

Prise de position

Révision du droit de la société anonyme – et contreprojet indirect opposé par le Conseil fédéral à l’initiative populaire fédérale « contre les rémunérations abusives »

I. Exigences de l’usam

Organisation faïtière des PME, l’Union suisse des arts et métiers usam représente 280 associations et quelque 300 000 entreprises. En tant que numéro 1 des PME helvétiques, elle s’engage sans répit pour l’aménagement d’un environnement économique et politique favorable au développement des petites et moyennes entreprises.

A ce titre, l’usam exige

- **la simplification profonde du projet de révision afin d’assurer une meilleure prise en compte des intérêts des PME;**
- **le retrait du projet des dispositions concernant la tenue de la comptabilité et la présentation des comptes des PME ainsi que leur remaniement complet en collaboration avec les milieux économiques;**
- **la suppression du projet de toutes les dispositions et prescriptions inutiles, de même qu’une différenciation entre entreprises cotées en bourse et entreprises non cotées en bourse;**
- **le rejet du contreprojet indirect opposé par le Conseil fédéral à l’initiative populaire fédérale « contre les rémunérations abusives ».**

II. Principales corrections à apporter au droit de la société anonyme : Extension de l’action en restitution (Art. 678)

Proposition

L’action en restitution doit être maintenue dans sa forme actuelle. L’extension matérielle et formelle de l’action en restitution de prestations va beaucoup trop loin.

Motifs

Sous l’actuelle pression sociale, le Conseil fédéral veut massivement étendre la possibilité d’intenter une action en restitution de prestations. Sa proposition n’engendre cependant ni l’amélioration ni la réglementation efficace prétendues, mais ne fait que réagir de manière précipitée aux excès de quelques-uns. En l’occurrence, il sacrifie la responsabilité personnelle et l’autonomie privée de l’ensemble de l’économie, qui, contrairement à ce qu’il affirme, fonctionne dans la plupart des cas.

Le projet du 5 décembre 2008 (Projet 2) va même encore plus loin que l’avant-projet et néglige par là même totalement les résultats de la procédure de consultation – qui pour une part avaient été pris en compte dans le projet du 21 décembre 2001 (Projet 1). Cette manière de procéder est inacceptable.

L'usam se bat en particulier contre

- l'élargissement massif du cercle des personnes tenues à restitution (désormais également les membres de la direction, les organes de fait et les membres du conseil consultatif);
- l'abandon du critère de la disproportion manifeste et de la prise en compte de la situation financière de la société;
- l'abandon du critère de la mauvaise foi du bénéficiaire de la prestation;
- l'extension du droit d'intenter une action en restitution aux créanciers de la société;
- la possibilité pour l'assemblée générale d'ouvrir une action en restitution d'indemnités qu'elle a elle-même déjà approuvées.

La procédure de consultation a montré que le Conseil fédéral, au nom du gouvernement d'entreprise, dépassait largement l'objectif visé. Le projet 1 contenait quelques corrections bienvenues, que le projet 2 a non seulement réduites à néant, mais encore aggravées. L'extension de la qualité pour agir et de la qualité pour défendre liée à l'abandon du critère de la disproportion manifeste des prestations, l'absolue non prise en compte de la situation financière de la société créent des possibilités d'intenter une action arbitraire ainsi qu'au contrôle judiciaire – à savoir étatique – de décisions entrepreneuriales. Il s'agit là d'une réglementation inacceptable, indigne d'un Etat doté d'une économie libérale !

La nouvelle réglementation introduite dans le projet 2 selon laquelle l'assemblée générale peut décider l'ouverture d'une action en restitution a pour conséquence qu'elle peut revenir par voie d'action sur des décisions qu'elle a prises elle-même et qui sont juridiquement valables. Le fait que l'assemblée générale ne doivent plus s'en tenir à ses propres décisions ne va pas seulement à l'encontre de notre perception du droit mais engendre une insécurité juridique extrêmement dommageable et gênante.

Les deux projets renoncent néanmoins à prolonger le délai de prescription (de cinq) à dix ans.

Suppression du régime de la représentation par le dépositaire et par un membre d'un organe (Art. 689c ss)

Proposition

La représentation par le dépositaire et notamment la représentation par un organe de la société – sous réserve de dispositions statutaires contraires – doivent rester possible.

Motifs

La représentation par le dépositaire et par un membre d'un organe répondent au besoin de la pratique. La majorité (silencieuse) des actionnaires est en règle générale d'accord avec les propositions du conseil d'administration. Renoncer à sa voix en abrogeant le régime de la représentation par le dépositaire et par un membre d'un organe de la société signifie la mettre sous tutelle en faveur d'une minorité mécontente. C'est un fait que la majorité des actionnaires garde ses titres exclusivement pour satisfaire des intérêts financiers à court terme et non pour influencer la marche des affaires à long terme de la société. Le Conseil fédéral insiste sur l'importance de la formation d'une volonté représentative de l'assemblée générale. L'abrogation du régime de la représentation par le dépositaire et par un membre d'un organe de la société contredit toutefois diamétralement ce constat et doit donc être rejetée. La volonté de la majorité satisfaite mais silencieuse n'aurait quasiment plus aucun poids. Les réglementations proposées ne permettent pas de faire en sorte que les actionnaires exercent leur droit de vote de manière différente, plus active, mais donnent trop d'importance aux voix des gros actionnaires et aux activistes oppositionnels.

Droit de demander des renseignements et de consulter des documents en tout temps (Art. 697 ss)

Proposition

L'obligation de renseigner en tout temps doit être rejetée dans le cas des sociétés non cotées en bourse, le droit de consulter les livres doit être limité aux sociétés cotées en bourse et le droit de consulter la correspondance doit être rejeté.

Motifs

Comparé à l'avant-projet, le projet 1 limite certes le droit de renseigner en tout temps, uniquement toutefois pour les sociétés cotées en bourse. Les PME doivent s'attendre à devoir en tout temps – et pas seulement à l'occasion de l'assemblée générale – fournir des renseignements écrits. En outre, les sociétés sont tenues d'accorder le droit de consulter non seulement les livres, mais également la correspondance.

Le droit illimité de l'actionnaire de demander des renseignements et de consulter des documents en tout temps ne constitue pas seulement une charge administrative, dont l'utilité peut être aisément remise en question, mais comporte outre la charge disproportionnée avant tout le danger de pratiques procédurières. Par conséquent, le droit de demander des renseignements en tout temps doit être également rejeté pour les sociétés privées.

Publicité des indemnités de la haute direction (Art. 697^{quater} ss)

Proposition

L'obligation du conseil d'administration de fournir des renseignements sur la politique de rémunération à la demande d'un actionnaire pour les sociétés non cotées en bourse, conformément à l'art. 697^{quinquies} CO, doit être rejetée.

Motifs

Pour les sociétés cotées en bourse, les nouvelles règles de transparence entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2007 (Art. 663b^{bis} CO) suffisent. Les autres entreprises, et en particulier celles ne comprenant aucun ou quasiment aucun capital-risque, ne nécessitent aucune réglementation juridique. Comparé à l'avant-projet, le projet étend en outre le droit des actionnaires d'une société mère de consulter des documents aux livres et à la correspondance de la filiale.

Dans le cas des entreprises cotées en bourse, il convient uniquement d'examiner si le conseil d'administration doit soumettre un rapport à l'assemblée générale concernant les indemnités perçues par les dirigeants et le conseil d'administration, rapport sur lequel elle pourrait se prononcer de manière consultative.

Informations particulières

Le droit d'instituer un examen spécial doit être maintenu dans la limite actuelle pour les PME (Art. 697b CO).

Election annuelle et individuelle des membres du conseil d'administration (Art. 710)

L'obligation pour les membres du conseil d'administration de se soumettre chaque année et de façon individuelle au verdict de l'assemblée générale revient dans de nombreux cas à de l'inertie bureaucratique et affaiblit inutilement le conseil d'administration.

Proposition

L'obligation pour les membres du conseil d'administration de se soumettre chaque année et de façon individuelle au verdict de l'assemblée générale doit être rejetée.

Motifs

La société (à savoir les actionnaires par le biais des statuts) doit pouvoir décider elle-même du mode d'élection et de la durée du mandat.

III. Modification de dispositions déjà en vigueur

Seuils pour l'examen spécial, convocation de l'assemblée générale et dissolution (Art. 697 ss / 699 ss / 736)

Les critères émis à l'art. 727 CO et déjà en vigueur concernant l'obligation de révision et un contrôle ordinaire sont fixés beaucoup trop bas et doivent être impérieusement relevés.

Proposition

Les valeurs limites doivent être relevées comme suit:

- a) total du bilan de 20 millions de francs
- b) chiffre d'affaires de 40 millions de francs
- c) 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle

Motifs

Les valeurs seuils étaient déjà beaucoup trop basses dans l'avant-projet et le sont encore dans la version corrigée du projet qui distingue entre sociétés cotées en bourse et sociétés non cotées en bourse.

Attributions de l'organe de révision. Objet et étendue du contrôle (Art. 728a)

L'organe de révision vérifie s'il existe un système efficace de contrôle interne. Cette réglementation est légalement insuffisante et doit être modifiée.

Dans sa réponse du 7 mars 2008 à la motion 07.3818 Système de contrôle interne déposée par le conseiller national Schneider-Amman, le Conseil fédéral a expliqué qu'il considérait une modification législative en l'occurrence prématurée. Le Conseil des Etats a toutefois accepté la motion Büttiker Loi sur la surveillance de la révision. Simplifications pour les PME (08.3587) durant la session d'hiver 2008.

Proposition

L'art. 728a, al. 1, ch. 3, doit être modifié comme suit:

« L'aménagement du système de contrôle interne ressort de la seule et unique responsabilité du conseil d'administration et son existence ne doit être vérifiée que pour les entreprises cotées en bourse. »

Motifs

Suite à l'acceptation de la motion Büttiker, les dispositions réglant le système de contrôle interne et la gestion des risques doivent être simplifiées pour les PME. Le législateur doit établir une distinction entre PME et grandes entreprises à risques cotées en bourse et non procéder à une approche « taille unique ».

IV. Correction générale nécessaire dans le droit comptable

Remarques liminaires

Le domaine comptabilité et présentation des comptes pose des exigences trop élevées aux PME. Cette partie de la révision engendre des coûts inacceptables pour les PME de même qu'une avalanche d'obligations qui exigent un remaniement fondamental de cette partie du projet. La révision contredit en outre le Conseil fédéral et le Parlement qui, depuis des années, affirment vouloir améliorer les conditions-cadre des PME et libérer ces dernières des prescriptions inutiles. En l'occurrence, nous exigeons, comme nous le faisons depuis de nombreuses années également, que l'on établisse une différenciation entre entreprises cotées en bourse et entreprises non cotées en bourse.

Proposition

Le droit comptable doit être retiré du projet et totalement remanié. La version actuelle est inacceptable pour les PME.

Corrections particulières

Abrogation des dispositions du droit de la société anonyme sur la présentation des comptes et nouvelle réglementation

On ne voit pas pourquoi les articles 662-670 en vigueur devraient être abrogés, puis réglés de façon totalement nouvelle aux articles 957 ss. Cela crée une incohérence entre droit de la société anonyme et droit fiscal.

Droits et obligations des actionnaires / Réserves latentes / Réserves de cotisations d'employeur

En dépit des affirmations contraires de l'administration, les dispositions du nouveau droit comptable ne devraient pas manquer d'alourdir encore la charge fiscale des PME. Le nouveau droit place la transparence de la présentation des comptes au-dessus de tout et supprime largement le principe de précaution, bien qu'éprouvé – à savoir la possibilité de constituer des réserves latentes (Art. 662 à 669).

Obligation de tenir une comptabilité: naissance de l'obligation de s'inscrire au registre du commerce (Art. 957 ss)

Le seuil, lié à l'obligation de s'inscrire au registre du commerce, est là aussi trop bas. En outre, on ne comprend pas pourquoi on introduit un « nouveau » seuil et pourquoi est-ce qu'il n'est pas également lié à l'obligation de révision.

Annexe et rapport de gestion (Art. 958 ss)

L'obligation d'établir une annexe va trop loin (voir également à ce sujet les remarques concernant l'art. 959c).

Comptes annuels / Bilan (Art. 959 ss)

Le projet prescrit l'ordre des postes. En principe, l'entreprise devrait cependant pouvoir choisir librement si elle préfère un ordre croissant ou décroissant. (Elément positif : le projet, contrairement à l'avant-projet, prévoit également un poste « autres dettes à long terme ».)

Annexe (Art. 959c)

L'obligation générale d'établir une annexe doit être biffée du projet. Si la loi énumère les renseignements à fournir dans l'annexe, cette énumération devrait être exhaustive et ne pas devoir être recherchée dans d'autres dispositions. Trop de parties intégrantes obligatoires sont éparpillées dans divers autres articles (p. ex. art. 958c, art. 960a, al. 5, art. 960 et suivant).

La possibilité de ne pas établir d'annexe (al. 3) devrait être valable non seulement pour les sociétés de personnes et les entreprises individuelles, mais pour toutes les formes juridiques.

Comptes annuels, évaluation des actifs (Art. 960a)

Le projet de révision du droit de la société anonyme n'est pas un projet fiscal ; il ne doit donc pas entraîner de hausses d'impôts. Jusqu'ici, le droit commercial primait sur le droit fiscal. Diverses administrations cantonales des contributions ont commencé à déroger à ce principe, en définissant elles-mêmes ce qui peut / doit être évalué. Ce qui engendre une insécurité juridique et vide le droit commercial de sa substance. Si contrairement aux prévisions il y a perte : qui doit alors l'assumer ? L'administration des contributions ? La révision du droit de la société anonyme favorise cette évolution, notamment en interdisant les corrections de valeur anticipées (Art. 960a).

Actif immobilisé et participations (Art. 960d)

La présomption suivant laquelle 20% des droits de vote équivalent à une participation (al. 3) doit être rejetée et la dernière phrase de l'alinéa par conséquent biffée.

Définition grandes entreprises / Valeurs limites (Art. 961 ss)

Les valeurs limites régissant l'obligation de se soumettre à un contrôle ordinaire sont trop basses.

Etats financiers établis selon une norme comptable reconnue (Art. 962)

Les prescriptions d'une part sont superflues, d'autre part portent trop fortement atteinte à la liberté entrepreneuriale et économique des organisations privées, des chefs d'entreprise, des propriétaires et des bailleurs de fonds. Des règles privées, ou « normes reconnues » selon la terminologie du projet, doivent restées privées et non pas être érigées en loi.

Le fait que dans les entreprises familiales une minorité de 10% peut mettre en minorité la majorité sur des questions essentielles comme l'établissement des comptes va à l'encontre de notre perception du droit. Protéger la minorité de manière aussi peu appropriée affaiblit les entreprises familiales et compromet leur existence.

Obligation d'établir des comptes consolidés (Art. 963 ss)

Ces dispositions obligerait de nombreuses PME à établir des comptes consolidés. Cela va trop loin. Les PME doivent, à l'avenir également, être libérées de l'obligation d'établir des comptes consolidés. Les associations et les fondations doivent être totalement exclues du champ de l'obligation de consolidation.

Berne, le 9 avril 2009

Responsable du dossier

Peter Neuhaus, chef droit économique

Tél. 031 380 14 24, mél. p.neuhaus@sgv-usam.ch