

FACULTÉ DE DROIT

Av. du 1^{er}-Mars 26
CH-2000 Neuchâtel

Par courriel : ehra@bj.admin.ch

Office fédéral de la justice
Office fédéral du registre du commerce
Bundesrain 20
CH – 3003 Berne

A l'attention de Madame Karin Poggio et
de Monsieur Florian Zihler

Sujet : révision du Code des obligations (droit de la société anonyme)

Madame la Conseillère fédérale,

Madame, Monsieur,

Olivier Hari
Professeur, avocat
olivier.hari@unine.ch
Tel. +41 (32) 718 12 44

Dans le délai fixé par le Conseil fédéral, j'ai l'honneur de vous remettre, exclusivement en version électronique, ma prise de position relative à l'avant-projet de modification du Code des obligations (« **AP-CO** ») et d'autres lois. Le commentaire détaillé d'une grande partie des dispositions proposées, article par article, figure ci-après (cf. annexe).

1. Refonte substantielle du droit de la société anonyme

L'AP-CO prévoit la révision en profondeur d'un grand nombre de règles applicables à toutes les sociétés anonymes. Il en va ainsi par exemple de la définition même de la société anonyme (art. 620 AP-CO et art. 625 CO), de la libération des apports (art. 632 AP-CO), du contenu obligatoire et facultativement obligatoire des statuts (art. 626 s AP-CO), des apports en nature, reprises de biens et libération par compensation (art. 634 ss CO), ou encore des règles relatives à la convocation des assemblées générales (art. 700 ss AP-CO).

Les réflexions menées sont à saluer ; il est nécessaire de faire évoluer le droit des sociétés, en particulier pour l'adapter aux besoins en constante évolution de l'entrepreneur. Toutefois, l'introduction de la plupart de ces dispositions – dont certaines codifient la pratique des autorités du Registre du commerce ou la jurisprudence du Tribunal fédéral – n'apporterait fondamentalement rien de nouveau dans le paysage du droit de la société anonyme ; elle impliquerait surtout des coûts élevés pour les PME, forcées de mettre à jour, à nouveau, leurs statuts.

Si des choix devaient être faits s'agissant de traiter prioritairement certains volets de l'AP-CO, celui-ci pourrait être mis de côté, au bénéfice d'aspects nettement plus importants de la réforme.

Il convient de relever que l'AP-CO n'aborde pas la question – pourtant très actuelle – de l'introduction dans l'ordre juridique suisse d'une société commerciale de personnes à responsabilité limitée.

FACULTE DE DROIT

Secrétariat
Av. du 1^{er}-Mars 26
CH-2000 Neuchâtel
Tel: +41 (0)32 718 12 00
Fax: +41 (0)32 718 12 01
secretariat.droit@unine.ch

2. Modernisation du droit des sociétés non cotées

L'AP-CO prévoit parallèlement l'introduction de réelles nouveautés, faisant potentiellement du droit suisse des sociétés l'un des droits les plus modernes. En font notamment partie la monnaie dans laquelle le capital-actions peut être fixé (art. 621 al. 2 AP-CO), la marge de fluctuation du capital-actions (art. 653s ss AP-CO), la tenue des assemblées générales à l'étranger (art. 701b AP-CO) et le recours aux moyens électroniques (art. 701c ss AP-CO).

Les propositions précitées doivent être saluées, car participant du renforcement au niveau international de l'attractivité de la Suisse pour accueillir le siège de sociétés. Sans être absolument prioritaires, ces aspects de la révision sont importants et devraient donc être traités rapidement. L'on notera cependant que l'AP-CO n'apporte pas de solutions vraiment convaincantes au risque de sous-couverture du capital-actions exprimé en monnaie étrangère en fonction de la fluctuation des cours de change, que le recours aux moyens électroniques s'agissant de décisions à prendre sous la forme authentique semble à ce stade difficile, voire impossible sans retravailler l'AP-CO sur ce point, et que l'abandon de l'augmentation autorisée du capital-actions au profit de la marge de fluctuation du capital-actions, réservée aux seules sociétés n'ayant pas procédé à un *opting-out*, se fait au détriment des PME, qui composent pourtant une grande partie du tissu économique suisse.

3. Renforcement des droits des actionnaires

L'AP-CO tend dans une certaine mesure à renforcer les droits des actionnaires, respectivement des actionnaires minoritaires. Font partie de cette catégorie la révision des règles en matière de restitution des prestations (art. 678 et 678a AP-CO), de droit aux renseignements (art. 697 AP-CO) et de consultation des livres et dossiers ouverts plus largement (art. 697a AP-CO), de contrôle spécial offert à une minorité qualifiée relativement faible pour les sociétés cotées et de l'abandon de la vraisemblance du préjudice (art. 697d AP-CO), d'action en paiement en faveur de la société introduite aux frais de la société (art. 697j AP-CO), de la possibilité expresse de soumettre des litiges à un tribunal arbitral (art. 697l AP-CO), de la modification de la participation minimale au capital-actions nécessaire à des actionnaires pour pouvoir requérir la convocation d'une assemblée générale (art. 699 AP-CO) et de l'inscription d'un objet à l'ordre du jour (art. 699a AP-CO), ainsi que la prescription de l'action en responsabilité (art. 760 al. 2 AP-CO).

L'introduction de ces dispositions participe d'une tendance généralisée visant à renforcer le pouvoir des actionnaires, respectivement protéger les actionnaires minoritaires. Certaines propositions peuvent être approuvées (contrôle spécial, art. 697 AP-CO ; action en paiement aux frais de la société, art. 697j AP-CO ; résolution des litiges par un tribunal arbitral, art. 697l AP-CO ; avec certaines réserves concernant les seuils, la convocation d'une assemblée générale, art. 699 AP-CO et l'inscription d'un objet à l'ordre du jour, art. 699a AP-CO).

En revanche, l'introduction de certaines dispositions devrait être écartée: il en va ainsi du renversement du fardeau de la preuve dans l'action en restitution (art. 678 al. 3 AP-CO), de la proposition d'introduire une responsabilité spéciale du représentant indépendant (art. 754 al. 1 AP-CO), de ne pas tenir compte des créances postposées dans le calcul du dommage (art. 757 al. 4 AP-CO), ou encore de prolonger le délai pour ouvrir action après l'octroi de la décharge (art. 758 al. 2 AP-CO).

Sans que cette disposition ne soit en lien avec le renforcement des actionnaires, doit par ailleurs être saluée la proposition d'introduire dans le droit de la responsabilité un allègement pour l'organe de révision et les personnes en charge de la révision, qui ne répondraient sur le plan externe qu'à hauteur de leur quota de responsabilité interne (art. 759 al. 2 AP-CO).

4. Transposition de l'art. 95 al. 3 Cst. (sociétés cotées)

La genèse de l'AP-CO découle de la nécessité d'introduire à terme dans le Code des obligations la législation applicable aux sociétés cotées du fait de l'adoption par le peuple et les cantons de l'initiative contre les rémunérations abusives. Si l'AP-CO se limite dans certains cas à transposer les dispositions de

l'ORab sous leur forme actuelle dans le CO, il convient tout de même de constater – et regretter – le fait que l'AP-CO est sur certains points plus restrictif que ne l'est l'art. 95 al. 3 Cst., ou même l'ORab.

C'est par exemple le cas en matière de rémunération par des prestations de service et en nature (art. 734a al. 2 ch. 3 AP-CO), d'indications à faire figurer dans le rapport de rémunération (art. 734a al. 3 ch. 2 AP-CO), de mandats externes (art. 734d AP-CO), de représentation des sexes (art. 734e AP-CO), de votes prospectifs sur les rémunérations variables (art. 735 al. 3 ch. 4 AP-CO), de durées des rapports contractuels (art. 735b AP-CO), ou encore de clause de prohibition de concurrence (art. 735c al. 3 AP-CO).

Ce constat est d'autant plus inquiétant lorsqu'on le met en perspective avec le nombre de nouvelles cotations de sociétés suisse (*IPO*) à la bourse suisse SIX, proche de zéro, et du nombre annuel de décotations¹. Il appartiendra au Parlement de prendre conscience de cette réalité et d'en tirer les conséquences qui s'imposent, au risque de voire la Suisse perdre toute attractivité pour accueillir les sièges de sociétés cotées.

Il convient donc de rejeter l'adoption des dispositions précitées, et de revoir en profondeur l'AP sur ce point, à la lumière de l'art. 95 al. 3 Cst., et non pas forcément de l'ORab, qui consacrait déjà une certaine tendance visant à durcir encore davantage les règles de l'art. 95 al. 3 Cst., alors qu'elles sont déjà particulièrement incisives, et nuisent à la compétitivité de la Suisse. D'un point de vue légistique, il serait par ailleurs particulièrement approprié de faire figurer les dispositions concernant les sociétés cotées dans une section systématiquement distincte.

5. Assainissement de sociétés en difficulté

L'AP-CO consacre l'introduction de plusieurs nouvelles dispositions, et de dispositions révisées, relatives au droit de l'assainissement des sociétés anonymes et autres sociétés. Constituent des indicateurs déclenchant certaines obligations du conseil d'administration le risque d'insolvabilité nouvellement ajouté (art. 725 AP-CO), la perte de capital dans sa nouvelle acception (art. 725a AP-CO), et le désormais connu surendettement (art. 725b AP-CO).

Les conséquences (plan de trésorerie soumis à un réviseur agréé en cas de menace d'insolvabilité et de perte de capital, et avis au juge en cas de surendettement) répondent adéquatement au besoin de protection des créanciers, sans précipiter la société en difficulté vers la faillite. Le maintien de la possibilité de réévaluer certains actifs (art. 725c AP-CO), ainsi que le caractère non-révocable des prêts d'assainissement (art. 285 al. 4 AP-LP) doivent être particulièrement mis en évidence et approuvés.

D'un point de vue procédural, l'AP-CO met enfin un terme à une concurrence inutile – et source d'incompréhension pour les entrepreneurs – entre la voie de l'ajournement de la faillite et celle de la procédure concordataire ; ainsi, la voie de l'ajournement de faillite disparaît-elle au profit du sursis concordataire. Tant un assainissement qu'un concordat seront préparés dans un même cadre légal, précisément encadré, du sursis (art. 293 ss LP).

Quelques adaptations terminologiques devront encore être effectuées à cet égard (le sursis n'étant plus « concordataire »), et certaines dispositions revues, en particulier s'agissant de la durée du sursis provisoire (art. 293a al. 2 AP-LP), insuffisante. L'on regrettera qu'une révision de la loi sur la fusion (LFus), qui pourrait à bien des égards offrir des outils intéressants en matière d'assainissement, ne soit pas à l'ordre du jour.

La réglementation proposée protège adéquatement les créanciers, tout en offrant aux sociétés en difficulté des mécanismes appropriés permettant leur assainissement, et doit, respectivement peut, rapidement être adoptée.

¹ http://www.six-exchange-regulation.com/publications/notices/equity_securities/equities/archive_fr.html

Il est précisé à toutes fins utiles que si certains aspects de la révision du droit de la société anonyme devaient être fortement critiqués, il conviendrait alors de traiter séparément certains objets, et de ne pas abandonner, respectivement bloquer ou excessivement retarder, l'adoption des dispositions accueillies favorablement dans le cadre de la procédure de consultation.

Les trois volets suivants peuvent à cet égard être identifiés, et donc traités séparément et prioritairement si nécessaire : d'une part, les dispositions générales modernisant le droit des sociétés anonymes non cotées (cf. chiffre 2 ci-dessus), d'autre part, la transposition dans le droit de la société anonyme des règles de l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (cf. chiffre 4 ci-dessus), et enfin, les dispositions relatives au droit de l'assainissement (cf. chiffre 5 ci-dessus). De mon point de vue, les deux derniers aspects de la révision (chiffres 4 et 5) sont clairement prioritaires.

Vous souhaitant bonne réception de la présente et de son annexe, je vous prie de croire, Madame la Conseillère fédérale, Madame, Monsieur, à l'assurance de ma plus haute considération.



Olivier Hari
Professeur

Avant-projet de modification du Code des obligations (droit de la société anonyme)

Prise de position détaillée dans le cadre de la procédure de consultation ouverte le 28 novembre 2014 par le Conseil fédéral

FACULTÉ DE DROIT

Texte proposé dans l'avant-projet		Commentaire
<i>Titre marginal</i>	<i>Disposition légale</i>	
A. Définition	<p>Art. 620</p> <p>1 La société anonyme est une société de capitaux que forment une ou plusieurs personnes, sociétés commerciales ou communautés de droit. Son capital-actions est fixé dans les statuts. Ses dettes ne sont garanties que par l'actif social.</p> <p>2 Chaque actionnaire participe à la société en détenant au moins une action. Les actionnaires sont tenus uniquement à la libération du prix d'émission de leurs actions.</p>	<p>Sémantiquement, le terme « société de capitaux » est discutable. Ce sont des personnes (physiques, morales, sociétés commerciales de personnes, communautés de droit) qui sont membres de la société, et qui libèrent des apports, même s'il est vrai que les associés investissent dans une société anonyme des capitaux, avec pour objectif de les faire fructifier, ce qui ôte tout caractère personnel à la société.</p> <p>La définition initiale – du droit actuel donc – met davantage en exergue le fait que la société est une personne à part entière (« est celle »).</p> <p>La référence à une raison sociale doit par ailleurs être conservée. A défaut, une base légale manquerait.</p> <p>Enfin, la mention de la communauté de droit pourrait s'avérer quelque peu trompeuse : en effet, une communauté de droit n'est en soi pas inscrite au registre du commerce ; par voie de conséquence ce sont les membres de la communauté de droit qui figureront dans l'acte constitutif de la sociétés anonyme.</p> <p><u>Proposition</u> : La société anonyme est celle que forment, sous une raison sociale, une ou plusieurs personnes, sociétés commerciales ou communautés de droit et à laquelle ces dernières apportent des capitaux.</p>
B. Capital-actions	<p>Art. 621</p> <p>1 Le capital-actions ne peut être inférieur à 100 000 francs.</p> <p>2 Le capital-actions peut également être fixé dans la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise. Le capital-actions en monnaie étrangère doit avoir une contre-valeur de 100 000 francs au moins au moment de l'inscription au registre du commerce. Lorsque le capital-actions est fixé dans une monnaie étrangère, la même monnaie doit être utilisée pour la comptabilité commerciale et la présentation des comptes.</p> <p>3 Le conseil d'administration peut proposer à l'assemblée générale un changement de monnaie. Ce changement peut avoir lieu aux conditions suivantes:</p> <p><i>1. les prescriptions relatives au capital minimal sont</i></p>	<p>Ad art. 621 al. 2 AP-CO : la détermination de « la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise » pourrait s'avérer délicate, particulièrement au stade de la fondation, moment auquel par définition la société n'a pas encore d'activités. Par ailleurs, dans la mesure où les apports des actionnaires constituent, à tout le moins au début de la vie de la société, le seul substrat de responsabilité à disposition des créanciers, le fait d'autoriser l'émission d'un capital-actions en monnaie étrangère peut s'avérer dangereux pour les créanciers. Il est arrivé dans un passé relativement proche que le cours de certaines monnaies chute drastiquement par rapport au franc suisse, respectivement que le franc suisse s'apprécie fortement (notamment la Couronne islandaise ISK entre janvier et octobre 2008). Dans de pareilles circonstances, le montant libéré par les actionnaires peut en quelques jours ne plus représenter qu'une portion congrue de la contre-valeur des 100'000 francs suisses.</p> <p><u>Proposition</u> : il pourrait être approprié de limiter à certaines monnaies étrangères seulement l'émission d'un capital-actions. Alternativement, l'on devrait se demander s'il ne faudrait pas réserver cette possibilité aux seuls groupes de sociétés actifs dans différents Etats.</p> <p>Ad art. 621 al. 3 ch. 4 CO : la mention du « dernier bilan » est insuffisante. Il conviendrait de préciser s'il s'agit d'un bilan intermédiaire ou annuel.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p><i>respectées;</i></p> <p><i>2. un expert-réviseur agréé atteste que le capital-actions reste entièrement couvert après le changement de monnaie;</i></p> <p><i>3. le changement a lieu au début de l'exercice;</i></p> <p><i>4. la conversion s'effectue au cours du jour de clôture du dernier bilan;</i></p> <p><i>5. la structure des comptes annuels et l'évaluation des actifs et des dettes restent inchangées.</i></p>	
<p>Art. 622, al. 3 à 5</p> <p>3 Les actions nominatives peuvent être converties en actions au porteur, ou les actions au porteur en actions nominatives.</p> <p>4 Les actions ont une valeur nominale supérieure à zéro.</p> <p>5 Lorsque des titres sont émis, ils sont signés par un membre du conseil d'administration au moins.</p>	<p>L'abandon de la valeur nominale à 1 centime est souhaitable et à approuver, car offrant plus de flexibilité lors d'opérations de réduction du capital-actions, par exemple mais non exclusivement en tant que mesure d'assainissement. Une meilleure liquidité des titres est par ailleurs assurée.</p>
<p>Art. 623, al. 2</p> <p>2 La réunion d'actions non cotées en bourse requiert le consentement de tous les actionnaires concernés.</p>	<p>La réunion d'actions avec augmentation de leur valeur nominale a pour effet de limiter le nombre d'actions en circulation ; dans certains cas, elle suppose l'achat par certains actionnaires d'actions. Cette opération n'est donc pas sans conséquences sur les droits des actionnaires, si bien qu'il se justifie de maintenir l'unanimité pour les sociétés non cotées.</p> <p>L'abandon de l'unanimité pour les sociétés cotées est justifié, dans la mesure où, en pratique, cette unanimité est difficile, voire impossible à obtenir. Mais passer de l'unanimité à la majorité des 2/3 (art. 704 al. 1, ch. 2 AP-CO) pose néanmoins la question de la protection des actionnaires minoritaires. Dans d'autres lois, les règles applicables varient : 90% pour la fusion squeeze-out (art. 18 al. 5 LFus), 98% pour l'annulation des titres restant dans le cadre d'une OPA (art. 33 al. 1 LBVM). Il conviendrait à notre avis de s'en inspirer et de ne pas abaisser autant que prévu la règle de majorité.</p> <p>Le texte légal abandonne par ailleurs la référence à la réunion d'actions « d'une valeur nominale supérieure », sans que le Rapport ne donne de précisions à cet égard.</p>
<p>D. Contenu des statuts exigé par la loi</p> <p>Art. 626, titre marginal, al. 1, ch. 3, 5 à 7, et al. 2 et 3</p> <p>1 Les statuts doivent contenir des dispositions sur:</p> <p><i>3. le montant du capital-actions;</i></p> <p><i>5. Abrogé</i></p>	<p>Le fait de faire figurer dans le CO un catalogue des dispositions statutaires obligatoires, respectivement facultativement obligatoires, est pertinente et son abandon discutable, même si, comme le Rapport le met en exergue, tout catalogue est susceptible d'être incomplet. En l'occurrence, l'abrogation du ch. 5 est justifiée par le fait que « les dispositions très complètes du droit en vigueur et du droit futur s'appliquent ». La même explication est donnée pour le ch. 6.</p> <p>Il est exact que l'art. 700 al. 5 P-CO prévoit que les statuts fixent les autres modalités relatives à la forme, au contenu et à la</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>6. <i>Abrogé</i></p> <p>7. <i>la forme des communications de la société à ses actionnaires.</i></p> <p>2 Lorsque les actions de la société sont cotées en bourse, les statuts doivent également contenir des dispositions sur:</p> <p>1. <i>le nombre d'activités admises occupées par les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif dans des fonctions similaires dans des entreprises poursuivant un but économique;</i></p> <p>2. <i>la durée maximale des contrats qui prévoient les rémunérations des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif et le délai de congé maximal pour les contrats de durée indéterminée (art. 735b);</i></p> <p>3. <i>le rapport maximal entre la rémunération fixe et la rémunération globale des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif pour chaque organe;</i></p> <p>4. <i>les principes régissant les tâches et les compétences du comité de rémunération;</i></p> <p>5. <i>les modalités du vote de l'assemblée générale sur les rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif;</i></p> <p>3 Ne sont pas prises en compte dans les activités visées à l'al. 2, ch. 1, les fonctions occupées dans des entreprises qui sont contrôlées par la société ou qui contrôlent la société.</p>	<p>communication de la convocation. De même, le droit de vote des actionnaires est-il explicité par l'art. 692 CO. Mais si l'on devait adopter l'explication du Rapport, l'on devrait alors se poser la question de l'opportunité de supprimer purement et simplement tout catalogue relatif aux dispositions statutaires obligatoires, respectivement facultativement obligatoires, ce principe valant tant pour l'art. 626 que pour l'art. 627 CO, qu'il conviendrait alors aussi d'abroger. Il faudrait alors clairement faire figurer au sein des dispositions traitant du fond de la matière les obligations relatives au contenu obligatoire des statuts. C'est d'ailleurs déjà le cas ici et là.</p> <p><u>Proposition</u> : conserver les art. 626 et 627 CO</p> <p><u>Variante</u> : déplacer dans l'ORC le catalogue des dispositions statutaires obligatoires, respectivement facultativement obligatoires.</p>
<p>Art. 627 Abrogé</p>	<p>Cf. commentaire de l'art. 626 P-CO.</p>
<p>Art. 628 Abrogé</p>	<p>Cf. commentaire des art. 634 ss AP-CO</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>III. Apports 1. Règles générales</p>	<p>Imposer une libération intégrale des apports, que des actions nominative ou au porteur aient été émises, est dans l'intérêt des créanciers, ainsi que de tous les actionnaires. La délicate mise en œuvre de l'appel ultérieur d'apports (art. 634a CO) et les problèmes d'égalité de traitement qui se posent parfois en pratique à cet égard seraient ainsi supprimés.</p>
<p>b. En nature</p> <p>Art. 632 1 Lors de la constitution de la société, un apport correspondant au prix d'émission doit, pour chaque action, être entièrement libéré.</p> <p>Art. 634 1 L'objet d'un apport en nature vaut comme couverture lorsque les conditions suivantes sont remplies:</p> <p><i>1. il peut être porté à l'actif du bilan;</i></p> <p><i>2. il peut être transféré dans le patrimoine de la société;</i></p> <p><i>3. la société peut en disposer librement comme propriétaire une fois inscrite au registre du commerce, ou a le droit inconditionnel, s'il s'agit d'un immeuble, d'en requérir l'inscription au registre foncier;</i></p> <p><i>4. il peut être réalisé par transfert à un tiers.</i></p> <p>2 L'apport en nature est stipulé par écrit. Le contrat est dressé en la forme authentique si la cession de l'apport le requiert.</p> <p>3 Un acte authentique unique suffit même si les immeubles faisant l'objet de l'apport en nature sont situés dans différents cantons. L'acte est établi par un officier public au siège de la société.</p> <p>4 Les statuts mentionnent l'objet et l'estimation de l'apport en nature, le nom de l'apporteur et les actions émises en échange, ainsi que toute autre contre-prestation de la société. L'assemblée générale peut abroger les dispositions statutaires après dix ans.</p> <p>5 L'objet de l'apport en nature et les actions émises en échange, ainsi que toute autre contre-prestation de la société, sont inscrits au registre du commerce.</p>	<p>L'art. 634 al. 1 AP-CO codifie la pratique de l'ORC (cf. Communication de l'OFRC du 15 août 2001 concernant les apports en nature et les reprises de biens) relative aux caractéristiques qu'un apport en nature doit revêtir pour être qualifié comme tel : selon la Communication précitée, pour qu'un bien puisse être apporté en nature, il faut qu'il soit évaluable et activable au bilan, transférable, disponible, et réalisable. La modification proposée contribue à la prévisibilité du droit et doit être approuvée.</p> <p>L'art. 634 al. 3 AP-CO, à l'instar de l'art. 70 al. 2 LFus, prévoit, de manière bienvenue, deux allègements : il serait désormais possible de transférer plusieurs immeubles situés dans des cantons différents dans un seul et même acte, et il serait désormais possible de confier l'instrumentation de l'acte à un seul et même officier public du siège de la société. Il convient également de saluer la compétence intracantonale d'un seul et même officier public, même si les immeubles se trouvent dans des circonscriptions notariales différentes.</p>
<p>c. Compensation d'une</p>	<p>Art. 634a 1 La libération peut aussi être effectuée par compensation d'une créance.</p> <p>L'introduction dans la loi d'une disposition concernant la libération des apports par compensation paraît souhaitable, le droit actuel étant lacunaire sur ce point. Il paraît également souhaitable de trancher simultanément la controverse doctrinale relative à la problématique de la <i>Werthaltigkeit</i> de la créance compensée. En l'occurrence, il convient d'approuver la solution proposée par l'art. 634a al. 2 AP-CO : exiger que la créance compensée soit couverte par les actifs de la société revient à empêcher l'utilisation de l'augmentation du capital-actions par</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>créance</p> <p>2 La compensation vaut également comme couverture lorsque la créance n'est plus entièrement couverte par les actifs</p> <p>3 Les statuts mentionnent le montant de la créance à compenser, le nom du créancier et les actions émises en échange. L'assemblée générale peut abroger les dispositions statutaires après dix ans.</p> <p>4 Le montant de la créance et les actions émises en échange sont inscrits au registre du commerce.</p>	<p>compensation en tant que méthode d'assainissement. Or, en pratique, cette méthode est fréquemment utilisée pour assainir des sociétés insolvable ou surendettées. L'on mentionnera encore que le fait que la créance compensée ne soit pas obligatoirement couverte par les actifs de la société ne lèse ni les intérêts des actionnaires, ni les intérêts des créanciers. Bien au contraire, la libération par compensation en tant que mécanisme d'assainissement permet aux premiers de ne pas perdre leur investissement du fait d'une faillite, et aux seconds de ne pas voir leur créance réduite au dividende de faillite.</p> <p>Ad art. 634a al. 3 AP-CO : La cause des deux créances devrait être mentionnée dans les statuts.</p>
<p>G. Acquisition de la personnalité I. Moment; inaccomplissement des conditions légales</p>	<p>Art. 643, titre marginal et al. 3</p> <p>3 Toutefois, lorsque les intérêts de créanciers ou d'actionnaires sont gravement menacés ou compromis par le fait que des dispositions légales ou statutaires ont été violées lors de la fondation, le tribunal peut, à la requête d'un de ces créanciers ou actionnaires, prononcer la dissolution de la société.</p> <p>L'art. 250 let. c CPC ne soumettant pas l'action de l'art. 643 al. 3 à la procédure sommaire, il conviendrait de remplacer le terme « requête » par « demande ».</p> <p><u>Proposition</u> : ... le tribunal peut, à la demande d'un de ces créanciers ou actionnaires, prononcer la dissolution de la société.</p> <p>Il serait par ailleurs opportun de se demander si l'actuel délai de péremption (trois mois) de l'art. 643 al. 4 CO ne devrait pas être prolongé. En pratique, ce délai est trop court.</p> <p>Par ailleurs, dans la mesure où les cas de violation de dispositions légales ou statutaires constituent parfois simultanément des infractions pénales, l'on devrait également se demander s'il ne serait pas opportun de compléter l'al. 4 et de permettre alternativement aux créanciers et actionnaires de demander la dissolution de la société dès la découverte de faits constitutifs d'une infraction pénale. Un délai de péremption de l'action plus long (par exemple trois ans, cf. art. 760 al. 2 AP-CO) devrait alors être prévu dans ce cas. Alternativement, ce cas pourrait être ajouté au sein de l'art. 736 CO.</p> <p><u>Proposition</u> : L'action s'éteint si elle n'est pas introduite au plus tard six mois dès la publication de l'inscription dans la <i>Feuille officielle suisse du commerce</i>.</p> <p>Art. 643 al. 4 n AP-C : Si la violation des dispositions légales ou statutaires résulte d'un acte punissable selon le droit pénal, l'action s'éteint si elle n'est pas introduite dans un délai d'un an à compter du jour où les créanciers ou actionnaires ont eu connaissance des faits ainsi que de la personne responsable ; l'action s'éteint en tous les cas après trois ans dès la publication de l'inscription dans la <i>Feuille officielle suisse du commerce</i>.</p>
<p>J. Augmentation et réduction du</p>	<p>Art. 650</p> <p>1 L'assemblée générale décide de l'augmentation ordinaire du capital-actions.</p> <p>2 La décision de l'assemblée générale doit être constatée par</p> <p>L'augmentation du délai fixé au conseil d'administration pour exécuter la décision d'augmentation ordinaire du capital-actions à six mois (art. 650 al. 3 AP-CO) est souhaitable, ce d'autant plus que l'assemblée générale reçoit la compétence de raccourcir ce délai. Le risque que l'exécution de l'augmentation ordinaire du capital-actions ne puisse pas être exécutée, faute de temps, et par voie de conséquence le risque que l'assemblée générale soit appelée à voter à nouveau, sont ainsi minimisés, ce qui est dans l'intérêt de la société et des actionnaires.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>capital- actions</p> <p>I. Augmentati on ordinaire</p> <p>1. Décision de l'assemblée générale</p> <p>acte authentique et contenir les indications suivantes:</p> <p><i>1. le montant nominal total de l'augmentation;</i></p> <p><i>2. le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions nouvellement émises ainsi que les privilèges attachés à certaines catégories d'entre elles;</i></p> <p><i>3. le prix d'émission ou l'autorisation donnée au conseil d'administration de le fixer ainsi que le moment à partir duquel les actions nouvelles donneront droit à des dividendes;</i></p> <p><i>4. en cas d'apport en nature: son objet et son estimation, ainsi que le nom de l'apporteur, les actions qui lui reviennent et toute autre contre-prestation de la société;</i></p> <p><i>5. en cas de libération par compensation d'une créance: le montant de la créance à compenser, le nom du créancier et les actions émises en échange;</i></p> <p><i>6. le contenu et la valeur des avantages particuliers ainsi que le nom des bénéficiaires;</i></p> <p><i>7. toute restriction à la transmissibilité des actions nominatives nouvelles;</i></p> <p><i>8. toute limitation ou suppression du droit de souscription préférentiel ainsi que les conséquences lorsque celui-ci n'est pas exercé ou est supprimé;</i></p> <p><i>9. les conditions d'exercice des droits de souscription préférentiels acquis conventionnellement.</i></p> <p>3 Le conseil d'administration requiert l'inscription de l'augmentation du capital-actions auprès de l'office du registre du commerce dans les six mois qui suivent la décision de l'assemblée générale; passé ce délai, la décision est caduque. L'assemblée générale peut fixer un délai plus court dans la décision d'augmentation du capital.</p>	

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>2. Souscription d'actions</p> <p>Art. 652, titre marginal et al. 3 3 Le bulletin de souscription qui ne fixe pas de délai perd son caractère obligatoire six mois après la signature.</p>	<p>Cf. commentaire de l'art. 650 AP-CO</p>
<p>4. Droit de souscription préférentiel</p> <p>Art. 652b, titre marginal, al. 1bis et 4 1bis Le droit de souscription préférentiel est préservé lorsqu'un établissement soumis à la loi sur les banques du 8 novembre 1934 ou un négociant en valeurs mobilières soumis à la loi sur les bourses du 24 mars 1995 souscrit les actions en prenant l'engagement de les proposer aux actionnaires, proportionnellement à leur participation antérieure.</p> <p>4 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.</p>	<p>La formulation de l'art. 653b al. 4 AP-CO devrait être revue pour tenir compte de celle utilisée ailleurs dans le droit de la société anonyme.</p> <p><u>Proposition</u> : ... ou si tous les actionnaires présents ou représentés à l'assemblée générale approuvent le prix d'émission.</p> <p>D'un point de vue terminologique, les textes légaux utilisent plutôt le mot « manifestement » que « sensiblement » dans un tel cas de figure.</p>
<p>III. Réduction du capital-actions</p> <p>1. Réduction ordinaire</p> <p>a. Principes</p> <p>Art. 653j 1 L'assemblée générale décide de la réduction du capital-actions. Le conseil d'administration prépare et exécute la réduction.</p> <p>2 La réduction du capital peut se faire par réduction de la valeur nominale ou par destruction d'actions.</p> <p>3 Le capital-actions ne peut être réduit à un montant inférieur à 100 000 francs, ou à un montant équivalent lorsqu'il est fixé dans une monnaie étrangère, que s'il est augmenté simultanément au moins à concurrence de ce montant.</p>	<p>D'un point de vue systématique, il est plus approprié de faire figurer à la suite, dans une même section, les dispositions sur l'augmentation, puis sur la réduction du capital actions. La lecture de la loi en est ainsi facilitée. La modification de la systématique de la loi doit être approuvée.</p> <p>Concernant l'art. 653j al. 2 AP-CO, la précision relative aux modalités de la réduction du capital actions n'est <i>a priori</i> pas nécessaire.</p>
<p>b. Protection des créanciers</p> <p>Art. 653k 1 Lorsque le capital-actions doit être réduit, le conseil d'administration informe les créanciers par appel public qu'ils peuvent exiger des sûretés s'ils produisent leurs créances. L'appel est publié trois fois dans la Feuille officielle suisse du commerce.</p> <p>2 La société garantit les créances lorsque les créanciers l'exigent dans le mois qui suit la troisième parution dans la Feuille officielle suisse du commerce.</p> <p>3 L'obligation de fournir des sûretés s'éteint si la société</p>	<p>L'art. 653k AP-CO s'inspire pour l'essentiel très largement de la LFus, et en particulier des art. 25 LFus et 46 LFus.</p> <p>Ad art. 653k al. 2 AP-CO : En application de l'art. 25 al. 1 LFus (fusion), la société reprenante garantit les créances des créanciers des sociétés qui fusionnent si ceux-ci l'exigent dans le délai de trois mois à compter de la date à laquelle la fusion déploie ses effets. En application de l'art. 46 al. 1 LFus (applicable en cas de scission, dont l'effet est assez proche de celui d'une réduction du capital-actions, ce que reconnaît d'ailleurs explicitement le Rapport ; cf. commentaire de l'art. 653l AP-CO), les sociétés qui participent à la scission garantissent les créances si les créanciers l'exigent dans le délai de deux mois à compter de la publication de l'avis aux créanciers.</p> <p>Le délai d'un mois prévu par l'art. 653k al. 2 AP-CO est nettement plus court que les délais précités prévus par la LFus. Selon le Message, « La durée totale de la procédure de réduction du capital-actions s'en trouve réduite d'autant, ce qui est dans l'intérêt des sociétés. Malgré cette diminution, le temps dont dispose les créanciers pour produire leurs créances reste suffisant » (p. 82). A titre de comparaison, l'on notera que le droit allemand prévoit pour les créanciers un délai de six mois (§225 1 AktG).</p>

Texte proposé dans l'avant-projet		Commentaire
	<p>prouve que la réduction du capital ne compromet pas l'exécution de la créance.</p> <p>4 La société tenue de fournir des sûretés peut exécuter la créance au lieu de fournir des sûretés, dans la mesure où il n'en résulte aucun dommage pour les autres créanciers.</p>	<p>En conclusion, le délai d'un mois est trop court, et ce délai doit au moins être identique à celui prévu en cas de scission, dont l'effet sur les droits des créanciers est assez similaire à celui d'une réduction du capital-actions. Des adaptations terminologiques doivent être également prévues.</p> <p><u>Proposition</u> : La société garantit les créances lorsque les créanciers l'exigent dans les deux mois à compter de la troisième publication dans la Feuille officielle suisse du commerce.</p> <p>Ad art. 653k al. 1 AP-CO : Le moment de l'appel aux créanciers (alternativement avant ou après la décision de l'assemblée générale) devrait être prévu.</p> <p><u>Proposition</u> : ... L'appel est publié trois fois dans la Feuille officielle suisse du commerce, avant ou après la décision de l'assemblée générale.</p>
c. Bilan intermédiaire	<p>Art. 653l La société doit établir un bilan intermédiaire si la date de clôture du bilan est antérieure de plus de six mois à celle de l'assemblée générale qui statue sur la réduction du capital-actions.</p>	<p>Cette exigence est appropriée et déjà connue de la LFus. Cependant, l'on peut se demander s'il est vraiment opportun de prévoir qu'il n'est pas nécessaire de dresser un nouvel inventaire (art. 960f ch. 1 AP-CO).</p>
f. Modification des statuts et constatation du conseil d'administration; inscription au registre du commerce	<p>Art. 653o 1 Lorsque toutes les conditions attachées à la réduction du capital-actions sont réunies, le conseil d'administration modifie les statuts et constate que la transaction est conforme aux exigences légales et statutaires et à la décision de l'assemblée générale.</p> <p>2 Les décisions relatives à la modification des statuts et les constatations du conseil d'administration revêtent la forme authentique. L'officier public mentionne toutes les pièces sur lesquelles se fonde la réduction du capital et atteste qu'elles lui ont été présentées, ainsi qu'au conseil d'administration.</p> <p>3 Le conseil d'administration requiert l'inscription de la modification des statuts et de ses constatations auprès de l'office du registre du commerce dans les 30 jours qui suivent la décision; passé ce délai, la décision est caduque.</p> <p>4 L'office du registre du commerce ne peut inscrire la réduction du capital-actions dans le registre que si l'attestation de vérification contient les éléments exigés par la</p>	<p>Ad art. 653o al. 1 AP-CO : d'un point de vue terminologique, l'utilisation du terme « transaction » n'est pas appropriée. L'on parle plutôt d'« opération » (de restructuration du capital-actions).</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>loi et qu'aucune réserve n'a été émise.</p> <p>5 Les fonds disponibles par suite de la réduction du capital ne doivent être distribués aux actionnaires qu'après l'inscription de la transaction au registre du commerce.</p>	
<p>2. Réduction et augmentation simultanées du capital-actions a. Principe</p> <p>Art. 653p 1 Lorsque le capital-actions est réduit puis augmenté à nouveau à concurrence d'un montant au moins équivalent, les dispositions régissant la réduction ordinaire du capital qui concernent la protection des créanciers, le bilan intermédiaire, l'attestation de vérification et les constatations du conseil d'administration ne s'appliquent pas.</p> <p>2 Les dispositions régissant l'augmentation ordinaire du capital s'appliquent par analogie.</p> <p>3 Le conseil d'administration n'est pas tenu de modifier les statuts lorsque le montant de l'augmentation du capital-actions correspond exactement à celui de la réduction et que le nombre et la valeur nominale des actions restent inchangés.</p> <p>4 Le conseil d'administration doit requérir auprès de l'office du registre du commerce l'inscription de la réduction et de l'augmentation simultanée dans les six mois à compter de la décision de l'assemblée générale; passé ce délai, la décision est caduque.</p>	<p>Ad art. 653p al. 2 AP-CO : il pourrait être utile de rappeler ici qu'un acte authentique est nécessaire, en sus du renvoi.</p> <p>Ad art. 653p al. 3 AP-CO : Le fait de ne pas exiger une modification des statuts lorsque le montant et l'augmentation du capital-actions correspondent est discutable. Car même si, <i>in fine</i>, la situation reste inchangée, en réalité, de nouvelles actions auront été émises et de nouveaux apports libérés. Si l'on devait suivre l'AP-CO sans réserve sur ce point, cela signifierait en réalité qu'un acte authentique ne serait pas nécessaire non plus, en l'absence de modification des statuts (cf. également Michel Heizmann, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, thèse, Fribourg 2004, § 484).</p> <p><u>Proposition</u> : supprimer l'al. 3, alternativement exiger une modification des statuts.</p>
<p>b. Destruction des actions</p> <p>Art. 653q 1 Lorsque, à des fins d'assainissement, le capital-actions est réduit à zéro puis augmenté à nouveau, les droits sociaux de l'actionnaire sont supprimés par la réduction du capital. Les actions émises doivent être détruites.</p> <p>2 Dans le cadre de l'augmentation immédiate du capital-actions, les actionnaires ont un droit de souscription préférentiel qui ne peut pas leur être retiré.</p>	<p>Ad art. 653q al. 2 AP-CO : L'octroi d'un droit de souscription préférentiel qui ne peut pas être retiré (même en l'absence de justes motifs, selon Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, § 2 no 385) – en dérogation à l'art. 652b al. 2 CO – a été à juste titre critiqué par certains auteurs de doctrine (Michel Jaccard/Alexandre Fellay, Sociétés anonymes privées en crise: l'actionnaire majoritaire démuni face au minoritaire? - Réflexions critiques sur la protection renforcée du minoritaire en cas d'assainissement, GesKR 2010, pp. 207 ss (214). Créer artificiellement un droit de souscription préférentiel à des actions fantômes n'est en effet pas souhaitable, et contrevient à la volonté du législateur d'éviter les actions fantômes. Par ailleurs, pratiquement, il est très fréquent qu'un investisseur qui décide de participer à une augmentation du capital-actions d'une société en difficulté après diminution du capital-actions à zéro souhaite être seul actionnaire. Cet alinéa 2 est donc problématique, à la fois d'un point de vue théorique, et en raison de considérations pratiques.</p> <p>Il faudrait à tout le moins préciser que de justes motifs permettent de retirer le droit de souscription préférentiel, de manière identique à ce que prévoit l'art. 652b al. 2 CO.</p> <p>Dans le même ordre d'idée, il convient de saluer l'abrogation de l'art. 692 al. 3 CO qui prévoit que si, lors d'un assainissement, la valeur</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
	<p>nominale des actions a été réduite, le montant primitif peut être maintenu pour la détermination du droit de vote.</p> <p><u>Proposition 1</u> : supprimer l'al. 2 <u>Proposition 2</u> : Dans le cadre de l'augmentation immédiate du capital-actions, les actionnaires ont un droit de souscription préférentiel. L'art. 652b al. 2 est applicable par analogie.</p>
<p>IV. Marge de fluctuation du capital 1. Autorisation</p> <p>Art. 653s</p> <p>1 L'assemblée générale d'une société qui n'a pas renoncé au contrôle restreint de ses comptes annuels peut adopter une disposition statutaire par laquelle elle autorise le conseil d'administration à modifier le capital-actions dans les limites d'une marge de fluctuation du capital dans un délai n'excédant pas cinq ans. Les statuts précisent les limites supérieure (capital maximal) et inférieure (capital de base) dans lesquelles le conseil d'administration peut augmenter ou réduire le capital.</p> <p>2 Le capital maximal ne peut être supérieur à une fois et demie le capital-actions inscrit au registre du commerce. Le capital de base ne peut être inférieur à la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce.</p> <p>3 L'assemblée générale peut limiter les attributions du conseil d'administration. Elle peut notamment prévoir qu'il est autorisé soit uniquement à augmenter le capital soit uniquement à le réduire.</p> <p>4 L'assemblée générale peut également adopter une disposition statutaire par laquelle elle autorise le conseil d'administration à augmenter le capital au moyen d'une augmentation conditionnelle dans les limites de la marge de fluctuation du capital.</p> <p>5 La décision d'autorisation revêt la forme authentique.</p> <p>6 Le conseil d'administration requiert l'inscription de la décision d'autorisation de l'assemblée générale auprès de l'office du registre du commerce dans les 30 jours à compter de la date à laquelle cette décision a été prise; passé ce délai, la décision est caduque.</p>	<p>L'introduction dans la loi d'un outil permettant une fluctuation du capital à la hausse ou à la baisse pour les sociétés n'ayant pas effectué d'<i>opting out</i> doit être approuvée car renforçant la compétitivité de la Suisse pour les grandes sociétés, y compris sur le marché des capitaux. Il n'en demeure pas moins que cet outil ne sera utile, et utilisé, que par une petite portion des sociétés ayant leur siège en Suisse, et dans des circonstances particulières (restructurations notamment). L'on regrettera donc la disparition de l'augmentation autorisée, et le fait que la création d'une marge de fluctuation soit limitée aux seules sociétés ayant renoncé au contrôle restreint : les PME ayant décidé un <i>opting out</i> ne disposeront plus d'un outil apprécié (augmentation autorisée), et le mécanisme des art. 653s AP-CO ne leur sera pas ouvert. La création de la marge de fluctuation du capital ne rend donc pas l'augmentation autorisée du capital obsolète, contrairement à ce qu'indique le Rapport.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>7 La durée de validité de l'autorisation visée à l'al. 1 court à compter de la date de la décision de l'assemblée générale.</p>	
<p>5. Protection des créanciers</p> <p>Art. 653w 1 L'assemblée générale ne peut fixer un capital de base inférieur au capital-actions inscrit au registre du commerce que si:</p> <p><i>1. la marge de fluctuation du capital est décidée lors de la constitution de la société, ou que</i></p> <p><i>2. les créanciers ont été invités à produire leurs créances conformément à l'art. 653k et que l'attestation de vérification visée à l'art. 653m a été délivrée.</i></p> <p>2 L'appel aux créanciers et l'attestation de vérification ne sont pas requis lorsque le conseil d'administration réduit le capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation du capital.</p> <p>3 Le conseil d'administration ne peut procéder à une réduction du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation du capital que si l'exécution des créances ne s'en trouve pas compromise.</p>	<p>En application de l'art. 653s al. 1, première phrase AP-CO, la décision de l'assemblée générale a une durée de validité de cinq ans. En application de l'art. 653w al. 1 ch. 2 AP-CO, l'assemblée générale ne peut fixer un capital de base inférieur au capital-actions inscrit au registre du commerce que si les créanciers ont été invités à produire leurs créances conformément à l'art. 653k AP-CO (protection des créanciers dite anticipée, cf. Rapport, p. 88). Or, la situation de la société peut changer considérablement en cinq ans. L'on peut donc légitimement se demander si l'appel au créancier anticipé constitue véritablement un mécanisme efficace de protection compte tenu de la longue période de validité de la décision de l'assemblée générale, même si les sociétés concernées seront probablement peu nombreuses et suffisamment solides financièrement. A notre avis, il devrait appartenir au conseil d'administration, au moment où il exécute la réduction du capital-actions de la société, de faire procéder à l'appel aux créanciers, comme le prévoit l'art. 653k al. 1 AP-CO. C'est pourquoi il convient de modifier l'al. 3 et d'exiger du conseil d'administration qu'il effectue un nouvel appel aux créanciers si la décision de l'assemblée générale est ancienne. Il est possible à cet égard de s'inspirer de la LFus, qui prévoit par exemple qu'un bilan intermédiaire doit être dressé si le dernier bilan date de plus de six mois (art. 11 al. 1 et 35 al. 1 LFus, art. 58 al. 1 LFus)</p> <p><u>Proposition</u> : Le conseil d'administration ne peut procéder à une réduction du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation du capital que si l'exécution des créances ne s'en trouve pas compromise. Si la décision de l'assemblée générale date de plus de six mois, il effectue un nouvel appel aux créanciers. L'art. 653k s'applique par analogie.</p>
<p>Art. 661 1 Sauf disposition contraire des statuts, les parts de bénéfice et du produit de liquidation sont calculées en proportion de la participation au capital-actions.</p> <p>2 Les statuts peuvent prévoir que:</p> <p><i>1. les actionnaires dont les droits de vote sont exercés à l'assemblée générale perçoivent un dividende ou un remboursement des réserves issues du capital jusqu'à 20 % plus élevé; ou que</i></p> <p><i>2. les actionnaires dont les droits de vote ne sont pas exercés à</i></p>	<p>Le Rapport (p. 30) évoque la problématique des actions dispo à l'appui de l'introduction de l'art. 661 AP-CO, ainsi que ses conséquences, en particulier en matière de participation au processus décisionnel. Ce constat peut être combiné avec l'existence d'une tendance générale à une prise de conscience auprès des actionnaires, respectivement de certains actionnaires, de ce qu'ils sont en quelque sorte « propriétaires » de leur société et qu'ils doivent s'impliquer.</p> <p>Ceci étant, même s'il peut en effet être dans une certaine mesure souhaitable (1) d'éviter qu'un trop grand nombre d'actions dispo soit en circulation, et (2) d'inciter l'actionnaire à faire usage de son droit de participer activement aux assemblées générales, il paraît quelque peu excessif de punir l'actionnaire qui ne se fait pas enregistrer en tant que tel, respectivement ne profite par des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi et ne participe pas aux assemblées générales. Il convient de ne pas oublier que la société anonyme est une « société de capitaux », de laquelle tout caractère personnel est en principe exclu, à la différence de la Sàrl et des sociétés commerciales de personnes. Il ne faut pas perdre non plus de vue que deux catégories d'actionnaires coexistent : l'actionnaire investisseur, intéressé en premier lieu par le rendement de sa participation, et l'actionnaire entrepreneur, fondateur de la société, ou intéressé d'une autre manière par l'activité de la société : le dernier participera sans besoin d'incitatif, alors que le premier n'aura aucun souhait de participer, son investissement étant par ailleurs nécessaire au second. Finalement, quand bien même certaines assemblées générales présentent des enjeux capitaux, il faut</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p><i>l'assemblée générale perçoivent un dividende ou un remboursement des réserves issues du capital jusqu'à 20 % plus faible.</i></p>	<p>reconnaître que certaines se limitent à traiter des objets sans grands enjeux.</p> <p>Par conséquent, il convient de renoncer à offrir la possibilité de faire figurer dans les statuts une clause punitive, ni même une clause incitative, et de régler séparément et spécifiquement la problématique des actions dispo. En effet, la clause incitative qui prévoit que les actionnaires dont les droits de vote sont exercés à l'assemblée générale peuvent percevoir un dividende ou un remboursement des réserves issues du capital jusqu'à 20 % plus élevé est susceptible de constituer à l'évidence du point de vue des autres actionnaires n'exerçant pas leurs droits de vote une sanction : cas c'est avant tout en fonction d'un montant global que le dividende est distribué, lequel risque fort en pratique de ne pas être augmenté pour récompenser les actionnaires actifs. Ce sont donc les actionnaires qui ne participent pas dont le dividende sera réduit d'autant.</p>
<p>E. Restitution de prestations I. En général</p> <p>Art. 678</p> <p>1 Les actionnaires, les membres du conseil d'administration, les personnes qui s'occupent de la gestion et les membres du conseil consultatif ainsi que les personnes qui leur sont proches sont tenus de restituer les dividendes, les tantièmes, les autres parts de bénéfice, les rémunérations, les intérêts intercalaires, les réserves légales issues du capital ou du bénéfice et les autres remboursements qu'ils ont perçus indûment.</p> <p>2 Si la société a repris des biens de ces personnes ou si elle a conclu d'autres actes juridiques avec elles, celles-ci sont tenues de restituer tout ou partie de la contre-prestation reçue dans la mesure où cette dernière est en disproportion manifeste avec la valeur des biens ou avec la prestation reçue.</p> <p>3 L'obligation de restituer s'éteint si le bénéficiaire de la prestation prouve qu'il l'a reçue de bonne foi et qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition de l'indu.</p> <p>4 Le droit à la restitution appartient à la société et à l'actionnaire; celui-ci agit en paiement à la société.</p> <p>5 L'assemblée générale peut décider que la société intente l'action en restitution. Elle peut charger le conseil d'administration ou un représentant de conduire le procès.</p>	<p>Ad art. 678 al. 3 AP-CO : Cette disposition s'inspire assez largement de l'action révocatoire (art. 286 al. 2 LP), qui prévoit qu' « en cas de révocation d'un acte accompli en faveur d'une personne proche du débiteur, il incombe à cette personne d'établir qu'il n'y pas disproportion entre la prestation et la contre-prestation ». L'on rappellera que l'action révocatoire protège les créanciers. Le renversement du fardeau de la preuve dans l'hypothèse prévue par l'art. 678 al. 2 AP-CO est très différent, et s'exercerait en faveur des actionnaires, que l'on ne saurait considérer comme des parties « faibles », à l'instar des créanciers. Le renversement du fardeau de la preuve dans le contexte du droit des sociétés doit donc être purement et simplement biffé.</p> <p>Ad art. 678 al. 5 AP-CO : L'introduction de l'art. 678 al. 5 AP-CO doit être approuvée, puisqu'elle permet d'éviter que les actionnaires doivent agir à leurs frais.</p>
<p>II. Prescription</p> <p>Art. 678a</p> <p>1 Le droit à la restitution se prescrit par trois ans à compter du jour où la société ou l'actionnaire en a eu connaissance et, dans tous les cas, par dix ans à compter de la naissance de ce</p>	<p>Ad art. 678a al. 2 AP-CO. En soi, il convient d'approuver la prolongation de la prescription de l'action si la prétention résulte d'un acte punissable selon le droit pénal. La partie générale du Code des obligations est également concernée, raison pour laquelle il conviendrait de lier les deux objets (cf. Message du 29 novembre 2013 relatif à la modification du code des obligations (droit de la prescription), FF 2014 221.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>droit. Ce délai est suspendu:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial et son exécution ; 2. pendant la procédure d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société. <p>2 Si le fait qui donne lieu à la prétention résulte d'un acte punissable de la personne tenue à restitution, l'action se prescrit au plus tôt à l'échéance du délai de prescription de l'action pénale. Si la prescription de l'action pénale ne court plus parce qu'un jugement de première instance a été rendu, l'action civile se prescrit au plus tôt par trois ans à compter de la notification du jugement.</p>	
<p>II. Certificats intérimaires</p>	<p>(L'abréviation « art. » fait défaut).</p>
<p>Art. 692, al. 3 Abrogé</p>	<p>Ad art. 692 al. 3 CO : Comme relevé dans le cadre du commentaire de l'art. 653q AP-CO, l'annulation des actions comme mesure d'assainissement devrait conduire à la suppression du droit de souscription préférentiel dans le cadre d'une augmentation simultanée (accordéon) afin (1) d'éviter de recréer dans le droit de la société anonyme des actions fantômes et (2) de faciliter l'entrée au capital de créanciers acceptant de convertir leurs créances en capital-actions et/ou d'un chevalier blanc (<i>white knight</i>) – et <i>in fine</i> faciliter l'assainissement des sociétés.</p> <p>Dans le même ordre d'idée, il convient de saluer l'abrogation de l'al. 3, qui protège mieux les intérêts des parties en présence et facilitera l'assainissement des sociétés.</p>
<p>Art. 693, al. 2, première phrase, et 3, ch. 3 et 5 2 Dans ce cas, des actions de valeur nominale inférieure à d'autres actions de la société ne peuvent être émises que comme actions nominatives. ...</p> <p>3 La détermination du droit de vote proportionnellement au nombre d'actions ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de:</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. décider d'instituer un examen spécial; 4. ne concerne que le texte allemand; 5. décider l'ouverture d'une action en restitution de prestations. 	<p>L'ajout d'un nouveau chiffre 5 (action en restitution de prestations) comme motif justificatif de la suppression de la prise en compte du privilège lié au droit de vote de certains actionnaires est en parfaite cohésion avec les autres cas déjà prévus et doit être approuvé. Il faut en effet éviter que des actionnaires détenteurs d'actions à droit de vote privilégié n'abusent de leur position pour empêcher l'exercice d'une action en restitution de prestations alors qu'ils seraient par hypothèse visés.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>2. Renseignements</p> <p>Art. 697, titre marginal, al. 2 à 4 2 Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, l'actionnaire peut en outre demander par écrit des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société. Le conseil d'administration répond aux demandes de renseignements des actionnaires au moins deux fois par année. Toutes les réponses sont mises à disposition pour consultation lors de l'assemblée générale suivante ou sont immédiatement communiquées aux actionnaires.</p> <p>3 Les renseignements doivent être fournis dans la mesure où ils sont nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire et ne compromettent pas le secret des affaires ni d'autres intérêts prépondérants de la société. Tout refus de fournir les renseignements demandés doit être motivé par écrit.</p> <p>4 Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, le conseil d'administration informe les actionnaires, lors de l'assemblée générale pendant laquelle les comptes annuels doivent être approuvés, sur les indemnités, prêts et crédits visés aux art. 734a à 734c.</p>	<p>L'asymétrie de l'information qui existe entre le conseil d'administration et les actionnaires est une problématique fréquemment rencontrée, particulièrement dans les grandes sociétés et les sociétés cotées. C'est pour atténuer cette asymétrie que la modification de l'art. 697 al. 2 AP-CO et l'introduction d'un droit au renseignement bisannuel sur demande sont proposées. L'on est cependant en droit de se demander s'il s'agit d'une mesure réellement opportune, et nécessaire, en particulier pour les PME. Des renseignements peuvent en effet toujours être demandés lors de l'assemblée générale. La mise en place d'un système de traitement bisannuel des demandes d'informations risque de requérir une implication accrue du conseil d'administration juste pour cette tâche, au détriment des autres activités nécessaires de gestion et d'administration. A notre avis, l'alinéa 2 AP-CO va trop loin et ne devrait pas s'appliquer pour les PME (selon le critère retenu par l'art 727 al. 1 ch. 2 CO).</p> <p>Si la modification de l'art. 697 al. 2 AP-CO devait être majoritairement approuvée, il conviendrait alors de conserver la modification de l'art. 697 al. 3 AP-CO, qui exige que les motifs justifiant la restriction ou le refus du droit au renseignement qu'un actionnaire fait valoir soient communiqués par écrit. En effet, la décision du conseil d'administration peut donner lieu à un contentieux judiciaire dans lequel le refus motivé servira de moyen de preuve ; la motivation permettra à l'actionnaire et au conseil d'administration de déterminer <i>ex ante</i> la valeur de leur argumentation et leurs chances de succès en cas de litige.</p> <p>Finalement, il est judicieux d'octroyer également aux actionnaires des sociétés non cotées un droit à l'information spontanée ciblé sur les indemnités, prêts et crédits versés au conseil d'administration, à la direction et au conseil consultatif, ainsi qu'aux proches (art. 734a, 734b et 734b AP-CO), et d'assurer une certaine transparence dans les sociétés non cotées aussi. Car ce qui est valable pour les sociétés cotées en matière de manque de transparence l'est autant, voire parfois d'avantage encore, dans les sociétés anonymes privées.</p>
<p>3. Consultation</p> <p>Art. 697a 1 Les livres et les dossiers peuvent être consultés par tout actionnaire si l'assemblée générale ou le conseil d'administration en a décidé ainsi.</p> <p>2 Le droit de consultation doit être accordé dans la mesure où il est nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire et ne compromet pas le secret des affaires ni d'autres intérêts prépondérants de la société. Le conseil d'administration doit motiver par écrit tout refus d'accorder le droit de consultation.</p>	<p>Ad art. 697a al. 1 et 2 AP-CO : La disposition proposée donne à l'actionnaire un droit à la consultation des livres et dossiers, ce qui va dans le sens d'une protection des droits des actionnaires, respectivement des actionnaires minoritaires. Il faut approuver l'ajout d'une condition à l'exercice de ce droit, à savoir que la consultation des livres et dossiers doit être nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire et ne compromet pas le secret des affaires ni d'autres intérêts prépondérants de la société</p> <p>Ad art. 697a al. 2 AP-CO, dernière phrase : La formulation du texte de loi ne permet pas de comprendre si le conseil d'administration doit toujours motiver un refus (de l'assemblée générale et du conseil d'administration), ou seulement son refus (du conseil d'administration). Il serait un peu paradoxal d'exiger potentiellement du conseil d'administration la motivation d'un refus d'un autre organe, à savoir l'assemblée générale.</p>
<p>4. Refus de la demande de renseignements ou de consultation</p> <p>Art. 697b Si les renseignements ou la consultation ont été refusés indûment, l'actionnaire peut demander au tribunal d'ordonner à la société de fournir les renseignements ou d'accorder le droit de consultation.</p>	<p>L'absence de tout délai de recours contre une décision de l'assemblée générale ou de la société refusant de donner suite à une demande de renseignement ou de consultation est problématique du point de vue de la prévisibilité du droit. L'actionnaire est en effet actuellement censé agir dans un « délai raisonnable », notion juridique indéterminée. Il serait à notre avis adéquat de fixer à l'actionnaire un délai de recours similaire à celui prévu en matière de contestation d'une décision d'une assemblée générale, soit deux mois.</p> <p>Par ailleurs, et dès lors que la contestation d'une décision refusant de fournir des renseignements est soumise à la procédure sommaire (art. 250 let c, ch. 7 CPC), il convient de remplacer le terme « demander » par « requérir ».</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>V. Droit à l'institution d'un examen spécial</p> <p>1. Avec l'accord de l'assemblée générale</p>	<p><u>Proposition</u> : Si les renseignements ou la consultation ont été refusés indûment, l'actionnaire peut requérir du tribunal qu'il ordonne à la société de fournir les renseignements ou d'accorder le droit de consultation. L'action s'éteint si elle n'est pas exercée au plus tard dans les deux mois qui suivent la communication du refus.</p> <p>Ad art. 697c al. 2 AP-OC : Dès lors que la procédure de désignation d'un expert en charge du contrôle spécial est soumise à la procédure sommaire (art. 250 let c, ch. 8 CPC), il convient de remplacer le terme « demander » par « requérir ».</p> <p><u>Proposition</u> : Si l'assemblée générale donne suite à la proposition, la société ou tout actionnaire peut, dans un délai de 30 jours, requérir du tribunal qu'il désigne des experts pour mener à bien l'examen spécial.</p>
<p>2. En cas de refus de l'assemblée générale</p> <p>Art. 697d</p> <p>1 Si l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition, des actionnaires peuvent, dans un délai de trois mois, demander au tribunal d'ordonner un examen spécial s'ils détiennent, séparément ou ensemble, au moins une des participations suivantes:</p> <p><i>1. dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse : 3 % du capital-actions ou des voix;</i></p> <p><i>2. dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse : 10 % du capital-actions ou des voix.</i></p> <p>2 La requête demandant l'institution d'un examen spécial peut porter sur toute question qui a fait l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation ou qui a été soulevée durant les débats de l'assemblée générale concernant la proposition d'institution d'un examen spécial, dans la mesure où la réponse est nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire.</p> <p>3 Le tribunal ordonne un examen spécial lorsque les requérants rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont enfreint les dispositions de la loi ou des statuts et que cette violation est de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires.</p>	<p>Ad art. 697d al. 1 AP-OC : Dès lors que la procédure de désignation d'un expert en charge du contrôle spécial est soumise à la procédure sommaire (art. 250 let c, ch. 8 CPC), il convient de remplacer le terme « demander » par « requérir ».</p> <p><u>Proposition</u> : Si l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition, des actionnaires peuvent, dans un délai de trois mois, requérir du tribunal qu'il ordonne un examen spécial s'ils détiennent, séparément ou ensemble, au moins une des participations suivantes...</p> <p>Pour le surplus, il est souhaitable de rendre le plus accessible possible cet outil de protection des actionnaires minoritaires, raison pour laquelle il convient d'approuver la fixation d'un seuil accessible dans les sociétés cotées en bourse. Il n'est pas certain que l'abandon du critère de la détention d'actions pour une valeur nominale minimale permette réellement de poursuivre cet objectif, raison pour laquelle il est proposé de maintenir ce seuil dans le nouveau droit.</p> <p><u>Proposition</u> : 2. dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse : 10 % du capital-actions ou des voix ou des actions d'une valeur nominale de 2 millions de francs.</p> <p>Ad art. 697d al. 3 AP-CO : En l'état actuel du droit, les requérants doivent rendre « vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires ». La modification proposée supprime l'exigence de la vraisemblance portant sur le préjudice causé à la société ou aux actionnaires, et exige désormais seulement que les requérants rendent vraisemblable que la violation de la loi ou des statuts est « de nature à porter préjudice à la sociétés ou aux actionnaires ». Cette proposition doit être approuvée. En effet, il est actuellement très difficile pour des actionnaires requérants d'apporter la preuve de la vraisemblance d'un préjudice. Bien souvent, les actionnaires requérants suspectent une violation de la loi ou des statuts, et suspectent qu'elles ont causé préjudice à la société, sans pour autant posséder de preuves à cet égard, y compris au stade de la vraisemblance. Désormais, seule la vraisemblance d'un lien de causalité entre la violation de la loi ou des statuts et un potentiel préjudice causé à la sociétés ou aux actionnaires devrait être apportée.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>7. Coûts de l'examen spécial</p> <p>Art. 697i Les coûts de l'examen spécial sont à la charge de la société. Celle-ci est tenue de procéder aux éventuelles avances de frais.</p>	<p>Afin de poursuivre efficacement l'objectif d'accessibilité de l'examen spécial, il est opportun de prévoir désormais que tous les coûts de l'examen spécial sont à la charge de la société et que cette dernière est tenue de procéder au paiement des éventuelles avances de frais. La formulation devrait par ailleurs être modifiée.</p> <p>Proposition : ... Celle-ci est tenue de procéder au paiement des éventuelles avances de frais.</p>
<p>VI. Droit d'intenter une action aux frais de la société</p> <p>1. Avec l'accord de l'assemblée générale</p> <p>Art. 697j 1 Des actionnaires qui ont le droit d'intenter une action en paiement à la société peuvent proposer à l'assemblée générale d'intenter une telle action aux frais de la société s'ils détiennent, séparément ou ensemble, au moins une des participations suivantes:</p> <p><i>1. dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse : 3 % du capital-actions ou des voix;</i></p> <p><i>2. dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse : 10 % du capital-actions ou des voix.</i></p> <p>2 Si l'assemblée générale donne suite à la proposition, elle confie la conduite du procès au conseil d'administration ou désigne un représentant de la société.</p> <p>3 Si l'action n'est pas introduite dans un délai de six mois, chaque actionnaire peut requérir l'autorisation d'intenter une action aux frais de la société.</p>	<p>La formulation de l'art. 697j al. 1 AP-CO n'est pas très claire.</p> <p>Proposition : Des actionnaires peuvent proposer à l'assemblée générale d'intenter une action en paiement en faveur de la société aux frais de celle-ci s'ils détiennent, séparément ou ensemble, au moins une des participations suivantes: ...</p> <p>Concernant les seuils et l'abandon de la détention d'actions d'une valeur nominale déterminée, cf. commentaire de l'art. 697d AP-CO.</p>
<p>2. En cas de refus de l'assemblée générale</p> <p>Art. 697k 1 Si l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition, des actionnaires disposant, séparément ou ensemble, d'au moins une des participations prévues à l'art. 697j peuvent, dans un délai de trois mois, requérir du tribunal l'autorisation d'intenter une action en paiement à la société aux frais de celle-ci.</p> <p>2 Le tribunal admet la requête lorsque:</p> <p><i>a. les requérants rendent vraisemblable une violation de la loi ou des statuts ainsi qu'un dommage ou un préjudice financier causé à la société;</i></p> <p><i>b. les requérants ont acquis leur participation avant d'avoir eu connaissance de la violation de la loi ou des</i></p>	<p>Cf. commentaire de l'art. 697 concernant la formulation.</p> <p><u>Proposition</u> : ... d'intenter une action en paiement en faveur de la société aux frais de celle-ci.</p> <p>Par ailleurs, la formulation de la l'art. 697k al. 2 let. a doit être améliorée : les requérants rendent vraisemblable une violation de la loi ou des statuts ainsi qu'un dommage qui leur a été causé ou un préjudice financier causé à la société.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p><i>statuts invoquée; et</i> <i>c. l'action ne porte pas préjudice à des intérêts prépondérants de la société.</i></p> <p>3 Si la société déclare vouloir intenter l'action, le tribunal lui impartit un délai de six mois pour le faire, faute de quoi il admettra la requête.</p> <p>4 Si le tribunal admet la requête, les requérants disposent d'un délai de six mois pour intenter l'action.</p> <p>5 Le délai fixé aux al. 3 et 4 pour introduire l'action peut être prolongé de façon appropriée par le tribunal.</p> <p>6 Sur demande des requérants, le tribunal peut exiger que la société leur verse une provision ou leur fournisse des sûretés pour financer la préparation et la conduite de la procédure au fond.</p> <p>7 La société supporte l'ensemble des frais de la procédure au fond, y compris la fourniture d'avances et de sûretés, ainsi que les frais d'une représentation légale adéquate des requérants, sauf en cas de mauvaise foi ou de comportement téméraire.</p>	
<p>VII. Tribunal arbitral</p> <p>Art. 697I 1 Les statuts peuvent prévoir que les litiges relevant du droit des sociétés seront tranchés par un tribunal arbitral. Ils peuvent prévoir que l'ensemble des actionnaires, la société et les organes sont liés par la clause d'arbitrage.</p> <p>2 La procédure arbitrale est régie par les dispositions de la 3ème partie du code de procédure civile. Dans le cadre de ces dispositions, les statuts peuvent régler les modalités de la procédure arbitrale.</p> <p>3 Si une décision arbitrale développe des effets à l'égard de la société et de l'ensemble des actionnaires, le conseil d'administration informe les actionnaires de l'introduction de la procédure arbitrale en les rendant attentifs à leurs droits dans la procédure.</p>	<p>La validité des clauses compromissoires fait débat en doctrine. Certains auteurs, interprétant de manière discutable l'art. 680 al. 1 CO comme interdisant d'imposer toute obligation supplémentaire à l'actionnaire, qu'elles soient financières ou non financières, y voient un motif interdisant l'insertion dans les statuts de clauses compromissoires. Or, leurs avantages sont nombreux : discrétion, rapidité, compétences spécifiques des arbitres en sont quelques exemples.</p> <p>L'art. 697I al. 1 AP-CO résout à satisfaction la problématique en reconnaissant expressément la validité de clauses d'arbitrage statutaires, ce qu'il convient d'approuver.</p> <p>Ad art. 697I al. 3 AP-CO : L'on notera que l'information (censée être communiquée par le conseil d'administration) est susceptible d'être difficile à communiquer dans l'hypothèse où les actions émises sont au porteur. La formulation de l'alinéa 3 doit par ailleurs être revue ; la formulation laisse supposer que la décision arbitrale a déjà été rendue, alors que ce n'est pas le cas.</p> <p><u>Proposition</u> : Si une décision arbitrale est susceptible de déployer des effets à l'égard de la société et de l'ensemble des actionnaires, le conseil d'administration informe les actionnaires de l'introduction de la procédure arbitrale en les rendant attentifs à leurs droits dans la procédure.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>II. Convocation et déroulement de l'assemblée générale 1. Mode de convocation</p> <p>Art. 699</p> <p>1 L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration et, au besoin, par les réviseurs. Les liquidateurs et les représentants des obligataires ont également le droit de la convoquer.</p> <p>2 L'assemblée générale ordinaire a lieu chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice.</p> <p>3 Des actionnaires peuvent requérir la convocation de l'assemblée générale s'ils détiennent, séparément ou ensemble, au moins une des participations suivantes:</p> <p><i>1. dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse : 3 % du capital-actions ou des voix;</i></p> <p><i>2. dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse : 10 % du capital-actions ou des voix.</i></p> <p>4 La convocation d'une assemblée générale doit être requise par écrit. Les objets de l'ordre du jour et les propositions doivent être mentionnés dans la requête.</p> <p>5 Si le conseil d'administration ne donne pas suite à la requête dans les 60 jours, les requérants peuvent demander au tribunal d'ordonner la convocation de l'assemblée générale.</p>	<p>Ad art. 699 al. 3 AP-CO : Concernant les seuils et l'abandon de la détention d'actions d'une valeur nominale déterminée, cf. commentaire de l'art. 697d AP-CO.</p> <p>Ad art. 699 al. 5 AP-CO : Dès lors que la convocation d'une assemblée générale par un tribunal est soumise à la procédure sommaire (art. 250, let. c, ch. 9 CPC), la terminologie doit être adaptée.</p> <p><u>Proposition</u> : Si le conseil d'administration ne donne pas suite à la requête dans les 60 jours, les requérants peuvent requérir du tribunal qu'il ordonne la convocation de l'assemblée générale.</p>
<p>2. Droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et droit de proposition</p> <p>Art. 699a</p> <p>1 Des actionnaires peuvent requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour s'ils détiennent, séparément ou ensemble, au moins une des participations suivantes:</p> <p><i>1. dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse : 0,25 % du capital-actions ou des voix;</i></p> <p><i>2. dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse : 2,5 % du capital-actions ou des voix.</i></p> <p>2 Aux mêmes conditions, les actionnaires peuvent requérir l'inscription dans la convocation à l'assemblée générale de</p>	<p>L'abaissement des seuils permettant de requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour doit être approuvée et s'inscrit parfaitement dans l'objectif de donner plus de pouvoir aux actionnaires minoritaires. Il convient toutefois de ne pas abaisser excessivement les seuils en question. L'on peut à cet égard se demander si le seuil de 2.5% est adéquat (i.e. n'est pas trop bas) pour les sociétés non cotées en bourse, et pourquoi ce chiffre a été choisi, alors que les autres seuils présents dans la loi sont différents.</p> <p>Ad art. 699a al. 5 AP-CO : dès lors que l'inscription d'un objet à l'ordre du jour par un tribunal est soumise à la procédure sommaire (art. 250, let. c, ch. 9 CPC), la terminologie doit être adaptée.</p> <p><u>Proposition</u> : Si le conseil d'administration ne donne pas suite à la requête, les requérants peuvent requérir du tribunal qu'il ordonne l'inscription de l'objet à l'ordre du jour ou de la proposition dans la convocation à l'assemblée générale.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>propositions concernant les objets inscrits à l'ordre du jour.</p> <p>3 Les actionnaires peuvent adjoindre une motivation succincte à leur demande d'inscription d'un objet à l'ordre du jour ou d'une proposition. Cette motivation doit être retranscrite dans la convocation à l'assemblée générale.</p> <p>4 Les statuts déterminent jusqu'à quel moment les requêtes au sens des al. 1 et 2 doivent être remises.</p> <p>5 Si le conseil d'administration ne donne pas suite à la requête, les requérants peuvent demander au tribunal d'ordonner l'inscription de l'objet à l'ordre du jour ou de la proposition dans la convocation à l'assemblée générale.</p> <p>6 Lors de l'assemblée générale, tout actionnaire peut formuler des propositions concernant les objets portés à l'ordre du jour.</p>	
<p>3. Forme, contenu et communication</p> <p>Art. 700</p> <p>1 L'assemblée générale ordinaire est convoquée 30 jours au moins et l'assemblée générale extraordinaire 20 jours au moins avant la date à laquelle elle doit avoir lieu.</p> <p>2 Sont mentionnés dans la convocation:</p> <p><i>1. les objets portés à l'ordre du jour;</i></p> <p><i>2. les propositions du conseil d'administration et, pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, une motivation succincte;</i></p> <p><i>3. le cas échéant, les propositions des actionnaires, accompagnées d'une motivation succincte;</i></p> <p><i>4. pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, le nom et l'adresse du représentant indépendant ainsi que le pourcentage du capital-actions constitué d'actions nominatives dont le propriétaire n'est pas inscrit au registre des actions.</i></p>	<p>Ad art. 700 al. 1 AP-CO : La prolongation du délai de convocation pour l'assemblée générale, de 20 jours à 30 jours, est favorable aux actionnaires et n'est en soi pas problématique. Toutefois, le délai actuel ne semble pas constituer un problème majeur si bien que l'on peut se demander s'il est vraiment opportun de procéder à cette modification. Si ce délai devait être prolongé, alors il paraît opportun de prévoir un délai plus court pour la convocation des assemblées extraordinaires, afin de répondre à une éventuelle situation d'urgence. L'on peut à cet égard se demander s'il ne conviendrait pas de raccourcir encore le délai pour l'assemblée générale convoquée par le conseil d'administration en cas de perte de capital, par exemple à 10 jours (cf. art. 725 al. 4 AP-CO).</p> <p>Ad art. 700 al. 3 AP-CO : Il est effectivement souhaitable que l'ordre du jour soit précis, et par exemple ne mélange pas des objets sans lien les uns avec les autres, ou au contraire traite sous plusieurs points distincts un seul et même objet. Il paraît donc justifié d'exiger un degré élevé de précision.</p> <p>L'on peut toutefois se demander si l'utilisation du terme « unité de la matière », utilisé dans le contexte des exigences de forme des initiatives populaire, est opportun. L'art. 75 LDP précise en effet que l'unité de la matière est respectée lorsqu'il existe un rapport intrinsèque entre les différentes parties d'une initiative. Rapporté à l'ordre du jour d'une assemblée générale, l'application du principe précité aurait pour effet d'imposer que les divers objets de l'ordre du jour devraient avoir, entre eux, un rapport intrinsèque. L'on devrait donc utiliser une autre terminologie.</p> <p>Par ailleurs, il conviendrait d'apporter quelques précisions s'agissant des renseignements à fournir.</p> <p>Finalement, il faut relever qu'à ce stade, les renseignements sont fournis à tous les actionnaires (et non à l'assemblée générale, qui est seulement convoquée et n'est pas encore tenue).</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>3 Le conseil d'administration veille à ce que les objets inscrits à l'ordre du jour respectent l'unité de la matière et fournit à l'assemblée générale les renseignements pertinents pour la prise de décisions.</p> <p>4 Le conseil d'administration peut faire une présentation succincte des objets portés à l'ordre du jour dans la convocation pour autant qu'il mette des informations plus détaillées à la disposition des actionnaires sous forme électronique.</p> <p>5 Les statuts fixent les autres modalités relatives à la forme, au contenu et à la communication de la convocation.</p>	<p>Ad art. 700 al. 4 AP-CO : L'on déduit de l'al. 4 AP-CO que le conseil d'administration est censé effectuer une présentation détaillée des objets portés à l'ordre du jour puisque seule une présentation succincte est admise si des informations détaillées sont mises à disposition des actionnaires sous forme électronique. La formulation de l'al. 3 devrait être revue dans le sens de ce qui précède.</p> <p><u>Proposition</u> : Le conseil d'administration veille à ce que chaque objet inscrit à l'ordre du jour ne traite qu'un seul sujet et tous ses aspects présentant un lien étroit les uns avec les autres. Il fournit aux actionnaires des renseignements détaillés pertinents pour la prise de décisions.</p>
<p>b. Assemblée générale virtuelle</p> <p>Art. 701d</p> <p>1 L'assemblée générale peut se tenir exclusivement sous forme électronique et sans lieu de réunion physique (assemblée générale virtuelle) si les statuts le prévoient et qu'un représentant indépendant est désigné.</p> <p>2 Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, il est possible de renoncer à désigner un représentant indépendant si l'ensemble des actionnaires y consent.</p>	<p>L'utilisation de moyens électroniques pour toutes les sociétés, cotées et non cotées, constitue à l'évidence un progrès majeur, à saluer. Cependant, le Rapport est quelque peu optimiste lorsqu'ils précise que « il n'existe aucune raison de fond pour qu'une assemblée générale virtuelle soit inadmissible même pour les décisions requérant la forme authentique. En effet, il est d'ores et déjà considéré que les votes par correspondance et les décisions par voie de circulation peuvent être constatés par acte authentique » (p. 120).</p> <p>Les lois cantonales sur le notariat contiennent des règles rendant difficile une instrumentation dans le cadre d'une assemblée virtuelle : exemple : « Le notaire ne peut attester que les faits qu'il a personnellement constatés » (art. 54 loi neuchâteloise sur le notariat), « Le notaire instrumentant est tenu d'assister à l'assemblée » (art. 72a loi neuchâteloise sur le notariat). Si l'assemblée se tient sur plusieurs sites, le notaire ne peut pas « assister » à l'assemblée générale, ni « constater » les faits qui se déroulent dans des lieux où il n'est pas.</p> <p>Concrètement, il existe un risque que certains officiers publics refusent d'instrumenter pour ne pas risquer de faire l'objet d'une procédure disciplinaire ou de voir leur acte être déclaré nul. Il convient donc de très retravailler l'avant-projet à cet égard.</p>
<p>7. Forum électronique</p> <p>Art. 701g</p> <p>1 Le conseil d'administration des sociétés dont les actions sont cotées en bourse veille à mettre à la disposition des actionnaires un forum électronique dès la convocation de l'assemblée générale et jusqu'à deux jours avant sa tenue.</p> <p>2 Le forum électronique permet en particulier aux actionnaires de discuter les objets portés à l'ordre du jour et les propositions.</p> <p>3 Le conseil d'administration peut participer à la discussion et reprendre les thèmes qui y sont abordés lors de l'assemblée générale.</p> <p>4 Seules les personnes qui divulguent leur identité peuvent participer à la discussion.</p>	<p>L'instauration d'un forum de discussion par la société cotée doit être rejetée car sans grand intérêt. Autant un forum peut-il être utile pour partager des connaissances ou des critiques, autant l'on peut douter que des discussions sérieuses concernant une société cotée puissent être tenues de cette manière.</p> <p>Ad art. 701g al. 4 AP-CO : Cette disposition est imprécise et devrait définir la notion de divulgation d'identité, et les vérifications qui les accompagnent.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>5 Le conseil d'administration fixe les règles concernant le forum électronique, notamment celles destinées à garantir son fonctionnement ainsi que l'objectivité du débat. Ces règles sont accessibles aux actionnaires dans le forum électronique.</p>	
<p>IV. Droit des membres du conseil d'administration et de la direction de s'exprimer</p> <p>Art. 702a Les membres du conseil d'administration et de la direction qui participent à l'assemblée générale ont le droit de s'exprimer sur les objets portés à l'ordre du jour et de faire des propositions.</p>	<p>Selon l'art. 691 al. 2bis AP-CO, les membres du conseil d'administration et de la direction ne sont pas considérés comme des participants sans droit. Contrairement à ce qu'indique le Rapport (p. 123), la formulation proposée ne permet pas de comprendre si les membres du conseil d'administration et de la direction ont le droit d'être présents (de « participer »), préalable nécessaire au droit de s'exprimer.</p> <p>La doctrine qui se prononce sur la formulation actuelle de la loi interprète l'actuel art. 702a al. 1 CO comme ne conférant qu'un « (<i>rein passives</i>) Anwesenheitsrecht » (Dubs/Truffer, BSK OR-II, 4^{ème} édition, n° 3 ad art. 702a CO).</p> <p><u>Proposition</u> : Les membres du conseil d'administration et de la direction ont le droit d'être présents à l'assemblée générale. Ils ont le droit de s'exprimer sur les objets portés à l'ordre du jour et de faire des propositions.</p>
<p>V. Décisions et élections</p> <p>1. En général</p> <p>Art. 703 1 Aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été dûment portés à l'ordre du jour, sauf sur les propositions de convocation d'une assemblée générale extraordinaire, d'institution d'un examen spécial, d'introduction d'une action aux frais de la société et de désignation d'un organe de révision.</p> <p>2 Si la loi ou les statuts n'en disposent pas autrement, l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité des voix exprimées.</p> <p>3 Les abstentions ne sont pas considérées comme des voix exprimées.</p>	<p>Ad art 703 al. 3 AP-CO : Actuellement, les abstentions et les votes non valables comptent comme des voix négatives (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^{ème} édition, §12 n° 356) ; ce principe, discutable, tient à la formulation de la loi (« actions représentées »). La nouvelle formulation proposée de l'al. 3 AP-CO met un terme à cette problématique en prévoyant à juste titre que les abstentions ne sont pas considérées comme des voix exprimées, et donc ne comptent plus comme voix négatives.</p>
<p>3. Durée des fonctions</p> <p>Art. 710 1 La durée des fonctions des membres du conseil d'administration d'une société dont les actions sont cotées en bourse s'achève au plus tard à la fin de l'assemblée générale ordinaire suivante.</p> <p>2 Lorsque les actions de la société ne sont pas cotées en bourse, la durée des fonctions est de quatre ans, à condition que les statuts ne prévoient pas une durée plus courte.</p>	<p>Ad art. 710 al. 2 AP-CO : « une une »</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>3 Chaque membre est élu individuellement. La réélection est possible.</p>	
<p>Art. 713, al. 2 2 Les décisions du conseil d'administration peuvent prendre la forme d'une approbation donnée par écrit à une proposition ou être prises lors d'une séance tenue sous une forme électronique et sans lieu de réunion physique, à moins qu'un membre du conseil d'administration ne s'y oppose.</p>	<p>Ad art. 713 al. 2 AP-CO : L'introduction dans la loi de la possibilité offerte au conseil d'administration de délibérer et prendre une décision lors d'une séance tenue sous une forme électronique et sans lieu de réunion physique doit être approuvée. Elle est dans l'intérêt d'une gestion et d'une administration efficace de la société.</p>
<p>Art. 716a, titre marginal et al. 1, ch. 3, 7 et 8 1 Le conseil d'administration a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes:</p> <p><i>3. fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier;</i></p> <p><i>7. déposer la demande de sursis concordataire et aviser le tribunal en cas de surendettement;</i></p> <p><i>8. lorsque les actions de la société sont cotées en bourse, établir le rapport de rémunération.</i></p>	<p>Ad art. 716a al. 1 ch. 3 AP-CO : L'introduction de l'obligation généralisée pour un conseil d'administration d'établir un plan financier est justifiée, même si la doctrine est partagée à cet égard (cf. par exemple Peter/Cavadini, CR CO-II, n° 28 ad art. 716a CO ; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^{ème} édition, §13 n° 353). Car une planification financière est autant nécessaire à une petite société anonyme, voire une société anonyme unipersonnelle, qu'à une PME ou une société anonyme dont les actions sont cotées en bourse. Elle l'est d'autant plus au regard des art. 725 ss AP-CO.</p> <p>La notion de plan financier est cependant inconnue du droit suisse et varie d'un ordre juridique à l'autre. Aussi pourrait-il être souhaitable, particulièrement à l'attention des administrateurs de petites sociétés, de préciser ce que recouvre cette notion. Il est généralement reconnu qu'un plan financier comprend au moins les volets suivants, pour les trois à cinq prochains exercices : le compte de résultat prévisionnel, le bilan prévisionnel, le plan de trésorerie prévisionnel et cas échéant le plan d'investissement.</p> <p>Ad art. 716a al. 1 ch. 7 AP-CO : il semble plus logique de faire figurer l'avis de surendettement avant le dépôt de la requête. En effet, c'est la découverte du surendettement qui déclenche l'avis au juge, qui lui-même déclenche éventuellement le dépôt d'une requête de sursis.</p> <p>Dès lors que la procédure concordataire est soumise à la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC), il convient de remplacer le terme « demande » par « requête ». Le sursis devrait être renommé, en ce sens que le terme « concordataire » devrait être éliminé, dès lors que le sursis est un outil permettant tant de préparer un concordat qu'un assainissement (cf. infra, commentaires des art. 725 ss AP-CO).</p> <p>Proposition : <i>7. aviser le tribunal en cas de surendettement et déposer la requête de sursis.</i></p>
<p>IV. Délégation de la gestion</p> <p>Art. 716b 1 Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres ou à d'autres personnes physiques conformément au règlement d'organisation. La gestion de fortune peut également être déléguée à une personne morale.</p> <p>2 Le règlement d'organisation fixe en particulier:</p> <p><i>1. l'organisation interne et les comités du conseil d'administration;</i></p>	

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>2. <i>l'organisation de la gestion, la dénomination des postes de gestion et les tâches attachées à ces postes;</i></p> <p>3. <i>les règles relatives à l'obligation de faire rapport;</i></p> <p>4. <i>les règles applicables en cas de conflits d'intérêts.</i></p> <p>3 Ne concerne que le texte allemand</p> <p>4 Le conseil d'administration informe par écrit les actionnaires qui en font la demande et, s'ils rendent vraisemblable l'existence d'un intérêt digne de protection, les créanciers de la société, sur l'organisation du conseil d'administration et sur la gestion dans la mesure où celle-ci doit impérativement être décrite dans le règlement d'organisation.</p>	
<p>V. Devoirs de diligence et de fidélité</p> <p>1. En général</p>	<p>Art. 717, titre marginal et al. 1bis</p> <p>1bis Ils doivent veiller en particulier à fixer les indemnités en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme ainsi qu'en adéquation avec les tâches, les prestations et la responsabilité du bénéficiaire.</p> <p>Même si la problématique du versement d'indemnités aux cadres est très actuelle, l'on peut se demander si l'introduction de l'art. 717 al. 1 bis AP-CO est réellement opportune. Car l'obligation qu'il contient n'est pas nouvelle : elle découle à l'évidence du devoir général de diligence et de fidélité.</p> <p>L'introduction de l'art. 717 al. 1bis AP-CO pose en réalité la question suivante : est-il nécessaire, respectivement opportun, de faire figurer dans la loi une liste, nécessairement exemplative, des agissements des membres du conseil d'administration conformes à leur obligation de diligence et de fidélité ?</p>
<p>2. Conflits d'intérêts</p>	<p>Art. 717a</p> <p>1 Les membres du conseil d'administration qui se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts en informent le président du conseil d'administration sans retard et de manière complète. Le président informe au besoin le conseil d'administration.</p> <p>2 Si le président se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, il en informe les autres membres du conseil d'administration ou le vice-président. Ce dernier informe au besoin le conseil d'administration.</p> <p>3 Le conseil d'administration, le président ou le vice-président adopte les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société. La personne concernée doit se récuser lors de la décision relative à ces</p> <p>Cf. commentaire de l'art. 717 al. 1bis AP-CO.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>mesures.</p>	
<p>VIII. Menace d'insolvabilité, perte de capital et surendettement 1. Menace d'insolvabilité</p> <p>Art. 725 1 S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société deviendra insolvable dans les douze mois à venir, le conseil d'administration établit un plan de trésorerie et procède à une évaluation globale de la situation économique de l'entreprise. 2 Le plan de trésorerie dresse un inventaire actualisé des liquidités et contient une liste des versements et des paiements attendus au cours des douze mois à venir. Il peut tenir compte des mesures d'assainissement relevant de la compétence du conseil d'administration que ce dernier prévoit de prendre. 3 S'il résulte du plan de trésorerie qu'il n'existe aucune menace d'insolvabilité, le conseil d'administration le soumet à un réviseur agréé; celui-ci vérifie que le plan de trésorerie est plausible et établit un rapport à l'intention du conseil d'administration. 4 S'il résulte du plan de trésorerie qu'il existe une menace d'insolvabilité ou si le réviseur agréé ne confirme pas la plausibilité du plan de trésorerie, le conseil d'administration convoque une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement. 5 Le conseil d'administration et le réviseur agréé agissent avec célérité. 6 Les obligations visées aux al. 1 à 4 ne s'appliquent plus lorsque le conseil d'administration dépose une demande de sursis concordataire ou qu'un avis de surendettement est transmis au tribunal.</p>	<p>Ad art. 725 al. 1 AP-CO : La modernisation des art. 725 ss AP-CO doit être saluée et approuvée. Le droit actuel est en effet bien trop sommaire et ne répond pas aux besoins des sociétés commerciales subissant des difficultés financières, ni au besoin de protection des créanciers. En particulier, la notion d'insolvabilité manque clairement dans le droit actuel. Or, l'insolvabilité a des conséquences directe et immédiate sur les droits des créanciers. Cette notion est donc tout aussi importante que celle de perte de capital et de surendettement. Il est donc souhaitable de la faire figurer aux côtés de la perte de capital et du surendettement en tant que motif imposant au conseil d'administration d'agir.</p> <p>Plus généralement, l'on devrait réfléchir à imposer aux sociétés commerciales de personnes (art. 552-619 CO) les mêmes obligations en lien avec leur potentielle insolvabilité. Le droit suisse connaîtrait ainsi une réglementation uniforme et cohérente relative à l'insolvabilité des sociétés commerciales et à ses conséquences (le droit allemand le permet, cf. art. §11 InsO).</p> <p>La notion d'insolvabilité n'est cependant pas détaillée. Il pourrait être utile de préciser ce que recouvre la notion d'insolvabilité (suspension de paiement actuelle ou imminente notamment).</p> <p>L'établissement d'un plan de trésorerie, en tant que partie du plan financier, constitue désormais une obligation légale incombant au conseil d'administration (art. 716a al. 1 ch. 3 AP-CO). Il conviendrait donc plutôt d'exiger du conseil d'administration qu'il actualise (et non qu'il établisse) le plan de trésorerie.</p> <p><u>Proposition</u> : S'il la société est insolvable ou s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société deviendra insolvable dans les douze mois à venir, le conseil d'administration actualise le plan de trésorerie et procède à une évaluation globale de la situation économique de l'entreprise.</p> <p>Ad art. 725 al. 2 AP-CO : Un plan de trésorerie contient par définition les éléments énumérés par la première phrase de cette disposition, qui peut être supprimée. La seconde phrase présente une utilité certaine en autorisant expressément le conseil d'administration à inclure dans le plan de trésorerie les conséquences (escomptées) des mesures d'assainissement sur le point d'être prises ou déjà adoptées.</p> <p><u>Proposition</u> : Le plan de trésorerie peut tenir compte des mesures d'assainissement relevant de la compétence du conseil d'administration que ce dernier a prises ou prévoit de prendre.</p> <p>Ad art. 725 al. 3 AP-CO : En application de cette disposition, le plan de trésorerie est soumis à un réviseur agréé. Cette norme ne précise en revanche pas si le plan de trésorerie doit être confié à l'éventuel organe de révision, ce qui semble cependant être le cas à la lecture du Rapport, et devrait donc être mentionné par la loi.</p> <p>En outre, l'étendue du contrôle mené par le réviseur agréé pour déterminer la plausibilité du plan de trésorerie n'est pas précisée : en d'autres termes, les vérifications conduites par le réviseur agréés doivent-elles correspondre à celles d'un contrôle ordinaire, d'un contrôle restreint (NCR) ou d'une <i>review</i> (NAS 910) ?</p> <p>Par ailleurs, si la société en difficulté dispose d'un organe de révision et que ses comptes sont soumis à un contrôle restreint, cela signifie que l'organe de révision peut participer à la tenue de la comptabilité (art. 729 al. 1 CO). Ce même organe de révision sera-t-il alors assez</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
	<p>impartial pour déterminer si le plan de trésorerie est plausible, avec les conséquences que l'on connaît en cas de réponse négative ? Ou conviendrait-il plutôt dans ce cas de confier l'examen du plan de trésorerie à un réviseur agréé tiers ?</p> <p>Finally, the terminology must be adapted on certain points (« menace » replaced by « risque » notably).</p> <p><u>Proposition</u> : S'il résulte du plan de trésorerie qu'il n'existe aucun risque d'insolvabilité, le conseil d'administration le soumet à l'organe de révision ou, à défaut, à un réviseur agréé. Celui-ci procède aux vérifications détaillées appropriées afin de déterminer le caractère plausible du plan de trésorerie. Il établit un rapport à l'intention du conseil d'administration.</p> <p>Ad al. 4 : L'on peut se demander s'il ne conviendrait pas de raccourcir encore le délai pour l'assemblée générale convoquée par le conseil d'administration en cas de perte de capital, par exemple à 10 jours (cf. art. 725 al. 4 AP-CO). Cf. commentaire de l'art. 700 AP-CO.</p> <p>Les dispositions en matière d'insolvabilité prévues à l'art. 725 AP-CO doivent également s'appliquer aux sociétés commerciales de personnes. Il devrait par ailleurs aussi être possible pour ces sociétés de procéder à la réévaluation des immeubles et des participations (art. 725c AP-CO). Il n'existe en effet aucune raison d'exclure ces sociétés du champ d'application de ces dispositions, ce d'autant moins qu'elles trouvent application pour les associations inscrites au Registre du commerce et les fondations.</p>
<p>2. Perte de capital</p>	<p>Art. 725a 1 L'art. 725 s'applique également:</p> <p><i>1. lorsqu'il ressort du dernier bilan annuel que les actifs, après déduction des dettes, ne couvrent plus les deux tiers de la somme du capital-actions, de la réserve légale issue du capital et de la réserve légale issue du bénéfice;</i></p> <p><i>2. lorsque la perte du dernier exercice annuel est supérieure à la moitié du capital propre selon le précédent bilan annuel;</i></p> <p><i>3. lorsque les comptes de résultat des trois dernières années font apparaître une perte d'exercice.</i></p> <p>2 Dans les cas visés à l'al. 1, les derniers comptes annuels doivent être soumis à un contrôle restreint avant leur approbation par l'assemblée générale si la société n'a pas d'organe de révision.</p>
<p>3. Surendettement</p>	<p>Art. 725b 1 S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que les dettes de la société ne sont plus couvertes par les actifs, le conseil d'administration établit immédiatement des bilans intermédiaires à la valeur d'exploitation et à la valeur de</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>liquidation. Le bilan intermédiaire à la valeur de liquidation est suffisant lorsque la continuation de l'exploitation n'est plus envisagée.</p> <p>2 Le conseil d'administration fait vérifier les bilans intermédiaires par un réviseur agréé.</p> <p>3 S'il ressort des deux bilans intermédiaires que la société est surendettée, le conseil d'administration en avise le tribunal. Celui-ci déclare la faillite ou procède conformément à l'art. 173a LP.</p> <p>4 Le conseil d'administration n'est pas tenu d'aviser le tribunal:</p> <p><i>1. si des créanciers ajournent des créances et acceptent qu'elles soient placées à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de l'insuffisance de l'actif, pour autant que la postposition porte également sur les intérêts dus pendant toute la durée du surendettement;</i></p> <p><i>2. aussi longtemps qu'il existe des raisons sérieuses d'admettre qu'il est possible de supprimer le surendettement en temps utile, mais au plus dans les 90 jours qui suivent l'établissement des bilans intermédiaires, et pour autant que le montant du surendettement n'augmente pas sensiblement.</i></p> <p>5 Si la société ne dispose pas d'un organe de révision, il appartient au réviseur agréé de procéder aux avis obligatoires qui incombent à l'organe de révision chargé du contrôle restreint.</p> <p>6 Le conseil d'administration et le réviseur agréé agissent avec célérité.</p>	
<p>4. Réévaluation</p> <p>Art. 725c 1 Lorsqu'il existe une perte de capital ou un surendettement au sens des articles 725a, al. 1, ch. 1, ou 725b, les immeubles ou les participations dont la valeur réelle dépasse le prix</p>	<p>Même si certains auteurs sont défavorables au principe de la réévaluation de certains actifs en cas de perte de capital ou de surendettement, il convient selon nous de maintenir cette possibilité, qui constitue un outil d'assainissement. Il est dans l'intérêt de la Suisse et de son économie de prévoir des règles compétitives et favorables aux sociétés en matière d'assainissement également. L'attractivité de la Suisse n'en sera que renforcée.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>d'acquisition ou le coût de revient peuvent être réévalués au plus jusqu'à concurrence de cette valeur. Le montant de la réévaluation doit figurer séparément dans la réserve légale issue du bénéfice comme réserve de réévaluation.</p> <p>2. La réévaluation ne peut intervenir que si un réviseur agréé atteste par écrit à l'intention de l'assemblée générale que les conditions légales sont remplies.</p> <p>3 La réserve de réévaluation ne peut être dissoute que par transformation en capital-actions, par amortissement ou par aliénation des actifs réévalués.</p>	<p>Les dispositions en matière de réévaluation des immeubles et des participations (art. 725c AP-CO) doivent également s'appliquer aux sociétés commerciales de personnes (SNC et SC). Il n'existe en effet aucune raison d'exclure ces sociétés du champ d'application de ces dispositions, ce d'autant moins qu'elles trouvent application pour les associations inscrites au Registre du commerce et les fondations .</p>
<p>Art. 6, al. 1 et bis LFus</p> <p>1 Une société dont les actifs, après déduction des dettes, ne couvrent plus les deux tiers de la somme du capital-actions ou du capital social, de la réserve légale issue du capital et de la réserve légale issue du bénéfice, ou qui est surendettée, ne peut fusionner avec une autre société que si cette dernière dispose de fonds propres librement disponibles équivalant au montant du découvert et, le cas échéant, du surendettement.</p> <p>1bis L'exigence posée à l'al. 1 ne s'applique pas dans la mesure où des créanciers des sociétés participant à la fusion acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances pour un montant équivalent au découvert et, le cas échéant, au surendettement, pour autant que la postposition porte également sur les intérêts dus pendant toute la durée du surendettement.</p>	<p>Il serait opportun d'abandonner l'examen <i>ex ante</i> de la situation financière des sociétés, et de privilégier un examen <i>ex post</i> de la situation, après fusion. Théoriquement, en application du droit actuel, il serait nécessaire que les actionnaires d'une société absorbante décident d'augmenter le capital-actions de la société absorbante, avant que cette dernière puisse absorber une société transférante surendettée. Or, ce qui doit compter avant tout, c'est que la société issue de la fusion ne soit plus surendettée, ni en situation de perte de capital (cf. Trindade/Glanzmann, 24 thèse sur les restructurations d'assainissement, in ; Peter/Dutoit (édits), Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé, Genève 2010, p. 130).</p>
<p>Art. 293a, al. 2 LP</p> <p>2 La durée du sursis provisoire ne peut dépasser quatre mois. Dans des cas justifié, le sursis provisoire peut, sur requête du commissaire ou, à défaut, du créancier, être prolongé de 4 mois au plus.</p>	<p>Globalement, il convient de saluer la modernisation du droit de l'assainissement des sociétés et d'approuver les propositions consacrées par l'AP-CO. L'AP-CO consacre l'abandon dans le CO de règles concernant l'ajournement de faillite et la désignation du curateur. En lieu et place, une société en difficulté pourra désormais requérir un sursis concordataire (provisoire, renouvelable, puis définitif), qui poursuit déjà depuis le 1^{er} janvier 2014 deux objectifs alternatifs ou cumulatifs, à savoir d'une part l'assainissement du débiteur, et d'autre part l'homologation d'un concordat. En d'autres termes, avec la révision proposée, ne subsistera plus qu'une seule voie judiciaire à disposition du débiteur insolvable, en perte de capital ou surendetté, à savoir la procédure concordataire des art. 293 ss LP.</p> <p>Cette proposition doit être soutenue : la procédure d'ajournement de faillite actuelle n'est réglée que de manière très (trop) sommaire. Des questions importantes n'ont pas trouvé de réponses satisfaisantes, ou ont dû être tranchées par des décisions judiciaires (responsabilité du</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
	<p>curateur, effet de l'ajournement de la faillite par exemple) ; il est donc souhaitable que la procédure soit réglée dans le détail.</p> <p>Ad art. 293a al. 2 AP-LP : C'est dans le cadre du sursis provisoire, qui peut ne pas être publié, que l'assainissement d'une société insolvable, en perte de capital ou surendettée, respectivement les premières mesures d'assainissement, auraient lieu. Les effets du sursis provisoire sont détaillés à l'art. 293c LP, qui renvoie à l'art. 297 LP, et contribue à la prévisibilité du droit ; le rôle et la mission du commissaire sont également détaillés à l'art. 293b LP. En soi, il est donc approprié que ces règles – détaillées – constituent le cadre légal de l'assainissement d'une société insolvable, en perte de capital ou surendettée. La prolongation du sursis provisoire de quatre mois supplémentaires, qui porte la durée totale du sursis provisoire à huit mois, devrait permettre à la majeure partie des sociétés concernées d'être assainies à l'échéance des huit mois.</p> <p>Cependant, dans certains cas, la durée de huit mois pourrait s'avérer insuffisante. Dans ce cas, l'art. 294 LP trouverait application, qui prévoit actuellement que si, durant le sursis provisoire, des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat apparaissent, le juge du concordat octroie définitivement un sursis de quatre à six mois, lequel peut être prolongé sur demande du commissaire jusqu'à douze mois (art. 295b al. 1 LP). Par conséquent, si l'assainissement n'a pu être mené à bien pendant le sursis provisoire, le débiteur disposera encore de temps (12 mois) pour terminer le processus, ce qui devrait être suffisant. Toutefois, si le sursis provisoire peut ne pas être publié, comme l'actuel ajournement de faillite, tel n'est pas le cas du sursis définitif, obligatoirement publié (art. 296 LP). Or, l'ajournement de faillite tel que connu aujourd'hui présente le grand avantage de ne pas devoir être publié, peu importe sa durée. La modification législative proposée est donc moins favorable aux sociétés en difficulté. Il ne faut en effet pas perdre de vue que l'absence de publication de l'ajournement de faillite constitue l'un des facteurs clef de réussite des ajournements ; de plus, la publication n'est bien souvent pas nécessaire, la surveillance du curateur étant suffisante pour protéger les intérêts des créanciers. Par conséquent, nous plaignons pour l'introduction dans la LP révisée de l'introduction de la possibilité de renoncer à la publication du sursis définitif si le but recherché est l'assainissement sans concordat. Par ailleurs, une prolongation du sursis définitif est possible jusqu'à vingt-quatre mois, mais seulement si une assemblée des créanciers est convoquée (art. 295b al. 2 LP). Il convient à notre avis de renoncer à cette obligation si l'assainissement sans concordat est visé et qu'aucune publication du sursis définitif n'a été ordonnée. De même convient-il de renoncer à la même obligation, aux mêmes conditions, à l'assemblée des créanciers prévue facultativement par l'art. 295a LP.</p> <p>En conclusion, et concernant la durée du sursis provisoire, l'on devrait donc se demander si une durée totale supérieure à huit mois ne devrait pas être prévue, pour éviter les écueils précités liés au sursis concordataire définitif.</p> <p>Des adaptations devraient enfin avoir lieu ici et là au sein de la section I (« Sursis concordataire ») pour refléter la dualité de ses objectifs (assainissement ou concordat).</p> <p><u>Propositions :</u></p> <p>Les art. 293 ss LP figurent sous le titre onzième qui s'intitule « Procédure concordataire ». Dès lors que les art. 293 ss LP seraient selon l'AP-CO applicables en vue d'un assainissement, et non plus seulement de l'homologation d'un concordat, alors il faut renommer le Titre Onzième, et l'intituler « Procédures d'assainissement et concordataire ».</p> <p>De même faut-il supprimer partout le terme « concordataire » après sursis, « concordat » après juge et modifier dans le même sens l'art. 173a LP (juge de l'assainissement et du concordat).</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
	<p>D'autres modifications pourraient intervenir :</p> <p><u>Art. 293 al. 1 AP-LP</u> : La procédure d'assainissement ou concordataire est introduite par...</p> <p><u>Art. 293c al. 3 n AP-LP</u>: Le sursis provisoire requis en vue d'un assainissement n'est publié que si la protection de tiers l'exige.</p> <p><u>Art. 295 al. 2, let a AP-LP</u>: a. élaborer si nécessaire le plan d'assainissement ou le projet de concordat. ... d. remettre sur requête du juge des rapports intermédiaires et informer les créanciers sur le cours du sursis s'il a fait l'objet d'une publication.</p> <p><u>Art. 295a al. 1 AP-LP deuxième phrase</u> : Cette disposition ne s'applique pas si le débiteur a requis le sursis en vue d'un assainissement, à l'exclusion d'un concordat.</p> <p><u>Art. 295b n al. 3 AP-LP</u> : Cette disposition ne s'applique pas si le débiteur a requis le sursis en vue d'un assainissement, à l'exclusion d'un concordat.</p> <p><u>Art. 296 n al. 2 AP-LP</u> : Le sursis requis en vue d'un assainissement n'est publié que si la protection de tiers l'exige.</p> <p><u>Art. 297 al. 3 AP-LP</u> : Les créances nées antérieurement au sursis ne peuvent...</p> <p><u>Art. 297 al. 7 AP-LP</u> : ... si le plan d'assainissement ou le concordat ne prévoit pas...</p> <p>Notes marginales et numérotation : doivent être modifiées pour mettre en lumière le fait que certaines dispositions s'appliquent à la procédure d'assainissement et à la procédure concordataire, et d'autres seulement à la procédure concordataire.</p> <p>A. Procédure d'assainissement et procédure concordataire (art. 293- 298)</p> <p>B. Procédure concordataire (art. 299-304)</p>
	<p>Art. 295 al. 4 LP 4 Les art. 8, 8a, 10, 11, 14, 17 à 19, 34 et 35 s'appliquent par analogie à la gestion du commissaire.</p> <p>Il convient d'approuver la réintroduction dans la loi des renvois à certaines dispositions imposant un comportement déterminé au commissaire au sursis, lequel constitue un organe atypique de l'exécution forcée (cf. Hari, Le commissaire au sursis concordataire, Rôle, fonction et responsabilité, Neuchâtel, thèse 2010).</p>
<p>IV. Contrôle restreint 1. Indépendance de l'organe de révision</p>	<p>Art. 729, titre marginal</p> <p>Le terme « review » doit en effet être supprimé, puisqu'il fait référence à une révision des comptes effectuées selon la NAS 910.</p>
<p>II. Indemnités versées au conseil d'administration, à la direction et au conseil consultatif</p>	<p>Art. 734a 1 Le rapport de rémunération doit indiquer toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement:</p> <p><i>1. aux membres en fonction du conseil d'administration;</i></p> <p><i>2. aux personnes en fonction auxquelles le conseil d'administration a délégué tout ou partie de la gestion (direction);</i></p> <p><i>3. aux membres en fonction du conseil consultatif;</i></p> <p>Ad art. 734a al. 2 ch. 3 AP-CO : Les notions de « prestations de service » et de « prestations en nature » devraient être définies.</p> <p>Ad art. 734a al. 2 ch. 9 AP-CO : La terminologie employée est floue. La notion de « prestations rémunérant les travaux supplémentaires » doit être explicitée et sa formulation revue intégralement.</p> <p>Ad art. 734a al. 3. ch. 2 AP-CO : Selon le texte proposé, les indications sur les indemnités comprennent le montant accordé à chacun des membres de ces organes, avec mention de son nom et de sa fonction. L'on peine à comprendre la raison de l'introduction dans la loi de cette exigence qui ne découle pas de l'art. 95 Cst. et qui constitue un durcissement injustifié.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p><i>4. aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, lorsqu'elles sont en relation avec leur ancienne activité de membre d'un organe de la société; les prestations de prévoyance professionnelle ne sont pas couvertes par cette disposition.</i></p> <p>2 Les indemnités comprennent notamment:</p> <p><i>1. les honoraires, les salaires, les bonifications et les notes de crédit;</i></p> <p><i>2. les tantièmes, les participations au chiffre d'affaires et les autres participations au résultat d'exploitation;</i></p> <p><i>3. les prestations de service et les prestations en nature;</i></p> <p><i>4. les titres de participation, les droits de conversion et les droits d'option;</i></p> <p><i>5. les primes d'embauche;</i></p> <p><i>6. les cautionnements, les obligations de garantie, la constitution de gages et autres sûretés;</i></p> <p><i>7. la renonciation à des créances;</i></p> <p><i>8. les charges qui fondent ou augmentent des droits à des prestations de prévoyance;</i></p> <p><i>9. les prestations rémunérant les travaux supplémentaires;</i></p> <p><i>10. les indemnités liées à une prohibition de faire concurrence.</i></p> <p>3 Les indications sur les indemnités comprennent:</p> <p><i>1. le montant global accordé aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ;</i></p>	

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>2. le montant accordé à chacun des membres de ces organes, avec mention de son nom et de sa fonction;</p> <p>3. le cas échéant, la part du montant complémentaire (art. 735a) attribuée à chacun des membres de la direction, avec mention de son nom et de sa fonction. les travaux supplémentaires;</p> <p>10. les indemnités liées à une prohibition de faire concurrence.</p> <p>3 Les indications sur les indemnités comprennent:</p> <p>1. le montant global accordé aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ;</p> <p>2. le montant accordé à chacun des membres de ces organes, avec mention de son nom et de sa fonction;</p> <p>3. le cas échéant, la part du montant complémentaire (art. 735a) attribuée à chacun des membres de la direction, avec mention de son nom et de sa fonction.</p>	
<p>V. Fonctions exercées auprès d'autres entreprises</p> <p>Art. 734d 1 Le rapport de rémunération mentionne les activités exercées par les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif auprès d'autres entreprises au sens de l'art. 626, al. 2, ch. 1.</p> <p>2 Les indications contiennent le nom des membres, la désignation de l'entreprise et la fonction exercée.</p>	<p>En application de l'art. 95 al. 3 let. c Cst., les statuts règlent le nombre de mandats externes de ces derniers. L'art. 12 al. 1 ch. 1 Orab dispose que les statuts doivent contenir des dispositions sur le nombre de fonctions admises occupées par les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif dans des organes supérieurs de direction ou d'administration d'entités juridiques qui ont l'obligation de s'inscrire au registre du commerce ou dans un registre similaire à l'étranger et qui ne sont pas contrôlées par la société ou qui ne contrôlent pas la société. A nouveau, l'art. 734d AP-CO proposé durcit de manière manifeste l'art. 95 al. 3 Cst. et doit purement et simplement être biffé.</p>
<p>VI. Représentation des sexes au sein du conseil</p> <p>Art. 734e A moins que la représentation de chaque sexe au sein du conseil d'administration et de la direction n'atteigne au minimum 30 %, le rapport de rémunération des sociétés qui dépassent les valeurs fixées à l'art. 727, al. 1, ch. 2, doit mentionner:</p>	<p>Même si l'auteur de ces lignes est un fervent défenseur de l'égalité des deux sexes, il lui apparaît toutefois que cette disposition est au mieux inutile, au pire contreproductive. Il est incontesté et incontestable que le sexe féminin – qui n'est pas désigné expressément dans la loi mais est implicitement concerné – est largement sous-représenté dans le monde des affaires, que ce soit au niveau des fonctions dirigeantes ou ailleurs. Cependant, la résolution de ce déséquilibre telle que proposée ici est simpliste et l'on peut sérieusement douter de son efficacité. La règle <i>comply or explain</i> ne peut en tous les cas pas s'appliquer s'agissant de cette problématique. La sous-représentation des femmes dans les conseils d'administration ne pourra pas être gommée sans une évolution des mentalités en profondeur, et sans que</p>

Texte proposé dans l'avant-projet		Commentaire
d'administration et de la direction	<p><i>1. les raisons pour lesquelles la représentation de chaque sexe n'atteint pas au minimum 30 %;</i></p> <p><i>2. les mesures de promotion du sexe le moins représenté.</i></p>	<p>d'autres mesures soient prises en amont.</p> <p>Par ailleurs, pourquoi le seuil de 30% a-t-il été choisi, alors que le 20 novembre 2013, le Parlement européen s'est prononcé en faveur de la proposition de directive présentée par la Commission européenne visant à améliorer l'équilibre entre les femmes et les hommes au sein des conseils des entreprises de l'Union, qui prévoit un objectif de 40% d'ici à 2020 (2018 pour les sociétés cotées), PME exclues ?</p> <p>Finalement, l'on peut douter de l'opportunité de faire figurer dans le rapport de rémunération (!) les explications relatives à l'impossibilité d'atteindre le seuil de 30%.</p>
D. Vote de l'assemblée générale I. Rémunérations	<p>Art. 735</p> <p>1 L'assemblée générale vote sur les rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif qu'ils perçoivent directement ou indirectement de la société.</p> <p>2 Les statuts règlent les modalités du vote. Ils peuvent fixer la marche à suivre en cas de refus des rémunérations par l'assemblée générale.</p> <p>3 Les conditions suivantes doivent être respectées:</p> <p><i>1. l'assemblée générale vote tous les ans sur les indemnités;</i></p> <p><i>2. l'assemblée générale vote séparément sur les montants globaux accordés au conseil d'administration, à la direction et au conseil consultatif;</i></p> <p><i>3. le vote de l'assemblée générale a un caractère contraignant;</i></p> <p><i>4. les votes prospectifs sur les rémunérations variables sont illicites.</i></p>	<p>L'art. 735 al. 3 ch. 4 AP-CO ne trouve aucun fondement dans l'art. 95 al. 3 Cst. Il doit être purement et simplement biffé. Rien n'interdit les votes prospectifs (i.e. non contraignants), sans égard au caractère fixe ou variable.</p>
F. Indemnités interdites I. Dans la société	<p>Art. 735c</p> <p>1 Le versement des indemnités ci-après aux membres en fonction et aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ou aux personnes qui leur sont proches est interdit:</p> <p><i>1. les indemnités de départ convenues contractuellement et celles prévues par les statuts;</i></p>	<p>Ad art. 735c al. 3 AP-CO : Il est impossible d'affirmer qu'une clause de prohibition de concurrence de plus de douze mois n'est pas justifiée ; c'est au cas par cas que la validité d'une clause de cette nature doit être examinée. L'art. 340a CO prévoit d'ailleurs que « la prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité; <u>elle ne peut excéder trois ans</u> qu'en cas de circonstances particulières ». Il convient donc de biffer purement et simplement cette disposition.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>2. les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence qui n'est pas justifiée par l'usage commercial;</p> <p>3. les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence qui ne sont pas conformes à la pratique du marché;</p> <p>4. les 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;</p> <p>5. les primes d'embauche qui ne s'inscrivent pas en réparation d'un désavantage financier clairement établi;</p> <p>6. les indemnités anticipées;</p> <p>7. les provisions pour la reprise ou le transfert de tout ou partie d'une entreprise;</p> <p>8. les prêts, les crédits, les prestations de prévoyance en dehors de la prévoyance professionnelle et les indemnités liées aux résultats, lorsque les principes ne sont pas prévus par les statuts;</p> <p>9. les titres de participation, les droits de conversion et les droits d'option, lorsque les principes ne sont pas prévus par les statuts.</p> <p>2 Les indemnités dues jusqu'à la fin du rapport contractuel (art. 735b) ne sont pas considérées comme des indemnités de départ.</p> <p>3 N'est pas justifiée par l'usage commercial, notamment, une prohibition de faire concurrence de plus de douze mois.</p>	
<p>II. Dans le groupe</p> <p>Art. 735d Est interdit le versement par la société d'indemnités rémunérant les activités de membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, ou de personnes qui leur sont proches, exercées dans des</p>	<p>L'introduction de l'art. 735d AP-CO est conforme à la volonté des auteurs de l'initiative contre les rémunérations abusives, qui n'ont à l'évidence pas voulu interdire que dans un groupe de sociétés, certains membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, exercent simultanément des fonctions dans plusieurs sociétés du groupe, mais seulement encadrer ces activités parallèles. Pouvoir confier à une seule personne des fonctions dans plusieurs sociétés du groupe est indispensable, car cela permet la mise en œuvre efficace d'une ligne directrice pour toutes les sociétés du groupe et une transmission optimale de l'information, dans l'intérêt de</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>entreprises contrôlées directement ou indirectement par la société, lorsque ce versement:</p> <p><i>1. serait également interdit si les indemnités étaient versées directement par la société;</i></p> <p><i>2. n'est pas prévu par les statuts de la société; ou</i></p> <p><i>3. n'a pas été approuvé par l'assemblée générale.</i></p>	<p>l'économie et de la rentabilité de l'investissement des actionnaires.</p>
<p>Art. 736, al. 1, ch. 4, et al. 2 1 La société est dissoute:</p> <p><i>4. par un jugement, lorsque des actionnaires représentant, séparément ou ensemble, 10 % au moins du capital-actions ou des voix requièrent la dissolution pour de justes motifs;</i></p> <p>2 En cas d'action tendant à la dissolution pour justes motifs, le tribunal peut adopter en lieu et place de la dissolution une autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés.</p>	<p>En application de l'art. 643 CO, une société anonyme récemment inscrite au registre du commerce peut être dissoute sur requête de créanciers ou d'actionnaires lorsque les intérêts de ces derniers ont été gravement menacés ou compromis par le fait que des dispositions légales ou statutaires ont été violées lors de la fondation. L'action s'éteint si elle n'est pas introduite au plus tard trois mois dès la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce.</p> <p>Comme relevé dans le cadre du commentaire de cette disposition, le délai de trois mois est trop court. Il est donc proposé alternativement d'augmenter la durée de ce délai à six mois (cf. supra, commentaire de l'art. 643 AP-CO), ou d'introduire un nouveau cas de dissolution à l'art. 736 al. 1 ch. 5, en supprimant pour ce cas particulier le seuil de 10%.</p>
<p>G. Responsabilité des administrateurs, du représentant indépendant et des personnes qui s'occupent de la gestion et de la liquidation</p>	<p>Art. 754, titre marginal et al. 1 1 Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation ainsi que le représentant indépendant répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs.</p> <p>L'AP-CO consacre une interprétation excessivement large de l'art. 95 al. 3 Cst. Le représentant indépendant ne saurait être traité de la même manière que les membres du conseil d'administration et les autres personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation. La motivation du Rapport (p. 151), qui indique à cet égard que « si par exemple une assemblée générale doit être en partie répétée par la faute du représentant indépendant, il est justifié que ce dernier puisse être tenu responsable du dommage causé notamment vis-à-vis de la société », n'est pas extrêmement convaincante ; si l'on devait suivre ce point de vue, cela signifierait que tout actionnaire serait susceptible d'engager sa responsabilité dans les mêmes circonstances. Il convient donc de biffer purement et simplement le représentant indépendant de la liste de l'art. 754 CO.</p>
<p>Art. 756, al. 2</p>	<p>L'introduction de l'art. 756 al. 2 AP-CO doit être approuvée, puisqu'elle permet d'éviter que les actionnaires doivent agir à leurs frais.</p>

Texte proposé dans l'avant-projet	Commentaire
<p>2 L'assemblée générale peut décider que la société intente l'action. Elle peut charger le conseil d'administration ou un représentant de conduire le procès.</p>	
<p>Art. 757, al. 4 4 Les créances des créanciers sociaux qui ont accepté qu'elles soient placées à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société ne sont pas prises en compte dans le calcul du dommage.</p>	<p>L'ajout de l'art. 757 al. 4 AP-CO doit être rejeté. En acceptant une postposition de leurs créances, les créanciers ne renoncent pas à leur créance. Ils acceptent seulement d'être désintéressés après tous les autres créanciers. La postposition n'a donc aucune influence sur les actifs de la société. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est donc pas choquante.</p>
<p>Art. 758, al. 2 2 Le droit des autres actionnaires d'intenter action s'éteint six mois après la décharge. Ce délai est suspendu pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial et son exécution ou une procédure d'autorisation d'intenter une action aux frais de la société.</p>	<p>Les autres dispositions du droit de la société anonyme prévoyant des délais pour agir font toutes référence à des délais de deux mois, trois mois ou six mois pour la même raison : il est dans l'intérêt que tout litige (au sens large, examen spécial compris) soit tranché rapidement, afin d'éviter que le litige ne rejaillisse de manière durable sur la société (et l'entreprise exploitée), et mette <i>in fine</i> en péril la pérennité de l'entreprise. Partant, la prolongation n'est à notre avis pas justifiée. La suspension du délai pendant une procédure d'examen spécial doit quant à elle être approuvée.</p> <p>Ajoutons que le Rapport fait état d'une prolongation du délai pour agir de six à douze mois, mais que le texte de l'AP-CO ne reflète pas cette modification.</p>
<p>C. Responsabilité solidaire différenciée et action récursaire</p> <p>Art. 759, al. 2 à 4 2 Les personnes soumises à une responsabilité dans la révision qui n'ont causé que par négligence un dommage avec d'autres personnes en répondent à concurrence du montant auquel elles seraient tenues à la suite d'un recours. 3 Le demandeur peut actionner plusieurs responsables pour la totalité du dommage et demander au tribunal de fixer au cours de la même procédure les dommages-intérêts dus par chacun des défendeurs. 4 Le tribunal règle le recours entre plusieurs responsables en tenant compte de toutes les circonstances.</p>	<p>Le principe de solidarité différenciée existe déjà dans le droit actuel. Il signifie que dans les rapports externes, l'obligation de réparer est déterminée pour chaque personne de manière individuelle. Le créancier a le choix de s'en prendre indifféremment à tous, certains ou l'un des responsables : le montant payé alors par ces personnes, respectivement cette personne, ira en déduction de ce que les autres doivent payer. Comme le relève Garbarsky (La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, thèse, Lausanne 2006, p. 244s), « la solidarité est restreinte dans le sens où elle ne peut aller au-delà de ce qui pourrait être réclamé à un défendeur s'il était tenu seul responsable du dommage causé, compte tenu des facteurs de réduction qui lui sont propres » ; mais il relève à juste titre que le principe de solidarité différenciée n'exclut pas qu'un des défendeurs soit condamné à réparer l'ensemble du dommage causé. D'un point de vue procédural, le demandeur peut agir contre tous les coresponsables (défendeurs) dans le cadre d'une seule et même procédure, et surtout, demander à chacun le paiement de l'intégralité du dommage causé ensemble par tous les coauteurs (défendeurs). Il appartient au juge, en fonction des allégués de chaque défendeur, de fixer le montant dû par chaque défendeur. Dans les rapports internes, le principe de solidarité différenciée implique que le dommage sera réparti, cas échéant par le juge, entre les coresponsables.</p> <p>L'art. 759 al. 2 AP-CO vise selon le Rapport à éviter que l'organe de révision et les personnes en charge de la révision, dont la solvabilité est en principe garantie, ne puissent être obligés dans les rapports externes à payer plus que ce qu'ils ne devraient dans le cadre des rapports internes. Cette proposition doit être approuvée, au regard de la position particulière de l'organe de révision, qui certes constitue un organe, mais ne participe pas à la gestion de la société, et au vu de la recrudescence effective des actions en responsabilité déposées contre des organes de révision, pour les motifs énumérés dans le Rapport (p. 152 s). Il convient toutefois d'être prudent et de ne pas généraliser ce type de « privilège ». Par ailleurs, la mise en œuvre de la protection de l'organe de révision ne pourra intervenir que si dans le cadre de la procédure entre l'organe de révision et le demandeur (responsabilité externe), il est déjà possible de déterminer les quotas de responsabilité interne ; autrement dit, il sera nécessaire que toutes les personnes susceptibles d'être défenderesses dans le cadre d'une action recoursaire soient en réalité déjà parties à la procédure ouverte par un demandeur contre l'un ou l'autre des organes.</p>