

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

Ouverture de la procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous avoir associés à la procédure de consultation en lien avec la révision du code des obligations.

Nous nous proposons de vous faire part de notre appréciation globale du projet, puis de passer en revue quelques principes fondamentaux, et enfin de procéder à un examen de détail de certaines dispositions particulières. Nous avons repris, en la distinguant toutefois pour une bonne lecture, la prise de position que la Chambre des notaires de Neuchâtel nous a fait parvenir, à notre demande, et que nous faisons nôtre.

Si nous sommes bien entendu convaincus de la nécessité de mettre en œuvre l'initiative Minder, au niveau législatif, nous ne sommes cependant pas certains qu'il faille aller plus loin dans la révision du code des obligations, du moins lorsque de nouvelles dispositions vont obliger toutes les sociétés anonymes et à responsabilité limitée de notre pays de devoir modifier leurs statuts dans les deux ans pour les mettre en phase avec les nouvelles dispositions. En effet, même si les articles 2 et 3 des dispositions transitoires ne sont pas véritablement contraignants dans la mesure où ils ne prévoient pas de sanction, il est évident que les sociétés ne voudront pas conserver des statuts qui comprendront passablement de dispositions contraires à la loi. Elles devront donc les adapter pour qu'ils soient lisibles et pour éviter aussi des problèmes d'interprétation sur le caractère impératif ou non de certaines nouvelles dispositions légales.

Financièrement, ce type d'opérations va donc engendrer des frais importants pour les entreprises. A l'échelon national, on peut les évaluer à plusieurs centaines de millions de francs, si l'on sait que les modifications touchent environ 260.000 sociétés et que les modifications induites nécessitent l'intervention d'un notaire et des inscriptions au registre du commerce. D'autre part, ces nouveautés vont également prendre passablement de temps et d'énergie aux entrepreneurs, non seulement pour adapter les statuts, mais aussi pour comprendre et appliquer les nouvelles normes. Dans les circonstances politiques, économiques et financières actuelles, nous estimons qu'il n'est pas raisonnable d'infliger cela aux PME, d'autant plus que les nouvelles dispositions ne présentent aucun caractère d'urgence et qu'elles n'amènent aucune plus-value tangible. Nous sommes donc d'avis que les modifications proposées au Parlement ne devraient porter que sur des questions qui concernent les sociétés cotées en bourses (donc touchées par l'initiative Minder), et éventuellement aussi, parfois, les sociétés qui sont soumises à un contrôle ordinaire de leurs comptes. Ce faisant, une très grande part des innovations législatives pourraient être intégrées dans la loi, mais sans obliger nos PME à recommencer un exercice de modification de leurs statuts et d'apprentissage de la loi, qu'elles ont déjà dû faire en 1992 et en 2008.

Pratiquement les dispositions applicables aux sociétés cotées pourraient être intégrées au chapitre quatre que le projet entend dédier aux dispositions en lien avec la rémunération dans les sociétés cotées en bourse. Cela aurait l'avantage d'apporter une certaine clarté pour la compréhension du statut particulier de ces sociétés, dans la mesure où il est déjà difficile

aujourd'hui (et ce le sera encore plus si l'avant-projet devait être adopté tel quel) de se faire une idée précise du régime légal auquel elles sont soumises, tant les dispositions les concernant sont éparses dans la loi.

Du point de vue de la technique législative, la mise en évidence du statut particulier des sociétés cotées en bourse va dans le même sens de la proposition qui est faite de dédier un chapitre spécial à « la transparence dans les entreprises de matières premières », chapitre que nous approuvons par ailleurs dans son principe.

Aussi, le Conseil d'Etat neuchâtelois agrée positivement la proposition de l'introduction d'un nouvel article donnant l'opportunité d'accroître une représentation féminine dans les organes dirigeants des entreprises cotées en bourse.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce qui précède et en vous réitérant nos remerciements de nous avoir consulté, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre très haute considération.

Neuchâtel, le 11 mars 2015

Au nom du Conseil d'Etat:

Le président,
A. RIBAUX

La chancelière,
S. DESPLAND

Examen sur quelques principes fondamentaux

1. Suppression de la libération partielle du capital

Position de la Chambre des notaires de Neuchâtel

S'agissant de la libération du capital-actions, la suppression de la libération partielle du capital peut de prime abord apparaître séduisante, notamment dans la mesure où le nouveau droit de la Sàrl semble couvrir les besoins de fondateurs n'ayant pas le capital minimum nécessaire pour une SA. Toutefois, d'un point de vue pratique et s'agissant par exemple de « start up » hésitant entre la forme de société à choisir et ne disposant pas immédiatement des CHF 100'000.00 nécessaires, on a pu constater que la libération partielle fait sens et qu'elle est encore utilisée. En effet, la Sàrl étant très rigide au niveau de la valeur nominale de ses parts sociales (CHF 100.00 minimum), il peut être très difficile d'intégrer des nouveaux investisseurs (levée de fonds), lesquels prennent souvent des parts minimales, raison pour laquelle beaucoup de sociétés utilisent des valeurs nominales bien plus faibles (ex.: un centime). Une transformation ultérieure de la Sàrl en SA ne comblera pas ce problème, dans la mesure où l'augmentation préalable du capital doit être réalisée sous l'égide du droit de la Sàrl et donc avec des parts d'un minimum de CHF 100.00, souvent beaucoup trop élevé par rapport aux proportions souhaitées. En fin de compte, cette suppression ne semble rien apporter en termes de simplification et supprime au contraire des aménagements intéressants notamment pour les « start up ».

2. Abandon des notions de reprise de biens et de reprise de biens envisagée

Nous sommes d'avis que l'abandon des notions de reprise de biens et de reprise de biens envisagée n'est pas souhaitable. En effet, la déclaration de reprises de biens est indispensable si l'on veut donner un sens au principe de la couverture du capital, car elle permet d'éviter qu'après la libération des actions la société acquiert des biens d'un fondateur, d'un actionnaire ou d'un de leurs proches à un prix surfait. Ces institutions sont donc un corollaire logique à la procédure de libération du capital (notamment en espèces), sans quoi celle-ci perd tout son sens. Nous sommes convaincus qu'actuellement ces institutions permettent d'éviter que des sociétés ne reprennent des biens pour un prix surévalué et qu'elles permettent d'éviter des remboursements indus d'une partie de capital. Ne plus attirer l'attention des fondateurs ou du conseil d'administration sur ce principe élémentaire nous semble être dommageable. Les dispositions actuelles permettent au moins de rappeler certaines exigences de base au niveau de la responsabilité des fondateurs et des organes de gestion des personnes morales.

La limitation aux biens repris de fondateurs ou d'actionnaires ou de leurs proches, faite en 2005, était une bonne chose. Elle a permis de restreindre l'application de ces dispositions aux cas qui peuvent véritablement poser problème. Il n'y a pas de raison de faire un pas de plus aujourd'hui.

Position de la Chambre des notaires de Neuchâtel

En ce qui concerne l'abandon de la reprise de biens, cela va à l'évidence simplifier les procédures de constitution, que ce soit du point de vue du notaire ou du Registre du commerce. D'un autre côté, on se demande si la mesure d'une telle suppression a bien été prise. En effet, les dispositions actuelles ont pour grand avantage, malgré le fait qu'elles ne soient pas toujours respectées, d'obliger les parties à prendre conscience de cette problématique. En effet, l'officier public est tenu d'expliquer aux parties les conséquences de la signature de la « déclaration Stampa » et les éventuels risques en cas de non-respect de cette dernière et donc de fausse déclaration. Les cas de faillites frauduleuses risquent de se multiplier alors que l'information qui devrait être donnée aux fondateurs compte tenu des

risques auxquels ils s'exposent malgré tout ne sera plus donnée. C'est clairement une mesure en faveur d'une constitution facilitée, mais sans doute au détriment de la sécurité juridique de chaque personne appelée à être en contact avec la société. Notre position est dès lors très mitigée dans la mesure où l'on a l'impression que la reprise de biens n'est plus une question à examiner et donc une responsabilité à prendre, car cela ne sera plus systématiquement abordé lors de la fondation, alors que la responsabilité des fondateurs demeure s'agissant de cette question.

3. Maintien de la possibilité de recourir à une procédure d'augmentation autorisée du capital pour les PME ayant fait un opting-out

Nous sommes d'avis qu'il s'agira de laisser la possibilité pour des sociétés ayant fait un opting-out de pouvoir recourir à une procédure d'augmentation autorisée du capital. En effet, cette procédure permet aujourd'hui à ces sociétés (souvent des PME) de réagir rapidement pour augmenter son capital (souvent pour payer des salaires ou pour faire face à des investissements urgents), sans devoir passer par la convocation d'une assemblée générale. Une solution serait de détacher cette procédure de celle de la réduction du capital - comme c'est le cas actuellement -, donc d'abandonner la notion de marge de fluctuation de capital. Créer une procédure de réduction autorisée du capital serait aussi une solution préférable, car les besoins sont rares et les intérêts à protéger (notamment au niveau des créanciers) bien différents de ceux d'une augmentation autorisée du capital. Toutefois, il n'y a aucune urgence pour modifier les dispositions actuelles qui remplissent bien leur rôle et sont bien comprises par les praticiens.

Position de la Chambre des notaires de Neuchâtel

S'agissant du capital-actions fluctuant, cela nous paraît être une nouveauté intéressante; le réel besoin pratique restant à démontrer. Dans la mesure où le projet veut apporter semble-t-il des simplifications, on s'interroge sur le pourquoi de l'obligation d'un contrôle restreint pour recourir à cette nouvelle institution et sinon pourquoi ne pas maintenir l'augmentation autorisée pour les sociétés ayant fait un opting-out? On pense ici notamment aux start-up qui n'ont pas d'organe de révision et qui doivent lever des fonds et qui en pratique le font souvent par le biais de l'augmentation autorisée.

4. La libération du capital par compensation de créances

Nous sommes d'avis qu'il n'est pas possible de prévoir dans la loi que la compensation vaut également comme couverture lorsque la créance n'est plus entièrement couverte par les actifs sociaux (643a al. 2 de l'avant-projet). En effet, cette disposition viole le principe fondamental de la parité de l'émission des actions (art. 624 CO), et il nous semble donc indispensable de s'assurer que la société dispose au moins d'actifs suffisants pour pouvoir rembourser le créancier qui entend compenser sa créance.

Il faut rappeler ici que, dans la pratique, ce sont souvent des salaires qui sont compensés alors que ceux-ci ne peuvent pas faire l'objet d'un apport en nature. La proposition qui est faite entre dès lors en contradiction avec les principes contraignants et rigides du droit actuel (repris par l'article 634 nouveau), et nous ne voyons pas ce qui pourrait le justifier.

Enfin, la libération du capital par compensation de créance ne doit pas être confondue avec un moyen d'assainissement. En fait, la loi donne la possibilité de postposer des créances comme moyen d'assainissement et, dans ce cas, seule la partie de la créance couverte par les actifs de la société et non postposée peut être convertie en capital, dans la mesure où elle est exigible (ce qui n'est pas le cas pour une créance postposée). Il s'agit donc de ne pas revenir ici sur ces principes fondamentaux, sans courir le risque de ruiner d'une part les dispositions contraignantes sur l'évaluation des apports en nature (qui pourraient prendre la forme d'une créance par leur vente préalable à la société) et d'autre part de permettre

d'assainir des sociétés par l'émission d'actions non intégralement couvertes, autrement dit, sous une approche comptable, par la conversion de pertes en capital.

5. Possibilité de fixer le capital-actions dans une monnaie étrangère

Position de la Chambre des notaires de Neuchâtel

S'agissant de la possibilité de fixer le capital-actions dans une monnaie étrangère, elle nous interpelle pour le moins. Tout d'abord au regard de l'actualité récente. En effet et suite à l'abandon du taux plancher, deux sociétés constituées à deux jour d'intervalle n'auraient en fin de compte pas les mêmes besoins en terme de capital. A long terme, une dépression de l'Euro pourrait entraîner l'existence de sociétés ayant un capital inférieur aux CHF 100'000.00 exigé. Cela ne constituerait-il pas une inégalité de traitement par rapport aux sociétés ayant un capital en francs suisse. De même, on se demande s'il est possible de constituer une société dans un pays étranger avec un capital en francs suisse? Cette proposition semble de prime abord intéressante mais on se demande si elle est aboutie d'un point de vue pratique et si elle ne crée pas des inégalités de traitement évidentes?

6. Nouvelles procédures en matière d'insolvabilité des personnes morales

Si les nouvelles procédures mises en place en lien avec l'insolvabilité ou le surendettement d'une société sont bienvenues, elles ne vont concerner, dans la pratique, que les sociétés cotées en bourse ou soumises à un contrôle ordinaire des comptes.

En effet, ces dispositions légales ne vont jamais être appliquées pour les petites entreprises, en raison de leur complexité, et aussi en raison des coûts qu'elles induisent. Qui voudra établir des bilans intermédiaires aux valeurs de continuation et de liquidation, révisés par un expert agréé, alors qu'une société est insolvable? D'autre part, pour les PME, la visibilité de menace d'insolvabilité à un an est très incertaine, car elles doivent souvent « naviguer à vue », surtout lorsqu'elles travaillent sur des marchés exportateurs. La loi ne saurait donc décourager les entrepreneurs, qui doivent prendre des risques en permanence pour faire face aux exigences d'un marché mondialisé.

Les dispositions de l'avant-projet ne devraient donc s'appliquer qu'aux sociétés cotées en bourses ou à celles soumises à un contrôle ordinaire, mais pas au PME.

Manque, toutefois, de notre point de vue, une procédure de faillite simplifiée permettant à des personnes morales de faire prononcer leur faillite lorsqu'elles se trouvent en situation d'insolvabilité notoire (en cas de délivrance d'actes de défaut de biens dans des poursuites de droit public, par exemple). Pour ces cas, où des bilans sont en général inexistantes (ainsi que la comptabilité), il nous semblerait judicieux de prévoir une procédure souple autorisant les juges à prononcer des faillites évidentes. Cela permettrait d'éviter que des coquilles vides, mais potentiellement dangereuses, ne puissent pas entrer en faillite. Ces cas, extrêmement fréquents, sont actuellement traités de façon très pragmatique par les tribunaux, mais il serait souhaitable de donner un cadre légal clair à ces pratiques.

8. Marge de fluctuation du capital

Les procédures actuelles d'augmentation et de réduction du capital satisfont pleinement aux besoins de l'économie, en tous les cas pour les PME. S'il est possible qu'il faille éventuellement élargir la palette des procédures pour les sociétés cotées en bourses, alors la loi pourrait être adaptée en conséquence. Notons toutefois que le droit fédéral prévoit déjà des procédures particulières dans la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (procédures de squeeze-out pour la réduction du capital, par exemple). Une solution serait donc de traiter de l'ensemble des procédures de fluctuation du capital dans cette loi, pour les sociétés cotées en bourse. Un renvoi dans le code des obligations nous semblerait aussi utile pour avoir une vision complète de cette matière. Toutefois, les dispositions actuelles devraient être maintenues comme telles.

7. Modifications de l'ORC

La mise en place de nouvelles institutions juridiques comme le capital fluctuant en remplacement du capital autorisé, ou de la prise en compte de monnaies étrangères pour le capital, vont nécessairement engendrer des modifications conséquentes de l'ordonnance sur le registre du commerce au niveau des faits à inscrire et publier.

Il s'agira donc de donner un délai suffisamment long aux offices du registre du commerce pour pouvoir adapter leurs bases de données (métier et Internet).

Analyse de détail

Article 620

Alinéa 1: nous sommes d'avis qu'il serait utile de laisser la référence au fait que la société anonyme se forme *sous une raison sociale*. En effet, la raison sociale reste un élément clé d'une société anonyme et les actes constitutifs en la forme authentique font toujours référence au fait que les fondateurs déclarent fonder une société anonyme (629 al. 1 CO) sous une sociale, en la mentionnant. Enlever cette référence à l'article 620 CO enlève l'ancrage juridique pour mentionner la raison sociale d'une société anonyme dans son acte constitutif. Le projet va donc à l'encontre de la pratique actuelle.

Nous proposons de remettre également la référence à la raison sociale, aussi pour la Sàrl, à l'article 772 al. 1 CO.

La notion de *prix d'émission des actions* n'est pas définie dans la loi. Elle comprend la valeur nominale de l'action ainsi qu'un éventuel agio. Si la valeur nominale de l'action doit être immédiatement libérée à la constitution de la société, tel n'est pas le cas, aujourd'hui, pour l'agio dont le paiement peut être différé dans le temps. Or l'article 632 du projet prévoit que, lors de la constitution de la société, le prix d'émission (et non pas seulement la valeur nominale des actions, selon la teneur actuelle de cet article) doit être entièrement libéré. Cela implique que le paiement de l'agio ne pourra plus être différé, alors qu'une telle faculté est aujourd'hui souvent utilisée. La formulation utilisée laisse également penser que l'agio devrait suivre les mêmes principes que la valeur nominale des actions pour leur libération, donc nécessite une obligation de consignation, ce qui n'est pas le cas actuellement et qui pourra s'avérer coûteux (parfois même très coûteux) pour la société.

Position de la Chambre des notaires de Neuchâtel

A titre préliminaire, on s'interroge sur les raisons qui ont poussé à abandonner la référence à la raison sociale dans le nouvel article 620 et les raisons de ce changement de structure (abandon aliéna 3). De même, l'intégration de l'art. 625 dans le nouvel article 620, s'agissant des personnes qui peuvent constituer la société, est étonnant. De manière générale, le nouvel article 620 semble moins clair que la teneur de l'ancien article.

Al. 2 Pour *les communautés de droit*, le problème pratique est de pouvoir identifier tous leurs membres, dans la mesure où, sans inscription au registre du commerce (comme pour les sociétés commerciales), elles ne peuvent pas agir sous une raison de commerce, en tant qu'entité identifiée. Des lors, comme c'est le cas aujourd'hui, tous leurs membres de la communauté devront être mentionnés dans l'acte constitutif et agir, chacun d'eux, à titre personnel. La formulation prévue ne change donc rien par rapport à la situation actuelle. Nous proposons d'y renoncer.

Art. 621

La question de savoir quelle est la monnaie étrangère la plus importante en regard de l'activité de l'entreprise ne sera pas toujours facile à résoudre et surtout à vérifier en cas de litige avec des actionnaires, par exemple. Nous proposons de créer un droit à choisir la monnaie de référence, sans y ajouter des conditions.

Alinéa 3 chiffre 3: nous proposons de parler d'exercice *comptable* (et non pas seulement d'exercice).

Alinéa 4: il s'agira de préciser la nature du dernier bilan (annuel ou aussi intermédiaire).

Alinéa 5: ne nous semble pas utile.

Art. 622

Alinéa 3: cet article crée un droit légal à la conversion des actions (nominatives en actions au porteur et vice-versa). Dans la mesure où les actions au porteur sont très controversées au niveau international, nous sommes d'avis qu'il s'agirait de permettre à des sociétés de pouvoir limiter la conversion par des dispositions statutaires (lesquelles sont souvent complétées par des quorums particuliers pour la prise de décision).

Alinéa 4: une norme doit être contraignante: les actions *doivent avoir* (et non pas « ont ») une valeur nominale supérieur à zéro. Et il faudrait rajouter *franc ou autre monnaie*.

Position de la Chambre des notaires de Neuchâtel

Le nouvel art. 622 al. 4 apporte une flexibilité bienvenue.

Alinéa 5: une signature électronique est-elle possible?

Art. 623 al. 2

Il s'agirait d'exclure cette possibilité lorsque des actions sont privilégiées et que les privilèges découlent de leur valeur nominale (notamment le droit de vote pour des actions nominatives).

Art. 629

Al. 2, chiffre 2 bis: mettre francs *suisses*.

Art. 632

Cf. remarque ad art. 620 al. 2

Art. 634

Alinéa 2: de notre point de vue, seule la partie de l'apport qui doit faire l'objet d'un acte authentique doit revêtir cette forme. La faculté d'avoir deux contrats (un en la forme authentique et un sous seing privé) devrait être maintenue, pour limiter aussi les coûts notariaux pour les sociétés. La formulation de cet article mériterait d'être plus claire.

Alinéa 3: Position de la Chambre des notaires de Neuchâtel

Rien ne justifie à notre sens de ne recourir qu'à un seul acte en présence d'immeubles sis dans plusieurs cantons; cela posera notamment des problèmes de connaissance des spécificités cantonales et fiscales et des problèmes pratiques importants d'ores et déjà relevés dans le cadre de l'examen de la modification de l'art. 55 du titre final CCS. On essaye d'introduire ici, par une « petite porte » ce qui est rejeté par la doctrine majoritaire et les praticiens, y compris les conservateurs de RF, dans le cadre de l'examen de cette modification qui est en l'état suspendue.

Alinéa 4: nous avons de la peine à comprendre la notion de *contre-prestation de la société*. Ce concept est nouveau et il mériterait d'être développé. S'agit d'éventuelles « obligations de faire » figurant dans le contrat d'apport, par exemple?

Art. 634 a

Au niveau des statuts, la cause de la créance devrait aussi y figurer.

La formulation de phrase laisse penser que si la créance était couverte au moment de sa naissance, elle pourrait-être compensée (*plus* entièrement couverte), tandis que si elle ne l'était pas, elle ne pourrait pas l'être. Est-bien cela qui a voulu être exprimé?

Position de la Chambre des notaires de Neuchâtel

S'agissant du nouvel art. 634a: qui est le créancier lors d'une libération du capital à l'occasion de la constitution (et pas lors d'une augmentation de capital) de la société ?

Alinéa 4: ce qui doit être inscrit au registre du commerce devrait figurer dans l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC).

Art. 636

La référence aux *avantages particuliers* est-elle toujours utile, ceux-ci étant pratiquement inexistant en pratique?

Art. 650

Alinéa 2 ch. 8: plutôt que de parler de *conséquences*, mettre *sort des droits non exercés ou supprimés* (comme c'est le cas actuellement). A moins que l'on veuille entrer dans d'autres conséquences, comme des conséquences économiques, ce qui ne serait cependant pas heureux. A noter que l'article 653t du projet parle lui de *sort des droits non exercés ou supprimés*.

Art. 652a

Alinéa 1 chiffre 3: la formulation de cet article n'est pas claire, dans la mesure où plusieurs procédures d'augmentation conditionnelles peuvent coexister en parallèle, dans le cadre de la marge de fluctuation du capital.

Alinéa 1 chiffre 5: pour les *bilans intermédiaires*, il s'agirait de préciser, dans une norme spécifique, que ceux-ci doivent être approuvés et révisés si la société compte un organe de révision. Cela n'est prévu que dans le cadre de l'article 675a du projet, donc dans le cadre spécifique du versement d'un dividende extraordinaire.

Art. 652b

Alinéa 4: les actionnaires ne sont pas nécessairement représentés; ils peuvent aussi être présents.

Sur le fond, cet article présente le risque de conflits potentiels entre actionnaires. Il s'agirait de mettre en place une procédure légale pour fixer la *valeur réelle de l'action* ainsi que des critères pour préciser la notion de *sensiblement inférieur*.

Art. 652h

Que signifie la dernière partie de la phrase : ...le conseil d'administration requiert auprès de l'office du registre du commerce (...) *ainsi que ses constatations*. Il n'est pas possible de requérir des constatations.

Art. 652g

Le droit actuel utilise le verbe *soumettre* en lieu et place de *présenter*. Or soumettre, dans le cadre de la procédure authentique, implique un devoir du notaire de s'être au moins assuré que le conseil d'administration fait sien (en assumant toutes les responsabilités liées) le contenu des pièces sur lesquelles se fonde l'augmentation (le rapport d'augmentation pouvant être le fait que d'un seul membre du conseil). *Présenter* est bien moins chargé en

conséquences induites. Le but est ici de responsabiliser le notaire; si tel n'est pas le cas, il serait alors possible de simplement exiger l'énumération de ces pièces comme pièces justificatives annexées simplement à l'acte.

Cette remarque est aussi valable pour l'alinéa 2 de l'article 653o.

Art. 653

L'avant-projet énumère de façon plus large le cercle des bénéficiaires d'une augmentation conditionnelle du capital. Si cette énumération est exhaustive, il s'agirait de le préciser (exclusivement), de façon à résoudre définitivement les incertitudes qui existent actuellement sur cette question (notamment au niveau des mandataires qui pourraient aussi participer au plan d'intéressement).

Art. 653b

Pour les procédures d'augmentation conditionnelle du capital (plans d'intéressement), nous sommes d'avis que pour les sociétés cotées en bourses et pour respecter l'initiative Minder, les statuts devraient comprendre, dans tous les cas d'augmentation, les conditions d'exercice des droits de conversion ou d'option, ainsi que la base de calcul du prix d'émission (prévue actuellement que dans le cadre d'obligations d'emprunts ou d'obligations semblables), afin de donner un cadre qui permette d'éviter de pouvoir contester le prix des actions.

Art. 653i

Alinéa 3: il s'agirait d'être plus précis sur les faits que le notaire doit vérifier, en les énumérant. Cette vérification pourrait aussi être laissée au préposé au registre du commerce qui vérifie passablement de faits dans le cadre de l'examen des inscriptions (cf. par exemple, l'article 630o al. 4).

Art. 653k

Position de la Chambre des notaires de Neuchâtel

Le message prévoit que l'appel aux créanciers peut intervenir avant ou après la décision de l'assemblée générale. Pourquoi cette précision ne figure-t-elle pas dans la loi? On s'interroge toutefois sur la réelle utilité pratique de cette possibilité et de la refonte d'un système qui a donné satisfaction.

Art. 653o

Alinéa 1: le mot *transaction* n'est pas approprié (opération de réduction).

Art. 653s (marge de fluctuation du capital)

Contrairement à la procédure actuelle d'augmentation autorisée, le futur droit la restreint au fait que *la société n'a pas renoncé au contrôle restreint de ses comptes annuel*, ce que confirme textuellement l'alinéa 2 de l'article 727a du projet. Autrement dit, la procédure de marge de fluctuation du capital ne pourra pas être utilisée par l'immense majorité des sociétés, dans la mesure où rares sont celles qui n'ont pas fait un opting-out. Nous souhaiterions donc que la procédure actuelle d'augmentation autorisée du capital soit maintenue pour les PME ayant fait un opting-out, dans la mesure où cette procédure est passablement utilisée et pratique.

Art. 700 al. 1

Position de la Chambre des notaires de Neuchâtel

On s'interroge sur l'opportunité d'augmenter les délais de convocation de l'assemblée générale (art. 700 al. 1).

Art. 701d

Position de la Chambre des notaires de Neuchâtel

En ce qui concerne l'utilisation de moyens électroniques lors de l'assemblée générale, on ne peut être que favorable. Si l'on fait abstraction de la problématique neuchâteloise s'agissant de la procédure d'instrumentation, on peine à comprendre quand, comment, où et sous quelle forme le notaire intervient, lors de l'assemblée générale virtuelle notamment, et peut effectuer ses constatations lorsque la forme authentique est requise? Qui atteste par exemple de la présence continue des actionnaires dans la mesure où une liste de présences ne peut être tenue. A notre sens, le projet semble très peu abouti lorsqu'il est question d'intervention d'un notaire et de mise en application des détails pratiques. Qu'en sera-t-il par exemple de la signature du procès-verbal en cas d'assemblée virtuelle? L'art. 701d ne semble pas garantir le minimum de sécurité requise. On adhère pleinement à l'idée d'Assemblée générale sur plusieurs sites, mais la désignation d'un site principal, sur lequel on trouverait le président, le secrétaire, le rédacteur du procès-verbal (notarié ou non), apparaît dans tous les cas nécessaire. En cas de vote électronique, il apparaît en l'état difficile de savoir comment le notaire parvient à constater le résultat des votes. N'y aurait-il pas lieu de préciser la loi sur ces points en introduisant des standards minimums? En résumé, nous sommes favorables à la tenue d'assemblée générale sur plusieurs sites avec vote électronique. L'assemblée virtuelle semble par contre vraiment l'être et ne respecte pas les fondamentaux du droit de la SA et le formalisme qui est certaine fois nécessaire et réclamé par le marché (en particulier lors de « due diligence » en cas de vente d'entreprise). Il ne faudrait pas que sous prétexte de forme électronique, on nivèle par le bas les exigences et protections fondamentales requises par une assemblée générale, organe suprême de la société.

Art. 713 al. 2

Position de la Chambre des notaires de Neuchâtel

Le nouvel art. 713 al. 2 nous paraît dangereux et difficile à mettre en œuvre.

Art. 734a

Selon l'art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale, la loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait de l'homme et de la femme, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'égalité de fait signifie que les femmes et les hommes sont représentés de manière égale dans tous les domaines de la vie (formation, famille, droit, politique, culture et économie), peuvent faire valoir leur position et exercer une influence sur la société. Depuis les années 80, pour remédier à la sous-représentation des femmes et des hommes dans l'économie, on a compté sur l'amélioration de la formation professionnelle. Aujourd'hui, les jeunes femmes ont rattrapé leur retard en matière de formation. Elles sont désormais plus nombreuses que les hommes à terminer une formation de niveau tertiaire. Et elles sont très présentes dans les filières d'études juridiques et économiques, dont les diplômes constituent justement souvent une condition idéale pour accéder aux organes stratégiques des entreprises. Malgré ce progrès indéniable, les mesures volontaires du côté des entreprises n'ont pas rencontré le succès escompté: la proportion de femmes dans les instances dirigeantes des entreprises reste très en-dessous de la moyenne européenne. Après l'Autriche, la Suisse est le pays qui a le moins progressé entre 2004 et 2012 (en moyenne européenne: +8%, Suisse: +3%).

En vertu des accords internationaux ratifiés par notre pays, telle que la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), nous nous devons de prendre des mesures pour pallier ce déficit d'égalité et de démocratie. Nos voisins l'ont fait: le parlement européen s'est exprimé le 20 novembre 2013 en faveur d'un quota de sexe de 40% pour les conseils d'administration et de surveillance. De plus, l'exemple de la Norvège souligne qu'un quota de sexe de 40% est réaliste: alors que pendant

des années, la part de femmes restait inférieure à 10% malgré les mesures volontaires, le 40% a été atteint l'année même de son introduction. La crainte que les entreprises ne trouvent pas assez de femmes qualifiées s'est ainsi avérée infondée. Les quotas de sexe ne remplacent pas le volontariat par la contrainte, mais visent à remédier aux dysfonctionnements du système. En effet, la nature humaine est ainsi faite qu'elle reproduit ce qu'elle connaît et qu'elle n'aime guère le changement. Les dirigeants d'entreprises, qui sont essentiellement des hommes, ont ainsi tendance à privilégier des « semblables ».

Le Conseil d'Etat neuchâtelois salue donc la proposition d'introduire l'art. 734e pour tenter de remédier à cette sous-représentation des femmes dans les organes dirigeants des entreprises cotées en bourse.