



LEGAL

Perspectives
et risques de
nouveau
juridiques
2005/2006

ADVISORY

Avant-propos

Avril 2006

Chère cliente, cher client,
Chers partenaires,

Avec cette 12^e édition de notre publication «Perspectives et risques», nous avons le plaisir de vous présenter une nouvelle fois un aperçu des nouveautés juridiques et des développements actuels les plus importants dans la pratique.

Le dynamisme économique des quinze dernières années, tout comme l'interdépendance internationale croissante de l'économie suisse, ont inspiré plusieurs projets législatifs. Il n'est dès lors pas étonnant que le droit commercial est actuellement marqué par nombre de réglementations nouvelles et de révisions planifiées. Les Chambres fédérales ont ainsi adopté, en octobre 2005, les nouvelles dispositions relatives à la transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et à la direction. Deux mois plus tard seulement, les Chambres ont adopté la révision totale du droit de la Sàrl, les nouvelles dispositions du Code des obligations relatives aux organes de révision ainsi que la nouvelle loi sur la surveillance des réviseurs. Depuis lors, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation de la révision totale du droit de la société anonyme et de la présentation des comptes. Vous trouverez des informations détaillées sur ces sujets dans la présente publication.

Les besoins de l'environnement de plus en plus international de nos clients nous ont incité à éditer la présente publication également en anglais. Vous pouvez commander gratuitement des exemplaires dans cette langue. Nous espérons que les articles de la présente édition contribueront à mettre en exergue les perspectives que ces nouveautés juridiques sont susceptibles de vous offrir ainsi qu'à votre entreprise.

Vous trouverez à la dernière page de la présente publication les coordonnées de nos personnes de contact qui se réjouissent de répondre à vos questions.

Des remerciements tout particuliers vont à Mirjam Holderegger, Peter Goetschi et Ben Jowett, lesquels ont assuré la direction du projet d'édition de la présente publication.

Stefan Zwicker
Membre de la
Direction générale

Giordano Rezzonico
KPMG Legal
Suisse romande

Daniel Lengauer
KPMG Legal
Suisse alémanique

Tables des matières

Droit des sociétés

Les petites et les grandes révisions du droit des sociétés	11
Révision du Code des obligations: transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction	16
Révision totale du droit de la société à responsabilité limitée	23
Nouveau droit de la révision comptable	27
Annulation de la nomination de l'organe de révision (ATF 131 III 38)	31
Arrêts du Tribunal fédéral en droit des sociétés	34
A l'intersection entre le droit public et le droit privé Ou: quel droit faut-il appliquer au transfert d'activités de la Poste Suisse dans des sociétés commerciales de droit privé?	38
Le traitement des institutions de prévoyance dans la loi sur la fusion	42
Loi sur la fusion: premières expériences	46

Droit des marchés financiers

Surveillance des groupes et conglomérats d'assurance, ainsi que des groupes et conglomérats financiers	59
Comportement abusif en matière de valeurs mobilières au moyen de cours coupés: dernière pratique de la CFB	64
Nouveaux développements du droit de la surveillance des assurances	68

Développements dans le domaine de la prévention contre le blanchiment d'argent 79

Projet de loi sur les placements collectifs 83

Droit du marché des capitaux

Nouveautés dans le droit de cotation 89

Offres publiques d'acquisition (nouvelle pratique de la Commission des OPA) 93

Application des règles de «squeeze out» du droit boursier à une société non cotée 109

Droit de la propriété intellectuelle, de la concurrence et de la technologie

La Communication PME de la ComCo 115

Révision de la loi sur le droit d'auteur 118

Révision en cours de la loi sur la protection des données 122

Droit du travail

Prescriptions sur le licenciement collectif: champ d'application et consultation de la représentation des travailleurs à la lumière de l'ATF 130 III 102 131

Interdiction de concurrence (ATF 130 III 353) 138

Planification successorale

Interprétation du testament et du pacte successoral 143

Planification successorale et liquidation partielle indirecte 147

Autres domaines du droit

Vers une abrogation de la Lex Koller 153

Nouveautés en droit de la fondation 157

La responsabilité fondée sur la confiance et ses limites (ATF 130 III 345) 163

Publications de KPMG Legal Suisse

Personnes de contact

Droit des sociétés

Les petites et les grandes révisions du droit des sociétés

Mirjam Holderegger

Introduction

Récemment, un nombre important de petites et de grandes révisions en droit des sociétés ont été mises en consultation, adoptées par les Chambres fédérales ou promulguées par le Conseil fédéral. Les projets législatifs en cours sont tellement nombreux qu'il est parfois difficile même pour un avocat spécialisé en droit commercial de conserver la vue d'ensemble. Aussi, un **état des lieux des différentes révisions** en cours est présenté ci-après. Un certain nombre de thèmes sont par ailleurs approfondis dans des articles de la présente publication¹.

Aperçu

En date du 16 décembre 2005, le Parlement a adopté non seulement le nouveau **droit de la révision** et la **loi sur la surveillance des réviseurs** (LSR), mais encore – outre le nouveau **droit de la Sàrl** – d'autres adaptations en droit de la société anonyme, de la société coopérative, ainsi que du registre du commerce et des raisons de commerce. Ces dernières adaptations constituent aussi une partie de la révision du Code des obligations et pourraient être qualifiées de **petite révision du droit de la société anonyme**².

En outre, une révision plus importante du droit de la société anonyme et du droit comptable est planifiée. L'avant-projet est en consultation jusqu'à la fin mai 2006. L'entrée en vigueur n'est pas attendue avant plusieurs années.

-
- 1 Cf. à cet égard page 16 «Révision du Code des obligations: transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction», page 23 «Révision totale du droit de la société à responsabilité limitée», page 27 «Nouveau droit de la révision comptable».
 - 2 Cf. à cet égard aussi Lukas Glanzmann, Die kleine Revision des Aktienrechts. Abschaffung der Pflichtaktien für Verwaltungsräte, in: NZZ du 24 février 2006, n° 46, p. 27.

Thème de la révision	Etat actuel	Points les plus importants	Entrée en vigueur / délais
Révision du Code des obligations relative à la transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction	Adoption par le Parlement le 7 octobre 2005 ³ . Expiration du délai référendaire le 26 janvier 2006.	Transparence pour les sociétés cotées en bourse: – indemnités des membres du conseil d'administration et de la direction; – participations des membres du conseil d'administration et de la direction à la société ⁴ .	Entrée en vigueur: probablement le 1 ^{er} janvier 2007.

³ Le texte révisé soumis au référendum peut être consulté à l'adresse suivante: <http://www.admin.ch/ch/ff/2005/5593.pdf>.

⁴ Des informations plus détaillées à ce propos sont disponibles dans l'article «Révision du Code des obligations: transparence des indemnités versées aux membres du Conseil d'administration et de la direction», page 16.

Thème de la révision	Etat actuel	Points les plus importants	Entrée en vigueur/dé-lais
Droit la révision et LSR	Adoption du nouveau droit de la révision comptable ⁵ et de la LSR ⁶ par le Parlement le 16 décembre 2005. Expiration du délai référendaire le 6 avril 2006.	– Amélioration des prescriptions relatives à la révision. – Concept uniformisé pour toutes les formes juridiques du droit privé. – Différentes formes de révision en fonction de la taille de la société et de la réalisation de certains critères ⁵ .	Election du conseil d'administration et du directeur de l' autorité fédérale de surveillance en matière de révision par le Conseil fédéral d'ici l'automne 2006 ⁸ . Entrée en vigueur: probablement durant la deuxième partie de 2007 (avec le droit de la Sàrl). Dans l'intervalle, les dispositions d'exécution des nouvelles règles seront élaborées.
Révision du droit de la Sàrl	Adoption du nouveau droit de la Sàrl par le Parlement le 16 décembre 2005 ⁹ . Expiration du délai référendaire le 6 avril 2006 ¹⁰ .	– Des inconvenients du droit actuel sont éliminés . – Amélioration des conditions cadres économiques ¹¹ .	Entrée en vigueur: probablement durant la deuxième partie de 2007 (avec le droit de la révision comptable). Dans l'intervalle, les dispositions d'exécution des nouvelles règles seront élaborées.

5 Le texte soumis au référendum peut être consulté à l'adresse suivante: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2005/6809.pdf>. Cf. également Feuille fédérale (FF) 2005, p. 6809.

6 Le texte soumis au référendum de la LSR peut être consulté à l'adresse suivante <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2005/6867.pdf>. Cf. également FF 2005, p. 6867.

7 Cf. à cet égard page 27 «Nouveau droit de la révision comptable».

8 Cf. à cet égard le communiqué de presse du 1^{er} mars 2006 suivant: http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2006/ref_2006-03-01.html.

9 Cf. à cet égard http://www.parlament.ch/afs/data/f/gesch/2001/f_gesch_20010082.htm.

10 Le texte soumis au référendum peut être consulté à l'adresse suivante: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2005/6809.pdf>. Cf. également FF 2005, p. 6809.

11 D'autres détails à ce propos se trouvent dans l'article traitant de la révision totale du droit de la Sàrl, p. 23.

Thème de la révision	Etat actuel	Points les plus importants	Entrée en vigueur /délais
<p>Révision partielle du droit de la société anonyme («petite révision du droit de la société anonyme»)</p>	<p>Adoption des nouvelles dispositions par le Parlement le 16 décembre 2005¹².</p> <p>Expiration du délai référendaire le 6 avril 2006.</p>	<p>Fondation:</p> <ul style="list-style-type: none"> – fondation par une seule personne physique ou morale possible¹³; – reprise de bien: applicable lorsque le bien est repris d'un actionnaire ou d'une personne proche de ce-dernier¹⁴. <p>Conseil d'administration:</p> <ul style="list-style-type: none"> – les administrateurs ne doivent pas être actionnaires; – droit de participer à l'assemblée générale et à y faire des propositions¹⁵; – abolition de l'exigence de domicile et de nationalité¹⁶ – réglementation des affaires «avec soi-même»: documentation par un contrat écrit¹⁵. <p>Droits des actionnaires:</p> <ul style="list-style-type: none"> – les décisions de dissolution nécessitent un quorum spécial¹⁸; – réduction à zéro du capital: les droits sociaux existants des actionnaires disparaissent avec la réduction de capital et les actions émises sont annulées¹⁹. 	<p>Entrée en vigueur: probablement durant la deuxième partie de 2007 (avec le droit de la révision comptable et le droit de la Sàrl).</p>

12 Le texte soumis au référendum peut être consulté sous <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2005/6809.pdf>. Cf. également Feuille Fédérale (FF) 2005, p. 6809.

13 Art. 625 nCO.

14 Art. 628 al. 2 nCO.

15 Art. 702a nCO.

16 Art. 708 CO est supprimé.

17 Art. 718b nOR.

18 Art. 704 al. 1 nOR.

19 Art. 732a al. 1 nOR.

<p>Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable («grande révision du droit de la société anonyme»)</p>	<p>Ouverture de la consultation sur l'avant-projet (AP-CO)²⁰ par le Conseil fédéral le 2 décembre 2005.</p>	<p>Amélioration de la gouvernance d'entreprise:</p> <ul style="list-style-type: none"> – réduction des seuils déterminants pour l'exercice des différents droits de l'actionnaire²¹; – réglementation claire des droits à l'information des actionnaires. <p>Flexibilisation des structures de capital:</p> <ul style="list-style-type: none"> – augmentations et réductions de capital plus flexibles (marge de fluctuation de capital²²); – renonciation à la valeur nominale minimale²³; – abolition de l'action au porteur²⁴; – actualisation des règles relatives au déroulement de l'assemblée générale²⁵. <p>Uniformisation du droit comptable:</p> <ul style="list-style-type: none"> - distinction par rapport à l'importance économique de l'entreprise²⁶; - amélioration de la transparence afin de protéger les personnes détenant une participation minoritaire. 	<p>La consultation sur la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable court encore jusqu'au 31 mai 2006²⁷.</p>
--	--	--	--

20 L'avant-projet relatif à la révision du droit de la société anonyme et du droit de la présentation des comptes dans le Code des obligations peut être consulté sous http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.0007.File.tmp/VEfranz05113%20revOFJ_version%20finale%20Version%20EDA.pdf, le rapport explicatif sous http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0008.File.tmp/rapportexplicatifcomplet_version%20finale30.11.pdf.

21 Cf. à cet égard par exemple la disposition relative à l'ouverture d'un contrôle spécial: art. 697a ss AP CO.

22 Art. 653r ss AP CO.

23 Art. 622 al. 2 AP CO.

24 Art. 622 al. 1 AP CO.

25 Cf. à cet égard par exemple l'utilisation de moyens électroniques: art. 701c ss AP CO.

26 Cf. à cet égard par exemple les art. 961 ss AP CO «Comptes des grandes entreprises».

27 Le communiqué de presse du 5 décembre 2005 relatif à l'ouverture de la consultation peut être consulté à l'adresse suivante: http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2005/ref_2005-12-051.html.

Révision du Code des obligations: transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction

(cf. Perspectives et risques 2004/2005, p. 75 ss; 2003/2004, p. 71 ss; 2002/2003 p. 36 ss; 2001/2002, p. 27 ss)

Michel Bussard/Marc Raggenbass

Introduction

Depuis l'été 2002, les sociétés suisses cotées en bourse sont tenues de publier, dans un chapitre séparé de leur rapport annuel, une série d'informations sur les indemnités, salaires et autres avantages attribués aux membres de leur conseil d'administration et de leur direction. Les dispositions qui définissent ces obligations sont d'ordre autorégulateur; c'est en effet l'Instance d'admission de la SWX Swiss Exchange qui a édicté la «Directive SWX concernant les informations relatives au Corporate Governance»¹, lequel indique quelles données doivent être rendues publiques en matière d'indemnités versées aux dirigeants. Dorénavant, les devoirs d'informations des **sociétés cotées** seront réglés de par le droit fédéral.

Par rapport à la publication des indemnités versées aux organes de la société, le Conseil fédéral désire aller encore plus loin à l'occasion d'une révision étendue du droit de la société anonyme et du droit comptable. Il est prévu de régler de façon plus claire les droits à l'information des actionnaires et de créer un droit à l'information concernant le montant des indemnités versées au conseil d'administration et à la direction de sociétés non cotées (sociétés anonymes privées). Par ailleurs, d'autres prescriptions destinées à améliorer la Corporate Governance, qui ne sont toutefois pas traitées ci-après, sont prévues.

¹ Directive de la Bourse suisse (SWX Swiss Exchange) du 17 avril 2002 concernant les informations relatives au Corporate Governance (http://www.swx.com/admission/r/cg_fr.pdf).

Nouvelles dispositions relatives à la transparence pour les sociétés cotées

Les Chambres fédérales ont adopté, le 7 octobre 2005, les modifications du Code des obligations s'appliquant aux **sociétés cotées en bourse**². Le délai référendaire relatif à ces modifications est arrivé à échéance le 26 janvier 2006, et les nouvelles dispositions devraient, dès lors, entrer en vigueur au plus tard le 1^{er} janvier 2007.

Les nouvelles dispositions obligent les sociétés concernées à indiquer, dans l'**annexe au bilan**, des informations précises par rapport aux salaires, indemnités et autres avantages accordés aux membres du conseil d'administration et de la direction.

Quelles indemnités doivent être publiées ?

Les indemnités suivantes doivent être publiées³:

- aux membres actuels du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif;
- aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif lorsqu'elles sont en relation avec leur ancienne activité d'organe de la société ou lorsqu'elles ne sont pas conformes à la pratique du marché;
- aux personnes proches des membres actuels et anciens du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif lorsque les indemnités ne sont pas conformes à la pratique du marché.

Partant, les indemnités que touche un ancien membre du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif, après son départ de la société et dans le cadre de ses relations professionnelles avec la société (par exemple en tant que conseiller juridique), ne doivent pas être publiées, sauf si elles ne sont pas conformes à la pratique du marché. Doivent par contre être publiées dans tous les cas les indemnités qu'un membre d'un organe continue à toucher, après son départ de la société, en raison de son ancienne activité.

² FF 2005 p. 5593. Il s'agit en substance de l'introduction d'un nouvel art. 663b^{bis} CO et d'un al. 3 à l'art. 663c al. 3 CO. Les autres modifications ont trait aux titres marginaux des art. 663d, 663e, 663h et 664 ainsi que de l'art. 6a, al. 6 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération.

³ Art. 663b^{bis} al. 1 CO.

La notion juridique de «**personne proche**» peut être retrouvée dans diverses dispositions. Sont considérées comme étant proches les personnes qui sont liées par une relation privée, économique, juridique ou effective (par exemple en raison d'une relation familiale, de connaissance ou commerciale)⁴.

Quelles sont les indemnités qu'il faut publier?

L'énumération à l'art. 663b^{bis} al. 2 CO des indemnités à indiquer n'est pas exhaustive. Sont touchées par l'obligation de publier **toutes les indemnités**, en espèce ou en nature, dont entre autres formes également des prêts, des prêts hypothécaires, des indemnités annexes et des versements dans des caisses de pension. Ne joue, à cet égard, aucun rôle que le versement soit effectivement fait par la société elle-même, une société du groupe ou par le truchement d'un tiers⁵.

Quels sont les prêts et autres crédits visés par l'obligation de publier?

Il convient de publier les prêts et autres crédits consentis⁶:

- aux membres actuels du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif;
- aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif s'ils ne sont pas conformes à la pratique du marché;
- aux personnes proches des membres actuels et anciens du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif s'ils ne sont pas conformes à la pratique du marché.

Comment faut-il publier?

Les indications des indemnités et crédits doivent inclure⁷:

- le montant global accordé aux membres du conseil d'administration, ainsi que le montant accordé à chacun d'entre eux, avec mention de son nom et de sa fonction;

4 Bulletin officiel du Conseil national du 28 septembre 2005, p. 1266.

5 Message du Conseil fédéral sur la révision du Code des obligations du 23 juin 2004 (FF 2004, p. 4241).

6 Art. 663b^{bis} al. 3 CO.

7 Art. 663b^{bis} al. 4 CO.

- le montant global accordé aux membres de la direction, ainsi que le montant accordé au membre de la direction dont la rémunération est la plus élevée, avec mention du nom et de la fonction de ce membre;
- le montant global accordé aux membres du conseil consultatif, ainsi que le montant accordé à chacun d'entre eux, avec mention de son nom et de sa fonction.

Les indemnités et crédits accordés à des proches doivent être indiqués séparément et sans indication de nom.

Les participations, droits de conversion et d'option doivent-ils aussi être publiés?

Les participations ainsi que les droits de conversion et d'option de chacun des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, y compris les participations des personnes qui leurs sont proches, doivent être indiqués avec mention de leur nom et de leur fonction⁸. Du fait que les personnes proches se trouvent dans la sphère d'influence du membre, ce dernier se voit imputer les participations de ces personnes.

Quand est-ce qu'il faut indiquer les indemnités et participations?

Les indemnités doivent être indiquées au cours de l'année commerciale durant laquelle elles sont définitivement dues au destinataire. Le moment de la prestation effective n'est par contre pas déterminant. Les prêts et autres crédits doivent être indiqués dans l'étendue des positions de crédit ouvertes à la date de référence, indépendamment du volume de crédit accordé durant l'année commerciale⁹.

L'attribution de participations, de droits de conversion et d'option en tant que partie d'une indemnité ne doit être indiquée, dans l'annexe au bilan, que pour les droits accordés durant l'année commerciale¹⁰. Tous ces droits doivent, par contre, être indiqués, à la date de référence, cumulés en tant que participation.

8 Art. 663c al. 3 CO.

9 Art. 663b^{bis} al. 3 CO.

10 Art. 663b^{bis} al. 2 ch. 4 CO.

Est-ce qu'il y a des possibilités de contrôle?

L'annexe au bilan fait partie, tout comme le compte de profits et pertes et le bilan, des comptes annuels¹¹. Ces derniers sont vérifiés, par l'organe de contrôle, quant à leur conformité avec la loi et les statuts¹². L'indication, dans l'annexe au bilan, des indemnités et des participations permet ainsi le contrôle, par un organe indépendant, du respect des dispositions relatives à la transparence¹³. Font partie du contrôle l'exactitude et l'intégralité des transactions; en font aussi partie, selon le Conseil fédéral, l'appréciation de la conformité à la pratique du marché et du cercle des personnes proches¹⁴. Si l'organe de révision constate des manquements, il en avise le conseil d'administration et, dans les cas graves (par exemple en cas d'indications erronées des indemnités individuelles versées aux membres du conseil d'administration), l'assemblée générale¹⁵.

Les sociétés cotées en bourse doivent soit publier leurs comptes annuels dans la Feuille officielle suisse du commerce, soit les délivrer à toute personne qui en fait la demande dans l'année qui suit l'approbation¹⁶. Cela garantit que les comptes des sociétés ouvertes au public soient accessibles à ce dernier.

Quelles sont les conséquences d'un non respect des dispositions?

L'indication des indemnités et participations est un devoir du droit de la société anonyme. Leur non respect peut être sanctionné, par les actionnaires, par une non réélection ou une révocation des membres du conseil d'administration ou par un refus d'accorder la décharge¹⁷. Par ailleurs, les actionnaires disposent d'une action en responsabilité dans le cas d'une violation intentionnelle ou par négligence d'un devoir du conseil d'administration ou de la direction, ainsi que d'un dommage consécutif causé au plaignant¹⁸. Si les règles sur la transparence sont violées et si la prestation en cause est, de plus, en disproportion évidente avec sa contre-prestation et la situation économique de la société, l'actionnaire peut en plus demander la restitution des prestations¹⁹. Dans des cas spéciaux, il est enfin possible que des

11 Art. 662 al. 2 CO.

12 Art. 728 al. 1 CO.

13 Art. 727c CO.

14 Bulletin officiel du Conseil national du 28 septembre 2005, p. 1269.

15 Art. 729b al. 1 CO.

16 Art. 697h al. 1 CO.

17 Art. 698 al. 2 ch. 5 CO.

18 Art. 754 CO.

19 Art. 678 al. 2 CO.

infractions au Code pénal (CP) soient réalisées, comme la gestion déloyale²⁰ ou encore les faux renseignements sur des entreprises commerciales²¹.

Droit d'information planifié des actionnaires de sociétés privées

Les modifications législatives envisagées vont plus loin, puisque l'avant-projet de révision du Code des obligations²² prévoit d'introduire pour une **obligation identique de transparence pour toutes les sociétés anonymes**.

Selon la doctrine dominante, le droit actuel ne confère aux actionnaires minoritaires des sociétés anonymes privées aucun droit à demander des informations sur les indemnités versées au conseil d'administration. Or, la connaissance du montant de ces indemnités constitue dans nombre de cas une condition de fait à l'exercice de l'action en restitution (art. 678 CO), de l'action en responsabilité (art. 754 CO) et du droit de demander l'institution d'un contrôle spécial (art. 697 ss CO).

Les sociétés privées possédant des exigences de confidentialité légitimement plus élevées que les sociétés cotées en bourse, cette transparence ne sera pas garantie par le biais d'une publication dans l'annexe au bilan, mais par un **droit individuel d'information** des actionnaires, lesquels pourront exiger que le conseil d'administration leur communique le montant des indemnités perçues²³.

La sphère privée des dirigeants sera donc moins fortement touchée par la transparence individuelle dans les sociétés anonymes privées que dans les sociétés ouvertes au public.

Perspectives et risques

Le renforcement de la transparence répond à une revendication politique et économique importante. Les améliorations des exigences légales pour les sociétés cotées devraient dès lors avoir une influence positive sur le marché des capitaux suisse.

20 Art. 158 CP.

21 Art. 152 CP.

22 FF 2005 p. 6567 ss; http://www.admin.ch/ch/fi/gg/pc/documents/1275/Bericht_f.pdf.

23 Art. 697^{quinties} de l'avant-projet.

Le droit à l'information relative aux indemnités versées aux organes, prévu dans la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, améliorera, avec les autres modifications, la Corporate Governance et fortifiera la position des actionnaires minoritaires également dans des sociétés privées.

Cette évolution comporte en revanche le **risque** de demandes abusives et de l'utilisation des informations reçues à d'autres fins que celles de la transparence.

Révision totale du droit de la société à responsabilité limitée

(cf. Perspectives et risques 2004/2005, p. 25 ss; 2003/2004, p. 69 ss; 2002/2003, p. 50 ss)

Nicolas Chervet/Pierre Oberson

Introduction

Le 19 décembre 2001 déjà, le Conseil fédéral a adopté et transmis aux Chambres fédérales un projet de loi relatif à la révision du droit de la société à responsabilité limitée (ci-après: Sàrl)¹. Les travaux parlementaires ont toutefois été suspendus pour permettre au Conseil fédéral, actualité oblige, d'élaborer un projet de réforme de la révision comptable et de la surveillance des réviseurs. Le Conseil fédéral s'est exécuté en date du 23 juin 2004, en adressant aux Chambres un projet de loi additionnel².

Le Parlement a délibéré sur ces deux projets à compter de la session d'été 2005, sous la forme d'un paquet unique. La révision a été adoptée en vote final le 16 décembre 2005³. Il est prévu que cette réforme entre en vigueur dans la deuxième partie de l'année 2007.

Nous présentons ci-après un bref aperçu des principales nouveautés qu'apporte cette révision importante du droit des sociétés.

Aperçu

Le nouveau droit s'efforce d'**éliminer nombre d'inconvénients** que comporte le texte légal en vigueur.

- **Responsabilité:** le patrimoine de la société répond désormais seul des engagements de la société (plus de responsabilité personnelle subsidiaire des associés).
- **Libération:** le capital social doit être intégralement libéré lors de la fondation.

1 Le projet de loi et le message du Conseil fédéral l'accompagnant sont publiés à la Feuille fédérale (FF) n° 16 du 23 avril 2002, p. 2949 ss, et sont accessibles sur Internet par le lien suivant: http://www.admin.ch/ch/ff/2002/index0_16.html.

2 Le projet de loi et le message additionnel sont publiés à la FF n° 28 du 20 juillet 2004, p. 3745 ss; http://www.admin.ch/ch/ff/2004/index0_28.html.

3 Le texte voté et soumis au référendum législatif facultatif jusqu'au 6 avril 2006 est publié à la FF n° 51 du 27 décembre 2005, p. 6809 ss; <http://www.admin.ch/ch/ff/2005/6809.pdf>.

- **Capital social:** la limite supérieure du capital social, fixée jusqu'à présent à CHF 2 millions, est abolie. Le montant minimal du capital social demeure quant à lui fixé à CHF 20000.–. Le versement effectif du capital social est assuré par la reprise des prescriptions du droit de la société anonyme (SA) en matière de libération et de vérification des apports. La valeur nominale minimale des parts sociales est ramenée de CHF 1000.– à CHF 100.–.
- **Parts sociales:** chaque associé peut dorénavant détenir plusieurs parts sociales et la forme écrite simple est suffisante pour leur cession (art. 785 al. 1 nCO). Une cession de parts ne nécessite en outre plus la révision des statuts. Sauf disposition contraire de ces derniers, cette cession continue toutefois de requérir l'approbation de l'assemblée des associés. Celle-ci peut refuser son assentiment sans indication de motifs (art. 786 nCO). Si des règles statutaires dérogoatoires demeurent possibles, elles sont toutefois énumérées de manière exhaustive dans la loi.
- **Faillite d'un associé gérant:** en droit actuel, la faillite d'un associé gérant peut, en principe, entraîner la faillite de la Sàrl, notamment lorsque les autres associés ne sont pas en mesure de reprendre la part sociale du failli. Le nouveau droit supprime cette règle.
- **Augmentation de capital:** pour une augmentation de capital, il ne sera plus nécessaire d'obtenir l'unanimité des associés.
- **Fondation unipersonnelle:** jusqu'à présent, il fallait engager deux personnes pour la constitution d'une Sàrl. Dans le futur, une seule personne, physique ou une société commerciale, suffira (art. 772 al. 1 nCO).
- **Dépôt annuel au Registre du commerce:** l'exercice formel consistant à déposer chaque année la liste des associés est abandonné⁴.

La révision introduit en outre des règles claires ayant trait à l'**organisation** de la Sàrl.

- **Gestion et représentation:** les attributions revenant de façon impérative à l'assemblée des associés, aux gérants et, le cas échéant, à l'organe de révision sont désormais clairement déterminées. Au-delà de ces attributions impératives, les statuts pourront procéder à un réglage subtil de la répartition des pouvoirs décisionnels entre les associés et les gérants (art. 811 nCO). La palette offerte dans la rédaction des statuts d'une Sàrl sera d'ailleurs plus riche et variée que celle à disposition des SA. En outre, sauf disposition contraire des sta-

4 Cf. FF 2002, p. 2962.

tuts, chaque gérant aura individuellement le pouvoir de représenter la société (art. 814 nCO).

- **Droit de veto des associés:** le droit de veto des associés contre les décisions de l'assemblée des associés est retreint à certains types de décisions, que les statuts de la société devront déterminer. Il sera possible d'aménager pour chaque associé l'étendue de son droit de veto (art. 807 nCO).

- **Organe de révision:** jusqu'à présent, il n'y avait pas d'obligation légale pour les Srl de désigner un organe de révision. Le nouveau droit de la Srl renvoie aux dispositions du droit de la société anonyme (art. 818 nCO)⁵. En bref, les grandes Srl seront soumises à un contrôle ordinaire, alors que les moyennes et les petites devront faire l'objet d'un contrôle restreint, avec la faculté pour les petites de renoncer, à certaines conditions, à toute révision. Nonobstant ces règles générales, un associé qui a quitté la société pourra toutefois exiger l'exécution d'un contrôle ordinaire par un organe de révision, ce aussi longtemps que l'indemnité qui lui est due ne lui a pas été entièrement versée (art. 825a al. 4 nCO). La même règle vaut aussi pour les associés soumis à une obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires (art. 818 al. 2 nCO).

La révision renforce également la position des associés minoritaires, notamment en leur accordant un droit de renseignement sur toutes les affaires de la société (art. 802 nCO), en instaurant des majorités qualifiées pour certaines décisions importantes (art. 808b nCO) et en leur accordant un droit de convocation et de proposition (art. 805 al. 5 ch. 2 nCO).

S'agissant enfin de l'établissement des comptes annuels, les dispositions y relatives du droit de la société anonyme s'appliqueront à l'avenir également à la Srl (art. 801 nCO).

5 Cf. «Le nouveau droit de la révision comptable», page 27.

Perspectives et risques

Il paraît justifié de maintenir en Suisse la forme de société de la Sàrl. En tant que société de capitaux sans conseil d'administration, elle est en effet particulièrement bien adaptée aux besoins des PME par la relative simplicité de ses structures. Le maintien à CHF 20000 du montant minimal du capital social continuera à faciliter la vie des PME et, en particulier, des start-up. Le nouveau droit élimine toute une série de faiblesses du droit actuel, clarifie nombre de questions de fonctionnement et augmente la protection des associés minoritaires.

La réforme contraindra toutefois les sociétés existantes à réviser leurs statuts, que ce soit pour les rendre conforme au nouveau droit (dans un délai de deux ans) ou pour exploiter la flexibilité que celui-ci offre notamment dans le domaine de l'organisation de la société. Pour les sociétés dont le capital est libéré partiellement, il conviendra en outre de libérer le solde dans un délai de deux ans.

Nouveau droit de la révision comptable

(cf. Perspectives et risques 2004/2005, p. 25 ss; 2003/2004, p. 69 ss)

Nicolas Chervet/Pierre Oberson

Introduction

Les Chambres fédérales ont adopté, en date du 16 décembre 2005, une révision des dispositions du droit de la société anonyme relatives à l'organe de révision (art. 727 ss CO). Par le jeu de renvois, ces nouvelles dispositions s'appliqueront également à la Sàrl (art. 818 CO)¹, à la société coopérative (art. 906 CO), ainsi qu'aux fondations et aux associations².

En même temps, une nouvelle loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR) a été adoptée.

Il est prévu que cette réforme entre en vigueur dans le courant de la deuxième partie de l'année 2007³. Jusqu'à cette date, les dispositions d'exécution devront être élaborées et la future autorité de surveillance devra être instituée.

Nouvelles dispositions relatives à l'organe de révision

L'élément saillant de cette réforme résulte de ce que l'obligation de révision ne sera **plus fonction de la nature juridique** de la société en question, mais de la **taille de l'entreprise et d'autres critères importants** comme la qualité de société ouverte au public. L'idée est en effet de pouvoir tenir compte de la réalité économique des différentes entreprises et, en particulier, d'octroyer des allègements aux PME.

Dans l'optique d'aménager une révision adaptée aux différentes entreprises et de tenir compte des différents objectifs de protection devant être sauvegardés, la réforme introduit en outre **un contrôle différencié**: le contrôle ordinaire, d'une

1 Cf. «Révision totale du droit de la Sàrl», page 23.

2 Aujourd'hui, il n'est obligatoire de désigner un organe de révision qu'en présence d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions ou d'une société coopérative. A l'avenir, l'obligation de révision concernera aussi les Sàrl (art. 818 nCO), les fondations (art. 83b nCC) et les associations importantes (art. 69b nCC).

3 La réforme du droit de la révision comptable et la LSR sont soumises au référendum facultatif jusqu'au 6 avril 2006.

part, et le contrôle restreint (ou review), d'autre part. Seront à l'avenir soumises obligatoirement à un **contrôle ordinaire** les **sociétés ouvertes au public**⁴ ainsi que les **grandes entreprises**, savoir les sociétés qui, au cours de deux exercices successifs, dépassent deux des valeurs suivantes: CHF 10 mios de total du bilan, CHF 20 mios de chiffre d'affaires, un effectif de 50 emplois à plein temps en moyenne annuelle (art. 727 nCO)⁵. Quant aux autres entreprises, elles seront en principe toutes soumises à un **contrôle restreint** (art. 727a nCO). Par rapport au contrôle ordinaire, le contrôle restreint offre divers allègements, notamment sur les plans de l'étendue et de l'intensité des contrôles, ainsi que des exigences professionnelles et d'indépendance posées à l'organe de révision.

La révision introduit en outre un **système d'options** qui permettra aux sociétés d'**aménagement le régime de base** (révision ordinaire ou révision restreinte) selon les circonstances et leurs besoins effectifs. L'**opting up** permettra à une minorité représentant au moins 10% du capital social d'exiger un contrôle ordinaire pour une société qui n'est astreinte qu'à un contrôle restreint. L'**opting out** permettra aux sociétés uniquement astreintes à un contrôle restreint de se soustraire à toute révision, à la condition qu'elle ne comporte pas plus de dix emplois à plein temps et que tous les associés ou actionnaires y consentent⁶. L'**opting down** permettra aux sociétés autorisées à recourir à l'opting out et, aux mêmes conditions, d'ignorer certaines dispositions de la loi, au lieu de se passer complètement de révision. Enfin, l'**opting in** permettra aux tiers (par exemple des bailleurs de fonds) d'exiger, sur une base contractuelle, des sociétés qui pourraient se dispenser d'une révision de faire tout de même contrôler leurs comptes. Cela présuppose toutefois une position de négociation suffisamment forte.

4 Sont des sociétés ouvertes au public celles qui (a) ont des titres de participation cotés en bourse, (b) sont débitrices d'un emprunt par obligations ou (c) dont les actifs ou le chiffre d'affaires représentent 20% au moins des actifs ou du chiffre d'affaires des comptes de groupe d'une société au sens des let. a et b (art. 727 al. 1 ch. 1 nCO).

5 A noter que les Chambres fédérales ont relevé les seuils du projet du Conseil fédéral, lesquels ascendaient à CHF 6 mios, respectivement à CHF 12 mios.

6 Le Parlement a introduit un alinéa qui permettra au conseil d'administration de requérir par écrit le consentement des actionnaires, de leur fixer un délai de réponse de 20 jours au moins et de considérer un défaut de réponse comme un consentement (art. 727a al. 3 nCO). Les Chambres ont en outre ajouté une autre règle selon laquelle la décision prise par les actionnaires de renoncer à un contrôle restreint vaut également pour les années qui suivent. Chaque actionnaire a toutefois le droit d'exiger un contrôle restreint au plus tard dix jours avant l'assemblée générale; cette dernière doit alors élire un organe de révision (art. 727a al. 4 nCO).

De surcroît, le nouveau texte donne une définition plus précise des **attributions de l'organe de révision**. A noter que, s'agissant du contrôle ordinaire, l'organe de révision devra nouvellement examiner s'il existe un système de contrôle interne (art. 728a al. 1 ch. 3 nCO)⁷.

Les **critères d'indépendance** auxquels doivent satisfaire l'organe de révision sont également définis de façon plus précise et de manière différenciée pour le contrôle ordinaire et le contrôle restreint (art. 729 et 729 nCO)⁸.

Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR)

Jusqu'à présent, la **surveillance des réviseurs** reposait essentiellement sur le principe de l'autorégulation et de l'autocontrôle. Avec la LSR, la surveillance est dorénavant réglée au niveau légal. Ceci est une conséquence des changements réglementaires intervenus à l'étranger, à la suite d'effondrements d'entreprises et de scandales financiers.

Aux Etats-Unis, le **Sarbanes-Oxely-Act 2002 (SOX)** a été décrété ensuite de tels événements. Cette loi règle, parmi d'autres aspects, la surveillance étatique des réviseurs par la création du Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB), actif depuis la fin 2003. L'enregistrement auprès du PCAOB des grandes sociétés de révision des Etats-Unis (Big Four) a été achevé en octobre 2003, tandis que l'enregistrement subséquent nécessaire des grandes sociétés de révision suisses auprès de cette même autorité américaine a eu lieu en juin 2004.

Il s'en est suivi une surveillance et une régulation plus intensive des grandes sociétés de révision au niveau international. Le renforcement des règles d'indépendance et des contrôles supplémentaires auxquels doivent se soumettre les réviseurs en sont la preuve.

L'instauration d'un «Swiss PCAOB» (autorité de surveillance de la Confédération) a pour but de limiter le champ d'application extraterritoriale de l'US PCAOB ainsi que d'autres institutions similaires. La Suisse entend créer une réglementation auto-

7 Le projet du Conseil fédéral prévoyait que l'organe de révision «vérifie s'il existe un système de contrôle interne qui fonctionne». Le Parlement ayant biffé la relative «qui fonctionne», une incertitude est née sur la question de savoir si un contrôle formel (la société a mis en place un contrôle interne) est suffisant ou si un contrôle matériel (examen du travail accompli par l'organe interne) devra toute de même être exécuté.

8 Par rapport au projet du Conseil fédéral, le Parlement a assoupli la règle relative à la durée du mandat de la personne responsable d'un contrôle ordinaire. Alors que le projet Conseil fédéral prévoyait une durée de cinq ans au maximum, cette durée a été portée à sept ans par le Parlement (art. 730a al. 2 nCO).

nome et répondre en même temps au risque de devoir divulguer à des autorités étrangères des secrets commerciaux d'entreprises indigènes. Reste toutefois ouverte la question de savoir si l'US PCAOB reconnaîtra le «Swiss PCAOB» en tant qu'autorité équivalente.

La LSR vise à améliorer la qualité de la révision de la façon suivante:

- Tout d'abord, le nouveau droit introduit une **procédure d'agrément**. Tous les réviseurs qui souhaitent effectuer des contrôles exigés par la loi devront se soumettre à une procédure d'agrément, lors de laquelle l'autorité de surveillance vérifiera que le requérant satisfait aux exigences légales (art. 3 ss LSR)⁹.
- Ensuite, le nouveau texte soumet les **organes de révision des sociétés ouvertes au public** à une **surveillance de l'Etat** (art. 7 al. 1 LSR).

Perspectives et risques

La possibilité d'une révision restreinte apportera certainement des allègements aux PME. Il est en revanche prévisible que les coûts d'une révision ordinaire augmenteront en raison des exigences accrues résultant du nouveau droit.

La nouvelle LSR et l'institution d'une autorité de surveillance indépendante devront renforcer la confiance envers les organes de révision et contribuer à la bonne réputation du marché des capitaux suisse.

Ces différentes modifications législatives s'inscrivent dans le cadre d'une révision majeure du droit commercial. Il sera toutefois également important que leur mise en œuvre, par les nombreuses dispositions d'exécution à venir, respecte le souci de flexibilité et de simplification qui est à leur origine.

⁹ Le texte voté et soumis au référendum législatif facultatif jusqu'au 6 avril 2006 est publié à la FF n° 51 du 27 décembre 2005, p. 6867 ss; <http://www.admin.ch/ch/fff/2005/6867.pdf>.

Annulation de la nomination de l'organe de révision (ATF 131 III 38)

Michel Bussard

Introduction

Dans un arrêt d'octobre 2004¹, le Tribunal fédéral («TF») a eu l'occasion de rappeler quelques principes régissant la **nomination de l'organe de révision** au sein d'une société anonyme suisse non cotée en Bourse. Notre Haute Cour s'est penchée sur les griefs d'un actionnaire minoritaire qui contestait la nomination d'un nouveau réviseur en revendiquant l'application de divers critères restrictifs. Les considérants de cet arrêt sont notamment intéressants du fait qu'ils traitent également la portée des pratiques professionnelles.

Résumé des faits

A. SA détient 47% des voix de la société B. SA. Par décision prise à la majorité absolue (53% des voix), l'assemblée générale ordinaire de B. SA a élu, malgré l'opposition de A. SA, E.F. & Partner SA en qualité d'organe de révision statutaire pour une période d'une année. A. SA a recouru contre cette décision auprès du Tribunal de Commerce de Zurich, puis auprès du TF, au vu de quatre motifs principaux, à savoir (i) l'indépendance du réviseur, (ii) sa qualification professionnelle spécifique, (iii) l'importance du mandat au regard du volume d'honoraires total du réviseur et (iv) l'importance des voix de l'actionnaire minoritaire lors du choix de l'organe de révision.

Grandes lignes des principes évoqués dans l'arrêt

Indépendance

L'**indépendance** constitue le critère clé à la base du choix de l'organe de révision. Le TF a rappelé que le réviseur doit être indépendant tant du conseil d'administration de la société révisée que de l'actionnaire majoritaire de celle-ci. Des liens de parenté proche ou une interdépendance économique doivent également être ex-

1 ATF 131 III 38 (4C.386/2002 du 12 octobre 2004).

clus. Le fait que les deux réviseurs responsables du mandat au sein de E.F. & Partner SA étaient des ex-employés de l'ancien organe de révision de la société B. SA ne compromet en revanche pas leur indépendance.

Qualification professionnelle

La recourante a ensuite critiqué la **qualification professionnelle** des réviseurs responsables, arguant qu'ils ne bénéficiaient ni d'une expérience internationale, ni d'une connaissance spécifique de la branche des machines-outils de précision. Le TF a rappelé que de tels critères factuels ne figurent pas dans la loi et n'ont pas à trouver application. Les réviseurs responsables de la conduite du mandat doivent personnellement remplir les critères légaux de qualification; s'agissant de sociétés d'une certaine importance², les réviseurs doivent être «particulièrement qualifiés³». D'autres exigences de qualification ne doivent pas entrer en ligne de compte.

Honoraires

Les Directives sur l'indépendance de la Chambre Fiduciaire suisse⁴ préconisent que les honoraires de révision d'un seul client (toutes entités comprises dans le périmètre de consolidation) ne doivent pas dépasser 10% des **revenus totaux** du réviseur. L'arrêt du TF spécifie toutefois que ces dispositions n'ont pas force de loi et que la question de la part du volume d'honoraires d'un mandat au regard du chiffre d'affaires total d'un réviseur doit être analysée de cas en cas⁵.

2 Cette notion contient en fait des critères tant qualitatifs que quantitatifs: selon l'art. 727b al. 2 CO, sont considérées comme telles (i) les sociétés débitrices d'un emprunt par obligation, (ii) celles dont les actions sont cotées en bourse ou négociées avant bourse et (iii) celles qui dépassent deux grandeurs suivantes durant deux exercices consécutifs: total du bilan de CHF 20 Mio, chiffre d'affaires de CHF 40 Mio, moyenne annuelle de 200 travailleurs.

3 L'Ordonnance du 15 juin 1992 sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés (RS 221.302) définit les personnes habilitées à se prévaloir d'un tel titre. Il s'agit, d'une part, des experts-comptables diplômés et, d'autre part, des détenteurs d'un diplôme professionnel d'expert-fiduciaire diplômé, d'expert fiscal diplômé ou de comptable/contrôleur de gestion diplômé possédant au moins cinq ans de pratique, des diplômés universitaires au bénéfice d'une formation économique ou juridique possédant au moins douze ans de pratique et enfin de leurs correspondants étrangers. A noter que la modification du Code des obligations citée à la note n° 2 ci-avant implique l'adoption d'une nouvelle loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, qui reprend le contenu de l'ordonnance en le complétant et le modifiant. Le délai référendaire relatif à cette loi expire également le 6 avril 2006 (cf. FF n° 51 du 27 décembre 2005, p. 6867 ss).

4 Directives sur l'indépendance de la Chambre Fiduciaire suisse des 14 mars et 21 juin 2001, article 4.2, p. 15 (http://www.treuhand-kammer.ch/pix/Files/druck_rlu_f_aug01.pdf).

5 Cette directive sera modifiée suite à l'entrée en vigueur prochaine de la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR) (cf. notamment art. 11 LSR qui, s'agissant des entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat, définit désormais dans le texte légal la limite susmentionnée de 10%).

Poids de l'actionnaire minoritaire

Dans son dernier grief, la recourante a reproché à B. SA d'avoir nommé E.F. & Partner SA en qualité d'organe de révision contre sa volonté clairement manifestée, alors qu'elle détient 47% des voix de la société. Le TF a rappelé que, sauf disposition contraire des statuts, le choix du réviseur se prend à la majorité absolue (51%) des actions représentées⁶ et qu'une telle décision est pleinement valable quand bien même une **forte minorité** s'y est opposée.

Perspectives et Risques

L'arrêt précité du Tribunal fédéral rappelle que l'indépendance et les qualifications professionnelles d'un réviseur trouvent leur définition dans la teneur claire du Code des obligations. Il précise également la portée des diverses recommandations professionnelles de la branche.

⁶ Art. 703 CO.

Arrêts du Tribunal fédéral en droit des sociétés

Jeannette Heiniger

Au cours des deux dernières années, le Tribunal fédéral a rendu des arrêts intéressants ayant trait aux normes de responsabilité du droit de la société anonyme. Nous présentons ci-après les principaux prononcés d'un choix de ces arrêts.

Nullité ou annulabilité d'une décision donnant décharge

Dans le cadre d'une action tirée des normes de responsabilité du droit de la société anonyme, le Tribunal fédéral a eu à connaître de la question de la nullité d'une décision de l'assemblée générale donnant décharge. La décharge était intervenue (selon toute vraisemblance) exclusivement avec les voix d'un organe de fait dépourvu du droit de voter la décharge. Selon le Tribunal fédéral, la constatation qu'une décision a été valablement prise (ou ne l'a pas été) présuppose que celle-ci ait été attaquée en justice, au sens de l'art. 706 CO. La nullité des décisions de l'assemblée générale ne doit pas être admise à la légère en raison de l'atteinte qu'elle porte à la sécurité juridique, mais doit être reconnue qu'en présence de violations graves de principes écrits ou non écrits du droit. Le concours à la décision donnant décharge d'actionnaires ne disposant pas du droit de vote en vertu de l'art. 695 CO ne doit pas, aux dires du Tribunal fédéral, être qualifié en tant que tel de vice grave ayant pour conséquence la nullité de la décision. Il est remarquable que le Tribunal fédéral a retenu dans ce cas l'annulabilité, plutôt que la nullité¹.

Effet approbateur d'une décision donnant décharge

Dans le cas d'espèce, la demanderesse a élevé des prétentions en responsabilité contre le conseil d'administration à raison d'opérations hautement spéculatives en matière d'options. Elle a allégué à cet effet que les actionnaires n'avaient pas été suffisamment informés lors de l'assemblée générale. Une décharge n'aurait ainsi pas pu être donnée (valablement) pour les opérations en matière d'options. Selon la Tribunal fédéral, la décharge donnée par l'assemblée générale n'a d'effet que pour les faits communiqués aux actionnaires. Il en est ainsi des faits pour lesquels

1 ATF 4C.107/2005 du 29 juin 2005.

l'ensemble des actionnaires avait, indépendamment de la source d'information, effectivement connaissance, ainsi que des événements commerciaux selon la présentation qui en est faite lors de l'assemblée générale. Dans la mesure où un fait n'est pas tu à l'assemblée générale, mais est à tout le moins exposé dans son **principe**, il doit être tenu comme un fait révélé au sens de l'art. 758 al. 1 CO. Cela n'est toutefois le cas que dans la mesure où sa portée **n'est pas consciemment minimisée**. En outre, les actionnaires présents ne doivent **pas être trompés** par la manière avec laquelle la présentation est faite. N'est pas relevante la question de savoir si chaque actionnaire a effectivement pris connaissance des faits. Selon le Tribunal fédéral, la communication de toutes les circonstances d'un événement commercial qui peuvent avoir une importance pour la décision relative à la décharge est en tous les cas suffisante. C'est pourquoi, la demanderesse n'était plus en droit d'élever des prétentions en responsabilité à raison des opérations en question liées à des options².

Légitimation active en cas de préjudice direct subi par un créancier

Un créancier de la société peut subir un dommage direct causé par un organe de celle-ci. Aussi longtemps qu'aucune faillite n'est ouverte à l'encontre de la société, il peut actionner directement l'organe responsable en réparation de ce préjudice. Lorsque que seuls des créanciers de la société ont subi un préjudice, cela est en principe également valable après l'ouverture de la faillite. En revanche, lorsque la société faillie a aussi subi un préjudice direct, actionnaires et créanciers ne peuvent faire valoir leur préjudice qu'exceptionnellement, si:

- le comportement de l'organe social viole des dispositions du droit de la société anonyme qui servent exclusivement à la protection des créanciers ou des actionnaires, ou
- l'obligation de réparer le dommage est fondée sur un autre comportement illicite d'un organe au sens de l'art. 41 CO ou sur un état de fait constitutif d'une culpa in contrahendo (par ex. le devoir de renseigner dans la phase précontractuelle)³.

² ATF 4C.107/2005 du 29 juin 2005.

³ Peter Widmer/Oliver Banz, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2^{ème} éd., Bâle, Genève et Munich 2002, n° 17 ad art. 754 CO; ATF 122 III 194.

La jurisprudence rendue jusqu'alors par le Tribunal fédéral excluait, en cas de violation de dispositions servant aussi aux intérêts de la société (dispositions dotées d'une **double fonction de protection**), des prétentions concurrentes à raison d'un préjudice direct d'un créancier dès le jour de l'ouverture de la faillite. Le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence^{4,5}.

Relation entre l'art. 757 CO et l'art. 260 LP

Chaque créancier colloqué par une décision entrée en force a la faculté de demander de se faire céder les droits de la masse que l'ensemble des créanciers a renoncé à faire valoir⁶. Dans le domaine de la responsabilité relevant du droit de la société anonyme (art. 757 al. 2 CO en tant que *lex specialis*), il n'est en revanche pas nécessaire que l'administration de la faillite cède les prétentions en responsabilité déduites du droit de la société anonyme⁷. Le Tribunal fédéral a toutefois examiné la question de la **sécurité du droit**, respectivement de la **coordination** entre les créanciers ayant qualité pour agir. Ceux-ci forment, en application de l'art. 757 al. 2 CO comme de l'art. 260 LP, une consorité nécessaire. Il leur appartient de se mettre d'accord sur un comportement procédural unifié. Le Tribunal fédéral a laissé entrevoir que, pour cette raison, il faudrait éventuellement tout de même obtenir une **autorisation** ou, à tout le moins, une **communication formelle** de l'administration de la faillite^{8,9}.

Responsabilité de l'organe de révision

Dans le cadre d'une action tirée de la responsabilité dans la révision, le Tribunal fédéral s'est penché sur les conditions devant être réunies pour qu'une telle responsabilité soit donnée, en particulier le lien de causalité entre les actes omis par l'organe de révision et le dommage subi. Il ressort de l'état de fait que l'organe de révision n'avait pas signalé, selon un rapport d'expert, de façon suffisante et immédiatement des irrégularités dans la tenue des comptes. Lorsqu'il y a lieu d'examiner le lien de causalité en relation avec une **omission**, il convient d'approfondir le déroulement **hypothétique** des circonstances. Selon le Tribunal fédéral, un lien de

4 Cf. également Peter Widmer/Oliver Banz, op. cit., n° 24 ad art. 754 CO.

5 ATF 4C.48/2005 du 13 mai 2005.

6 Art. 260 al. 1 LP.

7 Peter Widmer/Oliver Banz, op. cit., n° 17 ad art. 757 CO.

8 Peter Widmer/Oliver Banz, op. cit., n° 24 ad art. 757 CO.

9 ATF 4C.263/2004 du 23 mai 2005.

causalité adéquate doit alors être admis, lorsque la faillite aurait été ouverte plus tôt en présence d'actes de l'organe de révision conformes à son devoir et lorsque les pertes auraient été moindres. En revanche, un lien de causalité doit être nié, lorsque le dommage se serait produit dans la même mesure, quand bien même l'organe de révision aurait agi conformément à son devoir et de façon diligente¹⁰.

¹⁰ ATF 4C.118/2005 du 8 août 2005.

Ou: quel droit faut-il appliquer au transfert d'activités de la Poste Suisse dans des sociétés commerciales de droit privé?

A l'intersection entre le droit public et le droit privé

Ou: quel droit faut-il appliquer au transfert d'activités de la Poste Suisse dans des sociétés commerciales de droit privé?

Auteurs invités: Peter Nobs/Daniel Steiner¹

Introduction

Selon l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la poste (LOP), la Poste Suisse est un établissement autonome de droit public doté de la personnalité juridique et ayant son siège à Berne. D'après l'art. 2 al. 2 LOP, la raison sociale est inscrite au registre du commerce. La Poste Suisse dispose de son propre patrimoine (art. 5 LOP) et elle peut accomplir tout acte juridique propre à promouvoir son but social, entre autres, **créer des sociétés**, prendre des participations dans des sociétés ou coopérer d'une autre manière avec des tiers (art. 3 LOP).

Conformément à l'art. 4 al. 1 de la loi fédérale sur la poste (LPO), la Poste fournit les services dits non réservés, en concurrence avec les opérateurs privés. En ce qui concerne les services non réservés, il s'agit de prestations de services que la Poste – comme mentionné ci-dessus – fournit en concurrence avec les tiers, prestations qu'elle a cependant l'obligation de fournir comme le transport des lettres à destination de l'étranger ou le transport des colis adressés jusqu'à 20 kg. Par contre, la Poste a le monopole de la fourniture des services réservés. Il s'agit des lettres adressées en Suisse ou en provenance de l'étranger². La Poste peut, selon l'art. 3 al. 1 LPO, céder à des tiers le droit de fournir les prestations de services qui font l'objet du monopole.

1 Peter Nobs est avocat et responsable du service juridique de la Poste Suisse. Daniel Steiner est avocat et collaborateur auprès du service juridique de la Poste Suisse et spécialisé en droit des sociétés et dans le domaine des fusions et acquisitions.

2 On peut partir du principe que le Conseil fédéral abaissera au printemps 2006 la limite du monopole à 100 g pour l'acheminement national des lettres.

Ou: quel droit faut-il appliquer au transfert d'activités de la Poste Suisse dans des sociétés commerciales de droit privé?

Possibilités de transfert selon la loi sur la fusion

L'art. 99 de la loi sur la fusion prévoit que les instituts de droit public

- peuvent transférer leur patrimoine par voie de **fusion** à des sociétés de capitaux, à des sociétés coopératives, à des associations ou à des fondations,
- peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine à d'autres sujets de droit par voie de **transfert de patrimoine**, ou
- peuvent se **transformer** en sociétés de capitaux, en sociétés coopératives, en associations ou en fondations.

La scission d'un institut de droit public est par contre exclue³.

Procédure appliquée par la Poste Suisse en matière de transfert

Sur la base de la structure existante de la Poste Suisse, la fusion et la transformation en vue du transfert de domaines d'activités particuliers n'entrent pas en ligne de compte. La Poste Suisse est, comme indiqué ci-dessus, un établissement de droit public qui réunit en une seule personne juridique différents domaines d'activités comme par exemple PostMail, PostColis, CarPostal et PostFinance. Pour **le transfert d'un seul domaine d'activité ou de parties d'un tel domaine**, le **transfert de patrimoine** est par contre idoine. Ainsi les transferts effectués jusqu'à maintenant de SecurePost et d'ExpressPost ont été réalisés au moyen de transferts de patrimoine dans des sociétés anonymes déjà constituées. La même procédure est également prévue pour le transfert de CarPostal et de PostColis. Pour le transfert de CarPostal, une société CarPostal Suisse SA a ainsi déjà été constituée – cette constitution a notamment été effectuée auparavant pour des raisons de protection de raisons de commerce – dans laquelle l'activité de CarPostal doit être transférée par la voie du transfert de patrimoine.

Admissibilité des transferts

Le transfert de domaines d'activité déterminés de la Poste Suisse par la voie du transfert de patrimoine dans des sociétés anonymes de droit privé **est conforme**

³ Cf. Message du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, ch. 2.1.8 ad art. 99 et ch. 2.1.3.1 ad art. 30.

Ou: quel droit faut-il appliquer au transfert d'activités de la Poste Suisse dans des sociétés commerciales de droit privé?

à l'ordre juridique. D'une part, le législateur a, dans la législation sur la Poste, accordé à la Poste Suisse le pouvoir de créer des sociétés, cela notamment en raison du fait que la Poste Suisse peut, respectivement doit fournir des prestations en concurrence avec des opérateurs privés. D'autre part, le législateur, dans la loi sur la fusion, a, avec le transfert de patrimoine, mis à disposition l'instrument approprié pour entreprendre le transfert de parties d'entreprise.

Par cela, le législateur a créé un **système flexible**, grâce auquel la Poste Suisse peut, compte tenu des marchés déjà libéralisés, respectivement des progrès à venir dans la libéralisation, s'adapter aux nouvelles données du marché et ainsi créer des conditions cadres semblables à celles prévalant pour les opérateurs privés (par exemple une faculté accrue de s'allier à d'autres entreprises).

Conséquences des transferts

Il résulte du transfert de domaines d'activités dans des sociétés anonymes de droit privé que le **patrimoine**, mis à disposition de la Poste Suisse par la Confédération et constituant à l'origine un patrimoine administratif, est **soumis aux règles de droit privé** en raison du transfert. La Confédération reste certes propriétaire de l'établissement de droit public La Poste; elle n'a cependant plus qu'une influence indirecte sur le patrimoine transféré hors de l'établissement.

Cela étant, les transferts devraient avoir des effets également sur les possibilités et les formes d'influence que la Confédération, en tant que propriétaire, exerce sur l'activité et la politique commerciales de la Poste dans ces domaines d'activité transférés. La Confédération, en sa fonction de législateur, a consciemment voulu exposer la Poste Suisse à une concurrence accrue et lui a donné pour cela également les instruments nécessaires. **Cependant, plus la Poste se trouve en situation de concurrence avec des tiers, plus les décisions de politique commerciale doivent reposer sur des considérations économiques.** Des considérations politiques ne devraient dès lors plus passer au premier plan. Pour cette raison, il serait indiqué de **préciser les règles juridiques** correspondantes **par rapport à l'influence du propriétaire sur l'activité commerciale de la Poste.** Cette influence devrait d'abord être perçue par la représentation de la Confédération au conseil d'administration et la formulation des buts stratégiques. C'est la seule ma-

Ou: quel droit faut-il appliquer au transfert d'activités de la Poste Suisse dans des sociétés commerciales de droit privé?

nière de garantir que la Poste dispose de libertés d'entreprise adaptées et bénéficie de conditions cadres similaires à celles de ses concurrents privés.

Perspectives et risques

La Poste Suisse a obtenu, de par la systématique juridique contenue dans la législation sur la Poste et dans la loi sur la fusion, des instruments pour transférer des domaines d'activités dans des sociétés anonymes. Cela permet à la Poste de créer des conditions cadres semblables à celles de la concurrence privée et **de réagir avec flexibilité aux conditions du marché qui évoluent**. Cette situation doit être considérée positivement. Le transfert de domaines d'activités ne peut cependant conduire au succès que si les conséquences qui en découlent sont respectées par les intervenants. La condition est en particulier que plus la Poste se trouve en concurrence avec des tiers, plus elle devra pouvoir agir selon des considérations économiques et avec le moins d'influence politique possible. Si la **Confédération veut être influente en tant que propriétaire**, cela devra se faire dans **un contexte de considérations économiques et dans un cadre légal bien défini** encore à préciser.

Le traitement des institutions de prévoyance dans la loi sur la fusion

Natalie Kuchowsky

Introduction

Comme le droit suisse prévoit une stricte séparation entre le patrimoine de l'employeur et celui de l'institution de prévoyance, les restructurations qui ont lieu dans la vie économique rendent souvent aussi indispensable la réorganisation des institutions de prévoyance¹. Une base légale a été créée à cet égard par le biais de la nouvelle **loi sur la fusion (LFus)**², laquelle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004. La loi sur la fusion contient ainsi en son chapitre 7 (art. 88 à 98) des normes relatives à la fusion, la transformation et le transfert de patrimoine d'institutions de prévoyance. Sont au surplus applicables les dispositions générales de la loi sur la fusion, les art. 109b à 109d de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC)³, les règles de droit privé du droit des fondations et des coopératives, ainsi que les dispositions de la LPP⁴.

La notion d'institutions de prévoyance selon la loi sur la fusion

La loi sur la fusion définit en son art. 2 let. i les institutions de prévoyance comme les institutions qui sont soumises à la surveillance prévue aux art. 61 ss LPP et qui jouissent de la personnalité juridique. Appartiennent à cette catégorie aussi bien les **institutions de prévoyance enregistrées**, au sens de l'art. 48 LPP, que les **institutions de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées**, au sens de l'art. 331 al. 1 CO et de l'art. 89^{bis} al. 1 et 6 CC. Depuis la première révision de la LPP (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005), sont également soumises à surveillance, aux termes des art. 61 ss LPP, les institutions qui, en vertu de leur but, servent à la prévoyance professionnelle⁵.

1 Ueli Huber, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Bâle, Genève et Munich 2005, n° 1 ad art. 88 LFus.

2 Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine; RS 221.301.

3 Ordonnance fédérale du 7 juin 1937 sur le registre du commerce; RS 221.411.

4 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; RS 831.40.

5 Cf. à ce propos pour plus de détails Hans Michael Riemer, *Vorsorgeeinrichtungen und Fusionsgesetz*, RSAS, 48/2004, p. 141 sv., avec renvoi à la FF 2000, p. 4390 et 2698.

Procédés de restructuration admis

Les institutions de prévoyance qui doivent être constituées sous la forme juridique soit d'une fondation, d'une coopérative ou d'une institution de droit public peuvent tout d'abord fusionner entre elles, et ce peu importe leur forme juridique⁶. Les institutions de prévoyance des trois formes juridiques précitées peuvent ensuite être transformées en une fondation ou en une coopérative, mais non en une institution de droit public⁷. Enfin, un transfert de patrimoine mettant en scène une institution de prévoyance – que ce soit en qualité de sujet de droit transférant ou de sujet de droit reprenant – est admissible indépendamment de sa forme juridique⁸. Ce n'est qu'en présence d'un transfert de patrimoine que des sujets de droit autres que des institutions de prévoyance peuvent être partie à la réorganisation (par ex. transfert de biens-fonds dans une fondation immobilière). La scission au sens des art. 29 ss LFus est en revanche exclue du domaine des institutions de prévoyance. Les besoins y relatifs doivent être satisfaits au moyen d'un transfert de patrimoine⁹.

Protection du but de prévoyance ainsi que des droits et des prétentions des assurés et contrôle et approbation des autorités de surveillance

Pour les trois procédés admis, il est prescrit qu'ils ne peuvent avoir lieu que si le but de prévoyance ainsi que les droits et les prétentions des assurés sont maintenus¹⁰. Le second élément signifie en particulier que la restructuration ne doit pas péjorer la situation des assurés dans des domaines essentiels tels que les cotisations/prestations, l'âge de la retraite, l'option entre le capital ou une rente ou la définition de l'invalidité¹¹.

Les fusions et les transformations doivent **être contrôlées et approuvées par l'autorité de surveillance LPP compétente**, alors que cette exigence n'est prescrite aux transferts de patrimoine qu'en cas de liquidation partielle ou totale et pour autant encore que la législation sur la prévoyance professionnelle le prévoit. Les décisions des autorités de surveillance LPP rendues dans le cadre des procédés

6 Art. 88 al. 1 LFus.

7 Art. 97 al. 1 LFus.

8 Art. 98 al. 1, art. 69 al. 1, art. 86 al. 1 LFus.

9 Hans Michael Riemer, p. 144.

10 Art. 88 al. 2, art. 97 al. 2, art. 98 al. 2 i.i. LFus.

11 Hans Michael Riemer, p. 145.

qui sont définis par la loi sur la fusion sont aussi soumises aux voies de droit de l'art. 74 LPP¹².

Etapes procédurales

La loi sur la fusion introduit une **formalisation marquée** de la procédure, à l'occasion de laquelle différentes étapes et délais doivent être observés.

A titre d'exemple, la fusion

- repose sur des bilans de fusions révisés des institutions de prévoyance concernées, bilans qui ne doivent pas être vieux de plus six mois au moment de la conclusion du contrat de fusion¹³,
- un contrat de fusion conclu en la forme écrite par les organes supérieurs de direction (par le conseil de fondation en présence d'une fondation)¹⁴, et
- un rapport de fusion des organes supérieurs de direction¹⁵.
- Doit ensuite avoir lieu une vérification des documents mentionnés ci-avant par les organes de révision des institutions de prévoyance et par le ou les expert(s) agréé(s) en matière de prévoyance professionnelle¹⁶.
- Il existe en outre un devoir d'information de la part des institutions de prévoyance à l'égard de leurs assurés, ainsi qu'un droit de consultation pour ces derniers¹⁷, droit qui doit être accordé 30 jours avant le dépôt de la requête à l'autorité de surveillance.
- L'autorité de surveillance examine les documents et approuve la fusion. La fusion déploie ses effets dès son inscription au registre du commerce¹⁸. Ceci a pour conséquence la radiation de l'institution qui disparaît aussi bien du registre du commerce compétent que du registre des institutions de prévoyance¹⁹.

12 Hans Michael Riemer, p. 146.

13 Art. 89 LFus.

14 Art. 90 LFus.

15 Art. 91 LFus.

16 Art. 92 LFus.

17 Art. 93 LFus.

18 Art. 95 LFus.

19 Art. 10 al. 5 de l'ordonnance fédérale du 29 juin 1983 sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance professionnelle (OPP 1).

- Avant de rendre sa décision, l'autorité de surveillance informe les créanciers des institutions de prévoyance concernées par la fusion, par une triple publication dans la Feuille officielle suisse du commerce, de ce qu'ils peuvent exiger des sûretés s'ils produisent leurs créances (protection des créanciers et des travailleurs)²⁰.
- D'éventuelles mutations immobilières doivent être annoncées aux offices compétents du registre foncier dans un délai de trois mois²¹.

Perspectives et risques

Il est à saluer que, par le biais de la loi sur la fusion, une base légale unifiée pour les restructurations d'institutions de prévoyance a enfin été instituée. Toutefois, la loi sur la fusion entraîne également une formalisation marquée de la procédure et différentes autorités et entités y sont intégrées, auxquelles il appartient en particulier de contrôler le respect du but de prévoyance ainsi que des droits et des prétentions des assurés. Dès lors, il s'agit généralement d'une procédure longue et coûteuse, qui doit être coordonnée à temps avec toutes les parties et qui doit en particulier être concertée avec les autorités compétentes.

Si l'on choisit le transfert de patrimoine comme solution alternative (en particulier aux scissions) quelques étapes procédurales peuvent être ignorées; par exemple, un transfert de patrimoine ne nécessite, lorsqu'une liquidation partielle ou totale n'est pas envisagée, ni une vérification par l'organe de révision ou par un expert en matière de prévoyance professionnelle, ni l'approbation des autorités de surveillance compétentes. Si des immeubles sont toutefois l'objet d'un transfert de patrimoine, il convient de tenir compte des frais liés à l'instrumentation en la forme authentique du contrat de transfert²², ainsi que d'autres frais de transaction. En outre, un transfert au sens d'une succession à titre singulier sans application de la loi sur la fusion est toujours possible. Une combinaison avec le transfert de patrimoine est envisageable et dans certains cas judicieuse.

20 Art. 96 LFus.

21 Art. 104 LFus.

22 Art. 70 al. 2 LFus.

Loi sur la fusion: premières expériences

Nicolas Cottier/Federico Domenghini

Introduction

La loi sur la fusion (LFus) doit en particulier faciliter les restructurations d'entreprises par le biais de fusions, scissions, transferts de patrimoine ou transformations grâce à une réglementation légale claire. Il s'agit en outre de ne pas préteriter les intérêts des créanciers, employés et associés minoritaires¹. A ce stade, il est permis de dresser un premier **bilan positif** de la LFus. Celle-ci règle en effet les différentes formes de restructurations de manière complète et augmente la transparence de même que la sécurité du droit². Certaines **questions** demeurent toutefois **ouvertes**, ce qui n'est guère surprenant compte tenu de la complexité de la matière et des nombreuses nouveautés introduites par la loi³. Il s'agit dans le présent article de traiter certaines **questions pratiques** posées par la LFus, ceci à la lumière de la doctrine très riche en la matière et des premières prises de position et décisions des autorités du registre du commerce⁴. L'importance de la LFus est démontrée par le nombre important de restructurations réalisées ces dernières années, ce qui nous conduit également à communiquer ici un certain nombre de données statistiques.

Données statistiques

Selon la communication dans les médias de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 30 août 2005, le nombre suivant de restructurations ont été effectuées durant les 13 mois qui ont suivi l'entrée en vigueur de la LFus:

1 Cf. message du Conseil fédéral sur la loi fédérale sur la fusion, scission, transformation et transfert de patrimoine (Message), Feuille fédérale (FF) 2000, p.3996, 4011.
2 Message FF 2000, p. 4048 ss; Hanspeter Kläy / Nicolas Turin, le projet de loi sur la fusion, REPRAX 1/2001, p. 57.
3 Cf. Perspectives et risques 2004/2005, p. 19 ss.
4 Cf. OFRC, commentaire abrégé des dispositions d'exécution de l'ordonnance sur le registre du commerce relatives à la loi sur la fusion, REPRAX 2/3/2004, p. 40 ss; Christian Champeaux/Nicolas Turin, «check-list» pour les restructurations d'entreprises selon la loi sur la fusion, REPRAX 2/3/2004, p. 92 ss; Hanspeter Kläy, Das Fusionsgesetz – Ein Überblick, Der Bernische Notar 2/2004, p. 185 ss; Nicolas Duc, Les premières expériences dans l'application de la loi sur la fusion, in: Coopération et fusion d'entreprises, CEDIDAC n° 66, p. 239 ss; Gregor Thomi, Stellungnahmen der Öltnerarbeitstagung 2003 – REPRAX 2/2005 p. 39 ss; Handelsregisteramt des Kantons Zürich, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz, (FAQ) Stand per 19.12.2005. L'Office fédéral du Registre du commerce (OFRC) prépare actuellement une publication dans la REPRAX portant sur un nouveau recueil de décisions.

Fusions	1012
Transformations	821
Transferts de patrimoine	476
Scissions	68

Le nombre de fusions et de transformations a augmenté de 45%, resp. 120% par rapport aux 13 mois précédents l'entrée en vigueur de la loi. Les restructurations les plus répandues sont les fusions simplifiées de sociétés de capitaux ainsi que les transformations de sociétés. La scission et le transfert de patrimoine ont été peu utilisés. Il convient dans ce contexte de prendre en compte le fait que ces formes de restructurations – à l'opposé de la fusion et de la transformation – n'étaient pas connues de l'ancien droit⁵. De l'avis de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, le nombre de restructurations va continuer à augmenter⁶.

Questions pratiques relatives à la LFus

Nécessité d'un rapport d'augmentation de capital et d'un rapport de révision pour les PME

Dans la mesure où tous les associés y consentent, la LFus prévoit les **allègements** suivants pour les petites et moyennes entreprises (PME):

- Renonciation à la rédaction d'un rapport de fusion, scission ou transformation⁷
- Renonciation à la vérification des documents par un réviseur particulièrement qualifié⁸ et
- Renonciation à l'octroi du droit de consultation des documents par les associés durant 30 jours avant la décision de l'assemblée générale⁹.

5 D'un autre avis: Andreas Binder, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften und bei Spaltung und Vermögensübertragung. Tiré à part des Mélanges à l'occasion des 110 ans d'existence de l'ordre des avocats argoviens, Zurich 2005. Selon l'auteur ces formes de restructurations ne sont guère utilisées en pratique entre autre en raison du fait que les normes protectrices de la LFus en faveur des créanciers sont trop étendues.

6 Communication de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 30 août 2005 qui peut être consultée sous www.parlament.ch/mm-mediennmitteilung.htm?m_id=2005-08-30_078_01.

7 Art. 14 al. 2, art. 39 al. 2 et art. 61 al. 2 LFus.

8 Art. 15 al. 2, art. 40 et art. 62 al. 2 LFus.

9 Art. 16 al. 2, art. 41 al. 2 et art. 63 al. 2 LFus.

La définition des petites et moyennes entreprises dans la LFus est relativement large¹⁰, de telle sorte qu'une grande majorité des entreprises suisses peuvent profiter de ces allègements¹¹. Selon les données fournies par l'Office fédéral de la statistique **plus de 99 %** des entreprises inscrites au Registre du commerce sont en Suisse des PME¹². Il est toutefois utile de préciser que ces allègements ne peuvent être mis à profit que dans la mesure où l'ensemble des associés les ont acceptés.

La LFus indépendamment de la taille des sujets de droit prévoit d'autres allègements procéduraux pour les fondations et augmentations de capital dans le cadre d'une fusion ou d'une scission de même que pour les fondations dans le cadre d'une transformation. Dans ces cas, selon le texte même de la loi, les dispositions sur les apports en nature du Code des obligations ne s'appliquent pas¹³. De l'avis de la majorité de la doctrine, de même que de l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC), cette dispense ne s'applique toutefois que dans les cas où un rapport de fusion, resp. de scission ou de transformation a été établi et qu'une vérification a été effectuée par un réviseur. C'est pourquoi les PME qui ont renoncé à ces rapports et à ces vérifications ne peuvent pas bénéficier des facilités susmentionnées¹⁴. Les PME doivent dans de telles situations prendre en compte les règles du Code des obligations sur la fondation ou l'augmentation de capital qualifiée et requérir un rapport vérification.

10 L'art. 2 LFus définit les PME comme des sociétés qui ne sont pas débitrices d'un emprunt par obligations, dont les parts ne sont pas cotées en bourse, et qui en outre ne dépassent pas deux des grandeurs suivantes pendant les deux exercices qui précèdent la décision de fusion, de scission ou de transformation: 1. total du bilan de CHF 20 millions, 2. chiffre d'affaires de CHF 40 millions, 3. moyenne annuelle de 200 emplois à plein temps.

11 Message FF 2000, p. 4021 sv.

12 Message FF 2000, p. 4021 sv. Il convient toutefois de préciser que ce pourcentage ne prend pas en compte l'ensemble des critères PME. On peut toutefois partir de l'idée que le nombre de sociétés qui peuvent bénéficier des allègements PME de la LFus reste très élevé.

13 Art. 9 al. 2, 10, 33 al. 2, 34 et 57 LFus.

14 Hans Caspar von der Crone et consorts, la Loi sur la fusion, Zurich 2004, ch. 216, 537, 542, 733 et 748; Florian Bommer/Albert Comboeuf/Beat Mathys/Alois Rimle, commentaire abrégé LFus chez Stämpfli, art. 9 LFus ch. 13, art. 10 LFus ch. 4, art. 14 LFus ch. 23, art. 15 LFus ch. 23, art. 33 LFus ch. 7s et art. 57 LFus ch. 7; Andreas C. Albrecht, commentaire zurichois sur la LFus, art. 9 LFus ch. 31; Jacqueline Burckhardt Bertossa, commentaire zurichois sur la LFus, art. 33 LFus ch. 8 et art. 34 LFus; Christoph M. Pestalozzi, commentaire zurichois sur la LFus, art. 57 ch. 28; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3^{ème} éd., Zurich, Bâle et Genève 2004, § 3 ch. 243 et 336; Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zurich 2004, ch. 195; Stefan Zwicker, Die Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsprüfung nach dem Fusionsgesetz, ZSR 2004 1, p. 180 s.; Markus Bösiger, Verfahrensvereinfachungen für KMU nach Fusionsgesetz und Kapitalschutz am Beispiel der Aktiengesellschaft, REPRAX 2/3/2004, p. 125 ss, en particulier p. 134; OFRC, commentaire abrégé des dispositions d'exécution de l'ordonnance sur le registre du commerce relatives à la loi sur la fusion, REPRAX 2/3/2004, p. 47, 53 et 56s; d'un autre avis: Ulysses von Salis-Lütolf, Loi sur la fusion, Zurich 08/2004, Fusionsgesetz.ch, p. 58; Hans-Jakob Diem, Commentaire bâlois, LFus, Bâle, Genève, Munich, art. 9 LFus ch. 32 et art. 10 LFus ch. 17; Rolf Watter/Rafael Büchi, Commentaire bâlois, LFus, Bâle, Genève, Munich, art. 33 LFus ch. 10 et art. 34 LFus ch. 13; Dieter Gericke, Commentaire bâlois, LFus, Bâle, Genève, Munich, art. 57 LFus ch. 10; Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs Behnisch, Fusionsgesetz, Zurich 2005, art. 9 LFus ch. 25, art. 10 LFus ch. 15, art. 33 LFus ch. 12, art. 34 LFus ch. 14 et art. 57 LFus ch. 16.

Obligation de vérification du bilan intermédiaire

Un **bilan intermédiaire** doit être établi si la date de clôture du bilan est antérieure de plus de 6 mois à la restructuration ou si des modifications importantes sont intervenues depuis cette clôture¹⁵. La LFus prévoit en outre que le bilan intermédiaire doit être établi selon les dispositions et les principes relatifs aux comptes annuels sous réserve des dispositions suivantes:

- il n'est pas nécessaire de procéder à un nouvel inventaire réel;
- les évaluations figurant au dernier bilan ne doivent être modifiées qu'en fonction des mouvements d'écriture; les amortissements, les corrections de valeur et les provisions intérimaires ainsi que les changements importants de la valeur n'apparaissant pas dans les écritures doivent cependant être pris en considération¹⁶.

L'interprétation de l'article 11 LFus par la doctrine vise à faciliter l'établissement du bilan intermédiaire¹⁷. L'allégement consisterait notamment à ne pas exiger une révision du bilan intermédiaire par l'organe de révision de la société¹⁸. Cette interprétation se fonde principalement sur le fait que ni la lettre de l'article 11 LFus ni le renvoi aux dispositions et principes relatifs aux comptes annuels ne permettent de déduire une **obligation de révision**¹⁹. En outre, l'opinion est répandue en doctrine qu'une vérification complète ne serait **en pratique** souvent **pas possible et dans tous les cas inopportune**. En effet, les grandes entreprises seraient confrontées à des problèmes temporels et organisationnels conduisant à des complications importantes empêchant une révision, et donc une fusion, à temps. Le risque existerait en outre que le vérificateur dans le cadre de la fusion ne soit pas d'accord avec le réviseur des comptes annuels²⁰. Se fondant sur une **interprétation différente** de la loi, les **autorités du registre du commerce** exigent malgré tout la **vérification du bilan intermédiaire**, lorsque la société doit faire vérifier ses comptes annuels en raison d'une disposition légale ou statutaire²¹. Cette position

15 Art. 11 al. 1 LFus.

16 Art. 11 al. 2 LFus.

17 Hans-Jakob Diem, art. 11 LFus ch. 17.

18 Hans-Jakob Diem, art. 11 LFus ch. 17; Andreas C. Albrecht, art. 11 LFus ch. 29; Alexandre Vogel, commentaire sur la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, Zurich 2005, art. 11 LFus ch. 16 ss.

19 Cf. Hans-Jakob Diem, art. 11 LFus ch. 17.

20 Alexander Vogel, art. 11 LFus ch. 16 ss.

21 Cf. REPRAX 2/3/2004, p. 47; Reto Berthel, in: Info Plus zu aktuellen Themen der Treuhandbranche, Treuhandkammer Sektion Zentralschweiz, Orientierung über das neue FusG aus handelsregisterrechtlicher Sicht, 2^e éd., Lucerne 2004, ch. 2.5.1.

des autorités repose sur les travaux législatifs²². En outre, les autorités du registre du commerce considèrent que les allègements prévus à l'art. 11 al. 2 LFus sont exhaustifs et prennent en considération le fait qu'une telle réglementation ne va pas systématiquement dans le sens des besoins spécifiques des sujets de droit impliqués²³.

Fusion d'assainissement selon l'art. 6 LFus

L'art. 6 LFus prévoit la possibilité de procéder à des **fusions dites d'assainissement**. Selon l'al. 1 de cette disposition, une «société dont la moitié de la somme du capital-actions, du capital social et des réserves légales n'est plus couverte, ou qui est surendettée, ne peut fusionner avec une autre société que si cette dernière dispose de fonds propres librement disponibles équivalents au montant du découvert et, le cas échéant, du surendettement». Dans le cadre d'une société surendettée se pose donc la question de savoir si les fonds propres librement disponibles doivent couvrir le surendettement ou également la moitié du capital-actions et des réserves légales. A ce sujet, les autorités du registre du commerce considèrent, sur la base du texte clair de la loi, que non seulement le surplus de passifs mais également la moitié du capital-actions et des réserves légales doivent être couverts. Il convient ainsi d'éviter que la société «saine» se retrouve par suite de fusion dans une situation de perte de capital²⁴.

Dans le même contexte, les autorités du registre du commerce ont précisé que l'attestation du réviseur selon l'art. 6 al. 2 LFus était obligatoire, même lorsque des **postpositions** avaient été signées²⁵.

Champ d'application de la fusion simplifiée selon l'art. 23 LFus

La LFus prévoit toute une série d'**allègements** en cas de fusion de **sociétés de capitaux** (SA, sociétés en commandite par actions et Sàrl) qui présentent des rapports de participations particuliers. Ces allègements s'appliquent même aux so-

22 Cf. OFRC, commentaire abrégé des dispositions d'exécution de l'ordonnance sur le registre du commerce relatives à la loi sur la fusion, REPRAX 2/3/2004, p. 47 avec renvoi au procès verbal de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 10.11.2000, p. 17; Gregor Thomi, Stellungnahmen der Oltner Arbeitstagung 2003–2005, REPRAX 2/2005, p. 44.

23 Nicolas Duc, Les premières expériences dans l'application de la loi sur la fusion, in: Coopération et fusion d'entreprises, travaux de la journée d'étude du 6 octobre 2004, CEDIDAC n° 66, Lausanne 2005, p. 250.

24 Cf. à ce sujet Gregor Thomi, Stellungnahmen der Oltner Arbeitstagung 2003–2005, REPRAX 2/2005, p. 42; Registre du commerce du canton de Zurich, FAQ, p. 3s.

25 Cf. Gregor Thomi, Stellungnahmen des Oltner Arbeitstagung 2003–2005, REPRAX 2/2005, p. 41.

ciétés qui ne sont pas des PME²⁶. Il convient donc de ne pas les confondre avec les allègements prévus à l'art. 24 LFus pour les PME. Il est toutefois parfaitement possible que dans le cadre d'une fusion des sociétés profitent à la fois des allègements PME²⁷ et des allègements prévus à l'art. 24 LFus. La fusion simplifiée est prévue selon l'art. 23 LFus dans les cas suivants:

- la société reprenante détient 100% de la société transférante (fusion dite mère-fille);
- un sujet de droit, une personne physique ou un groupement de personnes basé sur un contrat ou sur la loi détient l'ensemble des parts sociales conférant droit de vote des sociétés de capitaux qui fusionnent (fusion dite entre sœurs);
- la société de capitaux reprenante ne détient pas l'ensemble mais au moins 90% des parts sociales conférant droit de vote de la société de capitaux transférante et les titulaires de parts minoritaires (i) se voient offrir, outre des parts sociales de la société de capitaux reprenante, un dédommagement au sens de l'art. 8 qui correspond à la valeur réelle des parts sociales et (ii) il résulte de la fusion ni une obligation de faire des versements supplémentaires, ni une obligation de fournir d'autres prestations personnelles, ni enfin une responsabilité personnelle pour les titulaires de parts minoritaires.

En pratique, la question a souvent été discutée de savoir si la procédure de fusion simplifiée pouvait s'appliquer dans certaines configurations particulières²⁸:

- De l'avis majoritaire de la doctrine et selon la pratique des autorités du registre du commerce qui se fondent sur le texte clair de la loi²⁹, lorsqu'une société mère est absorbée par sa société fille (**Reverse Merger**), cette fusion ne peut s'effectuer par le biais de la procédure de fusion simplifiée.
- Selon la doctrine majoritaire, en cas de **participation indirecte**, par exemple dans le cadre de la fusion d'une «grand-mère» (comme société reprenante) avec sa «petite-fille», les dispositions sur la fusion simplifiées doivent s'appli-

26 Art. 23 al. 1 let. a et b LFus.

27 Art. 14 al. 2, art. 15 al. 2 et art. 16 al. 2 LFus.

28 En fonction des circonstances une fusion ordinaire mais sans augmentation de capital reste toutefois possible.

29 Message, FF 2000, p. 4076; Mathias Wolf, Commentaire bâlois, LFus, Bâle, Genève et Munich 2005, art. 23 LFus ch. 3, qui veut toutefois appliquer l'art. 23 al. 1 lettre b LFus à la Reverse Merger; Sebastian Burckhardt, commentaire zurichois sur la LFus, Zurich, Bâle, Genève 2004, art. 23 LFus ch. 7; Florian Bommer, commentaire abrégé Stämpfli sur la LFus, Berne 2003, art. 23 LFus ch. 3; d'un autre avis: Stefan Zwicker, p. 161, note de bas de page 31; art. 23 LFus.

quer³⁰. Les autorités du Registre du commerce qui s'appuient sur les travaux législatifs sont toutefois d'un autre avis³¹.

Il convient de préciser dans ce contexte que par l'application par analogie de la pratique des autorités du registre du commerce sur les augmentations de capital successives (ordinaires, autorisées ou conditionnelles), il reste possible de procéder à des **fusions en chaîne** au sein d'un groupe. En ce sens, il est possible qu'une Holding absorbe sa société fille et sa «petite-fille» au moyen de deux fusions consécutives qui peuvent être inscrites simultanément au Registre du commerce³².

La question de l'existence d'un **groupe de personne liées contractuellement** au sens de l'art. 23 al. 1 let. b LFus est également très discutée en doctrine. Selon le message, un tel groupe existe lorsqu'il y a propriété en mains communes ou généralement lorsqu'il y a identité des associés au sein des sociétés qui fusionnent³³. En doctrine, il est ainsi majoritairement admis qu'il y a groupe de personnes liées par un contrat au sens de l'art. 23 al. 1 let. b LFus lorsque ces personnes se sont liées contractuellement dans le cadre de la décision de fusion³⁴. Une partie de la doctrine et les autorités du registre du commerce conditionnent toutefois l'existence d'un «groupe de personnes liées par la loi ou un contrat» à l'existence d'une propriété en mains communes sur les parts sociales détenues par le groupe en cause, de sorte que seuls entrent en ligne de compte les rares cas de propriété en mains communes prévus par la loi³⁵.

Notons enfin que selon les autorités du registre du commerce, l'approbation du contrat de fusion par les assemblées générales n'est pas possible en matière de fusion simplifiée. Seuls les organes de direction ont cette compétence, une décision éventuelle de l'assemblée générale n'ayant qu'une valeur de décharge interne. En cas d'augmentation de capital dans le cadre d'une fusion simplifiée, l'assem-

30 Alexander Vogel / Christoph Heiz / Urs Behnisch, art. 23 LFus ch. 7, avec renvois.

31 Cf. OFRC, commentaire abrégé des dispositions d'exécution de l'ordonnance sur le registre du commerce relatives à la loi sur la fusion, REPRAX 2/3/2004, p. 49 avec renvois au bulletin officiel du Conseil des Etats 2001, p. 152, au procès-verbal de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 1.2.2001, p. 13 et au procès-verbal de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 8.7.2002, p. 30.

32 Nicolas Duc, Les premières expériences dans l'application de la loi sur la fusion, in: Coopération et fusion d'entreprises, travaux de la journée d'étude du 6 octobre 2004, CEDIDAC n° 66, Lausanne 2005, p. 253.

33 Message, FF 2000, p. 4076 sv.

34 Mathias Wolf, art. 23 LFus ch. 8; Ulysses von Salis-Lütolf, p. 164; Hans Caspar von der Crone et consorts, ch. 275; avec néanmoins quelques doutes: Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs Behnisch, art. 23 LFus ch. 11; comp. également Florian Bommer, art. 23 LFus ch. 7, pour lequel notamment «l'action de concert» au sens de la loi sur les bourses peut fonder un groupe de personnes liées par un contrat.

35 Sebastian Burckhardt, art. 23 LFus ch. 4; OFRC, commentaire abrégé sur les dispositions de l'ordonnance sur le registre du commerce relatives sur la loi sur la fusion REPRAX 2/3/2004, p. 47 commentaire abrégé sur les dispositions de l'ordonnance sur le registre du commerce sur la loi sur la fusion, REPRAX 2/3/2004, p. 10.

blée générale n'aura ainsi qu'une compétence décisionnelle sur l'objet de l'augmentation de capital et non sur la fusion. Cette pratique a également pour conséquence que le procès verbal par lequel la décision de fusion est prise par l'organe de direction est soumis à la forme écrite et non pas à la forme authentique³⁶.

Scission

En matière de **scission**, les autorités du registre du commerce ont d'abord eu l'occasion de confirmer que ce nouvel institut n'exclut pas d'autres modes de partage tels que le **partage par transfert de patrimoine**, bien entendu, mais également le **partage par voie de succession à titre singulier** (par exemple en fondant une nouvelle société avec reprise de biens immédiate ou envisagée)³⁷.

Comme dans la fusion, il est possible de procéder à une **scission sans attribution d'actions** si l'actionariat est identique entre la société transférante et la société reprenante. En cas de fondation d'une nouvelle société dans le cadre d'une scission, l'approbation de la scission par les assemblées générales des sociétés qui y participent tient lieu d'assemblée constitutive, ce qui permet notamment d'échapper à un droit de veto des actionnaires minoritaires et donc de respecter la règle de la majorité qualifiée selon l'article 43 LFus. Les nouvelles actions sont souscrites par le biais du transfert selon inventaire et remises aux associés selon les règles fixées dans le contrat de scission.

Enfin, la règle du **transfert selon inventaire** est impérative, ce qui signifie que toute clause prévoyant que des biens non inventoriés font également l'objet du transfert par voie de scission ou transfert de patrimoine est nulle.

Transformation

La **transformation** selon les articles 53 ss LFus interdit l'inscription d'une nouvelle créance des associés contre la société après imputation du montant nominal du capital social, en raison du principe intangible de continuité des droits de la société sur son patrimoine. Pour réaliser une telle opération, il convient de liquider la première société puis de procéder à un apport en nature et/ou à une reprise de biens.

³⁶ Gregor Thomi, Stellungnahmen der Oltner Arbeitstagung 2003–2005, REPRAX 2/2005, p. 45 et 48
³⁷ Gregor Thomi, Stellungnahmen der Oltner Arbeitstagung 2003–2005, REPRAX 2/2005, p. 39.

Par ailleurs, les associés ne peuvent être contraints dans une transformation à **libérer** les parts sociales qui leur sont remises. Ces parts sont libérées **par** le biais de **l'excédent d'actifs** de la société. Les associés, qui le demeurent de par la loi, n'ont d'ailleurs pas à souscrire les parts sociales.

Les autorités du registre du commerce ont également eu l'occasion de préciser la signification des termes **«date du bilan de transformation»** et **«valeur des actifs et passifs»** au sens de l'article 107a let. c et d ORC³⁸. La **«date du bilan de transformation»** correspond à sa date de clôture. Quant à la **«valeur des actifs et passifs»**, celle-ci correspond au montant des actifs et des fonds étrangers figurant dans le bilan de transformation.

En matière de restructurations internationales, la LFus et la Loi sur le droit international privé (LDIP) ne permettent pas la **transformation internationale**. Pour atteindre cet objectif, il convient donc soit de procéder à la transformation avant le transfert de siège ou de transférer le siège puis de procéder à la transformation.

Transfert de patrimoine selon les art. 69 ss LFus et transfert à titre singulier

Selon l'art. 69 LFus les sociétés et entreprises individuelles inscrites au registre du commerce peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé. L'art. 181 al. 4 CO a été introduit parallèlement à la LFus. Cette disposition, qui, selon le Message³⁹, est de nature **impérative**, prévoit que la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise appartenant à des sociétés commerciales, à des sociétés coopératives, à des associations, à des fondations ou à des entreprises individuelles qui sont inscrites au registre du commerce, est régie par les art. 69 ss LFus sur le transfert de patrimoine. Ceci ne signifie toutefois pas que le **transfert d'un patrimoine ou d'une entreprise** n'est possible que par le biais du **transfert de patrimoine** au sens de la LFus. Les sujets de droit inscrits au registre du commerce restent libres de reprendre des patrimoines ou entreprises par le biais d'un **transfert par actes singuliers**⁴⁰. Dans ce cas, aussi bien les actifs (en tenant compte des éventuelles exigences de forme) que les passifs (selon art. 175 ss CO) doivent être repris individuellement. Les sujets de droit susmentionnés, qui sont inscrits au registre du commerce, ont donc le **choix**

38 OFRC, commentaire abrégé des dispositions d'exécution de l'ordonnance sur le registre du commerce relatives à la loi sur la fusion, REPRAX 2/3/2004, p. 58.

39 Cf. Message, FF 2000, p. 4144.

40 Rolf Watter, Commentaire bâlois, LFus, Bâle, Genève, Munich 2005, art. 181 CO ch. 7, avec renvois.

entre le **transfert de patrimoine selon la Loi sur la fusion** et la voie du **transfert par actes singuliers**.

Lors même que le **transfert de patrimoine** peut présenter des avantages en particulier en raison des **exigences de forme simplifiées** dans le cadre d'un transfert d'actifs et passifs, la pratique a montré que le **transfert par actes singuliers** restait le plus répandu même dans le cas de transferts d'actifs importants. Il y a plusieurs raisons à cela⁴¹: le transfert de patrimoine doit être inscrit au registre du commerce, ce qui conduit à une publicité souvent non souhaitée par les parties. Par ailleurs, le transfert de patrimoine n'a pas apporté tous les allègements espérés en cas de transfert de contrats, car il est contesté que les contrats mentionnés dans l'inventaire puissent être automatiquement transférés à l'acquéreur au moment de l'inscription au registre du commerce sans l'accord préalable des autres parties aux contrats⁴². En raison de l'insécurité juridique qui prévaut actuellement, il est recommandé, également dans le cas de transferts de patrimoine au sens de la LFus, d'obtenir l'accord de la partie tierce en cas de transfert du contrat qui la lie au transférant. Par ailleurs, le transfert de patrimoine implique une solidarité de trois ans des anciens débiteurs, une éventuelle obligation de garantir les créances ainsi qu'une obligation d'informer les associés de la société transférante dans l'annexe aux comptes annuels ou dans le cadre de la prochaine assemblée générale⁴³. Enfin, le transfert de patrimoine induit un risque de responsabilité supplémentaire pour les personnes qui s'occupent du transfert de patrimoine, ceci en raison du cas de responsabilité prévu à l'article 108 LFus.

Perspectives et risques

La LFus a nourri des discussions très animées que ce soit dans les médias ou en doctrine. Une révision partielle de la loi a même été demandée⁴⁴. Quelques incertitudes de la loi ont déjà été levées dans les commentaires et contributions parus avant ou peu après son entrée en vigueur.

Conscientes du problème, les autorités du registre du commerce ont pris position sur certaines questions par le biais de publications⁴⁵ ou dans des décisions, contri-

41 Cf. Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, Berne 2006, p. 61s.

42 Cf. Ralph Malacrida, Commentaire bâlois, LFus, Bâle, Genève, Munich 2005, art. 73 LFus ch. 15 ss, avec renvois.

43 Art. 74 et 75 LFus.

44 Andreas Binder, Ein Jahr FusG, Anspruch und Wirklichkeit, Neue Zürcher Zeitung du 21 juin 2005.

45 Cf. REPRAX 2/3/2004 et REPRAX 2/2005. Voir aussi Registre du commerce du canton de Zurich, FAQ.

buant ainsi à **clarifier divers points controversés**. L'OFRC prépare ainsi un recueil de prises de position et décisions des autorités du registre du commerce qui doit paraître dans la REPRAX. Il convient de saluer cette **initiative**, puisque cela permettra de réduire le manque de clarté de certaines dispositions de la LFus ainsi que les incertitudes qui en découlent.

Enfin, la pratique de la LFus pourrait se développer à travers les **décisions judiciaires en annulation** introduites par des associés sur la base des articles 106 et 107 LFus.

Dans ce contexte, on ne peut qu'approuver les conclusions de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, qui, fin août 2005, a jugé nécessaire de tirer un premier constat sur les expériences acquises dans le cadre de la LFus suite aux nombreuses critiques et publications que cette loi a suscitées. La Commission a ainsi considéré que la nouvelle loi avait dans l'ensemble fait ses preuves et qu'il n'existe dès lors aucun **besoin de la réviser**⁴⁶. Le législateur ne devrait en fait envisager une révision que dans la mesure où il y aurait un **consensus** clair dans la doctrine et la jurisprudence sur les faiblesses les plus importantes de la Loi sur la fusion.

⁴⁶ Le communiqué de presse peut être consulté sous http://www.parlament.ch/mm-medienmitteilung.htm?m_id=2005-08-30_078_01.

Droit des marchés financiers

Surveillance des groupes et conglomérats d'assurance, ainsi que des groupes et conglomérats financiers

Jürg Galliker

Introduction

Avec l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 de la révision de la loi sur la surveillance des assurances (LSA)¹, de ses ordonnances d'application (OS et OS-OFAP)², des nouvelles dispositions relatives à la loi sur les banques (LB)³ et de la loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM)⁴, sont maintenant applicables de nouvelles directives concernant les groupes et conglomérats d'assurance, respectivement les groupes et conglomérats financiers. Quel en est l'objet et quelle en est leur portée pratique?

Définitions

Les art. 64 ss LSA, respectivement les art. 3b ss LB, définissent les notions de **groupe d'assurance** et de **groupe financier**, respectivement de **conglomérat d'assurance** et de **conglomérat financier** de la façon suivante:

groupe d'assurance (art. 64–71 LSA)	Deux ou plusieurs entreprises lorsque: <ul style="list-style-type: none">– l'une d'entre elles au moins est une entreprise d'assurance;– l'activité qu'elles exercent globalement dans le domaine de l'assurance est prédominante;– elles forment une unité économique ou sont liées entre elles sur la base de facteurs d'influence ou d'un contrôle.
---	--

1 RS 961.01.

2 RS 961.011 resp. RS 961.011.1.

3 RS 952.0.

4 RS 954.1.

<p>groupe financier (art. 3c al. 1 LB)</p>	<p>Deux ou plusieurs entreprises lorsque:</p> <ul style="list-style-type: none"> – au moins une banque ou un négociant en valeurs mobilières est actif dans le groupe; – elles sont principalement actives dans le domaine financier; – elles forment une unité économique ou lorsqu'il y a lieu de supposer, en raison d'autres circonstances, qu'une ou plusieurs entreprises sous surveillance individuelle sont de fait ou juridiquement tenues de prêter assistance à une société du groupe.
<p>conglomérat d'assurance (art. 72–79 LSA)</p>	<p>Deux ou plusieurs entreprises lorsque:</p> <ul style="list-style-type: none"> – l'une d'entre elles au moins est une entreprise d'assurance; – l'une d'entre elles au moins est une banque ou un négociant en valeurs mobilières ayant une importance économique considérable; – l'activité qu'elles exercent globalement dans le domaine de l'assurance est prédominante et; – elles forment une unité économique ou sont liées entre elles sur la base de facteurs d'influence ou d'un contrôle.
<p>conglomérat financier (art. 3c al. 2 LB)</p>	<p>Deux ou plusieurs entreprises lorsque:</p> <ul style="list-style-type: none"> – au moins une banque ou un négociant en valeurs mobilières est actif dans le conglomérat; – elles sont principalement actives dans le secteur bancaire ou celui des valeurs mobilières; – au moins une société d'assurance est d'une importance économique considérable; – elles forment une unité économique ou elles sont liées entre elles sur la base de facteurs d'influence ou d'un contrôle.

Les deux notions dans le secteur de l'assurance et de la finance se **recoupent sur de nombreux points**, mais laissent cependant une certaine latitude pour une interprétation **différenciée** par les autorités de surveillance

But et champs d'application de la réglementation

Les nouvelles dispositions relatives à la surveillance des groupes et des conglomérats tendent tout d'abord à la **protection des assurés**, respectivement des **investisseurs**. La solvabilité, respectivement les fonds propres d'un groupe ou d'un conglomérat ne doivent pas subir de préjudice en raison de ses dépendances et de ses obligations par rapport à d'autres entreprises⁵.

L'Office fédéral des assurances privées (OFAP) et la Commission fédérale des banques (CFB) peuvent assujettir les groupes et les conglomérats définis ci-dessus à leur surveillance lorsque ceux-ci sont **effectivement dirigés à partir de la Suisse**, respectivement lorsqu'ils sont dirigés à partir de l'étranger sans y être assujettis à une surveillance équivalente (art. 65 et 73 LSA, art. 3d LB). Si des autorités suisses ou étrangères revendiquent le droit d'exercer la surveillance de tout ou partie d'un groupe ou d'un conglomérat, celles-ci s'entendent de façon bilatérale, le groupe ou le conglomérat ayant son siège en Suisse étant toutefois consulté par l'autorité de surveillance suisse.

La surveillance du groupe et du conglomérat s'effectue **en complément** à la surveillance individuelle (art. 66 et 74 LSA; art. 3e LB). Egalement dans ces structures de sociétés, les personnes chargées de la gestion, de la haute direction, de la surveillance et du contrôle doivent **jouir d'une bonne réputation** et offrir **la garantie d'une activité irréprochable** (art. 67 et 75 LSA; art. 3f Abs. 1 LB). Il est expressément prévu que tout groupe et conglomérat tel que défini ci-dessus doit disposer d'un **organe externe de révision** (art. 70 et 78 LSA; art. 3h al. 2 LB) et qu'il soit soumis à une **obligation de renseignement** à l'égard de l'autorité de surveillance (art. 71 et 79 LSA; art. 3h al. 3 LB).

⁵ FF 2003, p. 3397.

Contrôle des risques / fonds propres

Dans le sens d'une condition à remplir pour être mis au bénéfice d'une autorisation d'exploiter, les groupes et conglomérats dans le secteur de l'assurance et le domaine bancaire doivent être organisés de telle manière qu'ils puissent **recenser, limiter et contrôler tous les risques essentiels** (art. 4 al. 2 lit. q LSA; art. 3f al. 2 LB).

L'OFAP peut en outre édicter des dispositions concernant la surveillance des opérations internes des groupes et du **cumul de risques au sein des groupes**. L'autorité de surveillance se concentrera, en raison du principe de proportionnalité notamment, sur les principaux processus internes des groupes (art. 68 et 76 LSA)⁶. Les fonds propres pouvant être pris en compte sont déterminés par le Conseil fédéral alors que l'OFAP fixe les fonds propres requis (art. 69 et 77 LSA). Le bilan consolidé du groupe, respectivement du conglomérat, sert généralement de base pour la détermination des fonds propres. Les fonds propres nécessaires se basent encore sur les dispositions applicables aux sociétés (art. 69 et 77 LSA)⁷.

Conformément à l'art. 3 g LB, la CFB est autorisée à édicter des dispositions sur les fonds propres, les **liquidités**, la répartition des risques, les positions de risques intra-groupe et l'établissement des comptes pour les groupes, respectivement les conglomérats financiers et, en ce qui concerne les conglomérats financiers dominés par le secteur bancaire ou celui du négoce en valeurs mobilières, même **au cas par cas** (art. 3g LB).

Il s'agira de voir dans quelle mesure les dispositions encore à édicter par les autorités de surveillance dans le secteur de la gestion du risque et de l'attribution de fonds propres poseront aux groupes et conglomérats des exigences complémentaires, non encore connues jusqu'à présent.

Dispositions transitoires

Quiconque dirige effectivement un groupe financier ou un groupe d'assurance, respectivement un conglomérat financier ou d'assurance à partir de la Suisse sans exercer d'activité financière ou d'assurance en Suisse, est tenu de s'annoncer jus-

6 FF 2003, p. 3398.

7 FF 2003, p. 3399.

qu'au **31 mars 2006 à la CFB**, respectivement à l'**OFAP** (art. 90 al. 6 LSA). Les groupes d'assurance et les conglomérats d'assurance existants doivent s'adapter à la nouvelle loi dans un délai de **deux ans** (art. 90 al. 7 LSA). L'OFAP peut prolonger les délais pour de justes motifs (art. 90 al. 8 LSA).

Perspectives et risques

Il est à prévoir que, sur la base de la définition des notions de groupe d'assurance et de groupe financier, respectivement de conglomérat d'assurance et de conglomérat financier, un grand nombre de groupes d'assurances et financiers tomberont **nouvellement** sous le coup des nouvelles dispositions applicables. La nécessité d'adaptation ne deviendra probablement évaluable pour chaque entreprise que lorsque les autorités de surveillance compétentes auront fait usage de leur compétence en édictant des dispositions supplémentaires dans le secteur de la gestion du risque et/ou des fonds propres. Pour les entités concernées, la **perspective** existe de s'employer, dans un proche avenir, à réfléchir sur une gestion du risque et sur une attribution de fonds propres au sein du groupe, respectivement au sein du conglomérat, avant que les autorités de surveillance n'édictent de façon détaillée lesdites dispositions.

Comportement abusif en matière de valeurs mobilières au moyen de cours coupés: dernière pratique de la CFB

Alex Geissbühler

Introduction

La Commission fédérale des banques (CFB) a récemment étendu sa surveillance également au domaine du commerce de valeurs mobilières. Le concept de «cours coupés» revenait fréquemment dans les cas qui lui étaient soumis. Dès lors, qu'est-ce donc qu'un cours coupé? Le fait que ce terme soit à peine reconnu dans l'environnement réglementaire et que la pratique de la CFB était jusqu'alors restreinte dans ce domaine avait conduit par le passé à davantage d'incertitude. Dans la circulaire de la CFB en vue d'éviter les abus du marché, le cours coupé devait aussi, à côté de nombreux autres états de fait, être défini comme un comportement à caractère économique abusif en matière de commerce de valeurs mobilières et être déclaré inacceptable. Cette circulaire demeure cependant en procédure de consultation depuis le début de l'année 2004.

Dans sa décision du 28 octobre 2004¹ concernant des valeurs mobilières non cotées, la CFB a désormais défini de manière détaillée le terme de «cours coupés».

Etat de fait

La banque X a acheté à plusieurs reprises à des tiers des valeurs mobilières non cotées pour son propre compte (Nostro), afin de les revendre immédiatement à des clients intéressés déjà connus précédemment, à un cours plus élevé. Bien que la banque réalisait ainsi déjà, à chaque fois, une plus-value sur le cours, elle facturait encore une commission de courtage aux clients finaux. La CFB a qualifié cette manière de faire de la banque de cours coupés dans six des 22 transactions soumises à son examen et les a, entre autres conséquences, qualifiées de violations graves des devoirs de fidélité et de loyauté au sens de l'art. 11 LBVM².

1 Bulletin 47/2005, p. 157 ss.

2 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM).

Délimitation de la problématique des cours coupés aux activités de commissions

Des manipulations de cours sont des profits réalisés par le négociant en valeurs mobilières **sans qu'il ne prenne de risque de marché** et aux frais du client: il calcule, lors de l'exécution d'une **affaire soumise à commission** portant sur des valeurs mobilières, des cours autres que ceux effectivement obtenus. Selon la CFB, le problème des cours coupés ne se pose pas en cas de contrats de vente proprement dits, mais se limite uniquement aux opérations de commission, auxquelles on se réfère par principe toujours en matière d'opérations de bourse. Cette optique est fondée sur le caractère principal du commerce des papiers-valeurs, dans lequel les clients n'agissent, par principe, pas eux-mêmes, mais par le biais de leur intermédiaire professionnel et doivent pour cette prestation s'acquitter d'une commission – comme dans le cas susmentionné³.

Dans le présent cas, la CFB est parvenue à la conclusion que la banque n'avait pas pris de risque de marché ni de risque lié aux cours: elle avait, au moment du déroulement de la transaction, connaissance des deux mandats et ainsi déjà trouvé un acquéreur pour les valeurs mobilières acquises.

Opération de vente en tant qu'exception

Il est cependant possible, à titre d'exception, qu'un négociant en valeurs mobilières convienne, avec un client final comme contrepartie, d'un contrat de vente ou d'une opération à un prix fixe. Il doit toutefois être clair pour le client que le négociant est dans ce cas une contrepartie agissant dans son propre intérêt et qu'il n'est tenu d'effectuer **aucune prestation** en faveur du client. Dans un tel cas, le négociant n'est pas obligé de communiquer à son cocontractant le mandat de vente qu'il a déjà conclu avec son autre client vendeur, même si l'opération lui permet de vendre à un prix plus avantageux pour lui.

Une raison pour le client d'exiger une telle opération à prix fixe peut, par exemple, résider dans le fait qu'il a urgemment besoin de réaliser une opération à un prix convenu par avance. Aux yeux de la CFB, il est cependant nécessaire, dans un tel cas, que le négociant en valeurs mobilières fasse bénéficier au client qui lui a déjà

³ Bulletin 47/2005, p. 169.

confié un mandat de commission le prix qu'il a obtenu dans le cadre de l'opération de vente à prix fixe⁴.

Tenue de marché comme motif justificatif de cours coupés?

Dans l'une de ses déterminations, la banque a indiqué que lors des transactions en question, il s'agissait d'opérations de vente à prix fixe, ce qui aurait justifié le profit réalisé sur le cours: elle aurait acheté des valeurs mobilières sur son compte Nostro en tant que teneur de marché, puis revendu ces titres à des personnes intéressées en répondant ainsi directement de l'exécution du contrat tant vis-à-vis de l'acheteur que vis-à-vis du vendeur.

Selon l'art. 3 al. 4 OBVM⁵, est qualifié de teneur de marché celui qui, à titre professionnel et pour son propre compte, fait le commerce de valeurs mobilières à court terme et propose au public, en permanence ou sur demande, un cours pour certaines valeurs mobilières. Les cours d'achat et de vente fixés représentent ainsi de manière contraignante des offres fermes du teneur de marché (pour son compte Nostro) vis-à-vis du marché ou des acheteurs intéressés. Dans ces circonstances, il s'agit ainsi par définition d'une activité commerciale à risque.

Selon la CFB, n'est cependant considéré comme teneur de marché que celui qui fixe les prix d'achat et de vente fermes **sans savoir préalablement** si les partenaires commerciaux vont acheter ou vendre. Tel n'a pas été le cas dans l'état de fait évoqué ci-dessus⁶.

Perspectives et risques

La détermination détaillée de la CFB au sujet de la pratique des cours coupés s'avère bienvenue. La distinction claire entre les affaires donnant lieu à commission (cas normal) et les opérations de vente en matière de commerce de valeurs mobilières (exception) contribue à une sécurité du droit renforcée dans le domaine du commerce de valeurs mobilières. Cette nouvelle pratique va conduire quelques

4 Bulletin 47/2005, p. 174.

5 Ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (ordonnance sur les bourses, OBVM).

6 Bulletin 47/2005, p. 171 s.

banques à revoir leurs modèles de décomptes ainsi que les procédures y relatives, et à les adapter le cas échéant.

Néanmoins, diverses questions demeurent ouvertes, et la pratique montre que le problème des cours coupés doit pouvoir être apprécié d'une manière beaucoup plus différenciée. Ainsi, il faudra en particulier considérer la relation entre le négociant en valeurs mobilières et ses clients institutionnels, lesquels sont également prêts, lors de transactions portant sur de plus gros paquets d'actions, à conclure la vente avec un «mark-up» par rapport au prix effectivement obtenu.

Sans tomber dans une sur-régulation, il conviendrait enfin que les principes de l'autorité de surveillance réglementent des états de fait qui se rapprochent, **en pratique**, de l'abus de marché. Autrement, il y a lieu de s'attendre à ce que les règles de l'autorité de surveillance en vue d'éviter les abus de marché restent, pour l'avenir, principalement définies par voie de décisions, selon le modèle anglo-saxon du «Case Law».

Nouveaux développements du droit de la surveillance des assurances

(cf. Perspectives et risques 2004/2005, p. 49 ss)

Marc Raggenbass

Introduction

La nouvelle loi sur la surveillance des assurances (LSA)¹, de même que l'ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privée (OS)² et l'ordonnance de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) sur la surveillance des entreprises d'assurance privée (OS-OFAP)³ sont entrées vigueur le 1^{er} janvier 2006. L'OFAP mettra en outre ces nouveautés juridiques en œuvre par le biais de directives dans les mois à venir.

La pierre angulaire de ce nouveau système de surveillance se situe dans la libéralisation du marché des assurances. Partant, les nouvelles prescriptions légales renoncent d'une façon générale à établir un contrôle préventif des produits d'assurance, à l'instar d'autres secteurs du droit des marchés financiers⁴.

Afin de pallier à l'abrogation du contrôle préventif des produits, la nouvelle loi sur la surveillance des assurances renforce le contrôle de solvabilité par le biais d'une meilleure prise en compte du profil des risques des entreprises d'assurance (EA). Cela comprend la mise en place d'une gestion des risques adéquate dans les relations commerciales, ce qui inclut non seulement les risques propres à la technique d'assurance mais également les risques opérationnels et ceux liés aux placements. A cela s'ajoute également une amélioration de la protection contre les abus par l'émission de prescriptions sur l'organisation de l'entreprise (Corporate Governance). En outre, la portée des dispositions en matière de transparence a été étendue de façon significative grâce à la révision partielle de la loi sur le contrat d'assurance (LCA)⁵ liée à l'entrée en vigueur de la LSA⁶.

1 RS 961.01. Cf. page 59 «Surveillance des groupes et conglomérats d'assurances, ainsi que des groupes et conglomérats financiers».

2 RS 961.011.

3 RS 961.011.1.

4 Le contrôle préventif reste valable pour les tarifs et les conditions générales d'assurance dans les secteurs de la prévoyance professionnelle (collective vie) et de l'assurance maladie complémentaire à l'assurance maladie sociale (art. 4 al. 2 let. r LSA).

5 RS 221.229.1.

6 Le devoir d'information prévu par l'art. 3 LCA entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2007.

Les nouvelles dispositions légales sur la surveillance des assurances resserrent les mailles du filet régulateur pour les EA, à l'intérieur et à l'extérieur de la Suisse, et étend la portée du régime de surveillance à des champs d'activité qui n'étaient jusqu'alors pas réglementés. Cela implique pour les entreprises concernées des adaptations fondamentales, avant tout dans le domaine du droit financier, des sociétés et des contrats et, d'une façon générale, une surveillance des assurances qui va se rapprocher de celles qu'exerce la Commission fédérale des banques sur les établissements bancaires, les courtiers en valeurs mobilières, les bourses et les fonds de placement.

Les éléments essentiels de la nouvelle LSA sont brièvement présentés ci-après.

But

Selon les termes propres de la loi, la LSA a en particulier pour but la **protection des assurés** contre les risques d'insolvabilité des EA et contre les abus⁷. Par sa renonciation à une définition exhaustive du but de protection, le législateur reconnaît que l'objectif de la loi va au-delà de la protection des assurés explicitement mentionnée (protection des individus, des clients et des consommateurs) et qu'il touche également à la **protection collective de la place financière suisse**. Cette fonction de protection collective a été développée par la pratique de surveillance et par la jurisprudence, notamment en matière de droit bancaire, boursier, des fonds de placement et relatif à la Banque nationale. Elle a comme objectif d'assurer notamment que le marché fonctionne de façon efficace, sûre et stable (fonction de protection), de maintenir la confiance tant à l'égard de cette protection qu'à l'égard de l'EA individuelle (protection de la confiance), de garantir une place financière intègre (protection de la réputation), et d'éviter un effondrement du système (protection du système).

7 Art. 1 al. 2 LSA.

Portée

Par rapport à la réglementation qui prévalait jusqu'ici, la LSA modifie la portée matérielle de la surveillance des assurances dans les champs d'application suivants:

- **Réassurance** (y compris les captives de réassurance): la LSA est nouvellement aussi applicable aux EA qui exercent exclusivement l'activité de réassurance. Il existe toutefois ici deux exceptions essentielles: premièrement, à l'instar de l'ancien droit, les EA ayant leur siège social à l'étranger et qui ne pratiquent que la réassurance en Suisse sont exemptées de la surveillance suisse. Deuxièmement, certaines règles matérielles relatives au droit de la surveillance des assurances ne sont pas applicables aux entreprises qui pratiquent la réassurance⁸.
- **EA étrangères ayant une succursale en Suisse**: la surveillance suisse des assurances inclut également les EA ayant leur siège social à l'étranger, mais qui disposent d'une succursale en Suisse et qui exercent leur activité d'assurance depuis la Suisse, toutefois uniquement à l'étranger. Grâce à un tel élargissement de la portée de la surveillance, la bonne réputation de la place financière suisse susmentionnée devrait être durablement renforcée⁹.
- **EA étrangères sans succursale en Suisse**: la surveillance suisse des assurances ne s'applique pas aux EA ayant leur siège à l'étranger et aucune succursale en Suisse, lorsqu'il s'agit de:
 - la couverture des risques d'assurance en relation avec la navigation en haute mer, la navigation aérienne ou les transports internationaux;
 - la couverture de risques situés exclusivement à l'étranger;
 - la couverture des risques de guerre¹⁰.
- **Intermédiaires d'assurance (IA)**: on entend par IA toute personne qui agit dans l'intérêt d'EA ou d'autres personnes en vue de la conclusion de contrats d'assurance ou qui conclut de tels contrats. Cette notion comprend ainsi les courtiers, les brokers et les conseillers en assurance indépendants (IA non liés), de même que les collaborateurs des services externes de l'EA et les autres IA liés.
Font partie de la catégorie des IA liés commercialement, juridiquement ou d'une autre façon¹¹:

8 Art. 35 LSA.

9 Art. 2 al. 1 let. b LSA, art. 1 al.1 OS.

10 Art. 1 al. 2 OS.

11 Art. 183 OS.

- les IA qui perçoivent, durant l'année civile, des commissions provenant en majorité d'une ou de deux EA, ou d'autres avantages pécuniaires qui ne correspondent pas à la rémunération usuelle pour cette activité;
- les IA qui se sont engagés contractuellement avec une EA de telle sorte que leur liberté d'être actifs pour une autre EA est compromise;
- les IA qui possèdent directement ou indirectement une participation s'élevant à plus de 10% du capital d'une EA, ou lorsqu'une EA possède directement ou indirectement une participation s'élevant à plus de 10% du capital de l'entreprise de l'IA;
- les IA qui peuvent exercer une influence sur la marche des affaires d'une EA, ou lorsqu'une EA peut exercer une influence sur la marche des affaires de l'IA.

Les IA non liés doivent, et les IA liés ont le droit de se faire inscrire dans un registre public tenu par l'OFAP. Seul pourra prétendre à son inscription dans ce registre celui qui en remplit les conditions subjectives et objectives nécessaires et qui fournit des garanties financières¹².

■ **Groupes d'assurance et conglomérats d'assurance:** un groupe d'assurance se compose d'au moins deux entreprises liées entre elles, dont l'une au moins est une EA et leur activité dans le domaine de l'assurance doit être prédominante¹³. L'on parle d'un conglomérat d'assurance lorsque le groupe d'assurance contient au moins une banque ou un négociant en valeurs mobilières ayant une importance économique considérable. Les dispositions de droit matériel les plus importantes relatives aux groupes et conglomérats d'assurance concernent la gestion des risques¹⁴ au sein du groupe, respectivement du conglomérat, ainsi que les prescriptions relatives aux fonds propres¹⁵ du groupe, respectivement du conglomérat. La surveillance des conglomérats complète ainsi la surveillance des groupes, laquelle complète à son tour la surveillance des entreprises individuelles.

■ **EA de faible importance économique** (parmi les critères d'appréciation possibles pour l'importance économique figure par exemple le degré de prestations, respectivement les risques assurés) **ou ayant un cercle restreint d'assurés** (par exemple des captives) peuvent, selon les circonstances et au cas par cas, être libérées de la surveillance par l'OFAP. La condition de l'ancien droit exigeant une «faible importance des prestations» n'est plus requise dans le

¹² Art. 44 LSA, art. 184 ss OS.

¹³ Art. 64 LSA.

¹⁴ Art. 68 LSA, art. 195 ss OS, resp. art. 76 LSA, art. 204 OS.

¹⁵ Art. 69 LSA, art. 198 ss OS, resp. art. 77 LSA, art. 204 ss OS.

nouveau droit. Seul le besoin de protection des assurés est déterminant pour l'octroi d'un tel statut d'exception.

Agrément obligatoire, demande et octroi¹⁶

Les EA suisses et étrangères soumises à surveillance doivent obtenir un agrément de l'OFAP pour que leur activité d'assurance en Suisse ou à partir de la Suisse soit admise. La demande d'agrément doit être accompagnée d'un plan d'exploitation détaillé. L'agrément est accordé pour une ou plusieurs branches d'assurance et permet alors d'exploiter autant des affaires d'assurance directe que de réassurance dans le cadre des branches autorisées.

Les fusions, scissions et transformations d'EA n'ont pas pour effet un transfert automatique de l'agrément obtenu par les entreprises concernées. De telles restructurations doivent également obtenir l'agrément de l'OFAP. L'agrément est octroyé lorsque le but de protection prévu par la LSA est garanti, à savoir lorsque la protection des assurés est assurée et les relations d'assurance en vigueur sont prorogées sans modifications.

Plan d'exploitation

La révision de la surveillance des assurances, tout comme la surveillance sur l'organisation des EA qui en découle, font du plan d'exploitation un important instrument juridique en matière de surveillance. Parmi les nouveautés figure en effet l'obligation de soumettre un plan d'exploitation détaillé à l'OFAP. Les éventuelles modifications subséquentes de ce document doivent, selon leur type, soit être approuvées par l'OFAP avant leur réalisation, soit être annoncées dans les quatorze jours suivant la modification des faits. L'OFAP peut alors engager une procédure d'examen dans un délai de quatre semaines.

¹⁶ Art. 3 ss LSA.

Le plan d'exploitation comprend notamment des informations détaillées concernant¹⁷:

- **l'organisation et le champ territorial de l'activité** de l'EA. Il s'agit notamment ici d'informations relatives à l'efficacité du système de contrôle interne que chaque EA doit prévoir, ainsi qu'à l'organe de révision interne (inspectorat), indépendant de la direction, que l'EA doit – hormis des exceptions justifiées – impérativement instaurer. Une EA peut confier la tâche d'organe de révision interne au groupe, respectivement au conglomérat d'assurance ou à un tiers. Les contrats de mandat y relatifs font partie du plan d'exploitation.
- **la dotation financière et la constitution de réserves**. A la notion de réserves légales s'ajoute également celle de réserves techniques.
- **l'identité des personnes chargées de la haute direction, de la surveillance, du contrôle et de la gestion** ou, pour les EA étrangères, celle du mandataire général.
- **l'identité de l'actuaire responsable**: comme conséquence du renforcement du contrôle de solvabilité et de l'abolition (partielle) du contrôle préventif des produits, la LSA impose à chaque EA la désignation d'un actuaire responsable. Cette fonction peut également être déléguée, à l'instar de celle d'organe de révision interne. Cet actuaire est responsable de la gestion de la partie technique du plan d'exploitation.
- les contrats et accords par lesquels les fonctions essentielles des EA sont déléguées: les contrats par lesquels de telles fonctions sont déléguées à des tiers (**outsourcing**) doivent être soumises à l'approbation préalable de l'OFAP. Les contrats doivent être conclus en la forme écrite, définir clairement les différentes fonctions déléguées et fixer la séparation des tâches et compétences entre l'EA délégataire et les prestataires de services. Finalement, la délégation de fonction ne doit porter préjudice, ni à la surveillance de l'OFAP, ni aux examens de l'organe de révision interne et externe.
- données relatives au **recensement, à la délimitation et au contrôle des risques**: l'EA doit être organisée de telle façon qu'elle puisse recenser, délimiter et contrôler déjà en amont tous les risques essentiels. Cela comprend la mise sur pied d'une gestion des risques adéquate dans les relations commerciales de l'EA, de façon à pouvoir reconnaître et apprécier un risque potentiel et prendre des mesures pour empêcher sa survenance, ou couvrir les risques importants et les cumuls de risques. **La gestion des risques** ne peut pas se limiter au recensement, à la délimitation et au contrôle des risques techniques (passifs

¹⁷ Art. 4 al. 2 LSA.

au bilan), mais doit aussi comprendre les risques liés aux placements (actifs au bilan). Cela signifie qu'une EA doit également être en mesure de quantifier et de limiter les risques financiers (par exemple les risques du marché et des crédits). En outre, l'autorité de surveillance exige aussi une gestion adéquate des autres risques opérationnels. Cela signifie que les principes généraux de Corporate Governance doivent être mis en œuvre dans la conduite de l'EA, en s'assurant par exemple que les responsabilités sont clairement réglées, que les fonctions de contrôle sont exercées de façon indépendante des fonctions dirigeantes et que les décideurs sont suffisamment qualifiés.

Les risques de compliance font également partie des **risques opérationnels**. Le risque de compliance implique que le fait de ne pas tenir compte tant des prescriptions légales, réglementaires et internes à l'entreprise, des standards et des règles déontologiques, peut conduire à des sanctions juridiques ou réglementaires, à des pertes financières et à une détérioration de la réputation de l'entreprise. Le risque de compliance peut être réduit de façon significative par la mise en œuvre et le maintien d'une fonction de compliance efficace, compétente et indépendante des activités opérationnelles. Les tâches essentielles d'une telle **fonction de compliance** consistent en l'appui à la direction de l'entreprise et aux collaborateurs dans ce domaine, en particulier par le biais d'une démarche proactive et constructive en matière de conseil, d'information, de formation, de contrôle, d'établissement des faits lors de violation des règles de compliance et lors de l'établissement de rapports (risk-map).

L'EA saisit et évalue ses risques opérationnels sous sa propre responsabilité et discute périodiquement des résultats de cette évaluation avec l'OFAP. Si cette évaluation montre que la solvabilité est insuffisante par rapport aux risques, l'OFAP peut intensifier la surveillance et/ou exiger une majoration du capital cible¹⁸.

Conditions d'octroi de l'autorisation

L'EA ayant son siège en Suisse doit être constituée en la **forme juridique** d'une société anonyme ou d'une société coopérative et doit disposer d'un **capital minimum** d'un montant se situant entre CHF 3 et 20 millions, selon les branches d'as-

18 Art. 98 OS.

surance exploitées¹⁹. Le législateur a délégué la détermination du capital minimum pour les diverses branches d'assurances au Conseil fédéral et l'OFAP définit les fonds propres nécessaires dans chaque cas concret d'agrément.

D'une façon générale, il appartient aux EA qui exploitent l'assurance sur la vie de disposer d'un capital minimum de CHF 5 à 12 millions selon la branche d'assurance, de CHF 3 à 8 millions pour celles qui exploitent l'assurance de dommages et de CHF 3 à 10 millions pour celles qui exploitent la réassurance. Selon les nouvelles dispositions, sont pris en compte pour l'établissement du capital minimum lors de la fondation d'une EA le capital-actions, le capital social, respectivement le capital de participation et l'agio. Dans le contexte de l'octroi d'un agrément pour des branches d'assurances additionnelles, les réserves légales déjà constituées sont également prises en compte.

La part attribuée au **fonds d'organisation** se monte en règle générale à 20% du capital minimum (pour les captives de réassurance, au minimum CHF 300 000.–). Ce fonds d'organisation ne peut être utilisé à d'autres buts qu'à la couverture des frais liés à la constitution, au développement de l'activité d'assurance ou à une extension exceptionnelle des affaires avant l'écoulement d'une période de trois ans et cela uniquement avec l'assentiment de l'OFAP²⁰.

Solvabilité

La **sécurité financière** d'une EA s'apprécie d'après sa solvabilité, d'une part, et d'après les provisions techniques, d'autre part. La solvabilité se calcule selon deux méthodes distinctes l'une de l'autre, à savoir selon la Solvabilité I et le Test suisse de solvabilité (TSS).

Sont fixés dans le cadre de la **Solvabilité I**, les fonds propres nécessaires, libres et non grevés, calculés sur la base du volume d'affaires d'une EA (marge de solvabilité exigée), de même que les fonds propres imputables (marge de solvabilité disponible). Elle se fonde sur le bilan statutaire prévu par le Code des obligations (CO). Le calcul de la **marge de solvabilité exigée** s'effectue de façon spécifique selon que l'on se situe dans le domaine de l'assurance-vie, de l'assurance-dommages ou

¹⁹ Art. 8 LSA, art. 7 ss OS.

²⁰ Art. 10 LSA, art. 11 OS.

de la réassurance. Elle est partiellement complétée par des exigences supplémentaires selon les branches d'assurances et d'après différents critères²¹. L'ordonnance sur la surveillance des assurances contient en outre une liste des valeurs dont il peut être tenu compte à titre de fonds propres et qui peuvent donc être prises en compte pour la couverture de la marge de solvabilité exigée. Ces valeurs comprennent le capital libéré (y compris l'agio), un éventuel capital de participation, les réserves légales, statutaires et libres, le fonds d'organisation, le bénéfice reporté de l'exercice précédent, le bénéfice de l'exercice écoulé et, pour les assurances sur la vie, les provisions pour les futures participations à l'excédent qui n'ont pas encore été distribuées aux assurés. De plus, certains instruments hybrides peuvent également être considérés comme fonds propres à certaines conditions. Finalement, l'OFAP peut, sur requête motivée, admettre d'autres éléments comme capital propre. Un service interne à l'entreprise contrôle cette **marge de solvabilité disponible**, puis établit un rapport à l'attention de la direction de l'entreprise et de l'OFAP pour la fin de l'exercice social (ou plus souvent, selon les instructions de l'office).

Le calcul de la solvabilité selon la Solvabilité I est toutefois généralement considéré comme insuffisant, en particulier à cause de son manque de nuance. Le TSS prend dès lors en compte la capacité effective d'une EA à gérer ses risques et permet d'établir le **capital cible** dont elle a besoin pour couvrir avec une sécurité suffisante les risques encourus sur une année (risques techniques, liés aux marchés financiers et aux crédits). Pour déterminer le capital cible, les actifs sont évalués de manière proche du marché et les fonds étrangers à la valeur estimative la meilleure possible. La réassurance et la rétrocession des risques sont entièrement reconnues dans le cadre du transfert des risques quantifiés. Le capital cible est comparé au capital libre disponible, non grevé (capital-risque). Ce dernier doit pouvoir couvrir les frais du capital-risque durant la période d'exécution des obligations techniques d'assurance. Si tel n'est pas le cas, l'EA doit alors soit augmenter le capital cible dans un délai déterminé, soit réduire les risques par le biais d'un meilleur Asset-Liability-Management, par exemple.

Chaque EA (exception: les prescriptions du TSS ne sont pas applicables aux captives de réassurance, sauf cas particuliers) doit disposer d'un modèle de quantification des risques, lequel doit être régulièrement réexaminé et, selon les cas, révisé. L'EA utilise à cette fin le **modèle standard** défini par l'autorité de surveillance.

21 Art. 23 ss OS.

L'OFAP peut également exiger, et l'EA peut requérir de l'OFAP, que le modèle standard soit adapté à ses risques d'assurance ou remplacé par **un modèle interne** approuvé par l'OFAP. Les modèles internes doivent, d'une part, répondre aux exigences qualitatives, quantitatives et opérationnelles de l'OFAP et, d'autre part, être incorporés dans les processus internes de l'entreprise.

L'EA établit chaque année un rapport relatif au calcul du capital cible et du capital-risque (rapport TSS). Celui-ci est signé par la direction et remis à l'OFAP.

Provisions techniques et fortune liée

Les EA sont tenues de constituer des **provisions techniques** suffisantes pour l'ensemble de leurs activités²². Ces provisions se composent de provisions techniques pour la couverture des engagements attendus et des provisions pour fluctuations visant à compenser la volatilité des affaires. Les provisions techniques devenues inutiles doivent être dissoutes.

Les EA qui exploitent l'assurance directe doivent garantir les obligations découlant des contrats d'assurance qu'elles ont conclus avec des preneurs d'assurance domiciliés en Suisse au moyen d'**une fortune liée**. Les portefeuilles d'assurance étrangers, à savoir les contrats d'assurance conclus avec des preneurs d'assurance domiciliés à l'étranger, ne doivent être garantis que dans le cas où le droit étranger applicable n'exige pas de sûretés équivalentes. Le montant théorique de la fortune liée doit correspondre au minimum aux provisions techniques, auxquelles s'ajoute un montant supplémentaire fixé par l'OFAP; lors de sa constitution, elle doit atteindre au moins CHF 750000.– (assurance sur la vie), respectivement CHF 100000.– (assurance dommages). L'EA constitue sa fortune liée par le biais d'affectation d'actifs; elle enregistre et désigne ces derniers de sorte à être en mesure de constater à tout instant et sans délai quelles valeurs servent à la fortune liée et si ces valeurs couvrent le montant théorique exigé, ce afin de pouvoir la compléter sans retard aussi souvent que nécessaire.

²² Art. 4 al. 2 let d, art. 16 ss LSA, art. 54 ss OS.

Perspectives et risques

Le nouveau droit de la surveillance des assurances, en particulier l'introduction du Test suisse de solvabilité, introduit de nouveaux standards et est en avance par rapport aux standards européens en matière de surveillance. La Suisse démontre ainsi qu'elle n'est pas seulement leader dans le domaine des prestations de services financiers, mais qu'elle est également disposée à prendre ses responsabilités afin d'assurer une surveillance des marchés financiers garantissant la neutralité concurrentielle. Cet engagement aura une incidence positive et durable sur la réputation de la place financière suisse. De plus, les EA devraient s'inspirer de ces nouvelles dispositions pour optimiser leurs processus internes par le biais d'une collaboration interdisciplinaire. De cette façon, les risques pour l'entreprise et le capital cible pourront être optimisés et les frais maintenus aussi bas que possible.

La nouvelle LSA fait toutefois également naître le danger d'une surréglementation: si les nouvelles dispositions sont mises en œuvre de façon inadéquate et disproportionnée, il existe le risque que les effets de la libéralisation obtenus grâce à l'abolition des contrôles préventifs des produits soient annihilés par un foisonnement de nouvelles dispositions.

Développements dans le domaine de la prévention contre le blanchiment d'argent

(cf. Perspectives et risques 2004/2005, p. 69 ss)

Jürg Galliker/Fabio Pelli

Ordonnance de la CFB en matière de lutte contre le blanchiment d'argent

Dans la dernière édition des Perspectives et risques a été exprimé le vœu que la Commission fédérale des banques (CFB) publie sous une forme quelconque les informations et constatations résultant des rapports des organes de révision en relation avec l'application de l'ordonnance de la CFB en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB). La CFB a exhaussé ce souhait dans son deuxième rapport circonstancié¹ et a pu tirer un bilan globalement positif:

- les banques ont adapté leur dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent à la nouvelle approche orientée sur les risques;
- le pourcentage des relations d'affaires comportant des risques accrus (RRA) varie de façon très **différenciée** selon l'importance et la nature de l'activité commerciale des banques. Il est en général significativement plus faible auprès de grandes banques actives dans le retail qu'auprès de plus petites banques actives dans la gestion de fortune;
- les transactions avec risques accrus (TRA) et les systèmes de surveillance qui y sont liés sont encore d'une **efficacité variable**. Les systèmes génèrent en partie **trop** de transactions soumises à la procédure de clarification, transactions qui ne peuvent pas être traitées dans le délai utile en raison de ressources limitées;
- la documentation des RRA et des TRA est généralement appréciée par les sociétés de révision comme étant **susceptible d'améliorations**;
- la formation des collaborateurs est jugée de façon **très satisfaisante**.

Avec soulagement, il convient en outre de tirer du rapport que la CFB – malgré les critiques émises dans le rapport des pays membres du GAFI² – ne voit actuellement pas le **besoin de mesures régulatrices**³ pour le secteur bancaire, que ce soit dans le sens d'un durcissement que d'un assouplissement.

1 Rapport de la CFB du 12 octobre 2005.

2 Financial Action Task Force on Money Laundering.

3 Rapport de la CFB du 12 octobre 2005, p. 5, p. 13.

Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 03)

Les deux sujets suivants sont mentionnés dans le rapport récemment publié de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques:

Selon la pratique la plus récente de la Commission de surveillance, le fait de documenter la date d'entrée d'un document d'identification – par exemple au moyen d'un timbre d'entrée – fait partie intégrante de l'**obligation de diligence** à laquelle sont tenues les banques⁴. La Commission de surveillance a confirmé dans une autre décision que, dans l'optique de la vérification que l'identification de l'ayant droit économique selon le formulaire A est intervenue **à temps** (soit avant l'ouverture d'un compte), la **mention du lieu et de la date** ne constitue pas une pure formalité, mais revêt un contenu **matériel**⁵. La distinction entre violations formelles et matérielles de la CDB telle qu'elle a été développée et abandonnée dans les publications antérieures de la Commission de surveillance⁶ repose sur des considérations relevant de la preuve. Si, par le passé, la Commission de surveillance présumait en présence des documents pertinents que la banque a satisfait à son devoir de diligence à temps, à savoir avant l'ouverture du compte, les banques doivent, selon la nouvelle pratique, rapporter elles-mêmes la preuve de leur ponctualité, en application de leur devoir de garantie. La pratique modifiée constitue à cet égard pour les banques un durcissement des exigences de fond en matière de respect du devoir de diligence.

Dans une autre décision ayant trait à la procédure d'ouverture de relations commerciales en présence de sociétés de domicile, la Commission de surveillance a apporté des précisions de valeur qui ont fait leurs preuves dans la pratique bancaire. Ne disposant pas de la personnalité juridique, un trust ne peut passer aucun contrat et ne peut ainsi pas ouvrir une relation bancaire. En lieu et place du trust, le **trustee** (en sa qualité de propriétaire fiduciaire du patrimoine du trust) est par conséquent considéré comme le **partenaire contractuelle** de la banque et doit être **identifié** par celle-ci. De plus, il appartient à la banque de clarifier, au moyen de documents appropriés, si le trustee est autorisé à ouvrir un compte auprès de la

4 Rapport d'activité de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques, in RSDA 5/2005, p. 246, ch. 1.6.

5 Rapport d'activité de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques, in: RSDA 5/2005, p. 247, ch. 2.1.

6 Georg Friedli/Lorenz Meyer, Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken in den Jahren 1984–1987, WuR (1988), p. 163 ss.

banque et à déposer auprès de la banque les valeurs patrimoniales qui lui ont été confiées⁷.

Opérations de crédit dans le secteur parabancaire

L'Autorité de contrôle a initié une procédure de consultation sur la redéfinition de la valeur limite pour la détermination du **caractère professionnel des opérations de crédit**. Cette valeur, qui est aujourd'hui de CHF 20000.–, passerait à CHF 250000.–. Bien que cette procédure de consultation s'est déjà achevée en mai 2005, il n'existe encore à ce jour aucune décision définitive de l'Autorité de contrôle⁸. Le relèvement de cette valeur limite devrait avoir pour conséquence que des opérations de crédit les plus diverses ne seraient plus assujetties, à la faveur de la valeur seuil déterminante plus élevée, respectivement que des opérations de crédit existantes seraient exemptées de l'assujettissement en raison de l'absence de son caractère professionnel.

Des coûts plus élevés dans le secteur parabancaire

En date du 26 octobre 2005, le Conseil fédéral a décidé de concrétiser la **taxe de surveillance** dans le secteur non bancaire⁹, laquelle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006. En vertu de l'ordonnance sur la taxe de surveillance, tous les frais de l'Autorité de contrôle seront répercutés sur les OAR¹⁰ et les intermédiaires financiers qui lui sont soumis, dans le sens d'une **taxe causale**. Il a été indiqué à ce propos qu'un intermédiaire financier affilié à un OAR aura à supporter un montant s'élevant entre CHF 212.– et CHF 311.–, alors qu'un intermédiaire directement soumis à l'Autorité de contrôle devra s'acquitter d'un montant se situant entre CHF 1304.– et au maximum CHF 16216.–. Même si le report des coûts est en l'occurrence justifié, il accroît la pression des coûts qui pénalise en particulier les intermédiaires financiers de petite et moyenne taille.

7 Rapport d'activité de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques, in: RSDA 5/2005, p. 247, ch. 3.6.

8 La publication de l'organe de contrôle du 25 avril 2005 peut être consultée à l'adresse suivante <http://www.gwg.admin.ch/f/aktuell/pdf/35494f.pdf>.

9 Communiqué de presse du Département fédéral des finances du 26 octobre 2005, accessible à l'adresse suivante: http://www.gwg.admin.ch/f/aktuell/pdf/pm_26102005_f.pdf.

10 Organisme d'autorégulation.

Arrêt du processus de mise en œuvre des Recommandations du GAFI

En sa qualité de membre du GAFI, la Suisse est tenue de transposer en droit interne les 40 Recommandations révisées du GAFI du 20 juin 2003¹¹. Comme à son habitude, la Suisse a entrepris cette tâche sur un tempo usuel élevé en comparaison avec les places financières qui lui sont concurrentes. Après avoir fixé un bref délai de consultation, un **avant-projet de loi fédérale sur la mise en œuvre des Recommandations révisées du GAFI** a été publié. Cet avant-projet a essuyé la critique sévère de l'industrie de la finances, critique qui a finalement conduit le Conseiller fédéral Merz à arrêter la progression du projet, ce qui a été salué de toute part¹². A été en particulier critiqué le fait que la Suisse aille dans son avant-projet en partie plus loin que les exigences du GAFI, sans procéder au préalable à une comparaison avec d'autres Etats membres du GAFI. Au moment de l'impression de la présente publication, le Conseil fédéral n'avait pas encore décidé de la suite du processus.

Perspectives et risques

La Suisse joue depuis des années un rôle de précurseur dans la lutte contre le blanchiment d'argent et son dispositif aux mailles étroites de défense dans les secteurs bancaire et parabancaire est reconnu de par le monde. La transposition de nouvelles normes internationales comme celles du GAFI offre la **perspective** de conserver ce rôle de précurseur et, partant, de contribuer à la bonne renommée au niveau international de la place financière suisse. Mais la Suisse devrait à cet effet prendre le temps nécessaire, de façon à ne pas courir le **risque** de menacer la haute qualité de la régulation actuelle et simultanément la crédibilité de notre propre industrie financière.

11 Les recommandations sont accessibles à l'adresse suivante : http://www.fatf-gafi.org/document/28/0,2340,en_32250379_32236930_33658140_1_1_1_1,00.html#40recs.

12 Le communiqué de presse peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.edf.admin.ch/d/dok/referate/2005/06/gwg.htm>.

Projet de loi sur les placements collectifs

(cf. Perspectives et risques 2004/2005, p. 35 ss et 42 ss)

Jean-Luc Epars

Introduction

En date du 23 septembre 2005, le Conseil fédéral a adopté le message concernant la loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC)¹. Ce projet de loi devrait normalement être adopté dans le courant de l'année 2006 et entrer en vigueur au début de l'année 2007².

L'adaptation de la législation suisse sur les fonds de placements a été rendue nécessaire de par les nombreuses modifications apportées à la réglementation européenne dans ce domaine (cf. notamment les directives 2001/107/CE sur les services et 2001/108/CE sur les produits). Malgré plusieurs révisions partielles de l'ordonnance sur les fonds de placements (OFP), tendant à intégrer les directives précitées, il est apparu que la loi sur les fonds de placement (LFP) présentait divers points faibles et lacunes rendant nécessaire une révision complète de cette dernière³.

Les principales nouveautés de la LPCC

Les principales nouveautés liées à l'introduction de la LPCC sont:

- une **extension du but de la loi**, qui assurera la protection des investisseurs, mais aussi la transparence et le bon fonctionnement du marché des placements collectifs de capitaux (le marché des fonds de placement, qui représente une partie du marché des capitaux, devenant ainsi l'objet de protection de la loi)⁴;
- la **surveillance globale de toutes les formes de placements collectifs de capitaux** (placements collectifs ouverts et fermés, contractuels ou sous forme corporative), en application du principe «same business, same rules»⁵;

1 Message concernant la LPCC, FF 2005, p. 5993 ss.

2 Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (Projet), FF 2005, p. 6103 ss.

3 Message concernant la LPCC, loc. cit., p. 6004 et 6005.

4 Message concernant la LPCC, loc. cit., p. 6010.

5 Message concernant la LPCC, loc. cit., p. 6011.

- **l'autorisation**, en sus des fonds gérés par des contrats de placement collectifs, seuls autorisés par l'actuelle LFP, **de diverses formes juridiques de placements collectifs** telles que :
 - (i) la société d'investissement à capital variable (SICAV), qui s'inspire de la SICAV de droit luxembourgeois;
 - (ii) la société en commandite de placements collectifs (pour l'activité de placements en capital risque);
- **l'extension possible des activités des directions de fonds** (gestion individuelle de fortune, conseils en placement)⁶;
- **l'obligation** pour les gestionnaires de fortune de placements collectifs suisses de capitaux **d'obtenir une autorisation** (les gestionnaires de fortune satisferont ainsi aux nouvelles exigences de la directive européenne sur les services en matière de fonds de placement, en ce sens qu'ils seront autorisés à gérer des fonds de placements européens)⁷;
- **l'introduction de la notion de «particulier fortuné»** («high net worth individual») dans la catégorie des investisseurs qualifiés, les placements collectifs étant ouverts en effet à tous les investisseurs pour autant que la LPCC n'en restreigne pas le cercle aux seuls investisseurs qualifiés⁸.

Lors de ses délibérations au mois de janvier, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national s'est prononcée, contrairement aux propositions du message du Conseil fédéral, en faveur d'une exclusion de la société d'investissement à capital fixe (SICAF) du champ d'application de la LPCC.

Perspectives et risques

L'entrée en vigueur de la LPCC, notamment au travers des nouvelles formes juridiques de placements collectifs de capitaux précitées, mais aussi des adaptations fiscales prévues en relation avec certaines de ces dernières (exonération des impôts directs pour les SICAV et les sociétés en commandite de placements collectifs), devrait **permettre de rendre la place financière suisse plus attrayante et plus compétitive dans le domaine des fonds de placement.**

6 Message concernant la LPCC, loc. cit., p. 6017.

7 Message concernant la LPCC, loc. cit., p. 6024.

8 Message concernant la LPCC, loc. cit., p. 6025.

A titre d'exemple, les SICAV devraient particulièrement intéresser les promoteurs des «private label funds», qui pourront siéger au conseil d'administration de ces dernières et exercer une influence directe sur leur activité (le fonds de placement contractuel actuellement admis par la LFP n'offre pas de telles possibilités). Les promoteurs ne seront donc plus obligés de créer de tels placements dans l'EEE ou sur une place bancaire extraterritoriale (offshore)⁹.

La société en commandite de placements collectifs, exonérée d'impôts directs et semblable au «limited partnership» anglo-saxon, offrira quant à elle une forme juridique souple, en matière de cercle d'investisseurs, de placements et de durée, dans le domaine du placement en capital risque («private equity») qui devrait permettre à la Suisse de reprendre l'initiative dans un domaine où elle offre des **possibilités d'investissement attrayantes**¹⁰.

9 Message concernant la LPCC, loc. cit., p. 6019.

10 Message concernant la LPCC, loc. cit., p. 6020.

Droit du marché des capitaux

Nouveautés dans le droit de cotation

(cf. Perspectives et risques 2004/2005, p. 99 ss)

Daniel Lengauer

Introduction

La bourse SWX Swiss Exchange (SWX) a édicté, en 2005, un certain nombre de nouvelles réglementations. Ces nouveautés constituent, entre autres choses, une réaction aux directives édictées par l'UE dans le cadre du «Financial Services Action Plan», à savoir notamment la directive sur les prospectus¹, la directive sur les abus de marché² et la directive sur la transparence³. Ces directives ont dû être transposées par les Etats membres de l'UE au 1^{er} juillet 2005.

Au 1^{er} juillet 2005, la SWX a introduit le segment «**Compatible UE**»⁴. Les règles correspondantes ont été retenues dans un règlement complémentaire de cotation au segment SWX «Compatible UE» («RCUE»). Le segment SWX «Compatible UE» est destiné à la cotation d'entreprises du Swiss Market Index (SMI) et de leur droits de participation qui sont admis au négoce sur le «EU-Regulated Market Segment» de virt-x à Londres. Les émetteurs concernés peuvent ainsi bénéficier des avantages de l'harmonisation du marché des capitaux européen.

Par ailleurs, la SWX a édicté, au 1^{er} février 2005, un nouveau règlement complémentaire relatif à la **cotation des emprunts**⁵. Les nouveautés les plus importantes dans ce domaine sont la possibilité de faire enregistrer des programmes d'émission et l'admissibilité de renvois dans le prospectus de cotation.

Enfin, le «**Sponsored Segment**» a été introduit⁶. Ce segment permet aux participants SWX (négociants en valeurs mobilières sponsors) de faire admettre au négoce des droits de participation d'émetteurs suisses ou étrangers disposant d'une

1 Directive 2003/71/UE du 4 novembre 2003 relative au prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et modifiant la directive 2001/34/CE.

2 Directive 2003/6/UE du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations du marché (abus de marché).

3 Directive 2004/109/UE du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur le marché réglementé.

4 Règlement complémentaire de cotation au segment SWX «Compatible UE».

5 Règlement complémentaire de cotation des emprunts.

6 Règlement concernant l'admission au négoce des droits de participation sur les SWX Swiss Exchange – Sponsored Segment.

cotation primaire auprès d'une bourse reconnue par la SWX Swiss Exchange sans devoir les soumettre à une procédure de cotation.

Egalement au 1^{er} juillet 2005, les dispositions relatives à la **publicité des transactions du management** et les règles adaptées relatives à la **publicité événementielle** sont entrées en vigueur. Ces deux domaines ont déjà été traités dans la publication Perspectives et risques 2004/2005⁷, et ne sont dès lors plus abordés ci-après.

Segment Compatible UE

La bourse virt-x, avec siège à Londres, est une entreprise de la SWX Swiss Exchange. Il s'agit d'une bourse surveillée par l'autorité de surveillance Financial Services Authority (FSA) et considérée comme marché réglé selon la systématique UE⁸. Virt-x offre deux segments différents: le segment EU-Regulated Market et le segment UK-Exchange Regulated Market. Les deux segments sont soumis à la compétence de régulation et de sanction de la FSA. Le segment UK-Exchange Regulated Market ne tombe pas, en ce qui concerne les obligations des émetteurs, dans le champ d'application des directives UE pertinentes.

Par contre, pour les émetteurs dont les titres sont admis au segment EU-Regulated Market, les dispositions relevant de la transposition des directives UE (Prospectus Regulations 2005 et le Financial Services and Markets Act 2000 adapté) sont applicables dès qu'ils publient un prospectus⁹. Une obligation de publier un prospectus ne naît dans le cadre d'une augmentation de capital selon l'art. 11 ch. 1 RCUE que si celle-ci amène à une augmentation du capital déjà coté de 10% ou plus. La conséquence de l'applicabilité est que les dispositions concernant la publication d'informations d'initiés, les listes d'initiés ainsi que les transactions du management doivent être respectées. En outre, les émetteurs dont les titres sont admis au négoce dans le segment EU-Regulated peuvent bénéficier d'un «passeport UE pour les prospectus» et solliciter l'admission au négoce dans tous les Etats membres de l'UE de leurs actions selon la procédure prévue par la directive sur les

7 Cf. contributions dans Perspectives et risques 2004/2005, p. 75 ss et p. 99 ss.

8 Cf. conditions cadres réglementaires pour les émetteurs (mémoire); négoce de valeurs mobilières cotées à la SWX sur la plateforme de négoce boursier virt-x, du 27 mai 2005, n° 1.

9 Cf. memorandum, n° 18 ss; Daniel Keist/Jacqueline Morard/Roland Maurhofer, Kotierungsrecht der SWX, Neue Regularien und Ausblick, in: L'Expert-comptable Suisse, 1-2/2006, p. 40.

prospectus. Pour la plupart d'entre eux, le Royaume Uni sera l'Etat membre d'origine et la FSA l'autorité de surveillance compétente¹⁰.

Les émetteurs suisses dont les titres sont admis au négoce à la virt-x peuvent en principe décider librement dans quel segment ils veulent être admis. L'art. 27 RCUE dispose qu'un émetteur dont les titres sont admis au segment EU-Regulated peut, au moyen d'une lettre et en respectant un délai de 30 jours, retirer en tout moment ses droits de participation de ce segment.

Sponsored Segment

La création de ce segment sert au besoin des participants SWX de pouvoir faire admettre au négoce à la SWX, des actions étrangères de cotation secondaire mises à part, d'autres actions d'émetteurs suisses ou étrangers¹¹. La SWX réagit ainsi à une tendance des émetteurs d'abandonner des cotations secondaires et de concentrer le négoce de leurs titres de participations sur un cercle restreint de places boursières.

Une condition pour l'admission au Sponsored Segment est que les titres de participation disposent d'une cotation primaire auprès d'une bourse reconnue par la SWX¹². Par ailleurs, le traitement des transactions boursières doit pouvoir se faire par le biais d'une centrale de virement de titres reconnue par la SWX; il doit exister un numéro de valeur suisse et la monnaie de négoce doit être soit le franc suisse, soit le dollar US¹³.

L'admission ne constitue pas une cotation. Partant, il n'y a lieu d'établir ni prospectus de cotation ni annonce de cotation¹⁴. Par ailleurs, les dispositions relatives à l'obligation de déclarer (art. 20 LBVM) et aux offres publiques d'acquisition (art. 22 ss LBVM) ne sont pas non plus applicables.

¹⁰ Si les actions d'un émetteur, qui n'a pas son siège dans un pays de l'UE, sont admises au négoce sur le marché réglementé de l'UE, la directive sur les prospectus dispose qu'un pays d'origine doit être attribué à l'émetteur. En ce qui concerne les différentes possibilités pour la détermination du pays d'origine, cf. Dorothee Fischer-Appelt/Olivier Favre, Anwendungsbereich der EU-Prospektrichtlinie. Unter vergleichender Berücksichtigung des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts, in: L'Expert-comptable Suisse, 1-2/2006, p. 50 s.

¹¹ Daniel Keist/Jacqueline Morard/Roland Maurhofer, p. 42.

¹² Art. 7 ch. 1 du règlement concernant l'admission au négoce des droits de participation sur les SWX Swiss Exchange – Sponsored Segment.

¹³ Art. 7 ch. 2 à 4 du règlement concernant l'admission au négoce des droits de participation sur les SWX Swiss Exchange – Sponsored Segment.

¹⁴ Daniel Keist/Jacqueline Morard/Roland Maurhofer, p. 42.

L'admission peut intervenir à la demande d'un négociant en valeurs mobilières. Ce dernier assume toutes les obligations relatives au maintien du négoce. Il s'agit, d'une part, de certaines obligations d'information et de déclaration qui sont essentielles pour la fixation du prix et le déroulement du négoce¹⁵. D'autre part, le négociant en valeurs mobilières sponsor doit garantir le Market Making¹⁶. L'émetteur n'a en revanche pas d'obligations du fait de l'admission au Sponsored Segment. Il n'est pas non plus informé de l'admission à ce segment.

Perspectives et risques

Une compétition intensive existe entre les différentes organisations boursières qui sont majoritairement organisées de manière privée. Cela oblige la SWX à créer, de par une organisation équilibrée et efficace des activités de régulation, des conditions cadres attractives pour les émetteurs. De par la possibilité de faire admettre les titres au segment EU-Regulated, les émetteurs peuvent bénéficier du «passeport UE pour les prospectus». Ils doivent en revanche veiller à ce que les dispositions pertinentes soient respectées.

15 Art. 13 du règlement concernant l'admission au négoce des droits de participation sur les SWX Swiss Exchange – Sponsored Segment.

16 Art. 8 ch. 4 du règlement concernant l'admission au négoce des droits de participation sur les SWX Swiss Exchange – Sponsored Segment.

Offres publiques d'acquisition (nouvelle pratique de la Commission des OPA)

(cf. Perspectives et risques 2004/2005, p. 86 ss)

Therese Amstutz

Introduction

L'année 2005 a été marquée par les offres hostiles aux actionnaires de Forbo Holding SA (Forbo), Saia-Burgess Electronics Holding SA (Saia-Burgess) et Leica Geosystems Holding SA (Leica), les deux derniers cas ayant même vu en plus des offres concurrentes. Ceci a eu pour conséquence une multitude de recommandations, 24 en tout uniquement pour les offres dans les trois affaires Forbo, Saia-Burgess et Leica. Ce nombre reflète aussi les demandes et les déterminations nombreuses des parties impliquées qui sont déposées dans le cadre d'offres hostiles et concurrentes et auxquelles il convient de répondre. Dans les trois cas cités notamment, la Commission des OPA a eu la possibilité de prendre position au sujet de nombreuses questions isolées et de confirmer, compléter ou adapter sa pratique. La controverse relative à une questions spécifique dans le cas Saia-Burgess (cf. ci-dessous, violation du devoir de diligence et de fidélité du droit de la société anonyme en tant que mesure de défense inadmissible) a toutefois également eu pour conséquence que le président de longue date der la Commission des OPA, Hans Caspar von der Crone, qui siège également au conseil d'administration de Saia-Burgess, a démissionné de sa fonction au 31 octobre 2005.

Ouverture d'une procédure par la Commission des OPA

Dans le cadre de l'offre publique d'achat d'AFV Investment S.A. aux actionnaires de Forbo, les parties impliquées ainsi que les actionnaires importants ont fait des déclarations publiques en vue de l'offre déjà, avant le dépôt de la demande à la Commission des OPA en vue d'une recommandation. Par la suite, la Commission des OPA a annoncé, dans sa recommandation du 7 mars 2005, un changement de pratique à cet égard: si une offre publique est publiquement annoncée avant le dépôt de la demande auprès de la Commission des OPA, cette dernière peut dorénavant déjà à ce moment-là, et sur sa propre initiative, ouvrir une procédure for-

melle, ceci dans le but de garantir le respect de la transparence, de la loyauté ainsi que l'égalité de traitement des investisseurs¹.

Obligation de présenter une offre / Groupe organisé

En relation avec l'examen de l'existence d'une obligation de présenter une offre dans les affaires Forbo, Tornos Holding SA (Tornos) et Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), la Commission des OPA a eu la possibilité d'appliquer sa nouvelle pratique, influencée par **l'arrêt du Tribunal fédéral rendu dans l'affaire Quadrant², relative à l'existence d'un groupe organisé en vue du contrôle d'une société³**. En application de cette pratique, l'existence d'un groupe organisé en vue d'un contrôle d'une société, et ainsi une obligation de présenter une offre, doit être supposée si les droits de vote acquis en commun permettent objectivement un contrôle (moyennant un exercice des droits de concert) et qu'il convient, en raison des circonstances, de conclure qu'un contrôle est envisagé⁴. En principe, l'on peut, selon la Commission de OPA, conclure à l'existence d'un groupe au sens évoqué si des actionnaires, qui dépassent seuls ou ensemble le seuil de 33 $\frac{1}{3}$ %, mènent des négociations avant une assemblée générale en vue d'un changement de contrôle au sein de la société⁵.

Sales Restrictions

Selon la pratique de la Commission des OPA, des U.S. Sales Restrictions sont inadmissibles dans une offre publique d'achat, si (i) les actionnaires américains détiennent plus de 10% de la société cible, (ii) la société cible a entrepris, par le passé, des efforts considérables pour placer ses titres sur le marché des Etats-Unis et (iii) a informé le public de ceci⁶. En relation avec les U.S. Sales Restrictions contenues dans l'offre initiale et l'offre modifiée de Hexagon AB (publ.) (Hexagon) aux actionnaires de Leica, **la Commission des OPA a précisé sa pratique** et a retenu que les efforts de placement sur le marché des Etats-Unis et l'information du public **présupposent que la société cible ait placé publiquement ses titres aux Etats-Unis**. Du fait que Leica avait uniquement procédé à un Private Place-

1 Recommandation Forbo du 7 mars 2005, consid. 1.2.

2 ATF 130 II 530 ss; Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2004/2005, p. 95 ss.

3 Art. 27 OBVM-CFB.

4 Recommandation Tornos du 11 mai 2005, consid. 2.2.2., Recommandation Forbo du 3 juin 2005, consid. 3.1; Recommandation Atel du 11 août 2005, consid. 1.1.1.

5 Recommandation Forbo du 3 juin 2005, consid. 4.2.

6 Recommandation III Saia-Burgess du 3 août 2005, consid. 11.3.

ment, destiné à des acheteurs institutionnels qualifiés, prévu par la Rule 144A U.S. Securities AG of 1933, cette condition n'était pas remplie et les Sales Restrictions ont été jugées admissibles⁷. Par ailleurs, la Commission des OPA a précisé qu'il est de la responsabilité de l'offrant concerné de contrôler si les Sales Restrictions utilisées violent le droit étranger. Une éventuelle violation du droit étranger par les Sales Restrictions devait être constatée et sanctionnée par les autorités étrangères. La Commission des OPA n'a pas la compétence d'examiner et de sanctionner le respect du droit étranger⁸.

Annonce préalable

La publication de l'annonce préalable déploie, en vertu de l'art. 9 OOPA, différents effets. Avec la publication naissent la Best Price Rule et l'obligation d'annoncer les transactions avec les titres de la société cible et, éventuellement, des titres proposés en échange. Par ailleurs, la publication de l'annonce préalable fixe le terme du délai de 30 jours boursiers pour la détermination du prix minimal. Enfin, la publication de l'annonce préalable marque le début des devoirs de la société cible, notamment en ce qui concerne les mesures de défense. Selon la pratique constante de la Commission des OPA, l'annonce préalable comprenant le contenu minimal selon l'art. 7 al. 2 OOPA déploie ses effets selon l'art. 9 OOPA déjà de par sa communication à un des principaux médias électroniques, ceci à la condition qu'elle soit publiée entièrement, dans au moins deux journaux en allemand et en français au niveau national, dans les 3 jours boursier qui suivent la publication dans le média électronique⁹. **Si la publication dans les médias électronique intervient avant l'ouverture de la bourse, il convient de compter le jour boursier en question pour le décompte des trois jours boursier.** L'annonce préalable de l'offre publique d'achat de Hexagon aux actionnaires de Leica est intervenue le lundi 13 juin 2005, avant l'ouverture de la bourse, dans les médias électroniques, et le jeudi 16 juin 2005 dans les journaux. Selon la méthode de calcul énoncée, la publication dans les journaux est ainsi intervenue le quatrième jour de bourse seulement. Cela a eu pour conséquence que l'annonce préalable n'a déployé ses effets selon l'art. 9 OOPA qu'à la date de la publication dans les journaux¹⁰.

7 Recommandation Leica du 24 août 2005, consid. 3.2.

8 Recommandation Leica du 24 août 2005, consid. 3.3.

9 Cf. Recommandation Berna Biotech SA du 13 décembre 2005, consid. 1.1.

10 Recommandation Leica du 22 juin 2005, consid. 1.

Dans le cas de l'offre publique d'achat de Sumida Holding Germany GmbH (Sumida) aux actionnaires de Saia-Burgess, Sumida a certes publié son annonce préalable dans les journaux en respectant le délai de trois jours boursiers suivant la communication aux médias électroniques; toutefois, l'annonce dans les médias électroniques n'est intervenue qu'en langue anglaise. Bien que l'art. 8 al. 2 OOPA ne mentionne pas explicitement la langue dans laquelle l'annonce préalable doit être publiée dans les médias électroniques, la Commission des OPA a estimé, en se fondant sur l'emplacement systématique de cette disposition, que la publication dans les médias électroniques devait, à l'instar de la publication dans les journaux, intervenir en allemand et en français afin de déployer les effets de l'art. 9 OOPA¹¹. Cela a conduit au résultat que les effets de l'art. 9 OOPA qui marquent le début des obligations de l'offrante (Best Price Rule et obligation d'annonce) ont été déclenchés avec la publication dans les médias électroniques déjà, tandis que les autres effets, qui sont dans l'intérêt de l'offrante (moment déterminant pour le calcul du prix minimal, début des obligations de la société cible), n'ont débuté qu'avec la publication de l'annonce préalable dans les journaux¹².

Conditions

L'offre publique d'achat de Sumida, publiée pour la première fois dans l'annonce préalable, contenait en tout **dix conditions**. Selon la Commission des OPA, il n'est **pas certain** qu'une offre contenant autant de conditions **satisfasse** aux **exigences de transparence**; elle a annoncé que, dorénavant, elle apprécierait de façon restrictive une multitude de conditions¹³.

Dans la recommandation relative à l'annonce préalable de Sumida, la Commission des OPA a par ailleurs précisé que des **Material Adverse Changes** clauses (clauses MAC) étaient **inadmissibles** en tant que **conditions résolutoires**. Le risque d'une détérioration de la substance économique de la société cible, qui n'était pas due à des mesures de défense de la société cible, devait être assumé par l'offrante¹⁴.

11 Recommandation I Saia-Burgess du 15 juillet 2005, consid. 1.3. Il convient toutefois de prendre en considération que l'art. 8 al. 2 OOPA n'exige pas la publication dans les médias électroniques, mais uniquement la communication à au moins l'un de ces médias, ceci contrairement à l'art. 8 al. 2 OOPA qui exige explicitement la publication dans les journaux (cf. également la disposition analogue de l'art. 18 OOPA et la Recommandation Leica du 11 août 2005, consid. 2.3).

12 Recommandation I Saia-Burgess du 15 juillet 2005, consid. 1.4.

13 Recommandation I Saia-Burgess du 15 juillet 2005, consid. 2.1.2.

14 Recommandation I Saia-Burgess du 15 juillet 2005, consid. 2.8.4.

Par ailleurs, la Commission des OPA a jugé **inadmissible** la **condition** contenue dans l'offre de Sumida exigeant une **due diligence usuelle**, puisque cette condition plaçait le conseil d'administration de la société cible devant un dilemme insoluble: d'une part, l'admission de la due diligence pouvait violer l'art. 717 CO, et, d'autre part, un refus de la due diligence pouvait constituer une mesure de défense inadmissible en vertu de l'art. 29 al. 2 LBVM¹⁵.

Le prospectus de l'offre publique d'achat concurrent de Edelweiss Holdings ApS (Edelweiss), présenté aux actionnaires de Leica, contenait, comme condition, une clause MAC. Cette clause prévoyait que, jusqu'à l'échéance de l'offre, aucun événement défavorable n'intervient qui, considéré individuellement ou conjointement avec d'autres, soit important ou potentiellement important pour le groupe Leica de l'avis d'un expert indépendant de réputation internationale désigné par Edelweiss. Dans ce contexte, les **notions d'«important» et de «potentiellement important» n'ont pas été définies plus précisément ou limitées par des seuils**. La Commission des OPA n'a pas formulé d'objections à l'encontre de cette condition et l'a ainsi implicitement jugée **admissible**¹⁶.

Edelweiss a par ailleurs soumis son offre à la **condition** que la **société cible** (Leica), qualifiée en vertu d'un contrat de transaction conclu avec Edelweiss de personne agissant de concert, n'acquiert **pas de propres actions au-dessus du prix de l'offre**, soit en violation de la Best Price Rule. La Commission des OPA a jugé cette condition comme **inadmissible** du fait qu'elle couvrait un risque de la sphère de risque de l'offrante¹⁷.

Enfin, l'offre d'Edelweiss contenait la **condition** que la **société cible** (Leica) **n'ait pas entrepris de mesures violant l'art. 29 al. 2 et 3 LBVM**, soit des mesures de défense inadmissibles. La Commission des OPA a jugé **inadmissible** également cette condition en argumentant que l'offrante concurrente était, en cas de mesures de défense inadmissibles par la société cible, suffisamment protégée par les dispositions de la loi sur les bourses et l'ordonnance sur les OPA¹⁸.

Dans la modification de leur offre aux actionnaires de Leica du 18 août 2005 (augmentation du prix de l'offre en espèce et désormais en complément des actions de l'offrante), Hexagon a, entre autres choses, inclus la **condition qu'elle n'était pas**

¹⁵ Recommandation I Saia-Burgess du 15 juillet 2005, consid. 2.11.4.

¹⁶ Recommandation Leica du 9 août 2005, consid. 7.5, variante (a) de la condition b).

¹⁷ Recommandation Leica du 9 août 2005, consid. 7.6.

¹⁸ Recommandation Leica du 9 août 2005, consid. 7.8.

astreinte à étendre son offre à des personnes exclues de l'offre en raison des U.S. Sales Restrictions. Une telle condition est, de l'avis de la Commission des OPA, **inadmissible**, puisque l'offrant doit assumer toutes les obligations légales liées à l'offre publique d'achat et qu'il ne pouvait se décharger du risque d'une violation de ces obligations sur les destinataires de l'offre¹⁹. D'autres **conditions nouvellement introduites** dans la modification de l'offre (notamment la décision d'une augmentation de capital de l'assemblée générale de Hexagon, l'inscription de l'augmentation dans le registre du commerce suédois ainsi que la cotation des actions nouvellement émises à la bourse de Stockholm) ont été **admises** par la Commission des OPA, puisqu'elles poursuivaient la réalisation technique de l'augmentation de l'offre. La Commission des OPA a toutefois clairement statué que **l'offre initiale de Hexagon restait en vigueur si ces nouvelles conditions ne devaient pas se réaliser** et que les actionnaires pouvaient alors continuer de présenter leurs actions à Hexagon au prix de l'offre initiale²⁰.

Best Price Rule

Dans deux recommandations de l'année 2004, la Commission des OPA a retenu que la Best Price Rule signifie, dans des offres publiques d'échange présentées aux fins d'introduire une structure holding, que l'offrant ne peut, durant la validité de la Best Price Rule, acquérir des actions de la société cible autrement que par l'offre de propres actions à un ratio d'échange qui ne peut être plus favorable pour les actionnaires que celui de l'offre publique d'échange. L'offrant ne peut notamment pas offrir aux actionnaires un autre moyen de sortie que l'échange des actions, faute de quoi ce moyen de sortie doit aussi être proposé aux autres actionnaires. La Commission des OPA a ajouté que reste ouverte la question de savoir si cette pratique doit s'appliquer, à l'avenir, à toutes les offres d'échange²¹. Lorsque Edelweiss a exigé, en faisant référence à ladite recommandation, l'égalité de traitement absolue des actionnaires également dans le cadre de l'offre d'achat et d'échange modifiée de Hexagon pendant la durée de l'applicabilité de la Best Price Rule, la Commission des OPA a rejeté la demande en arguant que **les considérants de ladite recommandation ne concernaient que l'introduction de structures holding**²². Apparemment, la Commission des OPA n'envisage plus d'étendre cette pratique à toutes les offres d'échange.

19 Recommandation Leica du 24 août 2005, consid. 1.2.3.3.

20 Recommandation Leica du 24 août 2005, consid. 1.2.3.1, 1.2.3.2, 1.3.1 et 1.3.2.

21 Recommandations Compagnie Industrielle et Commerciale du Gaz S.A. et Société du Gaz de la Plaine du Rhône S.A., du 29 septembre 2004, consid. 7.

22 Recommandation Leica du 24 août 2005, consid. 7.3.

Selon la pratique de la Commission des OPA, **le Best Price relevant pour l'application de la Best Price Rule fluctue dans le cadre d'offres d'échange** dans la mesure où le prix de l'offre suit continuellement les changements de cours des actions offertes en échange. **A l'origine**, la Commission des OPA était encore de l'avis que le Best Price était **fixé, le jour de l'exécution de l'offre**, pour le délai de six mois après l'expiration du délai supplémentaire²³. En octobre 2003, la Commission des OPA a précisé cette pratique et a retenu que le cours moyen, pondéré en application des volumes, des actions offertes en échange le dernier jour du délai supplémentaire vaut Best Price²⁴. Une année plus tard, la Commission des OPA a adapté sa pratique dans un cas spécial (les actions offertes en échange n'ont été émises que la veille de l'exécution) et a précisé que le Best Price correspondait, durant les six mois suivant l'expiration du délai supplémentaire, au prix du marché au moment de la transaction concernée²⁵. Dans sa recommandation Leica du 3 octobre 2005, la Commission des OPA est revenue à sa **pratique originaire** selon laquelle le Best Price est «gelé» le **jour de l'exécution de l'offre**²⁶.

Enfin, la Commission des OPA a précisé dans sa recommandation Leica du 3 octobre 2005 que l'offrant peut, en cas d'offre d'échange ou d'offre d'achat et d'échange combinée, offrir aux actionnaires **pendant toute la durée de la Best Price Rule** également en dehors de l'offre une **contreprestation identique à celle de l'offre publique**²⁷.

Après exécution de l'offre publique d'achat de Swiss Prime Site SA (SPS) aux actionnaires de Maag Holding SA (Maag), la **fusion** de ces deux sociétés devait être réalisée (**absorption de la société cible par l'offrante SPS**). Du fait que la fusion est intervenue dans les six mois après l'expiration du délai supplémentaire, la **Best Price Rule** a dû être **respectée**. Dans le cadre de l'offre d'achat, SPS avait proposé un montant de CHF 190 par action Maag. Dans le cadre de la fusion, il convenait ainsi de fixer le ratio d'échange de façon à ce que la valeur des actions SPS échangées par action Maag ne dépasse pas CHF 190. Dans ce cadre, la valeur déterminante des actions SPS a été fixée, par application analogique de l'art. 37 al. 2 OBVM-CFB, sur la base de la moyenne des cours d'ouverture pendant les 30 derniers jours de bourse avant la signature du contrat de fusion²⁸.

23 Recommandation Cementia Holding SA du 27 mai 2002, consid. 5.

24 Recommandation ABSOLUTE INVEST SA du 17 octobre 2003, consid. 5.2.

25 Recommandations ZKB Pharma Vision SA, ZKB Finanz Vision SA et ZKB Axxess Vision SA, du 11 octobre 2004, consid. 6.3.

26 Recommandation Leica du 22 septembre 2005, consid. 2.3. Confirmée dans Recommandation Berna Biotech du 13 décembre 2005, consid. 5.2.

27 Recommandation Leica du 3 octobre 2005, consid. 2.4.

28 Recommandation Maag du 9 mars 2005, consid. 1.2.2.2.

Action de concert

Dans le cadre de l'offre publique d'achat concurrente de Edelweiss aux actionnaires de Leica, la première offrande Hexagon a avancé qu'un actionnaire de Leica, qui s'était engagé trois jours avant la publication de l'offre de Edelweiss à présenter ses actions à cette dernière, agissait, en raison de cet engagement, de concert avec Edelweiss. La Commission des OPA a nié cela. **Le seul engagement irrévocable de présenter les actions dans le cadre d'une offre publique d'achat ne constitue pas, à lui seul, une action de concert**²⁹. La Commission des OPA a jusqu'à présent déjà suivi implicitement ce principe³⁰, mais elle l'a retenu pour la première fois explicitement dans la recommandation relative à l'offre d'Edelweiss.

Informations supplémentaires en cas d'offres publiques d'échange

L'art. 24 al. 3 OOPA exige que le prospectus d'offre d'une offre d'échange contienne des indications relatives à des modifications importantes, intervenues depuis le dernier rapport annuel ou le dernier rapport intermédiaire, de la situation patrimoniale, financière et de rendement ainsi que des perspectives commerciales de l'offrant ou de la société dont les titres sont offerts en échange.

Dans sa recommandation relative à l'offre publique d'achat et d'échange de BVZ Holding SA aux actionnaires de Gornergrat Bahn SA (GGB), la Commission des OPA a annoncé un changement de pratique en relation avec l'art. 24 al. 3 OOPA. Selon cette nouvelle pratique, **les principes relatifs au devoir de rapporter déjà applicables aux sociétés cibles sont désormais aussi applicables aux sociétés dont les titres sont offerts en échange**. Ainsi, si la date de bilan du dernier rapport annuel ou intermédiaire de la société dont les actions sont offertes en échange est antérieure de 6 mois ou plus à la fin de la période d'offre, l'offrant ou la société dont les actions sont offertes en échange doit établir et publier un rapport intermédiaire actuel. Si le dernier rapport publié date de moins de 6 mois, l'indication dans le prospectus des modifications de la situation patrimoniale, finan-

²⁹ Recommandation Leica du 9 août 2005, consid. 4.2.3.

³⁰ Recommandation Alusuisse Group SA du 18 août 2000, dans laquelle la Commission des OPA n'a pas formulé d'objection au fait que BZ Gruppe Holding Aktiengesellschaft, BZ Bank SA et Stillhalter Vision SA n'aient pas été indiquées comme personnes agissant de concert dans le prospectus, malgré leur engagement envers l'offrande de présenter leurs actions à l'offre.

cière et de rendement ainsi que des perspectives commerciales de l'offrant ou de la société dont les titres sont offerts en échange est suffisante³¹.

Par ailleurs, la Commission des OPA a retenu également dans l'offre d'achat et d'échange de Hexagon que, selon sa pratique confirmée relative à l'art. 24 al. 3 OOPA, les influences de la reprise de la société cible sur le bilan de l'offrant ne constituent pas un élément nécessaire du prospectus d'offre. Il s'est toutefois posé la question de savoir si cette pratique devait être maintenue lors d'offres d'échange futures³².

Financement

Sous le titre «Financement», Edelweiss a exposé dans son prospectus d'offre que le groupe Danaher (dont fait partie Edelweiss) envisageait de «financer l'offre au moyen de liquidités disponibles, d'emprunts réalisés dans le cadre des ses facilités de crédit existantes, de lignes de crédit non attribuées, d'un programme de titres commerciaux, en intervenant sur le marché des capitaux, ou par une combinaison de ces divers modes de financement». La Commission des OPA a jugé ces indications trop vagues et a demandé une précision à leur sujet³³.

Indépendance de l'organe de contrôle

Selon la Commission des OPA, l'organe de contrôle est en quelque sorte son bras prolongé, raison pour laquelle il convient de poser des exigences élevées par rapport à l'indépendance de celui-ci. Il en va ainsi, d'une part, de **l'indépendance en fait**, et, d'autre part, de **l'indépendance en apparence**³⁴. Dans le cas de Saia-Burgess, Ernst & Young SA a agit en tant que conseiller de la première offrande, Sumida, et a accepté, plus tard, le mandat d'organe de contrôle dans le cadre de l'offre concurrente de Gatebrook Ltd., une société fille de Johnson Electric Holdings Limited (Gatebrook). Aux dires de la Commission des OPA, **l'activité de conseil de l'organe de contrôle dans le cadre de la première offre affecte clairement son indépendance en ce qui concerne la deuxième offre**. Ernst & Young SA avait certes séparé les deux mandats en faisant intervenir des départe-

31 Recommandation GGB du 28 juin 2005, consid. 7.4., confirmé dans la Recommandation Berna Biotech du 13 décembre 2005, consid. 7.2.

32 Recommandation Leica du 24 août 2005, consid. 5.4.

33 Recommandation Leica du 9 août 2005, consid. 8.2.

34 Recommandation VII Saia-Burgess du 8 septembre 2005, consid. 8.1.

ments différents, d'un point de vue géographique et des personnes, et en instaurant au demeurant des **Chinese Walls** entre les départements impliqués. La Commission des OPA a jugé cette mesure comme étant **sans effet**, du fait qu'elle n'était **pas vérifiable** depuis l'extérieur et que, partant, l'indépendance en apparence était dans tous les cas violée³⁵.

Rapport du conseil d'administration de la société cible

L'art. 29 al. 1 LBVM impose au conseil d'administration de prendre position sur l'offre publique d'achat dans un rapport à adresser aux propriétaires des titres de la société visée. Selon l'art. 29 al. 3 OOPA, le rapport peut recommander d'accepter l'offre ou de la refuser; il peut toutefois aussi se limiter à exposer les avantages et inconvénients de l'offre, sans faire de recommandation³⁶. Dans l'offre publique d'achat de Diperdana Holdings Berhad aux actionnaires de Pelikan Holding SA (Pelikan), cette dernière a donné mandat à une société de révision d'évaluer l'offre présentée. Sur le vu de la conclusion de la société de révision, qui considérait l'offre inappropriée d'un point de vue financier, le conseil d'administration a renoncé à émettre une recommandation. En lieu et place, il a **énuméré les différents avantages de la transaction, tout en revoyant, en ce qui concerne les inconvénients, au rapport de la société de révision mandatée**. La Commission des OPA a estimé que les conditions de l'art. 29 al. 1 LBVM en relation avec l'art. 29 al. 3 OOPA étaient ainsi remplies³⁷.

Mesures de défense

L'art. 29 al. 2 LBVM interdit au conseil d'administration de la société cible, dès la publication d'une offre publique d'achat et jusqu'à la publication de son résultat, de passer des actes juridiques qui auraient pour effet de modifier de façon significative l'actif ou le passif de la société visée. L'ordonnance sur les OPA distingue entre les **mesures de défense illicites** (art. 35 OOPA) et les **mesures de défense inadmissibles** (art. 36 OOPA) du conseil d'administration. Par mesures de défense illicites il faut comprendre des actes juridiques avec lesquels l'actif ou le passif de la société visée serait modifié de façon significative (art. 29 al. 2 LBVM).

35 Recommandation VII Saia-Burgess du 8 septembre 2005, consid. 8.4.

36 Art. 29 al. 3 OOPA.

37 Recommandation Pelikan du 4 mars 2005, consid. 6.3.2 et 6.3.3.

Par mesures de défense inadmissibles, il faut comprendre les mesures qui violent manifestement le droit des sociétés.

Modification significative des actifs et passifs comme mesure de défense illicite / objet principal de l'offre

Dès la publication de l'offre, le conseil d'administration de la société cible ne peut en particulier ni (i) vendre ou acquérir des parties d'entreprise pour une valeur ou à un prix représentant plus de 10 pourcent de la somme du bilan, ni (ii) vendre ou engager des parties de l'entreprise ou des valeurs immatérielles constituant l'objet principal de l'offre et étant indiquées comme tel par l'offrant³⁸.

Dans son prospectus d'offre aux actionnaires de Leica, Hexagon a indiqué que **toutes les parties de l'entreprise** mentionnées dans le rapport annuel de Leica constituaient **l'objet principal de l'offre**. La Commission des OPA a estimé que cela était **inadmissible** et a demandé à l'offrante soit de renoncer à l'indication d'un objet principal, soit de restreindre ce dernier³⁹.

Par rapport à la partie de l'entreprise «technique de mensuration industrielle», Leica avait pris une décision de vente interne stratégique. Leica arguait que cette décision pouvait être exécutée durant l'offre de Hexagon, puisqu'elle avait été prise avant la publication de l'offre. La Commission des OPA a rejeté cette position en se référant à la doctrine et a retenu que **l'interdiction d'agir du conseil d'administration concernait aussi l'exécution de décisions qui avaient été prises avant la publication de l'offre déjà**. Eventuellement, il convenait de **s'écarter** de ce principe **si, sur la base de la décision, des actes juridiques externes avaient déjà été entrepris** (par exemple pour parler transactionnels, préparation d'une vente aux enchères) et que leur rupture pouvait faire naître des prétentions en dommages et intérêts contre la société ou exposer cette dernière à un dommage de réputation⁴⁰.

Cela a été le cas dans l'offre publique d'achat de Sika SA présentée aux actionnaires de Sarna Kunststoff Holding SA (Sarna). Dans ce cas, le conseil d'administration avait communiqué, en décembre 2004, la décision de vendre les divisions Sarnamotive, et, lors de l'annonce préalable de l'offre le 12 septembre 2005, ce

38 Art. 35 al. 2 let. a et b OOPA.

39 Recommandation Leica du 22 juin 2005, consid. 2.3.

40 Recommandation Leica du 22 juin 2005, consid. 2.5.

désinvestissement était proche de la conclusion. Une rupture des négociations aurait pu entraîner une obligation de verser de dommages et intérêts pour la société cible. Dans ces circonstances, la Commission des OPA a jugé que l'exécution de la vente des divisions Sarnamotive ne constituait pas une mesure de défense illicite⁴¹.

Violation du devoir de diligence et de fidélité du droit de la société anonyme en tant que mesure de défense inadmissible

La question de savoir quelles mesures de défense violent manifestement le droit des sociétés, et, partant, quelles mesures sont inadmissibles, est traitée de façon différenciée par la doctrine. Pour une partie de la doctrine, seules des mesures qui seraient nulles en vertu de l'art. 706b CO (violation des structures de base de la société anonyme ou des dispositions de protection du capital) tombent dans cette catégorie. Une autre partie de la doctrine qualifie aussi de violation manifeste du droit des sociétés au sens de l'art. 36 OOPA des mesures qui seraient, en application de l'art. 706 CO, uniquement annulables⁴². Selon cette deuxième opinion doctrinale, notamment un comportement du conseil d'administration qui viole le principe de l'égalité de traitement ou le devoir de diligence et de fidélité selon l'art. 717 CO, actes étant seulement annulables selon le droit des sociétés, pourrait aussi constituer une mesure de défense inadmissible au sens de l'art. 36 OOPA. La Commission des OPA a retenu, dans sa recommandation du 23 août 2005, qu'**une violation de l'art. 717 CO peut constituer une mesure de défense inadmissible au sens de l'art. 36 OOPA**. Dans ce contexte, et contrairement à ce qui vaut pour les mesures de défenses illicites au sens de l'art. 35 OOPA, **il n'est pas déterminant que cette violation ait eu lieu avant ou après la publication du prospectus d'offre**⁴³. Dans le cas de Saia-Burgess, il y avait lieu d'apprécier, dans ce contexte, des **avenants aux contrats de travail des membres de la direction de groupe de la société visée**, avenants qui ont été conclus peu avant la publication de l'offre de Sumida. Ces avenants prévoyaient, entre autres modifications, **la prolongation des délais de congé** de douze à 24 mois et le **droit** des membres de la direction du groupe **de demander**, après la résiliation (par l'employé ou l'employeur), **d'être libéré de l'obligation de travailler**, avec suppression de l'interdiction de faire concurrence. Ces avenants entraînaient des coûts supplémentaires théoriques possibles pour la société visée d'environ CHF 8.3 mio.

41 Recommandation Sarna, consid. 6.4.

42 Cf. un aperçu de la doctrine dans la Recommandation Saia-Burgess du 23 août 2005, consid. 1.3.2.

43 Recommandation III Saia-Burgess du 23 août 2005, consid. 1.3.2, 1.3.3.

Ces avenants aux contrats avaient une durée de validité d'une année dès la naissance d'une obligation d'annoncer une participation, la naissance d'une obligation de présenter une offre ou l'aboutissement définitif d'une offre publique d'achat, au plus tard toutefois jusqu'au 30 juin 2007. Au cas où aucun des trois cas mentionnés ne devait se produire, les avenants étaient valables jusqu'au 30 juin 2006. La Commission des OPA a retenu dans sa recommandation du 23 août 2005 que ces **avenants aux contrats servaient manifestement les intérêts des membres de la direction et non les intérêts de la société**. Ils violaient manifestement les intérêts de la société, et avec cela l'art. 717 CO, et constituaient ainsi des **mesures de défense inadmissibles au sens de l'art. 36 OOPA**⁴⁴. Saia-Burgess a refusé la recommandation, ensuite de quoi il a incombé à la Chambre des OPA de la CFB de trancher. Cette dernière a confirmé, dans sa décision du 19 septembre 2005, la recommandation de la Commission des OPA. Elle y a renvoyé à la motivation de la Commission des OPA, tout en relevant en plus la chronologie des faits qui démontreraient que les avenants aux contrats avaient notamment été fait en vue de l'offre hostile de Sumida⁴⁵.

Rachat d'actions

Le rachat de propres actions peut également constituer une mesure de défense illicite du conseil d'administration, ceci dans la mesure où cette acquisition est exécutée, sur la base d'une décision du conseil d'administration, après la publication de l'offre jusqu'à la présentation des résultats. Suite à la publication de l'offre, le conseil d'administration de Leica a informé le public, par un communiqué de presse et une conférence de presse, de son intention de racheter des actions jusqu'à 10% du capital si Leica restait indépendant. Une telle **intention, publiquement annoncée, de racheter des actions** constitue une **offre publique d'achat** au sens de l'art. 2 let. e LBVM⁴⁶. Du fait que l'offre était soumise à la condition de l'indépendance de Leica, elle n'aurait été exécutée que si l'offre de Hexagon avait échoué, de sorte que la Commission des OPA a qualifié l'annonce du rachat d'actions du conseil d'administration de Leica de mesure de défense inadmissible. Toutefois, du fait que l'annonce du rachat était intervenue comme une réaction à l'offre de Hexagon et constituait ainsi en pratique une offre d'achat concurrente, la Commission des OPA a exigé du conseil d'administration de Leica

44 Recommandation III Saia-Burgess du 23 août 2005, consid. 1.3.3, 1.3.4 et 1.3.5.

45 Décision de la Chambre des OPA de la CFB dans l'affaire Saia-Burgess du 19 septembre 2005, notamment notes 39 et 42.

46 Recommandation Leica du 7 juillet 2005, consid. 9.5.1.2.

de fournir des **indications détaillées sur le rachat d'actions annoncé** (indications relatives aux modalités et à l'étendue du rachat, à la marche à suivre en cas de surplus d'actions présentées à l'offre, au prix de rachat, à l'utilisation des actions rachetées et au planning approximatif du rachat) **dans le rapport du conseil d'administration** sur l'offre de Hexagon⁴⁷. Par ailleurs, la Commission des OPA a retenu que le début du programme de rachat d'actions devait être fixé de façon contraignante, étant précisé que le programme de rachat devait commencer au plus tard six semaines après l'échec définitif de l'offre de Hexagon⁴⁸.

Consultation du dossier des déclarations de transactions

L'art. 37 al. 1 OOPA dispose que l'offrant doit déclarer à la Commission des OPA et la bourse toutes transactions qu'il effectue sur les titres de participation de la société visée, ceci dès la publication de l'offre et jusqu'à la fin du délai supplémentaire. Leica a déposé une requête auprès de la Commission des OPA tendant à lui octroyer le droit de consulter le dossier des déclarations de transaction de l'offrante selon l'art. 37 ss OOPA. La Commission des OPA a confirmé que **les déclarations de transaction de l'offrante (mais non celles d'actionnaires soumis à l'obligation de déclarer) étaient soumises au droit de consultation de la société visée**, ceci pour autant qu'il n'y ait pas d'intérêts prépondérants qui s'y opposent⁴⁹.

Mise des coûts de transaction à la charge de la société visée

Si la société visée convient avec un offrant de la mise à charge de la société visée des coûts de transaction, il se pose, entre autres choses, la question de **l'égalité de traitement des offrants**⁵⁰. La problématique existe notamment si un offrant concurrent présente une offre ou si le premier offrant augmente son offre sans que la société visée s'engage envers celui-ci à une même prise en charge des coûts⁵¹. Dans le cas de l'offre de Gatebrook aux actionnaires de Saia-Burgess, cette dernière s'était engagée à payer à Gatebrook une partie des coûts de l'offre d'achat, à

47 Recommandation Leica du 7 juillet 2005, consid. 9.5.1.; Recommandation Leica du 20 juillet 2005, consid. 1.4.2.1; cf. également Recommandation IV Saia-Burgess du 15 août 2005, consid. 1.2.4.2; Communication n° 1 de la Commission des OPA du 28 mars 2000.

48 Recommandation Leica du 20 juillet 2005, consid. 1.4.1.4.

49 Recommandation Leica du 3 août 2005, consid. 3.

50 Art. 48 OOPA.

51 Recommandation VII Saia-Burgess du 8 septembre 2005, consid. 7.2; Recommandation Forbo du 7 mars 2005, consid. 8.

hauteur de CHF 2 mio (correspondant à 0.29% de la somme de transaction), si l'offre ne pouvait, pour des raisons non imputables à l'offrante, être exécutée bien qu'elle fût l'offre au prix le plus élevé. La Commission des OPA n'y a pas vu de violation du principe de l'égalité de traitement des offrants⁵².

Dans les cas Forbo et Berna Biotech SA (Berna Biotech), dans lesquels il y avait également des prises en charge des coûts, la Commission des OPA a souligné la signification de la liberté de choix des actionnaires dans le cadre de l'acceptation ou du refus d'une offre. Pour cette raison, il n'est pas concevable d'assortir cette liberté de choix d'inconvénients. De par la conclusion d'accords de prise en charge de coûts entre la société cible et un offrant, **la société visée perd des moyens en cas d'échec de l'offre en question, ce qui a pour effet une dévalorisation de ses parts. Ceci peut influencer le libre choix des actionnaires.** Considérant toutefois le faible montant de l'indemnité en comparaison avec la somme de transaction totale (CHF 800 000.– ou 0.12% de la somme de transaction dans le cas Forbo et CHF 3.5 mio ou 0.6% de la somme de transaction dans le cas Berna Biotech), la Commission des OPA a jugé dans les deux cas admissible l'accord de prise en charge des coûts⁵³.

Délai de carence

L'art. 14 al. 1 OOPA dispose qu'une offre publique d'achat ne peut, en principe, être acceptée qu'après un délai de carence de dix jours de bourse après sa publication. Dans l'offre d'achat de Sumida, présentée aux actionnaires de Saia-Burgess, la validité juridique d'une condition centrale de l'offre (possibilité de réaliser une due diligence) était encore ouverte en raison du refus partiel de la recommandation par Sumida. En cas d'application d'un délai de carence de dix jours, les destinataires de l'offre auraient dès lors dû décider sur une offre dont la validité juridique était incertaine, ce qui aurait violé le principe de la transparence. Dans sa recommandation du 27 juillet 2005, la Commission des OPA a dès lors prolongé le délai de carence jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise quant à l'admissibilité de la condition en question⁵⁴.

52 Recommandation VII Saia-Burgess du 8 septembre 2005, consid. 7.2.

53 Recommandation Forbo du 7 mars 2005, consid. 8.2; Recommandation Berna Biotech du 13 décembre 2005, consid. 8.2.

54 Recommandation II Saia-Burgess du 27 juillet 2005, consid. 1. Suite au retrait de la contestation de la recommandation I par Sumida, la prolongation du délai de carence est tombée (Recommandation III Saia-Burgess du 3 août 2005, consid. 13).

Délai supplémentaire

Sur demande de l'offrante dans le cas Pelikan, la Commission des OPA a admis une prolongation du délai supplémentaire de dix à quinze jours, dès lors que cette prolongation était dans l'intérêt des actionnaires et qu'elle ne portait que sur quelques jours⁵⁵.

Perspectives et risques

De par les 46 recommandations qu'elle a émises en 2005, la Commission des OPA a apporté des réponses à diverses questions de droit qu'elle n'avait jusqu'alors pas encore traitées. Cette activité a contribué de façon déterminante à la sécurité juridique. La multitude des offres et des demandes a toutefois également conduit la Commission à s'écarter, dans certains cas spécifiques, de pratiques éprouvées. A cet égard, il convient ainsi d'attendre les développements qui interviendront dans des cas futurs.

55 Recommandation Pelikan du 4 mars 2005, consid. 9.3.

Application des règles de «squeeze out» du droit boursier à une société non cotée

Christian Eich

Introduction

La société Mövenpick-Holding (Mövenpick), dont les titres de participation sont cotés à la SWX, a décidé de se séparer d'immeubles, de certains autres actifs non nécessaires à l'exploitation, de certains passifs, ainsi que de valeurs patrimoniales ne figurant pas au bilan (exploitation immobilière). Une acquisition de l'exploitation immobilière par Carlton-Holding SA (Carlton), actionnaire majoritaire de Mövenpick, n'était pas envisageable pour des raisons fiscales, de sorte que la transaction a été exécutée comme suit:

- transfert de l'exploitation immobilière à une société fille nouvellement constituée, Clair Finanz Holding SA (Clair);
- remise des actions Clair sous la forme de dividende en nature aux actionnaires de Mövenpick (scission);
- offre publique d'achat de Carlton aux autres actionnaires de Clair, présentée immédiatement après la scission et portant sur les actions remises sous la forme de dividende en nature;
- demande en annulation des titres de participations restants de Clair en application de l'art. 33 de la loi fédérale sur la bourse et les valeurs mobilières (LBVM), introduite auprès du Tribunal cantonal de Zoug.

Afin de faire triompher les buts généraux assignés par la LBVM (protection des investisseurs et fonctionnement des marchés financiers), aussi bien la Commission des OPA (COPA) que le Tribunal cantonal de Zoug ont déclaré les art. 22 et 33 LBVM applicables à cet état de fait, ce de façon contraire au texte pourtant clair de cette loi. Cette extension fonctionnelle du champ d'application de la LBVM, ainsi que les perspectives et risques qui y sont liés, sont abordés ci-après.

Offre publique d'acquisition

L'art. 22 al. 1 LBVM dispose que les règles relatives aux offres publiques d'acquisition s'appliquent aux offres publiques d'acquisition portant sur les titres de sociétés suisses dont au moins une partie des titres sont cotés en Suisse. Bien que les titres de participation de Clair (en l'espèce des actions nominatives et au porteur) n'étaient à aucun moment cotés, ni entièrement ni partiellement, auprès d'une bourse en Suisse, la COPA a retenu dans sa recommandation du 31 mars 2004 que les dispositions du droit boursier relatives aux offres publiques d'acquisition étaient applicables, par analogie, à l'offre d'achat de Carlton portant sur les titres de Clair.

La COPA a motivé sa recommandation en comblant une lacune proprement dite¹: la scission horizontale d'une partie d'une société cotée en bourse, le transfert de cette partie à une société non cotée en bourse, nouvellement constituée, ainsi que l'offre publique d'achat présentée immédiatement après aux actionnaires de cette société nouvellement constituée et non cotée (et dont les actionnaires sont identiques à ceux de la société cotée en bourse) correspond, en tant que transaction globale et d'un point de vue téléologique, à une offre publique d'achat aux actionnaires de Mövenpick. Ceci signifie en d'autres termes que la présente transaction correspond matériellement à une offre publique partielle pour les actions cotées de Mövenpick, même si formellement les actions non cotées de la société scindée Clair constituaient l'objet de l'offre.

Sur la base du résultat de cette interprétation, la COPA est arrivée à la conclusion que les dispositions de la LBVM (ainsi que ses dispositions d'exécution) étaient, malgré la lettre claire contraire de la loi, applicable par analogie à l'offre envisagée de Carlton.

Annulation des titres de participation restants (squeeze out)

L'art. 33 al. 1 LBVM dispose que l'offrant peut, s'il détient à l'expiration de l'offre plus de 98% des droits de vote de la société visée, demander, dans un délai de trois mois, au juge d'annuler les titres restants. Il doit, à cet effet, intenter une action contre la société. Puisque l'annulation doit être précédée d'une offre publique d'acquisition au sens des art. 22 ss LBVM, l'art. 33 LBVM n'est applicable qu'à des sociétés visées dont les titres de participation sont au moins partiellement cotés

¹ Recommandation de la COPA dans l'affaire Clair Finanz Holding SA du 31 mars 2004, consid. 1.3.5.

auprès d'une bourse suisse². Bien que cette (dernière) condition faisait défaut dans le cas d'espèce, l'action de Carlton, qui détenait plus de 98% des droits de vote de Clair à l'expiration de l'offre, a été admise³.

Le Tribunal cantonal de Zoug a motivé son arrêt essentiellement comme suit: «Dans la mesure où l'offre d'achat de la demanderesse portant sur les actions non cotées de la défenderesse a été soumise aux dispositions du droit boursier, il est justifié que la demanderesse puisse, au cas où les autres conditions seraient remplies, faire annuler, en application de l'art. 33 LBVM, les titres de participation restants se trouvant en mains du public.⁴» Ce faisant, le Tribunal a reconnu les arguments de Carlton qui alléguait notamment qu'il ne lui reviendrait, en cas de rejet de la demande, que les obligations de la LBVM, mais pas les droits.

Perspectives et risques

Les principes de la transparence, de la clarté, de l'égalité de traitement, ainsi que, en tant que but spécial, de la protection des actionnaires minoritaires constituent les principes cardinaux des dispositions relatives aux offres publiques d'achat⁵. Dans la mesure où l'état de fait du cas d'espèce, qui n'est pas appréhendé par la loi, correspond matériellement à une offre publique d'achat portant sur des titres de participation cotés, il convient d'approuver la recommandation de la COPA. En effet, dans le cas contraire, l'offrant aurait la possibilité d'éviter des conditions transparentes et équitables en passant par des scissions appropriées. L'interprétation «*praeter verba, sed secundum rationem legis*» comporte toutefois le risque que l'applicabilité des dispositions de la LBVM ne soit pas claire d'emblée, selon l'état de fait.

Le fait que le Tribunal cantonal de Zoug ait admis les conclusions de Carlton bien qu'il n'était pas lié par les considérants de la COPA est à saluer du point de vue de l'actionnaire principal. En raison de l'expropriation formelle de droit privé des droits sociaux en principe inaliénables⁶ qui y est liée, il existe toutefois le risque d'une atteinte grave aux droits de l'actionnaire minoritaire. Du fait qu'une telle atteinte ne

2 Cf. les explications données ci-avant au sujet de l'art. 22 al. 1 LBVM.

3 Cf. l'arrêt du Tribunal cantonal de Zoug du 6 janvier 2005 en la cause Carlton-Holding SA c. Clair Finanz Holding SA; cité dans AJP 04/2005, p. 496 ss.

4 Cf. note de bas de page 3, consid. 2.

5 Cf. Message sur une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 février 1993, tiré à part, p. 21.

6 Cf. Reto Schildknecht, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Kapitalmarktrecht, Bâle, Genève et Munich 1999, art. 33 LBVM, N 3.

doit intervenir que de façon restrictive et sur la base d'un fondement légal clair, il convient de partir de l'idée que l'application de la règle du squeeze out à une société cible non cotée ne se justifie que dans des cas très rares.

Droit de la propriété intellectuelle, de la concurrence et de la technologie

La Communication PME de la ComCo

Adrian von Riedmatten

Introduction

Selon l'art. 6 al. 1 de la loi sur les cartels (LCart), la Commission de la concurrence (ComCo) peut décrire par voie de communication à quelles conditions des accords en matière de concurrence qui, d'une part, visent à améliorer la compétitivité des petites et moyennes entreprises et, d'autre part, n'ont qu'un impact restreint sur le marché, peuvent, au regard du droit sur les cartels, être admis pour des motifs d'efficacité économique. Le 19 décembre 2005, la ComCo a adopté et mis en vigueur la version finale de sa Communication PME¹. De cette manière, il a été déterminé en ce qui concerne les accords entre entreprises qui visent ou provoquent une entrave à la concurrence à quelles conditions ces accords ne sont pas problématiques également sous l'empire de la loi renforcée sur les cartels².

La ComCo considère, en application de l'art. 5 LCart, que les accords qui ont pour but une amélioration de la compétitivité des entreprises parties à l'accord et ceux qui n'ont qu'un impact restreint sur le marché sont en principe admissibles. La ComCo a désormais concrétisé les critères de «**l'amélioration de la compétitivité**» et de «**l'impact restreint sur le marché**». En outre, la Communication contient une règle spéciale pour les **microentreprises**.

Critères d'admission des accords en matière de concurrence

Amélioration de la compétitivité

Un accord en matière de concurrence a en principe pour but l'amélioration de la compétitivité lorsqu'il permet de réaliser des économies d'échelle ou de gamme

1 La ComCo avait déjà mis en consultation le 22 novembre 2004 un projet de Communication. Celui-ci prévoyait des valeurs limites relatives au personnel et au chiffre d'affaires non seulement pour les petites entreprises mais aussi pour les moyennes entreprises. Dans leurs déterminations, les milieux consultés ont surtout critiqué les grandeurs fixées de 10 à 50 employés et à un chiffre d'affaire de CHF 2 mio à CHF 10 mio pour les moyennes entreprises (cf. également Perspectives et risques 2004/2005, p. 109). La ComCo a pris en compte lesdites remarques et a adapté sa réglementation.

2 Cf. communiqué de presse de la ComCo du 22 décembre 2005.

par des mesures tendant à accroître l'efficacité productive et favoriser l'innovation ou lorsqu'il crée des stimulations de vente pour les échelons inférieurs³.

Cela est alors réalisé en particulier lorsqu'une amélioration concerne les domaines de la production, la recherche et le développement, le financement, l'administration et la comptabilité, la publicité et le marketing, les achats, la distribution et la logistique ainsi que l'entrée sur le marché de produits ou d'entreprises⁴.

Impact restreint sur le marché

En règle générale, les accords en matière de concurrence n'ont qu'un impact restreint sur le marché lorsque les parts de marché cumulées des entreprises parties à un accord horizontal ne dépassent pas 10% sur aucun des marchés touchés par l'accord. En matière d'accords verticaux, notamment les accords de distribution, les parts de marché détenues par chacune des entreprises parties à l'accord ne peuvent dépasser 15%⁵. Demeurent par contre illicites, dans tous les cas, les accords cartellaires durs au sens de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, c'est-à-dire des accords horizontaux sur les prix, sur un territoire et sur des quantités et de tels accords de nature verticale sur la fixation de prix de vente minimums ou fixes ainsi que les contrats de distribution attribuant des secteurs tout en excluant la vente dans ces secteurs opérée par le biais de partenaires commerciaux extérieurs⁶.

Accords entre les microentreprises

Le terme «microentreprises» comprend toutes les entreprises qui emploient moins de 10 collaborateurs et qui réalisent un chiffre d'affaires annuel ne dépassant pas CHF 2 Mio⁷. Des accords en matière de concurrence sont en règle générale sans importance, pour autant qu'ils ne concernent pas des accords durs dans le sens précité⁸.

3 ch. 2 (1) de la Communication.

4 ch. 2 (2) de la Communication.

5 ch. 3 (1) de la Communication.

6 ch. 3 (2) de la Communication.

7 ch. 4 de la Communication.

8 ch. 5 de la Communication.

Renonciation à l'ouverture d'une procédure

Lorsqu'il apparaît au cours d'une enquête préalable au sens de l'art. 26 LCart, qu'une microentreprise à l'exclusion d'un autre type d'entreprise, est partie à un accord ou que les deux critères, soit «l'amélioration de la compétitivité» et «l'impact restreint sur le marché», sont réalisés, et qu'il ne s'agit pas d'accords durs, la ComCo renonce normalement à l'ouverture d'une procédure. Nonobstant une telle décision, le droit du tiers d'introduire une plainte pour un comportement contraire aux règles de la concurrence ou d'exiger l'application des règles de droit civil reste intact.

S'il existe toutefois des indices selon lesquels les conditions ne sont pas réalisées, c'est-à-dire s'il ne s'agit pas vraisemblablement d'une microentreprise et que les deux critères précités ne sont pas observés, la ComCo ouvre une enquête.

Perspectives et risques

La communication PMU augmente la sécurité du droit en ce qui concerne les microentreprises. Celui qui emploie moins de dix employés et atteint un chiffre d'affaires annuel de CHF 2 mio au maximum aura à l'avenir peu de raison de craindre que des accords puissent dans tous les cas contrevenir au droit de la concurrence, pour autant que ces arrangements bruts n'aient pas pour objet des accords sur les prix, les quantités ou le territoire.

Le principe selon lequel des accords horizontaux entravant la concurrence lorsque les parts de marché cumulées n'atteignent pas 10% est valable pour toutes les autres entreprises – toujours sous réserve de l'interdiction d'arrangements présumés. Dans les relations verticales, la part d'aucune entreprise partie à l'accord ne doit être plus élevée que 15%. En plus, il faut apporter la preuve que l'accord conduit à une amélioration de la compétitivité. La dernière exigence pourrait notamment dans de nombreux cas de figure dépendre d'impondérables.

Il réside une autre insécurité dans le fait que la ComCo réexaminera, dans un délai de 2 ans au plus tard, la Communication PME. Sur la base de la pratique actuelle, il n'est à ce jour pas possible de prévoir si et dans quelle mesure la Communication PMU sera modifiée.

Révision de la loi sur le droit d'auteur

Auteur invité: Urs Furrer¹

La loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur, LDA) fait actuellement l'objet d'une révision. Le Conseil fédéral a adopté le message y relatif en date du 10 mars 2006².

Le projet de loi a principalement trait **à l'adaptation de la protection du droit d'auteur à l'ère du numérique**. A cet égard, deux traités internationaux, qui ont été conclus en 1996 sous l'égide de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et qui sont entrés en vigueur en 2002, devraient être ratifiés. Ces deux traités – le **Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT)** et le **Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)** – ont aussi été appelés **«Traités Internet OMPI»** du fait de leur orientation vers les technologies numériques³.

Contenu général du projet de loi

En pratique, il est possible d'éviter, grâce à des mesures technologiques sur les appareils et les programmes informatiques, qu'un utilisateur n'accède de manière non autorisée à des informations à contenu numérique ou n'en effectue des copies. A titre d'exemples connus, on peut citer la protection contre les copies sur les CD ou les accès protégés à des commerces de musique en ligne ou à des boutiques en ligne d'édition de journaux. La ratification des traités Internet OMPI exige la mise en vigueur d'une interdiction de contourner ces mesures. Au cœur de la révision de la LDA se trouve donc l'art. 39a du projet (P-LDA) relatifs à la **protection des mesures techniques**. Comme les mesures techniques ont aussi pour effet d'empêcher une utilisation autorisée par la loi, comme le fait d'effectuer une copie à des fins privées, le projet prévoit en pratique un «droit au piratage»: lorsqu'une mesure de technique de protection est contournée uniquement dans le but

1 Urs Furrer est Issue Manager dans le domaine du droit et de la concurrence auprès d'economiesuisse. Il est membre de la Commission on Intellectual Property auprès de la Chambre de Commerce Internationale ICC et Secrétaire du groupe d'experts pour les questions de propriété intellectuelle d'economiesuisse. Auparavant, il a travaillé en qualité d'avocat auprès de KPMG Legal, à Zurich, de 1999 à 2004.

2 Les documents relatifs au message peuvent être consultés à l'adresse suivante: <http://www.ige.ch/F/jurinfo/j103.shtm#ao1>.

3 Le texte de ces conventions ainsi que de plus amples informations sur les WCT et WPPT sont accessibles sur le site http://www.wipo.int/copyright/en/activities/wct_wppt/wct_wppt.htm.

d'une utilisation permise par la loi, l'interdiction de contourner la loi ne s'applique pas (art. 39a al. 4 P-LDA).

En outre, le projet contient une clarification du droit exclusif de l'auteur de rendre ses œuvres accessibles sur Internet au moyen des services **à la demande**, un renforcement des droits des **artistes actifs** et un élargissement des limites du droit d'auteur par le biais de **nouvelles exceptions à la protection** (par exemple la reproduction dans une forme accessible aux handicapés).

Réactions diverses

De manière générale, il règne un large consensus lié à la ratification des Conventions Internet OMPI. L'application concrète des dispositions internationales fait cependant l'objet d'opinions très diverses⁴. D'une part, tous les cercles proches de l'industrie du divertissement **exigent un renforcement de la protection des mesures techniques pour la lutte contre le piratage**. D'autre part, certains autres cercles craignent que la protection des mesures techniques puisse conduire à une remise en cause des limites du droit d'auteur (surtout du droit aux copies à usage privé). La proposition d'une taxe sur les équipements s'est heurtée à une **vive résistance**. C'est surtout par les associations économiques et les organisations d'utilisateurs que cette mesure a catégoriquement été rejetée. Selon l'avant-projet, pouvaient être touchés par cette taxe tous les appareils pouvant faire des copies: outre les photocopieurs, imprimantes, scanners, PC, etc., on songeait aussi aux téléphones mobiles, PDA, et autres instruments de ce genre. Au vu des critiques émises lors de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a décidé de renoncer à l'introduction de cette mesure.

⁴ Le rapport sur le résultat de la procédure de consultation est accessible à l'adresse <http://www.ige.ch/F/jurinfo/documents/j10309f.pdf>. La réponse à la procédure de consultation d'économiesuisse ainsi qu'un «dossier politique» d'économiesuisse à propos de la révision de la LDA peuvent être téléchargés sur Internet à la page <http://www.economiesuisse.ch/f/webexplorer.cfm?id=286&ttid=1>.

Perspectives et risques

L'innovation, le know-how et la créativité sont des **facteurs de succès de l'économie suisse**. Le droit d'auteur joue un **rôle incitatif** important. Les adaptations du droit d'auteur envisagées par la révision à la société d'information, au progrès technique et au développement international doivent donc être saluées.

Des **systèmes de gestion des droits numériques** (Digital Rights Management Systems – DRMS) s'étendent toujours plus. L'exemple le plus populaire du DRMS est le commerce de musique en ligne. DRMS permet de trier les utilisateurs selon le concept **«pay per use»**. Dès lors, au contraire de l'exploitation collective, ce n'est pas l'utilisation potentielle mais seulement l'utilisation effective qui doit donner lieu à rétribution. Avec la révision de la LDA, l'introduction de la protection des mesures techniques est une condition de la mise en application de tels systèmes d'exploitation innovateurs.

De par la renonciation à l'introduction d'une **taxe sur l'équipement**, le Conseil fédéral s'est prononcé contre l'idée de déplacer la protection des droits d'auteur davantage sur le terrain collectif. Un tel déplacement aurait eu comme conséquence une augmentation tendancielle de charges potentielles. En principe, il convient aussi de saluer la proposition du Conseil fédéral de modifier le mode de rémunération pour les reproductions destinées à l'usage propre, ceci afin d'éviter des charges doubles pour les utilisateurs. Ainsi, la reproduction liée à l'acquisition électronique d'œuvres ne doit pas, en plus, être chargée avec la réglementation d'indemnisation liée à l'usage propre. Les redevances d'auteur devraient toutefois en plus être réduites dans la mesure où la reproduction est rendue techniquement impossible ou restreinte. A long terme, il devrait y avoir une **concurrence des systèmes de rémunération**. Mais pour cela, les principes d'exploitation actuels, marqués par les monopoles et une exploitation collective contraignante, devraient être repensés.

On constate, sur le plan positif, que le projet renonce, à l'instar de l'avant-projet, à l'introduction d'un **droit de suite**. Avec un droit de suite, la Suisse renoncerait à sa position de pays avantageux dans le domaine du commerce d'art international, ce qui aurait à coup sûr conduit à la suppression de postes de travail.

D'un autre côté, la chance a été manquée de régler également les **droits des producteurs** dans l'avant-projet. La majorité des auteurs sont aujourd'hui des employés, qui créent des modes d'emploi, des prospectus, des graphiques ou des

présentations. Le droit d'auteur suisse – au contraire du droit des brevets – manque malgré tout d'une disposition sur le transfert des droits dans le cadre des rapports de travail. Un tel transfert des droits accroîtrait la sécurité juridique, faciliterait l'application pratique de la loi et renforcerait la protection des investissements et, par-là, l'attrait économique de la Suisse pour des productions importantes de droits d'auteurs.

Révision en cours de la loi sur la protection des données

Ralph Gramigna

Introduction

Au niveau fédéral, la protection des données est aujourd'hui régie par la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD) ainsi que par l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD). Ces deux textes sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 1993.

Les éléments déclencheurs de la révision en cours sont deux motions¹ adoptées par les Chambres fédérales en 1999 et 2000 qui demandaient, d'une part, **davantage de transparence** lors de la collecte de données et, d'autre part, une base légale formelle pour tout accès en ligne à des données traitées par des organes fédéraux ainsi qu'un standard minimal de protection lorsque les données sont traitées par les cantons en exécution du droit fédéral. Par ailleurs, certaines dispositions de la loi sur la protection des données devront être adaptées pour permettre l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel².

Entre septembre 2001 et janvier 2002, la procédure de consultation s'est poursuivie. Les différents milieux économiques consultés ont majoritairement rejeté les propositions de révision au motif que leur application entraînait des **dépenses hors de proportion et des difficultés pratiques**. Depuis l'envoi du message en vue de modifier la LPD et la publication du projet (P-LPD) en 2003, les Chambres ont débattu de ce texte, le Conseil des Etats pour la dernière fois lors de sa séance du 14 décembre 2005³. Comme par le passé, des divergences subsistent.

Le but initial du projet a été fortement élargi lors des délibérations parlementaires. Dès lors, nous ne commenterons que trois aspects qui peuvent entraîner des conséquences importantes pour certaines entreprises de l'économie privée.

1 Motion 00.3000 du 28 janvier 2000, transparence accrue lors de la recherche de données personnelles (S 7.3.2000, Commission des affaires juridiques CE 99.067; N 5.10.00) et Motion 98.3529 du 17 novembre 1998, protection accrue des données personnelles lors de connexions on-line (S 16.3.1999, Commission de gestion RS; N 21.12.1999).

2 RS 0.235.1.

3 Bulletin officiel CE 2005 03.016 (non encore mis en page à la date de rédaction de cet article).

Elargissement du devoir d'information

L'art. 4 al. 4 P-LPD consacre désormais le principe selon lequel **la collecte de données et le but du traitement** doivent être **reconnaisables** par les personnes concernées. Le caractère reconnaissable peut résulter des circonstances⁴. Tel devrait être le cas lorsque les données sont employées en rapport avec la transaction proprement dite. Si, par exemple, une carte client est demandée, il est par définition clair que les données fournies pourront être employées pour la distribution de publicités⁵. Si les données ne sont pas traitées dans un but bien défini, il sera nécessaire de poser des exigences plus élevées pour rendre reconnaissables la collecte des données et le but du traitement. Si, lors de l'usage de cartes clients, des profils de consommateurs sont également établis, les personnes concernées doivent y être rendues attentives. Le même principe doit s'appliquer plus une transaction est complexe et plus longue est la période durant laquelle les données peuvent subir un traitement à la suite de cette transaction⁶. Il convient ensuite de déterminer, afin de respecter le principe de la proportionnalité, dans quelle mesure le traitement et la collecte de données sont reconnaissables. Selon les cas, une information générale contenue dans la Privacy Policy ou dans un formulaire de demande peut suffire. Dans tous les cas, l'information doit cependant être détaillée.

Par ailleurs, tant l'art. 4 al. 4 P-LPD que le droit au renseignement (art. 8-10 LPD) sont concrétisés et élargis par l'introduction d'un **devoir d'information** prévu à l'art. 7a P-LPD. Il en ressort que les personnes concernées doivent, lors de la collecte de données personnelles sensibles ou de profils de personnalité les concernant, être informées au moins sur l'identité du détenteur de la base de données («maître du fichier»), le but du traitement ainsi que les catégories de destinataires des données.

L'art. 7b P-LPD définit enfin un devoir d'information particulier et exprès lors de **décisions individuelles automatisées**. Cette définition s'applique lorsqu'une décision produisant des conséquences juridiques pour la personne visée ou l'affectant de manière significative repose exclusivement sur un traitement automatisé de données ayant pour but d'évaluer certains aspects de sa personnalité. Par «aspects de la personnalité», on songe «aux capacités professionnelles, au crédit d'une personne, à son caractère digne de confiance ou à son comportement». La conception jusqu'ici volontairement «neutralement technique» de la LPD devra

4 FF 2003, p. 1918.

5 Cf. à ce propos l'exemple fourni dans FF 2003, p. 1923.

6 FF 2003 p. 1920.

être abandonnée, sans qu'il soit nécessaire de trouver une solution harmonisée avec le droit européen⁷. Le Conseil national voulait entièrement abroger l'art. 7b P-LPD⁸, mais le Conseil des Etats a suivi la proposition de la Commission et a approuvé le projet du Conseil fédéral⁹. D'une part, la question s'est posée de savoir si une simple information sur les décisions individuelles effectuées électroniquement était satisfaisante. D'autre part, on ne voulait pas – à juste titre – empiéter sur l'autonomie contractuelle et laisser un droit aux personnes concernées – comme c'est le cas en droit européen – à ne recevoir aucune décision prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé des données¹⁰.

Autorégulation par certification

Afin d'améliorer la protection et la sécurité des données, les concepteurs de systèmes ou de programmes de traitement de données tout comme les personnes privées ou les autorités de la Confédération qui traitent des données personnelles peuvent soumettre leurs systèmes, leurs procédures et leur organisation à une évaluation effectuée par des **organismes de certification agréés et indépendants** (art. 11 P-LPD).

Ainsi, tant les procédures de certification relatives à l'exploitation de données opérationnelles susceptibles d'être protégées et les structures d'organisation (**audits sur la protection des données**) que l'évaluation des systèmes ou des programmes informatiques – également des produits – devront être développés au regard du respect des standards de protection de données. Les entreprises (et les autorités) certifiées devront, selon l'art. 11a P-LPD, être libérées de l'obligation d'annonce de leurs bases de données auprès du Préposé à la protection des données.

L'attrait généré par cette simplification devrait encore être accru par l'octroi d'un **label de qualité de protection des données**. De manière volontaire, il existe

7 La directive EU 02/58 sur le traitement de données à caractère personnel et la protection de la sphère privée dans les communications électroniques (Directive relative à la protection des données pour la communication électronique) règle notamment l'envoi des cookies, le traitement des données sur les localisations, à savoir les données qui fournissent des renseignements sur la localisation de l'utilisateur final d'un ordinateur, ainsi que sur l'utilisation de courriers spam.

8 BOCN 2005, p. 1446 s.

9 Voir à cet égard note 3 ci-dessus.

10 Voir à ce sujet l'article 15 de la Directive 95/46/EU sur la protection des personnes physiques lors du traitement de données personnelles sur le libre accès aux données («Directive sur la protection des données EU»).

déjà aujourd'hui en Suisse des possibilités de se voir octroyer une certification dans le domaine de la protection des données¹¹.

Communication transfrontière de données

Selon le droit actuel, celui qui désire transmettre une base de données à l'étranger doit préalablement l'annoncer au Préposé fédéral à la protection des données lorsque la communication de ces données ne découle pas d'une obligation légale et qu'elle a lieu à l'insu des personnes concernées (art. 6 al. 2 LPD). Cette réglementation n'a pas trouvé d'écho dans la pratique, tout simplement parce qu'elle a été peu observée¹². Il sera renoncé au devoir d'annonce au profit d'un **devoir de diligence**.

Comme par le passé, les données personnelles ne devront pas être transmises à l'étranger, si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, par exemple parce qu'une législation garantissant une protection adéquate fait défaut (art. 6 al. 1 P-LPD)¹³. L'art. 6 al. 2 P-LPD énumère désormais un catalogue d'exceptions: s'il manque une législation assurant un niveau de protection adéquat (comme c'est le cas par exemple aux USA), les données personnelles ne pourront être communiquées à l'étranger que si:

- a) des **garanties satisfaisantes, notamment contractuelles**, permettent d'assurer un niveau de protection adéquat à l'étranger;
- b) la personne concernée a donné son consentement;
- c) le traitement se trouve en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et il s'agit de données personnelles du cocontractant;
- d) la communication est, dans le cas concret, indispensable soit à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant, soit à la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice;

11 FF 2003, p. 1925. Le standard international ISO 17799 ainsi que le standard britannique BS 7799-2 consacrent une acception standardisée des concepts de protection et de sécurité des données, à propos desquelles un audit avec certification est également possible. Depuis fin 2005, il faut aussi prendre en compte dans le cadre de la certification de la protection des données le standard ISO 27001. De plus, il existe des procédures d'examen des systèmes et des produits informatiques; on peut citer à ce propos – pour l'Allemagne – le Datenschutz-Gütesiegel du Land indépendant de Schleswig-Holstein; à cet égard, une certification des produits sur la base du paragraphe 4 al. 2 de la loi sur la protection des données du Land de Schleswig-Holstein est prévue en relation avec l'ordonnance sur les audits relatifs à la protection des données de Schleswig-Holstein.

12 FF 2003, p. 1919.

13 Cf. l'art. 6 al. 1 LPD actuel, qui exige qu'il existe à l'étranger un système de protection des données équivalent au système suisse.

- e) la communication est, dans le cas concret, nécessaire pour protéger la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée;
- f) la personne concernée a rendu les données accessibles à tout un chacun et elle ne s'est pas formellement opposée au traitement; ou
- g) la **communication** a lieu **entre des personnes morales** réunies sous une direction unique et soumises à des règles uniformes sur la protection des données qui garantissent une protection appropriée.

De l'avis du législateur, il existe sur la base du catalogue exhaustif d'exceptions un large pouvoir d'appréciation pour la transmission de données personnelles à l'étranger, mais un manque de diligence peut cependant donner lieu à des prétentions en responsabilité¹⁴.

On peut se poser la question de savoir selon quelles conditions des garanties suffisantes¹⁵, notamment contractuelles¹⁶, peuvent assurer un **niveau de protection adéquat** à l'étranger (let. a), ou quand une communication a lieu entre des personnes morales réunies sous une direction unique¹⁷ et soumises à des règles uniformes sur la protection des données qui garantissent une protection appropriée (let. g). Il semble qu'en cas d'utilisation de garanties contractuelles standardisées ou de règles de protection uniformes au sein d'un groupe, une communication ponctuelle au Préposé fédéral à la protection des données, telle que prévue à l'art. 6 al. 3 P-LPD, devrait suffire.

14 Cf. le rapport explicatif du DFJP sur le projet mis en consultation en août 2001, page 21: «Il a été renoncé à prévoir un rapport de causalité spécifique, car un dommage causé par une violation de l'article 6 serait, dans sa plus grande partie, couvert par l'article 49a de l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification de la responsabilité civile. Cette loi prévoit que la personne qui exploite une entreprise commerciale ou qui emploie plusieurs collaborateurs répond pour le dommage qu'il cause dans le cadre de son activité. Elle peut se départir de sa responsabilité si elle prouve que l'organisation de l'entreprise était apte à empêcher le dommage.».

15 De telles garanties peuvent par exemple ressortir d'un code de comportement, c'est-à-dire d'un ensemble de règles auxquelles des personnes privées peuvent se soumettre volontairement, comme le «Safe Harbor Privacy Framework» qui a été négocié entre la Commission européenne et les USA; cf. à ce sujet FF 2003, p. 1941.

16 A l'égard du droit européen, la décision 2001/497/EG concernant l'introduction de clauses contractuelles standards alternatives pour la transmission de données personnelles vers des états tiers (de même que la décision de la Commission du 27 décembre 2004 sur la modification de la décision précitée) nous fournissent d'intéressants points de repère.

17 Le concept de groupe correspond à celui de l'article 663e al. 1 CO; cf. FF 2003, p. 1942.

Perspectives et risques

Il convient de saluer la volonté accrue de transparence et de sécurité tout comme les nouvelles règles de communication transfrontière de données et, dans tous les cas, la possibilité de certification.

Cependant, il n'est pas certain que le coût des **mesures nécessaires d'organisation et d'adaptation technique informatique** soit compensé par les conséquences positives de la simplification du commerce électronique, par une utilisation plus efficiente des moyens informatiques et par l'augmentation générale de l'attractivité de la place économique suisse. Enfin, il conviendra également de vérifier si et dans quelles mesures les **groupes internationaux vont appliquer l'adaptation des règles de protection des données** et **si les contrats existants seront modifiés**.

Il convient encore de noter que les délibérations parlementaires ne sont pas encore terminées. Cette affaire n'a donc pas encore trouvé son épilogue.

Droit du travail

Prescriptions sur le licenciement collectif: champ d'application et consultation de la représentation des travailleurs à la lumière de l'ATF 130 III 102

Isabelle Theurillat/Oliver Gloor

Introduction

Lorsqu'une entreprise prévoit un congé modification ou une réduction de personnel, se pose en général la question de l'application des prescriptions sur le licenciement collectif. Leur champ d'application ne ressort pas toujours clairement des articles 335d ss CO. Si leur applicabilité est confirmée, il subsiste en règle générale une insécurité juridique en ce qui concerne la fixation des délais qui doivent être observés pour organiser la consultation des collaborateurs avant un licenciement collectif.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt 130 III 102, a traité certains aspects de ces deux objets. Le cas à juger portait sur une société qui, alors qu'elle se démenait contre des difficultés financières, s'est vue accorder, le 22 septembre 2002, un **sursis concordataire provisoire**. Le jour suivant, la société a informé oralement la commission du personnel du projet de fermeture de l'entreprise. Par courrier du 24 septembre 2002, un délai échéant le 27 septembre 2002 a été imparti à la commission du personnel pour soumettre des propositions permettant d'éviter les licenciements. Ce délai a été prorogé **au lundi 30 septembre 2002 à 8 heures du matin** après l'intervention du président de la commission du personnel. Immédiatement après l'échéance du délai, les licenciements ont été prononcés le 30 septembre 2002 encore. La commission du personnel a remis sa détermination le 7 novembre 2002 seulement et, partant, tardivement. Le Tribunal fédéral devait se pencher sur la décision de l'instance précédente qui était arrivée à la conclusion que la société n'avait pas respecté la procédure de consultation prévue en cas de licenciements collectifs.

Ci-après seront exposés les explications générales sur le champ d'application des dispositions sur le licenciement collectif ainsi que la procédure de la consultation telles qu'elles ressortent des **considérants du Tribunal fédéral**.

Champ d'application des prescriptions sur le licenciement collectif

Le champ d'application des prescriptions régissant le licenciement collectif est principalement défini à l'art. 335d CO. D'après cette disposition, un nombre relativement important de licenciements signifiés dans une entreprise par l'employeur dans un délai de 30 jours doit être considéré comme un licenciement collectif. Le nombre déterminant de licenciements pour l'application des prescriptions sur le licenciement collectif est fixé dans la loi de la manière suivante:

- au moins **10 licenciements** (dans les établissements employant habituellement entre 21 et 99 travailleurs)
- au moins **10% du nombre des travailleurs** (dans les établissements employant habituellement entre 100 et 299 travailleurs)
- au moins **30 licenciements** (dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs).

Il faut tenir compte **pour chaque entreprise** non seulement du nombre de licenciements mais aussi du nombre de travailleurs habituellement employés. L'entreprise est généralement définie par la doctrine comme formant une **entité sur le plan local et au niveau de l'organisation**¹. Si un employeur dispose de plusieurs établissements, ceux-ci sont considérés séparément. Plusieurs entreprises aux mains d'un même employeur forment ensemble, selon une partie de la doctrine, une seule entité, si elles se trouvent géographiquement proches l'une de l'autre et si leurs activités présentent des similitudes. A ce sujet, la **proximité géographique** est donnée si les établissements dépendent de la compétence du même office de travail². Pour les **groupes**, se pose la question de savoir s'il faut comptabiliser ensemble les licenciements envisagés dans chaque société prise individuellement. La doctrine répond à cette question par la négative en se référant au principe de la séparation. Dans des cas particuliers, on peut cependant, compte tenu de l'ensemble des circonstances, passer outre le principe de la séparation. Il faut à cet égard songer au cas d'une interprétation abusive des dispositions légales sur le licenciement collectif (par exemple si les licenciements sont maintenus pour chaque société du groupe prise individuellement de manière consciente sous les

1 Cf. Thomas Geiser/Peter Münch, Handbücher für die Anwaltspraxis, Zweiter Band, Stellenwechsel und Entlassung, Bâle 1997, § 3 n° 3.42; cf. également Roman Heiz, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Berne 2005, § 4 C. II.

2 Cf. Thomas Geiser/Peter Münch, § 3 n° 3.43; cf. cependant également Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar ad art. 319-362 CO, 6^{ème} éd., Zurich, Bâle, Genève 2006, n° 8 ad art. 335d CO, selon lequel le message se prononce contre une telle extension de la notion d'entreprise.

seuils limites)³. L'interdiction de l'abus de droit entre du reste également en considération pour l'échelonnement dans le temps des licenciements à l'intérieur d'un établissement. Il n'est pas permis d'échelonner les licenciements au-delà du **déai légal de 30 jours**, uniquement pour éviter l'application des prescriptions sur les licenciements collectifs. Il y a notamment un détournement des dispositions légales lorsque l'échelonnement des licenciements s'effectue sans aucun sens en ce qui concerne la politique de l'entreprise ou aucun objectif de politique de marché du travail⁴.

L'appréciation des **licenciements** signifiés par l'employeur, c'est-à-dire la question de savoir lesquels sont pertinents, est également décisive pour l'application des prescriptions sur le licenciement collectif. Selon la loi⁵, ce sont les licenciements qui n'ont aucun motif inhérent à la personne du travailleur qui doivent être pris en considération. Partant, des résiliations qui ont été données pour des motifs de performance ou de comportement au travail n'entrent pas en considération⁶. Si non, toutes les résiliations signifiées par l'employeur rentrent en principe dans le champ d'application. Cela vaut également pour les résiliations données avec effet immédiat dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée⁷ et pour les congés modification⁸. Il sied de distinguer entre les congés modification proprement dits et les congés modification improprement dits⁹. Dans le cas des **congés modification improprement dits**, l'employeur propose au travailleur des offres quant à de nouvelles conditions de travail (en général péjorées) et ne lui signifie ensuite le congé que dans le cas où le travailleur décline l'offre. Dans le cadre des **congés modification proprement dits**, l'offre est proposée en même temps que la notification du congé. Si le travailleur accepte l'offre, alors le congé perd sa validité. Les deux types de congés modifications sont assurément sensibles d'un point de vue juridique¹⁰. Les dispositions sur le licenciement collectif ne sont toute-

3 Cf. à ce sujet Roman Heiz, § 4 C. II, dans lequel une autre circonstance entraînant la renonciation au principe de la séparation est répertoriée dans la note de bas de page 541: une entreprise, dirigée par diverses sociétés constituant un groupe et formant une entité au niveau local et organisationnel, doit être considérée comme un tout. Comme Roman Heiz est à vrai dire le seul auteur de doctrine qui, à notre connaissance, se prononce dans cet ordre d'idée sur la problématique des groupes, son opinion doctrinale ne saurait être confirmée.

4 Cf. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, n° 9 ad art. 335d CO.

5 Cf. à ce sujet art. 335d CO.

6 Cf. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, n° 6 ad art. 335d CO.

7 Cf. art. 335e al. 1 CO; cf. également Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, n° 2 ad art. 335e CO.

8 Cf. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, n° 5 ad art. 335d CO.

9 Cf. Thomas Geiser, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, in PJA 1/1999, p. 60 ss.

10 Cf. ATF 123 III 246; cf. également Thomas Geiser, in PJA 1/1999, p. 64 s.

fois appliquées que dans le cadre des congés modification proprement dits¹¹. Si une entreprise envisage de procéder à des congés modification proprement dits, il doit tenir compte des dispositions sur le licenciement collectif, même si la majorité des travailleurs acceptent les modifications et qu'ils ne sont ainsi pas licenciés. Des entreprises qui, de par leur dimension dépasseraient les valeurs seuils relatives à l'application des dispositions sur le licenciement collectif, envisageront ainsi en pratique de signifier des congés modification improprement dits plutôt que des congés modification proprement dits.

Ces conditions générales pour l'applicabilité des dispositions sur le licenciement collectif sont limitées par loi à l'art. 335e al. 2 CO, en ce sens que les dispositions ne s'appliquent pas en **cas de cessation d'activité de l'entreprise intervenue sur ordre du juge**. Dans l'arrêt qui fait l'objet du présent article, le Tribunal fédéral s'est étendu sur l'interprétation de cette exception prévue par la loi. Ainsi il avait à juger la question de savoir si les licenciements collectifs prononcés pendant **un sursis concordataire provisoire** tombaient sous le coup de l'art. 335e al. 2 CO. Cette disposition est principalement applicable aux fermetures d'entreprises pour des raisons de protection de la santé ou de l'environnement¹². Suivant la doctrine, le Tribunal fédéral a reconnu, dans un arrêt plus ancien¹³, que l'art. 335e al. 2 CO s'appliquait également en cas de **faillite**. Il est justifié que les prescriptions sur le licenciement collectif ne s'appliquent pas dans le cadre de la procédure de faillite, car les travailleurs, en tant que créanciers, disposent de possibilités d'influence qui dépassent les droits qui leur sont accordés par les prescriptions sur le licenciement collectif. Le Tribunal fédéral a désormais précisé que cela se passe différemment dans le cadre d'**une procédure de sursis concordataire provisoire**¹⁴. Les créanciers ne disposent pas encore à ce stade des possibilités d'influence qui seront rendues superflues au moment de la procédure de consultation prévue par les prescriptions sur le licenciement collectif. Conformément à ce qui précède, le Tribunal fédéral a jugé que l'instance précédente a fait application des dispositions concernant les licenciements collectifs à juste titre.

11 Cf. Thomas Geiser/Peter Münch, § 3 n° 3.30 s, selon lequel les prescriptions sur le licenciement collectif ne sont pas applicables si aucun licenciement n'est prononcé avec la notification de l'offre. Dans le cas d'un congé modification improprement dit, les prescriptions sur le licenciement collectif entrent à notre avis en considération uniquement si des collaborateurs sont licenciés parce qu'ils n'ont pas accepté l'offre. Cependant, ceci est valable uniquement si un nombre tel de collaborateurs a refusé l'offre que les valeurs seuils, pour l'application des prescriptions sur le licenciement collectif, sont atteintes.

12 Cf. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, n° 3 ad art. 335e CO.

13 Cf. ATF 123 III 176, consid. 3a.

14 Cf. ATF 130 III 102, consid. 3.1 s.

Procédure de consultation

S'il doit être répondu par l'affirmative à la question de l'applicabilité des prescriptions sur les licenciements collectifs, l'employeur doit mettre en œuvre une procédure de consultation conformément à l'art. 335f CO. La représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs, doivent être informées par écrit sur les **raisons du licenciement collectif** (en particulier les motifs, le nombre et la période des licenciements, ainsi que le nombre de travailleurs habituellement employés par l'entreprise). Cette information est destinée à donner la possibilité à la représentation des travailleurs, respectivement aux travailleurs eux-mêmes, de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences. L'office du travail reçoit une copie de la lettre d'information et un rapport sur les résultats de la consultation.

Le **moment de la procédure de consultation** doit être choisi de telle sorte que celle-ci ait lieu **avant la décision définitive sur le licenciement collectif**. Le sens de la consultation consiste en effet à accorder la possibilité d'influer le processus décisionnel de l'employeur¹⁵. Un employeur qui ne consulte les travailleurs que sur la forme, alors que la décision sur les licenciements a été prise depuis longtemps, viole les prescriptions en matière de licenciement collectif. Cela concerne également une **société fille** qui communique à ses collaborateurs avant l'ouverture de la consultation que le siège principal a décidé la fermeture de l'établissement. La société fille ne peut pas invoquer qu'elle n'est qu'une exécutante de la maison mère. La responsabilité du déroulement correct de la procédure de consultation incombe également, dans les relations d'un groupe, aux organes de la société employeuse¹⁶. Les sociétés cotées en bourse ne peuvent opposer que les **dispositions en matière de bourse** ne leur permettent pas de communiquer au public des faits influant les cours boursiers qui ne sont pas encore définitifs¹⁷. Cela est justifié dans la jurisprudence par le fait que législateur a imposé un devoir de discrétion¹⁸ aux collaborateurs comme corollaire à la garantie des droits de participation et ainsi paré aux indiscretions portant sur un projet de licenciement collectif. Même en cas de conflit de dispositions légales, les prescriptions sur le licenciement collectif primeraient sur les dispositions étrangères en matière de bourse¹⁹. Malgré cette jurisprudence, les sociétés cotées en bourse courent, dans la prati-

15 Cf. ATF 123 III 176, consid. 4a. cf. également ATF 130 III 102, consid. 4.2.

16 Cf. OGer ZH in ZR 2004 n° 5, consid. 12 s.

17 Cf. Tribunal supérieur ZH, in ZR 2004 n° 5, consid. 14 ss.

18 Cf. à ce sujet l'art. 14 de la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (Loi sur la participation), qui institue un devoir de discrétion à l'égard des personnes étrangères à l'entreprise.

19 Cf. Tribunal supérieur ZH, in ZR 2004 n° 5, consid. 14 ss.

que, le risque de violer les prescriptions en matière de bourse, respectivement en matière de licenciement collectif, et sont prêtes à accepter, selon les circonstances, la violation des dispositions sur le licenciement collectif.

La loi ne dispose pas de quelle manière **la durée de la procédure de consultation** doit être mesurée, respectivement quel délai doit être imparti aux collaborateurs pour leur détermination. On retient en principe dans la jurisprudence que le délai doit être fixé selon la bonne foi compte tenu de la complexité et de l'urgence pour chaque cas particulier. Les travailleurs doivent disposer de suffisamment de temps pour étudier les renseignements fournis par l'employeur, formuler des propositions concrètes et les porter à la connaissance de l'employeur²⁰. Les auteurs ont fixé des délais minimaux différents. Ainsi on exige suivant les cas des délais d'au moins **dix jours**²¹, de **sept à dix jours**²² et de **trois à cinq jours**²³. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pas fixé concrètement de délai minimal. Le Tribunal fédéral a tout de même décidé dans un arrêt plus ancien qu'un délai de **24 heures** était trop court. Dans le même arrêt, il a délimité la durée du délai minimal dans la mesure où il a précisé qu'un délai, imparti du côté des employés, de quatre à six semaines pouvait paraître considérablement trop long²⁴.

Dans l'affaire à juger, les exigences de la procédure ont été violées à deux égards. Le Tribunal fédéral a retenu que la procédure de consultation n'avait été ouverte qu'après la décision définitive de fermeture de l'établissement et donc tardivement. En outre, le délai qui a été prolongé jusqu'au 30 septembre 2002, à 8 heures n'était, selon le Tribunal fédéral, pas suffisant au regard des exigences légales. Le Tribunal fédéral est arrivé à ce résultat en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Il n'a pas seulement clairement mis en doute que le délai de **cinq jours**, vu qu'il comprenait un week-end, était tenu pour suffisant. Il a aussi considéré que l'employeuse a dans l'ensemble violé le principe de la bonne foi, en ce sens qu'elle a fixé le délai de telle manière qu'elle avait encore le temps, au 30 septembre 2002, de prononcer les licenciements qui devaient encore être effectués avant la fin du mois. Le délai imparti ne lui a pas permis d'étudier les propositions qui ont dû lui être soumises le même jour. Le Tribunal fédéral a en outre retenu que l'employeuse ne peut pas invoquer une urgence qu'elle a elle-même provoquée²⁵.

20 Cf. à ce sujet ATF 123 III 176 consid. 4b; cf. également ATF 130 III 102, consid. 4.3.

21 Cf. Gabriel Aubert, in: Commentaire romand, Code des obligations I, Genève 2003, n° 8 ad art. 335f CO.

22 Cf. Rémy Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 357.

23 Cf. Thomas Geiser/Peter Münch, § 3 n. 3.54.

24 Cf. ATF 123 III 176, consid. 4c.

25 Cf. ATF 130 III 102, consid. 4.3.

Perspectives et risques

Le Tribunal fédéral a certes répondu par l'affirmative à la question de savoir si les prescriptions sur le licenciement collectif étaient applicables durant le **sursis concordataire provisoire** et confirmé que la consultation des travailleurs devait être terminée **avant le décision tendant au licenciement collectif**; il subsiste cependant encore et toujours une insécurité certaine en ce qui concerne la **durée minimale de la consultation**. Puisqu'il faut décider selon les circonstances concrètes du cas pris individuellement, le juge dispose d'une marge de manœuvre considérable lors du jugement. Partant, il convient d'impartir un délai plutôt généreux pour la prise de position, puisque les résiliations sont abusives au sens de l'art. 336 al. 2 let. c CO en cas de violation de la procédure, ce qui peut entraîner l'obligation de verser une indemnité correspondant à **deux mois de salaire** en faveur des collaborateurs.

Interdiction de concurrence (ATF 130 III 353)

Catherine Aeby

Introduction

Compte tenu des pressions du marché, les sociétés prévoient de plus en plus fréquemment une clause de non-concurrence dans les contrats de travail de leurs employés. Une telle interdiction est-elle maintenue si l'employeur résilie les rapports de travail avec effet immédiat? Qu'en est-il en cas de concours de motifs susceptibles de justifier la résiliation?

Le Tribunal fédéral a rappelé les principes applicables en la matière dans son ATF 130 III 353.

Résumé des faits

A SA est une société active dans le placement et la location de personnel. En date du 1^{er} janvier 2001, elle a engagé B, en qualité de conseiller en placement.

Le contrat de travail de B contenait une interdiction de concurrence, valable 24 mois suivant la fin des rapports de travail.

Le 31 août 2001, B a résilié son contrat de travail avec A SA pour le 30 septembre 2001. A SA a toutefois licencié B, avec effet immédiat, le 11 septembre 2001, au motif que B avait trouvé un nouveau poste où il violerait inmanquablement son interdiction de concurrence.

Considérants du Tribunal fédéral

Selon l'art. 340c al. 2 CO, la prohibition de faire concurrence cesse notamment si l'employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié. **Le motif justifié de l'art. 340c al. 2 CO ne doit pas être confondu avec le juste motif de l'art. 337 CO permettant un licenciement immédiat.** Un motif peut

justifier la résiliation au sens de l'art. 340c al. 2 CO, sans être suffisamment grave pour fonder un renvoi avec effet immédiat. En revanche, tout juste motif est un motif justifié¹.

Constitue un motif justifié de résiliation au sens de l'art. 340c al. 2 CO tout événement imputable à l'autre partie qui, selon des considérations commerciales raisonnables, peut donner une raison suffisante pour un licenciement².

A titre d'exemple, une désobéissance constante du travailleur aux instructions est un motif justifié au sens de l'art. 340c al. 2 CO qui permet à l'employeur de résilier le contrat de travail pour sa prochaine échéance contractuelle, en maintenant la clause de non-concurrence³.

S'il y a concours de résiliations, il faut se demander laquelle des deux résiliations est pertinente, autrement dit la raison effective pour laquelle les rapports de travail ont pris fin⁴.

Dans son ATF 130 III 353, le Tribunal fédéral a ainsi retenu que c'est le licenciement immédiat signifié par l'employeur qui a mis fin aux rapports de travail et que la raison invoquée, soit le fait que le travailleur s'apprêtait à entrer dans une société concurrente, nonobstant la clause de non-concurrence, constituait un motif justifié au sens de l'art. 340c al. 2 CO.

A SA était donc en droit de résilier le contrat de travail au sens de l'art. 340c al. 2 CO, le cas échéant en respectant le délai ordinaire de congé, et de conserver l'interdiction de non-concurrence. Sans avertissement préalable, un tel motif ne constituait néanmoins pas un juste motif de licenciement immédiat selon l'art. 337 CO⁵.

1 ATF 130 III 359 s., consid. 2.2.1; cf. aussi SJ 1984 p. 32, consid. 1b; SJ 1989 p. 689, consid. 1a; Rémy Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 459.

2 ATF 130 III 359, consid. 2.2.1.

3 Cf. Jean-Louis Duc et Olivier Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, p. 582.

4 ATF 130 III 360, consid. 2.2.2; cf. aussi ATF 105 II 200 ss; SJ 1989 p. 690, consid. 2; Manfred Reh binder, Schweizerisches Arbeitsrecht, Berne 1999, p. 167.

5 ATF 130 III 361, consid. 2.2.3.

Perspectives et risques

L'ATF 130 III 353 rappelle qu'en cas de motif justifié au sens de l'art. 340c al. 2 CO, l'interdiction de concurrence ne cesse pas. **Il est par conséquent important d'examiner si l'employeur dispose d'un motif justifié pour mettre fin aux rapports de travail tout en maintenant la clause de non-concurrence vis-à-vis du travailleur. S'il y a concours de motifs, il convient de déterminer la raison prépondérante qui justifie la résiliation du contrat de travail.** Dans tous les cas, il faut garder à l'esprit qu'un motif justifié au sens de l'art. 340c al.2 CO n'est pas nécessairement un juste motif de licenciement immédiat (art. 337 CO).

Planification successorale

Interprétation du testament et du pacte successoral

Franz Hasenböhler

Introduction

L'interprétation ne joue probablement pas un rôle autant important dans les autres actes juridiques que dans les dispositions pour cause de mort. Cela, premièrement, parce que le testateur ne peut naturellement plus être interrogé sur la signification de ses dispositions lorsque l'exécution de ces dernières devient d'actualité. Ensuite, parce qu'il existe un risque considérable de formulations déficientes, en particulier dans un testament fait en la forme olographe que le disposant peut rédiger tout seul. Pour le pacte successoral, ce danger est certes beaucoup plus léger grâce au concours de personnes compétentes en matière juridique, mais n'est pas complètement exclu, comme le démontrera la deuxième décision exposée ci-dessous.

Dans les arrêts exposés, le Tribunal fédéral a développé des règles d'interprétation qui doivent être observées dans l'interprétation des testaments, d'une part, et des pactes successoraux, d'autre part.

Testament (ATF 131 III 106 ss)

Dans son testament olographe, la testatrice avait, entre autres, rédigé les dispositions suivantes:

- «1. J'institue mon époux héritier universel.
2. Mon époux est, en tant que grevé, libéré de toute obligation de sûretés».

Le Tribunal fédéral a retenu en premier lieu qu'il fallait déterminer dans un testament la **réelle** volonté du disposant. Il fallait pour cela partir du **texte littéral**. Si celui-ci, en tant que tel, contient une déclaration claire, on peut s'en tenir à cette déclaration sans d'autres clarifications. Sous cet angle, la disposition du chiffre 1 du testament paraît claire, en ce sens que la disposante a exprimé sa volonté selon laquelle, à son décès, toutes les valeurs patrimoniales devraient revenir à son époux.

Par contre, le texte de la disposition du chiffre 2 était sur ce point incomplet, dans la mesure où l'époux n'avait pas été institué de manière formelle dans le statut de grevé et la disposante n'avait pas désigné d'appelé. Les circonstances et les moyens de preuve extérieurs au document peuvent être consultés pour l'éclairage d'une disposition si peu claire. Dans le cas concret, les dépositions des témoins et les projets de testament ont permis de conclure que la disposante n'avait pas pensé à instituer des appelés, elle-même s'étant plutôt soucier de libérer son époux de toute obligation de fournir des sûretés. Il est ressorti d'un projet de testament que la disposante, non juriste, n'avait pas du tout saisi la portée juridique de l'expression «grevé», raison pour laquelle aucune déduction n'a pu être établie pour la signification de la disposition prêtant à confusion. Il était en fin de compte crucial de savoir ce que la disposante avait vraiment voulu, à savoir libérer son mari de la prestation de n'importe quelle sûreté. Compte tenu de ce qui précède, aucune autre signification n'a été tirée de la formulation déficiente «en tant que grevé».

Pacte successoral (Praxis 3/2005 n° 28, p. 210 s)

Le pacte successoral problématique contenait entre autres clauses une disposition selon laquelle un bien immobilier ne pouvait être pris en considération qu'à la moitié de la valeur vénale officielle lors de la fixation d'une part de fortune déterminée. Par la suite, il y a eu des divergences d'opinions sur la façon de tenir compte de la charge hypothécaire de ce bien immobilier.

Les tribunaux cantonaux sont unanimement arrivés à la conclusion qu'on ne pouvait pas considérer qu'il y avait une réelle volonté des parties au contrat en ce qui concerne la prise en compte de la charge hypothécaire. Cela conduit à la question de savoir si l'on peut recourir à la volonté présumée des parties au sens de l'interprétation objective. Le Tribunal fédéral a profité du cas pour se livrer à des réflexions fondamentales sur les l'interprétation des dispositions pour cause de mort.

Si la volonté effective (empirique) ne peut être déterminée dans les actes juridiques **entre vivants**, la volonté **présumée** des parties doit être recherchée. Ainsi le tribunal, dans un examen objectif du cas, doit s'arrêter sur ce que des parties rai-

sonnables et honnêtes en négociation auraient voulu et exprimé dans des circonstances données et selon la bonne foi¹.

L'interprétation objective se fait en général selon le principe de la confiance. Cela signifie qu'une déclaration de volonté doit être comprise comme une personne raisonnable devait et pouvait le comprendre selon la bonne foi.

La doctrine n'est pas unanime pour répondre à la question de savoir si ces principes d'interprétation sont aussi applicables aux **pactes successoraux**. La majorité des auteurs l'approuve²; l'opinion contraire est cependant également représentée avec l'argument selon lequel l'interprétation d'après le principe de la confiance est utile pour la protection des relations commerciales et joue un rôle dans les affaires quotidiennes relevant du droit des obligations mais pas dans les dispositions pour cause de mort qui ne sont pas du tout des relations commerciales³.

Il ressort des considérants du Tribunal fédéral que le pacte successoral contient non seulement des éléments de **droit successoral** mais aussi de **droit contractuel**. La composante de droit contractuel existe dans le fait que le pacte successoral présente un accord avec une autre personne et comprend par conséquent des déclarations de volonté soumis à réception, pour lesquelles non seulement les intérêts de la partie déclarante sont en jeu mais également ceux des destinataires de ces déclarations. Sur ce point, il se justifie d'avoir recours au **principe de la confiance** pour l'interprétation des dispositions du pacte successoral.

Conclusion

Les principes d'interprétation pour le **testament** ressortent de sa nature en tant que déclaration de volonté unilatérale. L'interprétation doit être effectuée selon la volonté des parties, c'est-à-dire établir la volonté réelle du testateur ou de la testatrice. Cela ne dépend ainsi pas de quelle manière des héritiers ou d'autres person-

1 Peter Gauch/Walter Schluop/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8^e éd., Zurich 2003, n 1201; Ernst Kramer, Berner Kommentar, Berne 1986, n° 67 ad art. 18 CO; Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, 3^e éd. Bâle, Genève, Munich 2003, OR I, n° 13 ss ad art. 18 CO; ATF 129 III 122; 126 III 379, 125 III 308.

2 Peter Tuor/Bernhard Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2002, p. 617; Paul Plotet, Schweizer Privatrecht, IV/1, Bâle et Stuttgart 1978, p. 205; Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, 5^e éd., Berne 2002, p. 154, § 12 n. 5.

3 Peter Weimar, Berner Kommentar, Berne 2000, n° 60–63 ad Einleitung zu den Verfügungen von Todes wegen.

nes concernées pouvaient et devaient comprendre la déclaration du testateur, mais uniquement de ce que le testateur voulait dire par sa déclaration⁴.

Pour l'interprétation des dispositions des pactes successoraux, on peut recourir à l'établissement de la volonté présumée de la partie selon le principe de la confiance. Alors, la disposition en question du pacte successoral doit être interprétée comme une personne raisonnable pouvait et devait la comprendre d'après la bonne foi.

Perspectives et risques

Les testateurs qui ne sont pas juristes ont souvent de la peine à formuler leurs volontés sans ambiguïté et avec la précision nécessaire, ce qui conduit en particulier au risque, dans le cas du testament olographe, que la volonté du testateur ne puisse pas s'imposer. Il peut être paré à ce danger grâce à la consultation diligente par le disposant ou de la disposante auprès d'un expert, consultation lors de laquelle la situation du testateur ou de la testatrice devra toujours être considérée dans son ensemble. Si les volontés du testateur ou de la testatrice sont exprimées suffisamment clairement, les problèmes d'interprétation, qui restent délicats malgré les règles d'interprétation précisées ci-dessus, peuvent être prévenues et les querelles aussi désagréables que coûteuses entre héritiers respectivement entre personnes intéressées peuvent être évitées.

4 Cf. ATF 124 III 416, 117 II 144, 115 II 325.

Planification successorale et liquidation partielle indirecte

Stefan Humm/Christian Eich

Introduction

Jusqu'à la publication de l'arrêt du Tribunal fédéral du 11 juin 2004¹, la création d'une société holding dominée par des héritiers était un instrument appréciable pour optimiser fiscalement la transmission des PME. Avec l'arrêt précité, le Tribunal fédéral a modifié sa pratique consistant à apprécier sous l'angle de la transposition une holding dominée par les héritiers. Il a rendu cette pratique plus restrictive et l'a étendue. La question de la liquidation partielle indirecte a également été prise en compte, ce qui n'est pas sans conséquence pour de nombreux cas de planification successorale. En raison de l'intérêt de l'arrêt précité pour une multitude de cas de planification successorale en cours, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des états a décidé, en janvier 2006, de séparer la question de la liquidation partielle indirecte et de la transposition de la deuxième réforme de l'imposition des entreprises, et de la traiter séparément². Le Conseil des Etats en a débattu lors de la session de printemps³. Il reste toutefois incertain si les délibérations avancées par le Conseil des Etats permettront effectivement d'accélérer la procédure législative au point de permettre un apaisement, voire même une élimination du «statut de successeur».

Etat de fait

Le contribuable X était actionnaire unique d'une société d'exploitation. Le 5 mars 1999, il a vendu toutes ses actions pour le prix de CHF 5 mio à une société holding au capital-actions de CHF 700000.- fondée par ses enfants. Le prix d'achat de CHF 5 mio a été partiellement payé en espèces, à concurrence de CHF 700,000.-. Pour le montant résiduel de CHF 4.3 mio, X a accordé à la société holding un prêt dont les intérêts et l'amortissement devaient être payés par des versements annuels d'au moins CHF 400000.-. Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral a refusé de considérer la holding sous l'angle de la transposition, mais a cependant qualifié

1 ATF 2.A 331/2003 (RDAF 2004 II, p. 360-373).

2 Département fédéral des finances, janvier 2006. Le rapport peut être consulté à l'adresse suivante: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00608/00632/index.html?lang=fr> et http://www.parlament.ch//homepage/mm-medienmitteilung.htm?m_id=2006-01-18_076_01.

3 Cf. <http://www.parlament.ch/homepage/do-dossiers-az/do-unternehmen.htm>.

l'état de fait comme un cas de liquidation partielle indirecte. Le Tribunal fédéral a qualifié de bénéfice en capital imposable le prêt de CHF 4.3 mio accordé par X à la société holding, étendant ainsi de manière significative l'application de la liquidation partielle indirecte⁴.

Considérants du Tribunal fédéral

Transposition

Selon la pratique constante du Tribunal fédéral, il y a transposition lorsqu'un actionnaire, par l'apport d'une participation de sa fortune privée à une société qu'il contrôle, reçoit une prestation appréciable en argent en contrepartie de la participation apportée. De fait, l'apport de la participation à une valeur convenue supérieure à sa valeur nominale donne lieu à la libération d'actions de la société reprenante ou à l'inscription d'une créance dans un compte courant actionnaire. Sur le plan économique, l'apport d'une participation dans une société contrôlée par un contribuable ne constitue pas une aliénation, car ce contribuable conserve la disposition économique du bien sous la forme de la participation dans l'entreprise qu'il détient désormais⁵.

Dans l'arrêt cité, le Tribunal fédéral a dénié à l'opération la qualification de transposition, car le vendeur X ne détenait pas la société holding, ni directement, ni indirectement. Pour être en présence d'une domination, même partielle, il aurait fallu que le contribuable possède au moins une minorité de blocage ou une autre forme de domination commune dans la holding. Au surplus, les liens de parenté entre l'aliénateur et les actionnaires de l'acheteuse ne changent rien⁶.

Liquidation partielle indirecte

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, on se trouve en présence d'une liquidation partielle indirecte – et des conséquences fiscales qui en découlent – lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies⁷:

4 ATF 2.A 331/2003.

5 ATF 2.A 331/2003 consid. 3.1.

6 Administration fédérale des contributions, Division principale de l'impôt fédéral direct, lettre-circulaire du 8 septembre 2004.

7 ATF 2.A 331/2003 consid. 4.3; Administration fédérale des contributions, Division principale de l'impôt fédéral direct, lettre-circulaire du 8 septembre 2004.

- Les droits de participation doivent passer de la fortune privée à la fortune commerciale, pour laquelle s'applique le principe de la valeur comptable.
- Au sein de la société vendue, un prélèvement d'actifs, respectivement une diminution de substance doit avoir été effectué, ou du moins entrepris. Tel est le cas lorsque la société dont les actions sont vendues procède à une distribution de ses actifs, c'est-à-dire lorsque la société acheteuse paie le prix d'achat non pas avec ses moyens propres, mais avec ceux de la société reprise (réserves, actifs liquides ou non nécessaires à l'activité économique), sans restituer ces moyens à cette dernière.
- Le vendeur et l'acheteur doivent avoir permis le prélèvement des actifs par une entente commune.

Le Tribunal fédéral a considéré que les critères susmentionnés étaient remplis dans le présent cas. Le montant (résiduel) du prix de vente laissé par le vendeur à titre de prêt d'un montant de CHF 4.3 mio a appauvri la société d'exploitation, dont les droits de participation ont été aliénés à la société holding. Il ressort de ce qui précède que selon la nouvelle pratique, la distribution de profits futurs en vue d'amortir le prêt lié au prix d'achat est désormais considérée comme un appauvrissement de la société, avec les conséquences fiscales en résultant⁸. C'est donc en particulier l'application de la deuxième des conditions précitées qui est étendue et rendue plus stricte.

Perspectives et risques

Les conséquences de cet arrêt du Tribunal fédéral sont importantes. Une multitude de planifications successorales sont bloquées des suites de cette pratique et des conséquences fiscales qui en découlent pour les vendeurs. Sous l'aspect de la liquidation partielle indirecte (étendue), il suffit désormais que le prix d'achat soit partiellement financé au moyen d'un prêt et que des profits existants ou – et c'est là que réside la nouveauté – futurs de la société acquise soient utilisés à l'amortissement du prêt octroyé en vue de l'achat. A la lumière de la nouvelle pratique, les conséquences fiscales ne peuvent en fait être évitées que si le prix d'achat est entièrement financé au moyen de fonds propres. De nombreux cantons ne suivent pourtant pas cette nouvelle pratique basée sur la décision du Tribunal fédéral. Cela conduit à un traitement différencié de situations identiques de la part de l'administration de l'impôt fédéral direct et des administrations fiscales cantonales. Au vu

⁸ ATF 2.A 331/2003 cons. 4.6.

de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral, la majorité de la Commission de l'économie et des redevances a proposé d'imposer, en tant que liquidation partielle indirecte, le bénéfice de la vente d'une participation de 20% au capital social ou de base si de la substance non nécessaire à l'exploitation, déjà disponible au moment de la vente, est distribuée, avec le concours actif du vendeur, dans les cinq ans qui suivent la vente. Pour ce qui concerne la transposition (vente à soi-même), la Commission s'est ralliée en grande partie à la proposition du Conseil fédéral, proposition qui préconise une imposition du bénéfice résultant du transfert de droits de participation de la fortune privée à la fortune commerciale comme transposition si l'aliénateur participe, après le transfert, à concurrence de 50% au moins à l'entreprise acquéreuse. Selon les décisions de la Commission, il convient de restreindre l'imposition dans le sens qu'une transposition n'est admise qu'à partir d'une vente d'au moins cinq pourcent de capital social ou de base⁹. Lors de la session de printemps, la majorité du Conseil des Etats a suivi les propositions de la commission de l'économie et des redevances¹⁰. Il reste à espérer que le Conseil national émettra également des signes forts, afin de débloquent le «bouchon» créé en matière de planification successorale au niveau de l'impôt fédéral direct par la décision du Tribunal fédéral.

9 Département fédéral des finances, janvier 2006 (cf. note de bas de page 2).

10 Cf. <http://www.parlament.ch/homepage/do-dossiers-az/do-unternehmen.htm>.

Autres domaines du droit

Vers une abrogation de la Lex Koller

Denise Brügger

Introduction

Après une période conjoncturelle plutôt morose, l'économie suisse se trouve actuellement dans une phase de croissance. Pourrait y contribuer **l'abrogation de la législation fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE ou Lex Koller)**, dont le projet a été mis en consultation par le Conseil fédéral en date du 2 novembre 2005¹.

L'art. 1 LFAIE limite l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger. Quant à l'art. 2 LFAIE, il institue d'une part un régime d'autorisation, mais prévoit d'autre part que l'acquisition d'un immeuble qui sert d'établissement stable pour faire le commerce ou qui sert de résidence principale à une personne physique n'est pas soumise à autorisation. Le régime de l'autorisation de la Lex Koller comprend ainsi l'acquisition d'immeubles de vacances ainsi que d'immeubles non utilisés par le propriétaire².

Ce dernier point comprend également l'acquisition d'immeubles qui ne servent pas d'établissements stables, ce qui peut, par exemple, compliquer certaines restructurations internationales ou certaines ventes de sociétés. Dans l'hypothèse où des actions d'une société suisse détenant divers immeubles doivent être vendues à l'étranger, il convient alors de vérifier, pour chaque immeuble détenu, s'il tombe sous le coup du régime de l'autorisation de la Lex Koller et, le cas échéant, si des motifs d'autorisation – respectivement de refus – sont donnés.

Une abrogation de la Lex Koller apporterait certainement une simplification sous un angle économique; toutefois l'abrogation d'une telle législation sans l'adoption de mesures complémentaires pourrait conduire à une utilisation du sol plus importante et, par voie de conséquence, entraîner une détérioration de la qualité du pay-

1 FF 2005, p. 6225; accessible par Internet à l'adresse suivante: ><http://www.admin.ch/ch/t/ff/2005/6225.pdf>>.

2 Rapport explicatif et avant-projet du mois d'octobre 2005 de l'Office fédéral de la justice concernant l'abrogation de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, document de consultation (rapport Lex Koller), p. 2, accessible par Internet à l'adresse >http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/lex_koller.Par.0002.File.tmp/vn-ber-f.pdf>.

sage en considérant qu'il existe en Suisse, en particulier dans les régions touristiques, une grande demande pour les résidences secondaires ou de vacances³.

Mesures de substitution

En vue de prévenir le boom attendu dans le domaine de la construction dans les centres touristiques en Suisse et pour supporter une utilisation rationnelle du sol⁴, il est prévu d'instaurer des **mesures de substitution en matière d'aménagement du territoire**. Celles-ci n'affecteraient pas seulement les étrangers, mais l'ensemble des personnes qui sont ou seront à l'avenir propriétaires d'un immeuble sis en Suisse.

L'**adaptation de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire**⁵ doit permettre aux cantons et aux communes de pouvoir mieux réguler les constructions de résidences secondaires⁶. La révision de la loi sur l'aménagement du territoire, qui a été mise en consultation en date du 2 novembre 2005 et qui devrait être adoptée dans le courant de l'année 2007, prévoit de charger les cantons de désigner les régions dans lesquelles certaines mesures doivent être prises afin d'établir un équilibre entre résidences principales et résidences secondaires⁷. Cela devra être établi par le biais de **plans directeurs cantonaux** au travers desquels, compte tenu des particularités régionales, des mesures comme la détermination de quote-parts, l'introduction de plans de parts de logements principaux ou secondaires, des règlements de surface d'habitation minimales, des taxes complémentaires ou aussi des stratégies fiscales pourront être développées⁸.

À côté des mesures d'aménagement du territoire actuellement prévues, d'autres solutions ont été prises en compte, comme des mesures fiscales ou le contingentement des résidences secondaires par la Confédération, bien que celles-ci n'aient cependant pas eu l'effet désiré, respectivement que les compétences correspondantes n'aient pas été correctement définies⁹.

3 Rapport explicatif de l'Office fédéral de l'aménagement du territoire du mois d'octobre 2005 sur la modification de la loi sur l'aménagement du territoire (mesures d'accompagnement relatives à l'abrogation de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger) (rapport sur la loi fédérale sur l'aménagement du territoire) p. 4; accessible par Internet à l'adresse ><http://www.are.admin.ch/imperia/md/content/are/are2/mediennmitteilungen/2005/11.pdf><.

4 Art. 75 al. 1 de la Constitution fédérale suisse (Cst).

5 Révision de la loi sur l'aménagement du territoire (P-LAT).

6 Rapport sur la loi sur l'aménagement du territoire, p. 4 ss.

7 Art. 8 al. 2 E-RPG.

8 Rapport sur la loi sur l'aménagement du territoire, p. 9.

9 Rapport sur la loi sur l'aménagement du territoire, p. 6 ss.

Date d'abrogation

Après plus de quarante ans d'existence, il a enfin été décidé d'abroger la Lex Koller et des discussions quant à des mesures de substitutions en matière d'aménagement du territoire sont en cours. L'abrogation de la Lex Koller n'interviendra toutefois au plus tôt que trois ans suivant l'entrée en vigueur de la révision de la loi sur l'aménagement du territoire, actuellement fixée pour le courant de l'année 2007, de sorte que les cantons et les communes disposent d'assez de temps pour adopter les mesures complémentaires en matière d'aménagement du territoire¹⁰. La Lex Koller ne sera donc abrogée au plus tôt que dans le courant de l'année 2010¹¹.

Perspectives et risques

La **croissance économique** en Suisse peut être relancée par l'abrogation de la Lex Koller dès lors que les problèmes dans le secteur de l'immobilier et de la construction doivent partiellement être imputées aux restrictions que la Lex Koller impose aux investisseurs étrangers¹². Les **investissements directs des étrangers** dans la construction immobilière suisse pourraient conduire à des impulsions économiques importantes qui pourraient non seulement se répercuter positivement sur la branche de la construction, mais aussi sur l'économie en général et le tourisme des secteurs concernés.

Par **la suppression de ce traitement particulier pour les étrangers**, la place économique Suisse gagnerait en attractivité pour des entreprises internationales et la Suisse pourrait se positionner comme étant un emplacement économique ouvert et tourné vers l'avenir.

A l'opposé, **la demande en faveur de terrains à bâtir** va s'accroître, ce qui conduira à certaines augmentations de prix qui pourraient s'avérer préjudiciables pour les indigènes des régions en question. Un élargissement de l'offre de logements à louer ou à acheter pourrait toutefois aussi amener à une baisse des prix¹³.

10 Rapport Lex Koller, p. 16.

11 Rebecca Schraner, Abrogation prochaine de la Lex Koller, emagazine-Newsletter du 21 novembre 2005; accessible par Internet à l'adresse suivante: ><http://emagazine.credit-suisse.com/article/index.cfm?fuseaction=OpenArticle&aoid=119851&lang=FR><.

12 Rapport Lex Koller, p. 13.

13 Rapport Lex Koller, p. 13.

L'augmentation de la demande de logements de vacances et de résidences secondaires pourrait affecter négativement le paysage et conduire à **une sur-occupation du sol** si les mesures d'accompagnement devaient ne pas avoir d'effet concret ou devaient s'avérer que trop peu incitatives.

De plus, **la débauche d'énergie au niveau administratif** que la Lex Koller a induite pour les autorités fédérales et cantonales appartiendra au passé, ce pour autant que les cantons n'introduisent pas des mesures d'accompagnement qui, à leur tour, entraîneraient autant de travail administratif.

De façon générale, l'abrogation de la Lex Koller peut cependant être accueillie favorablement et il reste à espérer que cette mesure aura des répercussions économiques positives.

Nouveautés en droit de la fondation

Fabio Pelli

Introduction

Le droit révisé de la fondation est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006¹, en même temps que la nouvelle ordonnance fédérale du 24 août 2005 sur l'organe de révision des fondations².

La révision du droit de la fondation a pour objectif d'améliorer encore les conditions-cadre – pourtant déjà favorables – des fondations suisses, lesquelles doivent être constituées de façon **plus transparente et plus flexible**. Par cette révision, le législateur espère rendre la création de fondations **plus attractive** et de **favoriser l'attribution de moyens financiers** en faveur de buts de service public ou d'utilité public, dès lors que les fondations complètent aujourd'hui de façon significative l'action de l'Etat³.

Sont citées ci-après les principales nouveautés matérielles de cette révision législative:

- constitution des fondations (élargissement des formes possibles de constitution et réserve quant à l'affectation),
- établissement des comptes (devoir de tenir une comptabilité et obligation de révision des comptes),
- mesures en cas de surendettement et d'insolvabilité,
- élargissement des possibilités de déductions fiscales s'agissant de l'impôt fédéral direct.

1 RO 2005 4545 ss.

2 RS 211.121.3.

3 Cf. l'avis du Conseil fédéral du 5 décembre 2003 sur le rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats sur la révision de la législation régissant les fondations (avis du Conseil fédéral; FF 2003 7463 ss), ainsi que le rapport du 23 octobre 2003 de la Commission de l'économie et des redevances sur la révision de la législation régissant les fondations (Rapport de la Commission de l'économie et des redevances; FF 2003 7425 ss).

Constitution de fondations

Élargissement des formes de constitution

Selon l'ancien droit, une fondation devait obligatoirement être constituée par un **acte authentique** ou par une **disposition de dernière volonté (testament)**. L'art. 81 al. 2 CC dispose désormais que cette constitution peut intervenir par un acte authentique ou par une **disposition pour cause de mort**. Cela signifie qu'une fondation peut être constituée dès à présent également par un **pacte successoral**.

Réserve du fondateur quant à l'affectation

L'introduction d'un droit pour le fondateur de demander la modification du but de la fondation (réserve quant à l'affectation) est tout à fait nouvelle. Le fondateur dispose de la possibilité, **au plus tôt dix ans** après la constitution de la fondation, de modifier le but d'une fondation, par exemple de façon à soutenir des besoins sociaux plus urgents avec les moyens apportés jadis à une fondation (art. 86a CC). Cela doit toutefois déjà être expressément prévu lors de la constitution de la fondation. Cette disposition n'est ainsi pas applicable aux fondations existantes⁴.

Pour les fondations qui poursuivent un but de service public ou d'utilité publique au sens de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, une modification du but **n'est possible que si le nouveau but est aussi de service public ou d'utilité publique**. Cette restriction doit empêcher que l'on puisse abuser de l'institution de la réserve d'affectation pour des considérations d'ordre fiscal. En outre, la limitation garantira aux personnes qui ont fait des dons en vertu du but de la fondation que leur argent sera utilisé dans un but de service public ou d'utilité publique, même s'il ne devait plus s'agir du but primitif⁵.

Le droit à la modification du but de la fondation est **incessible et intransmissible**. Lorsque le fondateur est une personne morale, ce droit s'éteint au plus tard 20 ans après la constitution de la fondation.

⁴ Lettre du 12 octobre 2005 de l'Autorité fédérale des fondations à toutes les fondations placées sous la surveillance du Département fédéral de l'intérieur (DFI), p. 4.

⁵ Avis du Conseil fédéral, p. 7465.

Le but peut être modifié sur une requête formée par le fondateur de son vivant, mais aussi par une disposition pour cause de mort. La requête de son vivant du fondateur tendant à la modification du but doit être déposée en mains de l'autorité fédérale ou cantonale compétente⁶. Si la clause de modification du but est contenue dans une disposition pour cause de mort, il appartient à l'autorité qui procède à l'ouverture de la disposition pour cause de mort d'aviser l'autorité de surveillance compétente de la disposition prévoyant la modification du but de la fondation. L'autorité de surveillance doit prononcer la modification du but lorsque les conditions mentionnées ci-avant sont réunies; elle ne dispose donc pas d'un pouvoir d'appréciation⁷.

Etablissement des comptes

Devoir de tenir une comptabilité

Le nouvel article 84b CC contraint les fondations à tenir une comptabilité⁸. Les art. 957 ss CO (relatifs à la comptabilité commerciale) ont opportunément été déclarés applicables à l'établissement des comptes annuels. Toutefois, lorsqu'une fondation exploite une industrie en la forme commerciale, les dispositions du droit de la société anonyme relatives à l'établissement des comptes et à leur publication (art. 662 ss CO) sont applicables.

Obligation de révision des comptes

Le nouveau droit oblige les fondations à désigner un **organe de révision indépendant**⁹, lequel vérifie annuellement la comptabilité et la situation patrimoniale de la fondation et établit un rapport à l'attention de l'organe suprême de celle-ci (art. 83a et 83b CC)¹⁰. L'obligation des fondations de tenir une comptabilité telle que

6 L'autorité fédérale compétente est le Département fédéral de l'intérieur.

7 Rapport de la Commission de l'économie et des redevances, p. 7441 sv.

8 Selon l'ancien cadre juridique, les fondations n'étaient tenues de dresser une comptabilité que lorsqu'elles faisaient le commerce, exploitaient une fabrique ou exerçaient en la forme commerciale quelque autre industrie, au sens de l'art. 934 al. 1 CO.

9 Selon l'art. 83a CC, les personnes mandatées pour la révision doivent être indépendants de la fondation et, en particulier, ne doivent pas appartenir à un autre organe de la fondation, être liées à la fondation par des rapports de travail, avoir des liens de parenté étroits avec des membres des organes de la fondation ou être bénéficiaires de la fondation.

10 Sont déliées de cette obligation les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques (art. 87 al. 1^{bis} CC).

décrite ci-avant fonde les principes applicables à l'accomplissement des tâches de l'organe de révision.

A la demande de l'organe suprême de la fondation, l'autorité de surveillance **peut** dispenser une fondation de l'obligation de désigner un organe de révision, lorsque le total du bilan de la fondation au cours de deux exercices successifs est inférieur à CHF 200000.– et que la fondation n'effectue pas de collectes publiques¹¹. La collecte est publique lorsque la fondation adresse à un cercle indéterminé de personnes des demandes de dons, par exemple, par voie d'annonces dans les journaux, de tracts, de lettres ou d'affiches¹². En présence de ces conditions, l'autorité de surveillance dispose encore d'un pouvoir d'appréciation pour octroyer une dispense. L'autorité de surveillance révoque la dispense précédemment accordée, lorsque les conditions mentionnées ci-avant ne sont plus remplies ou lorsque cela est nécessaire pour révéler exactement l'état du patrimoine et les résultats de la fondation¹³. Le traitement de la demande est au surplus soumise à émoluments.

En présence de conditions déterminées, la législation prescrit de faire appel à un **réviseur particulièrement qualifié**¹⁴. Il en est ainsi, lorsqu'une fondation effectue des collectes publiques **et** reçoit des dons ou d'autres libéralités supérieurs à CHF 100000.– au cours de deux exercices successifs¹⁵. Une fondation doit en outre désigner un réviseur particulièrement qualifié, lorsqu'elle est tenue d'établir des comptes de groupe, est débitrice d'un emprunt par obligations ou dépasse, au cours de deux exercices successifs, deux des trois valeurs prescrites (total de bilan de CHF 10 millions, chiffre d'affaires de CHF 20 millions, 50 emplois à plein temps en moyenne annuelle)¹⁶. L'obligation de s'adjoindre les services d'un réviseur particulièrement qualifié ne devrait intervenir, eu égard à ces conditions, qu'en présence des plus grandes fondations.

11 Art. 1 al. 1 de l'ordonnance concernant l'organe de révision des fondations.

12 Lettre du 12 octobre 2005 de l'Autorité fédérale des fondations à toutes les fondations placées sous la surveillance du Département fédéral de l'intérieur (DFI), p. 2.

13 Art. 1 al. 2 de l'ordonnance concernant l'organe de révision des fondations.

14 Art. 83a al. 3 CC et art. 2 de l'ordonnance concernant l'organe de révision des fondations.

15 Art. 2 al. 1 let. a de l'ordonnance concernant l'organe de révision des fondations.

16 Art. 2 al. 1 let. b à d de l'ordonnance concernant l'organe de révision des fondations.

Mesures en cas de surendettement et d'insolvabilité

Le droit révisé de la fondation introduit de nouvelles mesures que les fondations doivent obligatoirement appliquer en cas de surendettement ou d'insolvabilité (art. 84a CC). Dans ces hypothèses, l'organe suprême de la fondation doit dresser un bilan intermédiaire fondé sur la valeur vénale des biens et le soumettre à l'examen de l'organe de révision¹⁷. Si l'organe de révision constate que la fondation est surendettée ou qu'elle est insolvable à long terme, il doit remettre le bilan intermédiaire à l'autorité de surveillance. L'autorité de surveillance ordonne à l'organe suprême de la fondation de prendre les mesures nécessaires ou prend elle-même les mesures qui s'imposent pour le cas où celui-ci resterait inactif. Selon la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats entrent par exemple dans ces mesures la restriction du but de la fondation, la détermination de mesures d'assainissement ou la dissolution de la fondation¹⁸.

Relèvement des déductions fiscales en matière d'impôt fédéral direct

S'agissant de l'impôt fédéral direct, la déductibilité des dons en espèces ou sous la forme d'autres valeurs patrimoniales en faveur de fondations exonérées de l'impôt a été relevée de 10% à 20% du revenu net (personnes physiques) ou du bénéfice net (personnes morales). Sont en outre nouvellement déductibles les libéralités en faveur de la Confédération, des cantons, des communes et de leurs établissements¹⁹.

A l'occasion de la révision du droit de la fondation, les mêmes principes que ceux résultant de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct ont été introduits dans la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID). En ce qui concerne les montants exempts d'impôt (déductions), il est de la compétence des cantons de définir la quote-part des libéralités admises en déduc-

17 Si la fondation n'a pas d'organe de révision, parce que l'autorité de surveillance l'a dispensée d'en désigner un, l'organe suprême de la fondation doit transmettre son bilan intermédiaire directement à l'autorité de surveillance, de façon à ce que cette dernière puisse ordonner les mesures nécessaires.

18 Rapport de la Commission de l'économie et des redevances, p. 7439; cf. aussi Gotthard Steinmann, *Das neue Stiftungsrecht – ein Überblick über die zivilrechtlichen sowie steuerlichen Neuerungen*, in: *Revue fiscale*, n° 6/2005, p. 468.

19 Art. 33a et 59 al. 1 let. c de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD). Pour un aperçu détaillé des autres modifications de la LIFD qui sont intervenues dans le cadre de la révision du droit de la fondation, il est renvoyé à la circulaire de l'Administration fédérale des contributions (AFC) du 25 octobre 2005. Nous n'abordons pas ici plus avant les modifications de la loi fédérale sur l'impôt anticipé et de la loi fédérale sur la TVA.

tion²⁰. La quote-part déductible doit dès lors être déterminée de cas en cas au regard de la législation cantonale applicable.

Perspectives et risques

Compte tenu des nouveautés décrites ci-avant du droit de la fondation, le législateur a créé une incitation à la constitution de nouvelles fondations. Du point de vue des éventuels donateurs également, les fondations gagnent en attractivité de par les nouvelles règles ayant trait au contrôle et à la transparence. Il convient toutefois de relever que la modification probablement la plus fondamentale de cette révision, soit la possibilité pour le fondateur d'introduire dans l'acte constitutif une réserve quant à l'affectation, n'est valable que pour les fondations qui seront constituées sous l'empire du nouveau droit, mais n'est pas applicable aux fondations existantes.

²⁰ Cf. à ce propos Gotthard Steinmann, p. 472.

La responsabilité fondée sur la confiance et ses limites (ATF 130 III 345)

Franz Hasenböhler

Introduction

La responsabilité fondée sur la confiance a récemment été introduite dans la jurisprudence suisse aux côtés des responsabilités contractuelle et délictuelle **en tant que chef autonome de responsabilité**¹. Il s'agit en fait d'une **responsabilité d'un tiers étranger au contrat dont le fondement réside dans la confiance que le tiers a suscitée, puis ultérieurement déçue**. Dans le jugement examiné ci-après, le Tribunal fédéral traite des conditions et des limites de ce type de responsabilité.

Etat de fait

Le propriétaire d'un bien immobilier a mandaté un architecte en vue de l'établissement d'un rapport d'estimation qui devait servir à demander à une banque une augmentation du crédit hypothécaire.

Deux ans plus tard, le propriétaire a voulu vendre son immeuble: il fit ainsi parvenir le rapport d'estimation avec les documents relatifs à la vente à une personne intéressée à en faire acquisition. Cette personne a acquis par la suite le bien immobilier. Peu de temps après cette acquisition, le nouveau propriétaire a découvert différents défauts qui n'avaient pas été mentionnés dans le rapport d'estimation. Il décida de poursuivre l'architecte en paiement de **dommages-intérêts** correspondant aux frais d'assainissement qu'il a encourus.

1 JdT 1995 I 359 ss «Cas Swissair»; Hans Peter Walter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, p. 291 ss; Hans Peter Walter, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts, ZSR 2001, p. 97; Eugen Bucher, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, art. 1-529 CO, 3^{ème} éd., Bâle, Genève et Munich 2003, n° 69 a-p ad art. 1 CO; Martin Moser, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, thèse, Berne 1998; Regula Fehlmann, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, thèse, Saint-Gall 2002; Peter Herzog/Therese Amstutz, Rechtliche Überlegungen zur Haftung des Wirtschaftsprüfers für Comfort Letters, L'Expert-comptable suisse, 74/2000, p. 757 ss.

Problématique juridique

Au centre de la problématique se posait la question de **savoir si la responsabilité de l'expert défendeur était engagée vis-à-vis de l'acheteur du bien immobilier et, le cas échéant, sur quelle base**. Il était tout d'abord évident qu'il n'existait pas entre le vendeur et l'expert en évaluation du bien immobilier de contrat que cet expert aurait pu transgresser. Une responsabilité extracontractuelle aurait également échoué car il n'existait à la charge de l'expert aucun devoir tendant à la protection du patrimoine d'un tiers. Les tribunaux cantonaux ont toutefois admis la demande sur la base de la responsabilité fondée sur la confiance. Le **Tribunal fédéral**, s'étant prononcé sur ce cas ensuite d'un recours de l'expert, a néanmoins nié tout devoir de paiement de dommages-intérêts de l'expert.

Considérants du Tribunal fédéral

La responsabilité fondée sur la confiance éveillée, puis déçue, suppose que les **participants soient liés entre eux par un rapport juridique particulier**. Une telle relation particulière repose sur le comportement conscient ou normativement imputable de la personne recherchée. Un contact immédiat entre la personne concernée et l'auteur du dommage n'est toutefois pas indispensable. Il suffit que la personne recherchée ait fait savoir de manière explicite ou normativement imputable qu'elle assumait l'exactitude de certaines affirmations et que l'autre partie, sur la foi de celles-ci, ait pris des dispositions qui lui ont causé un dommage.

Un expert, dont la mission consiste pour l'essentiel toujours à répondre à certaines questions relevant de son domaine de compétence, peut être tenu pour responsable en cas de simple relation indirecte avec un tiers étranger au contrat en raison de la confiance suscitée. L'expert, auteur d'un rapport transmis par son mandant à un tiers, entre en **relation indirecte** avec le destinataire du document, à condition que la transmission du rapport soit intervenue avec son accord – réel ou imputé selon le principe de la confiance.

En outre, la possibilité d'entrer en contact avec l'expertise de façon fortuite ne suffit pas à fonder une responsabilité fondée sur la confiance. Si l'on voulait admettre la responsabilité d'un expert envers toute personne qui entrerait en possession

de son expertise, la responsabilité fondée sur la confiance deviendrait une responsabilité envers toute personne (erga omnes).

Dans le présent cas, et sur la base des principes précités, le Tribunal fédéral a nié une responsabilité de l'expert en évaluation du bien immobilier. En effet, il n'existait, au moment de l'établissement du rapport d'expertise, entre l'expert et le futur acheteur du bien immobilier, aucune relation qui aurait pu justifier une confiance légitime de l'acheteur dans l'exactitude de l'expertise établie par l'expert. Il n'était pour l'expert pas prévisible que le propriétaire du bien immobilier allait utiliser une seconde fois l'expertise destinée à appuyer la demande tendant à augmenter le crédit hypothécaire, **deux ans plus tard**, dans un **cadre différent**, soit celui de la vente du bien immobilier. L'expertise pouvait uniquement constituer une base de confiance pour la banque si celle-ci avait pris des dispositions préjudiciables ultérieures fondées sur les indications inexactes qu'elle contenait. En revanche, l'acheteur du bien immobilier auquel le rapport d'expertise fut présenté deux ans plus tard et dont l'expert n'avait pas entendu parler, ni ne devait avoir entendu parler, n'était pas en droit de s'en remettre à l'exactitude des indications de l'expertise.

Commentaires

La condition essentielle de la responsabilité fondée sur la confiance éveillée, puis déçue, est l'existence d'un rapport juridique particulier, qui va au-delà du simple contact fortuit et qui requiert l'existence d'une **relation spécifique**. La question de l'existence d'un tel rapport particulier doit être examinée au moyen de différents indices.

Les **professions aptes à générer la confiance**, en particulier celle de l'expert (experts-comptables, conseillers fiscaux, etc.) forment un premier critère. Bien que la doctrine et la jurisprudence accordent une grande importance à ce critère, il ne suffit pas à lui seul pour justifier une responsabilité fondée sur la confiance, parce qu'il pourrait sinon être développé sans limite. L'expert ne doit en effet pas engager sa responsabilité envers toutes les personnes qui se fient à ses informations. Le cercle des destinataires d'information doit bien plutôt rester visible et objectivement défini, le risque de responsabilité devant être objectivement reconnaissable pour l'expert. Cela signifie que l'expert sait ou doit savoir que ses informations sont aptes à amener un tiers à prendre certaines dispositions relatives à

ses biens. De plus, la question dépend également de la **valeur de l'information en question**. Il est essentiel d'examiner si une personne raisonnable aurait déduit de l'expertise le même contenu que le tiers en a déduit.

Enfin, nous ne ferons ici que mention des autres conditions d'une telle responsabilité, à savoir la violation d'une obligation (négligence de l'expert), un dommage du tiers, un lien de causalité adéquate et une responsabilité de l'expert.

Perspectives et risques

La décision examinée ci-dessus est d'une importance considérable pour les experts (experts-comptables, conseillers fiscaux, etc.) du fait que le **Tribunal fédéral** a posé les **limites de la responsabilité fondée sur la confiance et s'est prononcé clairement contre un élargissement démesuré de ce type de responsabilité**.

Cela signifie pour le tiers qu'il ne peut pas se fier aveuglément aux renseignements de l'expert et qu'il doit entamer une réflexion pour savoir à quelles conditions il peut se fier aux informations de l'expert.

Publications de KPMG Legal Suisse

Droit de la surveillance des assurances

1^{ère} édition, janvier 2006

Cette publication contient la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance, ainsi que les ordonnances s'y rapportant. La publication est disponible en allemand et en français (en forme électronique).

Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine

1^{ère} édition, novembre 2003

Cette publication fournit des informations pratiques d'ordre juridique, fiscal ainsi qu'en matière de vérification des comptes, par rapport à la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine. La publication est disponible en allemand/anglais et en français/anglais.

Marques, raisons de commerce, noms, designs, noms de domaines

1^{ère} édition, juin 2003

Cette publication dont la thématique se situe entre le branding et le droit des marques fait ressortir les incidences concrètes des décisions relatives au choix d'un signe et donne des éléments de méthode permettant de mettre en balance différents critères d'utilité. La publication est disponible en allemand et en français.

Comment réussir votre planification successorale

1^{ère} édition, mai 2003

Cette publication expose, à l'intention des entrepreneurs, différents cas tirés de la pratique des conseillères et conseillers de KPMG Legal. La publication est disponible en allemand et en français.

Publications sur le Corporate Governance en Suisse

1^{ère} édition, septembre 2002

Ce classeur à anneaux donne une vue d'ensemble du Corporate Governance («gouvernement d'entreprise»), un domaine qui connaît d'importants développements en Suisse. Les personnes intéressées par ce sujet très actuel y trouveront de précieuses informations. Ces travaux ont été rédigés par des spécialistes des secteurs Audit et Legal et sont parus en allemand et en français. Publication complémentaire, 5^e partie, Audit Committees, février 2003. Publication complémentaire, 6^e partie, contrôle interne, septembre 2004.

Intéressement des collaborateurs – Actions de collaborateurs, stock options plans et phantom stocks en Suisse

1^{ère} édition, octobre 2001

Dans cette publication spécialisée, des avocats et des experts fiscaux de KPMG présentent les principaux modèles de participation et mettent en évidence les points juridiques à observer afin que la mise en œuvre soit un succès. Cette publication est disponible en allemand, en français et en anglais.

Personnes de contact

Avez-vous des questions? Adressez-vous à nos conseillères et conseillers juridiques KPMG Legal Suisse:

KPMG Legal
Steinengraben 5
Case postale
4003 **Basel**
Tél. 061 286 92 40
Fax 061 286 92 69

Christian Eich
ceich@kpmg.com
Jürg Galliker, associé
jgalliker@kpmg.com
Prof. Franz Hasenböhler
fhasenboehler@kpmg.com

KPMG Legal
Hofgut
3037 **Gümligen-Bern**
Tél. 031 384 76 97
Fax 031 384 76 89

Alex Geissbühler, associé
ageissbuehler@kpmg.com
Stefan Humm
shumm@kpmg.com
Stefan Stulz
sstulz@kpmg.com

KPMG Legal
Rue des Pilettes 1
Case postale 887
1701 **Fribourg**
Tél. 026 347 49 00
Fax 026 347 49 01

Peter Goetschi
pgoetschi@kpmg.com
Pierre Oberson
poberson@kpmg.com
Bénédict Sapin
bsapin@kpmg.com

KPMG Legal
Chemin De-Normandie 14
Case postale 449
1211 **Genève** 12
Tél. 022 704 17 27
Fax 022 346 07 33

Giordano Rezzonico, LL.M., associé.
grezzonico@kpmg.com
Jean-Luc Epars
jepars@kpmg.com
Thierry Sauvaire, associé
tsauvaire@kpmg.com
Catherine Aeby
caeby@kpmg.com

KPMG Legal
Avenue de Rumine 37
Case postale 6663
1002 **Lausanne**
Tél. 021 345 01 55
Fax 021 323 68 86

KPMG Legal
D4 Platz 5
6039 **Root/Luzern**
Tél. 041 368 35 32
Fax 041 368 38 88

KPMG Legal
Bogenstrasse 7
Case postale 1142
9001 **St. Gallen**
Tél. 071 272 00 78
Fax 071 272 00 35

Philippe Goetz

pgoetz@kpmg.com

Christian Haller

challer@kpmg.com

Gabriella Russo Herman

gabriellarusso@kpmg.com

Nicolas Cottier, LL.M.

ncottier@kpmg.com

Alec Crippa, associé

acrippa@kpmg.com

Anne Brique-Luisier

abrique@kpmg.com

Nicolas Chervet

nchervet@kpmg.com

Christoph Portmann, associé

cportmann@kpmg.com

Federico Domenghini

fdomenghini@kpmg.com

Jeannette Heiniger

jheiniger@kpmg.com

Natalie Kuchowsky, M.B.L.-HSG

nkuchowsky@kpmg.com

Nicole Willimann

nwillimann@kpmg.com

Christian Kuoni

ckuoni@kpmg.com

Peter Michael, associé

pmichael@kpmg.com

Heinz Rusch

hrusch@kpmg.com

KPMG Legal
Badenerstrasse 172
Case postale
8026 **Zürich**
Tél. 044 249 22 69
Fax 044 249 22 36

Daniel Lengauer, LL.M., associé

dlengauer@kpmg.com

Barbara Bühlmann, associée

bbuehlmann@kpmg.com

Peter Fatzer, associé

pfatzer@kpmg.com

Peter Herzog, associé

pherzog@kpmg.com

Claude Honegger, associé

chonegger@kpmg.com

Armin Kühne, associé

akuehne@kpmg.com

Stefan Zwicker, associé

szwicker@kpmg.com

Therese Amstutz, LL.M.

tamstutz@kpmg.com

Denise Brügger, LL.M.

dbruegger@kpmg.com

Rico Camponovo

rcamponovo@kpmg.com

Oliver Gloor

ogloor@kpmg.com

Ralph Gramigna

rgramigna@kpmg.com

Mirjam Holderegger

mholderegger@kpmg.com

Ben Jowett

benjowett@kpmg.com

Jörg Kilchmann, LL.M.

jkilchmann@kpmg.com

Christoph Lehmann

christophlehmann@kpmg.com

Fabio Pelli

fpelli@kpmg.com

Marc Raggenbass, LL.M.

mraggenbass@kpmg.com

Reto Schumacher, LL.M.

rschumacher@kpmg.com

Isabelle Theurillat

itheurillat@kpmg.com

Adrian von Riedmatten, LL.M.

avonriedmatten@kpmg.com

Bettina Wüthrich

bwuethrich@kpmg.com

Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2005/2006

1^{ère} édition

Editeurs:

Stefan Zwicker

Daniel Lengauer

Giordano Rezzonico

Adresse de commande:

KPMG Legal

Chemin De-Normandie 14

Case postale 449

1211 Genève 12

www.kpmglegal.ch

Tél. 022 704 17 27

Fax 022 346 07 33

La présente publication est également disponible en langues allemande et anglaise.

L'information contenue ici est de nature générale et ne prétend en aucun cas s'appliquer à la situation d'une personne physique ou juridique quelconque. Même si nous mettons tout en œuvre pour fournir une information précise et à jour, nous ne pouvons garantir que cette information soit fidèle à la réalité au moment où elle est reçue ou qu'elle continuera à l'être dans le futur. Cette information ne saurait être exploitée sans conseil professionnel basé sur une analyse approfondie de la situation en question.

© 2006 KPMG Holding,
the Swiss member firm of
KPMG International,
a Swiss cooperative.
All rights reserved.
Printed in Switzerland.
The KPMG logo and name
are trademarks of KPMG
International.