cesse remodelée dans une société et il n'est pas souhaitable que les remaniements internes et les recrutements de l'extérieur ne soient pas traités de la même manière.

Pour éviter les abus, un participant propose de préciser, dans les travaux préparatoires, que le montant complémentaire ne peut pas être utilisé en cas de simple élargissement des

---

<sup>205</sup> ASB, p. 8 ; Scienceindustries, p. 6 ; CFA, p. 2 ; Kuster, p. 28 ; Lenz&Staehelein, p. 7 ; SWIPRA, p. 8 ; zRating, p. 7.

<sup>206</sup> PS, p. 9 ; Travail.Suisse, p. 4 ; Actares, p. 7 ; Ethos, p. 1 et 5 ; Kuster, p. 28 ; zCapital, p. 1.

<sup>207</sup> NW, p. 4 ; PDC, p. 3 ; UDC, p. 4 ; Economiesuisse, p. 13 ; ASB, p. 2 et 8 ; Uni NE, p. 33 ; CP, p. 6 ; IHZ, p. 15 ; SwissHoldings, p. 14 ; Swissmem, p. 5 ; Swiss Textiles, p. 4 ; Chambre fiduciaire, p. 7 ; ZH HK, p. 7 ; BärKarrer, p. 48 ; Clariant, p. 6 ; CS, p. 7 annexe ; Flughafen Zürich, p. 3 ; Nestlé, p. 4 ; SWIPRA, p. 5 ; Swiss Re, p. 4 ; UBS, p. 8 ; Vischer Rechtsanwälte, p. 14 ; UBCS, p. 10 ; Walderwyss, p. 44 ; Zurich, p. 5.

<sup>208</sup> PS, p. 7 ; Travail.Suisse, p. 4 ; Actares, p. 6 ; Kuster, p. 49 ; zCapital, p. 1.

<sup>209</sup> GR, p. 11 ; PDC, p. 3 ; Economiesuisse, p. 7 ; Uni SG, p. 22 ; FSA, p. 6 et 15 ; Scienceindustries, p. 6 ; SO HK, p. 7 ; SwissHoldings, p. 8 ; ZH HK, p. 8 ; BärKarrer, p. 49 ; Clariant, p. 4 ; CS, p. 2 et 6 annexe ; Homburger, p. 92 ; Lenz&Staehelein, p. 9 ; SWIPRA ; p. 8 ; Vischer Rechtsanwälte, p. 14 ; Walderwyss, p. 47.

tâches ou de permutation entre fonctions équivalentes s'il n'y a pas concrètement de promotion<sup>210</sup>.

#### 4.4.5 Extension de la liste des indemnités interdites

Plusieurs participants ont critiqué l'extension de la liste des indemnités interdites (art. 735c). L'un des arguments principaux est que, au nom de la sécurité du droit, il n'est pas possible d'exiger des sociétés qui viennent d'adapter leurs statuts à l'ORAb qu'elles les modifient à nouveau<sup>211</sup>. Les autres arguments sont les suivants :

- Des participants sont opposés à l'idée d'ajouter à la liste les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence qui n'est pas justifiée par l'usage commercial (art. 735c, al. 1, ch. 2), ainsi que celles découlant d'une prohibition de faire concurrence qui ne sont pas conformes à la pratique du marché (art. 735c, al. 1, ch. 3)<sup>212</sup>. Les prohibitions de faire concurrence sont très importantes dans la pratique et les deux chiffres visés vont au-delà de l'art. 95, al. 3, Cst. La conformité à la pratique du marché étant un critère ambigu, la disposition serait inapplicable, ce qui nuirait à la sécurité du droit. Les participants préféreraient à une interdiction imprécise une disposition fiable qui puisse renforcer la sécurité du droit.
- Toujours en lien avec les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence, des participants critiquent le fait que l'art. 735c, al. 3, définissent comme non justifiée par l'usage commercial une prohibition de plus de douze mois<sup>213</sup>. Une telle prohibition est parfaitement justifiée dans certains domaines. L'al. 3 est en outre en contradiction avec l'art. 340a CO, qui fixe à trois ans la durée maximum d'une prohibition. Certains participants proposent que les parties aient la liberté de convenir de la durée de la prohibition, mais que la base de calcul pour la fixation du montant de l'indemnité ne puisse pas dépasser douze mois<sup>214</sup>.
- Un participant estime que la mention des indemnités versées en relation avec une précédente activité au sein d'un organe de la société qui ne sont pas conformes à la pratique du marché (art. 735c, al. 1, ch. 4) n'est pas nécessaire. De telles pratiques sont englobées dans les indemnités de départ et n'ont pas besoin d'être définies de manière plus concrète dans la loi. Le ch. 4 nuit à la sécurité du droit et soulève inutilement de nouvelles questions<sup>215</sup>.
- Plusieurs participants estiment que les primes d'embauche qui ne s'inscrivent pas en réparation d'un désavantage financier clairement établi (art. 735c, al. 1, ch. 5) n'ont pas leur place dans la liste<sup>216</sup>. L'interdiction dépasse le cadre de l'art. 95, al. 3, Cst. Les rémunérations « à des fins de persuasion » devraient rester autorisées pour maintenir l'attrait de la Suisse sur le plan international. Dans la pratique, il est souvent difficile d'établir clairement s'il y a un désavantage financier. Certains proposent de définir comme critère l'existence d'un dommage qui soit simplement possible à établir<sup>217</sup> ou de biffer l'expression « clairement établi »<sup>218</sup>. D'autres préféreraient interdire toute prime d'embauche, et pas seulement celles liées à un désavantage financier clairement établi<sup>219</sup>. Deux participants approuvent la disposition, car ils estiment qu'elle est claire et qu'elle renforce la sécurité du droit<sup>220</sup>.

---

<sup>210</sup> CS, p. 6 annexe.

<sup>211</sup> GR, p. 11 ; PLR, p. 2 ; SO HK, p. 7 ; ZH HK, p. 8 ; Homburger, p. 94 s. ; UBS, p. 9.

<sup>212</sup> PLR, p. 2 ; ASB, p. 8, UniL, p. 25 ; Chambre fiduciaire, p. 7 ; BärKarrer, p. 50 ; CS, p. 8 annexe ; Homburger, p. 94 ; UBS, p. 10 ; Walderwyss, p. 47.

<sup>213</sup> PDC, p. 3 ; USAM, p. 9 ; Uni SG, p. 23 ; Uni NE, p. 37 ; UBS, p. 10 ; Walderwyss, p. 47 s.

<sup>214</sup> Economiesuisse, p. 7 ; Scienceindustries, p. 7 ; SwissHoldings, p. 8 ; Swissmem, p. 7 ; Swiss Textiles, p. 4.

<sup>215</sup> Homburger, p. 94.

<sup>216</sup> ASB, p. 9 ; USAM, p. 9 ; Uni SG, p. 24 ; Chambre fiduciaire, p. 7 ; BärKarrer, p. 51 ; CS, p. 8 annexe ; Homburger, p. 96 ; Lenz&Staelin, p. 7 ; UBS, p. 10 ; Vischer Rechtsanwälte, p. 15.

<sup>217</sup> Economiesuisse, p. 8 ; Scienceindustries, p. 7 ; SwissHoldings, p. 8.

<sup>218</sup> SWIPRA, p. 9.

<sup>219</sup> Kuster, p. 50 s. ; Moser-Harder, p. 4.

<sup>220</sup> CP, p. 6 ; CFA, p. 2.

Quelques participants saluent la clarté de l'art. 735c<sup>221</sup>. Deux autres se réjouissent qu'il précise certains aspects omis dans l'ORAb. Ils craignent toutefois qu'il soit insuffisant et souhaiteraient qu'il soit formulé de manière encore plus précise<sup>222</sup>. Un participant propose également de plafonner les rémunérations accordées aux cadres supérieurs<sup>223</sup>. Deux participants estiment que les dispositions sur les rémunérations ne sont pas suffisantes et qu'il est nécessaire d'imposer les bonus et de veiller à la transparence en matière fiscale<sup>224</sup>.

#### 4.5 Quotas de représentation des sexes dans les sociétés anonymes cotées en bourse

Bien que la quasi-totalité d'entre eux considèrent la représentation des deux sexes au sein du conseil d'administration et de la direction comme un objectif louable, les participants rejettent clairement l'instauration d'un quota de représentation dans les grandes SA cotées en bourse et demandent la suppression pure et simple de l'art. 734e.<sup>225</sup>

Les principaux arguments invoqués contre l'art. 734e sont les suivants :

- Il constitue une atteinte excessive à la liberté économique et contractuelle. Mieux vaut favoriser à cet égard l'autorégulation.
- L'instauration d'un quota de représentation des sexes n'est pas la solution du problème (évocation de la « femme-quota »). Certains craignent même que selon la composition du conseil d'administration ou de la direction, les décisions importantes soient transférées à un autre échelon hiérarchique.
- L'instauration d'un quota dans le droit de la SA ne peut pas produire le résultat escompté si les conditions-cadres nécessaires font défaut par ailleurs (pénurie de places en crèche, par ex.).
- Il faut promouvoir une diversité spécifique à l'entreprise, sans se focaliser sur une différence (celle des sexes).
- Un quota imposé créerait une distorsion sur le marché de l'emploi et finirait par entraîner une discrimination inverse.
- Le recrutement de candidates appropriées est souvent difficile, en particulier à l'échelon de la direction, dans les métiers à dominante masculine. En imposant un quota, la Suisse adopterait de plus une position très isolée sur le plan international.
- L'instauration d'un quota entraînerait pour les entreprises une charge administrative et financière supplémentaire.

Plusieurs organisations de femmes de même que certains autres participants saluent l'orientation proposée par l'avant-projet. Mais ils en exigent davantage, notamment des mécanismes de contrôle et des sanctions efficaces<sup>226</sup>. Certains demandent l'instauration de quotas obligatoires plutôt qu'indicatifs<sup>227</sup> et jugent les quotas proposés trop faibles<sup>228</sup>. Certains exigent même l'extension du champ d'application de ces quotas, par exemple à toutes

<sup>221</sup> SO, p. 6 ; CFA, p. 2 ; zRating, p. 8.

<sup>222</sup> PS, p. 9 ; Travail.Suisse, p. 4.

<sup>223</sup> PS, p. 1.

<sup>224</sup> PS, p. 1 ; Travail.Suisse, p. 1 ss.

<sup>225</sup> AI, p. 2 ; BL, p. 3 ; FR, p. 2 ; GR, p. 11 ; NW, p. 4 ; SH, p. 5 ; SZ, p. 1 ; TI, p. 2 ; UR, p. 2 ; VS, p. 2 ; ZG, p. 3 et 7 ; PDC, p. 4 ; PLR, p. 2 ; UDC, p. 2 et 4 ; Employeurs, p. 2 ; Economiesuisse, p. 2 ; ASB, p. 2 et 9 s. ; USAM, p. 4 et 9 ; Uni NE, p. 35 ; UniL, p. 33 ss ; AIHK, p. 3 ; CP, p. 7 ; FDER, p. 9 ; HK BS/BL, p. 3 ; IHZ, p. 15 ; Scienceindustries, p. 11 ; SECA, p. 11 ; isade, p. 5 ; USM, p. 2 ; SO HK, p. 7 ; Swiss Plastic, p. 1 ; Swiss Textile, p. 4 ; SwissHoldings, p. 11 s. ; Swissemem, p. 6 ; Chambre fiduciaire, p. 7 s. ; ZH HK, p. 8 ; VPAG, p. 13 ; UBCS, p. 10 ; Clariant, p. 5 ; Flughafen Zürich, p. 4 ; Kellerhals, p. 3 ; SUISA, p. 3 ; Suter, p. 2 ; SWIPRA, p. 5 s. ; Swiss Re, p. 4 ; UBS, p. 8 s. ; zCapital p. 2 ; zRating, p. 6 ; Zurich, p. 6.

<sup>226</sup> FDP Frauen BE, p. 1 s. ; PS, p. 8 ; PS femmes, p. 1 ; SEC, p. 3 s. ; USS, p. 3 ; Travail.Suisse, p. 2 s. ; Actares, p. 6 ; AllianceF, p. 1 ; BPW, p. 2 ; Femmes juristes, p. 2 ; USPF, p. 2 ; Wirtschaftsfrauen, p. 1 ; CFQF, p. 1 ; FJO, p. 2 ; Frauenzentrale, p. 1 ; NGONG, p. 1 ; CSDE, p. 3 ; ADF, p. 1.

<sup>227</sup> Actares, p. 6 ; AllianceF, p. 1 ; CFQF, p. 1.

<sup>228</sup> FDP Frauen BE, p. 2 ; PS, p. 8 ; PS femmes, p. 2 ; Travail.Suisse, p. 3 ; USS, p. 3 ; AllianceF, p. 1 ; BPW, p. 3 ; Wirtschaftsfrauen, p. 1 ; CFQF, p. 2 ; Frauenzentrale, p. 2 ; NGONG, p. 2 ; CSDE, p. 3 s.

les entreprises publiques et cotées en bourse de même qu'aux entreprises de plus de 250 salariés à temps plein<sup>229</sup>. Certains proposent par contre de porter le délai de transition proposé à 10 ans<sup>230</sup>.

Certains participants enfin sont favorables à la disposition proposée dans l'avant-projet<sup>231</sup>.

#### 4.6 Restrictions à la transmissibilité des actions nominatives cotées en bourse et inscription au registre des actions

La possibilité, pour le conseil d'administration, de refuser un acquéreur qui ne confirmerait pas expressément l'absence de tout *securities lending* (art. 685d, al. 2), suscite une large adhésion<sup>232</sup>. Certains participants la rejettent toutefois au motif qu'il ne faudrait tolérer aucune restriction en matière d'inscription ni de droit de vote concernant les sociétés cotées en bourse, arguant que la législation sur les bourses offre une protection suffisante contre les rachats hostiles, et qu'il suffit donc de l'appliquer de manière cohérente et stricte<sup>233</sup>. Ils estiment par ailleurs qu'il n'y a pas lieu de soupçonner des abus généralisés en matière de droit de vote<sup>234</sup>, et qu'il faudrait pouvoir rayer des actionnaires du registre des actions si les circonstances changent<sup>235</sup>.

Certains participants sont explicitement favorables à l'obligation, pour les SA cotées en bourse, de permettre les demandes d'inscription au registre des actions par voie électronique<sup>236</sup>. Certains considèrent que les conditions énoncées à l'art. 686b sont déjà remplies : dans le modèle actuel des actions nominatives, la preuve de la propriété et la demande d'inscription sont liées (AREG-DATA), ce qui garantit une exécution correcte et efficace. Il convient donc de clarifier la formulation de l'art. 686b en conséquence<sup>237</sup>. D'autres participants sont résolument contre l'obligation d'accepter les inscriptions par voie électronique au motif qu'elle serait superflue pour les titres intermédiés et qu'elle entraînerait des frais inutiles<sup>238</sup>.

#### 4.7 Dividendes différenciés et actions dispo

Les participants saluent les efforts du Conseil fédéral pour remédier à la problématique des actions dispo et sa volonté de laisser aux sociétés une certaine marge de manœuvre en la matière<sup>239</sup>. Ils rejettent néanmoins très nettement la possibilité de prévoir, dans les statuts, que les actionnaires perçoivent un dividende jusqu'à 20 % plus ou moins élevé selon que leurs droits de vote sont ou ne sont pas exercés à l'assemblée générale (art. 661, al. 2, ch. 1 et 2).

Les principaux arguments invoqués contre l'art. 661, al. 2, sont les suivants :

- Il est inadmissible d'envisager une sanction pour les actionnaires passifs. Cela équivaudrait à rendre le vote obligatoire du fait de l'inscription indirecte dans la loi d'une fausse peine conventionnelle<sup>240</sup> sous la forme d'un dividende augmenté ou réduit.<sup>241</sup>
- Une telle obligation serait contraire à la structure libérale de la SA suisse et entraînerait des inégalités de traitement entre les actionnaires<sup>242</sup>, lesquels doivent pouvoir décider librement de se faire inscrire ou non au registre des actions<sup>243</sup>.

<sup>229</sup> FDP Frauen BE, p. 2 ; PS, p. 8 ; PS femmes, p. 2 ; Travail.Suisse, p. 3 ; AllianceF, p. 1 ; BPW, p. 3 ; Femmes juristes, p. 6 ; USPF, p. 2 ; Wirtschaftsfrauen, p. 1 ; BärKarrer, p. 52 ; FJO, p. 2 ; Frauenzentrale, p. 2 ; NGONG, p. 2 ; SIX, p. 3 ; CSDE, p. 5.

<sup>230</sup> PS, p. 8 ; PS femmes, p. 2 ; Travail.Suisse, p. 3 s. ; AllianceF, p. 1 ; USPF, p. 2 ; Wirtschaftsfrauen, p. 1 ; CFQF, p. 2 ; Frauenzentrale, p. 3.

<sup>231</sup> BS, p. 1 ; JU, p. 1 ; NE, p. 2 ; SEC, p. 3 s. ; Kuster, p. 116 ; Walderwyss, p. 46.

<sup>232</sup> NW, p. 3 ; PS, p. 5 ; IHZ, p. 3 ; SwissHoldings, p. 26 ; Homburger, p. 49 ; Novartis, p. 8 ; Walderwyss, p. 26.

<sup>233</sup> ZRating p. 7 ; VERAISON, p. 5.

<sup>234</sup> ASB, p. 10.

<sup>235</sup> Keller, p. 1.

<sup>236</sup> SG, p. 4 ; UniL, p. 3 s. ; Actares, p. 5 ; FDER, p. 7 ; Kuster, p. 78 ; Walderwyss, p. 26 ; zRating, p. 15 s.

<sup>237</sup> ASB, p. 10 ; CS, p. 12 s.

<sup>238</sup> USAM, p. 7 ; Homburger, p. 49 ; Novartis, p. 5.

<sup>239</sup> Economiesuisse, p. 14 s. ; SwissHoldings, p. 15.

<sup>240</sup> Böckli, p. 4

<sup>241</sup> PDC, p. 5 ; Uni NE, p. 15 s. ; FDER, p. 4 s. ; FSA, p. 4 et 9 ; CS, p. 2 et 14 ; Swiss Re, p. 3 ; Böckli, p. 4 ; Homburger, p. 42.

- Il ne faut pas mélanger les droits sociaux et les droits patrimoniaux des actionnaires<sup>244</sup>, sous peine de les inciter à exercer leur droit de vote pour des raisons financières plutôt que par intérêt pour les sujets à l'ordre du jour<sup>245</sup>.
- Une telle disposition rendrait la gestion des titres et des droits associés plus complexe et plus coûteuse, au détriment de la place financière suisse<sup>246</sup>.
- Les actionnaires domiciliés à l'étranger seraient fréquemment discriminés<sup>247</sup>. Les groupes internationaux à l'actionariat largement diversifié auraient le plus grand mal à mettre en œuvre une telle disposition<sup>248</sup>.
- La mise en œuvre risquerait d'entraîner des difficultés, notamment dans le domaine du négoce d'actions, car le droit au dividende deviendrait flou<sup>249</sup>.
- La disposition risquerait d'être incompatible avec le droit en vigueur en matière de restrictions à la transmissibilité (art. 685f CO)<sup>250</sup>.

Quelques participants approuvent l'art. 661, al. 2, parce qu'il est de nature dispositive<sup>251</sup>, qu'il peut inciter les actionnaires à exercer leur droit de vote et que la charge supplémentaire résultant de cet exercice est couverte par la majoration du dividende<sup>252</sup>.

Dans le cadre de la consultation relative à l'art. 661, al. 2, certains participants se sont prononcés sur les actions dispo et sur le modèle de l'actionnaire fiduciaire du Conseil des Etats, qui s'y rattache<sup>253</sup> :

- Le modèle de l'actionnaire fiduciaire approuvé par le Conseil des Etats est toujours jugé admissible car il ne constitue pas une forme modifiée de la représentation par un dépositaire, qui est interdite, et n'enfreint donc pas l'art. 95, al. 3, Cst. Les participants n'y sont toutefois pas favorables. Certains des inconvénients de ce modèle énoncés dans le rapport explicatif restent considérables, y compris pour l'économie, en particulier le risque de voir encore diminuer le nombre des personnes qui se font inscrire directement au registre des actions. Mieux vaudrait trouver une autre solution avec un groupe d'experts et l'administration<sup>254</sup>.
- Certains participants estiment que la problématique des actions dispo est surévaluée<sup>255</sup>. Elle découle très logiquement du principe fondamental du droit de la SA selon lequel les actionnaires ont pour seule obligation de libérer leurs actions.<sup>256</sup>
- On pourrait très bien remplacer l'art. 661, al. 2, par un art. 685e CO modifié : si des actions nominatives cotées en bourse sont achetées en bourse, la banque de l'acquéreur annonce immédiatement à la société le nom de l'acquéreur et le nombre d'actions vendues<sup>257</sup>.
- Plusieurs participants présentent le concept d'actions de loyauté, qui vise une orientation à long terme sur les investissements en actions et une réduction du nombre d'actions dispo. Toute action peut devenir une action de loyauté avec dividende privi-

<sup>242</sup> AG, p. 3 ; SO, p. 5 ; GR, p. 6 ; PBD, p. 1 ; Uni SG, p. 9 ; Uni ZH, p. 11 ; FSA, p. 4 ; SO HK, p. 4 ; Böckli, p. 4 ; CS, p. 2 et 14 ; Swiss Re, p. 3 ; UBS, p. 4 s. ; Walderwyss, p. 17 ; zCapital, p. 2.

<sup>243</sup> TI, p. 2 ; HK BS/BL, p. 3 ; VPAG, p. 3 ; Lenz&Staehelein, p. 5.

<sup>244</sup> TI, p. 2 ; IHZ ; p. 8.

<sup>245</sup> UniL, p. 11 ; CFA, p. 5 ; CS, p. 2 et 14 ; Vischer Rechtsanwälte, p. 3 s.

<sup>246</sup> UniL, p. 2 ss et 11 ; Uni SG, p. 9 ; UBSCS, p. 6 ; BärKarrer, p. 26 ; CFA, p. 5 s. ; UBS, p. 5 ; zCapital, p. 2.

<sup>247</sup> GR, p. 6 s. ; PBD, p. 1 ; Economiesuisse, p. 15 ; Uni ZH, p. 12 ; SO HK, p. 4 ; SwissHoldings, p. 15 s. ; UBSCS, p. 6 s. ; BärKarrer, p. 25 ; Böckli, p. 4 ; CFA, p. 6 ; Chapuis, p. 3 ; SIX, p. 3 s.

<sup>248</sup> Novartis, p. 4.

<sup>249</sup> Economiesuisse, p. 15 ; ASB, p. 12 ; SwissHoldings, p. 16, VPAG, p. 3 ; BärKarrer, p. 25 ; Böckli, p. 4 ; Roche, p. 3 ; SIX, p. 3 ; Vischer Rechtsanwälte, p. 3 s.

<sup>250</sup> BärKarrer, p. 25 ; Böckli, p. 4 ; Lenz&Staehelein, p. 5 ; Walderwyss, p. 17.

<sup>251</sup> CP, p. 5 ; Flughafen Zürich, p. 2 ; SchellenbergWittmer, p. 7 s.

<sup>252</sup> AI, p. 1 ; VS, p. 1 ; Actares, p. 5 ; Ethos, p. 3 ; Kuster, p. 118 ss ; VERAISON, p. 4 ; zRating, p. 15.

<sup>253</sup> Pour ce qui est des actions dispo et du modèle de l'actionnaire fiduciaire, voir le rapport explicatif, p. 30 ss.

<sup>254</sup> Economiesuisse, p. 15 s. ; ASB, p. 12 ; SwissHoldings, p. 16 s. ; Novartis, p. 4 ; Zurich, p. 10 s.

<sup>255</sup> Uni ZH, p. 9 ss ; CFA, p. 5 ; UBS, p. 4.

<sup>256</sup> CS, p. 15 s. ; Kuster, p. 118.

<sup>257</sup> Uni ZH, p. 9 ss ; zRating, p. 15.

légé si un actionnaire a été inscrit pour elle au registre des actions pendant une période minimale inscrite dans les statuts<sup>258</sup>.

#### 4.8 Restitution de prestations

Aucune tendance claire ne se dégage des avis rendus sur la disposition concernant la restitution de prestations à la société (art. 678). Plusieurs participants la rejettent<sup>259</sup>. Certains considèrent que la disposition en vigueur fonctionne bien, par exemple à titre préventif lors de transactions de financement d'envergure<sup>260</sup>. D'autres approuvent la nouvelle mouture<sup>261</sup>, certains précisant qu'elle constitue un correctif approprié par rapport aux simplifications prévues par l'avant-projet<sup>262</sup>.

Les remarques des participants portent en particulier sur les aspects suivants :

- L'élargissement du champ d'application personnel (art. 678, al. 1), qui est salué<sup>263</sup>, mais qui ne se justifie que si les personnes concernées ont un conflit d'intérêts, par exemple si elles sont impliquées de manière directe ou indirecte dans la décision relative à la performance de la société<sup>264</sup>. En englobant toutes les personnes qui s'occupent de la gestion, cet élargissement touche aussi les cadres moyens<sup>265</sup>.
- La référence à la situation économique de la société (art. 678, al. 2, CO), que certains participants souhaitent conserver<sup>266</sup> alors que d'autres saluent explicitement sa suppression<sup>267</sup>.
- Le maintien, salué par les participants, de la précision selon laquelle pour qu'une restitution soit possible, il faut qu'il y ait disproportion manifeste entre la prestation et la contre-prestation (art. 678, al. 2), ce qui laisse au conseil d'administration la latitude nécessaire pour déterminer correctement les prestations de la société<sup>268</sup>. L'un des participants demande la suppression de cette précision en arguant qu'une disproportion est toujours manifeste<sup>269</sup>.
- L'inversion du fardeau de la preuve prévue à l'art. 678, al. 3, qui est clairement rejetée. Il faut maintenir l'obligation pour le demandeur de prouver la mauvaise foi du bénéficiaire de la prestation de la société, au nom du principe de la confiance légitime et de la sécurité juridique<sup>270</sup>. Certains participants approuvent l'inversion du fardeau de la preuve au motif que les actionnaires et les membres des organes de la société seraient de toute façon en mesure de vérifier que les conditions formelles d'un versement sont remplies<sup>271</sup>.
- La possibilité pour l'assemblée générale de décider d'intenter une action en restitution contre l'avis du conseil d'administration (art. 678, al. 5), qui est saluée<sup>272</sup>.
- La prolongation du délai de prescription absolu de 5 à 10 ans (art. 678a, al. 1), qui est clairement rejetée<sup>273</sup>, le dol au sens de l'art. 288 LP prévoyant également un délai de

<sup>258</sup> Forstmoser/Straub/Wehrli, p. 1 ss. De même, de façon générale : PDC, p. 2 ; FSA, p. 3 ; SwissHoldings, p. 17.

<sup>259</sup> UDC, p. 2 s. ; USAM, p. 7 ; Swissmem, p. 1 ; UBSCS, p. 7 s. ; UBS, p. 6.

<sup>260</sup> Economiesuisse, p. 17 ; ASB, p. 17 ; Scienceindustries, p. 14 ; SwissHoldings, p. 19 ; CS, p. 19 ss.

<sup>261</sup> PS, p. 5 ; Uni ZH, p. 19 ; Ethos, p. 3 ; CFA, p. 3 s. ; Kuster, p. 117 ; Walderwyss, p. 20 ; zRating, p. 17 s.

<sup>262</sup> SECA, p. 12.

<sup>263</sup> Homburger, p. 47 ; Walderwyss, p. 20.

<sup>264</sup> ASB, p. 16 ; Scienceindustries, p. 13 ; VPAG, p. 5 ; CS, p. 19 ss.

<sup>265</sup> Böckli, p. 7.

<sup>266</sup> USAM, p. 7 ; CP, p. 5 ; IHZ, p. 8 s. ; isade, p. 2 ; ZH HK, p. 5.

<sup>267</sup> Uni BS, p. 5 ; Uni ZH, p. 17 ; Ethos, p. 3 ; BärKarrer, p. 31 ; Lenz&Staehein, p. 12 ; Walderwyss, p. 24 s.

<sup>268</sup> Economiesuisse, p. 17 ; Scienceindustries, p. 14 ; SwissHoldings, p. 19 ; ASB, p. 17 ; Homburger, p. 47 ; Walderwyss, p. 21.

<sup>269</sup> PS, p. 5.

<sup>270</sup> NW, p. 3 ; PLR, p. 3 ; UDC, p. 3 ; Economiesuisse, p. 16 s. ; ASB, p. 17 ; USAM, p. 7 ; Uni NE, p. 2 ; Uni SG, p. 10 s. ; CP, p. 5 ; IHZ, p. 8 s. ; OAV, p. 3 ; isade, p. 2 ; SwissHoldings, p. 17 s. ; Scienceindustries, p. 13 s. ; SO HK, p. 4 ; Swissmem, p. 1 ; VPAG, p. 5 ; ZH HK, p. 5 ; Coop, p. 7 ; CS, p. 19 ss ; Flughafen Zürich, p. 2 ; Homburger, p. 47 ; SchellenbergWittmer, p. 8 ; Swiss Re, p. 3 und p. 16 ; UBS, p. 5 ; Walderwyss, p. 23.

<sup>271</sup> Uni ZH, p. 18 ; Lenz&Staehein, p. 12.

<sup>272</sup> Uni NE, p. 16 ; Uni ZH, p. 18 ; Ethos, p. 3 ; Homburger, p. 47 ; Walderwyss, p. 26.

<sup>273</sup> NW, p. 3 ; PLR, p. 3 ; UDC, p. 3 ; Economiesuisse, p. 17 ; ASB, p. 17 ; IHZ, p. 9 ; OAV, p. 3 s. ; Scienceindustries, p. 14 ; SO HK, p. 4 ; SwissHoldings, p. 19 ; VPAG, p. 5 ; UBSCS, p. 7 s. ; ZH HK, p. 5 ; UBS, p. 6 ; Swiss Re, p. 3.

cinq ans<sup>274</sup>. Certains participants approuvent cependant cette prolongation, notamment par souci d'harmonisation avec le projet relatif au droit de la prescription en cours d'examen au Parlement<sup>275</sup>.

#### 4.9 Responsabilité des organes

Etant donné que la reprise de biens (effective ou envisagée) ne constitue plus un fait qualifié lors de la fondation (voir point 4.1.5), la responsabilité correspondante dans les actes de fondation est supprimée. La modification de l'art. 753, ch. 1, dans ce sens est approuvée<sup>276</sup>.

Les participants rejettent clairement la responsabilité du représentant indépendant prévue à l'art. 754, al. 1<sup>277</sup>, au motif que le représentant indépendant n'est pas un organe de la société, qu'il n'exerce aucune fonction d'organe et qu'il assume exclusivement des tâches fiduciaires.

L'art 756, al 2, prévoit que la société peut intenter une action et charger le conseil d'administration ou un représentant de conduire le procès. A une exception près<sup>278</sup>, cette disposition suscite l'adhésion des participants<sup>279</sup>.

Aucune tendance claire ne se dégage des avis rendus sur la nouvelle disposition de l'art. 757, al 4, relative au traitement des créances postposées dans le cadre d'une action en responsabilité. Certains participants l'approuvent<sup>280</sup>, d'autres la rejettent ou demandent des modifications<sup>281</sup>.

Idem pour la prolongation de six à douze mois du droit des actionnaires d'intenter action en dehors de la faillite et pour la suspension du délai pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial ou une procédure d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société. Certains participants rejettent expressément la nouvelle mouture de l'art. 758, al 2<sup>282</sup>, d'autres l'approuvent explicitement<sup>283</sup>.

Les nouvelles dispositions relatives à la responsabilité solidaire différenciée et à l'action récursoire au sens de l'art. 759, al. 2 et 4, sont globalement saluées<sup>284</sup>. L'un des participants demande que la responsabilité soit liée à la nature de la révision effectuée<sup>285</sup>, un autre que la responsabilité de l'organe de révision ne soit pas engagée en cas de négligence légère<sup>286</sup>. Certains participants rejettent ces dispositions, d'autres remarquent qu'il sera difficile de fixer les taux de recours<sup>287</sup>. Un participant demande l'examen approfondi de différents aspects ayant un rapport avec le recours contre l'organe de révision<sup>288</sup>.

L'utilisation du même mécanisme de prescription dans le droit de la responsabilité (art. 760, al. 1 et 2) qu'à l'art. 678a est approuvée par les participants, qui ne demandent que des modifications d'ordre rédactionnel<sup>289</sup>. L'un des participants souhaite que le délai de prescription soit ramené de cinq à trois ans.<sup>290</sup>

---

<sup>274</sup> BärKarrer, p. 32.

<sup>275</sup> SO, p. 5 ; PS, p. 5 ; Uni NE, p. 16 ; Walderwyss, p. 26.

<sup>276</sup> BärKarrer, p. 53.

<sup>277</sup> GR, p. 11 s. ; PDC, p. 5 ; UDC, p. 5 ; Employeurs, p. 1 ; Economiesuisse, p. 22 ; Uni SG, p. 26 ; Uni NE, p. 2, p. 38 ; Uni ZH, p. 23 ; FSA, p. 15 ; SO HK, p. 8 ; SwissHoldings, p. 24 ; VPAG, p. 13 ; ZH HK, p. 8 ; BärKarrer, p. 53 s. ; Böckli, p. 7 ; Clariant, p. 6 ; Flughafen Zürich, p. 4 ; Homburger, p. 97 ; Kellerhals, p. 4 ; Lenz&Staehelein, p. 13 ; SchellenbergWittmer, p. 10 ; Vischer Rechtsanwältin, p. 11 ; Walderwyss, p. 48.

<sup>278</sup> Walderwyss, p. 49.

<sup>279</sup> VS, p. 2 ; Uni NE, p. 39 ; Actares, p. 7 ; BärKarrer, p. 54 ; Homburger, p. 49.

<sup>280</sup> Chambre fiduciaire, p. 6 ; BärKarrer, p. 54 s. ; Glanzmann, p. 6 ; Walderwyss, p. 49.

<sup>281</sup> Uni NE, p. 2, p. 39 ; OAV, p. 5 ; Homburger, p. 98.

<sup>282</sup> Uni NE, p. 2, p. 39 ; UBCS, p. 12 ; BärKarrer, p. 56 ; CS, p. 14 ; Homburger, p. 98 ; Zurich, p. 8.

<sup>283</sup> SO, p. 6 ; Uni ZH, p. 23 ; Actares, p. 7 ; Walderwyss, p. 49.

<sup>284</sup> Uni NE, p. 39 ; Uni ZH, p. 24 ; IHZ, p. 3, p. 7 ; SO HK, p. 8 ; TreuhandSuisse, p. 6, ZH HK, p. 8 ; BärKarrer, p. 56 ; Walderwyss, p. 50.

<sup>285</sup> TreuhandSuisse, p. 6.

<sup>286</sup> Walderwyss, p. 50.

<sup>287</sup> SO, p. 6 ; Homburger p. 99 ; SchellenbergWittmer, p. 10.

<sup>288</sup> BärKarrer, p. 56 s.

<sup>289</sup> Walderwyss, p. 50 ; Homburger, p. 100 ; BärKarrer, p. 57.

<sup>290</sup> Chambre fiduciaire, p. 24.

## 4.10 Examen spécial

En ce qui concerne le droit à l'institution d'un examen spécial (art. 697c, al. 1), la terminologie employée fait débat. Certains participants souhaitent le maintien du terme contrôle spécial<sup>291</sup>. Un participant demande la suppression du qualificatif « déterminés » à l'art 697c, al. 1, au motif qu'il est sujet à interprétation. Il estime par ailleurs qu'il faudrait aussi pouvoir demander l'institution d'un examen spécial au conseil d'administration<sup>292</sup>.

L'abaissement du seuil donnant droit à l'institution d'un examen spécial dans une SA cotée en bourse à 3 % du capital-actions ou des voix (art. 697d, al. 1, ch. 1) est majoritairement rejeté en raison d'un risque d'abus important<sup>293</sup>. Un participant demande, si l'abaissement était maintenu, qu'il soit limité à 5 %<sup>294</sup>.

La disposition qui concerne le droit à l'institution d'un examen spécial dans les SA non cotées en bourse (art. 697d, al. 1, ch. 2) et qui prévoit un seuil de 10 % du capital-actions ou des voix est saluée par un participant, qui demande que le droit d'ordonner un examen spécial soit étendu aux actionnaires qui détiennent des actions d'une valeur nominale de 2 millions de francs<sup>295</sup>. Un participant demande que la disposition soit complétée par un ch. 3 qui prévoirait que la détention d'actions d'une valeur nominale d'un million de francs suffit pour pouvoir ordonner un examen spécial<sup>296</sup>.

Trois participants demandent des modifications minimales de l'art. 697d, al. 2, concernant l'objet de l'examen spécial<sup>297</sup>.

La plupart des participants rejettent la nouvelle réglementation concernant les coûts de l'examen spécial à l'art. 697i. Ils estiment qu'il doit être possible d'imputer une partie ou même la totalité de ces coûts à la partie requérante, par exemple en cas d'abus de droit<sup>298</sup>.

## 4.11 Droit d'intenter une action aux frais de la société

Les nouvelles dispositions relatives au droit d'intenter une action aux frais de la société (art. 697j s.) sont clairement rejetées<sup>299</sup>. Les participants estiment qu'il ne faut pas introduire de droit procédural spécial dans le droit de la SA, pour éviter une fragmentation du droit<sup>300</sup>. La réglementation est en outre considérée comme compliquée, notamment en raison de la procédure en deux étapes devant le tribunal (art. 697k)<sup>301</sup>.

Pour certains participants, le risque d'abus de la part d'actionnaires activistes est élevé<sup>302</sup>. A cet égard, certains critiquent aussi la réglementation prévue pour les frais de procédure (art. 697k, al. 7)<sup>303</sup>. Pour quelques participants, la consultation préalable de l'assemblée générale prévue à l'art. 697j n'a aucun sens dans la mesure où le tribunal pourra être saisi même en cas de refus de l'assemblée générale<sup>304</sup>. Certains se demandent par ailleurs pour-

<sup>291</sup> GR, p. 8 ; SO HK, p. 1, p. 5 ; ZH HK, p. 5 ; Homburger, p. 55.

<sup>292</sup> Walderwyss, p. 29 s.

<sup>293</sup> GR, p. 8 ; NW, p. 3 ; USAM, p. 2 ; IHZ, p. 2 ; FSA, p. 3 ; SO HK, p. 5 ; ZH HK, p. 5 ; Flughafen Zürich, p. 3 ; Swiss Re, p. 3. Sont favorables à la disposition : CP, p. 4 ; Lenz&Stahelin, p. 11 ; VS, p. 1 ; FDER, p. 5 ; CFA Society, p. 3 ; Walderwyss, p. 30.

<sup>294</sup> Swiss Re, p. 3.

<sup>295</sup> Uni NE, p. 19.

<sup>296</sup> BLS-Aktionäre, p. 2.

<sup>297</sup> BärKarrer, p. 36 ; Homburger, p. 56 ; Walderwyss, p. 30.

<sup>298</sup> SO HK, p. 5 ; ZH HK, p. 5 ; Flughafen Zürich, p. 3 ; Homburger, p. 56 ; Walderwyss, p. 30 ; Zurich, p. 9.

<sup>299</sup> AG, p. 4 ; GE, p. 2 ; GR, p. 8 ; SO, p. 5 ; VS, p. 2 ; PDC, p. 2, p. 4 ; PLR, p. 2 ; UDC, p. 4 ; Economiesuisse, p. 2, p. 9 ; Employeurs, p. 1 ; USAM, p. 7 ; Swiss Banking, p. 2, p. 15 ; HK BS/BL, p. 2 ; IHZ, p. 2, p. 4, p. 10 s. ; Uni SG, p. 13 ; Scienceindustries, p. 8 s. ; SO HK, p. 1, p. 5 ; SwissHoldings, p. 9, p. 10 s. ; FSA, p. 3 ; Swissmem, p. 4 (tableau) ; Swiss textiles, p. 3 ; Chambre fiduciaire, p. 17 ; VPAG, p. 6 s. ; ZH HK, p. 6 ; CS, p. 2, p. 14 ; Roche, p. 7 ; Flughafen Zürich, p. 3 ; Homburger, p. 3 s. ; Lenz&Stahelin, p. 12 ; Kellerhals, p. 4 ; Nestlé, p. 4 ; Novartis, p. 1 ; Swiss Re, p. 4 ; UBS AG, p. 5 ; zCapital, p. 2 ; Zurich, p. 7 s. Les nouvelles dispositions de l'art. 697j sont approuvées par les participants suivants : PS, p. 5 ; Travail.Suisse, p. 3 ; Uni NE, p. 2 ; Actares, p. 5 ; CP, p. 4 ; VERAISON, p. 4.

<sup>300</sup> Economiesuisse, p. 2, p. 9 ; Swiss Banking, p. 2, p. 15 ; IHZ, p. 2, 4, 10 s. ; Scienceindustries, p. 8 s. ; SO HK, p. 1, p. 5 ; SwissHoldings, p. 9, p. 10 s. ; FSA, p. 3 ; VPAG, p. 6 s. ; ZH HK, p. 6 ; CS, p. 2, p. 14 ; Roche, p. 7 ; Nestlé, p. 4 ; Novartis, p. 1 ; Swiss Re, p. 4.

<sup>301</sup> Economiesuisse, p. 10 ; Uni ZH, p. 20 ; SO HK, p. 1, p. 5 ; VPAG, p. 7 ; ZH HK, p. 6 ; Böckli, p. 6 ; Homburger, p. 57 ; Nestlé, p. 4 ; Swiss Re, p. 4.

<sup>302</sup> Scienceindustries, p. 8 s. ; SwissHoldings, p. 9, p. 10 s. ; Homburger, p. 3 s. ; Nestlé, p. 4 ; zCapital, p. 2.

<sup>303</sup> ZH, p. 3 ; FSA, p. 3 ; CS, p. 14 ; Swiss Re, p. 4 ; Zurich, p. 9.

<sup>304</sup> GR, p. 8 ; ZH HK, p. 6.

quoi le tribunal serait mieux qualifié que l'assemblée générale pour juger des intérêts de la société lors de l'examen de l'admissibilité de la requête (art. 697k, al. 2, let. c)<sup>305</sup>.

Le seuil fixé pour pouvoir, dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, intenter une action aux frais de la société (3 % du capital-actions ou des voix, art. 697j, al. 1, ch. 1) est approuvé par certains<sup>306</sup>, désapprouvé par d'autres<sup>307</sup>. Un participant propose de le porter à 10 %<sup>308</sup>.

Le seuil de 10 % du capital-actions ou des voix fixé pour les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse (art. 697j, al. 1, ch. 2) est lui aussi approuvé par certains<sup>309</sup> et désapprouvé par d'autres<sup>310</sup>. L'un des participants demande l'instauration d'un seuil supplémentaire (détention d'actions d'une valeur nominale de 2 millions de francs)<sup>311</sup>.

En ce qui concerne la disposition de l'art. 697j, al 2, qui permet à l'assemblée générale de confier la conduite du procès au conseil d'administration ou de désigner un représentant de la société, les participants formulent différentes remarques. Certains demandent des mesures visant à éviter les conflits d'intérêts du conseil d'administration chargé de la conduite du procès ou du représentant de la société. L'un des participants demande que le conseil d'administration ne puisse pas être habilité à conduire le procès<sup>312</sup>. Certains demandent des précisions concernant le mandat, les destinataires des comptes rendus et les personnes habilitées à procéder à l'instruction<sup>313</sup>. Certains demandent que soit ajoutée à la disposition l'obligation pour le conseil d'administration de mettre à la disposition du représentant désigné par l'assemblée générale tous les renseignements utiles pour la conduite du procès<sup>314</sup>.

L'art. 697j, al. 3, permet à chaque actionnaire de requérir l'autorisation d'intenter une action aux frais de la société si l'action n'est pas introduite dans un délai de six mois. L'un des participants rejette cette disposition<sup>315</sup>. Un autre souhaite que la procédure soit calquée sur la disposition de l'art 697k<sup>316</sup>. Un troisième regrette que le commentaire de l'art. 697j, al 3, ne contienne pas d'explications sur la nature du délai (délai de droit matériel ou procédural).<sup>317</sup>

En ce qui concerne la disposition de l'art. 697k, al. 2, relative aux conditions d'admission de la requête par le tribunal, certains participants demandent qu'elle soit complétée de manière à rendre la requête également admissible lorsque les requérants rendent vraisemblable que les organes directeurs ont violé leurs obligations en matière de droits de l'homme ou de respect de l'environnement<sup>318</sup>.

#### 4.12 Clause d'arbitrage statutaire

La disposition relative à l'admissibilité d'une clause d'arbitrage statutaire (art. 697l) suscite une adhésion très nette<sup>319</sup>.

L'un des participants suggère d'intégrer au code de procédure civile<sup>320</sup> une disposition englobant toutes les formes de société<sup>321</sup>. Un autre regrette que l'adhésion de tous les action-

---

<sup>305</sup> PLR, p. 2 ; SwissBanking, p. 16 ; Economiesuisse, p. 10 ; Scienceindustries, p. 9 s. ; CP, p. 4 s. ; VPAG, p. 7 ; Böckli, p. 6 ; Lenz&Stahelin, p. 12 ; Nestlé, p. 4.

<sup>306</sup> VS, p. 1 ; PS, p. 2 ; KV, p. 2 ; FDER, p. 5 ; CFA Society, p. 3 ; Chapuis, p. 4 ; zRating, p. 14 s.

<sup>307</sup> UDC, p. 2 ; USAM, p. 2 ; SwissBanking, p. 15 ; Swissmem, p. 4, tableau, p. 2 s. ; CS, p. 14 ; Kellerhals, p. 4.

<sup>308</sup> Chapuis, p. 4.

<sup>309</sup> VS, p. 2 ; PS, p. 2 ; KV, p. 2 ; Uni NE, p. 20 ; FDER, p. 5 ; CFA Society, p. 3 ; Chapuis, p. 4.

<sup>310</sup> UDC, p. 2 ; USAM, p. 2 ; IHZ, p. 2 ; Swissmem, p. 4, tableau, p. 2 s. ; Kellerhals, p. 4.

<sup>311</sup> Uni NE, p. 20.

<sup>312</sup> BärKarrer, p. 37.

<sup>313</sup> OAV, p. 4.

<sup>314</sup> BärKarrer, p. 37.

<sup>315</sup> Chambre fiduciaire, p. 6, annexe p. 17.

<sup>316</sup> SO, p. 5.

<sup>317</sup> VD, p. 3.

<sup>318</sup> Coalition ONG, p. 23 et 32 ; Greenpeace, p. 4.

<sup>319</sup> GR, p. 8 ; PLR, p. 2 ; Uni NE, p. 2 ; SO HK, p. 6 ; Swissarbitration, p. 2, p. 7 s. ; ASA, p. 2 s., FSA, p. 12 ; CS, p. 17 ; Kuster, p. 120 ; Lenz&Stahelin, p. 12 s. ; FDER, p. 7 ; IHZ, p. 3, p. 7 ; ZH HK, p. 6. Ont exprimé un avis défavorable : Uni ZH, p. 21 s. ; Chambre fiduciaire, p. 6, annexe, p. 17.

<sup>320</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272)

<sup>321</sup> Swissarbitration, p. 2 et 7 s.

naires à la procédure ne soit pas assurée et que la décision arbitrale ne soit pas applicable à tous les actionnaires<sup>322</sup>.

Certains participants souhaitent que la disposition soit complétée. Selon l'un d'eux, il faudrait préciser que les actionnaires sont liés par la clause d'arbitrage statutaire sans leur accord explicite, par le simple fait qu'ils ont acquis les actions<sup>323</sup>. Un autre demande que soit précisé à l'art. 697I, al. 1, que tout litige relevant du droit des sociétés peut faire l'objet d'une procédure arbitrale et que les statuts doivent (et non peuvent) prévoir que l'ensemble des actionnaires sont liés par la clause d'arbitrage<sup>324</sup>. Un autre encore estime que dès lors qu'une procédure d'arbitrage est envisageable, il faudrait prévoir explicitement la possibilité de choisir un tribunal<sup>325</sup>. Deux autres demandent par contre que soit précisé à l'art. 697I, al 2, que le siège du tribunal arbitral est en Suisse (au siège de la société)<sup>326</sup>.

En ce qui concerne l'art. 697I, al 3, un participant estime qu'il faudrait renvoyer aux conditions prévues par l'art. 376, al 3, CPC<sup>327</sup>, selon lesquelles l'intervention et l'appel en cause doivent être prévus par une convention d'arbitrage et sont soumis à l'assentiment du tribunal arbitral<sup>328</sup>. Quant à l'obligation pour le conseil d'administration d'informer les actionnaires de l'introduction d'une procédure arbitrale, l'un des participants craint qu'elle ne pose problème si la société a émis des actions au porteur, car dans ce cas elle ne connaît pas forcément le nom des actionnaires<sup>329</sup>. Selon l'un des participants, il faut déterminer clairement si la communication aux actionnaires est une condition préalable à la tenue du procès<sup>330</sup>. Deux autres considèrent que les effets de la décision arbitrale à l'égard de l'ensemble des actionnaires ne doivent pas dépendre de la communication, car tous les actionnaires sont liés par les jugements des tribunaux étatiques, dans le cas d'un recours en annulation, par exemple<sup>331</sup>.

#### 4.13 Menace d'insolvabilité, perte de capital et surendettement

La nouvelle mouture des dispositions du droit de la SA relatives à l'assainissement (art. 725 à 725c) suscite une large approbation ; en particulier l'orientation plus nette sur les liquidités de la société<sup>332</sup>. Plusieurs participants estiment qu'il faudrait y soumettre aussi les sociétés de personnes, qui profiteraient ainsi de la possibilité de réévaluer leurs immeubles et leurs participations<sup>333</sup>.

Plusieurs participants rejettent les nouvelles dispositions, mettant notamment en doute leur applicabilité<sup>334</sup>. Certains souhaitent que soient prévus des allègements pour les sociétés nouvellement fondées pendant leurs cinq premières années d'existence<sup>335</sup>.

Les remarques relatives à l'art. 725 (menace d'insolvabilité) portent en particulier sur les aspects suivants :

- La notion d'insolvabilité au sens de l'al. 1, qu'il faut définir plus précisément eu égard aux obligations importantes qui en découlent<sup>336</sup>. Il faut préciser aussi la manière dont le conseil d'administration peut prendre en compte les possibilités de financement internes au groupe (système de *cash pooling*, par ex.)<sup>337</sup>. Un participant propose que le conseil d'administration soit autorisé, en vertu de l'al. 2, à prendre en compte les me-

<sup>322</sup> FSA, p. 12.

<sup>323</sup> ZH HK, p. 6.

<sup>324</sup> ASA, p. 4.

<sup>325</sup> Homburger, p. 59.

<sup>326</sup> ASA, p. 3 s. ; Walderwyss, p. 31.

<sup>327</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272)

<sup>328</sup> VD, p. 5.

<sup>329</sup> Uni NE, p. 21.

<sup>330</sup> Walderwyss, p. 31.

<sup>331</sup> BärKarrer, p. 38 ; Homburger, p. 59.

<sup>332</sup> GR, p. 10 ; JU, p. 1 ; NW, p. 3 ; PDC, p. 6 ; Economiesuisse, p. 21 ; UniL, p. 31 s. ; Uni NE, p. 3 et 28 ; FDER, p. 7 ; HK BS/BL, p. 3 ; FSA, p. 6 ; Swiss Textiles, p. 4 ; SwissHoldings, p. 23 ; Chambre fiduciaire, p. 4 ; TreuhandSuisse, p. 5 s. ; BärKarrer, p. 43 ; Böckli, p. 5 ; CFA, p. 4 ; Clariant, p. 1 et 3 ; CS, p. 17 ; Glanzmann, p. 1 ; Homburger, p. 79 ; Walderwyss, p. 41.

<sup>333</sup> Uni NE, p. 28 s.

<sup>334</sup> ASB, p. 13 ; VPAG, p. 12 ; UBS, p. 10 s. ; Vischer Rechtsanwälte, p. 11.

<sup>335</sup> SECA, p. 5 ss ; Swiss Biotech, p. 5 ; Vischer Rechtsanwälte, p. 7 ss.

<sup>336</sup> UniL, p. 32 ; Uni NE, p. 28 ; Glanzmann, p. 1 s. ; Lenz&Staehelein, p. 14.

<sup>337</sup> Lenz&Staehelein, p. 14 ; Zurich, p. 11 s.

sures d'assainissement qui dépendent de la participation de l'assemblée générale<sup>338</sup>. Certains participants sont d'un autre avis<sup>339</sup>.

- L'obligation prévue par l'al. 3 de soumettre le plan de trésorerie à un réviseur agréé, pour laquelle aucune tendance claire ne se dégage dans les avis rendus. Compte tenu de l'horizon de 12 mois, il est peu probable que quiconque établirait une attestation de contrôle absolue. Il est même possible qu'aucun réviseur n'accepterait d'effectuer ce contrôle délicat<sup>340</sup>, puisqu'il serait dans l'impossibilité de formuler un jugement positif sur le plan de trésorerie. Pour l'attestation de contrôle, une assurance négative concernant le plan de liquidités devrait donc suffire (voir l'actuelle norme d'audit suisse 940 « examen d'informations financières prévisionnelles »)<sup>341</sup>.
- L'obligation de convoquer une assemblée générale prévue à l'al. 4, qui est rejetée. La publicité ne fait généralement que détériorer les perspectives d'assainissement. Dans le cas des SA cotées en bourse, l'obligation de publicité ad hoc peut faire effet selon les circonstances. On pourrait par ailleurs prévoir l'obligation, pour le conseil d'administration, d'informer l'assemblée générale ultérieurement<sup>342</sup>.
- L'obligation pour le conseil d'administration ou pour le réviseur agréé d'agir avec célérité, prévue à l'al. 5, pour laquelle aucune tendance claire ne se dégage dans les avis rendus<sup>343</sup>.

Les remarques relatives à l'art. 725a (perte de capital) portent en particulier sur les aspects suivants :

- Plusieurs participants saluent explicitement l'orientation adoptée concernant la perte de capital<sup>344</sup>. La nouvelle disposition prévue à l'al 1, ch. 3, selon laquelle il y a aussi perte de capital lorsque les comptes de résultat des trois dernières années font apparaître une perte d'exercice est cependant clairement rejetée<sup>345</sup>.
- Le renvoi de l'al. 2 aux dispositions relatives à la menace d'insolvabilité est jugé non pertinent par certains participants, qui estiment qu'il ne faut pas comparer les problèmes d'équilibre budgétaire et les problèmes de trésorerie<sup>346</sup>.
- Aucune tendance claire ne se dégage des avis rendus sur l'obligation prévue à l'al. 2 de soumettre les derniers comptes annuels à un contrôle restreint<sup>347</sup>.

Les remarques relatives à l'art. 725b (surendettement) portent en particulier sur les aspects suivants :

- Il faudrait pouvoir renoncer au bilan intermédiaire à la valeur de liquidation prévu à l'al. 1 lorsque la continuation de l'exploitation est envisagée et que le bilan intermédiaire à la valeur d'exploitation ne fait pas apparaître de surendettement<sup>348</sup>.
- L'instauration d'un délai de grâce de 90 jours tel qu'il est prévu à l'al. 4, ch. 2, pendant lequel le conseil d'administration n'est pas tenu d'aviser le tribunal pour autant que le montant du surendettement n'augmente pas sensiblement, est approuvé par certains<sup>349</sup>, rejeté par d'autres<sup>350</sup>, pour différentes raisons. Aucune tendance claire ne

---

<sup>338</sup> Glanzmann, p. 2.

<sup>339</sup> Uni NE, p. 28 ; Lenz&Staehelein, p. 14 s.

<sup>340</sup> VPAG, p. 12 ; Glanzmann, p. 2 ; Lenz&Staehelein, p. 15 ; Zurich, p. 11 s.

<sup>341</sup> Chambre fiduciaire (annexe).

<sup>342</sup> ASB, p. 13 ; Chambre fiduciaire, p. 4/Chambre fiduciaire (annexe) ; Treuhand-Suisse, p. 6 ; Veb.ch, p. 4 ; BärKarrer, p. 44 ; Böckli, p. 5 ; Homburger, p. 79 s. Glanzmann, p. 3 ; Lenz&Staehelein, p. 15.

<sup>343</sup> USAM, p. 9 ; Uni SG, p. 17 ; TreuhandSuisse, p. 6/TreuhandSuisse (annexe) ; VPAG, p. 12 ; Veb.ch, p. 4 ; Böckli, p. 5 ; Lenz&Staehelein, p. 15.

<sup>344</sup> ASB, p. 15 ; Uni BS, p. 6 ; Böckli, p. 5 ; Zurich, p. 11.

<sup>345</sup> PDC, p. 6 ; Economiesuisse, p. 21 s. ; UniL, p. 32 s. ; Uni NE, p. 29 ; Uni SG, p. 17 s. ; FSA, p. 6 et 14 ; SwissHoldings, p. 23 s. ; Chambre fiduciaire (annexe) ; TreuhandSuisse (annexe) ; OAV, p. 5 ; Veb.ch, p. 4 s. ; Clariant, p. 3 ; Homburger, p. 80 s. ; Lenz&Staehelein, p. 16 ; Novartis, p. 7 ; Walderwyss, p. 41.

<sup>346</sup> Uni NE, p. 29 ; Uni ZH, p. 26 ; Glanzmann, p. 5.

<sup>347</sup> GE, p. 6 ; Chambre fiduciaire (annexe) ; TreuhandSuisse (annexe) ; Veb.ch, p. 5 ; Glanzmann, p. 4 s. Walderwyss, p. 41 s.

<sup>348</sup> Economiesuisse, p. 22 ; SwissHoldings, p. 23 s. ; Clariant, p. 4 ; Glanzmann, p. 7 ; Lenz&Staehelein, p. 16 ; Walderwyss, p. 42.

<sup>349</sup> Uni NE, p. 29 ; Chambre fiduciaire (annexe) ; BärKarrer, p. 45 ; Lenz&Staehelein, p. 16 ; Walderwyss, p. 42.

<sup>350</sup> Uni SG, p. 18 ; IHZ, p. 14 ; Veb.ch, p. 5 ; UBCS, p. 9 ; LU SWV, p. 3.

se dégage des avis rendus sur la longueur du délai<sup>351</sup>. Son point de départ devrait découler de la loi<sup>352</sup>.

- Certains participants saluent explicitement la suppression de l'ajournement de faillite et l'harmonisation opérée avec la LP<sup>353</sup>. L'ajournement de faillite tel qu'il figure dans le droit en vigueur est toutefois considéré comme plus souple que le sursis concordataire provisoire<sup>354</sup>.

Les remarques relatives à l'art. 725c (réévaluation) portent en particulier sur les aspects suivants :

- Plusieurs participants saluent explicitement le maintien de la possibilité de réévaluation inscrite dans les art. 670 et 671b, CO, qui avait été supprimée dans le projet de 2007<sup>355</sup>.
- Il faudrait pouvoir appliquer la réévaluation aux biens immatériels comme les brevets<sup>356</sup> de même qu'aux frais de développement et aux prestations propres destinés à des biens incorporels générés en interne et non encore inscrits à l'actif<sup>357</sup>.
- Certains considèrent l'art. 725c comme une consigne d'évaluation qu'il faudrait inscrire dans le droit comptable. Elle s'appliquerait ainsi à toutes les entreprises qui sont soumises à ce droit<sup>358</sup>.

#### 4.14 Durée du mandat de l'organe de révision

Plusieurs participants rejettent explicitement la disposition selon laquelle l'assemblée générale ne peut plus révoquer l'organe de révision que pour de justes motifs<sup>359</sup>.

#### 4.15 Etablissement des comptes (bilan intermédiaire, consolidation, transparence générale)

L'harmonisation du droit de la SA avec le droit comptable suscite une adhésion très nette<sup>360</sup>.

Les participants saluent l'inscription dans le droit comptable des prescriptions relatives au bilan intermédiaire (art. 960f)<sup>361</sup>. Ils suggèrent plusieurs modifications sur le fond, par exemple en ce qui concerne l'inventaire, les notions (bilan intermédiaire) et des allègements éventuels pour la présentation et les annexes. Ils souhaitent aussi que la loi règle explicitement le type de révision applicable au bilan intermédiaire<sup>362</sup>.

La suppression de la possibilité d'une consolidation à la valeur comptable, alliée à un relèvement des seuils applicables au devoir de consolidation, suscite un rejet très net.<sup>363</sup> Les principaux arguments invoqués contre la modification des art. 963a et 963b CO sont les suivants :

- Il faut maintenir la possibilité d'une consolidation à la valeur comptable pour les groupes de moyenne importance, faute de quoi la constitution de réserves latentes serait vouée à l'échec. Il faut aussi éviter d'alourdir la charge administrative<sup>364</sup>.

---

<sup>351</sup> Homburger, p. 81 s. ; Lenz&Staehelein, p. 16.

<sup>352</sup> Uni BS, p. 6 ; Chapuis, p. 5 ; Glanzmann, p. 7 ; Homburger, p. 81 s. ; Lenz&Staehelein, p. 17.

<sup>353</sup> Uni NE, p. 3 et 31 s. ; Walderwyss, p. 42.

<sup>354</sup> LU SWV, p. 3 ; Böckli, p. 6.

<sup>355</sup> Uni BS, p. 6 ; Uni NE, p. 3 et 30 s. ; Veb.ch, p. 5.

<sup>356</sup> Homburger, p. 82.

<sup>357</sup> SECA, p. 7 s.

<sup>358</sup> Glanzmann, p. 7 ; Walderwyss, p. 43.

<sup>359</sup> ZG, p. 3 et 7 ; VPAG, p. 13 ; BärKarrer, p. 46 ; Homburger, p. 83.

<sup>360</sup> Voir note de bas de page 16.

<sup>361</sup> PLR, p. 1 ; CS, p. 17.

<sup>362</sup> ZH, p. 4 ; Chambre fiduciaire, p. 9/Chambre fiduciaire (annexe) ; Veb.ch, p. 6.

<sup>363</sup> AG, p. 5 ; BL, p. 1 ; GR, p. 12 s. ; NW, p. 3 ; UR, p. 2 ; PLR, p. 1 ; Economiesuisse, p. 22 ; USAM, p. 2 ss ; AIHK, p. 2 ; IHZ, p. 16 ; FSA, p. 15 ; USM, p. 2 ; SO HK, p. 8 ; SwissHoldings, p. 24 s. ; Swissmem, p. 8 s. ; Swiss Plastics, p. 1 s. ; ZH HK, p. 9 ; Kellerhals, p. 3.

<sup>364</sup> AG, p. 5 ; BL, p. 1 ; GR, p. 12 s. ; NW, p. 3 ; UR, p. 2 ; PLR, p. 1 ; Economiesuisse, p. 22 ; USAM, p. 2 ss ; AIHK, p. 2 ; IHZ, p. 16 ; FSA, p. 15 ; SO HK, p. 8 ; USM, p. 2 ; SwissHoldings, p. 24 s. ; Swissmem, p. 8 s. ; Swiss Plastics, p. 1 s. ; ZH HK, p. 9 ; Kellerhals, p. 3.

- S'ils ne sont pas consolidés, les comptes annuels de la société mère manquent de pertinence. Les actionnaires ne voient que la valeur comptable des participations mais pas le capital propre consolidé ni le total du bilan consolidé. Ils ne voient pas non plus le potentiel de revenu du groupe. Lorsque les comptes sont consolidés, le droit des actionnaires de poser des questions se rapporte aussi à ces comptes consolidés. L'avant-projet aurait donc pour effet d'affaiblir les droits des actionnaires<sup>365</sup>.
- Le relèvement des seuils est considéré comme précipité au motif qu'on manque encore complètement de recul par rapport au nouveau droit comptable et que, de plus, les seuils proposés manquent de cohérence par rapport à d'autres (ceux du droit de la révision, par ex.)<sup>366</sup>. Certains participants souhaitent relever les seuils mais sans supprimer la possibilité d'une consolidation à la valeur comptable<sup>367</sup>. L'un des participants propose la suppression pure et simple des seuils, arguant qu'un groupe ne se constitue jamais par hasard<sup>368</sup>.

Certains participants sont favorables à une suppression de la possibilité d'une consolidation à la valeur comptable<sup>369</sup>, qui n'affecterait ni la constitution ni la dissolution de réserves latentes au niveau des différentes sociétés du groupe. Ils considèrent qu'une consolidation à la valeur comptable est nettement moins parlante qu'une consolidation effectuée selon une norme comptable reconnue, et que malgré sa simplicité apparente, elle génère des charges excessives du point de vue des actionnaires<sup>370</sup>. Mais si la suppression évoquée s'accompagne d'un relèvement des seuils, les nouvelles dispositions ne seraient pas plus transparentes que le droit en vigueur<sup>371</sup>.

Les participants ont par ailleurs évoqué les aspects suivants en relation avec le droit comptable :

- Il faut réintroduire dans le droit comptable la notion de bénéfice/perte résultant du bilan employée dans le droit de la SA (art. 959a CO)<sup>372</sup>.
- La suppression pure et simple de l'art. 663c, al. 3, CO (participations dans une SA cotée en bourse) n'est pas justifiée parce qu'il ne recoupe pas l'art. 959c, al. 2, ch. 11, CO sur le fond. Il faut par conséquent le transférer dans le droit comptable ou l'insérer dans les dispositions relatives au rapport de rémunération<sup>373</sup>.
- L'annexe des comptes annuels (art. 959c CO) doit fournir la liste des ayants droit économiques de la société<sup>374</sup>. De plus, les comptes annuels et les comptes annuels consolidés doivent être déposés auprès du registre du commerce dans les deux mois qui suivent leur approbation par l'organe compétent. Le registre du commerce assurera ensuite leur publication par voie électronique<sup>375</sup>.
- Il faudrait ne pouvoir renoncer au rapport annuel visé à l'art. 961d CO que s'il est établi un rapport annuel du groupe. La plupart des normes comptables reconnues ne prévoient aucune obligation d'établir un rapport annuel, mais uniquement des règles pour le cas où un rapport annuel serait établi volontairement ou pour obéir à la loi<sup>376</sup>.

#### 4.16 Transparence dans les entreprises de matières premières

Aucune tendance claire ne se dégage des avis rendus sur les dispositions relatives à la transparence dans les entreprises de matières premières (art. 964a ss). Près de la moitié

<sup>365</sup> Uni BS, p. 2 s.

<sup>366</sup> PDC, p. 6 ; PS, p. 9 ; Economiesuisse, p. 22 ; FSA, p. 15 ; SwissHoldings, p. 24 s. ; Chambre fiduciaire, p. 8 ; Veb.ch, p. 6 ; UBCS, p. 12.

<sup>367</sup> PLR, p. 1 ; GR, p. 13 ; AIHK, p. 3 ; IHZ, p. 16 ; SO HK, p. 8.

<sup>368</sup> ZHAW, p. 3 ss.

<sup>369</sup> ZHAW, p. 5 ; Veb.ch, p. 6 s. ; UBCS, p. 12 ; CS, p. 18 s.

<sup>370</sup> HS LU, p. 2 et 6.

<sup>371</sup> Veb.ch, p. 6 s. ; UBCS, p. 12.

<sup>372</sup> Chambre fiduciaire (annexe), Veb.ch, p. 6 ; Böckli, p. 3 ; Suter, p. 2.

<sup>373</sup> Chambre fiduciaire, p. 8/Chambre fiduciaire (Annexe).

<sup>374</sup> Coalition ONG, p. 25 ; Greenpeace, p. 1 s.

<sup>375</sup> Coalition ONG, p. 25 ; Greenpeace, p. 1 s.

<sup>376</sup> HS LU, p. 5 s.

des participants s'exprimant explicitement sur la question y sont favorables sur le fond<sup>377</sup>. Une organisation interprofessionnelle se déclare favorable aux normes sous réserve que certaines conditions soient remplies<sup>378</sup>. L'autre moitié des participants est contre, parfois même résolument<sup>379</sup>. Parmi eux, un quart environ estime que les réglementations sur la transparence spécifiques à un secteur n'ont rien à faire dans le droit de la SA ni dans le droit comptable, et que si elles sont absolument nécessaires, il faut les inscrire dans une loi spéciale<sup>380</sup>. Les opposants ajoutent que ces dispositions restreignent inutilement la liberté d'entreprise<sup>381</sup>. Pour certains participants, elles relèvent d'un zèle moralisateur<sup>382</sup> ; elles porteraient même atteinte, de façon inacceptable, aux intérêts des gouvernements étrangers<sup>383</sup>. La publication des paiements effectués au profit de gouvernements pourrait violer des secrets d'Etat ou d'entreprise de même que des accords de confidentialité, car les paiements sont des informations sensibles qui ne doivent pas être rendues accessibles à la concurrence ; elle risquerait même d'affecter la sécurité des collaborateurs étrangers des entreprises<sup>384</sup>.

Un grand nombre de participants demandent la suppression de l'adverbe "indirectement" à l'art. 964a, al. 1, au motif qu'il va au-delà de la réglementation européenne, qui ne concerne que les sociétés du groupe<sup>385</sup>. L'un d'eux demande en outre l'instauration de la possibilité d'un *opting-out*, lorsque les informations ont déjà été révélées de manière équivalente à l'intérieur du groupe<sup>386</sup>.

La plupart des participants favorables à la disposition trouvent que la définition du champ d'application ne va pas assez loin. Ils estiment qu'elle devrait englober le négoce de matières premières, vu sa grande importance pour la Suisse<sup>387</sup>.

Selon l'un des participants, l'art. 964a, al. 4, va au-delà de la réglementation européenne en englobant les personnes qui sont proches des gouvernements<sup>388</sup>. Un autre salue précisément cette inclusion, qui permet d'éviter le contournement des règles<sup>389</sup>.

En ce qui concerne la publication du rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements (art. 964d), certains participants considèrent qu'une publication sur le site Internet de l'entreprise ne suffit pas et qu'il faudrait prévoir l'obligation de déposer le rapport auprès d'un gouvernement afin de garantir au public une accessibilité suffisante<sup>390</sup>. Ils demandent en outre que la loi définisse un format de données uniforme<sup>391</sup>, et que la période minimale d'accessibilité des rapports et des données électroniques soit portée à 25 ans au lieu des dix prévus (art. 964d, al. 2, et art. 964e, al. 3)<sup>392</sup>.

Pour les participants qui demandent l'inclusion du négoce, l'acceptation de cette requête rendrait caduque l'extension du champ d'application prévue à l'art. 964f<sup>393</sup>. En cas de rejet, ils demandent la suppression du critère de la « procédure harmonisée à l'échelle internationale »<sup>394</sup>. L'organisation interprofessionnelle évoquée plus haut approuverait quant à elle la

<sup>377</sup> GE, p. 2 ; SO, p. 7 ; PBD, p. 2 ; PS, p. 1 s., p. 9 ; Travail.Suisse, p. 2 ; Actares, p. 4, p. 7 s. ; Ethos, p. 5 ; Coalition ONG, p. 3, p. 12, p. 14 s. et 24 s. ; Cleantech, p. 1 ; CS, p. 18 ; Foraus, p. 1 s. ; Kuster, p. 120 ; NRG1, p. 1 ; PWYP, p. 1 s. ; Walderwyss, p. 51 s.

<sup>378</sup> STSA, p. 2.

<sup>379</sup> GR, p. 2 ; SH, p. 6 ; PDC, p. 5 ; PLR, p. 3 ; UDC, p. 2 ; Economiesuisse, p. 23 ; Employeurs, p. 1 ; USAM, p. 5, p. 9 ; Swiss Banking, p. 2 ; Université Lausanne, p. 33 s. ; CP, p. 8 ; FDER, p. 9 ; HK BS/BL, p. 3 ; IHZ, p. 4, p. 16 ; SO HK, p. 1, p. 8 ; SwissHoldings, p. 25 ; VPAG, p. 14 ; ZH HK, p. 1, p. 9 ; Novartis, p. 8, UBS AG, p. 12 ; Zurich, p. 12.

<sup>380</sup> GR, p. 2, p. 13 ; SH, p. 6 ; FDER, p. 9. ; HK BS/BL, p. 3 ; SwissHoldings, p. 25 ; VPAG, p. 14 ; ZH HK, p. 1, p. 9 ; Clariant, p. 6 s. ; UBS AG, p. 11 ; Zurich, p. 12.

<sup>381</sup> GR, p. 2, p. 13.

<sup>382</sup> USAM, p. 5, p. 9 ; SO HK, p. 1, p. 8 ; ZH HK, p. 1, p. 9.

<sup>383</sup> CP, p. 8 ; FDER, p. 9.

<sup>384</sup> Walderwyss, p. 51 s. ; Novartis, p. 8.

<sup>385</sup> UDC, p. 5 ; Economiesuisse, p. 23 ; FSA, p. 2 ; SwissBanking, p. 19 ; OAV, p. 6 ; Scienceindustries, p. 15 ; SwissHoldings, p. 25 ; VPAG, p. 14 ; Clariant, p. 6 s. ; UBS AG, p. 11 ; Walderwyss, p. 52 s.

<sup>386</sup> Walderwyss, p. 53.

<sup>387</sup> PS, p. 1 s., p. 9 ; Actares, p. 4, p. 7 s. ; Ethos, p. 5 ; Coalition ONG, p. 3, p. 12 et 14 s., p. 24 s. ; Cleantech, p. 1 s. ; PWYP, p. 1 s. ; Foraus, p. 2.

<sup>388</sup> BL, p. 2.

<sup>389</sup> Coalition ONG, p. 25 et 27.

<sup>390</sup> HRA LU, p. 3 ; Coalition ONG, p. 28 ; NRG1, p. 2.

<sup>391</sup> NRG1, p. 2 ; Coalition ONG, p. 28.

<sup>392</sup> Actares, p. 8 ; Coalition ONG, p. 29.

<sup>393</sup> PS, p. 9 ; USAM, p. 3 ; Ethos, p. 5 ; Coalition ONG, p. 14 s., p. 20 s., p. 29.

<sup>394</sup> Coalition ONG, p. 20 s., p. 29 ; Cleantech, p. 2.

norme de délégation si plusieurs places de négoce des matières premières majeures (Londres, Chicago et Singapour, par ex.) adoptaient une réglementation analogue, si cette réglementation englobait toutes les activités de négoce des matières premières et si elle était harmonisée au niveau international (cohérence, suppression des handicaps de compétitivité)<sup>395</sup>. L'un des participants considère la norme de délégation comme un bon compromis tout en demandant une restriction accrue de la marge d'appréciation du Conseil fédéral quant à l'élargissement du champ d'application dans le cadre de la procédure harmonisée à l'échelle internationale (il faudrait selon lui qu'au moins sept places de négoce importantes aient émis des lois similaires) et des entreprises concernées (seules celles évoquées à l'art. 964a)<sup>396</sup>. Plusieurs participants rejettent la norme de délégation<sup>397</sup>.

#### **4.17 Société à responsabilité limitée**

La nouvelle mouture du droit de la Sàrl suscite très peu de commentaires, certains participants renvoyant à leurs commentaires concernant le droit de la SA.

Un seul participant traite le sujet en profondeur, estimant que sa révision est plus urgente que celle du droit de la SA<sup>398</sup>, car selon lui plusieurs institutions juridiques (le capital conditionnel, par ex.) font défaut et certains principes erronés (par ex. en ce qui concerne l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires à titre de mesure d'assainissement) doivent être supprimés, de même que des règles de publicité inutiles (par ex. en ce qui concerne les droits de préemption).

#### **4.18 Société coopérative**

##### **4.18.1 Généralités**

En ce qui concerne le droit de la société coopérative, certains participants souhaitent plus de modifications que n'en prévoit l'avant-projet. Ils déplorent en particulier l'absence des aspects suivants :

- inscription dans la loi des attributions intransmissibles de l'administration, comme c'est le cas pour la SA (art. 716a)<sup>399</sup> ;
- abandon du nombre minimal de sept membres<sup>400</sup> ;
- admissibilité de "titres de participation" (une réglementation serait nécessaire dans le droit bancaire et des marchés financiers)<sup>401</sup> ;
- admissibilité du capital propre en monnaie étrangère<sup>402</sup> ;
- vote électronique pour l'assemblée des délégués et pour les votations par correspondance<sup>403</sup>.

L'un des participants salue au contraire les précisions apportées dans l'avant-projet et déclare explicitement qu'il ne faut plus rien changer au droit de la société coopérative, ni par renvoi au droit de la SA ni par législation directe<sup>404</sup>.

---

<sup>395</sup> STSA, p. 2.

<sup>396</sup> Walderwyss, p. 56 s.

<sup>397</sup> Economiesuisse, p. 23 ; Employeurs, p. 2 ; PLR, p. 3 ; SwissBanking, p. 18 ; Scienceindustries, p. 15 ; SO HK, p. 9 ; SwissHoldings, p. 25 ; VPAG, p. 14 ; UBS AG, p. 11.

<sup>398</sup> Homburger, p. 100 s.

<sup>399</sup> WIR, p. 3.

<sup>400</sup> Forstmoser, p. 1.

<sup>401</sup> Forstmoser, p. 2 s.

<sup>402</sup> Uni LU, p. 8.

<sup>403</sup> Uni LU, p. 8.

<sup>404</sup> Coop, p. 8.

#### 4.18.2 Publicité des indemnités et demandes de renseignements les concernant

Les dispositions relatives à la publicité des indemnités versées pour l'administration et aux demandes de renseignements concernant ces indemnités (art. 857) font l'objet d'un rejet très net<sup>405</sup>, principalement pour les motifs suivants :

- Le seuil de 2000 associés n'est pas pertinent et inapplicable en raison du principe de la porte ouverte. Ce nombre ne fournit aucune information utile sur l'importance de la société coopérative. Il faudrait déterminer un seuil plus parlant (chiffre d'affaires annuel ou autre résultat financier, par ex.). Si le critère du nombre d'associés est maintenu, il faudrait en tout cas le relever très nettement<sup>406</sup>.
- On peut se demander si la publicité des indemnités est aussi importante que dans le cas de la SA, la société coopérative possédant une structure de base très différente. Il paraîtrait normal de limiter cette publicité aux sociétés coopératives dont les statuts prévoient pour leurs membres la responsabilité personnelle et / ou une obligation d'effectuer des versements supplémentaires. Il faudrait en tout cas en exclure celles qui ne lèvent pas de capitaux et ne versent pas de dividendes<sup>407</sup>.

Certains participants n'ont pas compris si le renvoi de l'art. 857 au droit de la SA se réfère aussi aux quotas de représentation des sexes (art. 734e)<sup>408</sup> et exigent la clarification de ce point.

#### 4.19 Modifications d'autres actes

##### 4.19.1 Code civil<sup>409</sup>

Les participants n'ont émis quasiment aucune remarque sur les dispositions du droit des associations et des fondations sur la menace d'insolvabilité, la perte de capital et le surendettement.

La mention de la perte de capital à l'art. 69d AP-CC est considérée comme inutile puisque les associations n'ont pas de capital de base fixe<sup>410</sup>.

L'art. 84a AP-CC devrait davantage responsabiliser l'organe suprême de la fondation : en cas de menace d'insolvabilité ou de surendettement, il devrait aviser sans délai l'autorité de surveillance et prendre les mesures qui ne peuvent être différées. Un nouvel al. 5 devrait prévoir que l'organe suprême de la fondation, l'organe de révision et l'autorité de surveillance doivent agir avec la diligence qui s'impose<sup>411</sup>.

Le renvoi au droit de la SA, à l'art. 84a, al. 4, AP-CC, n'est pas claire. Dans la version allemande, le terme « *Ermittlung* » devrait être biffé<sup>412</sup>.

La disposition sur la publicité des indemnités n'a suscité quasiment aucune remarque. Un participant s'est montré critique face à cette règle, car les rémunérations abusives sont rares dans les fondations<sup>413</sup>. Un autre participant estime que la loi ne devrait pas définir d'obligation, mais simplement prévoir que, si nécessaire, l'organe suprême fournit à l'autorité de surveillance des informations sur les indemnités perçues<sup>414</sup>.

---

<sup>405</sup> TI, p. 3 ; Uni LU, p. 5 ss ; Coop, p. 3 ; Homburger, p. 105 ; SUISA, p. 2 ; ProLitteris, p. 2 ; Raiffeisen, p. 1 ; Walderwyss, p. 51 ; WIR, p. 2 s.

<sup>406</sup> TI, p. 3 ; Coop, p. 3 ; Homburger, p. 105 ; SUISA, p. 2 ; ProLitteris, p. 2 ; Raiffeisen, p. 1 ; Walderwyss, p. 51 ; WIR, p. 2 s.

<sup>407</sup> Uni LU, p. 6.

<sup>408</sup> Uni LU, p. 22 ; Coop, p. 5 ; SUISA, p. 2.

<sup>409</sup> RS 210

<sup>410</sup> ProFonds, p. 1 s.

<sup>411</sup> ProFonds, p. 2.

<sup>412</sup> ProFonds, p. 2.

<sup>413</sup> ProFonds, p. 2.

<sup>414</sup> Homburger, p. 114.

#### 4.19.2 Loi du 3 octobre 2003 sur la fusion<sup>415</sup>

Les participants n'ont quasiment émis aucune remarque sur les modifications de la loi sur la fusion (LFus).

En ce qui concerne l'art. 6 AP-LFus (fusion de sociétés en cas de perte en capital ou de surendettement), un participant estime que seule la situation post fusion devrait être déterminante<sup>416</sup>. Un autre estime que le seul critère devrait être le surendettement<sup>417</sup>.

La pratique de l'Office fédéral du registre du commerce devrait être codifiée aux art. 9, al. 2, et 32 AP-LFus : lors d'une fusion ou d'une scission, il faudrait présenter au moins le rapport de fondation et l'attestation de vérification pour s'assurer que le capital a été libéré<sup>418</sup>.

#### 4.19.3 Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite<sup>419</sup>

Les participants n'ont quasiment émis aucune remarque sur les modifications de la LP.

La durée maximale du sursis provisoire, fixée à huit mois, est jugée trop courte par quelques participants. L'ajournement de la faillite (art. 725a CO), que l'avant-projet prévoit de supprimer, est à leurs yeux une solution plus flexible<sup>420</sup>.

Un participant regrette qu'on n'ait pas profité de la révision pour supprimer l'ajournement de la faillite (art. 173, al. 2, LP), devenu inutile suite à la récente entrée en vigueur du nouveau droit de l'ajournement et du sursis concordataire<sup>421</sup>.

#### 4.19.4 Code pénal<sup>422</sup>

En ce qui concerne les modifications du code pénal (CP), plusieurs participants trouvent que les infractions prévues par l'avant-projet devraient être poursuivies sur plainte<sup>423</sup>. Un seul participant est favorable au fait qu'elles soient poursuivies d'office<sup>424</sup>.

Certains estiment que les dispositions de l'ORAb devraient être transférées telles quelles dans la loi<sup>425</sup>. L'avant-projet ne devrait pas durcir ces dispositions, notamment pour ne pas fragiliser la sécurité du droit. L'expression « sciemment », utilisée dans l'ORAb, devrait être conservée<sup>426</sup>, car elle rend la définition des infractions plus compréhensible. L'art. 154, al. 3, AP-CP, qui est censé retransmettre la nuance apportée par l'expression « sciemment » dans l'ORAb, ne remplit pas l'objectif visé par le Conseil fédéral : des membres du conseil d'administration ou de la direction pourront être punis même s'ils se sont dûment assuré auprès de juristes que l'indemnité n'était pas interdite et s'ils ont donc « sciemment » et « intentionnellement » accepté de la recevoir ou de l'octroyer<sup>427</sup>.

#### 4.19.5 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité<sup>428</sup>

La plupart des participants qui se sont exprimés sur les modifications de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) s'y sont opposés.

Les remarques émises portent sur les aspects suivants :

---

<sup>415</sup> RS 221.301

<sup>416</sup> Uni NE, p. 31.

<sup>417</sup> BärKarrer, p. 61 s.

<sup>418</sup> SH, p. 5.

<sup>419</sup> RS 281.1

<sup>420</sup> Uni NE, p. 32 s. ; LU SWV, p. 3 ; Böckli, p. 6 ; Walderwyss, p. 42 s.

<sup>421</sup> GE, p. 9.

<sup>422</sup> RS 311

<sup>423</sup> ASB, p. 2 et 18 ; SO HK, p. 9 ; ZH HK, p. 9 s. ; CS, annexe p. 17 s.

<sup>424</sup> Kuster, p. 109 s.

<sup>425</sup> PLR, p. 2 ; USAM, p. 10 ; SO HK, p. 9 ; Swissmem, p. 7 ; ZH HK, p. 9 s.

<sup>426</sup> PDC, p. 3 ; Economiesuisse, p. 8 ; Scienceindustries, p. 7 s. ; SwissHoldings, p. 8 s. ; Homburger, p. 118 ; Lenz&Stahelin, p. 9.

<sup>427</sup> Homburger, p. 119.

<sup>428</sup> RS 831.4

- Plusieurs participants demandent que les dispositions de l'ORAb soient transférées telles quelles dans la LPP. Ils désapprouvent toute extension<sup>429</sup>. Il est notamment demandé que la liste actuelle des objets sur lesquels les institutions de prévoyance sont obligées de voter soit maintenue<sup>430</sup>. L'extension de l'obligation aux actions détenues indirectement est rejetée<sup>431</sup>.
- Une obligation générale de voter entraînerait de facto une obligation de participer et donc un changement de paradigme. C'est pourquoi plusieurs participants y sont opposés<sup>432</sup>. D'autres la soutiennent expressément<sup>433</sup>.
- Certains avancent que les nouvelles dispositions entraîneraient une charge administrative et donc des frais supplémentaires excessifs, notamment pour les petites institutions de prévoyance<sup>434</sup>. Il est proposé de restreindre l'obligation de voter des institutions de prévoyance aux 20 plus grandes participations qu'elles détiennent, pour autant qu'elles dépassent 3 % du capital-actions<sup>435</sup>.
- Des participants rejettent en bloc l'obligation de voter et l'obligation de faire rapport et de communiquer sur l'exercice du droit de vote. Ils proposent de biffer ces dispositions sans les remplacer<sup>436</sup>.
- Un participant avance que, sur la base de l'art. 703, al. 3, AP-CO, une abstention pourrait être considérée comme une non-participation et que donc les institutions de prévoyance n'auraient pas le droit de s'abstenir. La possibilité de s'abstenir devrait être garantie explicitement dans la loi. Une renonciation anticipée à voter devrait toutefois rester interdite<sup>437</sup>. Un participant estime que l'abstention et la renonciation devraient rester possibles, si ce choix est fait dans l'intérêt des assurés<sup>438</sup>.
- Une participante<sup>439</sup> estime que les art. 71 a et 71 b AP-LPP devraient être placés dans la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales<sup>440</sup>.
- En ce qui concerne l'obligation de faire rapport et de communiquer sur l'exercice du droit de vote, des participants avancent que la publication de ces informations dans les comptes annuels nécessiterait une vérification par l'organe de révision. En raison des coûts que cela entraînerait, ces participants rejettent la disposition<sup>441</sup>.
- Un participant trouve que la publication d'un rapport permet de contourner l'article constitutionnel<sup>442</sup> : non seulement un rapport synthétique n'est pas suffisant, mais en plus la publication doit avoir lieu rapidement. Un autre participant estime à ce propos que le rapport devrait être publié par exemple dans les six mois<sup>443</sup>.

<sup>429</sup> GR, p. 13 s. ; PDC, p. 3 ; Economiesuisse, p. 8 ; ASB, p. 13 ; USAM, p. 9 ; SO HK, p. 9 ; SwissHoldings, p. 9 ; ZH HK, p. 10 ; Homburger, p. 120.

<sup>430</sup> SVV, p. 3 s. ; Scienceindustries, p. 8.

<sup>431</sup> ASB, p. 13 ; USAM, p. 9 ; SVV, p. 3 s. ; UBCS, p. 12.

<sup>432</sup> Economiesuisse, p. 8 ; Uni SG, p. 27 ; SwissHoldings, p. 9.

<sup>433</sup> Actares, p. 8 ; ASIP, p. 3 ; Kuster, p. 95 ss ; Publica, p. 1.

<sup>434</sup> SH, p. 2 ; IHZ, p. 18.

<sup>435</sup> SEC, p. 3 ; IHZ, p. 18.

<sup>436</sup> ASB, p. 13.

<sup>437</sup> GR, p. 13 s. ; SO HK, p. 9 ; Homburger, p. 120 ; Publica, p. 2.

<sup>438</sup> ASIP, p. 1 s.

<sup>439</sup> Ethos, p. 9.

<sup>440</sup> RS 830.1

<sup>441</sup> USAM, p. 10 ; UBCS, p. 12.

<sup>442</sup> Kuster, p. 99 ss.

<sup>443</sup> Actares, p. 8.

## 5 Annexe I : Participants à la consultation

### 5.1 Cantons

AG	Aargau Regierungsrat
AR	Appenzell Ausserrhoden Regierungsrat
AI	Appenzell Innerrhoden Landammann und Standeskommission
BL	Basel-Landschaft Regierungsrat
BS	Basel-Stadt Regierungsrat
BE	Bern Regierungsrat
FR	Freiburg Staatsrat/Fribourg Conseil d'Etat
GE	Genève Service administratif du Conseil d'Etat
GL	Glarus Regierungsrat
GR	Graubünden Regierungsrat
JU	Jura Gouvernement
HRA LU	Luzern Handelsregisteramt
NE	Neuchâtel Conseil d'Etat
NW	Nidwalden Landammann und Regierungsrat
OW	Obwalden Sicherheits- und Justizdepartement
SH	Schaffhausen Regierungsrat
SZ	Schwyz Regierungsrat
SO	Solothurn Regierungsrat
SG	St. Gallen Regierungsrat
TI	Ticino Consiglio di Stato
TG	Thurgau Regierungsrat
UR	Uri Landammann und Regierungsrat
VD	Vaud Conseil d'Etat
VS	Valais Conseil d'Etat
ZG	Zug Regierungsrat
ZH	Zürich Regierungsrat

### 5.2 Partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale

FDP Frauen BE	FDP.Die Liberalen Frauen Kanton Bern
PBD	Bürgerlich-Demokratische Partei (BDP) Parti bourgeois-démocratique (PBD) Partito borghese democratico (PBD)
PDC	Christlichdemokratische Volkspartei (CVP) Parti démocrate-chrétien (PDC) Partito popolare democratico (PPD)
PLR	FDP.Die Liberalen (FDP) PLR.Les Libéraux-Radicaux (PLR) PLR.I Liberali Radicali (PLR)
PS	Sozialdemokratische Partei (SP) Parti socialiste (PS)

	Partito socialista (PS)
PS femmes	SP Frauen Schweiz Femmes socialistes suisses Donne socialiste svizzere
UDC	Schweizerische Volkspartei (SVP) Union Démocratique du Centre (UDC) Unione Democratica di Centro (UDC)

### 5.3 Associations faitières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national

Schweizer Gemeindeverband Association des Communes Suisses <sup>444</sup> Associazione dei Comuni Svizzeri
Schweizerischer Städteverband Union des villes suisses <sup>445</sup> Unione delle città svizzere

### 5.4 Associations faitières de l'économie qui œuvrent au niveau national

ASB	Schweizerische Bankiervereinigung (SBV) Association suisse des banquiers (ASB) Associazione svizzera dei banchieri (ASB)
Economiesuisse	Economiesuisse
Employeurs	Schweizerischer Arbeitgeberverband Union patronale suisse Unione svizzera degli imprenditori
SEC	Kaufmännischer Verband Schweiz Société des employés de commerce
Travail.Suisse	Travail.Suisse
USAM	Schweizerischer Gewerbeverband (SGV) Union suisse des arts et métiers (USAM) Unione svizzera delle arti e mestieri (USAM)
USS	Schweizerischer Gewerkschaftsbund (SGB) Union syndicale suisse (USS) Unione sindacale svizzera (USS)

### 5.5 Universités et hautes écoles spécialisées

HS LU	Hochschule Luzern
Uni BS	Universität Basel
Uni LU	Universität Luzern
Uni NE	Université de Neuchâtel
Uni SG	Universität St. Gallen
Uni ZH	Universität Zürich
UniL	Université de Lausanne

<sup>444</sup> L'association a renoncé expressément à rendre un avis matériel.

<sup>445</sup> L'association a renoncé expressément à rendre un avis matériel.

ZHAW	Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften
------	--

## 5.6 Autres associations

Actares	Actares AktionärInnen für nachhaltiges Wirtschaften Actares Actionnariat pour une économie durable
ADF	Schweizerischer Verband für Frauenrechte (SVF) Association suisse pour les droits de la femme (ADF)
AIHK	Aargauische Industrie- und Handelskammer
AllianceF	Bund Schweizerischer Frauenorganisationen Alliance de sociétés féminines suisses (AllianceF) Alleanza della società femminili svizzere (AllianceF)
Amcham	Swiss-American Chamber of Commerce
ASA	Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit Association Suisse de l'Arbitrage Associazione Svizzera per l'Arbitrato
ASIP	Schweizerischer Pensionskassenverband Association suisse des Institutions de prévoyance Associazione svizzera delle Istituzioni di previdenza
BPW	BPW Switzerland Business & Professional Women
Chambre fiduciaire	Treuhand-Kammer Schweizer Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten Chambre fiduciaire Chambre suisse des experts-comptables et fiscaux Camera fiduciaria Camera svizzera degli esperti-contabili e fiscali
Cleantech	SwissCleantech
Coalition ONG	Coalition des ONG, composée de : <ul style="list-style-type: none"> <li>• Alliancesud</li> <li>• Amnesty International</li> <li>• Brot für alle/Pain pour le prochain</li> <li>• Erklärung von Bern/Déclaration de Berne/Dichiarazione di Berna</li> <li>• Fastenopfer/Action de carême/Sacrificio quaresimale</li> <li>• Swissaid</li> </ul>
CP	Centre Patronal
Ethos	Ethos
FDER	Fédération des Entreprises Romandes
Femmes juristes	Juristinnen Schweiz Femmes juristes Suisse Giuriste Svizzera
FSA	Schweizerischer Anwaltsverband (SAV) Fédération Suisse des Avocats (FSA) Federazione Svizzera degli Avvocati (FSA)
FSN	Schweizer Notarenverband (SNV) Fédération Suisse des Notaires (FSN) Federazione Svizzera dei Notai (FSN)
GastroSuisse	Gastro Suisse Verband für Hotellerie und Restauration Gastro Suisse Fédération de l'Hôtellerie et de la Restauration Gastro Suisse Federazione dell'Albergheria e della Ristorazione

HK BS/BL	Handelskammer beider Basel
IHZ	Industrie- und Handelskammer Zentralschweiz
isade	Schweizerisches Institut für Verwaltungsräte (SIVG) Institut suisse des administrateurs (isade)
LU SWV	Luzerner Sachwalterverband
OAV	Ordre des avocats vaudois
proFonds	proFonds, Dachverband gemeinnütziger Stiftungen der Schweiz
Scienceindustries	Scienceindustries Switzerland
SECA	Schweizerische Vereinigung für Unternehmensfinanzierung Association Suisse des Investisseurs en Capital et de Financement
SO HK	Solothurner Handelskammer
STSA	Swiss Trading and Shipping Association
SVV	Schweizerischer Versicherungsverband (SVV) Association Suisse d'Assurances (SVV) Associazione Svizzera d'Assicurazioni (SVV)
Swiss Biotech	Swiss Biotech Association
Swiss Plastics	Swiss Plastics
Swiss Textiles	Textilverband Schweiz Fédération textile suisse
Swissarbitration	Swiss Chambers' Arbitration Institution
SwissHoldings	SwissHoldings (SwissHoldings)
Swissmem	Schweizer Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie
TreuhandSuisse	Treuhand Suisse
UBCS	Verband Schweizerischer Kantonalbanken (VSKB) Union des Banques Cantonales Suisses (UBCS) Unione delle Banche Cantionali Svizzere (UBCS)
USM	Arbeitgeberverband Schweizerische Metall-Union (SMU) Union patronale Union Suisse du Métal (USM) Associazione padronale Unione Svizzera del Metallo (USM)
USPF	Schweizerischer Bäuerinnen- und Landfrauenverband (SBLV) Union suisse des paysannes et des femmes rurales (USPF) Unione svizzera delle donne contadine e rurale (USDRC)
VBN	Verband bernischer Notare Association des notaires bernois
Ve.ch	Schweizerischer Verband der dipl. Experten in Rechnungslegung und Controlling und der Inhaber des eidg. Fachausweises in Finanz- und Rechnungswesen
VPAG	Vereinigung der Privaten Aktiengesellschaften Association des sociétés anonymes privées
Wirtschaftsfrauen	Verband Wirtschaftsfrauen Schweiz
ZH HK	Zürcher Handelskammer

## 5.7 Autres participants

Banque lettres de gage	Pfandbriefbank Schweizerischer Hypothekarinstitute Banque des lettres de gage d'établissements suisses de crédit
------------------------	---

	hypothécaire
Bärkarrer	Bär & Karrer Rechtsanwälte (BärKarrer)
BLS-Aktionäre	Schutzkomitees der privaten BLS-Aktionäre
BNS	Schweizerische Nationalbank Banque nationale Suisse Banca nazionale Svizzera
Böckli	Böckli Peter
Centrale lettres de gage	Pfandbriefzentrale der schweizerischen Kantonalbanken AG Centrale de lettres de gage des banques cantonales suisses SA
CFA	CFA Society Switzerland
CFQF	Eidgenössische Kommission für Frauenfragen (EKF) Commission fédérale pour les questions féminines (CFQF) Commissione federale per le questioni femminili (CFQF)
Chapuis	Chapuis Benjamin
Clariant	Clariant AG
Coop	Coop Genossenschaft
CS	Credit Suisse AG
CSDE	Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten (SKG) Conférence Suisse des Déléguées à l'Egalité entre Femmes et Hommes (CSDE) Conferenza Svizzera delle Delegate alla Parità fra Donne e Uomini (SCP)
FJO	Feministische Juristinnen Ostschweiz
Flughafen Zürich	Flughafen Zürich AG
Foraus	Forum Aussenpolitik Forum de politique étrangère Forum di politica estera
Forstmoser	Forstmoser Peter
Forstmoser/Staub/Wehrli	Forstmoser Peter/Staub-Bisang Mirjam/Wehrli Rudolf
Forum PME	KMU-Forum Forum PME Forum PMI
Frauenzentrale	Frauenzentrale Zürich
Glanzmann	Glanzmann Lukas
Greenpeace	Greenpeace Suisse
Homburger	Homburger AG
Keller	Keller Gottlieb A.
Kellerhals	Kellerhals Anwälte
Kuster	Kuster Claudio
Lenz&Staehelin	Lenz & Staehelin
Meyer	Meyer Manuel
Moser-Harder	Moser-Harder Brigitta
Nestlé	Nestlé S.A.
NGONG	NGO-Koordination post Beijing Schweiz (NGONG) Coordination post Beijing des ONG Suisses (NGONG) Coordinazione post Beijing delle ONG Svizzere (NGONG)

Novartis	Novartis International AG
NRGI	Natural Resource Governance Institute
ProLitteris	ProLitteris
Publica	Caisse de prévoyance de la Confédération PUBLICA
PWYP	Publish What You Pay
Raiffeisen	Raiffeisen Suisse
Roche	F. Hoffmann-La Roche AG
Rüedi	Rüedi Urs
SchellenbergWittmer	Schellenberg Wittmer AG Rechtsanwälte
SIX	SIX Swiss Exchange AG
SUISA	SUISA
Suter	Suter Daniel
SWIPRA	Swiss Proxi Advisor
Swiss Re	Swiss Re AG
UBS	UBS SA
VERAISON	VERAISON Capital SA
Vischer Rechtsanwälte	Vischer AG
Walderwyss	Walderwyss Rechtsanwälte
WIR	WIR Bank Genossenschaft Banque WIR société coopérative Banca WIR società cooperativa
zCapital	zCapital AG
zRating	zRating AG
Zurich	Zurich Insurance Company Ltd

## 6 Annexe II : autres aspects évoqués

<b>6.1 Actions, capital-actions, financement</b>	
AR, p. 2 ; SO, p. 2 ; PS, p. 1 und p. 3 ; USS, p. 2 ; Ethos, p. 1 et 6 ; Kuster, p. 118	<b>Les actions au porteur devraient être supprimées.</b>
PS, p. 1 ; Ethos, p. 6 ; Swissmem, p. 4 (lettre) ; Kuster, p. 117 ; VERAISON, p. 1 s. et 5 ; zCapital, p. 3 ; zRating, p. 3 ss	La possibilité de créer des <b>actions à droit de vote privilégié</b> doit être <b>supprimée ou du moins limitée</b> , conformément au principe « une action – une voix ». Certains participants demandent la <b>suppression des actions liées</b> dans les sociétés cotées.
PDC, p. 2	<b>Les titres prêtés devraient être rendus à leurs propriétaires avant l'assemblée générale.</b> Les actionnaires seront ainsi moins tentés de viser le profit à court terme.
Chambre fiduciaire, p. 4 s./Chambre fiduciaire (Anhang) ; BärKarrer, p. 5 et 31 ; Lenz&Staelin, p. 5 s. ; Walderwyss, p. 22 s.	En raison notamment de l'arrêt du Tribunal fédéral sur le cash pooling, il faudrait renforcer la <b>sécurité des prêts à l'intérieur des groupes en ce qui concerne la restitution des versements</b> . Au sein d'un groupe, les prêts ne devraient être octroyés que sous forme de distributions lorsque l'emprunteur ne peut ou ne veut pas restituer ce qu'il a emprunté.
Homburger, p. 37	On pourrait créer des <b>droits préférentiels sur les recettes réalisées par la vente d'actions au-dessus de leur valeur nominative</b> (« <i>Erlöspräferenzen</i> »), et permettre de transformer des actions privilégiées sur la base de droits particuliers réservés aux actionnaires privilégiés (« <i>convertible shares</i> »). Ces possibilités, incompatibles actuellement avec le droit suisse, devraient être étudiées dans le contexte du capital-risque.
Kuster, p. 35 s.	Du fait qu'elles ne sont plus utilisées, les <b>dispositions sur les tantièmes devraient être abrogées.</b>
<b>6.2 Participation des employés</b>	
PS, p. 2 et 8 ; Travail.Suisse, p. 2 ; Rüedi, p. 1	L'avant-projet ne contient pas de dispositions impératives sur <b>l'implication des employés dans les processus décisionnels.</b>
<b>6.3 Droit de la révision</b>	
Chambre fiduciaire, p. 5/Chambre fiduciaire (annexe) ; TreuhandSuisse, p. 6 ss ; Forum PME, p. 3 s.	<b>La réglementation sur l'indépendance de l'organe de révision dans le cadre du contrôle restreint doit être assouplie.</b>
zRating, p. 17	<b>L'indépendance de l'organe de révision au vu des autres services qu'il pourrait rendre doit être garantie par davantage de critères.</b> En Europe, les réglementations en la matière tendent à <b>interdire aux sociétés de révision de fournir des services de conseil</b> , notamment en matière fiscale et juridique.
TreuhandSuisse, p. 4/TreuhandSuisse (an-	<b>L'envergure et le degré de précision de la révision et des informations à fournir dans le cadre du contrôle restreint sont critiqués.</b>

nexe)	
Forum PME, p. 4 s. ; TreuhandSuisse, p. 8 s.	<b>Il convient de réduire les obligations de documentation et de conservation dans le cadre du contrôle restreint.</b>
TreuhandSuisse, p. 8	<b>Dans le cadre du contrôle restreint, l'organe de révision devrait recommander à l'assemblée générale, dans le rapport de révision, d'accepter, entièrement ou partiellement, les comptes annuels ou de les rejeter.</b>
Chambre fiduciaire, p. 12	Le projet devrait préciser si la <b>communication d'informations à l'assemblée générale dans le cadre de la révision de la comptabilité de groupes cotés, conformément à la norme ISA 701, est autorisée ou non.</b>
<b>6.4 Création de nouvelles entités juridiques et modification d'entités existantes</b>	
Uni NE, p. 1	L'AP-CO n'aborde pas la question, pourtant très actuelle, de <b>l'introduction dans l'ordre juridique suisse d'une société commerciale de personnes à responsabilité limitée.</b>
SH, p. 3	Une <b>société start-up inspirée du modèle allemand</b> devrait être créée.
SECA, p. 8 s.	Le droit suisse devrait permettre de <b>définir des droits et des obligations pour les actionnaires de start-ups et de jeunes entreprises.</b>
BLS-Aktionäre, p. 1	<b>Dans les sociétés semi-publiques</b> , les intérêts privés et publics peuvent être en conflit. Il faudrait dès lors prévoir des <b>conditions facilitées pour quitter la société.</b>
<b>6.5 Loi sur les bourses</b>	
zRating, p. 15	Le <b>seuil</b> fixé dans la loi du 24 mars 1995 sur les bourses <sup>446</sup> <b>à partir duquel un acquéreur doit soumettre une offre portant sur tous les titres cotés de la société</b> ne permet pas d'agir suffisamment tôt, ou n'a parfois même pas d'effet. Il pourrait être <b>abaissé à 20 ou à 25 %.</b>
PS, p. 10 ; USS, p. 2 ; Ethos, p. 1 et 8 s. ; zRating, p. 15	L' <b>option de sortie</b> , utilisée notamment dans le cas SIKA – Saint-Gobain, doit être <b>plus strictement règlementée, voire supprimée.</b>
CFA, p. 6	La décision de supprimer l'obligation de soumettre une offre ou de relever le seuil déterminant ne devrait être effective que <b>s'il n'y a pas de changement au niveau du contrôle de la société.</b>
<b>6.6 Droits de l'homme et environnement</b>	
PS, p. 6 ; Actares, p. 3 ; Ethos, p. 4 et 7 s. ; Coalition ONG, p. 30 ; Greenpeace, p. 3 s.	L'avant-projet ne prévoit pas d' <b>obligation portant sur la publication d'informations autres que financières.</b> Le conseil d'administration devrait être tenu d'élaborer un rapport sur ces informations et de le rendre facilement accessible au public.  Des <b>devoirs de diligence et de fidélité</b> , similaires à ceux de l'art. 717 AP-CO, devraient être définis <b>en matière de droits de l'homme et d'environnement.</b>

<sup>446</sup> RS 954.1

<b>6.7 Aspects divers</b>	
SH, p. 4	<b>L'art. 181, al. 4, CO devrait être abrogé</b> , car il complique la transformation d'entreprises individuelles en SA ou en Sàrl.
GE, p. 8	L'avant-projet devrait proposer des prescriptions impératives pour éviter les <b>procédures visant à remédier aux carences dans l'organisation des sociétés</b> dues aux conflits entre actionnaires <b>résultants de statuts mal rédigés</b> .