

## Prise de position relative à la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable

### Contre l'excès de zèle régulateur

La tendance générale des auteurs de lois et de règlements à médiatiser, moraliser et réglementer à l'excès s'illustre aussi dans le cadre de la révision actuelle du droit de la société anonyme et du droit comptable. Les retombées négatives qui en découlent sont entre autres la perte de la flexibilité entrepreneuriale, l'affaiblissement de la place économique suisse et les difficultés toujours plus importantes à appliquer correctement la loi. La révision étant en cours il existe toutefois encore la possibilité d'intervenir et proposer des corrections.

### Quelques réflexions sur la législation et droit de la société anonyme

#### Une tendance positive allant d'un traitement selon la forme juridique vers la forme économique

Malgré l'attachement fondamental du droit des sociétés au système du *numerus clausus* de formes juridiques pour les entreprises, la tendance régulatrice s'en éloigne pour se diriger vers l'adaptation à la forme économique. C'est le cas dans le droit de la société anonyme et plus particulièrement dans le droit comptable. Ce qui est déterminant pour la mise en place de règles particulières c'est la taille économique indépendamment de la forme juridique propre de l'entreprise.

#### Une tendance dangereuse vers une trop grande régulation et des interdictions

Il est indéniable qu'une trop grande régulation nuit et doit être évitée. Cependant, il s'avère que les auteurs de lois et de règlements vont allègrement dans la direction opposée. Concrètement les intérêts particuliers priment, sans coïncider, et la réponse est selon le proverbe « l'excès en tout est un défaut ». Quoiqu'on dise le nombre de dispositions légales s'élève comme une marée et les lois et les révisions qui en découlent se rapprochent dans des laps de temps de plus en plus court. La réglementation excessive est ainsi à l'œuvre dans le cadre de la société anonyme et du droit comptable.

Roue de Lac 2  
1094 Paudex

Case Postale 1215  
1001 Lausanne

T: +41 (0)21 796 33 00  
F: +41 (0)21 796 33 82

secretariat@isade.ch  
[www.isade.ch](http://www.isade.ch)

Ces dernières dispositions mobilisent d'autant plus que la régulation est mal engagée. Au lieu de prévoir pour toutes les entreprises des exigences minimales et prévoir des réglementations complémentaires de cas en cas, le projet va dans le sens opposé. Poussé par les scandales, le projet passe d'un extrême à l'autre et ce même pour les sociétés cotées. Il crée de plus de toute façon des exceptions qui pourtant ne résolvent rien. On a créé un monstre réglementaire dans l'urgence.

### **La réglementation excessive met sous tutelle et nuit mais n'empêche cependant pas les abus.**

Le Conseil fédéral a présenté en décembre 2007 son projet de nouveau droit de la société anonyme et du droit comptable. Il souhaitait répondre à la pression ou l'impression d'une crise dans la gouvernance des sociétés, à la mauvaise humeur face au comportement de certains dirigeants d'entreprises et à l'appel populaire pour plus de transparence et une meilleure protection des droits des actionnaires minoritaires.

Il complétait ce projet en décembre 2008 en raison de l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives ». Divers experts et organisations économiques mettaient alors en garde contre une réglementation excessive. Cette dernière recommandation garde toute son actualité.

La réglementation excessive est synonyme de mise sous tutelle et nuit, toujours. Dans le cadre du droit de la société anonyme et du droit comptable, les répercussions négatives sont notamment les suivantes:

- *Droit statique et peu adaptable conduisant à un examen juridique des décisions entrepreneuriales*  
(par exemple par l'expansion massive de la légitimation active et passive lié aux action en remboursement).
- *Changements rapides liés aux adaptations induites et par conséquent insécurité juridique*  
(par exemple en définissant le déroulement des assemblées générales et les prescriptions extensives en matière de présentations des comptes).
- *Limitation de l'autonomie et de la flexibilité entrepreneuriale et organisationnelle*  
(par exemple par l'élargissement de mesures relatives au système des rémunérations et les prescriptions encadrant les différents votes)
- *Extension de la responsabilité des organes tout en limitant leurs possibilités d'action*  
(par exemple en lui attribuant de nouvelles tâches, en élargissant la responsabilité du conseil d'administration tout en diminuant son champ d'action en matière de détermination des indemnités ou ses choix en matière d'organisation)
- *Potentiel d'abus par une protection excessive des actionnaires minoritaires*  
(par exemple par la réduction des seuils minimaux nécessaires à l'exercice de certains droits et l'introduction d'un droit de requérir des renseignements en tout temps)
- *Perte d'attractivité pour la place économique suisse*  
(Une étude de droits comparés faite à la demande d'économiesuisse met en évidence que sur le plan international, la Suisse est sur-réglémentée dans le domaine du droit des sociétés et que cela menace son attractivité comme place économique.<sup>1</sup>)

---

<sup>1</sup> [http://www.economiesuisse.ch/web/de/PDF%20Download%20Files/Studie\\_Holger\\_Fleischer.pdf](http://www.economiesuisse.ch/web/de/PDF%20Download%20Files/Studie_Holger_Fleischer.pdf)

- *Lourdeur à l'application correcte du droit et de ce fait risques de judiciarisation*  
(Les réglementations détaillées, inadéquates ou trop nombreuses conduisent à une opacité qui ne permet qu'aux spécialistes d'avoir une vue d'ensemble)

Il convient de redire que la réglementation la plus détaillée et la plus exhaustive ne peut ni exclure ni empêcher les abus.

Si toutes les entreprises sont concernées, ce sont toutefois particulièrement les PME qui sont touchées par les répercussions des charges administratives et financières découlant des réglementations. De plus les projets ne tiennent pas suffisamment compte de la taille des entreprises qui induit des différences factuelles et juridiques circonstanciées.

### **Idéal d'un nouvel ordonnancement du droit des sociétés**

Il serait souhaitable, - même si cela s'avère illusoire dans le cadre de l'actuelle révision législative, - de pouvoir disposer d'un droit des sociétés et d'un droit comptable simples, facilement applicables, tenant compte de la forme économique des entreprises. Dans la définition de celles-ci, il ne faudrait pas se baser uniquement sur la taille mais aussi sur la signification économique, l'organisation, le mode de financement et sur les risques économiques potentiels qu'elles engendrent. Les sociétés doivent pouvoir bénéficier au maximum de marges de manœuvre, de flexibilité et d'un plus large espace d'autorégulation. Au-delà d'un minimum légal qui doit être valable pour toutes les sociétés, il convient d'examiner si des exigences supplémentaires et plus pointues sont nécessaires, utiles et sensées.

Cet idéal nécessite une nouvelle rédaction de la loi sur le droit de la société anonyme et du droit comptable. Dans le cadre de la révision en cours des adaptations sont toutefois encore possible. Il faut espérer qu'au vu de la crise et des émotions qu'elle produit, le Parlement ne se laisse submerger par des réflexes idéologiques d'étatisme et de sur-réglementation. Il convient qu'il reste objectif et fonde ses choix sur des données économiques pour une réglementation flexible et basée sur des considérations à long terme.

## **Besoin d'intervention urgent dans la révision en cours**

### **Droit de la société anonyme (Projet I)**

L'isade prend position sur les points suivants extraits de la révision du droit de la société anonyme en cours (projet I) :

- ***Fixation de la rémunération de la direction par le conseil d'administration***

La fixation de la rémunération de la direction, du comité et des personnes proches appartient au conseil d'administration et ceci indépendamment du fait qu'il s'agisse d'une société publique ou d'une société privée. S'agissant des sociétés non cotées en bourse le Conseil d'administration devrait également définir le montant de ses propres indemnités. Cette solution est la plus appropriée. Elle permet à la société de conserver sa flexibilité entrepreneuriale et favorise la conclusion en tout temps de contrats de travail juridiquement valables. Il est loisible à chaque société de prévoir statutairement d'autres règles.

Au vu des diverses formes de capitalisation la fixation des honoraires du conseil d'administration par l'assemblée générale est justifiée dans le cas de sociétés cotées. L'isade ne rejette pas non plus le vote consultatif de l'assemblée générale sur le revenu de la direction, du comité et des personnes proches qui en accroît la légitimation. De même, s'agissant des entreprises cotées, les règlements sur les rémunérations et les rapports à ce sujet sont aujourd'hui déjà la norme.

Ainsi l'isade soutient le projet II de décembre 2008 tel qu'il a été adopté par le Conseil des Etats au cours de la session d'été 2009.

- ***Pas d'action en restitution pour les créanciers***

C'est par le biais contourné d'un contre-projet indirect à l'initiative « contre les rémunérations abusives » que l'action en restitution est réapparue dans le projet II. La procédure de consultation avait pourtant conduit à son abandon devant les multiples critiques. Elle reste cependant toujours contraire au système juridique tel que nous le connaissons et provoque la confusion parmi des intéressés. Le Conseil des Etats y a heureusement apporté une correction adéquate en laissant uniquement à la société et aux actionnaires la possibilité d'ouvrir une telle action.

L'isade émet des doutes quant à la réintroduction dans le projet II et par le Conseil des Etats du terme « manifeste » à la disproportion de la contre-prestation qui n'amène pas une plus grande sécurité juridique. Au contraire, cela prolonge simplement la discussion. On pourrait y renoncer pour des motifs de simplicité de la réglementation.

Ainsi l'isade approuve dans ses grandes lignes le projet sur ce point tel qu'il a été adopté par le Conseil des Etats durant la session d'été 2009.

- ***Droit à la demande orale de renseignements lors de l'assemblée générale et droit à la consultation***

La réglementation actuelle sur le droit de renseignement et de consultation lors de l'assemblée générale a fait ses preuves. De ce fait le Conseil des Etats a fait marche arrière et a réactivé cette solution. Pour des raisons de faisabilité, afin d'éviter démarches administratives inutiles et des abus de la part d'actionnaire quérulents c'est la seule solution valable. Il faut souligner là aussi qu'à tout moment conformément les statuts pourraient être modifiés si la majorité des actionnaires souhaite plus de droits dans ce domaine.

Ainsi l'isade approuve la décision prise par le Conseil des Etats durant la session d'été 2009.

- ***Election individuelle du conseil d'administration tous les 3 ans***

L'isade approuve l'élection individuelle des membres du Conseil d'administration mais désapprouve l'obligation d'une réélection annuelle. D'une part cette manière de faire menace de se transformer en une farce sans signification. D'autre part cette obligation de réélection d'un organe dont l'objectif doit être le succès à long terme, conduirait en cas de crise à des difficultés supplémentaires. La proposition du Conseil des Etats selon laquelle le mandat des administrateurs est de 3 ou au maximum 4 ans sauf disposition statutaire contraire, mérite d'être approuvée. Contrairement à l'avis du Conseil des Etats, l'isade est cependant d'avis que le conseil d'administration devrait pouvoir désigner son président et ce indépendamment du fait que la société soit cotée en bourse ou non. Les statuts peuvent évidemment le cas échéant prévoir l'élection du président par l'assemblée générale.

- **Seuil unique pour l'institution d'un examen spécial, la convocation de l'assemblée générale, l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et pour l'ouverture d'une action en dissolution de la société**

L'institution d'un examen spécial, la convocation de l'assemblée générale, l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et pour l'ouverture d'une action en dissolution de la société sont certes des sujets différents qui justifieraient des seuils différents. Les discussions soulevées par la détermination de valeurs seuils sont épiques. Ceci ressort clairement des corrections précises des seuils différents dans la loi actuelle, dans l'avant-projet I et II et enfin dans la décision du Conseil des Etats. Il ne fait aucun doute que les Conseils auront encore des débats à ce sujet. Etant donné que les seuils n'acquièrent une signification concrète que lors de circonstances a priori non prévisibles, l'isade, propose de définir un seuil unique. Ainsi l'application de plus en plus compliquée et détaillée du droit de la société anonyme serait sans inconvénient facilitée.

Vu ce qui précède, l'isade propose :

- Pour les sociétés non cotées en bourse: alternativement 10 % du capital-actions ou 10 % des droits de vote ou un total d'actions d'une valeur nominale de 1 mios ;
- Pour les sociétés cotés en bourse: alternativement 2,5 % du capital-actions ou 2,5 % des droits de vote ou un total d'actions d'une valeur nominale de 1 mios.

## **Droit comptable (Projet II)**

La simplification des prescriptions de présentation des comptes pour toutes les formes juridiques de sociétés et la gradation des exigences liée à la signification économique des entreprises doit être saluée. Il faut cependant faire des distinctions selon les situations concrètes (et également juridiques) des sociétés malgré l'harmonisation précitée.

La nouvelle réglementation relative à la présentation des comptes est bien trop détaillée (citons par exemple le calcul interminable pour la détermination du bilan et du compte d'exploitation tel que mentionné dans les articles 959 / 959a / 959b nCO ou encore le fait que les montants en monnaies étrangères sont convertis au cours des devises à la date de clôture du bilan. cf article 958d, al. 3 nCO). Des précisions aussi pointues, sans preuves de leurs utilité, révèlent la rigidité de la méthode. On donne naissance à un monstre réglementaire.

La nouvelle procédure de présentation des comptes est trop exigeante pour toutes les entreprises et entraîne des frais administratifs exorbitants et ceci sans utilité pour l'économie en général. A tout le moins, les seuils pour l'obligation de tenir une comptabilité selon les nouvelles règles et la définition des « grandes entreprises » devraient être repensés et relevés.

Le Conseil fédéral a mandaté une groupe d'experts extérieurs au Parlement dénommé « Forum-PME » afin d'examiner les répercussions du nouveau droit de la révision. Il conclut que les actuelles directives ont déjà fortement contribué à une « augmentation massive des frais » et que cela sera à nouveau le cas avec le projet relatif au droit comptable. Les entreprises soumises à la révision ordinaire doivent compter avec une augmentation de CHF 100 mios par année. Il n'y a pas d'estimation des répercussions pour les petites entreprises, il faut cependant en

tenir compte.<sup>2</sup> Lors de la procédure de consultation déjà, les seuils ont été considérés comme trop bas, sans succès toutefois. Même la RK-S n'a pas fondamentalement corrigé le projet du conseil fédéral, à l'exception de l'élévation des seuils pour les entreprises en nom personnel et les sociétés de personnes. De ce fait, la commission des experts préconise de réexaminer les valeurs seuils et les critères pour la soumission à la nouvelle loi sur le droit de la société anonyme.

La pression croissante exercée sur les sociétés sans que cela ne leur apporte une plus-value ou une quelconque utilité doit être stoppée. L'isade est d'avis que le projet II dans sa forme actuelle est trop détaillé et excessif et doit être entièrement retravaillé. Il ne s'agit pas seulement d'adapter à la hausse les valeurs seuils mais la réglementation doit être conçue différemment. En particulier il faut considérer les différences effectives et juridiques entre les comptabilités des sociétés, en renonçant au degré de détails excessif tel qu'il est projeté.

Si l'on suit le modèle actuel, il faut absolument élever de manière significative le seuil d'entrée pour la présentation des comptes et le seuil des « grandes entreprises ». L'isade prend position de la façon suivante :

- **Seuil pour l'obligation de tenir une comptabilité**

L'isade approuve la requête de la majorité du RK-S, selon laquelle les sociétés en nom propre et les sociétés de personnes ne doivent répondre au devoir de comptabilité qu'à partir de CHF 250'000 de chiffres d'affaires. Les nouvelles règles de présentation des comptes sont complexes, détaillées et compliquées dans leur mise en œuvre et utilisation. Dans les sociétés individuelles et les sociétés de personnes les bailleurs de fonds et les entrepreneurs sont confondus. De ce fait, en ce qui concerne les premières, le législateur n'a pas à édicter une protection particulière.

- **Seuil pour la révision ordinaire pour les « grandes sociétés » avec l'obligation de répondre à des exigences supplémentaires en matière de tenue des comptes**

Le fait de pouvoir se baser sur les seuils existants est très pratique. En ce qui concerne ce que l'on nomme les « grandes entreprises » le seuil fixé est toutefois trop bas et ce particulièrement du fait des exigences supplémentaires et des coûts y relatifs.

L'isade propose les seuils minimaux suivants:

- 30 millions au bilan
- 50 millions de chiffres d'affaires
- 100 collaborateurs à plein temps en moyenne par an

isade / mars 2010

---

<sup>2</sup> Le rapport du Forum-KMU et les annexes peuvent être lus sous:  
[www.seco.admin.ch/themen/00476/00487/00490/02012](http://www.seco.admin.ch/themen/00476/00487/00490/02012)