

Département de l'économie et du sport
Secrétariat général
Rue Caroline 11
1014 LAUSANNE

Lausanne, le 23 février 2015

U:\1p\politique_economique\consultations\2014\POL1448_droit_societes_anonymes\POL1448_Droit_societes_anonymes.docx/JUG/ama

Révision du code des obligations (Droit de la société anonyme)

Madame, Monsieur,

Nous avons bien reçu votre courrier relatif au projet mentionné sous rubrique, et nous vous remercions de nous donner l'occasion de vous communiquer notre position à ce propos.

Préambule

Le projet de révision partielle du Code des Obligations concernant la Société Anonyme (SA) (ci-après AP-CO) comporte pour l'essentiel les quatre domaines suivants:

1) Il reprend, en partie sous forme remaniée, les éléments du projet de révision du droit de la SA de 2007, dont notamment une libéralisation des dispositions sur la fondation et le capital de la société, ainsi que diverses normes appelées à améliorer la gouvernance de l'entreprise (aussi pour les sociétés non cotées).

2) Le droit de la SA est adapté au nouveau droit comptable. Les normes sur les réserves et sur les actions propres sont harmonisées, le capital-actions ne doit plus nécessairement être libellé en francs suisses et le remboursement des réserves issues du capital est soumis à de nouvelles mesures de protection. La trésorerie de la société à court et à long terme est davantage prise en considération dans le cadre des réductions de capital, des remboursements de réserves issues du capital et de l'assainissement.

3) L'AP-CO concrétise l'art. 95 al. 3 Cst. au niveau législatif (initiative Minder «contre les rémunérations abusives») et transpose dans différentes lois fédérales les dispositions de l'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb). Dans ce cadre, l'AP-CO règle d'autres aspects présentant un lien avec l'initiative citée dont: les devoirs de diligence du conseil d'administration (CA) et de la direction en matière de rémunérations, l'interdiction du vote prospectif sur les rémunérations variables, la définition des limites pour les primes d'embauche et les indemnités liées à une prohibition de faire concurrence.

4) L'AP-CO traite encore d'autres sujets: définition d'un objectif pour la représentation de chaque sexe au sein des CA et des directions des grandes sociétés cotées en bourse, solution aux problèmes liées au volume élevé d'actions non enregistrées (actions-dispo), modernisation des règles sur l'assainissement et introduction de mesures de procédure civile pour les actions judiciaires introduites en vertu du droit de la SA.

5) Enfin, l'AP-CO propose des règles de transparence pour les grandes sociétés extractrices de matières premières dans le sens d'une obligation de communiquer sur les paiements effectués au profit de gouvernements.

Remarques générales

Le droit des sociétés est un élément primordial pour les conditions-cadre de la place économique suisse. Il doit garder un caractère aussi large et ouvert que possible. Un cadre trop restrictif ne permettrait plus de garantir l'ouverture et l'attractivité de la Suisse comme place économique dynamique. Le législateur se doit de laisser une marge de manœuvre aux entreprises pour tenir compte de leurs particularités, de leurs fonctionnements et de leur liberté d'entreprise.

Jusqu'à l'acceptation de l'initiative Minder, le droit de la société anonyme suisse se caractérisait par une grande souplesse et la retenue de l'État. Le principe fondamental selon lequel la loi se contente de fixer le cadre nécessaire au bon fonctionnement des entreprises, favorisait l'esprit d'entreprise et laissait la place à une autorégulation flexible et adaptée (tel le « Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise »). Ce droit de la société anonyme libéral forme l'épine dorsale de l'attrait de la place économique suisse. Face à l'intensification de la concurrence internationale, il devient de plus en plus important de renforcer cet attrait.

Malheureusement, le projet mis en consultation n'a pas pour effet de maximiser l'attrait de notre place économique ; au contraire il l'affaiblit. Avec des prescriptions strictes en matière de gouvernance d'entreprise, sous la forme d'exigences détaillées relatives au mode d'organisation des entreprises, de droits des minorités très poussés ainsi que d'actions aux dépens de la collectivité, on expose les entreprises au risque d'actions tenant du chantage. Ces nouvelles exigences auront pour effet d'effrayer les investisseurs et de restreindre le développement des entreprises. Le projet durcit même des dispositions de l'initiative Minder. La tendance à chercher dans les législations étrangères les moyens de renforcer la réglementation et à proposer une réglementation excessive pour tout événement relayé dans les médias nuit clairement à notre compétitivité et à notre sécurité juridique.

Remarques particulières

Structure du capital de la société

1) Capital-actions en monnaie étrangère

Le nouveau droit comptable autorise la tenue et la présentation des comptes dans une monnaie étrangère si celle-ci est la plus importante au regard des activités de l'entreprise (art. 957a al. 4 et 958d al. 3 CO). La reprise à l'art. 621 al. 2 AP-CO de cette possibilité, outre d'adapter le droit de la SA au droit comptable, mettra un terme à l'incertitude juridique actuelle et facilitera la tenue de la comptabilité. On pourra désormais effectuer toutes les opérations liées au capital sur la base des comptes en monnaie étrangère. La CVCI soutient cette proposition.

2) Libération et valeur nominale des actions

Actuellement le capital-actions n'a pas besoin d'être intégralement libéré lors de la constitution de la SA (art. 632 al. 1 CO). Comme nous l'avons relevé dans le cadre de la consultation sur la modernisation du registre du commerce, la CVCI estime que les SA et les Société à responsabilité limitée (Sàrl) sont deux formes juridiques de conception différente et que la faculté de fonder une Sàrl à la place d'une SA, en cas de moyens limités, n'est pas véritablement une alternative notamment en cas de besoin important d'investissement. En conséquence, nous estimons que la suppression de la possibilité de libérer partiellement le capital est problématique, compte tenu en particulier des micro- et petites entreprises ainsi que des Start-ups. Cette suppression ne correspond, dès lors, pas à un allègement en faveur des PME et de l'innovation en Suisse.

Pour le surplus, les nouvelles règles sur la structure du capital de l'AP-CO peuvent être soutenues, car elles offrent une plus grande flexibilité aux entreprises et renforcent leur compétitivité sur les marchés des capitaux.

II. Nouvelles règles en matière de gouvernance et de droits des actionnaires

1) Différents droits des actionnaires

Les propositions de réforme des droits des actionnaires à l'Assemblée Générale (AG) (art. 689 ss. AP-CO, en particulier la possibilité des actionnaires de requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour s'ils détiennent au moins 0,25% du capital-actions ou des voix dans les sociétés cotées ou 2,5% dans les sociétés non-cotées, art. 699a AP-CO), la tenue d'AG multi-sites ou à l'étranger (art. 701a al. 2 et 701b AP-CO) et le recours aux moyens de communication électroniques (art. 701c ss. AP-CO) tendent à renforcer la faculté participative des actionnaires, ce qui est favorable du point de vue de la gouvernance. La possibilité de pouvoir verser un dividende plus élevée aux actionnaires qui exercent leur droit de vote à l'AG, ou un dividende plus faible à ceux qui ne le font pas (art. 661 al. 2 et 3 AP-CO) constitue une solution souple au problème lié au volume élevé d'actions non enregistrées (actions-dispo).

Nous doutons en revanche de l'utilité pratique pour les PME de l'obligation pour le CA de sociétés non cotées de devoir répondre à l'avenir au moins deux fois par an aux demandes de renseignements des actionnaires (art. 697 al. 2-4 AP-CO). Au mieux cette exigence est inutile dans la grande majorité des SA ne comptant que quelques actionnaires qui sont, en tant qu'associés, souvent impliqués dans la gestion de la société. Au pire, ce droit à l'information deux fois l'an, outre de représenter une nouvelle charge administrative, comporte le risque que le CA ne puisse fournir à un actionnaire minoritaire qu'une réponse partielle ou incomplète – car liée au moment de l'année d'affaires en cours – susceptible d'être utilisée ensuite à l'AG de façon insidieuse, voire quérulante au-devant d'un juge. Nous nous opposons aussi à l'art. 701g AP-CO obligeant le CA des sociétés cotées de mettre en place un forum électronique pour les actionnaires, élément qui ne doit pas être imposé par la loi mais qui doit relever du libre choix des entreprises. Nous refusons encore l'art. 758 al. 2 AP-CO qui propose d'impartir un délai de douze mois – au lieu de six actuellement – aux actionnaires qui n'ont pas adhéré à la décharge du CA pour pouvoir intenter l'action sociale hors faillite. Le doublement de ce délai risquerait en effet de dissuader de potentiels candidats d'intégrer des CA de PME.

2) Abaissement des seuils pour l'exercice des droits des actionnaires

Le projet propose d'unifier autant que possible les seuils pour l'exercice des droits des actionnaires en exigeant généralement 3% de l'actionnariat pour les sociétés cotées en bourse et 10% pour les sociétés non cotées (art. 697d, 697e, 699 et 697j AP-CO). On peut accepter cette proposition qui, tout en unifiant et abaissant lesdits seuils, distingue entre les sociétés cotées et non cotées en raison de leur particularités.

Concernant le droit des actionnaires de pouvoir demander l'institution d'un examen spécial en cas de refus de la part de l'AG (art. 697d al. 3 AP-CO), l'AP-CO applique les nouveaux seuils susmentionnés. Or, puisque l'abaissement du seuil pour les sociétés cotées augmentera à l'avenir les chances des personnes ayant des parts dans l'entreprise de pouvoir exercer leur droit à l'institution d'un examen spécial, nous demandons que les requérants doivent, pour pouvoir saisir le juge, continuer «à 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» (actuel art. 697b al. 2 CO) et non de pouvoir se limiter à invoquer uniquement une violation qui «soit de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires» (art. 697d al. 3 AP-CO).

3) Droit d'intenter une action en paiement de la société aux frais de celle-ci

A l'avenir une minorité qualifiée d'actionnaires qui ont le droit d'intenter une action en paiement à la société pourraient proposer à l'AG d'intenter une telle action aux frais de la société (art. 697j AP-CO).

Vu l'effet potentiel d'un procès sur la société, le droit de faire une telle proposition à l'AG doit émaner d'un ou plusieurs actionnaires détenant 3% du capital-actions ou des voix dans les sociétés cotées en bourse et 10% du capital-actions ou des voix dans les sociétés non-cotées (art. 697j al. 1 ch. 1 et 2 AP-CO).

Alors que le principe de la soumission d'une telle proposition à l'AG est acceptable pour autant que ce soit elle qui, après l'avoir acceptée, confie la conduite du procès au CA ou désigne un représentant de la société (art. 697j al. 2 AP-CO), nous rejetons l'art. 697k AP-CO qui autoriserait, à certaines conditions, les actionnaires, en cas de refus de l'AG, à requérir du tribunal l'autorisation d'intenter une telle action en paiement à la société et aux frais de celle-ci. Bien que cette procédure se limite aux actionnaires dont la participation atteint les seuils minimaux prévus en matière d'examen spécial, nous ne considérons pas qu'un juge soit mieux à même que l'AG de déterminer «les intérêts prépondérants de la société» (art. 697k al. 2 let. c AK-CO).

4) Clause d'arbitrage statutaire

Nous soutenons l'introduction de l'art. 697l AP-CO stipulant que les statuts des entreprises peuvent autoriser la résolution des litiges relevant du droit des sociétés par le biais d'un tribunal arbitral, à condition qu'il faille l'accord de tous les actionnaires pour inscrire dans les statuts une clause d'arbitrage – les nouveaux actionnaires étant ipso facto assujettis à celle-ci – et que la procédure arbitrale soit régie par le Code de procédure civile (art. 697l al. 2 AP-CO). Les tribunaux arbitraux peuvent en effet contribuer à améliorer la protection des droits des actionnaires minoritaires, car ils respectent la confidentialité, leurs arrêts émanent de juges spécialisés et le règlement des litiges par leur soin est rapide.

III. Les dispositions de l'AP-CO mettant en oeuvre l'art. 95 al. 3 Cst. (initiative Minder)

Loin de traduire uniquement sur le plan légal les exigences relevant de l'art. 95 al. 3 Cst. et de reprendre l'ORAb, l'AP-CO va au-delà de l'ordonnance et du cadre strict de l'art. 95 al. 3 Cst. Nous remarquons d'abord que, à l'opposé de l'ORAb, l'art. 735 al. 3 ch. 4 AP-CO déclare illicites les votes prospectifs sur les rémunérations variables au motif que «les rémunérations variables (bonus) ne peuvent être fixées et approuvées par l'AG que sur la base des comptes annuels révisés et donc des chiffres définitifs» (rapport explicatif, p. 146). Pourtant, suite à l'adoption de l'ORAb, de nombreuses sociétés cotées en bourse ont introduit dans leurs statuts des votes préalables du budget et des rémunérations, y compris des plafonds de rémunérations variables, dans le but de garantir sécurité juridique et prévisibilité financière. Cette pratique n'empêche pas l'AG de confirmer par vote le rapport de rémunération. Vu que la sécurité juridique et la prévisibilité financière plaident pour le maintien du vote prospectif sur les rémunérations variables et qu'il serait disproportionné d'exiger de la part des sociétés concernées de changer à nouveau leurs statuts et pratiques, nous nous opposons au projet d'art. 735 al. 3 ch. 4 AP-CO.

Selon l'art. 735c al. 1 ch. 2 AP-CO les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence qui n'est pas justifiée «selon l'usage commercial» seraient à l'avenir interdites, l'art. 735 al. 3 AP-CO stipulant que «n'est pas justifiée par l'usage commercial, notamment, une prohibition de faire concurrence de plus de douze mois». Certes, la prohibition de concurrence «doit préserver des intérêts dignes de protection de la société et prévenir des dommages qui pourraient la frapper» (rapport explicatif, p. 148). Mais l'indemnisation liée à une telle prohibition doit aussi indemniser équitablement le collaborateur qui quitte une entreprise – éventuellement contre son gré – du fait que son obligation à l'égard de l'ancien employeur restreint sa liberté contractuelle, voire grève de manière sensible son avancement professionnel et économique.

Considérer que pour des membres de direction et des cadres supérieurs actifs dans des sociétés cotées en bourse une prohibition de faire concurrence de plus de douze mois, et l'indemnisation y relative, ne se justifieraient pas par l'usage commercial et seraient donc à proscrire, consiste à faire fi de la réalité économique, ainsi que du droit du travail en vigueur qui tolère, à certaines conditions, des clauses contractuelles de prohibition de faire concurrence jusqu'à hauteur de trois ans (art. 340a CO). En conséquence, nous exigeons que les art. 735c al. 1 ch. 2 et 735c al. 3 AP-CO soient biffés. L'art. 735c al. 1 ch. 3 AP-CO interdisant les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence «qui ne sont pas conformes à la pratique du marché» est suffisant.

L'admissibilité conditionnée des primes d'embauche pour autant qu'elles réparent «un désavantage financier clairement établi» (art. 735c al. 1 ch. 5 AP-CO) est acceptable, car cette réglementation offrira aux entreprises clarté et sécurité juridique à ce sujet.

IV. Représentation des sexes au sein du conseil d'administration et de la direction

L'art. 734e AP-CO prévoit que les grandes sociétés cotées en bourse (au sens de l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO) dont la représentation de chaque sexe au sein du CA et de la direction n'atteint pas 30% doivent à l'avenir mentionner dans le rapport de rémunération les raisons pour lesquelles l'entreprise n'atteint pas ce pourcentage et les mesures envisagées ou déjà prises pour remédier à la situation. Bien que cet article, selon le principe «comply or explain», ne déploie pas d'obligation contraignante pour les sociétés concernées à l'égard des autorités publiques et n'implique pas de sanction en cas de non-observation, il faut récuser le principe même du quota et de toute autre forme d'action positive en faveur d'une catégorie de personnes présumée sous-représentée au sein de l'entreprise. Le quota viole l'égalité de traitement en provoquant inévitablement un effet de discrimination à rebours. L'art. 734e AP-CO est aussi contraire aux libertés économique et contractuelle (art. 27 Cst.) et constitue une intrusion excessive, dénuée d'intérêt public, dans la vie interne des entreprises. Nous rejetons dès lors le projet d'art. 734e AP-CO.

V. Transparence dans les entreprises de matières premières

L'art. 964a AP-CO oblige les entreprises soumises au contrôle ordinaire et qui sont directement ou indirectement actives dans la production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires d'établir chaque année un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements. Sous couvert de transparence et de lutte contre la corruption, il s'agit de forcer les sociétés concernées à communiquer au public des informations concernant les versements qu'elles effectuent au profit de gouvernements (entreprises publiques comprises) dans les pays producteurs. L'art. 964a AP-CO n'a pas de rapport avec la révision du droit de la SA et ne possède qu'un lien thématique très ténu avec les dispositions du CO sur la présentation des comptes. Une réglementation unilatérale suisse relative au négoce des matières premières fossiles est une aberration économique et juridique vu la répartition sur l'ensemble du globe des activités inhérentes à ce commerce (financement, extraction, transport, distribution etc.). Une telle disposition affaiblirait la compétitivité suisse dans ce secteur économique qui offre plus de 10'000 emplois dans notre pays et pèse 3,5% du PIB. Elle doit donc être rejetée, tout comme l'art. 964f AP-CO qui attribuerait au Conseil fédéral, par délégation, le droit d'étendre les obligations visées aux articles 964a à 964e AP-CO aux entreprises actives dans le négoce des autres matières premières.

Nous nous opposons catégoriquement aux dispositions concernant la transparence dans les entreprises de matières premières de l'AP-CO. Si toutefois elles devaient être maintenues, nous demandons d'exclure toute délégation de compétence au Conseil Fédéral sur la question.

Conclusion

La CVCI entre en matière sur une partie des éléments de l'AP-CO en particulier les modifications reprises du projet de réforme du droit des sociétés de 2007.

Nous soutenons notamment l'amélioration de la gouvernance d'entreprise (également pour les sociétés non cotées) et l'utilisation de médias électroniques dans le cadre de l'assemblée générale. Nous refusons toutefois l'abandon de la possibilité de libérer partiellement le capital-actions à la création d'une SA. Cette modification serait, selon nous, dommageable à la création de startups innovantes.

En ce qui concerne le transfert des dispositions de l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans différentes lois fédérales, les propositions de l'AC-CO doivent être rejetées. En effet, le projet ne respecte ni la lettre ni l'esprit de l'initiative Minder et durcit même certaines des dispositions de cette dernière. La CVCI s'oppose également aux propositions relatives à la représentation de chaque sexe au sein des conseils d'administration et des directions des grandes sociétés cotées en bourse.

La CVCI conteste finalement toute réglementation sur la transparence dans les grandes sociétés extractrices de matières premières dans le sens d'une obligation de communiquer sur les paiements effectués au profit de gouvernements.

Au final, au lieu de renforcer l'attrait de la place économique suisse, l'AP-CO propose de durcir le droit actuel sur de nombreux points. Ces modifications ne sont ni nécessaires ni adaptées.

Tout en vous remerciant de l'intérêt que vous porterez à ces lignes, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

CHAMBRE VAUDOISE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

Guy-Philippe Bolay
Directeur adjoint

Julien Guex
Sous-directeur