

La révision du droit de la société anonyme et du droit comptable

Le 2 décembre 2005, le Conseil fédéral a envoyé en consultation un avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le code des obligations. Le délai expirait le 31 mai 2006. Plus d'une centaine de prises de position sont revenues, dont certaines extrêmement complètes¹. L'Office fédéral de la justice (OFJ) est en train de dépouiller les réponses à la consultation. Selon les objectifs de la législature en cours, le Conseil fédéral entend présenter un message d'ici fin 2007.



Le projet vise en particulier à améliorer les droits des actionnaires. Un système équilibré de poids et de contrepois représente un autre élément important du «bon» gouvernement d'entreprise. On souhaite, en outre, moderniser les dispositions régissant l'organisation et le déroulement de l'assemblée générale.

Photo: Keystone

Le rythme des révisions s'intensifie

Pendant cinquante-cinq ans, le droit de la société anonyme de 1936 est resté pratiquement inchangé. La première réforme d'envergure ne remonte qu'à 1991. Depuis lors, les intervalles entre les révisions successives n'ont cessé de se raccourcir et le droit de la société anonyme est en révision permanente. La loi sur la fusion (2004) a été suivie par la réglementation en matière de transparence, qui traite de la publication des indemnités perçues par la haute direction des sociétés ouvertes au public². Parallèlement ou presque, les dispositions régissant la révision des comptes ont été revues à fond. Des adaptations supplémen-

taires dans le droit de la société anonyme ont suivi en outre dans le cadre de la révision totale du droit de la sàrl³. Après ces «petites» retouches, c'est au tour du droit de la société anonyme d'être révisé en profondeur.

L'avant-projet s'articule en quatre domaines: gouvernement d'entreprise, structure du capital, modernisation des règles de l'assemblée générale (AG) et comptabilité. Les éléments révisés dans chacun de ces domaines et les réactions recueillies lors de la consultation sont exposés ci-après.

Le gouvernement d'entreprise

En simplifiant, on peut dire que le gouvernement d'entreprise est un ensemble de règles qui doivent garantir la bonne conduite d'une entreprise. Ses buts principaux sont de protéger les actionnaires, d'assurer une transparence suffisante en matière d'information et de régler les rapports entre les différents organes d'une société.

Renforcer le droit des actionnaires

Le projet vise en particulier à améliorer les droits des actionnaires. La révision de 1991 apportait déjà de nombreuses innovations en la matière, mais la pratique a montré que les

- 1 L'avant-projet peut être consulté sur le site de l'Office fédéral de la justice (www.bj.admin.ch), y compris le rapport explicatif et les réponses à la consultation.
- 2 Les articles du code des obligations en matière de publication des indemnités perçues par la haute direction des sociétés ouvertes au public entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2007.
- 3 Le nouveau droit de la sàrl et le projet de loi sur la surveillance et l'agrément des réviseurs entreront probablement en vigueur pendant la seconde moitié de 2007.
- 4 Il est prévu une valeur boursière de 2 millions de francs (5 millions pour la convocation d'une assemblée). Ce seuil est donc supérieur à celui proposé par le rapport d'experts «Gouvernement d'entreprise», qui était de 1 million de francs (voir Böckli, Huguenin et Dessemonnet, *Le gouvernement d'entreprise, rapport du groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme*, Lausanne, 2004, p. 220 s., 227).
- 5 Voir aussi le rapport d'experts du Pr Hans Caspar von der Crone, *Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien*, Reprax 1/02 p. 16 ss.



Katharina Rüdlinger
Avocate, cheffe de projet de la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, Office fédéral de la justice (OFJ), Berne

obstacles juridiques à surmonter pour faire valoir ces droits étaient souvent trop élevés. Il est donc proposé d'abaisser les barrières légales en matière d'examen spécial, de convocation d'une assemblée générale, d'inscription d'un objet à l'ordre du jour et de demande de dissolution de la société. L'avant-projet prévoit en outre de nouvelles valeurs seuils:

- en matière de sociétés ouvertes au public, la valeur boursière pourra servir de paramètre complémentaire⁴;
- pour les sociétés connaissant des actions à droit de vote privilégié, on passera aussi au système de l'égalité des voix.

Dans les réponses reçues lors de la consultation, les réactions concernant l'abaissement des valeurs seuils et l'introduction de la valeur boursière sont extrêmement contrastées. Si de nombreux milieux s'expriment en faveur des propositions faites, les critiques craignent notamment que les sociétés ouvertes au public soient trop souvent l'objet d'examens spéciaux ou de convocations d'AG, ce qui entraînerait des frais considérables pour les grandes sociétés.

L'avant-projet améliore en outre les conditions de l'action en *restitution des prestations indûment perçues*, ce qui provoque des critiques véhémentes dans la consultation. Le champ d'application de cette action aurait été élargi exagérément.

L'introduction d'un droit des actionnaires à demander *en tout temps et par écrit des renseignements* donne lieu à des avis divers. On craint ici et là que l'extension de ce droit n'aboutisse à surcharger considérablement l'administration des entreprises.

Améliorer la transparence

Le projet prévoit différentes innovations pour améliorer la transparence, notamment en matière de *publication dans le registre du commerce*. Pour ce qui est des *indemnités perçues par la haute direction d'une entreprise*, l'avant-projet propose notamment que les statuts puissent contenir des dispositions réglant la politique de rémunération des sociétés. Les réactions sont mitigées. Certains milieux trouvent que la proposition ne va pas assez loin. L'AG devrait impérativement se voir attribuer la compétence d'édicter des directives concernant les rémunérations. D'autres réponses estiment au contraire que l'AG n'est pas l'organe approprié pour définir la politique de rémunération ou approuver les indemnités versées, notamment celles perçues par la direction.

Les rapports entre les organes de la société

L'équilibre dans la répartition des pouvoirs et du contrôle mutuel des divers organes d'une

société représente un autre élément important du «bon» gouvernement d'entreprise (système dit de *poinds et de contrepoids*). Le projet conserve la liberté traditionnelle des entreprises à s'organiser comme elles l'entendent. Ici, les modifications sont d'ordre ponctuel. L'avant-projet prévoit que les membres du *conseil d'administration* soient désormais *nommés individuellement chaque année* par l'AG. La réélection reste possible. Si la majorité des milieux consultés approuve l'élection individuelle obligatoire, nombreux sont ceux qui rejettent la réélection annuelle. À leur avis, pareille prescription compromet la continuité du travail du conseil d'administration. Les membres critiques du conseil d'administration seraient exposés à une pression accrue du moment qu'ils courraient chaque année le risque de ne pas être proposés à la réélection par la direction.

L'avant-projet règle encore le traitement des *conflits d'intérêts* des membres du conseil d'administration et de la direction. La *présence croisée* de membres du conseil d'administration d'entreprises cotées en Bourse dans différents *comités chargés des rémunérations* serait interdite. En consultation, ces deux propositions sont accueillies favorablement à une large majorité.

Le régime de *représentation institutionnelle des droits de vote* est profondément renouvelé. L'avant-projet abolit la représentation de l'actionnaire d'une société ouverte au public par un dépositaire ou par un membre d'un organe de la société. Est conservé en revanche le représentant indépendant. S'il ne reçoit pas d'instructions, il est tenu de s'abstenir. La proposition vise à favoriser l'expression de la volonté réelle des actionnaires. Les réactions des milieux consultés sont tranchées. Les adversaires craignent que les innovations n'amplifient exagérément l'influence de groupes d'actionnaires activistes au détriment des sociétaires passifs et satisfaits.

Le système actuel de responsabilité des organes d'une société est en principe maintenu. En cas de faute légère, la *responsabilité de l'organe de révision* est désormais assortie d'un montant limite. La majorité écrasante des milieux consultés rejette cet allègement considéré comme un privilège indu de l'organe de révision.

Structure du capital

Pour permettre aux entreprises de mieux adapter la structure de leur capital aux données du marché, l'avant-projet redéfinit la *procédure d'augmentation et de réduction du capital-actions*. L'innovation la plus importante du projet est l'introduction d'une *marge de fluctuation du capital*⁵: l'AG peut autoriser

le conseil d'administration à augmenter et réduire le capital-actions à l'intérieur d'une certaine fourchette; cette autorisation est limitée à cinq ans au plus. L'avant-projet propose comme alternative d'introduire la *réduction autorisée du capital*⁶. Dans la procédure de consultation, une nette majorité se prononce en faveur de la marge de fluctuation du capital, qui est plus souple.

Parce qu'elle est un instrument possible d'opérations de blanchiment, l'*action au porteur* a subi récemment le feu de la critique internationale. Le Conseil fédéral propose donc de l'abolir, ce qui suscite une vive résistance des milieux consultés. On disposerait de mesures moins radicales pour remédier au problème de l'anonymat des détenteurs d'actions au porteur.

Modernisation de l'assemblée générale

Le Conseil fédéral veut moderniser les dispositions régissant l'*organisation* et le *déroulement de l'AG*. L'utilisation de *moyens de communication électronique* pour envoyer les documents d'une AG est autorisée expressément. La procuration électronique en matière de représentation des droits de vote à l'AG sera également possible. Est aussi réglée la participation à distance (par exemple par Internet). La renonciation à un lieu de réunion «physique» sera désormais possible si tous les actionnaires y consentent (*assemblée générale électronique*). Les milieux consultés approuvent largement ces propositions.

Droit comptable

Une partie importante de l'avant-projet est consacrée à la réforme du droit comptable. Il s'agit d'une refonte générale des prescriptions du code des obligations en matière de tenue et de présentation des comptes⁷. Le droit comptable est conçu *indépendamment de la forme juridique des sociétés*, autrement dit, il instaure des règles uniformes pour toutes les formes de droit relevant du droit privé (y compris les associations et les fondations). La législation spéciale reste toutefois réservée (par exemple pour les banques).

L'avant-projet prévoit des règles générales pour toutes les formes de droit, pour autant qu'elles soient soumises à l'obligation de tenir une comptabilité. Des dispositions supplémentaires concernent les sociétés ouvertes au public, les entreprises d'une certaine importance économique et les holdings. Une partie des milieux consultés demande d'adapter les critères définissant les entreprises d'une certaine importance économique et de relever les valeurs seuils correspondantes. En plus des comptes annuels établis conformément au

code des obligations, les sociétés ouvertes au public ainsi que les grandes coopératives, associations et fondations sont tenues de dresser des états financiers *conformes à un référentiel comptable*. Pour les sociétés exemptées, les associés qui représentent au moins 10% du capital social peuvent exiger qu'il soit dressé un état financier conforme à un tel référentiel comptable. Il s'agit de renforcer la position des *associés minoritaires*. De nombreux milieux consultés se prononcent en faveur de l'introduction de ce droit des minorités. D'autres rejettent la proposition en alléguant que les états financiers conformes à un référentiel comptable occasionnent des frais considérables aux entreprises et dépassent les capacités des organes dirigeants des PME.

Le projet prévoit le principe de la *dépendance inversée*: les comptes annuels établis conformément au code des obligations continuent de servir de base de taxation, mais les corrections de valeur, amortissements et provisions non reconnus par les autorités fiscales doivent être dissous. Cette proposition suscite la critique des milieux consultés. On objecte entre autres qu'avec une telle réglementation, c'est le droit fiscal qui détermine finalement le bilan et le compte de résultats.

L'avant-projet étend l'obligation de présenter des comptes consolidés à toutes les sociétés holding, indépendamment de leur taille, ce qui suscite des avis divers. Une partie des milieux consultés propose d'exempter les petites holdings de cette obligation. ■

6 Voir aussi Gaudenz Zindel, «Aktienrückkäufe und Kapitalherabsetzungen», *Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag*, Zurich 2003, p. 571 ss.

7 Les nouvelles prescriptions du droit comptable se fondent en grande partie sur les propositions du P^r Giorgio Behr (Saint-Gall/Schaffhouse).