

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht – Vernehmlassung der Universität Bern

Vorbemerkungen

Der Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht enthält nebst zwei Schwerpunkten (Kapitalband und rechtsformunabhängige Regelung des Rechnungslegungsrechts) eine Vielzahl kleinerer Änderungen, von denen wiederum viele terminologischer Natur sind. Im Nachfolgenden werden wir nur auf diejenigen vorgeschlagenen Änderungen eingehen, die unseres Erachtens wichtige Neuerungen enthalten.

Bereits zu Beginn sei vermerkt, dass die beiden grossen materiellen Neuerungen – die Einführung des Kapitalbandes und die rechtsformunabhängige Regelung der Rechnungslegung – von unserer Seite begrüsst werden.

Etwas unglücklich erscheint uns, dass das Aktienrecht gemäss Vorentwurf mit dem Einfügen zahlreicher neuer Bestimmungen in die bestehende Kodifikation sehr unübersichtlich wird. So reicht die Nummerierung beim Kapitalband bis Art. 653y, was nicht zuletzt auch für künftige Anpassungen kaum mehr Raum lässt. Vielleicht wäre es an der Zeit, die Gesetzssystematik grundlegend zu überdenken. Die Ausgliederung des Rechnungslegungsrechts aus dem Aktienrecht ist richtungsweisend; nicht einsichtig ist aber beispielsweise, dass das (neu ebenfalls rechtsformunabhängig ausgestaltete) Revisionsrecht immer noch im Aktienrecht geregelt ist. Die Ausgliederung des Revisionsrechts aus dem Aktienrecht wäre systematisch einleuchtend und würde Raum schaffen für Ergänzungen im eigentlichen Aktienrecht. Als Alternative wäre eine Ausgliederung des Aktienrechts aus dem Obligationenrecht nach Vorbild des deutschen Aktiengesetzes zu prüfen.

Der Begleitbericht erscheint uns stellenweise sehr knapp. Bestimmte Neuerungen werden überhaupt nicht begründet (so etwa die Übernahme von gewissen Neuerungen des Aktienrechts in das Recht der GmbH) und materielle Änderungen werden zum Teil verharmlost (z.B. die Neuregelung der Kostenverteilung bei der Sonderuntersuchung oder die Abschaffung der Organvertretung); andernorts werden neue Verwirrungen geschaffen, wo alte ausgeräumt werden sollten (so etwa bezüglich der Verrechnungsliberalisierung, hinsichtlich des Spannungsfelds zwischen Konzernbegriff und Pflichten des fiduziarischen Verwaltungsrats oder in Bezug auf die Bildung von Willkürreserven). Zudem bleiben zahlreiche langjährige Probleme (z.B. die ungelöste Frage, ob dem Handelsregistereintrag die Wirkung des öffentlichen Glaubens zukommt) unbehandelt, obwohl die vorgeschlagene Revision Gelegenheit zu deren Behebung böte. Wir werden im Nachfolgenden auf diese Probleme im Einzelnen hinweisen.

I. Allgemeine Bestimmungen

1. Begriff, Art. 620 VE OR

Die dritte Abteilung des Obligationenrechts regelt die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft. Folgt man der Systematik des Gesetzes, gehören zu den Handelsgesellschaften neben der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft auch die Aktien- und die Kommanditaktiengesellschaft sowie die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Da die drei letzteren über eine eigene juristische Persönlichkeit verfügen, erfasst sie die Begriffsumschreibung der Aktiengesellschaft in Art. 620 VE OR genau genommen doppelt; einerseits als (juristische) Personen und andererseits als Handelsgesellschaften. Die in Art. 620 Abs. 1 VE OR gewählte Formulierung, wonach sich „Personen oder Handelsgesellschaften“ an einer Aktiengesellschaft beteiligen können, lässt sich mit der Terminologie des Gesetzes daher schwer in Einklang bringen. Die Begriffsumschreibung sollte daher *überarbeitet* werden.

2. Der bedingt notwendige Statuteninhalt

a) Die Festlegung der Bezüge durch die GV, Art. 627 Ziff. 4 VE OR

Im Rahmen des Differenzbereinigungsverfahrens der Transparenzvorlage haben National- und Ständerat in der Schlussabstimmung vom 7. Oktober 2005¹ letztlich darauf verzichtet, Art. 626 Abs. 2 OR dahingehend zu ergänzen, dass börsenkotierte Unternehmen Bestimmungen über die Festlegung von Vergütungen in die Statuten aufnehmen *müssen*. Gemäss Art. 627 Ziff. 4 VE OR *können* die Statuten vorsehen, dass die Generalversammlung für die Festsetzung der Vergütungen zuständig ist. Damit bleibt es den Gesellschaften unbenommen, statt dessen einen Verwaltungsratsausschuss mit der Festsetzung der Vergütungen zu betrauen.

Das Gesetz lässt allerdings weiterhin zu, dass eine Gesellschaft weder von der einen noch der anderen Möglichkeit Gebrauch macht und demzufolge der Verwaltungsrat für die Festsetzung der eigenen Vergütung zuständig ist. Das Postulat der Vermeidung entsprechender Interessenkollisionen wird dem Themenbereich der Corporate Governance zugeordnet und deshalb der Regelung durch „soft law“ überlassen. Obwohl der Gesetzgeber wie erwähnt in jüngster Vergangenheit gegen eine gesetzliche Regelung optiert hat, soll hier die Frage aufgeworfen werden, ob diese Auslassung im Rahmen einer Revision, die sich die gesetzliche Umsetzung der „Corporate Governance“ auf die Fahnen geschrieben hat, angebracht ist. Nach der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers sollte die Kompetenz zur Ausrichtung von Entschädigung an den Verwaltungsrat bei der Generalversammlung liegen (Art. 627 Ziff. 2 OR). Heute werden aus steuerlichen Gründen statt Tantiemen Honorare ausgerichtet; damit hat sich die Zuständigkeit von der Generalversammlung zum Verwaltungsrat verschoben, ohne dass je ein entsprechender gesetzgeberischer Entscheid gefallen wäre. Angesichts der Auswüchse, zu denen die bestehende liberale Ordnung geführt hat, sollte unseres Erachtens im Rahmen der vorliegenden Revision *geprüft* werden, ob nicht eine Rückverlagerung der Kompetenz zur Generalversammlung, allenfalls verbunden mit der Alternative der Bildung eines Entschädigungsausschusses im Verwaltungsrat, angezeigt wäre.

b) Das Abordnungsrecht des Staates, Art. 627 Ziff. 15 VE OR

Art. 627 Ziff. 15 VE OR steht im Zusammenhang mit Art. 762 OR, wonach die öffentliche Hand Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle abordnen kann, auch wenn sie nicht Aktionärin ist, falls ein öffentliches Interesse besteht und die Statuten dies vorsehen. Der Staat kann demnach Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen, ohne am Kapital beteiligt zu sein. Anders ausgedrückt, kann der Staat auf Stufe Verwaltungsrat Einfluss auf die Willensbildung in der Gesellschaft nehmen, ohne ein eigenes finanzielles Risiko zu tragen. Art. 762 OR weicht damit in fundamentaler Weise von den Grundsätzen des Aktienrechts ab, da die Wahl des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung gehören (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Zu denken ist auch an mögliche Interessenkollisionen, da das Interesse der Gesellschaft dem öffentlichen Interesse unter Umständen diametral zuwiderläuft².

Es trifft zu, wenn der Begleitbericht³ festhält, Art. 627 Ziff. 15 VE OR vervollständige lediglich die lückenhafte Aufzählung. Unseres Erachtens wäre aber bei dieser Gelegenheit zu überdenken, ob nicht Art. 762 OR gestrichen werden sollte, insbesondere wenn man bedenkt, dass „(...) von der Ausnahmebestimmung in der Praxis im Zuge von Privatisierungen auch in letzter Zeit nicht selten Gebrauch gemacht worden ist (...)“⁴. Das Sonderrecht des Staates

¹ AB 2005 S. 878.

² Vgl. zum Ganzen FORSTMOSER, Wer "A" sagt muss auch "B" sagen. Gedanken zur Privatisierungsdebatte, in: SJZ 98 (2002), S. 193 ff. und 217 ff.

³ Ziff. 3.1.3, S. 40.

⁴ FORSTMOSER (Fn. 2), S. 218 f.

kann – und soll wohl in manchen Fällen – eine Abschottung der betroffenen Unternehmen (z.B. ehemaliger Staatsbetriebe) gegen eine bestimmende Einflussnahme durch ausländische Investoren zeitigen. Immerhin handelt es sich um eine Selbstbeschränkung der AG, welche dieser nicht aufgezwungen werden kann, und erscheint damit weniger problematisch als durch öffentliches Recht eingeräumte Abordnungsrechte des Staates. Die allfällige abschottende Wirkung ist dennoch *unerwünscht*. Soweit das Abordnungsrecht des Staates andere Zwecke verfolgt, namentlich die Vermeidung einer Fehlverwendung von staatlich gewährtem Fremdkapital, Subventionen oder anderen Hilfsmassnahmen⁵, so ist nicht einsichtig, weshalb dem Staat nicht mit anderen privat-, namentlich vertragsrechtlichen Behelfen genügend gedient sein soll, die auch Privaten (z.B. Banken), welche notleidenden Unternehmen mit ähnlichen Massnahmen beistehen, genügen müssen.

c) Sanierungsmassnahmen, Art. 627 Ziff. 18 VE OR

Die Pflichten des Verwaltungsrats im Falle eines Kapitalverlusts sind gesetzlich geregelt (Art. 725 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 627 Ziff. 18 VE OR können die Statuten festschreiben, unter welchen Voraussetzungen der Verwaltungsrat die Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen zu beantragen hat. Art. 627 Ziff. 18 ist wohl so zu verstehen, dass das gesetzliche Regime nach Art. 725 Abs. 1 OR statutarisch verschärft werden kann, der Verwaltungsrat der Generalversammlung also bereits einen Sanierungsantrag zu unterbreiten hat, wenn es nach Art. 725 Abs. 1 OR noch nicht notwendig wäre. Die Formulierung in Art. 627 Ziff. 18 VE OR liesse darauf schliessen, dass die statutarisch festgelegte Schwelle der Handlungspflicht des Verwaltungsrates die gesetzliche ersetzt, während Art. 725 Abs. 2 VE OR eher darauf schliessen lässt, dass die statutarische Schwelle zur gesetzlichen hinzutritt. Im letzteren Fall wäre der Verwaltungsrat bei Erreichen der gesetzlichen Schwelle *erneut* zur Einberufung der Generalversammlung zwecks Beschluss über Sanierungsmassnahmen verpflichtet, im ersteren jedoch nicht. Eine *Ausräumung dieser Unsicherheit* wäre wünschbar.

3. Qualifizierte Gründung: Die Sachübernahme, Art. 636 VE OR

Mit der Regelung von Art. 636 Abs. 1 VE OR soll verhindert werden, dass die Vorschriften über die Sacheinlage umgangen werden. Wirtschaftlich betrachtet liegt bei einer Sachübernahme nur dann eine der Sacheinlage ähnliche Situation vor, wenn es sich beim Veräusserer um einen Aktionär oder eine nahe stehende Person handelt. Bei einem unabhängigen Dritten fehlt es nämlich an einer Kollision zwischen dem Interesse der Gesellschaft, möglichst viel zu erhalten, und dem Interesse des Aktionärs, möglichst wenig zu leisten⁶. Daher ist es zu *be-grüssen*, dass im Unterschied zu Art. 628 Abs. 2 OR die echten Drittgeschäfte nicht mehr erfasst werden. Wie weit der Kreis der „nahe stehenden Personen“ zu ziehen ist, wird die Praxis weisen müssen.

4. Einlagen

a) Die Mindesteinlage, Art. 632 VE OR

Neu soll jede Aktie zu mindesten 25 % statt wie bisher zu 20 % liberiert werden müssen. Damit wird laut Begleitbericht eine Übereinstimmung des Aktienrechts mit Art. 9 der Richtlinie 77/91/EWG des Rats vom 13. Dezember 1976 (Zweite EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts) erreicht. Leider fehlt eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob in diesem Bereich eine Angleichung an das EU-Recht überhaupt wünschenswert ist, da damit der unter der geltenden Regelung vorhandene Standortvorteil aufgegeben würde.

⁵ Vgl. BSK OR II-WERNLI, 2. Aufl., N. 3 zu Art. 762.

⁶ BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 1 N 217 f.

b) Die Liberierung durch Verrechnung, Art. 634a VE OR

In Art. 634a Abs. 1 VE OR wird durch die Gleichstellung der Verrechnungsliberierung mit der Bar- bzw. Sacheinlage die Werthaltigkeit sichergestellt. Problematisch ist die in Art. 634a Abs. 2 VE OR gewählte Formulierung. Sie ist wohl so zu verstehen, dass im Falle einer Sanierung auf das Erfordernis der Werthaltigkeit verzichtet werden kann. Gleichzeitig wird aber verlangt, dass der Gesellschaft Mittel in voller Höhe der Forderung zufließen. Zudem besteht ein Vorbehalt zu Gunsten der Vorschriften über den Kapitalverlust und die Überschuldung. Was damit letztlich genau gemeint ist, bleibt *unklar*; auch der Begleitbericht⁷ liefert dazu keine verständlichen Hinweise. Unter Berücksichtigung des seit längerem andauernden Lehrstreits zur Liberierung durch Verrechnung kann es nicht angehen, dass die neue Regelung, statt bestehende Unsicherheiten zu beseitigen, deren neue schafft. Art. 634a VE OR ist unklar und widersprüchlich und daher *in der vorgelegten Form abzulehnen*.

5. Der Erwerb eigener Aktien

a) Die Höchstgrenze von 20 %, Art. 659 VE OR

Die vorgeschlagene Änderung ist zu *begrüssen*, da das Gericht einen grösseren Spielraum hat, von einer Auflösung der Gesellschaft abzusehen. Zudem können Personen mit Minderheitsbeteiligungen leichter aus einer privaten AG ausscheiden und es kann leichter eine Nachfolgeregelung gefunden werden. Der Widerspruch zu Art. 19 der Richtlinie 77/91/EWG des Rats vom 13. Dezember 1976 (Zweite EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts), wonach die Höchstgrenze für den Erwerb eigener Aktien in der EU generell 10 % beträgt, ist hinzunehmen, da es für die Schweiz keinen Grund gibt, sich dem EU-Recht anzunähern, wenn eine sachgerechtere Lösung angezeigt und möglich ist.

b) Die Reserve für eigene Aktien (Aufhebung von Art. 671a OR)

Die nach heute geltendem Recht vorzunehmende Passivierung entspricht nicht internationalen Gepflogenheiten und führt zu einer unnötigen Verlängerung der Bilanz. Dies hat zur Folge, dass wichtige Kennzahlen wie die Eigenkapitalquote nicht die wirtschaftliche Realität widerspiegeln. Gemäss Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. d VE OR ist statt dessen ein Abzug von den Gewinnreserven vorzunehmen. Die geplante Änderung ist zu *begrüssen*.

6. Die Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen (Aufhebung von Art. 670 und Art. 671b OR)

Entfällt die Möglichkeit, Grundstücke und/oder Beteiligungen bis zu ihrem wirklichen Wert aufzuwerten, können die Gesellschaften ihre Unterbilanz nicht mehr rasch beseitigen. Da die Bilanz ohne derartige Aufwertungen nicht die tatsächliche finanzielle Situation der Gesellschaft widerspiegelt, ist jedoch die Möglichkeit einer Bilanzsanierung notwendig, will man nicht unnötigen Konkursen Vorschub leisten. Die im Vorentwurf vorgesehene Lösung erlaubt nur noch operative Sanierungen, die zeitintensiv sind. Aus den genannten Gründen sollte jedoch die Möglichkeit der Aufwertung von Beteiligungen und/oder Grundstücken *beibehalten* werden. Damit würde auch dem Anliegen, dass die Rechnungslegung einen „true and fair view“ der finanziellen Lage des Unternehmens vermitteln soll, besser entsprochen (vgl. dazu auch hinten, V.4.d)).

⁷ Ziff. 3.1.4, S. 42 f.

7. Die Reserven

a) Die Kapitalreserve, Art. 671 VE OR

Es ist zu *begrüssen*, dass eine Rückzahlung der Kapitalreserve durch eine Umwandlung ins Aktienkapital mit anschliessender Herabsetzung erfolgen muss, mithin das Agio nicht direkt ausgeschüttet werden darf. Eine Ausschüttung des Agios in Form einer Dividende verstösst einerseits gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und andererseits gegen die formellen Anforderungen an Dividendenausschüttungen (Dividendenausschüttung nur aus Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven)⁸.

b) Die Gewinnreserven, Art. 672 VE OR

Neu sind vor der Zuweisung an die Reserve Verlustvorträge zu decken und die Reserve ist zu öffnen, bis sie 50 % des ausgegebenen Aktienkapitals beträgt. Die angestrebte Neuregelung steigert die finanzielle Solidität des Unternehmens; sie führt aber andererseits auch zu einer Verringerung der Dividende. Es stellt sich damit die Frage, ob aus Sicht der Investoren die Attraktivität der AG im Vergleich zur bisherigen Rechtslage verringert wird und der Standort Schweiz damit im internationalen Vergleich einen Nachteil erleidet. Diese Frage müsste unseres Erachtens *geprüft* werden; der Begleitbericht schweigt sich darüber bedauerlicherweise aus.

Im Unterschied zur bisherigen Regelung dürfen die Reserven nicht mehr für andere als die gesetzlich vorgesehenen Zwecke verwendet werden, wenn sie die Hälfte des Aktienkapitals übersteigen: Der die Hälfte des Aktienkapitals übersteigende Betrag wird nicht mehr zu einer frei verwendbaren Reserve. Dadurch wird die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft eingeschränkt, wobei wiederum fragwürdig erscheint, ob dies - z.B. aus Gründen des Investorenschutzes - tatsächlich gerechtfertigt werden kann. Auch dies sollte unseres Erachtens noch einmal *überdacht* werden.

c) Weitere Reserven, Art. 673 VE OR

Die Transparenz wird verbessert, da es künftig nicht mehr möglich ist, mit Rücksicht auf eine möglichst gleichmässige Dividende stille Reserven zu bilden. Die Generalisierung der bisher nur für börsenkotierte Unternehmen geltenden Regelung ist zu *begrüssen*. Es wird nach wie vor möglich sein, dass Reserven gebildet werden, soweit dies das dauernde Gedeihen des Unternehmens rechtfertigt und die Interessen der Aktionäre berücksichtigt werden. Wann die Reservenbildung durch das dauernde Gedeihen des Unternehmens gerechtfertigt ist, bleibt unbestimmt, weshalb auch unter der Neuregelung die Gefahr besteht, dass die Aktiengesellschaften weiterhin mehr Reserven bilden, als eigentlich angezeigt wäre. Dadurch wird nicht nur der Gewinn künstlich gedrückt, sondern es ist auch der Transparenz abträglich. Eine *Klärung* wäre daher erwünscht.

8. Aktien

a) Abschaffung der Inhaberaktien, Art. 622 Abs. 1 VE OR

Während aufgrund der Gefahr der Geldwäscherei die Inhaberaktien abgeschafft werden sollen, wird auf eine Regelung der Dispoaktien verzichtet. Der Dispoaktionär ist der Gesellschaft ebenfalls nicht bekannt, kann aber am wirtschaftlichen Erfolg partizipieren; lediglich sein Stimmrecht und die damit zusammenhängenden Rechte kann er nicht ausüben. Inwiefern die Dispoaktien im Lichte der Geldwäscherei weniger problematisch sein sollen als die Inhaberaktien, ist nicht ersichtlich. Insbesondere gilt es zu bedenken, dass bei einer allfälligen Ab-

⁸ BSK OR II-NEUHAUS/ SCHÖNBÄCHLER, 2. Aufl., N. 36 zu Art. 671.

schaffung der Inhaberaktien, unter Beibehaltung der Möglichkeit von Dispoaktien, die Anzahl der Dispoaktionäre noch stärker anwachsen wird, was bei Präsenzquoten zu einem nicht zu unterschätzenden Problem werden kann. Beibehalten werden sollen im Übrigen Partizipationsscheine, die auf den Inhaber lauten (Art. 656a Abs. 1 VE OR). Mit Blick auf die Geldwäscherei gilt hier das zu den Dispoaktien Gesagte, d.h. es ist nicht einzusehen, inwiefern Inhaber-Partizipationsscheine weniger problematisch sein sollen als Inhaberaktien.

Aus den genannten Gründen ist auf eine Abschaffung der Inhaberaktien zu *verzichten*; jede Gesellschaft sollte selbst entscheiden können, ob sie weiterhin Inhaberaktien ausgeben will oder nicht.

b) Der Nennwert der Aktien, Art. 622 Abs. 2 VE OR

Zur Debatte stehen: (i) die Einführung echter oder (ii) unechter nennwertloser Aktien, das Festhalten am Nennwertsystem (iii) mit einem fixen Mindestnennwert oder (iv) unter Verzicht auf einen Mindestnennwert.

Das Aktienkapital fungiert als Sperrziffer, d.h. die Einführung echter nennwertloser Aktien brächte die Notwendigkeit mit sich, dass zahlreiche Bestimmungen des Aktienrechts angepasst werden müssten (z.B. Gewinnausschüttung, Erwerb eigener Aktien, Kapitalverlust etc.). Ausserdem sind echte nennwertlose Aktien nach der herrschenden Lehre nicht mit Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 (zweite Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts; Kapitalschutzrichtlinie) vereinbar. Die Einführung echter nennwertloser Aktien dürfte daher kaum eine ernsthafte Variante sein und wird daher im Vorentwurf auch nicht vorgeschlagen.

Die Einführung unechter nennwertloser Aktien erfordert weniger tiefgreifende Anpassungen des Aktienrechts, da nach wie vor ein Nennkapital vorhanden ist. Sie ist eigentlich auch logischer, da sie als Quote das ausdrückt, was eine Aktie ist: ein in einem Bruch ausdrückbarer Anteil an einem Unternehmen. Trotzdem müssten sämtliche Bestimmungen angepasst werden, die auf den Nennwert Bezug nehmen. Der Begleitbericht hält zu Recht fest, dass insbesondere die auf unterschiedlichen Nennwerten beruhenden Stimmrechtsaktien neu ausgestaltet werden müssten, was indes zu Problemen führen würde⁹. Zudem kommt dem Nennwertprinzip im Steuerrecht grosse Bedeutung zu (Besteuerung des beweglichen Kapitalvermögens bei natürlichen Personen, Verrechnungssteuer etc.). Mit der Einführung unechter nennwertloser Aktien müssten daher letztlich doch etliche Normen angepasst werden und würde sich im Steuerrecht sogar die Notwendigkeit eines Systemwechsels in gewissen Bereichen ergeben.

Die im Vorentwurf vorgeschlagene Beibehaltung des Nennwertsystems unter Verzicht auf die Festsetzung eines Mindestnennwerts hat demgegenüber den Vorteil, dass ein beliebiges Splitting der Aktien möglich ist, wodurch die Flexibilität gegenüber dem heutigen Rechtszustand gesteigert wird, ohne dass grosse Anpassungen des Aktien- und Steuerrechts erforderlich sind. Die Regelung des Vorentwurfs kommt den Bedürfnissen des Kapitalmarkts entgegen und bringt eine Annäherung an die internationalen Gepflogenheiten. Dass der Nennwert lediglich grösser als Null sein muss, bringt eine Annäherung an die Vorteile des Systems unechter nennwertloser Aktien, ohne dass tief greifende Anpassungen des Rechts erforderlich sind. Der Vorschlag ist daher zu *begrüssen*.

⁹ Begleitbericht, Ziff. 2.3.4, S. 25.

II. Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals

1. Ordentliche Kapitalerhöhung

a) Anmeldung beim Handelsregisteramt, Art. 650 Abs. 3 VE OR

Die neue Regelung verbessert die Rechtssicherheit und gewährt den Aktiengesellschaften einen grösseren zeitlichen Spielraum, der insbesondere bei grösseren Transaktionen eine Entlastung bedeutet, ohne dass gewichtige Nachteile entstünden. Die Änderung ist daher zu *begrüssen*.

b) Bezugsrechte, Art. 652b VE OR

Mit dieser Bestimmung wird die Festübernahme gesetzlich geregelt und damit klargestellt, dass es sich dabei bloss um eine Modalität der Gewährung der Bezugsrechte handelt und die Vorschriften über Aufhebung beziehungsweise Beschränkung des Bezugsrechts keine Anwendung finden. Die Praktikabilität dieser Lösung *überzeugt*. Allfällige Schwierigkeiten bei der Durchsetzung werden unseres Erachtens durch die neue Regelung nicht erhöht.

Fraglich ist, ob der neue Abs. 5 notwendig ist, stellt er doch lediglich einen Anwendungsfall des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots dar. Der Begleitbericht¹⁰ erläutert, dass dieser Absatz dem Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen dient und verhindern will, dass eine Kapitalerhöhung benutzt wird, um die Stellung solcher Gesellschafter zusätzlich zu schwächen. Ziel dieses Absatzes darf jedoch entgegen dem Begleitbericht¹¹ nicht sein, eine Kapitalerhöhung als unzulässig einzustufen, sobald ein Minderheitsaktionär einen persönlichen finanziellen Engpass hat. Die Norm ist so auszulegen, dass sie nur Fälle des Rechtsmissbrauchs erfasst. Das Beispiel des Berichtes ist insofern *zu weit gehend bzw. missverständlich*. Wie bereits erwähnt, ist ohnehin fraglich, ob es dieser Verdeutlichung des Rechtsmissbrauchsverbotes überhaupt bedarf; jedenfalls muss dieser Absatz einschränkend ausgelegt werden.

Im Gegensatz zu Absatz 5 enthält Absatz 6 eine sinnvolle materielle Neuregelung. Durch die gesetzliche Regelung der Höhe des Ausgabepreises wird zum einen verhindert, dass finanzkräftige Aktionäre ihre Beteiligung auf Kosten der Minderheitsaktionäre unverhältnismässig ausbauen können; zum anderen werden die Aktionäre gegen eine Verwässerung ihres Kapitalanteils geschützt. Zu Recht werden aber börsenkotierte Gesellschaften mit Hinweis auf die Handelbarkeit ihrer Bezugsrechte von der Mindestpreisregelung ausgenommen.

In Absatz 6 muss ein sprachlicher Fehler ausgemerzt werden („wesentlich tiefer“ statt „wesentlicher tiefer“).

2. Bedingte Kapitalerhöhung

a) Aktionärsoptionen, Art. 653 Abs.1 VE OR

Neu sollen neben den Gläubigern und den Arbeitnehmern auch die Aktionäre als mögliche Adressaten einer bedingten Kapitalerhöhung aufgeführt werden. Da die Ausrichtung von Aktionärsoptionen in der Praxis bereits üblich und das geltende Recht diesbezüglich – wohl ungewollt – lückenhaft ist, schafft die vorgeschlagene Regelung gesetzliche Klarheit über eine inhaltlich kaum angefochtene Praxis¹². Die vorgeschlagene Neuerung ist daher zu *begrüssen*.

¹⁰ Ziff. 3.1.10, S. 46.

¹¹ A.a.O.

¹² Vgl. BSK OR II-ISLER/ZINDEL, 2. Aufl., N. 17 f. zu Art. 653 und dortige Hinweise.

b) Anmeldefrist, Art. 653 Abs. 2 VE OR

Die Aufnahme einer 30-tägigen Frist zur Anmeldung des Beschlusses der Generalversammlung beim Handelsregisteramt ist zu *begrüssen*. Diese Frist schafft sowohl für die Gesellschafter als auch für die Gläubiger und allfällige Investoren die gewünschte Transparenz.

c) Beschränkung/Aufhebung des Vorwegzeichnungsrechts ohne wichtigen Grund, Art. 653c Abs. 3 VE OR

Neu soll bei Publikumsgesellschaften das Vorwegzeichnungsrecht auch ohne Vorliegen wichtiger Gründe beschränkt oder aufgehoben werden dürfen, wenn die Aktionäre die Möglichkeit haben, die entsprechenden Titel zu angemessenen Bedingungen zu erwerben. Gesellschafter von Publikumsgesellschaften können sich an der Börse mit Titeln eindecken, so dass die Schutzfunktion des Vorwegzeichnungsrechts an Bedeutung verliert. Daher ist eine solche Lockerung *vertretbar* und vereinfacht das Verfahren.

d) Keine öffentliche Beurkundung bei Statutenänderungen, Art. 653i Abs. 3 VE OR

Diese Änderung wurde gemäss Begleitbericht vorgenommen, um den Aufwand zu verringern und das Verfahren zu vereinfachen. Die gleiche Änderung findet man in Art. 653s Abs. 2 VE OR. Gegen diese Änderungen ist nichts vorzubringen; konsequenterweise sollte jedoch Art. 647 OR *angepasst* werden, indem der Zusatz „sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht“ angebracht wird.

3. Ordentliche Kapitalherabsetzung

a) Art. 653k / 653l / 653m VE OR

Neu soll die Aufforderung an die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen sowie deren Befriedigung oder Sicherstellung vor dem Kapitalherabsetzungsbeschluss der Generalversammlung erfolgen (Art. 653k Abs. 1 Ziffer 1 und 2 VE OR). So werden die Gläubiger, insbesondere solche, deren Ansprüche aus der Bilanz nicht ersichtlich sind, besser geschützt.

Zudem ermöglicht diese zeitliche Umstellung einen umfassenderen Prüfungsbericht, was dessen Zweck entspricht und seine Aussagekraft stärkt. Letztlich dient dies den Aktionären, die dadurch ein besseres Bild der finanziellen Situation des Unternehmens bekommen, bevor sie der Kapitalherabsetzung zustimmen.

Zweckmässig ist weiter die Aufnahme von Abs. 3 und 4 des Artikels 653l VE OR, wonach auf eine Sicherstellung verzichtet werden darf, wenn die Gesellschaft nachweisen kann, dass die Erfüllung der Forderung durch die Herabsetzung nicht gefährdet wird, oder wenn die Gesellschaft die Forderung erfüllt.

Gesamthaft ist die Neuregelung der Kapitalherabsetzung demnach zu *begrüssen*.

b) Sonderformen der Kapitalherabsetzung, Art. 653o / 653p / 653q VE OR

Diese Sonderformen sind bereits unter heutigem Recht bekannt. Eine wichtige materielle Änderung, die bereits im Rahmen der GmbH-Revision Eingang fand, ist die Abschaffung der „Phantom-Aktionäre“ bzw. des Virilstimmrechts. Diese Klarstellung war überfällig und war bzw. ist zu *begrüssen*. Ob das Bedürfnis besteht, die Sonderformen der Kapitalherabsetzung auch ausserhalb von Sanierungsfällen anzuwenden, kann der zukünftigen Entwicklung überlassen werden; daher erachten wir es als *gerechtfertigt*, die Beschränkung auf den Sanierungsfall zu streichen.

4. Das Kapitalband

a) Das Kapitalband als Institut, Art. 653r / 653s / 653w VE OR

Die Einführung des Instituts des Kapitalbandes mit dem Ziel, die Kapitalbeschaffung zu erleichtern, wird *begrüsst*. Die Ausgestaltung der Regelung erscheint grundsätzlich zielgerichtet und kohärent.

b) Schranken, insbesondere Gläubigerschutz, Art. 653s / 653t / 653v / 653x VE OR

Im Rahmen von Neuerungen gilt es immer sorgfältig sicherzustellen, dass niemand durch die Änderungen geschädigt wird. Beim Kapitalband wurden zahlreiche Sicherungen eingebaut, die den nötigen Schutz gewährleisten sollen. Allerdings erscheint uns heikel, dass der Verwaltungsrat mit der Einführung eines Kapitalbandes während bis zu fünf Jahren zur Kapitalherabsetzung ohne (erneuten) Schuldenruf ermächtigt werden kann. Innerhalb von fünf Jahren kann sich die Fähigkeit eines Unternehmens zur Deckung seiner Schulden grundlegend ändern. Wir schlagen deshalb vor, den Verwaltungsrat vor einer Herabsetzung des Kapitals innerhalb des Kapitalbandes zu einem erneuten Schuldenruf zu verpflichten, wenn seit der Einführung des Kapitalbandes bereits eine bestimmte Zeitdauer (z.B. zwei Jahre) verstrichen ist.

c) Bevorzugung des Kapitalbandes gegenüber Variante II

Der Vorentwurf enthält im Anhang die genehmigte Kapitalerhöhung und genehmigte Kapitalherabsetzung als Alternative zum Kapitalband. Da die genehmigte Kapitalerhöhung mit der genehmigten Kapitalherabsetzung kombiniert werden kann, bestehen funktional letztlich dieselben Möglichkeiten, wobei jedoch die mit dem Kapitalband erreichte schnellere Reaktionsmöglichkeit durch mehr Hürden wie Beschlüsse, Prüfungsberichte und öffentliche Beurkundungen gehemmt wird.

Der grundlegendste Unterschied betrifft den Gläubigerschutz. Beim Kapitalband erfolgt die Aufforderung an die Gläubiger vor dem Beschluss der Generalversammlung, und das definierte Basiskapital bildet anschliessend die Sperrziffer. Bei der genehmigten Kapitalherabsetzung erfolgt die Aufforderung vor der einzelnen Kapitalherabsetzung; zudem muss eine Prüfungsbestätigung eines Revisionsexperten eingeholt werden. Das Aktienkapital bildet sodann die Sperrziffer.

Wird, wie oben ausgeführt, dem Gläubigerschutz mit einer zusätzlichen Sicherung Rechnung getragen, ist unseres Erachtens das Kapitalband die bessere Alternative. Die angestrebten Erleichterungen der Kapitalstruktur sollte man nicht mit zu kleinen Schritten angehen. Das Institut des Kapitalbandes lässt genügend Spielraum; die Generalversammlung kann dieses je nach den konkreten Bedürfnissen einschränken, so dass im Ergebnis eine „genehmigte Kapitalherabsetzung bzw. Kapitalerhöhung“ resultiert. Für diejenigen Gesellschaften, die jedoch den weiten Spielraum ausnützen wollen, gewährt das Institut des Kapitalbandes gesteigerte Flexibilität.

Aus diesen Gründen ist daher unseres Erachtens das *Kapitalband* einer Regelung gemäss Variante II (genehmigte Kapitalerhöhung und genehmigte Kapitalherabsetzung) *vorzuziehen*.

Der Vollständigkeit halber sei jedoch angemerkt, dass auch die Variante II dem geltenden Rechtszustand vorzuziehen ist.

III. Die Aktionärsrechte

1. Die Rückerstattung von Leistungen

a) Art. 678 VE OR

Die Ausdehnung der Rückerstattungspflicht auf die Mitglieder der Geschäftsleitung sowie die ersatzlose Streichung der Bezugnahme auf die wirtschaftliche Lage der betroffenen Gesellschaft werden *begrüssst*. Auch die Anpassungen an die allgemeinen Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung in Art. 62 ff. OR – die neue Verjährungsfrist sowie die Streichung des Ausdrucks „in bösem Glauben“ – erachten wir als positiv.

Für *zu weitgehend* halten wir jedoch die ersatzlose Streichung des Ausdrucks „offensichtlich“ in Abs. 2 der genannten Bestimmung. Bei der Einführung des heute geltenden Gesetzeswortlautes sollten kleinliche Nachrechnungen vermieden und den Gesellschaften die Ausübung eines geschäftsmässigen Ermessens ermöglicht werden¹³. Gemäss den Äusserungen des Begleitberichts wird die Weglassung des Terminus „offensichtlich“ zu keinen materiellen Änderungen führen¹⁴. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden: Lässt der Gesetzestext zu, dass *jedes* Missverhältnis zu einer Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 VE OR führt, so entspricht dies dem Wegfall jeglicher relevanten Hürde. Während nach geltendem Recht lediglich jene Leistungen zurückzuerstatten sind, welche zur Leistung der Gesellschaft in einem derartigen Missverhältnis stehen, dass die Unverhältnismässigkeit sofort auffällt, könnten nach dem Wortlaut des Vorentwurfs auch Leistungen zurückgefordert werden, deren Verhältnismässigkeit nicht mit Sicherheit bestritten werden kann. Um den eingangs erwähnten, auch heute noch zutreffenden Kriterien der Rückerstattung von Leistungen der Gesellschaft auch nach Art. 678 VE OR genügend Geltung zu verschaffen, beantragen wir deshalb die *Ersetzung* des Wortes „offensichtlich“ durch den Terminus „erheblich“: Damit die Leistungen von deren Empfänger an die Gesellschaft zurückerstattet werden müssen, muss demnach ihr Missverhältnis zur Leistung des Empfängers nicht unmittelbar ins Auge springen. Der Gesellschaft verbleibt damit ausreichend Spielraum, um bei der Festlegung ihrer Leistung ihr Ermessen zu entfalten.

Neu dürfen gemäss Abs. 3 der Bestimmung auch Gläubiger auf Rückerstattung der Leistung an die Gesellschaft klagen. Die Begründung dieser materiellen Änderung durch den Begleitbericht erscheint gerechtfertigt. Allerdings muss darauf hingewiesen werden, dass mit der Eingriffsmöglichkeit von Gläubigern ein eigentlicher Systemwechsel vollzogen wird. Gemäss geltendem Recht dürfen sich Gläubiger bei aufrechtstehender Gesellschaft nicht in das interne Fehlverhalten von Gesellschaftsorganen einmischen. In Bezug auf die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 752 ff. OR sieht der Vorentwurf diesbezüglich auch keinerlei Änderungen vor. Die Divergenz zwischen der Eingriffsmöglichkeit der Gläubiger nach Art. 678 VE OR und ihrem Ausschluss in Art. 752 ff. OR lässt sich kaum durch systematische Argumentation erklären. Allerdings erachten wir die Einführung dieser Rückforderungsbefugnis auch für Gläubiger im Rahmen von Art. 678 VE OR als sinnvoll. Ein Präjudiz für das Verantwortlichkeitsrecht in Art. 752 ff. OR darf sie jedoch nicht darstellen.

2. Die Leistungspflicht des Aktionärs, Art. 680 VE OR

Die Klarstellung in Art. 680 Abs. 1 VE OR, dass den Aktionären durch das Gesetz Pflichten auferlegt werden dürfen, ist *zu begrüessen*. Insbesondere die Vorschriften des BEHG widerlegen bereits nach geltendem Recht den Grundsatz, dass die einzige Pflicht des Aktionärs in der Liberierung seiner Aktien besteht.

¹³ BSK OR II-Kurer, 2. Aufl., N. 17 zu Art. 678.

¹⁴ Begleitbericht, Ziff. 3.1.26, S. 65.

3. Auskunfts- und Einsichtsrecht

a) Art. 697 VE OR

Die Klarstellung, dass eine Auskunftsverweigerung lediglich bei der Gefährdung von Geschäftsinteressen oder anderen vorrangigen Interessen der Gesellschaft möglich ist, wird begrüsst. Auch die gesetzliche Verankerung des Anspruchs auf Begründung bei einer allfälligen Auskunftsverweigerung entspricht dem Erfordernis der Transparenz und wird damit als positiv erachtet.

Die Einführung eines *jederzeitigen* Rechts auf schriftliche Auskunft innert 60 Tagen birgt jedoch ein beträchtliches Missbrauchspotential. Die Erteilung von Auskunft bindet Ressourcen und erfordert stets eine sorgfältige Abwägung mit den Geschäftsgeheimnissen sowie anderen Interessen der Gesellschaft. Die Einführung eines voraussetzungslosen, jederzeitigen Auskunftsrechts würde die Gesellschaften übermässig belasten. Damit die Gleichbehandlung der Aktionäre bezüglich der Auskunftserteilung ausserhalb der Generalversammlung dennoch gewährleistet werden kann, sollte das jederzeitige Auskunftsrecht zwar eingeführt, jedoch missbrauchsfeindlich ausgestaltet werden. Denkbar wäre folgende Formulierung: „Jeder Aktionär kann vom Verwaltungsrat *zur Wahrnehmung begründeter Aktionärsinteressen* jederzeit schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen (...)“.

b) Art. 697bis VE OR

Der Vorentwurf übernimmt die bereits unter geltendem Recht vorhandene alternative Zuständigkeit von Verwaltungsrat und Generalversammlung zur Gewährung der Einsicht. Wie unter geltendem Recht findet sich somit auch im Vorentwurf keine Regelung über die endgültige Kompetenzverteilung zwischen den beiden Organen. Der Begleitbericht äussert sich dahingehend, dass der Verwaltungsrat aufgrund seiner aktienrechtlichen Treuepflicht gegenüber dem Unternehmen die Einsichtnahme verhindern muss, wenn die Generalversammlung dem Gesuch trotz des Vorliegens von Ablehnungsgründen stattgegeben hat¹⁵. Diese Delegation der Letztentscheidungsbefugnis findet sich jedoch nicht im Gesetz. Unter geltendem Recht – welches in Bezug auf die Alternativzuständigkeit denselben Wortlaut aufweist wie der Vorentwurf – ist die Frage jedenfalls *nicht geklärt*¹⁶.

Zudem erweist sich die Erteilung der Entscheidkompetenz an die Generalversammlung auch aus weiteren Gründen als unglücklich: Zum einen erscheint höchst fraglich, ob der Generalversammlung eine umfassende Interessenabwägung überhaupt möglich ist. Die Generalversammlung besteht aus Aktionären. Die meisten unter ihnen sind mit den Geschäftsgeheimnissen sowie anderen Informationen über die Gesellschaft nicht vertraut. Es ist daher unklar, wie sie die Abwägung zwischen dem Interesse des Gesuchstellers auf Information sowie dem Interesse der Gesellschaft an Geheimhaltung überhaupt kompetent treffen können. Zum anderen äussert sich weder der Vorentwurf noch dessen Begleitbericht zur Frage, wie ein Beschluss der Generalversammlung zur Erteilung des Einsichtsrechts durchgesetzt werden könnte: Es ist der Verwaltungsrat, welcher letztlich sein Einverständnis zur Edition bestimmter Dokumente gibt. Verweigert er deren Herausgabe, so verfügt weder die Generalversammlung noch der Einsicht verlangende Aktionär über eine Möglichkeit rechtlichen Zwanges. Das einzige anwendbare Rechtsmittel ist eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR. Ein Schaden für die Gesellschaft wird sich bei der Verweigerung der Einsichtnahme jedoch praktisch nie nachweisen lassen.

Ebenfalls nicht geregelt wird die Frage, inwiefern sich das Auskunfts- bzw. Einsichtsrecht der Gesellschafter der Konzernmutter auch auf Informationen über die abhängigen Konzernge-

¹⁵ Begleitbericht, Ziff. 3.1.32, S. 72.

¹⁶ BSK OR II-WEBER, 2. Aufl., N. 18 zu Art. 697.

sellschaften bezieht. Mit seinem Entscheid 4C.81/2005 vom 2. November 2005 hat das Bundesgericht in Erwägung 1.3.3 klargestellt, dass eine Klägerin, welche über die ihr zur Verfügung stehende Konzernrechnung hinaus „Einsicht in die Jahresrechnungen der Beteiligungsgesellschaften und die zugehörigen Revisionsberichte verlangt“, nachweisen muss, „dass diese weitergehenden Informationen für sie erforderlich sind, um ihre Aktionärsrechte in der Beklagten als Konzernobergesellschaft sinnvoll ausüben zu können.“ In Bezug auf die Auskunftserteilung erscheint die Regelung von Art. 697 Abs. 3 VE OR als ausreichend, um dieser Praxis Ausdruck zu geben: Die Auskunft muss nur dann erteilt werden, wenn sie für die *Ausübung der Aktionärsrechte (in der Konzernobergesellschaft) erforderlich* ist. In der neuen gesetzlichen Bestimmung über das Einsichtsrecht findet sich jedoch kein derartiges Erfordernis. Wir beantragen aus den oben ausgeführten Gründen, diese Voraussetzung im Sinne einer *Klarstellung* ebenfalls in Art. 697bis VE OR aufzuführen.

4. Sonderuntersuchung

a) Art. 697b VE OR

Die Einführung der neuen Schwellenwerte in Art. 697b Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VE OR wird begrüsst. *Nicht angebracht* ist jedoch die in Ziff. 3 geschaffene Möglichkeit, dass auch Personen, welche über Aktien im Börsenwert von zwei Millionen Franken verfügen, gegen den Willen der Generalversammlung die gerichtliche Anordnung einer Sonderuntersuchung verlangen können. Die Festsetzung eines absoluten Schwellenwertes vernachlässigt die höchst unterschiedlichen Börsenwerte der angesprochenen Publikumsgesellschaften. Während sich für kleinere Gesellschaften mit kotierten Aktien die Schwelle als beträchtliche Hürde erweist, stellt sie für Grossgesellschaften eine kaum nennenswerte Grösse dar. Die Kosten einer Sonderuntersuchung belaufen sich auf erhebliche Summen. Deren Auslösung durch einen einzelnen oder wenige weitgehend unbedeutende Minderheitsaktionäre darf nicht die Regel werden¹⁷. Soll der Zugang für die Aktionäre von Publikumsgesellschaften zum Institut der Sonderuntersuchung erleichtert werden, so muss dies mittels einer relativen, nicht einer absoluten Schwelle geschehen.

b) Art. 697g VE OR

Die Auffassung des Begleitberichts, mit der neuen Regelung bleibe die gesetzliche Lage unverändert, trifft unseres Erachtens nicht zu: Gemäss dem geltenden Recht erfolgt bei der Durchführung einer Sonderprüfung die Kostenaufgabe an den Gesuchsteller immer dann, wenn ‚besondere Umstände‘ es rechtfertigen. Dies ist stets dann anzunehmen, wenn er ein Verhalten gegen Treu und Glauben an den Tag legt, indem er die Sonderprüfung z.B. übereilt, mutwillig oder mit Schädigungsabsicht beantragt¹⁸. Der Vorentwurf hingegen überträgt die Kosten der Sonderuntersuchung der Gesellschaft; eine Abweichung von dieser Regelung kann nur noch in Fällen des Rechtsmissbrauchs erfolgen¹⁹. Die übereilte Beantragung einer Sonderprüfung kann jedoch nicht als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden. Zumindest in diesen Fällen soll neu die Gesellschaft die Kosten der Sonderuntersuchung übernehmen. Eine derartige Regelung erscheint *nicht adäquat*. Die Kosten für eine Sonderuntersuchung sind erheblich. Die unsorgfältige Abwägung des Gesuchstellers darf sich auch finanziell nicht auf die betroffene Gesellschaft auswirken. Diesem Punkt ist insbesondere deshalb vermehrte Aufmerksamkeit zu schenken, weil die Schwellenwerte zur Beantragung einer Sonderuntersuchung massiv herabgesetzt werden sollen. Je einfacher eine Sonderuntersuchung eingeleitet werden kann, desto differenzierter hat die Kostenauflegung zu erfolgen.

¹⁷ Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Art. 697b Abs. 3 Ziff. 2 und Art. 697g VE OR weitere Erleichterungen bringen sollen.

¹⁸ BSK OR II-WEBER, 2. Aufl., Art. 697g N. 4 m.w.H.

¹⁹ Begleitbericht, Ziff. 3.1.34, S. 75.

5. Einberufung der Generalversammlung und Traktandierung

a) Art. 699 VE OR

Die in Art. 699 Abs. 3 Ziff. 3 VE OR eingeführte Schwelle von fünf Millionen Franken Börsenwert erweist sich aus den soeben unter Ziff. 4 lit. a) ausgeführten Gründen als *ungeeignet*. Auch im Rahmen der Einberufung nach Art. 699 VE OR wird daher beantragt, die absolute Schwelle von fünf Millionen Franken Börsenwert zu streichen oder aber durch eine relative Schwelle zu ersetzen.

b) Art. 699a VE OR

Die unter Ziff. 4 lit. a) und Ziff. 5 lit. a) aufgeführten Argumente können in Bezug auf die Traktandierungsmöglichkeit bei Verfügung über Aktien im Börsenwert von zwei Millionen Franken wiederholt werden. Die Generalversammlung einer grossen Publikumsgesellschaft könnte sonst durch die Inhaber eines verschwindend kleinen Anteils am Aktienkapital völlig blockiert werden. Die Durchführung einer GV erfordert eine gewisse Struktur. Aufgrund der zahlreichen Teilnehmer ist eine Beschränkung auf wesentliche Punkte angebracht. Gerade diese beiden Kriterien könnten bei der Möglichkeit, dass einige unbedeutende Aktionäre zur Traktandierung zugelassen werden, nicht mehr erfüllt werden. Auch im Rahmen von Art. 699a VE OR beantragen wir daher, die absolute Schwelle von zwei Millionen Franken Börsenwert zu *streichen* oder aber durch eine relative Schwelle zu *ersetzen*.

c) Art. 700 VE OR

In der Literatur zum geltenden Recht wird auf den zu engen Wortlaut von Art. 700 OR hingewiesen²⁰: Die Einberufung der Generalversammlung hat in der durch die Statuten sowie durch das Gesetz vorgeschriebenen Form zu erfolgen. Als gesetzliche Formvorschrift wird insbesondere auf Art. 696 Abs. 2 OR verwiesen²¹. Auch der Vorentwurf zu Art. 700 OR bezeichnet als massgebliche Quelle für die Formvorschrift lediglich die Statuten. Infolge der allzu engen Fassung des geltenden Rechts wird die folgende *Ergänzung* vorgeschlagen:

„Die Generalversammlung ist spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag einzuberufen. Die Statuten *und das Gesetz* bestimmen die Form (...).“

IV. Die Generalversammlung

1. Die Abschaffung der Organvertretung, Art. 689c OR

Im Begleitbericht²² wird unzutreffenderweise behauptet, dass die Organvertretung heute in der Praxis bloss eine geringe Bedeutung habe. Tatsächlich wird jedoch regelmässig ein erheblicher Stimmenanteil von Organvertretern vertreten, so dass die vorgeschlagene Abschaffung sich durchaus auf die Praxis auswirken würde. Im Falle einer Abschaffung der Organvertretung ist anzunehmen, dass sich Aktionäre – wie dies bereits gang und gäbe ist – von Organen persönlich, d.h. nach den Regeln der bürgerlichen Stellvertretung nach Art. 32 ff. OR vertreten liessen. Im Gegensatz zu den Organvertretern haben solche Stellvertreter keine Pflicht zur Angabe, wie viele Stimmen sie in der Generalversammlung vertreten. Nur durch die Beibehaltung der Organvertretung kann eine entsprechende Anonymisierung verhindert und die Transparenz bei der Stimmrechtsvertretung beibehalten werden. Die obligatorische Ernennung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters im Falle einer Organvertretung stellt ein ge-

²⁰ Vgl. BSK OR II-DUBS / TRUFFER, 2. Aufl., N. 8 zu Art. 700.

²¹ BSK OR II-DUBS / TRUFFER, 2. Aufl., N. 8 zu Art. 700 sowie von BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss des Aktienrechts, S. 109 N. 501.

²² Ziff. 3.1.29, S. 68.

nügendes Korrektiv dar, um einer Missbrauchsgefahr entgegenzuwirken. Auf die vorgeschlagene Abschaffung der Organvertretung sollte daher *verzichtet* werden.

2. Die Depotvertretung, Art. 689d OR

Der Begleitbericht schlägt die Streichung der Depotvertretungsbestimmung, die heute eine „lettre morte“ darstellt, vor. Dabei bleibt jedoch ausser Acht, dass die Depotvertretung wohl gerade *wegen* der geltenden Regelung (Weisungspflicht) marginalisiert wurde. Bei einer Streichung der Regelung zur Depotvertretung bestünde keine Schutznorm, wenn Depotbanken – was zu erwarten ist - an der Generalversammlung nach den Regeln der bürgerlichen Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) als Aktionärsvertreterinnen auftreten. Unseres Erachtens sollte die Regelung der Depotvertretung daher *beibehalten* werden.

3. Die Beschlussfassung, Art. 703 VE OR

Die vorgeschlagene Fassung von Art. 703 VE OR steht wohl damit im Zusammenhang, dass bei Fehlen einer Weisung an den Stimmrechtsvertreter die Stimmenthaltung vorgeschrieben werden soll (Art. 689d Abs. 2 VE OR). Würden Enthaltungen sich – wie bisher – wie Nein-Stimmen auswirken, käme es ansonsten zu einer massiven Verzerrung der Abstimmungsergebnisse und zur faktischen Unerreichbarkeit von Quoren. Da gemäss der vorgeschlagenen Regelung Enthaltungen nicht mehr als Nein-Stimmen gewichtet werden, braucht es entsprechend weniger Stimmen, um einen Antrag anzunehmen. Dies hat jedoch auch zur Folge, dass bei jeder Abstimmung andere Quoren gelten, je nachdem, wie viele der vertretenen Stimmen abgegeben werden. Auch könnte die Berechnung der Quoren erst *nach* der Abstimmung erfolgen. Zudem dürfte die Durchführung von Generalversammlungen vermehrt die Verwendung elektronischer Abstimmungsanlagen erfordern, was für kleinere und mittlere Unternehmen kaum tragbare Kosten verursacht.

Der Begleitbericht geht auf diese Probleme nicht ein. Wir sind jedoch der Ansicht, dass solche Überlegungen beim Entscheid über die vorgeschlagene Systemänderung (Art. 703 VE OR i.V.m. Art. 689d Abs. 2 VE OR) *einbezogen* werden sollten.

4. Verwendung elektronischer Mittel

Grundsätzlich begrüssen wir es, dass eine Möglichkeit geschaffen wird, bei Generalversammlungen von den modernen Kommunikationsmitteln Gebrauch zu machen. Allerdings zweifeln wir daran, ob sich Gesellschaften und Gesellschafter in naher Zukunft tatsächlich in erheblichem Mass der modernen elektronischen Mittel bedienen werden, da viele Aktionäre mit deren Umgang noch nicht vertraut sind. In Anbetracht der Folgen beim Auftauchen technischer Probleme dürfte es für grosse Gesellschaften faktisch keine Option darstellen, Generalversammlungen mit Hilfe von elektronischen Mitteln durchzuführen.

V. Der Verwaltungsrat

1. Wählbarkeit

a) Allgemeines, Art. 707 Abs. 1 und 2 VE OR

Die „Pflichtaktie“ als Wählbarkeitsvoraussetzung gemäss Art. 707 Abs. 1 und 2 OR soll aufgegeben werden, um Harmonie zwischen der GmbH-Vorlage und dem neuen Aktienrecht herzustellen. Angesichts der bereits unter geltendem Recht stattgefundenen Degenerierung der Pflichtaktie zur reinen Formalie ohne tatsächliche Anreizfunktion ist es nicht sinnvoll, an

Abs. 1 und 2 in der herkömmlichen Fassung festzuhalten. Der Botschaft zur GmbH-Vorlage²³ ist in diesem Punkt nichts hinzuzufügen.

b) Kreuzweise Einflussnahme, Art. 707 Abs. 3 VE OR (i.V.m. Art. 717a VE OR)

Verwaltungsratsmitglieder sollen nicht kreuzweise in Entschädigungsausschüssen Einsitz nehmen und damit den unabhängigkeitsfördernden Sinn dieser Ausschüsse unterlaufen. Der Gesamtverwaltungsrat von Publikumsgesellschaften ist dafür verantwortlich, dass es zu keiner gegenseitigen Abhängigkeit zwischen Verwaltungsratsmitgliedern bei der Festsetzung der Bezüge in verschiedenen Entschädigungsausschüssen kommt.

Die Bestimmung ist daher zusammen mit Art. 717a VE OR zu lesen, der einen Beitrag zur Vermeidung von Interessenkonflikten leisten soll; die einzelnen Verwaltungsräte haben nach Art. 717a VE OR dem Verwaltungsratspräsidenten Interessenkonflikte – d.h. konkret auch den Einsitz in Entschädigungsausschüssen, der i.S.v. Art. 707 Abs. 3 VE OR problematisch ist – zu melden.

Nicht ohne weiteres leuchtet ein, dass solche international anerkannten, grundlegenden Corporate Governance-Regeln einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, zumal der Begleitbericht²⁴ darauf hinweist, der Handlungsbedarf im Bereich der Transparenz hinsichtlich der Organisation des Verwaltungsrats sei gering. Soll die Materie von Art. 707 Abs. 3 VE OR tatsächlich im Gesetz geregelt werden, so wird angeregt, dies im Zusammenhang mit dem *Organisationsreglement* (OR 716b Abs. 2 VE OR) zu tun.

2. Interessenkonflikte, Art. 717a VE OR

a) Im Allgemeinen

Vor allem mit Blick auf Art. 717 OR (Sorgfalts- und Treuepflicht – resp. deren Verletzung – als Grundlage eines Vorgehens nach Art. 754 OR) ist *ungewiss*, ob Art. 717a VE OR etwas Neues bringt und ob ein Verstoß gegen diese unseres Erachtens rein deklaratorische Organisationsnorm Haftungsfolgen zeitigen kann. Es ist unsicher, ob Art. 717a VE OR eine reine Corporate Governance-Handlungsanweisung ohne Konsequenzen oder bereits eine Schutznorm darstellt, deren Verletzung widerrechtlich wäre.

Der Begleitbericht hält in Ziff. 2.2.7²⁵ fest, bei der Ordnung der Aufgaben des Verwaltungsrats i.S.v. Art. 717a VE OR – wozu offenbar auch der Umgang mit Interessenkonflikten gemäss Art. 707 Abs. 3 VE OR zählt – handle es sich um haftungsrelevante Tatbestände. Liegt indessen effektiv ein schadensträchtiger Interessenkonflikt vor, ist Art. 717 OR ohnehin erfüllt; Art. 707 Abs. 3 und Art. 717a VE OR bringen daher dogmatisch lediglich einen bescheidenen unmittelbaren Gewinn. Begrüssenswert ist immerhin, dass die Problematik der Interessenkonflikte vom Gesetzgeber insofern angegangen wird, als eine Klarstellung erfolgt, der Verwaltungsrat sei verpflichtet, zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses Massnahmen zu ergreifen. Die Widerrechtlichkeit des Unterlassens steht damit ausser Zweifel, was im Verantwortlichkeitsprozess hilfreich sein kann. Ferner vergegenwärtigt diese Bestimmung gerade den Verwaltungsräten kleiner und mittlerer Gesellschaften, dass die Interessenwahrung zu Gunsten der Gesellschaft eine dauernde, umfassende und haftungsrelevante Aufgabe darstellt. Rechtsunsicherheiten können auf diese Weise vermieden oder entschärft werden, selbst wenn dies über die Normierung von Selbstverständlichkeiten geschieht.

Schliesslich stellt sich auch die Frage, wie die Positivierung des angezeigten Umgangs mit Interessenkonflikten resp. die Anweisungen, wie solche zu vermeiden sind, zum neu einge-

²³ BBl 2002 3228 f.

²⁴ Ziff. 2.2.7, S. 19.

²⁵ S. 19.

fürten Tatbestands des Organisationsverschuldens im Unternehmensstrafrecht steht (Art. 100^{quater} StGB): Wird das StGB durch Bestimmungen wie Art. 717a VE OR konkretisiert, oder entsteht ein Konflikt?

b) Grundsätzlicher Mangel in der Konzeption von Art. 707 Abs. 3 und Art. 717a VE OR: Keine Regelung der Konzernproblematik

Ist von der Problematik der kreuzweisen Einsitznahme von Verwaltungsräten in Entschädigungsausschüssen verschiedener Gesellschaften die Rede, erstaunt, dass weder Art. 707 Abs. 3 noch Art. 717a VE OR die Problematik von *Interessenkonflikten im Konzernverhältnis* thematisieren: Das Problem der „fiduziarischen Verwaltungsräte“, welche vom herrschenden Unternehmen im Verwaltungsrat einer abhängigen Gesellschaft eingesetzt werden und sich in einem Konflikt befinden, welche Gesellschaftsinteressen sie wahrnehmen sollen, ist seit längerer Zeit bekannt und wird von der Praxis kaum befriedigend gelöst. Im Rahmen einer grösseren Aktienrechtsrevision müsste dem Drängen der Lehre, diese Problematik einer befriedigenden Lösung zuzuführen²⁶, Rechnung getragen werden.

Der Vorentwurf unternimmt jedoch keinen Versuch, den Konflikt zu lösen. Im Gegenteil wird das Problem durch die Änderung des Konzernbegriffs in Art. 963 Abs. 1 VE OR noch verschärft. Neu soll nämlich nicht mehr die einheitliche Leitung für den Konzernbestand massgebend sein, sondern die Kontrolle (vgl. dazu hinten IX.11.). Damit entfällt der (ausdrückliche) gesetzliche Hinweis auf die Zulässigkeit der einheitlichen Leitung im Konzern; rechtslogisch gilt damit für den fiduziarischen Verwaltungsrat Art. 717 OR uneingeschränkt. Stimmen die Interessen der abhängigen Gesellschaft nicht mit den Vorgaben der einheitlichen Leitung überein, müsste er demnach immer zu Gunsten der abhängigen Gesellschaft handeln, um sich nicht einer Verantwortlichkeit nach Art. 754 ff. OR auszusetzen. Die einheitliche Leitung in Konzernverhältnissen könnte dann einzig mittels Wahrnehmung der Aktionärsrechte des herrschenden Unternehmens – d.h. im Wesentlichen an der Generalversammlung – durchgesetzt werden, was jedoch eine effektive Konzernierung verhindert und der Rechtswirklichkeit widerspricht. Da der Vorentwurf wohl kaum die Absicht verfolgt, die Möglichkeit der Konzernierung im schweizerischen Recht abzuschaffen, ist eine gesetzliche Klärung der Pflichten des fiduziarischen Verwaltungsrates *dringlicher* denn je.

Unseres Erachtens wäre zudem eine Klärung der Haftung mit einer *Ergänzung* von Art. 717 oder 717a VE OR sinnvoll: Es sollten auch juristischen Personen (als herrschende Gesellschaften) in den Verwaltungsrat abhängiger Gesellschaften wählbar sein. Die in den Verwaltungsrat einer abhängigen Gesellschaft gewählten juristischen Personen würden in diesem durch Vertreter (natürliche Personen) handeln und für deren Verhalten haften.

Durch diese längst überfällige Klarstellung würde sich an der Haftungslage im Konzernverhältnis faktisch zwar nur wenig ändern – die herrschende Gesellschaft haftet unter der aktuellen Rechtslage ohnehin, entweder mittelbar oder unmittelbar –, die rechtliche Basis der Haftung der herrschenden Gesellschaft würde aber den effektiven Gegebenheiten angepasst. Die „Strohmannproblematik“ mit ihren reputativ und rechtlich negativen Auswirkungen wäre damit entschärft.

²⁶ VON BÜREN, Der Konzern, SPR VIII/6, 2. Aufl., Basel 2005, S. 169 ff.; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich 2004, § 13 N. 620 m.w.H.; BSK OR II-Watter, 2. Aufl., N. 3 zu Art. 716a OR; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss des Aktienrechts, Zürich 2005, N. 1603 ff.; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N. 44 ff. und 175 ff.

3. Amtsdauer, Art. 710 VE OR

a) Gesetzliche Amtszeitbeschränkung

Neu ist, dass eine Wahl des Verwaltungsrats in corpore nicht mehr möglich sein und dass das Aktionariat die Möglichkeit erhalten soll, die Leistungen der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder jedes Jahr – und nicht mehr, je nach Statuten, alle drei oder sogar und höchstens alle sechs Jahre – an der Generalversammlung zu bewerten. Der Begleitbericht bemerkt dazu, die geltende Regelung entspreche „nicht einer guten Corporate Governance und führt im Ergebnis zu einer faktischen Einschränkung der Wahlrechte der Aktionärinnen und Aktionäre. Der Vorentwurf stellt daher die Einzelwahl aller Mitglieder des Verwaltungsrats auf jeweils ein Jahr zur Diskussion ... Das Recht der Generalversammlung und der Mitglieder des Verwaltungsrates, das Mandat jederzeit zu beenden, bleibt vorbehalten“²⁷.

Wir halten es *nicht für angebracht*, eine einjährige Wahlperiode gesetzlich festzulegen: Leitgedanke bei der Festlegung maximaler Amtszeiten müssen die Funktionsfähigkeit des Verwaltungsrats und das Gesellschaftsinteresse bzw. das Interesse der Aktionäre sowie deren Möglichkeit zur Einflussnahme in ihrer Eigenschaft als Prinzipal und Kapitalgeber sein.

Es sind durchaus Situationen denkbar, in welchen sich der Druck der jährlichen Wiederwahl negativ auf die Strategiewahl des Verwaltungsrats niederschlagen kann, etwa wenn eine mittel- bis längerfristige Anpassung der Unternehmensstrategie an gewandelte Verhältnisse in Frage steht (z.B. in Technologiemarkten, über welche die Aktionäre in der Regel im Gegensatz zum Verwaltungsrat und zur Geschäftsleitung keine ausreichenden Kenntnisse besitzen).

Sehen die Statuten nichts anderes vor, dauert ein Verwaltungsratsmandat bereits unter dem geltenden Recht von einer ordentlichen Generalversammlung bis zur nächsten. Zudem kann die Generalversammlung den Verwaltungsrat jederzeit unter Vorbehalt auftragsrechtlicher Entschädigungsansprüche abberufen (Art. 705 OR). Ausgehend vom Prinzip von Art. 705 OR halten wir es für sinnvoller, es der Gesellschaft zu überlassen, statutarisch die jeweils angezeigten Amtszeiten für die Verwaltungsrat festzulegen (allenfalls beschränkt auf drei oder vier Jahre, wie dies das OR resp. der Swiss Code of Best Practice heute vorschlagen). Damit wird dem Aktionärs- und Gesellschaftsinteresse besser gedient als mit einer starren, jährlichen Wiederwahl mit dem damit erzeugten, potentiell kontraproduktiven Druck. Inwiefern durch das heute geltende Regime das Wahlrecht der Aktionäre „faktisch“ gefährdet sein soll, wie dies der Begleitbericht befürchtet, erhellt nicht ohne weiteres, insbesondere wenn man sich vergegenwärtigt, dass es bereits unter dem geltenden Recht möglich ist, an jeder jährlichen Generalversammlung die Wieder- resp. Abwahl des Verwaltungsrates zu traktandieren.

b) Einzelwahl

Diese Regel halten wir in verschiedener Hinsicht für *unglücklich*:

Der Verwaltungsrat hat als Kollegium zu amten, und ihm wird in der Regel als Kollegium die Décharge erteilt. Ein Kollegium mit den daraus folgenden „Verbundvorteilen“ kann nur entstehen, wenn sich sämtliche Mitglieder ins Kollegium einfügen.

Der Verwaltungsrat hat im Fall von Vakanzen bereits nach Massgabe des Swiss Code of Best Practice (Ziff. 12 ff., insb. Ziff. 13) im Sinne wohlverstandener Vorbereitung dafür zu sorgen, dass die Nachfolge zweckmässig geregelt werden kann. Das bedeutet, dass der Gesamtverwaltungsrat der Generalversammlung die notwendigen personellen Erneuerungen unter Beachtung von Art. 709 OR (Vertretung von Aktionärsgruppen) vorschlägt, und die Generalversammlung den Verwaltungsrat in der Regel in corpore wählt.

²⁷ Begleitbericht, Ziff. 2.2.3, S. 16.

Die Einzelwahl birgt die Gefahr in sich, dass einzelne Verwaltungsratsmitglieder (allgemein oder als Vertreter einzelner Gruppen) nicht mehr nach eigener Überzeugung stimmen, sondern auf die Gruppeninteressen oder die Interessen wichtiger Aktionäre achten, weil die jährlich wiederkehrende Gefahr einer Abwahl droht. Zudem haben, wie angetönt, qua Gesetz oder nach Massgabe der Statuten auch Minderheiten einen Anspruch, im Verwaltungsrat vertreten zu sein. Gruppierungen, welche in diesem Sinne (Art. 709 OR) ein berechtigtes Interesse an der Gestaltung der Zusammensetzung des Verwaltungsrat haben, können auf diese Weise und über die Ausübung ihres Stimm- und Wahlrechts Einfluss auf den Vorschlag einzelner Verwaltungsratsmitglieder nehmen.

Schliesslich sehen viele Gesellschaften bereits heute nach Massgabe des Swiss Code of Best Practice vor, dass die Wahlen (Neuwahlen, Wiederwahlen) resp. die Dauer der Mandate zeitlich gestaffelt angelegt sind („staggered board“).

Es wird daher angeregt, Art. 710 OR in der bisherigen Form *beizubehalten* und es der AG zu überlassen, statutarisch die je nach Gesellschaft angezeigten Regelungen zu treffen.

4. Kapitalverlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit

a) Marginalie zu Art. 725 VE OR

Obwohl eine Erweiterung der verwaltungsrätlichen Handlungs- und Anzeigepflichten auf den Fall der drohenden Zahlungsunfähigkeit vorgeschlagen wird, soll die Marginalie (VII. Kapitalverlust und Überschuldung) offenbar nicht angepasst werden. Dieses Versäumnis sollte u.E. *behoben* werden.

Im Weiteren soll in der Marginalie neu von den „Anzeigepflichten des Verwaltungsrats“ die Rede sein; völlig unbeachtet bleibt dabei aber die Tatsache, dass Art. 725 VE OR durchaus nicht nur Anzeige- sondern auch andere Pflichten des Verwaltungsrates vorsieht. Die Marginalie ist daher missverständlich und gibt zu Verweisungsproblemen Anlass (vgl. hinten VIII.1.b), VIII.2.a)); sie sollte daher mit „*Handlungspflichten* des Verwaltungsrats“ ersetzt werden, was die Anzeigepflicht umfassen würde.

b) Ergänzung von Art. 725 VE OR

Zu Gunsten der Klarheit wird angeregt, in Art. 725 VE OR eine *klare Definition* von Kapitalverlust und Überschuldung aufzunehmen. Dies wäre erreichbar, wenn – anders als im geltenden Recht und auch im Vorentwurf – Bilanzverlust und Eigenkapital (statt Aktiven und Fremdkapital) in ein Verhältnis zueinander gesetzt würden: Ein hälftiger Kapitalverlust liegt vor, wenn der Bilanzverlust grösser ist als die Hälfte des Eigenkapitals; eine Überschuldung, wenn der Bilanzverlust das Eigenkapital übersteigt. Inhaltlich ändert sich damit nichts, doch würde die Verständlichkeit dieser wichtigen Vorschrift erheblich verbessert.

c) Art. 725 Abs. 3, 4 und 5 VE OR

Wir halten es für *sinnvoll*, die drohende Zahlungsunfähigkeit als Grund für die Erstellung von Zwischenbilanzen, eine verstärkte Einbindung der Revisionsstelle und gegebenenfalls die Benachrichtigung des Gerichts ins Gesetz aufzunehmen. Die derartige Erfassung der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist ein adäquates Mittel, den Gläubigerinteressen besser Rechnung zu tragen, zumal unter der geltenden Regelung der Verwaltungsrat qua Gesetz auch bei absehbarer Zahlungsunfähigkeit der AG nicht gehalten ist, Massnahmen i.S.v. Art. 725 OR zu ergreifen, solange das Eigenkapital gerade noch zur Hälfte gedeckt ist. Ausserdem führt die Anzeige der Zahlungsunfähigkeit ohnehin zu besserem Gläubigerschutz als der Kapitalschutz, da das Aktienkapital relativ frei veräussert resp. reduziert werden kann, solange keine Einlagenrückgewähr an den Aktionär erfolgt.

Erstaunlich ist aber angesichts der vorgeschlagenen, prinzipiell zu begrüssenden Regelung, dass weder Vorentwurf noch Begleitbericht erwähnen, wie und nach welchen Kriterien die „drohende Zahlungsunfähigkeit“ festgestellt werden soll. Da die Konsequenzen der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit für Verwaltungsrat, Revisionsstelle und Gesellschaft einschneidend sind, ist eine entsprechende *Klarstellung* im Gesetz unseres Erachtens *unerlässlich*.

Allenfalls wäre es angebracht, den Verwaltungsrat (z.B. in Anlehnung an das neuseeländische Aktienrecht, wo der Kapitalschutz eine marginale Rolle spielt) zu verpflichten, jährliche (oder quartalsweise), der Revision unterliegende Zahlungsfähigkeitserklärungen abzugeben; nach wie vor müsste allerdings die Methode der Feststellung der Zahlungsfähigkeit, resp. der Zahlungsunfähigkeit, geklärt werden.

d) Problematisches Verhältnis zwischen Art. 725 VE und der Aufhebung von Art. 670 bzw. 671b OR VE (Aufwertung von Beteiligungen und Grundstücken)

Mit der Aufhebung von Art. 670 und 671b OR entfällt die Möglichkeit der Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen im Falle eines Bilanzverlustes; als Begründung wird angeführt, die Aufwertung stelle keine echte Sanierungsmassnahme dar.

Dies ist mit Blick auf Art. 725 OR in der geltenden sowie in der Fassung des Vorentwurfs problematisch: Wird die kurzfristige Bilanzsanierung im Zuge schlechten Geschäftsganges verunmöglicht, bedeutet dies, dass dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung zur Beseitigung einer Unterbilanz neben der Verwendung von Kapitalreserven (Art. 671 Abs. 2 VE OR) nur noch operative Sanierungsmassnahmen zur Verfügung stehen. Die Sanierungsmöglichkeiten gemäss Art. 672 Abs. 3 VE OR (welche dem geltenden Art. 671 Abs. 3 OR entsprechen), genügen kaum, um eine Unterbilanz zu kompensieren und die Konsequenzen von Art. 725 VE OR in unternehmerisch und rechnungslegungsrechtlich angebrachter Weise zu vermeiden. Operative Sanierungsmassnahmen sind langfristig und haben für das Unternehmen einschneidende Konsequenzen. Mit der Möglichkeit einer bilanzmässigen Sanierung nach Art. 670 OR liesse sich die zwingende Notwendigkeit operativer Sanierungsmassnahmen, welche in vielen Fällen einer Unterbilanz unverhältnismässig sind, vermeiden.

Die Möglichkeit einer Aufwertung ermöglicht eine Beurteilung der finanzielle Situation eines Unternehmen im Sinne eines „true and fair view“ und verhindert damit nicht nur gegebenenfalls unnötige Kostenaufwendungen für operative Sanierungsmassnahmen, sondern auch die Notwendigkeit der Konkursanzeige eines nur scheinbar überschuldeten Unternehmens. Gerade in Unternehmenskrisen ist ein „true and fair view“ wichtig, da unnötige Konkurse eine Wertzerstörung bewirken, durch welche auch die Gläubiger zu Schaden kommen. Auch unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen ist daher dem Grundsatz des „true and fair view“ gegenüber einem kompromisslos angewendeten Vorsichtsprinzip der Vorzug zu geben.

Es wird daher vorgeschlagen, Art. 670 und 671b OR *beizubehalten* (vgl. auch vorne I.6.).

VI. Die Revisionsstelle

Den Vorschlag einer Begrenzung der Haftung der Revisionsstelle *lehnen wir ab*. Das von den Revisionsstellen angeführte und auch im Begleitbericht übernommene Argument, die Revisionsstellen müssten für Führungsfehler des Verwaltungsrates solidarisch mithaften und würden aufgrund ihrer „deep pockets“ sogar oft primär eingeklagt, ist irreführend. Es trifft nicht zu, dass die Revisionsstelle unter geltendem Recht für Fehler des Verwaltungsrates einzustehen hat. Die Revisionsstelle haftet (selbstverständlich) ausschliesslich für eigene Fehler.

Wichtig ist, dass die Pflichten der Revisionsstelle, deren Verletzung zu einer Haftung führt, klar sind. Die Qualität der Leistungen der Revisionsstelle war Thema der vor kurzem verabschiedeten Reform des Revisionsrechts. Sodann ist unbestritten, dass die Revisionsstelle auch

bei fahrlässigen Verstössen (d.h. auch bei bloss leichtem Verschulden) haftbar wird. Der Schwere des Verschuldens wird nach dem geltenden Régime der „differenzierten Solidarität“ Rechnung getragen. Es ist daher nicht einsichtig, weshalb die Revisionsstelle unter Durchbrechung fundamentaler Regeln des allgemeinen Haftungsrechts nicht mehr vollständig für den von ihr fahrlässig, pflichtwidrig und adäquatkausal verursachten Schaden aufkommen sollte. Muss sie dies nicht, so sind die entsprechenden Pflichten nicht ernst gemeint –damit würde aber die Funktion der Revisionsstelle dahinfallen. Unseres Erachtens wäre daher eine Haftungsbegrenzung für Revisionsstellen systemwidrig. Die entsprechenden Regelungen in Deutschland und Österreich entsprechen durchaus nicht einem internationalen Standard, sondern stellen im internationalen Vergleich eher Ausnahmen dar.

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass der bezüglich den wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften angebrachte Verweis in Art. 759 Abs. 1bis VE OR auf Art. 727 OR unpräzise ist, zumal der Begriff der wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaft in letzterer Bestimmung nicht verwendet wird. Es wäre besser, *direkt* auf Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR zu verweisen.

VII. Das Handelsregister

1. Elektronisch veröffentlichte Daten, Art. 928 Abs. 5 VE OR

Die elektronisch veröffentlichten Daten entfalten nach dem Vorentwurf weder Rechtswirkung noch sind sie haftungsbegründend. Massgeblich sollen nach wie vor die Veröffentlichungen im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) sein. Damit erfährt die eingeführte Informatisierung des Handelsregisters eine deutliche Abschwächung, die wohl aber kaum zu vermeiden ist. Die vorgeschlagene Regelung ist daher trotz des erwähnten Vorbehalts zu *begrüssen*.

2. Staatshaftung, Art. 929 Abs. 2 VE OR

Nach der materiell neuen Regelung haftet der Kanton für alle durch die kantonalen Handelsregisterbehörden in rechtswidriger Weise verursachten Schäden. Damit wird die bisherige persönliche Verschuldenshaftung aufgegeben und eine kausale Staatshaftung eingeführt. Dieser Wechsel ist zu *begrüssen*, zumal bereits heute zahlreiche kantonale Gesetze eine kausale Staatshaftung vorsehen und der geltende Art. 928 OR kaum noch von praktischer Bedeutung ist²⁸.

3. Einträge

a) Anmeldung zur Eintragung, Art. 931a Abs. 3 VE OR

Dass bei der Anmeldung sämtliche erforderlichen Belege beigefügt werden müssen und die Anmeldung sowie die Belege den rechtlichen Anforderungen zu genügen haben, ist eine *Selbstverständlichkeit* und bräuchte nicht ausdrücklich genannt zu werden. Nach Begleitbericht ist diese Bestimmung insbesondere für fristgebundene Anmeldungen von Bedeutung²⁹. Sieht das Gesetz aber eine bestimmte Frist vor, versteht es sich von selbst, dass diese auch eingehalten werden muss, wenn die Anmeldung den rechtlichen Anforderungen entsprechen soll.

b) Wirkungen des Eintrages, Art. 933 VE OR

Nach wie vor ungeklärt bleibt die (sowohl in Lehre als auch Rechtsprechung³⁰) umstrittene Frage, inwieweit sich gutgläubige Dritte auf die Richtigkeit des Eintrages verlassen dürfen

²⁸ Vgl. BSK OR II-ECKERT, 2. Aufl., N 1 zu Art. 928 und dortige Hinweise.

²⁹ Begleitbericht, Ziff. 3.8.4, S. 94.

³⁰ Vgl. BSK OR II-ECKERT, 2. Aufl., N 10 ff. zu Art. 933.

(Gutgläubensschutz). Dies ist bedauerlich, weil die Revision endlich die Gelegenheit geboten hätte, in diesem Punkt Klarheit zu schaffen. Mit der Verankerung einer der Bestimmungen von Art. 973 ZGB³¹ vergleichbaren Regelung könnte die Frage, ob und wann auch unrichtige Einträge im Handelsregister gutgläubigen Dritten gegenüber als richtig gelten, endlich geklärt werden. Wir erachten daher eine entsprechende *Ergänzung* der Vorlage als wünschbar.

c) Melde- und Auskunftspflicht, Art. 941 Abs. 2 VE OR

An sich ist die Einführung einer Pflicht bestimmter Behörden zur Bekanntgabe von für das Handelsregister relevanten Tatsachen zu begrüssen. Zweifelhaft erscheint allerdings die umfassende Delegation der Regelungskompetenz an den Bundesrat, da eine Bekanntgabepflicht datenschutzrechtliche Probleme aufwerfen dürfte. Unseres Erachtens sollten daher mindestens die Grundzüge des Datentransfers zwischen den einzelnen Instanzen auf *Gesetzesstufe* geregelt werden.

d) Haftung für Gebühren, Art. 943 Abs. 2 VE OR

Die solidarische Weiterhaftung der ausgeschiedenen Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans während eines Jahres nach ihrem Ausscheiden für Gebühren und Auslagen, die *nach* diesem Zeitpunkt begründet worden sind, gehört unseres Erachtens *ersatzlos gestrichen*. Eine Bestimmung solchen Ausmasses kennt weder das geltende Recht noch findet sich eine Entsprechung in der Gebührenverordnung³².

VIII. Änderungen in anderen Rechtsbereichen

1. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

a) Reserven, Art. 801 VE OR

Im GmbH-Recht wird bezüglich Reserven schon im geltenden Recht (Art. 805 OR) bzw. in der GmbH-Vorlage (Art. 805 nOR) auf das Aktienrecht verwiesen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die aktienrechtlichen Vorschriften mit der Revision umgestaltet werden (Aufteilung in Kapital- und Gewinnreserven). Die Neuregelung der Gewinnreserve beschränkt den Handlungsspielraum der Unternehmen. Die gesetzliche Reserve ist neu - statt bisher bis auf 20 % des einbezahlten Kapitals – bis auf 50 % des ausgegebenen Kapitals zu äufnen; dies schränkt die Unternehmen ein in der Möglichkeit der Gewinnverteilung. Auch über die 50 %-Schwelle hinaus geäufnete Reserven sollen zudem neu nicht mehr frei verwendet werden dürfen, sondern nur noch zur Verlustdeckung, für Massnahmen zur Weiterführung des Unternehmens bei schlechtem Geschäftsgang und zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit verwendet werden dürfen.

Es fragt sich, ob es bei der GmbH angebracht ist, die Handlungsfreiheit des Unternehmens zu Gunsten von Arbeitnehmern und anderen Gläubigern derart einzuschränken; bei der GmbH entfällt ja der Aspekt des Investorenschutzes. Der Begleitbericht äussert sich dazu nicht. Im Rahmen der erst im Dezember 2005 verabschiedeten GmbH-Revision war eine Verschärfung der GmbH-rechtlichen Bestimmungen zur Reservenbildung offenbar nicht in Betracht gezogen worden. Unseres Erachtens sollte daher eingehend *geprüft* werden, ob sich eine entsprechende Verschärfung im GmbH-Recht tatsächlich rechtfertigen lässt.

³¹ Art. 973 ZGB regelt die Wirkung des Eintrages im Grundbuch gutgläubigen Dritten gegenüber.

³² Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister vom 3. Dezember 1954 (SR 221.411.1).

b) Pflichten bei Kapitalverlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, Art. 820 Abs. 1 VE OR

Die Bestimmung verweist u.a. bezüglich den „Anzeigepflichten bei Kapitalverlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit“ auf die Vorschriften des Aktienrechts. Damit wurde ein bereits im Rahmen der Reform des Revisionsrechts aufgetretener Fehler übernommen:

Art. 725 Abs. 1 OR sieht weder im geltenden noch im revidierten Recht noch in der Fassung des vorliegenden Vorentwurfs eine Anzeigepflicht bei Kapitalverlust vor. Vielmehr ist der Verwaltungsrat im Falle eines Kapitalverlusts verpflichtet, eine Generalversammlung einzuberufen und ihr Sanierungsmaßnahmen zu beantragen. Es besteht mit anderen Worten eine *Handlungspflicht*, aber keine Anzeigepflicht. Daran vermag nichts zu ändern, dass auch die Marginalie zu Art. 725 OR mit dem Begriff „Anzeigepflichten“ zu eng gefasst ist und nach dem Vorentwurf auch bleiben soll (vgl. dazu vorne V.4.a)).

Solche Mängel der Gesetzesredaktion sollten wann immer möglich vermieden werden. Wir schlagen daher vor, in Art. 820 Abs. 1 wie auch in der Marginalie zu Art. 725 statt von Anzeigepflichten von *Handlungspflichten* zu sprechen. Dieser Begriff umfasst sprachlogisch auch die Anzeigepflicht im Falle einer Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit.

c) Sanierung mittels Nachschüssen, Art. 820 Abs. 2 VE OR

Bereits im Rahmen der GmbH-Revision entschied der Gesetzgeber, dass die Sanierung mittels Nachschüssen neu nicht mehr formlos, sondern im Konkursaufschubsverfahren zu geschehen hat. Mit anderen Worten muss also der Richter auch dann benachrichtigt werden, wenn die Überschuldung kurzfristig mittels Inanspruchnahme von Nachschüssen beseitigt werden kann; ob der Konkursaufschub auch noch publiziert wird, entscheidet der Richter mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit Dritter (Art. 725a OR).

Die Notwendigkeit, das richterliche Konkursaufschubsverfahren zu beanspruchen, generiert für die bereits krisengebeutelte GmbH einen erheblichen Mehraufwand. Kommt es zusätzlich zu einer Publikation des Konkursaufschubs, entsteht zudem ein Rufschaden, der es ihr weiter erschweren wird, aus der Krise herauszufinden. Hält man sich vor Augen, dass eine statutari-sche Nachschusspflicht in der Regel nur in kleineren, stark personenbezogenen Gesellschaften besteht, so darf man sich mit Fug fragen, ob sich die Formalisierung des Verfahrens der Nachschusssanierung wirklich aufdrängt oder auch nur rechtfertigen lässt.

Im Falle der GmbH hat der Gesetzgeber dies im Rahmen der erst im Dezember 2005 verabschiedeten Revision so beschlossen. Da jedoch im Recht der Genossenschaft und des im Handelsregister eingetragenen Vereins analoge Regelungen vorgeschlagen werden (vgl. dazu sogleich 2.b) und hinten 4.), für die ihrerseits kein gesetzgeberisches Präjudiz besteht, soll die Frage hier dennoch aufgeworfen werden. Unseres Erachtens wäre es vorzuziehen, wenn im Recht der GmbH weiterhin eine *formlose Nachschusssanierung* zulässig wäre.

2. Genossenschaft

a) Pflichten bei Kapitalverlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, Art. 903 Abs. 1 VE OR

Wie im GmbH-Recht (vgl. soeben, VIII.1.b)) ist zu bemängeln, dass von „Anzeigepflichten bei Kapitalverlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit“ die Rede ist. Damit auch die Sanierungspflicht bei Kapitalverlust eingeschlossen ist, sollte von „*Handlungspflichten*“ gesprochen werden.

b) Sanierung mittels Nachschüssen, Art. 903 Abs. 2 VE OR

Unter Verweis auf das soeben Gesagte (VIII.1.c)) sollte darauf verzichtet werden, der Genossenschaft für den Fall der Nachschusssanierung das Konkursaufschubsverfahren aufzuzwingen. Auch bei Genossenschaften darf davon ausgegangen werden, dass eine Nachschusspflicht nur bei kleineren, überschaubaren Verhältnissen mit starkem Personenbezug besteht. Die Verpflichtung, bei einer Nachschusssanierung das Konkursaufschubsverfahren zu bemühen, erscheint *übertrieben*.

3. Firmenrecht, Art. 944 Abs. 2 und Art. 956 Abs. 2 VE OR

Vorgeschlagen wird die Liberalisierung der Firmenbildung: Die Firma soll neu aus reinen Sachbezeichnungen gebildet werden dürfen, wobei dann allerdings eine Ausnahme vom Firmenschutz gelten soll. Nach dem Begleitbericht besteht dennoch ein gewohnheitsrechtlicher Minimalschutz, da immerhin keine identische Firma in das Handelsregister eingetragen würde.

Unseres Erachtens ist es jedoch mit der Funktion der Firma kaum zu vereinbaren, dass Firmen, die nicht kennzeichnungskräftig sind, zugelassen werden sollen. Die Ausnahme vom Firmenschutz – welche mit der Liberalisierung untrennbar verbunden sein müsste – würde dazu führen, dass es zu einer für Konsumenten bzw. Geschäftspartner verwirrenden Verwilderung mit zahllosen kaum unterscheidbaren Firmen kommen könnte. Nach dem Begleitbericht soll zudem die Liberalisierung – bzw. aus der Sicht der Konsumenten und Geschäftspartner die Erschwerung der Unterscheidbarkeit der Firmen – auch auf das UWG übergreifen, um zu vermeiden, dass der fehlende Firmenschutz mit lauterkeitsrechtlichen Mitteln wettgemacht wird. Unseres Erachtens besteht jedoch kein Bedürfnis nach einer Lockerung des Lauterkeitsrechts.

Hinzu kommt, dass der im Begleitbericht erwähnte Minimalschutz zu einer gewissen Monopolisierung von reinen Sachbezeichnungen führen würde, was im Kennzeichenrecht systemwidrig erscheint. Daran ändert nichts, dass minimale Abweichungen von einer reinen Sachfirma für die Eintragungsfähigkeit der jüngeren Firma genügen würden. Um das im Begleitbericht³³ erwähnte Beispiel aufzugreifen: Es ist nicht ersichtlich, weshalb ein Unternehmen für sich die Sachfirma „Holzhandel AG“ monopolisieren können soll, während jüngere Firmen sich mit weniger geradlinigen Wortlauten wie „H Holzhandel AG“ begnügen müssen.

Nach dem Begleitbericht rechtfertigt es sich, mit der Liberalisierung im Firmenrecht einen bewussten Unterschied zum Markenrecht zu schaffen, bei dem höhere Anforderungen an die Unterscheidungskraft des Zeichens zu stellen seien und gemeinfreien Zeichen die Eintragung konsequent verweigert werden müsse. Diese Unterscheidung steht jedoch im Gegensatz zu kürzlich erfolgten Vorschlägen einer Vereinheitlichung des Kennzeichenrechts, mit welcher einem langjährigen Postulat des Bundesgerichts Rechnung getragen werden soll³⁴.

Unseres Erachtens überwiegen daher die Nachteile der vorgeschlagenen Regelung; auf die Neuerung sollte *verzichtet* werden. Dem laut Begleitbericht ausgewiesenen Bedürfnis nach einer Lockerung des Firmenrechts wäre möglicherweise mit einer Einführung des Branchenprinzips besser gedient³⁵.

³³ Ziff. 3.9.1, S. 95 f.

³⁴ Siehe dazu RITSCHER/DAVID, Unterwegs zu einem Kennzeichenrecht, Sic! Sondernummer „125 Jahre Markenhinterlegung“, S. 161 ff.

³⁵ Siehe dazu RITSCHER/DAVID, a.a.O., S. 168.

4. Verein: Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, Art. 69d VE OR

Der Verweis auf das Aktienrecht gilt nur für Vereine, welche zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet sind, weil sie wirtschaftlich tätig sind (kaufmännisches Gewerbe oder wirtschaftlicher Zweck). Diese sollen nun materiell den Handelsgesellschaften angenähert werden, was den Gläubigerschutz angeht. Dagegen ist nichts einzuwenden. Zu kritisieren ist aber auch hier die zwingende Anwendung des Konkursaufschubverfahrens bei Sanierung mittels Nachschüssen. Das in Bezug auf die Nachschusssanierung bei GmbH (oben VIII.1.c)) und Genossenschaft (oben VIII.2.b)) Gesagte gilt hier analog.

IX. Die kaufmännische Buchführung

1. Vorbemerkungen zu Art. 957 ff. VE OR: Rechtsformunabhängigkeit der Vorschriften über die kaufmännische Buchführung, Rechnungslegung für grosse Unternehmen, Abschluss nach Regelwerk, Konzernrechnung

Die Überarbeitung der bisherigen, äusserst rudimentären allgemeinen Buchführungsvorschriften (Art. 957 ff. OR) sowie die gleichzeitige Aufhebung der spezifisch aktienrechtlichen Buchführungsnormen (sowie der damit verbundenen Unsicherheit von deren Geltung für die GmbH und die Genossenschaft) erachten wir als *begrüssenswert*. Insbesondere die beabsichtigte Kodifizierung zahlreicher in der Praxis angewandter Buchführungsprinzipien erscheint uns sinnvoll, wird deren Bedeutung durch die Aufnahme ins Gesetz doch hervorgehoben und die Rechtssicherheit erhöht.

Die Differenzierung nach der wirtschaftlichen Grösse der Unternehmen statt wie bisher nach der Rechtsform erscheint uns ebenfalls *gelingend*. Es sind keine Gründe ersichtlich, welche eine Anknüpfung an die Rechtsform nahe legen würden. Das gewählte Kriterium der wirtschaftlichen Grösse erscheint demgegenüber praktikabel, werden so doch z.B. einerseits kleine Einmann-Aktiengesellschaften entlastet, andererseits wirtschaftlich relevante Grossvereine erfasst. Dass die für KMU anwendbaren Vorschriften knapp und einfach gehalten sind und einen grossen Gestaltungsspielraum im Aufbau, in der Darstellung etc. offen lassen, erachten wir als zweckmässig. Im Gegenzug erachten wir es als sinnvoll, dass Grossunternehmen strengerem Vorschriften unterworfen werden. Diese strengerem Vorschriften tragen der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Unternehmen Rechnung.

Grundsätzlich *begrüssenswert* ist auch die Neuregelung der Konzernrechnung, insbesondere die rechtsformunabhängige Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung.

Abschliessend möchten wir darauf hinweisen, dass im Folgenden auf eine Wiederholung dieser Gesichtspunkte bei den einzelnen Normen verzichtet wird – die vorangehenden Ausführungen beanspruchen grundsätzlich für alle nachfolgend besprochenen Buchführungsvorschriften Gültigkeit.

2. Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung, Art. 957 VE OR

Die Beibehaltung der Anknüpfung der Buchführungspflicht an die Handelsregistereintragungspflicht erscheint uns grundsätzlich *begrüssenswert*. Dennoch möchten wir diesbezüglich folgende Anregungen einbringen:

Bei *liberalen Berufen* (Ärzte, Anwälte, Architekten etc.) stellt sich immer wieder die Frage nach deren Eintragungspflicht im Handelsregister. Aus unserer Sicht ist die diesbezügliche strenge Rechtsprechung des Bundesgerichts zwar *begrüssenswert*, letztlich aber einzelfallbezogen und kaum verallgemeinerungsfähig. Zudem liegt hier in gewissem Masse ein Zirkelschluss vor (die Buchführungspflicht knüpft an die Handelsregistereintragungspflicht an, diese wiederum ist davon abhängig, ob eine geordnete Buchführung notwendig ist, Art. 53 lit. C

HRegV). Unseres Erachtens wäre es daher sinnvoll, für liberale Berufe unabhängig von deren (umstrittener) Handelsregistereintragungspflicht eine Buchführungspflicht bei Überschreitung gewisser *Kennziffern* (z.B. Umsatz, Gewinn, Vollzeitstellen etc.) vorzuschreiben. Diese Buchführungspflicht rechtfertigt sich insbesondere durch die oftmals erhebliche wirtschaftliche Bedeutung der Angehörigen solcher liberalen Berufe bzw. entsprechender Konsortien.

Der Vollständigkeit halber wäre eventuell zu erwähnen, dass nichtkaufmännische Kollektiv- und Kommanditgesellschaften zwar handelsregistereintragungspflichtig sind - dieser Eintrag ist konstitutiv für sie -, sie aber dennoch keiner Buchführungspflicht unterliegen³⁶.

Sodann wäre zu prüfen, ob die Buchführungspflicht der *Stiftungen* im vorgesehenen Ausmass notwendig und zweckmässig ist. Dies, da für Stiftungen, vorbehaltlich Familien- und rein kirchlichen Stiftungen, der Handelsregistereintrag konstitutiv ist, unabhängig davon, ob sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben oder nicht³⁷. Somit wären alle diese Stiftungen per se buchführungspflichtig. Diesbezüglich fällt insbesondere die Differenz zum Vereinsrecht auf, wo eine Eintragungs- und demnach eine Buchführungspflicht einzig bei Führung eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes respektive bei Überschreitung hoher Kennziffern vorgesehen ist³⁸.

3. Rechnungslegung

a) Zweck und Bestandteile, Art. 958 VE OR

Wir erachten es als zweckmässig, dass KMU von der Erstellung eines Jahresberichts befreit worden sind, dürften deren Jahresberichte inhaltlich doch ohnehin eher bescheiden ausgefallen sein und unverhältnismässige Kosten verursacht haben. Zu beanstanden bleibt, dass diese materielle Änderung im Begleitbericht nicht begründet wird und wir daher über deren Hintergründe bloss mutmassen können, was unbefriedigend und wenig hilfreich ist.

Ansonsten gibt dieser Artikel zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass.

b) Grundsätze ordnungsgemässer Rechnungslegung, Art. 958b VE OR

Abgesehen von Absatz 3 hält dieser Artikel die geltende Praxis, welche keiner Bemerkungen bedarf, fest. Der Verzicht auf transitorische Buchungen bei nicht von der Mehrwertsteuerpflicht erfassten Kleinstunternehmen gemäss Absatz 3 erachten wir als *begrüssenswert*, kann so doch übermässiger, allenfalls kostenintensiver (bei externer Beratung) Aufwand vermieden werden, und dürfte das Bedürfnis nach periodengerechter Zuordnung bei solchen Kleinstunternehmen ohnehin gering sein.

4. Einsichtnahme und Offenlegung, Art. 958d VE OR

Diese Norm erachten wir inhaltlich im Grossen und Ganzen als geglückt, nicht aber deren sprachliche Umsetzung (Abs. 2 Ziff. 1). Des Weiteren ist Folgendes anzumerken:

Der Abschluss nach Regelwerk ist gemäss Begleitbericht³⁹ nicht Bestandteil des Geschäftsberichts. Er dient ausschliesslich der Transparenz. Gerade für den Abschluss nach Regelwerk fehlt jedoch eine Offenlegungspflicht (Art. 958d VE OR betrifft nur den Geschäftsbericht, Art. 962 f. VE OR sieht keine Offenlegungspflichten vor). Diese *Lücke ist zwingend zu schliessen*, ergibt doch der Abschluss nach Regelwerk ohne entsprechende Offenlegungspflicht keinen Sinn. Art. 962 VE OR könnte z.B. ergänzt werden durch einen Abs. 5: „Bezüg-

³⁶ Vgl. zum bisherigen Recht BSK OR II-NEUHAUS/BINZ, 2. Aufl., N. 8 zu Art. 957 OR.

³⁷ Art. 52 Abs. 2 ZGB.

³⁸ Art. 61 Abs. 2 i.V.m. Art. 69b ZGB gemäss Änderungen vom 16. Dezember 2005.

³⁹ Ziff. 3.10.2, S. 99 ff.

lich Einsichtnahme und Offenlegung gelten die Vorschriften nach Art. 958d VE OR sinngemäss“.

Die elektronische Veröffentlichung durch das Handelsregisteramt (Absatz 2) erscheint uns zeitgemäss und praktikabel. Eine dahingehende Präzisierung, dass die Unternehmen den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht bereits in *elektronischer* Form beim Handelsregisteramt einzureichen haben, damit unnötige Scan-Arbeiten beim Handelsregisteramt vermieden werden könnten, wäre sinnvoll.

Sodann fällt die ersatzlose Aufhebung der aktienrechtlichen Schutznorm (Art. 663h OR) auf. Diese Streichung wird im Begleitbericht weder begründet noch auch nur erwähnt. Die Gründe, welche zur Streichung geführt haben, (fehlende Praxisrelevanz, Missbräuche, „unabsichtliche“ Streichung etc.) sind daher nicht nachvollziehbar.

5. Jahresrechnung / Bilanz

a) Zweck der Bilanz, Bilanzierungspflicht und Bilanzierungsfähigkeit, Art. 959 VE OR

Die Kodifizierung der bisherigen Praxis erachten wir als *vorteilhaft*.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die ersatzlose Streichung der aktienrechtlichen Aktivierungsmöglichkeit der Gründungskosten (Art. 664 OR): Aus buchhalterischer Sicht (Gründungskosten sind Aufwendungen und dementsprechend nicht aktivierungsfähig; Übereinstimmung mit den Regelwerken) ist diese Änderung zu begrüssen. Zweifelhaft ist jedoch, ob durch diese ersatzlose Streichung die oftmals betonte *Steuerneutralität* des Vorentwurfs tatsächlich eingehalten wird – eine einmalige Verbuchung als Aufwand im Gegensatz zu einer Aktivierung mit Abschreibungsmöglichkeit über fünf Jahre hat entsprechende Auswirkungen auf die Buchhaltung und dementsprechend auch auf die Steuerbilanz. Da der Begleitbericht kein Wort über diese Streichung und deren Gründe enthält, ist eine abschliessende Beurteilung unsererseits nicht möglich, wobei wir aus buchhaltungssystematischen Überlegungen zu einer Streichung – mit den entsprechenden Steuerfolgen – tendieren.

b) Mindestgliederung, Art. 959a VE OR

Die offen ausgestaltete und auf ein Minimum reduzierte Mindestgliederungsvorschrift erachten wir als *sinnvoll*.

Um den Unternehmen eine freiwillige Europakompatibilität zu ermöglichen, könnte allenfalls eine Wahlmöglichkeit vorgesehen werden, so dass anstelle der Mindestgliederung von Art. 959a VE OR auch diejenige der EG-Richtlinie befolgt werden könnte. Da Letztere inhaltlich strenger und detaillierter geregelt ist, dürfte eine solche Wahlmöglichkeit keine Nachteile mit sich bringen.

6. Anhang, Art. 959c VE OR

Die rechtsformunabhängige Pflicht zur Erstellung eines Anhangs ist aus unserer Sicht zu *begrüssen*. Aufgefallen ist uns, dass die Pflicht zur Offenlegung der Brandversicherungswerte, welche im Aktienrecht vorgesehen war, gestrichen worden ist. Da sich der Begleitbericht hierüber ausschweigt, ist für uns nicht nachvollziehbar, welche Gründe zu dieser Entscheidung geführt haben. Sollte sich diese Angabe in der Praxis als überflüssig erwiesen haben, ist die Streichung sicherlich zu begrüssen, andernfalls wäre zu überlegen, ob sie nicht der Transparenz - einem Anliegen der gesamten Revision - dienlich wäre.

7. Bewertung

a) Grundsätze, Art. 960 VE OR

Bei dieser, wie auch bei den nachfolgenden Bestimmungen über die Bewertung kommt der gesetzgeberische Spagat deutlich zum Ausdruck: so ist ein gewichtiger Gesichtspunkt der gesamten Aktienrechtsrevision die Stärkung der Corporate Governance und insbesondere auch der Transparenz. Auf der anderen Seite war man sich vor dem Hintergrund der Vernehmlassungsergebnisse zum RRG bewusst, dass eine Buchhaltungsrechtsrevision nur Aussicht auf Erfolg haben kann, wenn sie steuerneutral erfolgt. Zu diesem *Tanz auf zwei Hochzeiten* sei Folgendes angemerkt:

Der Entscheid, einen Abschluss nach Regelwerk einzig bei grossen Unternehmen zu verlangen, enthält zugleich - zumindest implizit -, den Entscheid, bei KMU auf solch erhöhte Transparenz zu verzichten. Diese eingeschränkte Transparenz lässt sich aus unserer Sicht dadurch rechtfertigen, dass andernfalls den KMU unverhältnismässig hohe Kosten aufgebürdet würden, der Gedanke des Anleger-, Investoren- oder Finanzmarktschutzes bei KMU weniger oder gar nicht zum Tragen kommt, die wirtschaftliche Bedeutung dieser Unternehmen geringer ist und weniger Personen involviert bzw. beteiligt sind⁴⁰. Gegen eine Transparenzerhöhung spricht sodann die beabsichtigte Steuerneutralität des Vorentwurfs, da sich diese beiden Gesichtspunkte zumindest teilweise ausschliessen. Vor diesem Hintergrund bleibt letztlich kaum etwas anderes übrig, als die bisherige Regelung „unbesehen“ zu übernehmen.

Deshalb ist es aus unserer Sicht nicht zweckdienlich, im Vorentwurf dennoch einzelne Neuerungen zur Erhöhung der Transparenz bei KMU einzuführen, sie aber gleichzeitig durch andere Bestimmungen wieder aufzuheben oder zu relativieren. Dadurch entstehen *unauflösbare Widersprüche*, welche bei einer Gesetzesrevision unbedingt vermieden werden sollten und nicht etwa ein Zeichen eines politischen Kompromisses darstellen. Als Beispiel sei hier Absatz 2 von Art. 960 VE OR genannt, welcher festhält, dass die Bewertung vorsichtig zu erfolgen habe, aber nicht zur Bildung von gewillkürten Reserven führen dürfe. Im Gegensatz hiezu sehen Art. 960a Abs. 4 und Art. 960e Abs. 3 Ziff. 4 VE OR explizit die Bildung gewillkürter Reserven vor. Durch Art. 960f VE OR wiederum wird die Bildung gewillkürter Reserven indirekt – über den Umweg des Steuerrechts – erneut verhindert. Darauf wird bei den einzelnen Bestimmungen zurückzukommen sein.

Bezüglich Art. 960 VE OR folgt hieraus, dass wir die Bestimmung grundsätzlich als gelungen erachten. Aus unserer Sicht ist aber der zweite Satzteil von Absatz 2 („darf aber nicht zur Bildung von gewillkürten Reserven führen“) *ersatzlos zu streichen*, widerspricht er doch den nachfolgenden Bestimmungen.

b) Aktiven – Im Allgemeinen, Art. 960a VE OR

Die Beibehaltung des Höchst- und Niedrigstwertprinzips erachten wir als sinnvoll und konsequent. Fraglich erscheint uns, ob die Einschränkung von Abschreibungen auf *nutzungsbedingte* Wertverluste korrekt ist. Durch Abschreibungen sollen die Anschaffungs- oder Herstellungskosten von Anlagevermögen periodengerecht verteilt und es soll sichergestellt werden, dass am Bilanzstichtag einzig die tatsächlich noch vorhandene Substanz ausgewiesen wird⁴¹. Nicht vorausgesetzt wird dabei, dass der Wertverlust nutzungsbedingt eingetreten ist; eine blosser Altersentwertung, welche auch ohne jegliche Nutzung eintritt, ist unseres Erachtens ebenfalls mittels Abschreibung zu berücksichtigen. Dies würde aber durch den zu engen Wortlaut von Art. 960a VE OR ausgeschlossen, weshalb eine Formulierung wie etwa „nutzung- und altersbedingte Wertverluste“ *vorzuziehen* wäre.

⁴⁰ Vgl. auch unten 9.

⁴¹ Vgl. etwa BSK OR II-NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, 2. Aufl., N. 5 zu Art. 669.

Wie bereits ausgeführt⁴², ermöglicht Absatz 4 die Bildung gewillkürter Reserven. Ungeachtet des Massgeblichkeitsprinzips dürften solche Abschreibungen von den Steuerbehörden nicht berücksichtigt werden, sind doch im Steuerrecht einzig geschäftsmässig begründete Abschreibungen zu beachten und weitergehende Abschreibungen - unabhängig von deren handelsrechtlichen Zulässigkeit - aufzurechnen. Insofern bedarf es Art. 960a Abs. 4 VE OR zur Beibehaltung der Steuerneutralität eigentlich nicht. Möglicherweise erscheint aber die Beibehaltung des bisherigen Systems – Bildung gewillkürter Reserven und Aufrechnung durch die Steuerbehörde - aus Angst vor der „Gier des Fiskus“ zur Wahrung der Steuerneutralität als notwendig.

c) Aktiven – Anlagen, Art. 960d VE OR

Dass anstelle der bisherigen Fiktion der massgebliche Einfluss bei einer Beteiligung von mindestens 20 Prozent der Stimmrechte bloss noch vermutet wird, erscheint uns *sachgerecht*. Einerseits wird dadurch eine angemessene Beweislastverteilung erreicht, andererseits besteht aus unserer Sicht kein Grund, hier wie bis anhin eine unwiderlegbare Vermutung aufzustellen. Die Bestimmung erachten wir deshalb als *geglückt*.

8. Verhältnis zum Steuerrecht, Art. 960f VE OR

Der Zweck dieser Bestimmung, die Deckungsgleichheit zwischen Handels- und Steuerbilanz herbeizuführen, erachten wir als grundsätzlich sinnvoll und wünschenswert.

Bezüglich der *Umsetzung* dieser Idee im Vorentwurf haben wir jedoch Bedenken. Aus unserer Sicht hat Art. 960f VE OR nichts mit dem Massgeblichkeitsprinzip zu tun. Dessen Geltung beschränkt sich auf das Steuerrecht und erschöpft sich in der Feststellung, dass für die Bemessung der Gewinn- bzw. Einkommenssteuer an die handelsrechtskonforme Bilanz angeknüpft wird (welche allenfalls noch eine steuerrechtliche Aufrechnung erfährt).

Eine Rückwirkung der Steuerbilanz auf die Handelsbilanz war bisher im schweizerischen OR nicht vorgesehen, würde nun aber durch Art. 960f VE OR eingeführt (was als „umgekehrtes Massgeblichkeitsprinzip“ bezeichnet werden könnte). Praktikabel erscheint uns dies aus folgenden Gründen nicht:

Erstens würde diese Bestimmung dazu führen, dass eine erfolgte Abschreibung verspätet, schlimmstenfalls nach einem jahrelangen Rechtsstreit, wieder aufgelöst werden müsste. Eine periodengerechte Berücksichtigung ist nicht möglich.

Sodann steht diese Bestimmung in eklatantem Widerspruch zu Art. 960a Abs. 4 und Art. 960e Abs. 3 Ziff. 4 VE OR, welche explizit gewillkürte Abschreibungen als handelsrechtlich zulässig bezeichnen. Da solche Abschreibungen mangels geschäftsmässiger Begründetheit steuerrechtlich nicht anerkannt werden, müssten sie später aufgrund von Art. 960f VE OR auch handelsrechtlich wieder aufgerechnet werden. Die zunächst handelsrechtlich zulässigen Abschreibungen würden somit im Nachhinein handelsrechtlich unzulässig. M.a.W. wird die gewillkürte Reservenbildung einerseits zwar zugelassen, andererseits aber über den Umweg des Steuerrechts wieder verhindert.

Ein praktisches Problem dürfte sodann darin bestehen, dass die Auflösung gemäss Begleitbericht auf demjenigen Vermögenswert bzw. derjenigen Verbindlichkeit zu erfolgen hat, auf welchem bzw. welcher dazumal die Abschreibung vorgenommen worden ist. Was aber, wenn dieser Vermögenswert in der Zwischenzeit veräussert worden ist, z.B. die Liegenschaft, auf welcher die Abschreibung erfolgte, nunmehr verkauft worden ist?

⁴² Oben a).

Schliesslich wird im Begleitbericht festgehalten, dass die Auflösung erfolgsneutral erfolge. Diese Erfolgsneutralität findet jedoch keine Stütze im Gesetzestext, welcher einzig eine Auflösung von steuerrechtlich nicht anerkannten Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen vorsieht. Solche Auflösungen sind aber grundsätzlich erfolgswirksam. Die Erfolgsneutralität müsste demzufolge, sofern sie gewollt ist, ausdrücklich im Gesetzestext verankert werden.

Zusammenfassend sind wir deshalb der Ansicht, dass Art. 960f VE OR *verfehlt* ist.

Soll tatsächlich eine Übereinstimmung zwischen Handels- und Steuerbilanz erreicht werden, so wäre es aus unserer Sicht sinnvoller und ehrlicher, wenn bereits im Handelsrecht Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen bloss im steuerrechtlich anerkenntnisfähigen Umfang zugelassen würden, selbstverständlich unter Berücksichtigung der steuerrechtlich entwickelten Pauschalen (z.B. Pauschaldekredere, Warendrittel). Folglich wäre eine gewillkürte Reservebildung unzulässig. Damit wäre auch die angestrebte Steuerneutralität „auf dem Papier“ gewahrt. Es bliebe jedoch die Befürchtung, dass die Steuerbehörde ungeachtet der verbesserten Transparenz Aufrechnungen vornähme („Gier des Fiskus“). Eine indirekte Herbeiführung einer Übereinstimmung von Handels- und Steuerbilanz durch eine Rückwirkung von Letzterer auf Erstere, wie in Art. 960f VE OR vorgesehen, ist aus unserer Sicht keine valable Alternative, weshalb Art. 960f VE OR *ersatzlos zu streichen* ist.

9. Rechnungslegung für grosse Unternehmen, Art. 961 ff. VE OR

Art. 961 ff. VE OR stellen für grosse Unternehmen an die Rechnungslegung zusätzliche Anforderungen. Aufgrund der erhöhten wirtschaftlichen Bedeutung solcher Unternehmen erachten wir diese Verschärfung als *sinnvoll*. Begrüssenswert – weil sachlich kaum anders begründbar – ist zudem, dass für die Abgrenzung zwischen KMU einerseits und wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen andererseits auf das künftige Revisionsrecht abgestellt wird.

Die erhöhten rechnungslegerischen Anforderungen für grosse Unternehmen beinhalten zusätzliche Angaben im Anhang der Jahresrechnung, die Erstellung einer Geldflussrechnung sowie das Verfassen eines Lageberichts. Der Lagebericht, welcher nach Vorentwurf einzig noch durch grosse Unternehmen zu erstellen ist, wird im Vergleich zum heute geltenden Art. 663d Abs. 2 OR um die Wiedergabe der im Geschäftsjahr vorgenommenen Kapitalerhöhungen und der Prüfungsbestätigung geschmälert. Da diese Angaben aus dem Handelsregister ersichtlich sind, liegt kein Transparenzverlust vor. Diese Änderung ist somit nicht zu beanstanden.

10. Abschluss nach Regelwerk, Art. 962 VE OR

Die Rechnungslegung nach Obligationenrecht orientiert sich am Vorsichtsprinzip, welches aber in deutlichem Widerspruch zum Prinzip des „true and fair view“ steht. Während das Vorsichtsprinzip dem Gläubigerschutz dient, fördert das Prinzip des „true and fair view“ die Informationsvermittlung und dient damit vorab den Interessen der Anteilseigner. Der Versuch, das Spannungsverhältnis zwischen Vorsichtsprinzip und „true and fair view“ zu lösen, ist zu unterstützen.

Das heutige Unternehmenssteuerrecht baut auf dem Massgeblichkeitsprinzip auf. Um eine steuerneutrale Umsetzung der neuen Rechnungslegungsvorschriften zu gewährleisten, ist es daher kaum möglich, im Abschluss nach Obligationenrecht die Transparenz zu erhöhen. Die Pflicht, in gewissen Konstellationen *zusätzlich* zum Abschluss nach Obligationenrecht eine Jahresrechnung nach Regelwerk zu erstellen, ist damit zum jetzigen Zeitpunkt die wohl einzig sinnvolle und durchführbare Möglichkeit, das Prinzip „true and fair view“ in grossen Unter-

nehmen einzuführen. Die entsprechenden Bestimmungen im Vorentwurf sind daher begrüssenswert.

Art. 962 VE OR wirft indessen die folgenden Fragen auf:

Der Abschluss nach Regelwerk wird einzig bei grossen Unternehmen gefordert, bei kleineren Unternehmen soll indessen auf diese erhöhte Transparenz verzichtet werden. Die Gründe für diesen Verzicht liegen wohl im unverhältnismässigen Aufwand für KMU. Problematisch ist es aber - anstelle eines Abschlusses nach Regelwerk - zur Erhöhung der Transparenz bei KMU bloss einzelne Neuerungen einzuführen⁴³, welche dann die steuerneutrale Umsetzung der Rechnungslegungsreform gefährden.

Hält man sich vor Augen, dass ein Abschluss nach Regelwerk aus Sicht eines KMU erhebliche Kosten verursacht, resultiert die Folgefrage, ob die Schwellenwerte, wie sie in Art. 962 Abs. 2 VE OR festgelegt sind, zu niedrig angesetzt wurden. Probleme könnten sich insbesondere für Kleingesellschaften ergeben, wo z.B. ein einzelner nachschusspflichtiger Gesellschafter dem Unternehmen den Mehraufwand eines Abschlusses nach Regelwerk aufbürden könnte. Letztlich dürften jedoch die Vorteile der Kohärenz mit dem Revisionsrecht solche Bedenken überwiegen.

11. Konzernrechnung, Art. 963 ff. VE OR

Im geltenden Recht ist die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung auf Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft beschränkt. Der Vorentwurf erweitert diese Pflicht nun in Art. 963 VE OR auf alle rechnungslegungspflichtigen juristischen Personen, die andere Unternehmen, Vereine oder Stiftungen beherrschen. Diese Rechtsformunabhängigkeit der Konzernrechnungspflicht ist zu *begrüssen*.

Im Unterschied zum heute geltenden Art. 663e OR sind Kleinkonzerne von der Konsolidierungspflicht nicht mehr ausgenommen. Dies führt bei kleineren Konzernen zu einer erhöhten Belastung, welche aber unseres Erachtens gerechtfertigt ist: Die konsolidierte Jahresrechnung gewährleistet die zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage eines Konzerns und dient damit der Selbstinformation der Konzernleitung, aber insbesondere auch der Information Aussenstehender. Bei Kleinkonzernen besteht ebenso wie bei Grosskonzernen ein Bedürfnis nach Transparenz und Verhinderung einer irreführenden Darstellung der wirtschaftlichen Lage des Konzerns. Es sind daher keine sachlichen Gründe ersichtlich, weshalb die Kleinkonzerne nicht der Konsolidierungspflicht unterstellt werden sollten.

Gemäss dem heute geltenden Art. 663e OR erfordert der Tatbestand des Konzerns eine einheitliche Leitung durch die Muttergesellschaft. Entsprechend genügt nach heutigem Recht die blosser Möglichkeit einer Beherrschung („control“-Prinzip) für das Vorliegen eines Konzerns noch nicht; die Beherrschungsmöglichkeit muss als Mittel auch tatsächlich eingesetzt werden, um eine einheitliche Leitung durchzusetzen. In Art. 963 VE OR schwenkt der Gesetzgeber nun auf das „control“-Prinzip um. Das Erfordernis einer einheitlichen Leitung soll demnach künftig nicht mehr notwendig sein. Der Begleitbericht ist hier leider sehr kurz gehalten: Es fehlt jegliche Begründung, weshalb diese Änderungen vorgenommen wurden.

Der Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal der einheitlichen Leitung ist insofern zu begrüssen, als es bis anhin in der Praxis kaum gelungen war, die tatsächliche Einflussnahme der Konzernleitung auf die abhängigen Unternehmen sicher nachzuweisen. Rechtssicherheitsüberlegungen sprechen daher für eine künftige Anknüpfung am einfacheren Kriterium der Kontrolle. Das im Begleitbericht nicht erklärte (und möglicherweise nicht eingehend durchdachte) Umschwenken auf das „control“-Prinzip bringt jedoch auch gewisse *Probleme* mit sich:

⁴³ Vgl. z.B. Art. 960 VE OR.

Vorab ist fraglich, ob der Gesetzgeber mit der Streichung des Begriffs der „einheitlichen Leitung“ diese (implizit) weiterhin als zulässig erachtet.

Falls dies zutrifft – was anzunehmen ist -, erfährt die seit Jahren kritisierte Problematik der Rolle des fiduziarischen Verwaltungsrates eine weitere Verschärfung (vgl. vorne V.2.b)), welche der Vorentwurf nicht einmal im Ansatz zu lösen versucht.

Gegen Art. 963b VE OR, welcher den Konsolidierungskreis umschreibt, haben wir grundsätzlich nichts einzuwenden. Zu prüfen ist indessen, ob der Nichteinbezug von Unternehmen, die höchstens noch zwei Jahre kontrolliert werden, nicht zu einer unvollständigen Darstellung der Konzernrechnung führen könnten. Dem Begleitbericht können hierzu keine Ausführungen entnommen werden.

Institut für Wirtschaftsrecht
Universität Bern

Prof. Roland von Büren

Prof. Peter V. Kunz

Chapitre premier: Dispositions générales

Art. 620

A. Définition

¹ La société anonyme est une société de capitaux que forment une ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales. Son capital-actions doit être fixé dans les statuts. Ses dettes ne sont garanties que par la fortune sociale.

² Chaque actionnaire détient au moins une action. Les actionnaires sont uniquement tenus à la libération du prix d'émission de leurs actions.

³ Abrogé.

Art. 621

B. Capital-actions minimum

Le capital-actions ne peut être inférieur à 100 000 francs.

Art. 622

C. Actions

I. Caractéristiques

¹ Les actions sont **nominatives**.

² Elles ont une valeur nominale supérieure à zéro centime.

³ Lorsque des titres sont émis, ils sont signés par un membre du conseil d'administration au moins. Les statuts peuvent exiger une signature manuscrite.

⁴ Abrogé.

⁵ Abrogé.

1/ Suppression des actions au porteur

La suppression des actions au porteur n'est pas une mesure propre à améliorer la transparence ni à limiter le blanchiment d'argent ; en ce sens, les justifications avancées par le rapport explicatif ne sont pas convaincantes.

Cette mesure est inutile : il suffit d'endosser une action en blanc pour qu'elle soit de nouveau au porteur. Par ailleurs, les actions « dispo » subsistent comme moyen de garantir l'anonymat de l'actionnariat, tout comme les structures sociales ou fiduciaires, y compris les *nominees* et les trusts.

Proposition :

Maintenir la règle actuelle. On peut cependant renoncer aux al. 2 et 3 de l'actuel art. 622 ainsi qu'à l'actuel art. 627 ch. 7 : le contenu de l'al. 2 va de soi ; celui des art. 622 al. 3 et 627 ch. 7 est inutile dans la mesure où il n'apporte aucune protection supplémentaire aux actionnaires.

2/ Valeur nominale minimum

Tant que l'on n'envisagera pas la suppression de l'institution du capital, la solution retenue nous paraît raisonnable.

Art. 623

II. Division et réunion

¹ L'assemblée générale a le droit de diviser les actions en titres de valeur nominale réduite, ou de les réunir en titres de valeur nominale plus élevée, par une modification des statuts et à la condition que le montant du capital-actions ne subisse pas de changement.

² La réunion en titres de valeur nominale plus élevée ne peut s'opérer que du consentement de l'actionnaire

<p>Art. 624 III. Cours d'émission ¹ Les actions ne peuvent être émises qu'au pair ou à un cours supérieur. Demeure réservée l'émission de nouvelles actions destinées à remplacer celles qui ont été annulées. ^{2 et 3} Abrogés</p>	
<p>Art. 625 D. Actionnaires Une société anonyme peut être fondée par une ou plusieurs personnes physiques ou morales ou par d'autres sociétés commerciales.</p>	
<p>Art. 626 E. Statuts I. Dispositions nécessaires ¹ Les statuts doivent contenir des dispositions sur: 1. la raison sociale et le siège de la société ; 2. le but de la société ; 3. le montant du capital-actions et des apports effectués ; 4. le nombre et la valeur nominale des actions ; 5. la convocation de l'assemblée générale et le droit de vote des actionnaires; 6. les organes chargés de l'administration et de la révision; 7. la forme à observer pour les publications de la société.</p>	
<p>Art. 627 II. Autres dispositions 1. En général Ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts les dispositions concernant: 1. les dérogations aux prescriptions légales relatives à la révision des statuts; 2. la signature manuscrite des actions; 3. l'attribution de tantièmes; 4. les compétences de l'assemblée générale relatives à la fixation des rémunérations perçues par les membres du conseil d'administration, les membres de la direction et les personnes qui leurs sont proches, ainsi qu'à l'octroi d'options de collaborateurs; 5. l'attribution d'intérêts intercalaires; 6. la durée de la société; 7. les peines conventionnelles en cas de retard dans le versement des apports; 8. l'augmentation ordinaire du capital-actions et la marge de fluctuation du capital; 9. les privilèges attachés à certaines catégories d'actions, ainsi que les bons de participation, les bons de jouissance et les avantages particuliers; 10. les restrictions à la transmissibilité des actions; 11. les restrictions du droit de vote des actionnaires et de leur droit de</p>	<p>Note marginale Dans la mesure où l'on supprime l'art. 628, il faut laisser tomber le « 1. En général »</p> <p>Fixation des rémunérations On peut se demander s'il ne serait pas préférable de prévoir, à l'art. 698, un vote consultatif de l'assemblée générale sur la politique de rémunérations et de demander que le conseil joigne à l'annexe au bilan une déclaration sur sa politique de rémunération qui compléterait adéquatement les informations qui doivent être données, d'office ou sur demande, sur les rémunérations des dirigeants (à l'instar de ce qui est proposé par la recommandation européenne du 14 décembre 2004). La simple possibilité de prévoir statutairement que l'assemblée générale a des compétences en la matière est à la fois insuffisante (dans la mesure où elle dépend du bon vouloir de la majorité, voire du conseil qui émet les propositions de modification statutaires) et peut aller trop loin (il n'est guère raisonnable de conférer à l'assemblée générale le pouvoir de négocier la rémunération des dirigeants).</p>

<p>se faire représenter;</p> <p>12. la faculté de tenir l'assemblée générale à l'étranger;</p> <p>13. le recours aux médias électroniques pour la convocation et la tenue de l'assemblée générale;</p> <p>14. les cas non prévus par la loi dans lesquels l'assemblée générale ne peut statuer qu'à une majorité qualifiée;</p> <p>15. la délégation de représentants de certains groupes d'actionnaires ou d'une collectivité de droit public au conseil d'administration;</p> <p>16. l'élection du président du conseil d'administration et la prise de décisions par cet organe, en cas de dérogation aux dispositions légales;</p> <p>17. la faculté de déléguer la gestion à un ou plusieurs administrateurs ou à des tiers;</p> <p>18. les circonstances dans lesquelles le conseil d'administration est tenu de convoquer l'assemblée générale et de lui proposer des mesures d'assainissement;</p> <p>19. l'organisation et les attributions de l'organe de révision, si ces dispositions vont au-delà des termes de la loi.</p> <p>20 l'utilisation de l'actif de la société dissoute, en cas de dérogation aux dispositions légales.</p>	
<p>Art. 628 Abrogé.</p>	
<p>Art. 629 F. Fondation I. Acte constitutif 1. Contenu</p> <p>¹ La société est constituée par un acte passé en la forme authentique dans lequel les fondateurs déclarent fonder une société anonyme, arrêtent le texte des statuts et désignent les organes.</p> <p>² Dans cet acte, les fondateurs souscrivent les actions et constatent que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Toutes les actions ont été valablement souscrites; 2. Les apports promis correspondent au prix total d'émission; 3. Les apports ont été effectués conformément aux exigences légales et statutaires. 	
<p>Art. 630 2. Souscription d'actions Pour être valable, la souscription requiert:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. l'indication du nombre, de la valeur nominale, de la catégorie et du prix d'émission des actions; 2. l'engagement inconditionnel d'effectuer un apport correspondant au prix d'émission. 	

<p>Art. 631 II. Pièces justificatives ¹ L'officier public mentionne dans l'acte constitutif chacune des pièces justificatives et atteste qu'elles ont été soumises aux fondateurs. ² Les statuts, le rapport de fondation, l'attestation de vérification, les contrats relatifs aux apports en nature et les contrats de reprises de biens existants sont annexés à l'acte constitutif.</p>	
<p>Art. 632 III. Apports 1. Apport minimum ¹ Lors de la constitution de la société, les souscripteurs doivent avoir libéré 25 % au moins de la valeur nominale de chaque action; ² Dans tous les cas, un montant de 50 000 francs au moins doit être couvert par les apports effectués.</p>	
<p>Art. 633 2. Libération des apports a. En espèces ¹ Les apports en espèces doivent être déposés auprès d'un établissement soumis à la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne et être tenus à la disposition exclusive de la société. ² Cet établissement ne remet cette somme qu'après l'inscription de la société au registre du commerce. ³ Tout versement effectué en francs suisses ou dans une autre monnaie librement convertible a qualité d'apport en espèces.</p>	
<p>Art. 634 b. En nature ¹ Les apports en nature valent comme couverture lorsque: 1. ils peuvent être portés à l'actif du bilan; 2. ils peuvent être transférés dans le patrimoine de la société; 3. la société peut en disposer librement dès qu'elle a requis leur inscription au registre du commerce ou, s'il s'agit d'un immeuble, lorsqu'elle obtient le droit inconditionnel d'en requérir l'inscription au registre foncier; 4. ils peuvent être réalisés par transfert à des tiers. ² L'apport en nature est stipulé par écrit. Le contrat est dressé par un officier public si la cession de l'apport requiert la forme authentique. ³ Un acte authentique unique suffit, même lorsque les immeubles sont situés dans différents cantons. L'acte est établi par un officier public au siège de la société. ⁴ L'objet de l'apport en nature et les actions émises en échange sont inscrits au registre du commerce.</p>	<p><i>Caractère trop restrictif de la définition des apports en nature par rapport à la pratique actuelle</i> Il faut sur le principe approuver la codification de la définition des biens susceptibles d'apport en nature. Cependant, la définition retenue est trop restrictive par rapport à la pratique actuelle. Elle rend impossible la libération par l'apport d'une entreprise (dont les contrats, qui sont généralement incessibles sans le consentement du partenaire, sont une partie intégrante) et contraste ainsi avec la solution applicable en matière de fusion. En termes de protection des créanciers, il est vrai que l'apport en nature défini restrictivement garantit que le capital est libéré, mais c'est d'ailleurs tout ce à quoi les créanciers peuvent légitimement s'attendre. Une fois apporté rien n'empêche la société d'aliéner ce bien pour ensuite acquérir des biens et des services qui ne seraient pas susceptibles d'apport en nature, rendant cette protection illusoire. De même, le caractère réalisable d'un apport en nature est souvent d'une utilité limitée. Par exemple, certains biens susceptibles d'apport ne présentent un intérêt que dans le cadre de l'exploitation de la société. Si celle-ci doit être liquidée, ils ne valent plus rien.</p> <p><i>Question de principe de l'opportunité d'un élargissement des biens susceptibles d'apport</i></p>

	<p>Sur le principe, il conviendrait d'ouvrir le débat sur la possibilité d'effectuer d'autres formes d'apport en nature. D'autres formes prestations qui ne sont pas nécessairement activables et librement disponibles sont plus utiles à la société et peuvent également représenter une valeur considérable. Dans le système actuel et envisagé, un tableau de maître peut faire l'objet d'une apport en nature même s'il est d'une utilité restreinte pour l'entreprise, alors qu'une licence exclusive pour la production d'un médicament breveté, qui par hypothèse ne pourrait pas être cédée sans le consentement du donneur de licence, ne le serait pas. En définitive, ce qui compte lors de la libération, c'est que la société reçoive une prestation d'une valeur égale au prix d'émission, ce n'est que dans ce cas que la société, ses actionnaires et ses créanciers sont effectivement protégés.</p> <p>Une solution minimaliste consisterait à conserver la définition proposée dans l'avant-projet en la rendant exemplative et en évoquant d'autres formes d'apport en nature admissible (typiquement apport d'une entreprise). Adoptant une attitude plus innovatrice, l'apport d'un contrat de durée pourrait également être envisagé dans la liste des biens susceptible d'apport en nature. Une solution pour éviter des abus pourrait dans ce cadre consister à exiger un rapport d'évaluation par un expert indépendant (en plus du rapport du conseil d'administration et le rapport de révision).</p> <p>Acte authentique</p> <p>S'agissant de l'acte authentique, il conviendrait de donner à la société le choix d'établir l'acte au siège de la société ou au lieu de situation d'un des immeubles, notamment pour faciliter les formalités si une société ayant son siège dans un canton, acquiert un parc immobilier dans un autre canton.</p>
<p>Art. 634a c. Libération par compensation</p> <p>¹ La libération peut être opérée par compensation. Les créances pour des prestations des actionnaires ou des personnes qui leur sont proches ne peuvent être compensées que lorsque ces prestations peuvent faire l'objet d'un apport en espèces ou en nature.</p> <p>² En cas d'assainissement, la compensation d'une créance vaut comme couverture même si la créance n'est plus entièrement couverte par les actifs, pour autant que la société ait encaissé des liquidités à concurrence de la totalité du montant de la créance. Demeurent réservées les dispositions relatives à la perte de capital et au surendettement.</p> <p>³ La libération par compensation et les actions émises en échange sont inscrites au registre du commerce.</p>	<p>Remarques générales</p> <p>Cette modification résulte d'une mécompréhension fondamentale de la notion de libération par compensation et des dangers y afférents : la libération par compensation n'est rien d'autres qu'un moyen d'éteindre la dette de l'actionnaire en paiement du prix d'émission au moyen d'une créance de ce dernier contre la société. Elle n'est possible que si la créance est de même nature (c'est-à-dire payable en francs suisses) et exigible. Par ailleurs, le droit de la société anonyme impose une condition supplémentaire en exigeant que la créance doive exister et ne pas être contestée. Dans ces conditions, la libération par compensation simplifie le trafic des paiements entre la société et l'actionnaire : au lieu d'exiger de l'actionnaire qu'il paie 100 puis reçoive les 100 en retour, la libération par compensation permet d'éteindre les deux créances d'un acte unique. Restreindre le champ d'application de la libération par compensation n'empêche pas le paiement de la créance compensante – elle est exigible et reconnue. Cette restriction force simplement l'actionnaire à déboursier temporairement le prix d'émission. Le droit actuel présente ainsi suffisamment de garanties pour s'assurer de l'effectivité de la libération par compensation. Tout au plus devrait on exiger une reconnaissance écrite signée par la société et l'actionnaire afin de certifier l'existence de la créance et incidemment</p>

sanctionner pénalement tout faux. Par ailleurs, la transparence est requise sous la forme d'une mention au registre du commerce comme le préconise l'al. 3.

Créance pouvant faire l'objet d'un apport en espèces ou en nature

Il est insensé de faire dépendre la possibilité de libérer par compensation par des actionnaires du caractère susceptible d'apport en espèce ou en nature de leur prestation. En effet, la libération par compensation est une facilité de paiement qui évite à l'actionnaire de libérer en espèce lorsqu'il dispose d'une créance exécutable en monnaie suisse exigible et d'un montant équivalant au prix d'émission. La source de la créance n'importe peu, pour autant que cette dernière existe. D'ailleurs, paradoxalement une créance issue d'une novation (donc libre de toute exception) ne serait pas compensable alors qu'elle est clairement plus « sûre ».

En interdisant la libération par compensation, on se content d'obliger l'actionnaire à libérer en espèce puis à exiger le paiement de sa créance, ce qu'il peut faire sans autre dans tous les cas où la compensation pourrait être invoquée, puisque la créance doit exister et être reconnue par la société.

Compensation en cas d'assainissement

Si la solution proposée a le mérite de clarifier la situation, l'approche retenue n'est pas satisfaisante. Toute compensation d'une créance exigible qui existe est bonne à prendre, puisqu'elle libère automatiquement la société de l'obligation de payer ce montant, obligation qui ne dépend pas de la situation financière de la société, pour autant qu'au terme de l'opération il soit remédié à un éventuel surendettement.

Il est ainsi inutile de faire dépendre la libération par compensation d'un apport de liquidités supplémentaire. Un apport d'espèces est certes désirable dans les assainissements, mais il paraît paradoxal de ne l'exiger que lors d'un assainissement réalisé par une libération par compensation qui libère réellement la société de dettes exigibles, mais non lors d'assainissement par écriture comptable (par exemple réévaluation d'actif ou réduction déclarative du capital).

Une législation trop restrictive aurait pour effet de mettre en péril de nombreux assainissements dans lesquels les créanciers seraient disposés à renoncer à une prétention exigible et incontestée contre des actions, juridiquement subordonnées aux dettes, qui leur donnent droit à des expectatives qui ne se matérialiseront que si l'assainissement permet à la société non seulement de sortir d'un surendettement mais de renouer avec un bilan bénéficiaire.

Pour plus de détails, voir R. Bahar *in* RDS 2005 I 479.

Publicité

Il faut approuver l'inscription de la libération par compensation au registre du commerce.

<p>Art. 634b c. Libération ultérieure ¹ Le conseil d'administration décide de l'appel ultérieur d'apports relatifs aux actions non entièrement libérées. ² La libération ultérieure peut être effectuée en espèces, en nature ou par compensation.</p>	<p>modifier lettre de la note marginale « d. Libération ultérieure » quid d'une libération ultérieure par incorporation de réserves ?</p>
<p>Art. 635 3. Vérification des apports a. Rapport des fondateurs Les fondateurs rendent compte dans un rapport écrit:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. De la nature et de l'état des apports en nature ou des reprises de biens et du bien-fondé de leur évaluation; 2. De l'existence de la dette et de la réalisation des conditions nécessaires à sa compensation; 3. Des motifs et du bien-fondé des avantages particuliers accordés à des fondateurs ou à d'autres personnes. 	
<p>Art. 635a b. Attestation de vérification Un réviseur vérifie le rapport de fondation et atteste par écrit qu'il est complet et exact.</p>	
<p>Art. 636 IV. Reprise de biens ¹ Si la société reprend des biens ou envisage la reprise de biens des actionnaires ou de personnes qui leur sont proches, l'objet de la reprise et la contre-prestation sont inscrits au registre du commerce. ² Les dispositions régissant la reprise de biens ne s'appliquent qu'aux valeurs patrimoniales pouvant avoir qualité d'apport en nature. ³ La société peut requérir l'inscription d'autres actes juridiques.</p>	<p>Notion de reprise de biens Il faut approuver les al. 1 et 2. Cela étant, il semblerait opportun de prendre explicitement position sur l'inapplication des règles sur la reprise de bien s'agissant d'actes qui rentrent dans le cadre des activités courante de sociétés. Les autorités du registre du commerce refusent en effet d'appliquer la jurisprudence du Tribunal fédéral sur cette question !</p> <p>Inscriptions facultatives L'al. 3 ne conduit-il pas à étendre implicitement le champ des opérations susceptibles de reprise de bien ? De deux choses l'une : soit l'inscription n'a aucun effet juridique, auquel cas elle ne sert à rien et il faut éviter d'encombrer les registres publics d'inscriptions inutiles, soit elle offre une certaine protection contre d'éventuelles actions en responsabilité du fondateur. Si tel est le cas, les sociétés seront invitées à inscrire des actes juridiques qui ne relèvent pas de la reprise de bien et celles qui ne le font pas s'exposent à des risques juridiques accrus, ce qui en définitive revient à rendre l'inscription presque obligatoire. L'al. 3 doit donc être biffé.</p>
<p>Art. 637 à 639 Abrogés.</p>	

Art. 640**G. Inscription au registre du commerce****I. Réquisition**

¹ La société est inscrite au registre du commerce du lieu où elle a son siège.

² La demande d'inscription est signée par les membres du conseil d'administration en présence du fonctionnaire préposé au registre ou lui est remise par écrit et revêtue des signatures dûment légalisées.

³ Sont annexés à la demande d'inscription:

1. Un exemplaire des statuts certifié conforme;
2. L'acte constitutif avec ses annexes;
3. Le document qui constate la nomination des membres du conseil d'administration et de l'organe de révision, et indique leur domicile ou leur siège et, pour les premiers, leur nationalité.
4. Le nom de personnes chargées de représenter la société est communiqué au préposé. Lorsqu'elles ont été désignées par le conseil d'administration, le procès-verbal des délibérations est produit dans son texte original ou en copie certifiée conforme.

Art. 641**II. Objet de l'inscription**

Sont inscrits au registre du commerce:

1. La date des statuts;
2. La raison sociale et le siège de la société;
3. le but de la société, ainsi que sa durée si les statuts contiennent des dispositions sur ce point;
4. Le montant du capital-actions et des apports effectués;
5. Le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions, les restrictions de la transmissibilité ainsi que les privilèges attachés à certaines catégories d'entre elles;
6. L'objet de l'apport en nature et les actions émises en échange, l'objet de la reprise de biens et la contre-prestation de la société, ainsi que le contenu et la valeur des avantages particuliers;
7. Le nombre des bons de jouissance avec l'indication du contenu des droits qui leur sont attachés;
8. Le mode de représentation de la société;
9. Le nom des membres du conseil d'administration et des personnes autorisées à représenter la société, avec l'indication de leur domicile et de leur nationalité;
10. Le nom ou la raison sociale des réviseurs avec l'indication de leur domicile, de leur siège ou d'une succursale inscrite au registre du commerce;
11. La forme à observer pour les publications de la société, ainsi que pour les communications des membres du conseil d'administration aux actionnaires si les statuts prévoient une forme spéciale.

ch. 5 ; harmonisation terminologie avec 627 AP : restrictions « à » la transmissibilité; si suppression des actions au porteur, il faut aussi supprimer la référence à l'espèce des actions

<p>Art. 642 V. Avantages particuliers ¹ Si, lors de la constitution de la société, des avantages sont stipulés en faveur des fondateurs ou d'autres personnes, les statuts doivent indiquer le nom des bénéficiaires et préciser l'étendue ainsi que la valeur de ces avantages particuliers. ² L'étendue et la valeur des avantages particuliers sont inscrites au registre du commerce.</p>	<p>Note marginale : III. Avantages... (et non V) Objet de la publicité Plus que l'étendue d'un avantage particulier, c'est sa nature et son contenu qui doivent être rendus publics. Il conviendrait de modifier le texte de l'avant projet dans ce sens.</p>
<p>Art. 643 H. Acquisition de la personnalité I. Moment; inaccomplissement des conditions légales ¹ La société n'acquiert la personnalité que par son inscription sur le registre du commerce. ² La personnalité est acquise de par l'inscription, même si les conditions de celle-ci n'étaient pas remplies. ³ Toutefois, lorsque les intérêts de créanciers ou d'actionnaires sont gravement menacés ou compromis par le fait que des dispositions légales ou statutaires ont été violées lors de la fondation, le juge peut, à la requête d'un de ces créanciers ou actionnaires, prononcer la dissolution de la société. ⁴ L'action s'éteint si elle n'est pas introduite au plus tard trois mois dès la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce.</p>	
<p>Art. 644 II. Actions émises avant l'inscription ¹ Les actions émises avant l'inscription de la société sont nulles; les engagements qui résultent de la souscription d'actions demeurent toutefois intacts. ² Les auteurs de l'émission sont responsables de tout le dommage causé.</p>	
<p>Art. 645 III. Actes faits avant l'inscription 1 Les actes faits au nom de la société avant l'inscription entraînent la responsabilité personnelle et solidaire de leurs auteurs. 2 Toutefois, lorsque des obligations expressément contractées au nom de la future société ont été assumées par elle dans les trois mois à dater de son inscription, les personnes qui les ont contractées en sont libérées, et la société demeure seule engagée.</p>	
<p>Art. 646 Abrogé.</p>	

<p>Art. 647 J. Modification des statuts ¹ Toute décision de l'assemblée générale ou du conseil d'administration qui modifie les statuts doit faire l'objet d'un acte authentique. ² La décision est communiquée par le conseil d'administration au bureau du registre du commerce pour être inscrite sur la foi des pièces correspondantes. ³ L'inscription est immédiatement suivie d'effet, même à l'égard des tiers.</p>	
<p>Art. 648 et 649 Abrogés.</p>	
<p>Commentaire général concernant le chapitre sur les modifications du capital 1/ choix entre marge de fluctuation et augmentation/réduction autorisées du capital Il faut à notre sens préférer la proposition principale (marge de fluctuation) à la variante (augmentation et réduction autorisée). Il ne se justifie pas, à notre sens, de répéter la procédure d'appel des créanciers et la mise à disposition de sûretés à chaque réduction comprise dans la marge (ou l'autorisation de réduction). Les créanciers qui contractent avec une société avec marge de fluctuation sauront que leur « coussin de garantie » se limite au capital de base. Voir aussi ci-dessous ad art. 653v la proposition concernant les obligations du CA et du réviseur. 2/ regroupement des dispositions sur les modifications du capital Il est logique de regrouper les dispositions sur les modifications du capital en un seul chapitre. On peut toutefois regretter que ce regroupement conduise à ce que les articles commençant par le no 653 traitent trois thèmes distincts. Pour éviter cela, il conviendrait de regrouper toutes les dispositions sur l'augmentation ordinaire du capital sous les articles commençant avec 650, celles sur l'augmentation conditionnelle du capital aux articles commençant avec 651, celles sur la réduction du capital aux articles commençant avec 652 et celles sur la marge de fluctuation du capital aux articles commençant avec 653. A plus long terme, les inconvénients d'un tel remaniement (soit les problèmes de correspondance avec la doctrine et la jurisprudence de « l'ancien droit ») semblent en effet minimes par rapport aux avantages de la solution proposée.</p>	
<p>Art. 650 K. Augmentation et réduction du capital-actions I. Augmentation ordinaire 1. Décision de l'assemblée générale 1 L'augmentation du capital-actions est décidée par l'assemblée générale. 2 La décision de l'assemblée générale revêt la forme authentique et mentionne:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. le montant nominal total de l'augmentation et le montant des apports qui doivent être effectués à ce titre; 2. le nombre et la valeur nominale des actions ainsi que les privilèges attachés à certaines catégories d'entre elles; 3. le prix d'émission ou l'autorisation donnée au conseil d'administration de le fixer, ainsi que l'époque à compter de laquelle les actions nouvelles donneront droit à des dividendes; 4. la nature des apports; 5. en cas d'apport en nature, son objet, son estimation, le nom de l'apporteur ainsi que les actions qui lui reviennent; 6. en cas de libération par compensation, la créance à compenser, le nom de l'apporteur ainsi que les actions qui lui reviennent; 7. en cas de reprise de biens, son objet, le nom de l'aliénateur et la 	<p>La prolongation du délai pour inscrire l'augmentation est bienvenue.</p>

<p>contreprestation de la société;</p> <p>8. l'étendue et la valeur des avantages particuliers ainsi que le nom des bénéficiaires;</p> <p>9. toute restriction à la transmissibilité des actions nouvelles;</p> <p>10. toute limitation ou suppression du droit de souscription préférentiel ainsi que le sort des droits de souscription préférentiels non exercés ou supprimés;</p> <p>11. les conditions d'exercice des droits de souscription préférentiels acquis conventionnellement.</p> <p>3 Le conseil d'administration requiert l'inscription de l'augmentation du capital-actions au registre du commerce dans les six mois suivant la décision de l'assemblée générale; passé ce délai, la décision est caduque.</p>	
<p>Art. 651 à 651a Abrogés.</p>	
<p>Art. 652 2. Souscription d'actions</p> <p>¹ Les actions sont souscrites dans un document particulier (bulletin de souscription) selon les règles en vigueur pour la fondation.</p> <p>² Le bulletin de souscription doit se référer à la décision d'augmentation prise par l'assemblée générale ou à la décision de l'assemblée générale d'autoriser l'augmentation du capital-actions et à la décision d'augmentation arrêtée par le conseil d'administration. Si un prospectus d'émission est exigé par la loi, le bulletin de souscription s'y réfère également.</p> <p>³ Le bulletin de souscription qui ne fixe pas de délai perd son caractère obligatoire six mois après la signature.</p>	
<p>Art. 652a 3. Prospectus d'émission</p> <p>¹ Lorsque des actions nouvelles sont offertes en souscription publique, la société publie un prospectus d'émission donnant des indications sur:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. le contenu de l'inscription figurant au registre du commerce, à l'exception des indications concernant les personnes autorisées à représenter la société; 2. le montant et la composition actuels du capital-actions avec la mention du nombre et de la valeur nominale des actions ainsi que des privilèges attachés à certaines catégories d'entre elles; 3. les dispositions statutaires concernant l'augmentation conditionnelle du capital-actions et la marge de fluctuation du capital; 4. le nombre des bons de jouissance et le contenu des droits qui leur sont attachés; 5. les derniers comptes annuels et comptes de groupe avec les rapports de révision et, lorsque la date de clôture de ces comptes remonte à plus de six mois, des comptes intermédiaires; 6. les dividendes payés pendant les cinq dernières années ou depuis la fondation; 	

<p>7. la décision relative à l'émission d'actions nouvelles.</p> <p>² Est public tout appel de souscriptions qui ne s'adresse pas à un cercle limité de personnes.</p> <p>³ Si la société ne dispose pas d'un organe de révision, le conseil d'administration fait établir un rapport de révision par un réviseur agréé et rend compte du résultat de la révision dans le prospectus d'émission.</p>	
<p>Art. 652b</p> <p>4. Droit de souscription préférentiel</p> <p>¹ Tout actionnaire a droit à la part des actions nouvellement émises qui correspond à sa participation antérieure.</p> <p>² Le droit de souscription préférentiel est préservé lorsqu'un établissement soumis à la loi sur les banques souscrit les actions en prenant l'engagement de les proposer aux actionnaires, proportionnellement à leur participation antérieure. Toute remise d'action ne respectant pas cet engagement est frappée de nullité.</p> <p>³ La décision prise par l'assemblée générale d'augmenter le capital-actions ne peut supprimer le droit de souscription préférentiel que pour de justes motifs. Sont notamment de justes motifs: l'acquisition d'une entreprise, ou de parties d'entreprise ou de participations à une entreprise ainsi que la participation des travailleurs. Nul ne doit être avantagé ou désavantagé de manière non fondée par la suppression du droit de souscription préférentiel.</p> <p>⁴ La société ne peut, pour des motifs de restrictions statutaires à la transmissibilité des actions, refuser l'exercice du droit d'acquérir des actions à l'actionnaire auquel elle a accordé ce droit.</p> <p>⁵ L'exercice du droit de souscription préférentiel ne doit pas être entravé de manière non fondée.</p> <p>⁶ Le prix d'émission ne peut être sensiblement inférieur à la valeur réelle de l'action que si le droit de souscription est négociable.</p>	<p>Prise ferme</p> <p>Il faut saluer la solution selon laquelle la prise ferme ne correspond pas à une suppression du droit préférentiel de souscription.</p> <p>Etablissements concernés</p> <p>L'AP vise à tort les banques. Il doit s'agir de négociants en valeurs mobilières autorisées en tant que maison d'émission au sens de l'art. 3 al. 2 OBVM. Dans la pratique suisse, il s'agit toujours d'instituts qui ont les deux licences, mais il n'est pas exclu qu'un institut étranger se contente de la seule licence de négociant. Il faut également se demander si une prise ferme par une société étrangère ne devrait pas être également exonérée (Par ex., Novartis place des actions en Suisse et aux USA. Est-ce qu'elle doit demander la suppression du DPS pour placer les actions aux USA en prise ferme en utilisant par. Ex. Morgan Stanley ou Goldman Sachs aux USA et non leurs filiales suisses ?)</p> <p>Proposition : remplacer « un établissement soumis à la loi sur les banques » par « une maison d'émission au sens de l'art. 3 al. 2 de l'Ordonnance sur les bourses ou, le cas échéant, une institution étrangère soumise à une surveillance comparable ».</p> <p>Nullité de la remise d'actions</p> <p>En revanche, la nullité de la remise d'actions contraire à l'obligation de délivrer les actions ne nous paraît pas une solution conforme à la sécurité juridique. Une telle nullité se justifie seulement lorsqu'il y a connivence entre l'établissement bancaire et le récipiendaire (on peut dans ce cas considérer que l'engagement de l'établissement à l'égard du récipiendaire viole sciemment des engagements entre la banque et un tiers et est de ce fait immoral). Dans tous les cas où le récipiendaire est de bonne foi, il apparaît cependant excessif de lui réclamer la restitution des actions. Il serait utile de préciser dans la disposition que l'actionnaire lésé peut agir contre l'établissement bancaire (en tant que bénéficiaire d'une stipulation pour autrui) et qu'il peut exiger de la société qu'elle répare le dommage causé par l'établissement bancaire (imputation à celle-ci des actes de son auxiliaire).</p> <p>Règles applicables en cas de maintien du droit préférentiel de souscription (al. 5 et 6)</p> <p>Sur le plan systématique, il semblerait préférable de faire figurer les règles applicables en cas de maintien du droit préférentiel de souscription immédiatement après la règle de principe selon laquelle tout actionnaire a un dps (al. 1).</p> <p>Sur le fond, on peut se demander s'il ne serait pas préférable de rappeler</p>

	<p>que les principes généraux applicables aux décisions de l'assemblée générale (cf. art. 706) – égalité de traitement, proportionnalité (obligation d'agir de la manière la moins dommageable) et interdiction de l'arbitraire – s'appliquent à la décision d'augmentation du capital et aux conditions posées à celle-ci, même lorsque le droit préférentiel de souscription est maintenu. Les al. 5 et 6 prévus par l'avant-projet ne sont en effet qu'une concrétisation de ces principes généraux, mais ils risquent de s'avérer trop rigides dans certains cas (p.ex. lorsque la décision s'avère proportionnelle, même si le prix d'émission est inférieur à la valeur réelle des actions) ; il y a aussi un risque qu'à force de se focaliser sur le prix d'émission, on tienne insuffisamment compte des principes généraux.</p>
<p>Art. 652c d. Libération des apports Sauf disposition contraire de la loi, les règles sur la fondation s'appliquent à la libération des apports.</p>	<p>Cette disposition a été oubliée dans la numérotation des notes marginales</p>
<p>Art. 652d 5. Libération des apports Sauf disposition contraire de la loi, les règles sur la fondation s'appliquent à la libération des apports.</p>	
<p>Art. 652e 6. Augmentation au moyen de fonds propres ¹ Le capital-actions peut aussi être augmenté par la conversion de fonds propres dont la société peut librement disposer. ² La preuve que le montant de l'augmentation est couvert est apportée au moyen des comptes annuels, dans la version approuvée par les actionnaires, ou, si la date de clôture de ceux-ci est antérieure à six mois, au moyen d'un bilan intermédiaire vérifié.</p>	
<p>Art. 652f 7. Rapport de révision ¹ Un réviseur agréé vérifie le rapport d'augmentation et atteste par écrit qu'il est complet et exact. ² Il n'est pas nécessaire d'établir un rapport de révision lorsque l'apport au nouveau capital-actions est fourni en espèces, que le capital-actions n'est pas augmenté en vue d'une reprise de biens et que les droits de souscription préférentiels ne sont ni limités ni supprimés.</p>	
<p>Art. 652g 8. Adaptation des statuts ¹ Au vu du rapport d'augmentation du capital et, si nécessaire, du rapport de révision, le conseil d'administration décide la modification des statuts et constate que: 1. toutes les actions ont été valablement souscrites; 2. les apports promis correspondent au prix total d'émission; 3. les apports ont été effectués conformément aux exigences légales et statutaires ou à la décision de l'assemblée générale. ² La décision et les constatations doivent faire l'objet d'un acte</p>	

<p>authentique. L'officier public mentionne tous les documents à la base de l'augmentation du capital-actions et atteste qu'ils ont été soumis au conseil d'administration.</p> <p>³ Abrogé.</p>	
<p>Art. 652h 9. Inscription au registre du commerce; nullité des actions émises avant l'inscription</p> <p>¹ Le conseil d'administration requiert auprès de l'office du registre du commerce l'inscription de la modification statutaire et de ses constatations.</p> <p>² Les actions émises avant l'inscription de l'augmentation du capital-actions sont nulles; la validité des engagements qui résultent de la souscription de ces actions n'en est pas affectée.</p> <p>³ Abrogé.</p>	
<p>Art. 653 II. Augmentation conditionnelle 1. Décision de l'assemblée générale</p> <p>¹ L'assemblée générale peut prévoir une augmentation conditionnelle du capital-actions en accordant dans les statuts le droit d'acquérir des actions nouvelles (droit de conversion ou d'option) aux actionnaires, aux créanciers d'obligations d'emprunt ou d'obligations semblables de la société ou des sociétés membres de son groupe ainsi qu'aux travailleurs.</p> <p>² Le conseil d'administration requiert l'inscription de la décision de l'assemblée générale au registre du commerce dans les 30 jours; passé ce délai, la décision est caduque.</p> <p>³ Le capital-actions augmente de plein droit au moment et dans la mesure où le droit de conversion ou d'option est exercé et que les obligations d'apport sont remplies par compensation ou en espèces.</p>	<p>La précision relative au délai (al. 2) clarifie la situation juridique.</p>
<p>Art. 653a 2. Limites</p> <p>¹ Le montant nominal dont le capital-actions peut être augmenté conditionnellement ne doit pas dépasser la moitié du capital-actions existant.</p> <p>² L'apport effectué doit correspondre au moins à la valeur nominale.</p>	
<p>Art. 653b 3. Base statutaire</p> <p>¹ Les statuts doivent indiquer:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. le montant nominal de l'augmentation conditionnelle; 2. le nombre et la valeur nominale des actions; 3. le cercle des bénéficiaires du droit de conversion ou d'option; 4. le cas échéant, la suppression ou la limitation du droit de souscription préférentiel des actionnaires actuels; 5. les privilèges attachés à certaines catégories d'actions; 6. les restrictions à la transmissibilité des actions nouvelles. 	

<p>² Si les obligations d'emprunt ou des obligations semblables liées à des droits de conversion ou d'option ne sont pas offertes en souscription par préférence aux actionnaires, les statuts doivent en plus indiquer:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. les conditions d'exercice des droits de conversion ou d'option; 2. les bases de calcul du prix d'émission. <p>³ Est nul le droit de conversion ou d'option accordé avant l'inscription au registre du commerce de la disposition statutaire qui introduit l'augmentation conditionnelle du capital.</p>	
<p>Art. 653c 4. Protection des actionnaires</p> <p>¹ Les dispositions régissant le droit de souscription préférentiel en cas d'augmentation ordinaire du capital sont applicables lorsque des droits d'option sont accordés aux actionnaires dans le cadre d'une augmentation conditionnelle du capital.</p> <p>² Si, lors d'une augmentation conditionnelle du capital, des obligations d'emprunt ou d'autres obligations auxquelles sont liés des droits de conversion ou d'option sont émises, ces obligations doivent être offertes en souscription en priorité aux actionnaires proportionnellement à leur participation antérieure.</p> <p>³ Ce droit peut être limité ou supprimé s'il existe pour cela un juste motif. Il peut être limité ou supprimé lorsque les actions de la société sont cotées en bourse, pour autant que les actionnaires soient assurés de pouvoir maintenir leur taux de participation en achetant les titres émis à des conditions acceptables.</p>	<p>Suppression du droit de priorité des actionnaires (al. 3)</p> <p>La solution selon laquelle le droit de priorité peut dans tous les cas être supprimé du simple fait que les actions sont cotées en bourse et que les actionnaires peuvent maintenir leur participation va très loin (et elle n'est pas harmonisée avec la solution applicable en matière de suppression du droit préférentiel de souscription pour les sociétés cotées). Il est probable que dans la grande majorité des cas, une telle situation fonde un juste motif de suppression du droit de priorité ; il serait donc souhaitable d'harmoniser le texte de l'al. 3 avec la règle sur le droit préférentiel de souscription et de prévoir, p.ex., « Le droit de priorité peut être limité ou supprimé s'il existe pour cela un juste motif. Il y a notamment un juste motif lorsque les actions de la société sont cotées en bourse et que les actionnaires sont assurés de pouvoir maintenir leur taux de participation en achetant les titres émis à des conditions acceptables. »</p> <p>On ne voit pas non plus pourquoi cette disposition ne fait plus aucune référence au risque de dilution et ne prévoit plus que « nul ne doit être avantagé ou désavantagé par la suppression du droit de priorité ».</p>
<p>Art. 653d 5. Protection des titulaires d'un droit de conversion ou d'option</p> <p>¹ L'actionnaire, le créancier ou le travailleur titulaire d'un droit de conversion ou d'option lui permettant d'acquérir des actions ne peut voir son droit limité par une restriction à la transmissibilité des actions, à moins que cette réserve ne soit prévue dans les statuts et dans le prospectus d'émission.</p> <p>² Il ne peut être porté atteinte aux droits de conversion ou d'option par une augmentation du capital-actions, par l'émission de nouveaux droits de conversion ou d'option ou de toute autre manière que si le prix de conversion est abaissé ou qu'une compensation équitable est assurée d'une autre façon aux titulaires de ces droits ou encore si les actionnaires subissent le même préjudice.</p>	
<p>Art. 653e 6. Exécution de l'augmentation a. Exercice des droits; apports</p> <p>¹ Le droit de conversion ou d'option est exercé par une déclaration écrite qui se réfère à la disposition statutaire sur l'augmentation conditionnelle du capital; si la loi exige un prospectus d'émission, la déclaration doit également se référer à celui-ci.</p>	

<p>² La libération des apports en espèces ou par compensation s'effectue auprès d'un établissement soumis à la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne.</p> <p>³ Les droits de l'actionnaire naissent au moment de la libération de l'apport.</p>	
<p>Art. 653f b. Rapport de révision A la fin de chaque exercice, un expert-réviseur agréé atteste dans un rapport de révision que les actions nouvelles ont été émises conformément à la loi, aux statuts et, le cas échéant, au prospectus d'émission. Le conseil d'administration peut requérir un contrôle plus tôt.</p>	
<p>Art. 653g c. Adaptation des statuts ¹ A la réception du rapport de révision, le conseil d'administration constate par acte authentique:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. le nombre et la valeur nominale des actions nouvellement émises; 2. le cas échéant, les privilèges attachés à certaines catégories d'actions; 3. l'état du capital-actions à la fin de l'exercice ou au moment du contrôle. <p>² Il procède aux adaptations nécessaires des statuts.</p> <p>³ L'officier public constate dans l'acte authentique que le rapport de révision contient les indications exigées.</p>	
<p>Art. 653h d. Inscription au registre du commerce Dans les trois mois qui suivent la clôture de l'exercice, le conseil d'administration requiert l'inscription de la modification des statuts au registre du commerce en produisant l'acte authentique et l'attestation de vérification.</p>	
<p>Art. 653i 7. Epuration ¹ Le conseil d'administration supprime ou adapte la disposition statutaire relative à l'augmentation conditionnelle du capital lorsque:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. les droits de conversion ou d'option se sont éteints; 2. les droits de conversion ou d'option n'ont pas été accordés; 3. les ayants droits ont tous ou en partie renoncé par écrit à l'exercice de leurs droits de conversion ou d'option. <p>² Les statuts ne peuvent être modifiés que si un expert-réviseur agréé a attesté l'existence des conditions requises dans un rapport de révision.</p> <p>³ La décision de modification des statuts ne requiert pas la forme authentique.</p>	

Commentaire général concernant les procédures de réduction du capital

Sur le plan systématique, il serait plus logique de régler la réduction « déclarative » du capital immédiatement après la réduction « constitutive » ou ordinaire et de traiter de la réduction « accordéon » en dernier lieu ; celle-ci peut à la fois concerner les réductions constitutives et les réductions déclaratives.

Art. 653j

I. Réduction du capital-actions

1. Réduction ordinaire

a. Décision de réduction

¹ L'assemblée générale décide de la réduction du capital-actions et de la réduction du degré de libération du capital. Le conseil d'administration prépare et exécute la réduction.

² Le capital-actions ne peut être réduit à un montant inférieur à 100 000 francs que s'il est simultanément remplacé par du capital-actions nouveau, à libérer entièrement à concurrence de ce montant.

³ La décision de l'assemblée générale relative à la réduction du capital revêt la forme authentique.

Note marginale:

III. Réduction... (et non I)

Droits des actionnaires

Le chapitre sur la réduction du capital est centré sur la protection des créanciers ; il serait utile de tenir compte de ce que les réductions du capital peuvent aussi affecter les droits des actionnaires et de rappeler que la décision de réduction doit respecter les principes généraux (égalité de traitement, interdiction de l'arbitraire et proportionnalité).

Modalités de la réduction

Il serait utile de préciser que la réduction peut être effectuée par réduction des valeurs nominales ou par suppression d'actions.

Réduction en dessous de CHF 100'000.- (al. 2)

La possibilité de réduire le capital en dessous de CHF 100'000.- ne concerne que les réductions accordéon ; c'est dans la disposition topique (AP 653o) qu'il faudrait la mentionner.

Art. 653k

b. Conditions

¹ L'assemblée générale peut décider de réduire le capital-actions lorsque:

1. le conseil d'administration a publié l'avis aux créanciers;
2. les créanciers qui en ont fait la demande ont été désintéressés ou ont obtenu des sûretés;
3. un expert-réviseur agréé a attesté par écrit que les créances seront encore entièrement couvertes après la réduction du capital;
4. l'expert-réviseur agréé auteur du rapport de révision est présent à l'assemblée générale.

² La décision de réduction du capital-actions prise par l'assemblée générale:

1. constate que les exigences légales sont remplies;
2. prend acte des conclusions du rapport de révision de l'expert-réviseur agréé;
3. définit les modalités de la réduction du capital;
4. précise l'affectation des fonds propres disponibles par suite de la réduction du capital.

Avis aux créanciers (al. 1 ch. 1)

voir ci-dessous 653l

Sûretés (al. 1 ch. 2)

prévoir aussi le cas où les sociétés sont dispensées de fournir des sûretés

Constatation que les exigences légales sont remplies (al. 2 ch. 1)

L'assemblée générale n'est pas apte à faire cette constatation ; cette compétence peut être confiée au notaire qui instrumente la décision de réduction

<p>Art. 653l c. Avis aux créanciers et sûretés</p> <p>¹ Avant de proposer à l'assemblée générale de réduire le capital-actions, le conseil d'administration informe les créanciers qu'ils peuvent exiger des sûretés s'ils produisent leurs créances. L'avis aux créanciers doit paraître trois fois dans la Feuille officielle suisse du commerce et, au surplus, en la forme prévue par les statuts.</p> <p>² La société garantit les créances lorsque les créanciers l'exigent dans les deux mois qui suivent la troisième parution dans la Feuille officielle suisse du commerce.</p> <p>³ L'obligation de fournir des sûretés s'éteint si la société prouve que la réduction du capital ne compromet pas l'exécution de la créance.</p> <p>⁴ La société tenue de fournir de sûretés peut en lieu et place exécuter la créance.</p> <p>⁵ Les sûretés fournies aux créanciers sont caduques si l'assemblée générale n'approuve pas la réduction du capital.</p>	<p>Harmonisation avec LFus</p> <p>L'harmonisation avec la loi sur la fusion n'est pas complète puisque cette dernière permet à la société de renoncer à l'appel aux créanciers avec une attestation de l'expert-réviseur agréé. Il semblerait judicieux de prévoir une possibilité similaire. Elle peut se justifier notamment dans le cas où la réduction du capital n'affecte qu'une partie minimale des fonds propres de la société.</p> <p>Si l'on devait suivre cette voie, il faudrait en tenir compte aux art. 653k et 653l.</p>
<p>Art. 653m d. Rapport de révision d'un expert-réviseur agréé</p> <p>¹ La société fait attester par un expert-réviseur agréé que les créances restent entièrement couvertes après la réduction du capital.</p> <p>² Le rapport de révision de l'expert-réviseur agréé tient compte de l'issue de l'avis aux créanciers visé à l'art. 653l.</p> <p>³ Il est annexé à la décision de réduction du capital.</p>	<p>Contenu de l'attestation du réviseur</p> <p>Le réviseur devrait aussi être appelé à attester que les fonds propres restant après la réduction couvrent toujours le capital réduit (ou, en cas de réduction du degré de libération du capital, la partie du capital qui doit être libérée). (voir aussi ad art. 671 et 672)</p>
<p>Art. 653n e. Modification des statuts; inscription au registre du commerce</p> <p>¹ Après la réduction du capital, le conseil d'administration modifie les statuts et constate la conformité de la transaction aux exigences légales et statutaires ainsi qu'à la décision de l'assemblée générale.</p> <p>² La décision et les constatations revêtent la forme authentique. L'officier public mentionne toutes les pièces sur lesquelles se fonde la réduction du capital et atteste qu'elles lui ont été présentées ainsi qu'au conseil d'administration.</p> <p>³ Le conseil d'administration requiert l'inscription au registre du commerce de la modification des statuts et de ses constatations dans les 30 jours à compter de la décision.</p>	

<p>Art. 653o 2. Réduction et augmentation simultanées du capital-actions a. Principe Il n'est pas nécessaire d'adapter les statuts lorsque le capital-actions est réduit et remplacé simultanément par du capital nouveau et entièrement libéré à concurrence du montant antérieur. Les dispositions régissant l'augmentation ordinaire du capital-actions ne s'appliquent pas.</p>	<p>Caractère sommaire de la disposition Cette disposition est trop sommaire et ne tient pas compte de tous les cas de figure : il se peut que l'on soit tenu d'adapter les statuts (p.ex. parce que l'on émet des actions d'un autre type), mais que certains allègements au niveau de la procédure de réduction se justifient néanmoins. On ne comprend pas pourquoi l'on ne devrait pas appliquer les dispositions sur l'augmentation du capital. On peut en revanche sans autre renoncer à l'appel aux créanciers dans ce cas, voire même au rapport du réviseur (en tout cas en présence d'une réduction déclarative ; c'est plus contestable en cas de réduction constitutive). Proposition : distinguer les allègements aussi selon la nature de la réduction Augmentation-réduction Il conviendrait aussi de préciser que l'augmentation peut le cas échéant précéder la réduction du capital : cela peut être utile notamment lorsque la société est très surendettée</p>
<p>Art. 653p b. Destruction des actions ¹ Lorsque le capital-actions est réduit à zéro et augmenté à nouveau, les droits des actionnaires sont supprimés par la réduction du capital-actions. Les actions émises sont détruites. ² Dans le cadre de l'augmentation du capital-actions, les actionnaires ont un droit de souscription préférentiel, qui ne peut pas leur être retiré.</p>	<p>Suppression du sociétariat Il est douteux que l'on puisse imposer une réduction du capital à zéro à un actionnaire contre son gré en dehors de l'hypothèse de l'assainissement en ce sens, la modification est malvenue ; cela étant, il est vrai que le principe selon lequel il n'y a ni actionnaire sans action, ni action à valeur nominale nulle (même à la suite d'une réduction du capital) est d'application générale. Est-ce le bon endroit pour le rappeler ? Droit préférentiel de souscription il faut réserver ici la loi sur la fusion : dans le contexte d'une fusion-assainissement lors de laquelle une société en difficultés absorbe une société saine, le droit préférentiel de souscription des actionnaires de la société en difficulté ne peut en effet être maintenu.</p>
<p>Art. 653q 3. Réduction du capital en cas de bilan déficitaire ¹ Si, pour supprimer un excédent passif constaté au bilan et résultant de pertes, la société réduit le capital-actions d'un montant qui ne dépasse pas le montant de cet excédent, le conseil d'administration n'est pas tenu d'aviser les créanciers ni de garantir leurs créances. ² Pour le reste, les dispositions régissant la réduction ordinaire du capital sont applicables.</p>	
<p>Art. 653r IV. Marge de fluctuation du capital 1. Autorisation ¹ L'assemblée générale peut adopter une disposition statutaire par laquelle elle autorise le conseil d'administration à modifier le capital-actions dans les limites d'une marge de fluctuation du capital dans un délai n'excédant pas cinq ans. Les statuts précisent le montant du</p>	<p>Le concept général de la marge de fluctuation du capital nous semble bon. Il faut saluer en particulier l'extension de la durée pendant laquelle le CA peut modifier le capital et la possibilité de permettre au CA de réduire le capital.</p>

capital maximal et le montant du capital de base entre lesquels le conseil d'administration peut augmenter ou réduire le capital-actions.

² Le capital maximal ne peut être supérieur à une fois et demie le capital-actions inscrit au registre du commerce. Le capital de base ne peut être inférieur à la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce.

³ L'assemblée générale peut limiter les attributions du conseil d'administration en prévoyant notamment qu'il ne peut qu'augmenter ou que réduire le capital.

⁴ Les statuts peuvent prévoir la possibilité, pour le conseil d'administration, de procéder à une augmentation conditionnelle du capital-actions dans la marge de fluctuation du capital.

⁵ Le conseil d'administration requiert l'inscription de la décision de l'assemblée générale au registre du commerce dans les 30 jours; passé ce délai, la décision est caduque.

⁶ La durée de validité de l'autorisation court à compter de la date de la décision de l'assemblée générale.

⁷ La décision de l'assemblée générale revêt la forme authentique.

Art. 653s

2. Bases statutaires

¹ Lorsqu'une marge de fluctuation du capital est adoptée, les statuts indiquent:

1. le capital maximal et le capital de base;
2. la durée de validité de l'autorisation;
3. les restrictions et les conditions attachées à l'autorisation;
4. le nombre et la valeur nominale des actions ainsi que les privilèges attachés à certaines catégories d'entre elles;
5. l'étendue et la valeur des avantages particuliers ainsi que le nom des bénéficiaires;
6. toute restriction à la transmissibilité des actions nouvelles;
7. toute limitation ou suppression du droit de souscription préférentiel ou les justes motifs qui permettent au conseil d'administration de limiter ou de supprimer le droit de souscription, ainsi que le sort des droits de souscription préférentiels non exercés ou supprimés;
8. les conditions d'exercice des droits de souscription préférentiels acquis conventionnellement.

² A l'expiration de l'autorisation, le conseil d'administration supprime les dispositions statutaires relatives à la marge de fluctuation du capital. La forme authentique n'est pas requise.

<p>Art. 653t 3. Augmentation et réduction du capital-actions dans la marge de fluctuation du capital</p> <p>¹ Le conseil d'administration peut augmenter et réduire le capital-actions dans les limites de l'autorisation décidée par l'assemblée générale.</p> <p>² Sauf exigences particulières de la loi, les dispositions relatives à l'augmentation ordinaire ou conditionnelle ainsi qu'à la réduction du capital s'appliquent par analogie.</p> <p>³ Lors de chaque augmentation ou réduction du capital, le conseil d'administration fait les constatations nécessaires et procède aux modifications requises des statuts. Il édicte les dispositions nécessaires, à moins qu'elles ne figurent dans la décision de l'assemblée générale.</p> <p>⁴ Après chaque augmentation ou réduction du capital, le conseil d'administration requiert l'inscription du nouveau montant du capital-actions au registre du commerce dans les 30 jours suivant la décision.</p>	
<p>Art. 653u 4. Augmentation et réduction du capital-actions par l'assemblée générale</p> <p>Si, pendant la durée de validité de l'autorisation, l'assemblée générale décide d'augmenter ou de réduire le capital-actions émis, la décision instituant une marge de fluctuation du capital devient caduque. Les statuts sont adaptés en conséquence.</p>	<p>Caractère dispositif de la règle Il serait préférable de permettre à l'assemblée générale de déroger expressément à cette règle au moment de la décision d'augmentation ou de réduction.</p> <p>Relation avec l'augmentation conditionnelle Il faut aussi prévoir les rapports entre l'augmentation conditionnelle et la marge de fluctuation du capital</p>
<p>Art. 653v 5. Protection des créanciers</p> <p>¹ L'assemblée générale ne peut fixer un capital de base inférieur au capital-actions inscrit au registre du commerce que si:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. les créanciers ont été invités à produire leurs créances conformément à l'art. 653l; 2. un rapport de révision au sens de l'art. 653m a été établi. <p>² L'avis aux créanciers et le rapport de révision ne sont pas nécessaires si le conseil d'administration réduit le capital-actions dans la marge de fluctuation du capital.</p> <p>³ Le conseil d'administration ne peut procéder à une réduction du capital-actions dans le cadre de la marge de fluctuation du capital que si l'exécution des créances ne s'en trouve pas compromise.</p>	
<p>Art. 653w 6. Emission d'actions</p> <p>Lors d'une augmentation du capital-actions dans le cadre de la marge de fluctuation du capital, des actions peuvent être émises avant l'inscription de l'augmentation au registre du commerce si l'apport se fait en espèces et si le droit de souscription est garanti.</p>	

<p>Art. 653x 7. Rapport de révision ¹ En cas d'augmentation du capital-actions, à la fin de l'exercice un expert-réviseur agréé atteste dans un rapport de révision que les actions nouvelles ont été émises conformément à la loi, aux statuts et, le cas échéant, au prospectus d'émission. ² En cas de réduction du capital-actions, à la fin de chaque exercice un expert-réviseur agréé atteste dans un rapport de révision que les créances sont encore entièrement couvertes. ³ Le conseil d'administration dépose le rapport de révision au registre du commerce dans les trois mois suivant la fin de l'exercice.</p>	<p>Il conviendrait de faire intervenir le réviseur plus tôt ; il devrait vérifier la que l'exécution des créances n'est pas compromise (et que le capital réduit reste couvert)</p>
<p>Art. 653y 8. Indications dans l'annexe aux comptes annuels Toutes les augmentations et réductions du capital auxquelles le conseil d'administration a procédé sont commentées dans l'annexe aux comptes annuels. Les informations essentielles du rapport de révision de l'expert-réviseur agréé y sont également rapportées.</p>	
<p>Art. 654 III. Actions privilégiées 1. Conditions ¹ L'assemblée générale peut, en vertu d'une clause ou d'une modification des statuts, décider d'émettre des actions privilégiées ou de convertir d'anciens titres en actions privilégiées. ² S'il y a des actions privilégiées, il ne peut être émis de nouvelles actions qui les primeraient qu'avec l'approbation tant d'une assemblée spéciale des actionnaires atteints que d'une assemblée générale de tous les actionnaires. Demeurent réservées les dispositions contraires des statuts. ³ Cette disposition est également applicable en cas de modification ou de suppression de droits de priorité attachés par les statuts aux actions privilégiées.</p>	<p>Note marginale : V. Actions privilégiées (et non III. Actions...)</p>
<p>Art. 655 Abrogé.</p>	
<p>Art. 656 2. Droits attachés aux actions privilégiées ¹ Les actions privilégiées jouissent des avantages qui leur sont expressément conférés par rapport aux actions ordinaires dans les statuts primitifs ou à la suite d'une modification de ceux-ci. Elles sont assimilées, pour le surplus, aux actions ordinaires. ² Les avantages peuvent s'étendre notamment aux dividendes, avec ou sans droit aux dividendes supplémentaires, à la part de liquidation et au droit préférentiel de souscription en cas d'émissions futures.</p>	<p>Nature des privilèges Il serait utile de prévoir dans cette disposition que les privilèges peuvent être à fois financiers et non financiers, mais qu'ils ne peuvent porter sur le droit de vote. Les privilèges non financiers du type de celui prévu à CO 709 p.ex. méritent en effet la même protection et doivent être introduits aux mêmes conditions (CO 654) que les privilèges relatifs au dividende. « Redeemable shares » Il serait également opportun de reconnaître expressément la possibilité d'instaurer des <i>redeemable shares</i> sur la base de cette disposition, soit d'instaurer une catégorie particulière d'actions privilégiées qui peuvent être rachetée à des conditions particulières à la discrétion de l'actionnaire ou de la société. Bien entendu, ce droit de rachat ne pourrait être exercer que</p>

	<p>moyennant le respect des conditions des art. 659 ss CO, notamment l'existence de fonds propres librement disponibles suffisants. Aujourd'hui ce type d'actions existe en marge de la loi par le biais de conventions d'actionnaires prévoyant que les actionnaires exerceront leurs meilleurs efforts pour que la société rachète leurs actions. Une codification de cette pratique ajouterait à la sécurité du droit et faciliterait ainsi certains financements, en particulier dans le domaine du <i>private equity</i> et du capital risque.</p>
<p>Art. 656a L. Bons de participation I. Définition; dispositions applicables ¹ Les statuts peuvent prévoir un capital-participation divisé en parts (bons de participation). Ces bons de participation sont émis contre un apport; ils ont une valeur nominale et ne confèrent pas le droit de vote. Ils sont nominatifs ou au porteur. ² Toutes les dispositions relatives au capital-actions, à l'action et à l'actionnaire sont applicables au capital-participation, au bon de participation et au participant à moins que la loi n'en dispose autrement. ³ Les bons de participation doivent être désignés comme tels. ⁴ Le capital-participation peut être créé lors de la fondation de la société, par le biais d'une augmentation ordinaire ou conditionnelle du capital ou, si l'assemblée générale l'a prévu, dans le cadre d'une marge de fluctuation du capital.</p>	
<p>Art. 656b II. Capital-participation et capital-actions ¹ Les dispositions sur le capital minimum et sur l'apport minimum total ne sont pas applicables. ² Le capital-participation s'ajoute au capital-actions pour: 1. constituer la réserve légale (art. 672); 2. déterminer si la société est surendettée (art. 725, al. 1); 3. définir les limites de l'augmentation conditionnelle du capital-actions (art. 653a); 4. déterminer le capital de base et le capital maximal de la marge de fluctuation du capital (art. 653r) ³ Les seuils prévus sont calculés séparément pour les actionnaires et pour les participants dans les dispositions concernant: 1. l'institution d'un examen spécial contre la volonté de l'assemblée générale; 2. l'action en dissolution; 3. l'acquisition de propres actions. ⁴ Les seuils sont calculés exclusivement sur la base du capital-actions dans les dispositions concernant: 1. le droit de faire convoquer l'assemblée générale; 2. le droit de faire inscrire un objet à l'ordre du jour de l'assemblée générale.</p>	<p>Suppression de la limite pour le montant du capital-participation La limite actuelle du double du montant est probablement trop basse ; cela étant, l'absence de toute limite n'est pas justifiée et va à l'encontre d'une relation raisonnable entre le risque pris et le pouvoir dont on dispose au sein de la société. D'un point de vue systématique, on ne voit pas pourquoi la valeur nominale des actions à droit de vote privilégié ne saurait être inférieure à 10 fois celle des actions ordinaires, si l'on peut émettre une quantité illimitée de bons de participation.</p> <p>Nouvelle structure de la disposition Il faut saluer cette nouvelle structure qui clarifie bien la situation juridique</p> <p>Transformation de capital-participation en capital-actions Il serait opportun de préciser dans cette disposition que la transformation de capital-participation en capital-actions ne suppose pas la réduction du capital-participation et l'augmentation du capital-actions, mais peut être décidée en tout temps par voie de modification des statuts.</p>

<p>Art. 656c III. Statut juridique du participant 1. En général ¹ Le participant n'a ni le droit de vote ni, dans la mesure où les statuts n'en disposent pas autrement, aucun des droits qui s'y rapportent. ² Sont considérés comme droits qui se rapportent au droit de vote, le droit de faire convoquer l'assemblée générale, le droit d'y prendre part, le droit d'obtenir des renseignements, le droit de consulter les documents et le droit de faire des propositions. ³ Le participant a le droit de proposer un examen spécial aux mêmes conditions que l'actionnaire. Si les statuts ne lui accordent pas des droits plus étendus, le participant peut adresser une requête écrite à l'intention de l'assemblée générale afin d'obtenir des renseignements, de consulter des documents ou d'instituer un examen spécial.</p>	<p><i>Droit de vote à certaines conditions</i> Il serait opportun de permettre aux sociétés d'introduire une clause statutaire prévoyant les cas dans lesquels les bons de participation confèrent un droit de vote aux participants (« modèle von der Crone » mais au choix des sociétés)</p> <p><i>Droit à l'information</i> Il n'y a aucune raison de traiter le participant différemment de l'actionnaire sur le plan du droit à l'information. Dans la mesure où l'AP propose, à juste titre, de permettre aux actionnaires de demander des renseignements hors assemblée générale, le problème existant précédemment qui justifiait une règle différente pour les participants ne se pose plus. La solution proposée maintient la confusion relative à l'examen spécial.</p> <p><i>Proposition :</i> ² Sont considérés comme droits qui se rapportent au droit de vote, le droit de faire convoquer l'assemblée générale, le droit d'y prendre part, et le droit de faire des propositions. ³ Nonobstant l'alinéa précédent, le participant peut adresser une requête écrite à l'intention de l'assemblée générale tendant à l'institution d'un examen spécial.</p>
<p>Art. 656d 2. Communication de la convocation et des décisions de l'assemblée générale ¹ Sont communiqués aux participants la convocation à l'assemblée générale ainsi que les objets portés à l'ordre du jour et les propositions. ² Abrogé.</p>	
<p>Art. 656e 3. Représentation au conseil d'administration Les statuts peuvent reconnaître aux participants le droit à un représentant au conseil d'administration.</p>	

Art. 656f**4. Droits patrimoniaux****a. En général**

¹ Les statuts ne doivent pas défavoriser les participants par rapport aux actionnaires lors de la répartition du bénéfice résultant du bilan et du produit de liquidation, ainsi que lors de la souscription de nouvelles actions.

² S'il y a plusieurs catégories d'actions, les bons de participation doivent au moins être assimilés à la catégorie la moins favorisée.

³ Les modifications des statuts et les autres décisions de l'assemblée générale qui aggravent la situation des participants ne sont autorisées que si elles affectent dans la même mesure les actionnaires auxquels les participants sont assimilés.

⁴ Sauf disposition contraire des statuts, les privilèges et les droits sociaux accordés aux participants par les statuts ne peuvent être supprimés ou modifiés qu'avec l'accord d'une assemblée spéciale des participants concernés et de l'assemblée générale des actionnaires.

Art. 656g**b. Droits de souscription préférentiels**

¹ Lors de la création d'un capital-participation, les actionnaires ont le même droit de souscription préférentiel que lors de l'émission d'actions nouvelles.

² Les statuts peuvent prévoir que les actionnaires ne pourront souscrire que des actions et les participants que des bons de participation, si le capital-actions et le capital-participation sont augmentés simultanément et dans la même proportion.

³ Lorsque seul le capital-participation ou seul le capital-actions est augmenté ou que l'un est augmenté plus que l'autre, les droits de souscription doivent être répartis de manière à permettre aux actionnaires et aux participants de conserver la proportion du capital qu'ils détenaient jusqu'alors.

Art. 657**M. Bons de jouissance**

¹ Les statuts peuvent prévoir l'attribution de bons de jouissance à des personnes liées à la société par des mises de fonds antérieures, à des actionnaires, des créanciers, des travailleurs ou à des personnes liées à la société à un titre analogue. Ils doivent indiquer le nombre des bons de jouissance émis et le contenu des droits qui leur sont attachés.

² Les bons de jouissance ne peuvent conférer qu'un droit à une part du bénéfice résultant du bilan ou du produit de liquidation ou qu'un droit préférentiel à la souscription d'actions nouvelles.

³ Le bon de jouissance ne peut avoir de valeur nominale; il ne peut être désigné comme bon de participation ni être émis contre un apport qui soit porté à l'actif du bilan.

⁴ Les porteurs de bons de jouissance constituent de plein droit une communauté à laquelle les dispositions sur la communauté des

<p>créanciers dans les emprunts par obligations sont applicables par analogie. Toutefois, la décision de renoncer à certains droits ou à tous les droits découlant des bons de jouissance n'est obligatoire pour tous les porteurs que si elle est prise à la majorité des titulaires de tous les bons en circulation.</p> <p>⁵ Des bons de jouissance ne peuvent être créés en faveur des fondateurs de la société que si les statuts initiaux le prévoient.</p>	
<p>Art. 658 Abrogé.</p>	
<p>Art. 659 N. Acquisition par la société de ses propres actions I. Restrictions</p> <p>¹ La société ne peut acquérir ses propres actions que si elle dispose librement d'une part de ses fonds propres équivalente au montant de la dépense nécessaire.</p> <p>² Elle peut acquérir ses propres actions à concurrence de 10 % du capital-actions.</p> <p>³ Cette limite maximale est portée à 20 % si les propres actions sont acquises en relation avec une restriction à la transmissibilité ou avec une action en dissolution. La société aliène ou détruit par réduction du capital les actions acquises au-delà du seuil de 10 % du capital-actions dans un délai de deux ans.</p>	<p>Limite des 20% : Il est juste de préciser que la limite est portée à 20% dans le cas de 736 ch. 4 CO.</p> <p>Terminologie : al. 1 : La correction linguistique introduit une erreur de syntaxe, l'ancien texte était correct : une part « équivalent » au montant de la dépense. Equivalent est ici employé dans un sens participial et non dans le sens d'un adjectif. Il est donc invariable al. 3 : Le terme technique « annuler », voire annuler, est plus précis que détruire. Les actions ne sont pas nécessairement matérialisées, ce que sous-entend le verbe détruire.</p>
<p>Art. 659a II. Conséquences de l'acquisition</p> <p>¹ Le droit de vote lié aux actions propres et les droits qui leur sont attachés sont suspendus.</p> <p>² A raison de la détention de ses propres actions, la société affecte à une réserve séparée un montant correspondant à leur valeur d'acquisition.</p>	<p>Suppression de la réserve pour actions propres Il convient d'abroger l'al. 2.</p>
<p>Art. 659b III. Acquisition par des filiales</p> <p>¹ Si une société détient une participation majoritaire dans des filiales, l'acquisition de ses actions par ces filiales est soumise aux mêmes limitations et a les mêmes conséquences que l'acquisition par la société de ses propres actions.</p> <p>² Si une société acquiert une participation majoritaire dans une autre société qui détient elle-même des actions de l'acquéreur, celles-ci sont considérées comme des actions propres de l'acquéreur.</p> <p>³ Il incombe à la société qui détient la participation majoritaire de constituer une réserve.</p>	<p>Suppression de la réserve pour actions propres Il convient d'abroger l'al. 3.</p>

Chapitre II: Droits et obligations des actionnaires

Art. 660

A. Droit au bénéfice et liquidation

I. En général

¹ Tout actionnaire a droit à une part proportionnelle du bénéfice résultant du bilan, pour autant que la loi ou les statuts prévoient sa répartition entre les actionnaires.

² Il a droit, lors de la dissolution de la société, à une part proportionnelle du produit de la liquidation, à moins que les statuts ne règlent autrement l'emploi de l'actif de la société dissoute.

³ Les privilèges que les statuts confèrent à certaines catégories d'actions sont réservés.

Art. 661

II. Calcul de ces parts

Sauf disposition contraire des statuts, les parts de bénéfice et de liquidation sont calculées en proportion des versements opérés au capital-actions.

Art. 662 à 670

Abrogés.

Art. 671

C. Réserves

I. Réserve issue du capital

¹ Sont affectés à la réserve issue du capital:

1. la plus-value réalisée lors de l'émission d'actions au-dessus de leur valeur nominale, sous déduction des frais d'émission (agio);
2. les paiements libératoires retenus, pour autant qu'aucune moins-value n'ait été réalisée sur les nouvelles actions émises (gain issu de la déchéance des actions).

² La réserve issue du capital ne peut être affectée qu'à la couverture de pertes de capital et à la libération du capital-actions.

³ Abrogé.

⁴ Abrogé.

⁵ Abrogé.

⁶ Abrogé.

Principe de la réserve issue du capital

La consécration de l'opinion très minoritaire de P. Böckli (, Schweizer Aktienrecht, 3^{ème} éd., Zurich Schulthess, § 12 N 556 s, *contra* BaK-Neuhaus/Schönbachler, CO 671 N 36 et les réfs. citées) en matière d'agio nous paraît très inopportune.

La réserve issue du capital est en rupture complète avec le système d'un capital nominal fixe et défini dans les statuts comme l'envisage le droit de la société anonyme (et comme le comprend d'ailleurs l'Avant-projet à l'art. 620 AP-CO). Il n'existe aucune raison de donner à la prime d'émission (agio) un statut particulier. Dans un système fondé sur un capital nominal fixe, les créanciers et les actionnaires n'ont aucune raison d'y accorder une confiance particulière, puisque c'est au montant du capital qui seul figure dans les statuts que la loi apporte une véritable importance.

L'assimilation de l'agio au capital se justifie en matière fiscale (où il s'agit d'éviter que les parties n'éludent des impôts en prévoyant un capital trop bas), mais non en matière de droit de la société anonyme.

Au surplus, agir de la sorte est contraire au but même de l'agio : souvent un agio est payé afin de tenir compte de la différence entre la valeur réelle d'une action et sa valeur nominale. En fixant un prix d'émission plus élevé que la valeur nominale, il est possible de tenir compte de cette différence de valeur et d'éviter une dilution au détriment des actionnaires existants. Dans de nombreux cas, cette différence entre valeurs nominale et réelles résulte de l'accumulation de bénéfices d'exercices passés. Ces fonds sont, après la couverture de la réserve générale, librement disponibles pour être distribués aux actionnaires sous forme de dividendes. Or, en faisant, de l'agio une réserve liée, la loi péjore la situation de ces actionnaires existants, car elle diminue, en comparaison avec le statu quo ante, le montant des dividendes qu'ils peuvent percevoir.

En définitive, l'instauration d'une réserve issue du capital où serait versée l'agio aurait pour effet de diminuer les expectatives de dividendes des actionnaires existants qui ne participent pas l'augmentation de capital. Incidemment elle contredirait le but des modifications relatives au droit préférentiel de souscription qui visent précisément à protéger cette catégorie d'investisseurs et leur éviter tout préjudice lors d'augmentation de capital. Par ailleurs, elle n'empêcherait pas le remboursement aux nouveaux actionnaires du prix d'émission sous la forme de dividendes. Enfin, les créanciers qui ne peuvent nourrir d'attentes légitimes quant au prix d'émission ne sont pas lésés par le système actuel.

Compte tenu du peu d'intérêt de l'hypothèse de l'art. 671 al. 2 ch. 2, il conviendrait de biffer entièrement l'article 671 et de prévoir que l'agio va dans la réserve légale générale comme jusqu'ici.

Art. 671a à 671b

Abrogés.

Réserve pour actions propres

Il faut approuver la comptabilisation à l'actif des actions propres et la suppression de la réserve pour actions propres qui y est liées.

Réserve de réévaluation

Il faut approuver la suppression de la réglementation actuelle sur la réserve de réévaluation qui était peu claire et très inadéquate. Cela étant, la suppression de toute possibilité de réévaluation est plus problématique. Voir commentaires ad. 725 AP.

Art. 672**II. Réserves issues du bénéfice****1. Réserve légale**

¹ 5 % du bénéfice de l'exercice sont affectés à la réserve légale. Les éventuels reports de pertes sont couverts avant l'affectation à la réserve légale.

² La réserve légale est alimentée jusqu'à ce qu'elle atteigne 50 % du capital-actions inscrit au registre du commerce. Lorsque le but principal de la société est la prise de participations dans d'autres entreprises (société holding), la réserve légale est alimentée jusqu'à ce qu'elle atteigne 20 % du capital-actions inscrit au registre du commerce.

³ La réserve légale ne peut être affectée qu'à:

1. la couverture de pertes;
2. des mesures permettant à l'entreprise de poursuivre ses activités malgré la mauvaise marche des affaires;
3. la lutte contre le chômage et l'atténuation de ses conséquences.

Suppression de l'allocation en cas de superdividende

La suppression de l'allocation à la réserve légale en cas de super-dividende doit être approuvée.

Utilisation de la réserve en cas d'excédent

En principe, prévoir que la réserve légale issue du bénéfice ne peut être utilisée qu'à des fins déterminées ne pose pas de problème, puisque celle-ci ne doit être alimentée que dans la mesure où elle n'atteint pas 50% du capital-actions. Il peut cependant arriver que la réserve soit suralimentée, par exemple, dans le cas de sociétés qui, sous l'empire droit actuel, versent tous leurs bénéfices reportés dans la réserve générale. Une réduction du capital-actions peut d'ailleurs également conduire à une suralimentation de la réserve si celle-ci était déjà couverte. C'est pourquoi il s'agit alors de prévoir explicitement que l'al. 3 ne s'applique que dans la mesure où la réserve n'est pas couverte à concurrence de 50% du capital-actions comme le fait l'actuel art. 671 al. 3 CO. En droit bancaire, l'art. 4 LB ne connaît pas une disposition comparable ce qui est la source d'une insécurité que la Commission fédérale des banques entend résoudre dans le cadre d'une révision de la loi sur les banques. Il serait donc malheureux d'introduire un problème jusqu'à maintenant inconnu en droit des sociétés alors que le droit bancaire entend le résoudre.

Utilisation de la réserve contre le chômage ou la mauvaise marche des affaires

D'un point de vue purement technique, il convient de biffer le ch. 2 et 3 de l'al. 3. Ces dispositions se fondent sur l'impression erronée qu'à une réserve correspond un fonds d'actifs liés équivalent. Les fonds propres ne correspondent pas à un coffre fort dans le bureau du président du conseil d'administration que l'on peut utiliser en cas de mauvaise marche des affaires pour continuer l'activité ou financer un plan social. Ce ne sont que des inscriptions comptables sans existence physique. En cas de mauvaise marche des affaires, la réserve légale ne peut être utilisée que pour effacer des pertes sur un plan purement comptable.

Un fonds de réserve pour éviter ou atténuer les conséquences du chômage efficace ne peut être mis en place que par la constitution d'un véritable

	<p><i>Sondervermögen</i> comme le pratique le droit de la surveillance des assurances privées au moyen de fonds de réserves constitués d'actifs bénéficiant d'un droit de distraction en faveur des assurés. Il n'est pas comparable aux réserves comptables des art. 671 ss. AP.</p> <p>Utilisation de la réserve pour libérer le capital ou en cas de réduction du capital La réserve légale doit pouvoir être affectée à la libération du capital-actions et dissoute en cas de réduction du capital</p>
<p>Art. 673 2. Autres réserves ¹ Les statuts ou l'assemblée générale peuvent prévoir la constitution d'autres réserves et en déterminer l'affectation si cela est</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. nécessaire à des fins de remplacement ou 2. justifié pour assurer durablement la prospérité de l'entreprise, compte tenu des intérêts des actionnaires. <p>² L'assemblée générale statue sur la dissolution des réserves qui ne sont pas prévues par la loi.</p>	
<p>Art. 674 III. Compensation des pertes ¹ Les pertes de l'exercice écoulé et des exercices précédents peuvent être reportées à compte nouveau. ² Les pertes des exercices précédents sont compensées avec le bénéfice de l'exercice écoulé. ³ Les réserves sont affectées à la compensation des pertes dans l'ordre suivant:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. les réserves statutaires ou celles dont la constitution a été décidée par l'assemblée générale, si la compensation des pertes est conforme à leur but; 2. la réserve légale; 3. la réserve issue du capital. 	
<p>Art. 675 D. Dividendes, intérêts intercalaires et tantièmes I. Dividendes ¹ Il ne peut être payé d'intérêts sur le capital-actions. ² Des dividendes ne peuvent être prélevés que sur le bénéfice résultant du bilan et sur les réserves constituées à cet effet.</p>	

<p>Art. 676 II. Intérêts intercalaires ¹ Un intérêt d'un montant déterminé, qui est porté au débit du compte d'installation, peut être prévu en faveur des actionnaires pour la période des travaux de préparation et de construction de l'entreprise; il cessera d'être payé dès l'exploitation normale de celle-ci. Les statuts indiqueront, dans ces limites, le moment à partir duquel le paiement des intérêts cessera. ² Lorsque la société décide, pour étendre le cercle de ses opérations, d'émettre de nouvelles actions, elle peut attribuer à celles-ci un intérêt déterminé, qui est mis à la charge du compte d'installation; cet intérêt n'est consenti que jusqu'à une date exactement fixée et qui ne pourra être postérieure à la mise en exploitation des installations nouvelles.</p>	
<p>Art. 677 III. Tantièmes Des parts de bénéfice ne peuvent être attribuées aux membres du conseil d'administration que si elles sont prélevées sur le bénéfice résultant du bilan, après les affectations à la réserve légale et la répartition d'un dividende de 5 pour cent ou d'un taux supérieur prévu par les statuts.</p>	
<p>Art. 678 E. Restitution de prestations I. En général ¹ Les actionnaires, les membres du conseil d'administration et de la direction ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indûment des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires, sont tenus à restitution. ² Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société qui sont en disproportion avec leur contre-prestation. ³ Le droit à la restitution de prestations appartient à la société. L'action en restitution peut aussi être introduite par un actionnaire ou un créancier. ⁴ L'obligation de restitution se prescrit par dix ans à compter de la réception de la prestation.</p>	<p><i>Extension de l'application de l'art. 678 al. 1 CO aux membres de la direction</i> L'élargissement du cercle des personnes légitimées passivement aux membres de la direction est positive. Elle tient en effet compte de la réalité des grandes sociétés anonymes où le pouvoir effectif – et donc le risque d'abus – se situe entre les mains de ces personnes.</p> <p><i>Renonciation à l'exigence de mauvaise foi</i> En revanche, la renonciation à l'exigence de la mauvaise foi est dangereuse. Certes s'agissant des dirigeants et des administrateurs peut-on s'attendre qu'ils aient connaissance du caractère injustifiés des prestations illicites. La situation des actionnaires également visés par l'art. 678 al. 1 et 2 CO est tout autre. Ils ont rarement suffisamment d'information pour s'assurer du caractère justifié de dividendes ou d'autres prestations (par exemple rachat d'actions propres). Ils dépendent du rapport de gestion et des autres renseignements fournis par le conseil d'administration et, dans une moindre mesure, de l'organe de révision pour se former une image de l'état des finances. Ils ne peuvent pas non plus vérifier l'exactitude et la conformité à la loi du bilan. C'est pourquoi en 1983 le Conseil fédéral a insisté sur la nécessité d'une mauvaise foi effective (Message, FF 1983 II 757, p. 922 s.). Comme les fraudes comptables qui ont accompagné l'éclatement de la bulle Internet l'ont prouvé, la transparence accrue en matière boursière ne change pas fondamentalement ce constat : les actionnaires dépendent du conseil d'administration ou de la direction pour être informés de la marche des affaires. La situation est encore plus choquante pour les actionnaires qui sont dans</p>

une large mesure de purs investisseurs passifs, qui voient dans les actions un moyen de placer leur épargne et ne suivent guère l'évolution de la vie sociale. Ils sont souvent les premières victimes d'une comptabilité non-conforme à la loi permettant la distribution de dividendes injustifiés. Il serait dès lors inéquitable de les obliger à restituer les prestations indues qu'ils auraient perçus de bonne foi.

Enfin, cette disposition est problématique au regard de la sécurité du droit et la crédibilité du marché des capitaux. Cette modification expose les investisseurs, privés, institutionnels, y compris les assurances, fonds de placement et caisse de pension à un risque juridique de devoir rendre des dividendes des années après les avoir reçus, le cas échéant après avoir vendu les actions et distribué les fonds à divers bénéficiaires.

Au demeurant, la solution retenue par l'art. 678 al. 1 AP contredit la modification de l'art. 611 AP qui permet au commanditaire de bonne foi d'échapper à une obligation de reverser les parts de bénéfice indues pour autant qu'il se soit fié à un bilan.

En synthèse, il convient de conserver l'exigence de la mauvaise foi. Tout au plus, peut-on l'atténuer en se contentant d'une absence de bonne foi qui permettrait de soumettre à l'obligation de restitution les personnes qui auraient dû connaître le caractère indu de la prestation.

Renonciation à l'exigence du caractère manifeste de la disproportion

Un problème similaire existe s'agissant de la suppression du caractère évident de la disproportion entre la prestation et la contre-prestation. D'un point de vue téléologique et historique ce qualificatif a pour but d'éviter un contentieux sur des brouilles et autres « kleinliche Nachrechnungen » et ainsi de faciliter la décision dans les cas limites (Message, FF 1983 II 757, p. 923.). Sans cet adjectif, on tombe soit dans les travers de la théorie scholastique du *justum praetium* soit dans ceux d'une économie centralisée où les prix sont fixés par des organes étatiques. Il appartiendra en effet en dernier lieu à un juge de déterminer la « vraie valeur » de prestations, et ce dans des hypothèses, notamment en cas de transferts internes à un groupe, où une évaluation précise est très compliquée sinon impossible. D'ailleurs, d'un point de vue systématique le caractère évident de la disproportion est bien connu du droit suisse, puisqu'il se retrouve dans le contexte de la lésion (art. 21 CO). Il faut dès lors renoncer à biffer l'adjectif « évident ».

En revanche, nous approuvons la renonciation de la prise en compte de la situation financière de la société qui a perdu sa portée pratique (voir BaK-Kurrer, CO 678, N 16) et été considérée comme dénuée de tout sens par une doctrine critique (voir P. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3^{ème} éd., Zurich Schulthess, § 12 N 556 s.).

Ouverture des actions aux créanciers

L'ouverture de cette action aux créanciers est discutable. S'il est vrai que les prestations indues portent atteinte au substrat de responsabilité que constitue le patrimoine social, il n'en faut pas moins considérer que les créanciers n'ont pas de droit absolu à la garantie d'un pareil substrat. D'ailleurs, quand la société dispose de fonds propres librement disponibles

suffisants et est financièrement stable, les créanciers ne subissent pas de préjudice suite à des prestations indues (puisqu'ils auraient pu être distribués de façon licite).

En outre, cette extension de la légitimation active en faveur des créanciers n'est conciliable ni avec les règles de protection du créanciers que contient le droit de la société anonyme ni avec l'action révocatoire (art. 285 ss LP). Si on omet l'action de l'art. 643 al. 2 CO qui est dénuée de tout effet pratique et les actions en constatation de la nullité de décisions sociales, les créanciers n'ont pas le droit d'intenter une action de droit de la société en dehors de la faillite pour protéger le substrat de la société. L'action en responsabilité ne leur est ouverte pour les dommages indirects qu'une fois que la faillite est déclarée et alors aux conditions de l'art. 757 al. 1 CO (ou de l'art. 260 LP). Il en va de même en cas d'actes révocables (voir aussi l'art. 285 al. 2 ch. 2 LP). Dans les deux cas, d'ailleurs, la loi instaure un mécanisme de coordination destinée à éviter une pléthore d'actions incoordonnées. S'il existait un besoin avéré de protéger les créanciers contre le versement de prestations indues, il serait plus opportun d'examiner de façon systématique l'ensemble de ces voies de droit. De surcroît, dans ce cas, un moyen de coordination des actions individuelles devrait également être prévu. A défaut d'un tel examen plus détaillé, l'élargissement de l'action en restitution des prestations indues est prématuré.

Délai de prescription

La prolongation du délai de prescription nous paraît problématique. D'un point de vue systématique, dix ans sont exagérément longs en comparaison avec le délai applicable à d'autres prétentions : l'action en responsabilité du droit de la société anonyme se prescrit par cinq ans et l'action révocatoire, qui dans l'optique de la protection des créanciers joue un rôle comparable à celle de l'art. 678 CO couvre des périodes allant d'une année jusqu'à cinq ans avant la faillite. L'action en enrichissement illégitime se prescrit après l'écoulement d'une année à compter de la connaissance de l'appauvrissement (et en tout cas dix ans) (art. 67 al. 1 CO). Par ailleurs, en règle générale, cette action ne peut être intentée que par une seule personne dans des cas de figure relativement rares alors que l'action de l'art. 678 CO est ouverte à cercle très large de personnes contre virtuellement tout acte juridique.

Par ailleurs, de nombreux actes juridiques peuvent être annulés par l'action de l'art. 678 al. 2 CO, ce qui instaure une grande insécurité du droit. En particulier, en présence de transactions internes à un groupe de sociétés, la possibilité d'agir en restitution de prestation indues pendant une très longue période peut compliquer des *spin-offs* et autres opérations visant à sortir certaines branches d'activités d'un groupe.

Pour ces raisons une prescription relativement courte de cinq ans nous paraît plus opportune.

<p>Art. 679 II. Tantièmes en cas de faillite ¹ En cas de faillite de la société, les membres du conseil d'administration doivent restituer les tantièmes qu'ils ont reçus au cours des trois ans précédant l'ouverture de la faillite, à moins qu'ils ne prouvent que les conditions posées par la loi et les statuts pour la distribution de tantièmes étaient remplies et en particulier que cette distribution était fondée sur un bilan établi avec prudence. ² La période séparant l'ajournement et l'ouverture de la faillite n'est pas prise en considération dans le calcul du délai.</p>	
<p>Art. 680 F. Versements des actionnaires I. Objet ¹ La société ne peut imposer aux actionnaires d'autres obligations que celles prévues par la loi. ² Pour acquérir leurs actions, les actionnaires ne peuvent être tenus de verser un montant excédant celui qui a été fixé lors de l'émission. ³ Les versements libératoires ne peuvent être restitués aux actionnaires.</p>	<p>Restitution des versements libératoires La formulation proposée ne reflète pas la réalité du droit des sociétés : les actionnaires peuvent se voir restituer leurs versements dans toute une série d'hypothèses dont la réduction du capital, la liquidation ou le rachat d'actions propres et, même en droit actuel s'agissant de la prime d'émission, sous la forme de dividendes. En revanche, ils n'ont en aucun cas un véritable droit subjectif à la restitution de leur versement, ce qu'exprimait de façon univoque l'art. 680 al. 2 CO actuel qui devrait rester une pierre angulaire du droit suisse de la société anonyme. NB : Il serait opportun d'ajouter au texte actuel de l'art. 680 al. 2 CO « sauf dans les cas prévus par la loi » pour tenir compte des <i>redeemable shares</i>. (voir à ce sujet ci-dessus commentaire ad art. 654)</p>
<p>Art. 681 II. Effets de la demeure 1. Aux termes de la loi et des statuts ¹ Les actionnaires qui ne libèrent pas leurs actions en temps utile doivent des intérêts moratoires. ² Le conseil d'administration peut déclarer en outre qu'ils sont déchus des droits résultant de leur souscription et que leurs versements sont acquis à la société, et émettre des actions nouvelles en lieu et place de celles qui ont été ainsi annulées. Si les titres déjà émis ne sont pas restitués, l'annulation sera publiée dans la <i>Feuille officielle suisse du commerce</i> et, au surplus, en la forme prévue par les statuts. ³ Les statuts peuvent aussi frapper d'une peine conventionnelle les actionnaires en demeure.</p>	
<p>Art. 682 2. Appels de versements ¹ Si le conseil d'administration se propose de déclarer les actionnaires en demeure déchus de leurs droits de souscripteurs ou de leur réclamer l'exécution de la clause pénale prévue par les statuts, elle doit publier au moins trois fois des appels de versements dans la <i>Feuille officielle suisse du commerce</i> et, au surplus, en la forme prévue par les statuts, en leur impartissant un nouveau délai d'un mois au moins à compter de la dernière publication. La déchéance ne peut être prononcée et l'application de la clause pénale ne peut être exigée que</p>	

<p>si l'actionnaire ne paie pas non plus dans le nouveau délai.</p> <p>² Pour les titres nominatifs, la sommation a lieu par un avis adressé sous pli recommandé aux actionnaires inscrits sur le registre des actions. Dans ce cas, le nouveau délai court à partir de la réception de l'avis.</p> <p>³ L'actionnaire en demeure est tenu, envers la société, du montant qui n'est pas couvert par les prestations du nouvel actionnaire.</p>	
<p>Art. 683 Abrogé.</p>	<p>voir les commentaires ad art. 622</p>
<p>Art. 684 II. Actions nominatives</p> <p>¹ Sauf disposition contraire de la loi ou des statuts, les actions nominatives sont librement transmissibles.</p> <p>² Le transfert par acte juridique peut avoir lieu par la remise du titre endossé à l'acquéreur.</p>	<p>La note marginale doit être adaptée si 683 est biffé.</p>
<p>Commentaire général concernant les art. 685 à 686a</p> <p>Il conviendrait de restructurer ces dispositions et de supprimer les quelques imprécisions qui s'y sont glissées lors de la dernière révision (p.ex. préciser à l'art. 685c al. 2 que seuls le droit de vote et les droits liés sont suspendus). Il conviendrait aussi de régler le problème des actions « dispo » en prévoyant une obligation d'annonce de la part de la banque de l'acquéreur selon la proposition von der Crone.</p>	
<p>Art. 685 H. Restriction à la transmissibilité I. Restriction légale</p> <p>¹ Les actions nominatives qui ne sont pas intégralement libérées ne peuvent être transférées qu'avec l'approbation de la société, sauf s'il s'agit d'actions acquises par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée.</p> <p>² La société ne peut refuser son approbation que si la solvabilité de l'acquéreur est douteuse et que les sûretés exigées par la société n'ont pas été fournies.</p>	

<p>Art. 685a II. Restriction statutaire 1. Principes ¹ Les statuts peuvent prescrire que le transfert des actions nominatives est subordonné à l'approbation de la société. ² Cette restriction vaut aussi pour la constitution d'un usufruit. ³ Si la société entre en liquidation, les restrictions de la transmissibilité tombent.</p>	
<p>Art. 685b 2. Actions nominatives non cotées en bourse a. Motifs de refus ¹ La société peut refuser son approbation en invoquant un juste motif prévu par les statuts ou en offrant à l'aliénateur de reprendre les actions pour son propre compte, pour le compte d'autres actionnaires ou pour celui de tiers, à leur valeur réelle au moment de la requête. ² Sont considérés comme de justes motifs les dispositions concernant la composition du cercle des actionnaires qui justifient un refus eu égard au but social ou à l'indépendance économique de l'entreprise. ³ La société peut en outre refuser l'inscription au registre des actions si l'acquéreur n'a pas expressément déclaré qu'il reprenait les actions en son propre nom et pour son propre compte. ⁴ Si les actions ont été acquises par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée, la société ne peut refuser son approbation que si elle offre à l'acquéreur de reprendre les actions en cause à leur valeur réelle. ⁵ L'acquéreur peut demander que le juge du siège de la société détermine la valeur réelle. La société supporte les frais d'évaluation. ⁶ Si l'acquéreur ne rejette pas l'offre de reprise dans le délai d'un mois après qu'il a eu connaissance de la valeur réelle, l'offre est réputée acceptée. ⁷ Les statuts ne peuvent rendre plus dures les conditions de transfert.</p>	
<p>Art. 685c b. Effets ¹ Tant que l'approbation nécessaire au transfert des actions n'est pas donnée, la propriété des actions et tous les droits en découlant restent à l'aliénateur. ² En cas d'acquisition d'actions par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée, la propriété du titre et les droits patrimoniaux passent immédiatement à l'acquéreur, les droits sociaux, seulement au moment de l'approbation par la société. ³ L'approbation est réputée accordée si la société ne la refuse pas dans les trois mois qui suivent la réception de la requête ou rejette celle-ci à tort.</p>	

<p>Art. 685d 3. Actions nominatives cotées en bourse a. Conditions de refus ¹ La société ne peut refuser comme actionnaire l'acquéreur d'actions nominatives cotées en bourse que si les statuts prévoient une limite en pour-cent des actions nominatives jusqu'à laquelle un acquéreur doit être reconnu comme actionnaire, et que cette limite est dépassée. ² La société peut en outre refuser l'inscription au registre des actions si, sur sa demande, l'acquéreur n'a pas déclaré expressément avoir acquis les actions en son propre nom et pour son propre compte. ³ Si des actions nominatives cotées en bourse ont été acquises par succession, partage successoral ou en vertu du régime matrimonial, l'acquéreur ne peut pas être refusé comme actionnaire.</p>	
<p>Art. 685e b. Obligation d'annoncer Si des actions nominatives cotées en bourse sont vendues en bourse, la banque de l'aliénateur annonce immédiatement à la société le nom du vendeur et le nombre d'actions vendues.</p>	
<p>Art. 685f c. Transfert du droit ¹ Si des actions nominatives cotées en bourse sont acquises en bourse, les droits passent à l'acquéreur du fait de leur transfert. Si des actions nominatives cotées en bourse sont acquises hors bourse, les droits passent à l'acquéreur dès que celui-ci a déposé auprès de la société une demande de reconnaissance comme actionnaire. ² Jusqu'à cette reconnaissance, l'acquéreur ne peut exercer ni le droit de vote qui découle de l'action ni les autres droits attachés au droit de vote. L'acquéreur n'est pas restreint dans l'exercice de tous les autres droits, en particulier du droit de souscription préférentiel. ³ Les acquéreurs non encore reconnus par la société sont, après le transfert du droit, inscrits au registre des actions comme actionnaires sans droit de vote. Leurs actions ne sont pas représentées à l'assemblée générale. ⁴ En cas de refus illicite de l'acquéreur, la société est tenue de reconnaître son droit de vote ainsi que les droits attachés au droit de vote à partir du jour du jugement; elle est en outre tenue de réparer le dommage que l'acquéreur a subi du fait de son refus à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.</p>	
<p>Art. 685g d. Délai de refus Si la société ne refuse pas la reconnaissance de l'acquéreur dans les 20 jours, celui-ci est réputé reconnu comme actionnaire.</p>	

<p>Art. 686 4. Registre des actions a. Inscription ¹ La société tient un registre des actions, qui mentionne le nom et l'adresse des propriétaires et des usufruitiers d'actions nominatives. ² L'inscription au registre des actions n'a lieu qu'au vu d'une pièce établissant l'acquisition du titre en propriété ou la constitution d'un usufruit. ³ La société est tenue de porter cette mention sur le titre. ⁴ Est considéré comme actionnaire ou usufruitier à l'égard de la société celui qui est inscrit au registre des actions.</p>	
<p>Art. 686 b. Radiation La société peut, après avoir entendu la personne concernée, biffer les inscriptions au registre des actions lorsque celles-ci ont été faites sur la base d'informations fausses données par l'acquéreur. Celui-ci doit en être immédiatement informé.</p>	
<p>Art. 687 5. Actions nominatives non entièrement libérées ¹ L'acquéreur d'une action nominative qui n'est pas intégralement libéré répond des versements à l'égard de la société dès qu'il est inscrit sur le registre des actions. ² Lorsque le souscripteur aliène son action, il peut être recherché pour le montant non versé si la société est déclarée en faillite dans les deux ans qui suivent son inscription sur le registre du commerce et si l'ayant cause a été déclaré déchu de ses droits d'actionnaire. ³ L'aliénateur qui n'est pas souscripteur est, dès l'inscription de l'acquéreur sur le registre des actions, délié de l'obligation de faire des versements. ⁴ Tant que des actions nominatives ne sont pas libérées à concurrence de leur valeur nominale, le montant versé doit être indiqué sur le titre.</p>	
<p>Art. 688 III. Certificats intérimaires Les certificats intérimaires sont nominatifs. Leur transfert est régi par les dispositions relatives au transfert d'actions. ² Abrogé. ³ Abrogé.</p>	

<p>Art. 689 J. Droits sociaux inhérents à la qualité d'actionnaire I. Participation à l'assemblée générale 1. Principe ¹ Au sein de l'assemblée générale, l'actionnaire exerce ses droits, notamment ceux qui concernent la désignation des organes, l'approbation du rapport de gestion et la décision concernant l'emploi du bénéfice. ² Il peut représenter lui-même ses actions à l'assemblée générale ou les faire représenter par un tiers.</p>	
<p>Art. 689a 2. Légitimation à l'égard de la société ¹ Peut exercer les droits sociaux liés à l'action quiconque y est habilité par son inscription dans le registre des actions ou par les pouvoirs écrits reçus de l'actionnaire. ² En lieu et place d'un pouvoir écrit, le conseil d'administration peut admettre une procuration électronique pourvue d'une signature électronique qualifiée.</p>	<p>Signature électronique L'art. 14 al. 2bis CO prévoit d'emblée l'équivalence de la signature électronique avec la signature olographe comme règle de principe. Il n'y a pas de raison particulière d'exiger en droit de la société anonyme une pratique plus restrictive à l'égard de cette institution. La faculté donnée au Conseil d'administration de refuser la signature électronique ne se justifie pas.</p>
<p>Art. 689b 3. Représentation à l'assemblée générale a. En général ¹ Quiconque exerce des droits sociaux en qualité de représentant est tenu de suivre les instructions du représenté. ² Abrogé.</p>	
<p>Art. 689c b. Actions non cotées en bourse ¹ Les statuts d'une société dont les actions ne sont pas cotées en bourse peuvent stipuler qu'un actionnaire ne peut être représenté à l'assemblée générale que par un autre actionnaire. ² Lorsque la société recourt à cette possibilité, elle est tenue, si un actionnaire le demande, de désigner une personne indépendante que les actionnaires peuvent mandater pour représenter leurs actions lors de l'assemblée générale. ³ L'actionnaire qui sollicite la désignation d'un représentant indépendant doit déposer sa requête auprès de la société au plus tard dix jours avant la date de l'assemblée générale. ⁴ La société communique le nom et l'adresse du représentant indépendant à tous les actionnaires, par écrit, au moins cinq jours avant la date de l'assemblée générale. ⁵ Si la société ne remplit pas son obligation de désigner un représentant indépendant, l'actionnaire peut mandater un tiers de son choix pour le représenter à l'assemblée générale.</p>	<p>Les modifications envisagées sont en rapport direct avec le souci d'autonomie de l'actionnaire dans l'exercice de ses droits. Elles relèvent également du souci de diminuer l'influence des organes sur le vote des actionnaires minoritaires. Les mesures envisagées sont adéquates. Des exigences plus détaillées au niveau des statuts, ou des possibilités de déroger, ne paraissent pas nécessaires</p>

Art. 689d

c. Actions cotées en bourse

¹ Les sociétés dont les actions sont cotées en bourse désignent un représentant indépendant avant chaque assemblée générale.

² Le représentant indépendant s'abstient de voter lorsqu'il n'a reçu aucune instruction.

³ Abrogé.

Abolition de la représentation par le dépositaire et les organes

Même si l'intention semble être d'interdire la représentation par les organes ou les dépositaires, cette volonté ne résulte pas clairement du texte légal. Il y a un risque que les institutions soient maintenues, sans être soumises aux règles applicables au représentant indépendant.

Au demeurant, ces institutions ne sont pas critiquables en tant que telles. Ces acteurs doivent donc continuer à pouvoir intervenir, mais aux mêmes conditions que le représentant institutionnel.

Formulaire d'instructions (al. 1)

Il ne suffit pas de désigner un représentant indépendant pour assurer l'exercice des droits de vote. Il faut encore que ce dernier puisse recevoir les procurations et les instructions de vote.

Il faut dès lors prévoir une obligation pour le conseil d'administration d'informer les actionnaires de l'existence du représentant indépendant et de faire figurer un formulaire d'instruction sur la convocation (ou sur son site Internet). Ce formulaire devra solliciter l'avis de l'actionnaire par rapport à chaque objet et solliciter également des instructions générales (voir également le commentaire de l'al. 2).

La principale critique adressée à ces propositions ne remet pas en cause les objectifs poursuivis – il s'agit d'assurer la libre expression de la volonté des actionnaires et la diminution de l'influence des organes sociaux – mais porte sur le remplacement d'un inconvénient par un autre. En effet, si le vote sans instructions en faveur des propositions du Conseil donnait un avantage excessif à ce dernier et ne correspondait pas nécessairement à la volonté réelle des actionnaires, l'abstention du représentant indépendant donne un poids considérable aux actionnaires présents à l'assemblée. Or ceux-ci ne constituent pas toujours un groupe représentatif de l'intérêt de l'ensemble des « petits » actionnaires. Le plus souvent, il s'agira des « amis » des l'administration et des investisseurs institutionnels (qui seront parfois les mêmes). Il se peut aussi que des actionnaires opposés au conseil tirent profit de la faculté de présenter des propositions « spontanées » au sens de l'art. 700 al. 4 et qu'il en résulte une distorsion de la volonté des actionnaires.

Il convient dès lors de prévoir une règle différente en cas d'absence d'instruction. L'idéal serait de donner aux actionnaires la possibilité de donner des instructions générales, en plus des instructions spéciales, celles-ci pouvant être de suivre les « propositions du conseil d'administration » « s'abstenir », « refuser toute autre proposition ».

Voir aussi la proposition faite sous 699a de permettre aux actionnaires importants de faire communiquer par la société leur prise de position et leur sollicitation d'instructions auprès d'autres actionnaires.

	<p>Conséquence d'une violation des règles sur la représentation Compte tenu du rôle central que jouera le représentant institutionnel, Il est indispensable de prévoir deux sanctions en cas de non-respect des instructions : d'une part, la responsabilité pour le dommage causé et d'autre part l'annulation de la décision selon les modalités de l'art. 691 al. 3 CO, c'est-à-dire si la violation des règles a exercé une influence sur la décision.</p>
<p>Art. 689e Abrogé.</p>	
<p>Art. 690 4. S'il y a plusieurs ayants droit ¹ Lorsqu'une action est la propriété de plusieurs personnes, celles-ci ne peuvent exercer que par un représentant commun les droits attachés à leur titre. ² L'action grevée d'un droit d'usufruit est représentée par l'usufruitier; celui-ci est responsable envers le propriétaire s'il ne prend pas ses intérêts en équitable considération.</p>	
<p>Art. 691 II. Participation sans droit à l'assemblée générale ¹ Il est interdit d'abandonner des actions pour permettre au représentant d'exercer le droit de vote à l'assemblée générale si cet abandon a pour but de rendre illusoire une restriction apportée à ce droit. ² Tout actionnaire peut protester auprès du conseil d'administration contre une participation illicite à l'assemblée générale ou faire inscrire son opposition au procès-verbal de l'assemblée. ³ Lorsque des personnes qui n'ont pas le droit de participer à l'assemblée générale coopèrent à l'une de ses décisions, chaque actionnaire peut l'attaquer en justice, même faute de toute protestation préalable, à moins que la preuve ne soit faite que cette coopération n'a exercé aucune influence sur la décision prise.</p>	
<p>Art. 692 III. Droit de vote à l'assemblée générale 1. Principe ¹ Les actionnaires exercent leur droit de vote à l'assemblée générale proportionnellement à la valeur nominale de toutes les actions qui leur appartiennent. ² Chaque actionnaire a droit à une voix au moins, même s'il ne possède qu'une action. La société peut toutefois limiter, dans les statuts, le nombre de voix attribué au porteur de plusieurs actions. ³ Abrogé.</p>	<p>Abrogation des privilèges d'assainissement Il est juste de supprimer les privilèges en cas d'assainissement</p>

<p>Art. 693 2. Actions à droit de vote privilégié ¹ Les statuts peuvent déclarer que le droit de vote sera exercé proportionnellement au nombre des actions de chaque actionnaire sans égard à leur valeur nominale, de telle sorte que chaque action donne droit à une voix. ² Dans ce cas, les actions dont la valeur nominale est inférieure à celle d'autres actions de la société doivent être intégralement libérées. La valeur nominale des autres actions ne peut pas être plus de dix fois supérieure à celle des actions à droit de vote privilégié. ³ La détermination du droit de vote proportionnellement au nombre d'actions ne s'applique pas pour:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. désigner l'organe de révision; 2. désigner les experts chargés de vérifier tout ou une partie de la gestion; 3. instituer un examen spécial; 4. ouvrir une action en responsabilité; 5. ouvrir une action en restitution de prestations indûment perçues. 	<p>Les modifications de l'al. 3 sont bienvenues.</p>
<p>Art. 694 3. Naissance du droit de vote Le droit de vote prend naissance dès que le versement fixé par la loi ou les statuts a été opéré sur l'action.</p>	
<p>Art. 695 4. Droit de vote exclu ¹ Les personnes qui ont coopéré d'une manière quelconque à la gestion des affaires sociales ne peuvent prendre part aux décisions qui donnent ou refusent décharge au conseil d'administration. ² Cette défense ne s'applique pas aux réviseurs.</p>	
<p>Art. 696 IV. Droits de contrôle des actionnaires 1. Communication du rapport de gestion ¹ Le rapport de gestion et le rapport de révision sont mis à la disposition des actionnaires au siège de la société, au plus tard 20 jours avant l'assemblée générale ordinaire. Chaque actionnaire peut exiger qu'un exemplaire de ces documents lui soit délivré dans les meilleurs délais. ² Les actionnaires en sont informés par une communication écrite. ³ Tout actionnaire peut encore, dans l'année qui suit l'assemblée générale, se faire délivrer gratuitement par la société le rapport de gestion dans la forme approuvée par l'assemblée générale ainsi que le rapport de révision.</p>	

<p>Art. 697 2. Renseignements ¹ L'actionnaire peut demander en tout temps et par écrit des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société. Le conseil d'administration est tenu de fournir les renseignements demandés par écrit dans les 60 jours. Les réponses à ces requêtes peuvent être consultées lors de l'assemblée générale suivante. ² Lors de l'assemblée générale, tout actionnaire peut en outre demander des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société et à l'organe de révision sur l'exécution et le résultat de son contrôle. ³ Les renseignements doivent être produits dans la mesure où ils sont nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire et ne compromettent pas le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux prépondérants. Tout refus de fournir les renseignements demandés doit être motivé. ⁴ Abrogé.</p>	<p>Principe Cette réglementation correspond à une amélioration certaine de la position des actionnaires et l'inconvénient lié à une éventuelle charge de travail additionnelle pour les organes chargés de répondre ne paraît pas insurmontable. Toutefois, dans certains cas, il peut être contraire au principe d'égalité de traitement de faire attendre les autres actionnaires jusqu'à la prochaine assemblée générale.</p>
<p>Art. 697bis 3. Consultation ¹ Les livres et la correspondance peuvent être consultés si l'assemblée générale ou le conseil d'administration en a décidé ainsi. ² Le droit de consultation doit être accordé, à moins que le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux prépondérants s'en trouvent compromis. Si l'assemblée générale ou le conseil d'administration refuse la demande de consultation, le conseil d'administration motive la décision par écrit.</p>	
<p>Art. 697ter 4. Refus de la demande de renseignement ou de consultation Si les renseignements ou la consultation ont été refusés indûment, tout actionnaire peut demander au tribunal d'ordonner à la société de fournir les renseignements ou d'accorder le droit de consultation.</p>	

Art. 697quater

5. Informations particulières

a. Indemnités versées; sociétés dont les actions sont cotées en bourse

¹ Les sociétés dont les actions sont cotées en bourse sont tenues d'indiquer dans l'annexe au bilan:

1. toutes les indemnités qu'elles ont versées directement ou indirectement aux membres du conseil d'administration;
2. toutes les indemnités qu'elles ont versées directement ou indirectement aux personnes auxquelles le conseil d'administration a délégué tout ou partie de la gestion de la société (direction);
3. toutes les indemnités qu'elles ont versées directement ou indirectement aux membres du conseil consultatif;
4. les indemnités versées directement ou indirectement 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;
5. les indemnités non conformes à la pratique du marché qu'elles ont versées directement ou indirectement aux proches des personnes mentionnées aux ch. 1 à 4.

² Les indemnités comprennent notamment:

1. les honoraires, les salaires, les bonifications et les notes de crédit;
2. les tantièmes, les participations au chiffre d'affaires et les autres participations au résultat d'exploitation;
3. les prestations en nature;
4. les participations, droits de conversion et droits d'option;
5. les indemnités de départ;
6. les cautionnements, les obligations de garantie, la constitution de gages en faveur de tiers et autres sûretés;
7. la renonciation à des créances;
8. les charges qui fondent ou augmentent des droits à des prestations de prévoyance;
9. l'ensemble des prestations rémunérant les travaux supplémentaires.

³ Doivent également être indiqués dans l'annexe au bilan:

1. tous les prêts et autres crédits en cours consentis aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif;
2. les prêts et autres crédits en cours consentis aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif qui ne sont pas conformes à la pratique du marché;
3. les prêts et autres crédits en cours non conformes à la pratique du marché consentis aux proches des personnes mentionnées aux ch. 1 et 2.

Sur le plan systématique, il conviendrait de faire figurer cette disposition, qui concerne l'information spontanée à fournir par la société à la suite de l'art. 696 (p.ex. art. 696a) plutôt que dans le contexte de l'art. 697 qui concerne l'information sur demande.

<p>⁴ Les indications sur les indemnités et les crédits doivent inclure:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 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; 2. 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; 3. 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. <p>⁵ Les indemnités et les crédits perçus par les proches doivent être indiqués séparément. Il n'y a pas lieu de mentionner le nom de ces personnes. Pour le reste, les dispositions régissant les informations à fournir sur les indemnités et les crédits accordés aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif sont applicables par analogie.</p>	
<p>Art. 697quinquies b. Indemnités versées; sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, tout actionnaire peut demander des renseignements au sujet des indemnités, des prêts et des crédits visés à l'art. 697quater.</p>	Préciser qui est débiteur des informations ; préciser aussi le délai dans lequel les informations doivent être fournies. A défaut de précisions, il faudra appliquer 697 CO.
<p>Art. 697sexties c. Participations dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse</p> <p>¹ Les sociétés dont les actions sont cotées en bourse sont tenues d'indiquer dans l'annexe au bilan les actionnaires importants et leurs participations pour autant qu'elles en aient connaissance ou doivent en avoir connaissance.</p> <p>² Sont réputés actionnaires importants, les actionnaires et les groupes d'actionnaires liés par des conventions de vote, dont la participation dépasse 5 pour cent de l'ensemble des voix. Si une limite inférieure en pour-cent de la propriété en actions nominatives (art. 685d, 1er al.) est fixée par les statuts, cette limite est déterminante pour l'obligation de publier.</p>	Sur le plan systématique, il conviendrait de faire figurer cette disposition, qui concerne l'information spontanée à fournir par la société à la suite de l'art. 696 (p.ex. art. 696b) plutôt que dans le contexte de l'art. 697 qui concerne l'information sur demande
<p>Art. 697a V. Institution d'un examen spécial 1. Avec l'accord de l'assemblée générale</p> <p>¹ Tout actionnaire peut proposer à l'assemblée générale l'institution d'un examen spécial afin d'élucider des faits déterminés, si cela est nécessaire à l'exercice des droits des actionnaires et s'il a déjà usé de son droit à être renseigné ou à consulter les pièces.</p> <p>² Si l'assemblée générale donne suite à la proposition, la société ou tout actionnaire peut, dans le délai de 30 jours, demander au tribunal de désigner des experts indépendants pour mener à bien l'examen spécial.</p>	

<p>Art. 697b</p> <p>2. En cas de refus de l'assemblée générale</p> <p>¹ Si l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition, des actionnaires peuvent, dans le délai de trois mois, demander au tribunal d'ordonner un examen spécial si, ensemble, ils disposent au moins:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. de 5 % du capital-actions ou des voix; 2. d'actions pour une valeur nominale d'un million de francs; ou 3. d'actions pour une valeur boursière de deux millions de francs. <p>² La requête demandant l'institution d'un examen spécial peut porter sur tout thème qui peut faire l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation ou qui a été soulevé durant les débats de l'assemblée générale concernant la proposition d'instituer un examen spécial.</p> <p>³ Le tribunal ordonne un examen spécial lorsque les requérants rendent vraisemblable:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. que des fondateurs ou des organes ont enfreint les dispositions de la loi ou des statuts; et 2. que cette violation peut porter préjudice à la société ou aux actionnaires. 	<p>Les modifications proposées (abaissement du seuil et possibilité d'invoquer un préjudice futur) ne paraissent pas susciter de problèmes. En particulier, la possibilité d'invoquer un risque de préjudice est un avantage certain, qui donne à cet instrument une portée préventive souhaitable. Bien qu'elles aillent dans le sens d'un renforcement des droits des actionnaires, il n'est pas certain qu'elles soient suffisantes pour rendre l'examen spécial aussi efficace que souhaité</p>
<p>Art. 697c</p> <p>3. Procédure</p> <p>¹ Le tribunal statue après avoir entendu la société et l'actionnaire qui a requis l'examen spécial lors de l'assemblée générale.</p> <p>² Si le tribunal agréé la requête, il désigne les experts indépendants qui exécuteront l'examen spécial et définit l'objet du contrôle.</p> <p>³ Abrogé.</p>	
<p>Art. 697d</p> <p>4. Déroulement de l'examen spécial</p> <p>¹ L'examen spécial est effectué dans un délai utile sans perturber inutilement la marche des affaires.</p> <p>² Les fondateurs, les organes, les mandataires, les travailleurs, les curateurs et les liquidateurs sont tenus de renseigner les experts sur les faits importants. En cas de litige, le tribunal tranche.</p> <p>³ Les experts entendent la société sur les résultats de l'examen spécial.</p> <p>⁴ Ils sont soumis au devoir de discrétion.</p>	
<p>Art. 697e</p> <p>5. Rapport</p> <p>¹ Les experts rendent compte du résultat de leur contrôle de manière détaillée, tout en sauvegardant le secret des affaires. Ils soumettent leur rapport au tribunal.</p> <p>² Le tribunal transmet le rapport à la société qui, le cas échéant, lui indique les passages du rapport qui portent atteinte au secret des affaires ou à d'autres intérêts sociaux prépondérants; il décide si ces passages doivent de ce fait être soustraits à la consultation des requérants.</p> <p>³ Il donne l'occasion à la société et aux requérants de prendre position sur le rapport épuré et de poser des questions supplémentaires.</p>	

<p>Art. 697 6. Délibération et communication 1 Le conseil d'administration soumet le rapport et les prises de position à l'assemblée générale suivante. 2 Tout actionnaire peut, dans l'année qui suit l'assemblée générale, exiger de la société un exemplaire du rapport et des prises de position.</p>	
<p>Art. 697g 7. Coûts de l'examen spécial L'avance et les coûts de l'examen spécial sont à la charge de la société. 2 Abrogé.</p>	
<p>Art. 697h Abrogé.</p>	
<p>Chapitre III: Organisation de la société</p>	
<p>A. Assemblée générale</p>	
<p>Art. 698 I. Ses pouvoirs ¹ L'assemblée générale des actionnaires est le pouvoir suprême de la société. ² Elle a le droit intransmissible: 1. d'adopter et de modifier les statuts; 2. de nommer les membres du conseil d'administration et de l'organe de révision; 3. Abrogé. 4. d'approuver les comptes annuels et de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan, en particulier de fixer le dividende et les tantièmes; 5. de donner décharge aux membres du conseil d'administration; 6. de prendre toutes les décisions qui lui sont réservées par la loi ou les statuts.</p>	<p>Le rapport explicatif ne fournir aucun motif pour la suppression de la compétence d'approbation du rapport annuel et des comptes de groupe : à notre sens cette compétence doit être maintenue.</p>
<p>Commentaire concernant les art. 699, 699a et 700 Les modifications concernant les seuils ne posent pas de problèmes particuliers. Elles sont complétées par des aménagements pratiques qui doivent en faciliter l'application, tels que la mention à l'art. 700 al. 3 ch. 3 de la nécessiter de faire état dans la convocation des propositions des minorités et de leur motivation.</p>	
<p>Art. 699 II. Convocation 1. Droit et obligation ¹ L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration et, au besoin, par les réviseurs. Les liquidateurs et les représentants des obligataires ont également le droit de la convoquer. ² L'assemblée générale ordinaire a lieu chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice; des assemblées générales</p>	

<p>extraordinaires sont convoquées aussi souvent qu'il est nécessaire.</p> <p>³ Des actionnaires peuvent requérir la convocation de l'assemblée générale si, ensemble, ils disposent au moins:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. de 5 % du capital-actions ou des voix; 2. d'actions pour une valeur nominale d'un million de francs; ou 3. d'actions pour une valeur boursière de cinq millions de francs. <p>⁴ La convocation d'une assemblée générale doit être requise par écrit, en indiquant les objets de l'ordre du jour et les propositions.</p> <p>⁵ Si le conseil d'administration ne donne pas suite à la requête dans les 30 jours, le tribunal ordonne la convocation de l'assemblée générale à la demande des requérants.</p>	
<p>Art. 699a</p> <p>2. Ordre du jour et propositions</p> <p>¹ Des actionnaires peuvent requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour si, ensemble, ils disposent au moins:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. de 5 % du capital-actions ou des voix; 2. d'actions pour une valeur nominale d'un million de francs; ou 3. d'actions pour une valeur boursière de deux millions de francs. <p>² L'inscription d'un objet à l'ordre du jour doit être requise par écrit au plus tard 40 jours avant l'assemblée générale.</p> <p>³ Si le conseil d'administration ne donne pas suite à la requête, le tribunal ordonne l'inscription de l'objet à l'ordre du jour sur demande des requérants.</p> <p>⁴ Des actionnaires peuvent requérir l'inscription de propositions concernant les objets mis à l'ordre du jour dans la convocation à l'assemblée générale. Les dispositions régissant l'inscription d'un objet à l'ordre du jour s'appliquent par analogie.</p>	<p><i>Proposition d'introduction d'un droit pour les actionnaires de solliciter des instructions</i></p> <p>Pour rééquilibrer la balance entre le conseil d'administration et les actionnaires, il faudrait permettre aux actionnaires importants qui le souhaitent donner des consignes de vote et indirectement de solliciter des instructions générales de voter dans leur sens. Ce droit pourrait par exemple être reconnu à tout actionnaire ou groupe d'actionnaires doté du droit de faire inscrire un objet à l'ordre du jour. Il impliquerait l'obligation pour la société de communiquer cette volonté aux autres actionnaires lors de l'envoi de l'ordre du jour. (voir aussi le commentaire de l'art. 689d).</p>

Art. 700**3. Mode de convocation**

¹ L'assemblée générale est convoquée 20 jours au moins avant la date de la réunion. Les statuts définissent le mode de convocation. La convocation et les documents annexes peuvent être adressés électroniquement à l'actionnaire si ce dernier y consent.

² Sont mentionnés dans la convocation:

1. les objets de l'ordre du jour;
2. les propositions du conseil d'administration;
3. le cas échéant, les propositions des actionnaires avec un résumé de leurs motifs;
4. pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, le nom et l'adresse du représentant indépendant ainsi que le pourcentage du capital-actions constitué d'actions non inscrites (actions dispo).

³ Aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été dûment portés à l'ordre du jour, à l'exception des propositions de convoquer une assemblée générale extraordinaire ou d'instituer un examen spécial.

⁴ Il n'est pas nécessaire d'annoncer à l'avance les propositions entrant dans le cadre des objets portés à l'ordre du jour ni les délibérations qui ne doivent pas être suivies d'un vote.

Art. 701**4. Réunion de tous les actionnaires**

¹ Les propriétaires ou les représentants de la totalité des actions peuvent, s'il n'y a pas d'opposition, tenir une assemblée générale sans observer les formes prévues pour sa convocation.

² Aussi longtemps qu'ils sont présents, cette assemblée a le droit de délibérer et de statuer valablement sur tous les objets qui sont du ressort de l'assemblée générale.

Commentaire général concernant les art. 701a ss

Il est utile de faire des aménagements qui permettent d'utiliser les moyens techniques ; cela étant, il faudrait probablement en rester aux principes généraux applicables jusqu'ici plutôt que de vouloir réglementer toutes les possibilités. L'accroissement de la densité de la réglementation risque notamment d'avoir pour conséquence que l'on en oublie les principes généraux et que l'on se retrouve face à une réglementation inadéquate compte tenu de développements ultérieurs.

Art. 701a**5. Lieu de réunion****a. En général**

¹ Sauf dispositions contraires stipulées dans les statuts, le conseil d'administration décide du lieu où se tient l'assemblée générale.

² L'assemblée générale peut se tenir simultanément en plusieurs lieux.

³ Dans ce cas, les interventions sont retransmises en direct par des moyens audiovisuels, sur tous les sites de réunion.

⁴ Lorsque l'assemblée générale se tient simultanément en plusieurs lieux, le conseil d'administration désigne un site principal. C'est à cet

<p>endroit que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. le président dirige l'assemblée générale; 2. l'officier public verbalise les décisions qui requièrent la forme authentique; 3. le réviseur est présent. 	
<p>Art. 701b b. A l'étranger L'assemblée générale peut se tenir à l'étranger:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. si les statuts le prévoient; ou 2. si les propriétaires ou les représentants de la totalité des actions y consentent. 	<p>A l'étranger, c'est tant de l'autre côté de la frontière que dans l'autre hémisphère : il n'est pas justifié d'appliquer les mêmes règles. Par ailleurs, pour certaines sociétés, la tenue d'une assemblée générale de l'autre côté de la Suisse peut être plus problématique que la tenue de l'assemblée en France ou en Allemagne voisine. Il n'est pas indispensable que ces points soient prévus dans les statuts, car seules les localisations qui ont un but manifestement abusif (empêcher les actionnaires d'exercer leurs droits) devraient être exclues.</p>
<p>Art. 701c 6. Recours aux médias électroniques a. Exercice des droits des actionnaires Lors de l'assemblée générale, les actionnaires peuvent exercer leurs droits sous une forme électronique si les statuts le prévoient et si l'assemblée générale est retransmise par des médias électroniques.</p>	
<p>Art 701d b. Assemblée générale électronique Une assemblée générale peut se tenir exclusivement sous une forme électronique et sans lieu de réunion physique:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. si les propriétaires ou les représentants de la totalité des actions y consentent; et 2. si les décisions de l'assemblée générale ne requièrent pas la forme authentique. 	
<p>Art. 701e c. Conditions Si la société recours à des médias électroniques lors de son assemblée générale, le conseil d'administration s'assure que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. l'identité des participants et des intervenants est clairement établie; 2. tout participant peut faire des propositions et prendre part aux débats; 3. le vote ne peut pas être falsifié. 	
<p>Art. 701f d. Problèmes techniques ¹ Si, en raison de problèmes techniques, l'assemblée générale ne se déroule pas en conformité avec les dispositions légales et statutaires, elle doit être convoquée à nouveau. ² Il n'est pas nécessaire de remettre à l'ordre du jour les objets sur lesquels l'assemblée générale a statué avant que les problèmes techniques ne se manifestent.</p>	<p>C'est une règle de bon sens...</p>

<p>Art. 702 V. Mesures préparatoires; procès-verbal ¹ Le conseil d'administration prend les mesures nécessaires pour constater le droit de vote des actionnaires. ² Il veille à la rédaction du procès-verbal. Celui-ci mentionne:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. le nombre, la valeur nominale et la catégorie des actions représentées par les actionnaires, leurs représentants et le représentant indépendant; 2. les décisions et le résultat des élections; 3. les demandes de renseignements formulées lors de l'assemblée générale et les réponses données; 4. les déclarations dont les actionnaires demandent l'inscription. 5. le recours à des médias électroniques et le nombre de voix exprimées par des médias électroniques; 6. le consentement des propriétaires ou des représentants de la totalité des actions à la tenue d'une assemblée générale électronique; 7. l'apparition de problèmes techniques durant l'assemblée générale. <p>³ Les actionnaires ont le droit de consulter le procès-verbal. Un procès-verbal de décisions est mis à la disposition des actionnaires sous forme électronique dans les 20 jours ou est délivré gratuitement à tout actionnaire qui en fait la demande.</p>	<p>note marginale : III. Mesures...</p>
<p>Art. 703 VI. Décisions et élections 1. En général ¹ Si la loi ou les statuts n'en disposent pas autrement, l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des votes exprimés. ² Les abstentions ne sont pas comptabilisées comme des votes exprimés.</p>	<p>note marginale : IV. Décisions...</p> <p>Cette modification est évidemment indispensable – et devrait de ce fait être impérative – si on retient la règle sur l'obligation d'abstention fautive d'instructions à l'art. 689d. Elle peut être maintenue (à titre dispositif) même si on supprime ladite règle.</p>
<p>Art. 704 2. Décisions importantes ¹ Une décision de l'assemblée générale recueillant au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité absolue des valeurs nominales représentées est nécessaire pour:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. la modification du but social; 2. l'augmentation du capital-actions au moyen des fonds propres, contre apport en nature ou en vue d'une reprise de biens et l'octroi d'avantages particuliers; 3. la limitation ou la suppression du droit de souscription préférentiel; 4. l'augmentation conditionnelle du capital-actions ainsi que la création d'une marge de fluctuation du capital; 5. la restriction à la transmissibilité des actions; 6. l'introduction d'actions à droit de vote privilégié; 	

<p>7. l'adoption d'une disposition statutaire relative à la tenue de l'assemblée générale à l'étranger;</p> <p>8. le transfert du siège de la société;</p> <p>9. la dissolution de la société.</p> <p>² Les dispositions statutaires qui prévoient pour la prise de certaines décisions une plus forte majorité que celle prévue par la loi ne peuvent être adoptées ou supprimées qu'à la majorité prévue.</p> <p>³ Les actionnaires qui n'ont pas adhéré à une décision ayant pour objet la transformation du but social ou l'introduction d'actions à droit de vote privilégié ne sont pas liés par les restrictions statutaires à la transmissibilité des actions pendant un délai de six mois à compter de la publication de cette décision dans la Feuille officielle suisse du commerce.</p>	
<p>Art. 705</p> <p>V. Droit de révoquer les membres du conseil d'administration et de l'organe de révision</p> <p>¹ L'assemblée générale peut révoquer les membres du conseil d'administration et les réviseurs, ainsi que tous fondés de procuration et mandataires nommés par elle.</p> <p>² Demeure réservée l'action en dommages-intérêts des personnes révoquées.</p>	
<p>Art. 706</p> <p>VI. Droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale</p> <p>1. Qualité pour agir et motifs</p> <p>¹ Le conseil d'administration et chaque actionnaire peuvent attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts; l'action est dirigée contre la société.</p> <p>² Sont en particulier annulables les décisions qui:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Suppriment ou limitent les droits des actionnaires en violation de la loi ou des statuts; 2. Suppriment ou limitent les droits des actionnaires d'une manière non fondée; 3. Entraînent pour les actionnaires une inégalité de traitement ou un préjudice non justifiés par le but de la société; 4. Suppriment le but lucratif de la société sans l'accord de tous les actionnaires. <p>³ et ⁴ Abrogés</p> <p>⁵ Le jugement qui annule une décision de l'assemblée générale est opposable à tous les actionnaires, et chacun d'eux peut s'en prévaloir.</p>	
<p>Art. 706a</p> <p>2. Procédure</p> <p>¹ L'action s'éteint si elle n'est pas exercée au plus tard dans les deux mois qui suivent l'assemblée générale.</p> <p>² Si l'action est intentée par le conseil d'administration, le tribunal désigne un représentant de la société.</p> <p>³ Abrogé.</p>	<p>Le seul motif pour abroger l'al. 3 est l'anticipation de la future loi sur la procédure civile : quid si la loi n'était finalement pas adoptée ?</p>

B. Conseil d'administration

Art. 707

I. En général

1. Eligibilité

¹ Le conseil d'administration de la société se compose d'un ou de plusieurs membres.

² Lorsqu'une personne morale ou une société commerciale est membre de la société, elle ne peut avoir la qualité de membre du conseil d'administration, mais ses représentants sont éligibles en son lieu et place.

³ Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, il faut exclure toute possibilité que les membres du conseil d'administration qui siègent ensemble dans le conseil d'administration d'autres sociétés puissent influencer mutuellement le montant de leurs indemnités.

Influence sur les rémunérations :

- systématique légale

Le 3ème alinéa règle un problème de conflits d'intérêts ou d'organisation adéquate du conseil et non un problème d'éligibilité des administrateurs. Il devrait donc figurer parmi les dispositions sur le devoir de fidélité (dans un art. 717b nouveau) ou les dispositions sur l'organisation du conseil (dans un art. 716c).

- extension aux membres de la direction

Il est impératif d'étendre cette règle aux membres de la direction également. Le problème existe ainsi non seulement quand deux personnes siègent au conseil d'administration de deux sociétés différentes, mais surtout lorsque l'un siège au conseil d'administration d'une société où l'autre exerce une fonction dirigeant et vice versa.

- extension aux sociétés non cotées

On donne un faux signal aux sociétés non cotées si on réserve l'application de cette disposition aux sociétés cotées

Art. 708

Abrogé.

Art. 709

2. Représentation de catégories et de groupes d'actionnaires

¹ S'il y a plusieurs catégories d'actions en ce qui concerne le droit de vote ou les droits patrimoniaux, les statuts assurent à chacune d'elles l'élection d'un représentant au moins au conseil d'administration.

² Les statuts peuvent prévoir des dispositions particulières pour protéger les minorités ou certains groupes d'actionnaires.

Art. 710

3. Election et durée du mandat

¹ Les membres du conseil d'administration sont élus chaque année par l'assemblée générale. Ils sont élus individuellement.

² Les membres du conseil d'administration sont rééligibles.

Election annuelle

Le but de cette norme est certes louable, mais ouvre la porte à des effets pervers trop nombreux pour en faire une règle impérative. Premièrement, l'élection annuelle rend relativement facile « un coup d'état » au sein de la société anonyme et une prise de contrôle par une faction, ce qui peut nuire à la continuité de la gestion. Deuxièmement, et plus sérieusement, l'élection annuelle facilite d'une part l'expulsion d'administrateurs « trop » indépendants qui seraient trop critiques au goût de leur collègues et, d'autre part, la démission discrète d'administrateurs ayant des doutes sur la bonne gestion de la société. Dans les deux cas, au lieu d'attendre la fin de la durée ordinaire d'un mandat de trois ans pour changer le conseil d'administration sans trop de fracas, un mandat annuel permet de remodeler le conseil d'année en année au bon vouloir de ses membres.

Il n'existe pas d'impérieuse nécessité de raccourcir la durée du mandat. Le droit suisse, contrairement à de nombreux autres, permet la révocation en

	<p>tout temps d'un administrateur indésirable (art. 705 al. 1 CO). Il est vrai que ce droit ne sera utilisé que dans des cas extrêmes, mais son existence et son impact sont suffisants pour constituer une soupape de secours. Avant de le jeter aux oubliettes, il conviendrait de le rendre plus effectif, par exemple en interdisant les clauses analogues à celles de l'art. 17 des statuts Nestlé exigeant une majorité très élevée pour remplacer une partie du conseil d'administration et qui ont reçu la bénédiction du Tribunal fédéral dans l'ATF 117 II 290.</p> <p>De même compte tenu des limites, principalement psychologiques et culturelles, à l'exercice du droit de révocation, tout au plus faudrait-il plafonner la durée d'un mandat à trois ans, les sociétés restant libres de raccourcir cette durée mais non de la prolonger. Cette solution a l'avantage de laisser les actionnaires choisir. Si le législateur est favorable à un mandat annuel, il peut prévoir cette solution comme règle dispositive. L'inertie sociale jouant en faveur du statu quo et forcera les sociétés désirant un mandat plus long convaincre leurs actionnaire de changer d'avis.</p> <p>Election individuelle L'élection individuelle doit clairement être approuvée.</p>
<p>Art. 711 5. Radiation d'un membre du conseil d'administration ¹ La société requiert sans retard du préposé au registre du commerce la radiation d'un membre du conseil d'administration. ² Si cette réquisition n'intervient pas dans les 30 jours, le membre du conseil d'administration sortant peut demander lui-même sa radiation.</p>	
<p>Art. 712 II. Organisation 1. Président et secrétaire ¹ Le conseil d'administration désigne son président et le secrétaire. Celui-ci n'appartient pas nécessairement au conseil. ² Si les statuts le prévoient, le président peut être élu par l'assemblée générale.</p>	
<p>Art. 713 2. Décisions ¹ Les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des voix émises. Le président a voix prépondérante, sauf disposition contraire des statuts. ² Elles peuvent aussi être prises en la forme d'une approbation donnée par écrit à une proposition, à moins qu'une discussion ne soit requise par l'un des membres du conseil d'administration. ³ Les délibérations et les décisions du conseil d'administration sont consignées dans un procès-verbal signé par le président et le secrétaire.</p>	

<p>Art. 714 3. Décisions nulles Les motifs de nullité des décisions de l'assemblée générale s'appliquent par analogie aux décisions du conseil d'administration.</p>	
<p>Art. 715 4. Droit à la convocation Chaque membre du conseil d'administration peut exiger du président, en indiquant les motifs, la convocation immédiate du conseil d'administration à une séance.</p>	
<p>Art. 715a 5. Droit aux renseignements et à la consultation ¹ Chaque membre du conseil d'administration a le droit d'obtenir des renseignements sur toutes les affaires de la société. ² Pendant les séances, chaque membre du conseil d'administration peut exiger des renseignements des autres membres ainsi que des personnes chargées de la gestion. ³ En dehors des séances, chaque membre du conseil d'administration peut exiger des personnes chargées de la gestion des renseignements sur la marche de l'entreprise et, avec l'autorisation du président, sur des affaires déterminées. ⁴ Dans la mesure où cela est nécessaire à l'accomplissement de ses tâches, chaque membre du conseil d'administration peut demander au président la production des livres ou des dossiers. ⁵ Si le président rejette une demande de renseignement, d'audition ou de consultation, le conseil d'administration tranche. ⁶ Les réglementations ou décisions du conseil d'administration, qui élargissent le droit aux renseignements et à la consultation des documents des membres du conseil d'administration, sont réservées.</p>	
<p>Art. 716 III. Attributions 1. En général ¹ Le conseil d'administration peut prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts. ² Il gère les affaires de la société dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion.</p>	
<p>Art. 716a 2. Attributions intransmissibles ¹ Le conseil d'administration a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes: 1. exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires; 2. fixer l'organisation; 3. fixer les principes de la comptabilité et du contrôle interne ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société;</p>	<p>Le titre de la disposition doit être attributions intransmissibles et inaliénables</p>

<p>4. nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation;</p> <p>5. exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données;</p> <p>6. établir le rapport de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter ses décisions;</p> <p>7. informer le tribunal en cas de surendettement.</p> <p>² Le conseil d'administration peut répartir entre ses membres, pris individuellement ou groupés en comités, la charge de préparer et d'exécuter ses décisions ou de surveiller certaines affaires. Il veille à ce que ses membres soient convenablement informés.</p>	
<p>Art. 716b</p> <p>3. Délégation de la gestion</p> <p>¹ Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers conformément au règlement d'organisation.</p> <p>² Le règlement d'organisation arrête:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. l'organisation interne et, le cas échéant, les comités du conseil d'administration; 2. les modalités de la gestion, la désignation des postes chargés de la gestion et des tâches qui leur sont attribuées; 3. les modalités des rapports; 4. les actes importants qui nécessitent l'approbation du conseil d'administration. <p>³ Lorsque la gestion n'a pas été déléguée, elle est exercée conjointement par tous les membres du conseil d'administration.</p> <p>⁴ Le conseil d'administration informe par écrit les actionnaires qui en font la demande et, s'ils rendent vraisemblable l'existence d'un intérêt digne de protection, les créanciers au sujet de l'organisation de la gestion.</p>	<p>La liste des points de l'al. 2 n'est pas exhaustive : il faudrait donc préciser que le règlement « arrête <i>notamment</i> » les points qui suivent.</p>
<p>Proposition concernant les art. 717 ss : Introduction d'une business judgment rule</p> <p>Le consensus international en matière de devoir de diligence des administrateurs est de reconnaître aux administrateurs et aux dirigeants sociaux un large pouvoir d'appréciation en matière de décisions de gestion. Il ne s'agit pas seulement d'une tendance américaine mais également d'une évolution européenne (voir notamment § 93 2^{ème} phr, AktG). En application de la <i>business judgment rule</i>, les dirigeants sont présumés avoir respecté leur devoir de diligence pour autant qu'ils aient pris une décision raisonnable et libre de tout conflit d'intérêts sur une base adéquatement informée dans ce qu'il pensaient être l'intérêt social. Il serait opportun de codifier cette règle, qui connaît un certain fondement jurisprudentiel en droit suisse.</p> <p>Le corollaire de la <i>business judgment rule</i> est d'appliquer un examen rigoureux des décisions sociales lorsque le conseil d'administration ou la direction a agi sous l'emprise d'un conflit d'intérêts sans prendre de mesure adéquate. Cette conséquence, consacrée en jurisprudence, est d'ailleurs sous-jacente à l'art. 717a AP-CO.</p>	
<p>Art. 717</p> <p>IV. Devoirs de diligence et de fidélité</p> <p>¹ Les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société.</p> <p>² Ils doivent traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation.</p>	

<p>Art. 717a 2. Conflits d'intérêts ¹ Les membres du conseil d'administration et de la direction annoncent leurs conflits d'intérêts au président sans retard et intégralement. ² Le conseil d'administration adopte les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société. ³ La décision portant sur l'obligation de récusation est prise sans la personne concernée.</p>	<p>Principe de la réglementation Cette disposition doit être approuvée dans son principe.</p> <p>Conflit du président Il convient toutefois de préciser à qui le président doit annoncer ses conflits d'intérêts (par exemple le vice-président).</p> <p>Décision de récusation Par ailleurs, l'al. 3 est discutable : sauf cas de conflits d'intérêts évidents, la décision de récusation devrait revenir à l'administrateur pris dans un conflit d'intérêts. A défaut, il pourrait se voir contraint de voter sur une question sur laquelle il doit fidélité à deux maîtres et donc d'en assumer la pleine responsabilité contre son gré. A l'inverse, il serait également concevable qu'en cas de dissensions au sein du conseil, une faction profite d'un simple <i>Interessenberührung</i> pour taire les dissidents prétextant d'un véritable conflit d'intérêts. Au demeurant, il paraît utile de souligner que la récusation n'est pas le seul moyen pour préserver les intérêts de la société.</p>
<p>Art. 718 V. Représentation 1. En général ¹ Le conseil d'administration représente la société à l'égard des tiers. Sauf disposition contraire des statuts ou du règlement d'organisation, chaque membre du conseil d'administration a le pouvoir de représenter la société. ² Le conseil d'administration peut déléguer le pouvoir de représentation à un ou plusieurs de ses membres (délégués) ou à des tiers (directeurs). ³ Un membre du conseil d'administration au moins doit avoir qualité pour représenter la société.</p>	
<p>Art. 718a 2. Etendue et limitation ¹ Les personnes autorisées à représenter la société ont le droit d'accomplir au nom de celle-ci tous les actes que peut impliquer le but social. ² Une limitation de ces pouvoirs n'a aucun effet envers les tiers de bonne foi; font exception les clauses inscrites au registre du commerce qui concernent la représentation exclusive de l'établissement principal ou d'une succursale ou la représentation commune de la société.</p>	
<p>Art. 719 3. Signature Les personnes autorisées à représenter la société signent en ajoutant leur signature personnelle à la raison sociale.</p>	
<p>Art. 720 4. Inscription Le conseil d'administration est tenu de communiquer au préposé au registre du commerce, en vue de leur inscription, les noms des</p>	

<p>personnes qui ont le droit de représenter la société, en produisant la copie certifiée conforme du document qui leur confère ce droit. Elles apposent leur signature en présence du fonctionnaire préposé au registre ou la lui remettent dûment légalisée.</p>	
<p>Art. 721 5. Fondés de procuration et mandataires commerciaux Le conseil d'administration peut nommer des fondés de procuration et d'autres mandataires commerciaux.</p>	
<p>Art. 722 VI. Responsabilité pour les organes La société répond des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter.</p>	
<p>Art. 723 et 724 Abrogés.</p>	
<p>Art. 725 VII. Perte de capital et surendettement 1. Avis obligatoires du conseil d'administration ¹ S'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié de la somme du capital-actions, de la réserve issue du capital et de la réserve légale n'est plus couverte par les actifs, sous déduction des dettes, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement. ² Les statuts peuvent prévoir d'autres situations dans lesquelles le conseil d'administration est tenu de convoquer immédiatement l'assemblée générale et de lui proposer des mesures d'assainissement. ³ S'il existe des raisons sérieuses de penser que les dettes de la société ne sont plus couvertes par les actifs ou que la société est insolvable, le conseil d'administration établit immédiatement des bilans intermédiaires à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation, et il les fait vérifier par un réviseur agréé. Il peut fixer les valeurs de liquidation à un niveau supérieur à la valeur maximale prévue par la loi s'il est prévu d'aliéner les biens en question dans les douze mois et si cette aliénation paraît possible. ⁴ Les avis obligatoires qui reviennent à l'organe de révision incombent au réviseur. ⁵ Si les deux bilans intermédiaires montrent que la société est surendettée ou si la société est insolvable, le conseil d'administration en informe immédiatement le tribunal. ⁶ Le tribunal ne doit pas être avisé si des créanciers ajournent des créances et acceptent qu'elles soient placées à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de l'insuffisance de l'actif. En l'espèce, le bilan intermédiaire établi à la valeur d'exploitation fait référence.</p>	<p>Insolvabilité Il faut approuver l'inclusion de l'insolvabilité dans les motifs d'avis obligatoire. D'une part, l'état de la trésorerie est un cadran important sur le tableau de bord financier d'une société anonyme qui a été trop longtemps négligé. D'autre part, elle ouvre la voie à la procédure souple d'ajournement de faillite que connaît l'art. 725a CO.</p> <p>Bilan intermédiaire Toutefois, le recours à un bilan intermédiaire n'est pas approprié pour faire face à ce problème : c'est un tableau de flux de financement complété par une projection des <i>cash-flows</i> futurs qui s'impose. Ces documents devraient d'ailleurs être également requis dans tous les autres cas de difficultés financières, puisque souvent un problème de bilan recèle un problème de trésorerie.</p> <p>Exigence de réalisation La dernière phrase de l'art. 725 al. 3 CO est discutable. Sans aucun doute les administrateurs sont souvent biaisés lors de surendettement et font preuve d'un optimisme exagéré. Cependant, exiger un projet d'aliénation effectif pour utiliser les valeurs de liquidation est excessif : le but de l'art. 725 CO est de forcer une société à déposer son bilan dès que les pertes affectent les créanciers en ce sens que leurs prétentions ne sont plus couvertes. La logique d'une estimation à la valeur de liquidation est de considérer que les créanciers ne sont pas mis en péril, si en cas de liquidation de la société ils seraient pleinement remboursés. C'est un test purement abstrait qui ne doit avoir aucun impact sur la gestion de la société. Sinon, il s'agirait de changer l'articulation de l'art. 725 CO et prévoir qu'en cas de surendettement au bilan d'exploitation la société doit être liquidée, hors faillite si les créances sont couvertes au bilan de liquidation et par la voie de la faillite en cas de surendettement au bilan de liquidation. Le droit en vigueur paraît plus satisfaisant à cet égard. Forcer une société en difficulté à aliéner certains actifs dans une période de</p>

douze mois est par ailleurs dangereux pour le redressement. Indépendamment de toute obligation légale, ces sociétés sont déjà incitées à aliéner des biens à vil prix afin de lever des fonds. Les y forcer ne ferait que d'empirer la situation et ouvre la porte à des comportements stratégiques de partenaires qui pourraient attendre la fin du douzième mois pour mettre la pression sur la société afin que celle-ci leur accorde des concessions supplémentaires. A ce propos, pour autant que les montants en jeu soient suffisamment importants, une possibilité d'aliénation existera toujours : la construction la plus crasse revient à revendre, le cas échéant à crédit, les actifs à une autre société contrôlée. Dans ce cas, le risque de surévaluation est d'autant plus grand que le prix payé comprendra, implicitement une prime pour le risque de solvabilité.

Possibilité de réévaluation

Au demeurant, en pratique, il est relativement rare que la valeur de liquidation excède la valeur d'exploitation. Dans la plupart des sociétés industrielles et commerciales, peu importe à cet égard qu'il s'agisse de PME ou de grandes entreprises, en cas de liquidation, une bonne partie des actifs doit être vendue à un faible prix. Les sociétés immobilières et les sociétés de participations où des actifs importants figurent à une valeur historique voire ont été amortis créant ainsi une grande divergence entre la comptabilité et la valeur vénale des actifs sont une exception. C'est pourquoi la possibilité de réévaluation de l'art. 670 CO conserve un intérêt non négligeable et il est regrettable que l'avant-projet propose de la supprimer.

Nécessité d'une révision fondamentale des moyens à disposition en cas de difficultés financières

En réalité, l'explication de l'échec de l'art. 725 CO comme moyen de protection des créanciers est plus fondamentale : il intervient bien trop tard. Une fois que les pertes ont consommé tout le capital, il est très difficile de redresser l'entreprise et de la faire renouer avec les profits. Il faudrait instaurer une technique d'assainissement favorable au débiteur ouverte indépendamment de toute difficulté financière, dans laquelle les créanciers auraient quand même leur voix au chapitre. La réponse ne se situe pas dans la présente révision du droit de la société anonyme mais plutôt dans une révision à venir sur l'assainissement et la restructuration des entreprises.

Obligation d'informer « immédiatement » le tribunal

La possibilité jurisprudentielle de surseoir à l'avis au tribunal porte certes atteinte à l'effectivité de cet avis en cas de surendettement, mais elle instaure également un instrument d'économie de procédure : à quoi sert-il d'aviser le juge, si un assainissement est déjà en bonne voie ?

Il nous paraît préférable de laisser une certaine marge de manœuvre au conseil d'administration avant de s'adresser au tribunal, étant entendu qu'il en assume la responsabilité. Nous proposons l'ajout de « à moins de sans disposer d'un plan d'assainissement concret offrant des bonnes perspectives de succès » à la fin de l'al. 5.

Les solutions sous forme de délais déterminés ne convainquent pas, car

	<p>elles sont trop rigides, ce d'autant qu'elles imposent une contrainte « dure » sur le conseil d'administration lors de la négociation d'un assainissement : un investisseur (créancier ou actionnaire) pourra demander plus de la société sachant que si le délai échoit, le conseil d'administration n'aura pas d'autre alternative que de céder au dépens de la société et des actionnaires existants, voire de ses créanciers. A mon avis, l'avantage du délai déterminé en terme de sécurité du droit pour les réviseurs et les administrateurs doit être mis au second plan face aux désavantages qu'elle impose aux autres parties prenantes.</p> <p>Notion de subordination La clarification de la notion de subordination est positive. Il conviendrait de préciser que l'ajournement n'emporte pas nécessairement la renonciation ou l'ajournement des intérêts dans la mesure où les créances sont couvertes en tenant compte de la subordination. Ainsi, un créancier subordonné peut continuer à percevoir des intérêts. Toutefois, il n'est pas nécessaire de subordonner des créances en cas d'insolvabilité. Dans ce cas, un simple ajournement ou un moratoire suffit.</p>
<p>Art. 725a 2. Mesures prises par le tribunal ¹ Au vu de l'avis, le tribunal déclare la faillite. Il peut l'ajourner, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société ou la résorption de son insolvabilité paraît possible. ² Lorsque le tribunal ajourne la faillite, il prend les mesures requises pour préserver l'actif de la société. Il peut notamment désigner un curateur et soit priver le conseil d'administration de son pouvoir de disposition soit subordonner ses décisions à l'accord du curateur. Il définit en détail les attributions de celui-ci. ³ L'ajournement de la faillite n'est publié que si la protection de tiers l'exige.</p>	
<p>Art. 726 VIII. Révocation et suspension ¹ Le conseil d'administration peut révoquer en tout temps les comités, délégués, directeurs, ainsi que tous fondés de procuration et mandataires nommés par lui. ² De même, il peut en tout temps suspendre dans l'exercice de leurs fonctions les fondés de procuration et mandataires désignés par l'assemblée générale, il convoquera alors immédiatement cette dernière.</p>	

C. Organe de révision

Art. 727

I. Obligation de révision

1. Contrôle ordinaire

¹ Les sociétés suivantes sont tenues de soumettre leurs comptes annuels et, le cas échéant, leurs comptes de groupe au contrôle ordinaire d'un organe de révision:

1. les sociétés ouvertes au public, soit les sociétés:
 - a. qui ont des titres de participation cotés en bourse,
 - b. qui sont débitrices d'un emprunt par obligations,
 - 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;
2. les sociétés qui, au cours de deux exercices successifs, dépassent deux des valeurs suivantes:
 - a. total du bilan: 10 millions de francs,
 - b. chiffre d'affaires: 20 millions de francs,
 - c. effectif: 50 emplois à plein temps en moyenne annuelle;
3. les sociétés qui ont l'obligation d'établir des comptes de groupe.

² Un contrôle ordinaire des comptes est également requis lorsque des actionnaires représentant ensemble au moins 10 % du capital-actions l'exigent.

³ Lorsque la loi n'exige pas un contrôle ordinaire des comptes annuels, ce contrôle peut être prévu par les statuts ou décidé par l'assemblée générale.

Art. 727a

2. Contrôle restreint

¹ Lorsque les conditions d'un contrôle ordinaire ne sont pas remplies, la société soumet ses comptes annuels au contrôle restreint d'un organe de révision.

² Moyennant le consentement de l'ensemble des actionnaires, la société peut renoncer au contrôle restreint lorsque son effectif ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle.

³ Le conseil d'administration peut requérir par écrit le consentement des actionnaires. Il peut fixer un délai de réponse de 20 jours au moins et leur indiquer qu'un défaut de réponse équivaut à un consentement.

⁴ Lorsque les actionnaires ont renoncé au contrôle restreint, cette renonciation est également valable les années qui suivent. Chaque actionnaire a toutefois le droit d'exiger un contrôle restreint au plus tard dix jours avant l'assemblée générale. Celle-ci doit alors élire l'organe de révision.

⁵ Au besoin, le conseil d'administration procède à l'adaptation des statuts et requiert que l'organe de révision soit radié du registre du commerce.

Art. 727b**II. Exigences auxquelles les organes de révision doivent satisfaire****1. Pour un contrôle ordinaire**

¹ Les sociétés ouvertes au public désignent comme organe de révision une entreprise de révision soumise à la surveillance de l'Etat conformément à la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision. Elles doivent également charger une entreprise de révision soumise à la surveillance de l'Etat de réaliser les contrôles qui, selon la loi, doivent être effectués par un réviseur agréé ou par un expert-réviseur agréé.

² Les autres sociétés tenues à un contrôle ordinaire désignent comme organe de révision un expert-réviseur agréé au sens de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision. Elles doivent également charger un expert-réviseur agréé de réaliser les contrôles qui, selon la loi, doivent être effectués par un réviseur agréé.

Art. 727c**2. Pour un contrôle restreint**

Les sociétés tenues à un contrôle restreint désignent comme organe de révision un réviseur agréé au sens de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision.

Art. 728**III. Contrôle ordinaire****1. Indépendance de l'organe de révision**

¹ L'organe de révision doit être indépendant et former son appréciation en toute objectivité. Son indépendance ne doit être ni restreinte dans les faits, ni en apparence.

² L'indépendance de l'organe de révision est, en particulier, incompatible avec:

1. l'appartenance au conseil d'administration, d'autres fonctions décisionnelles au sein de la société ou des rapports de travail avec elle;
2. une participation directe ou une participation indirecte importante au capital-actions ou encore une dette ou une créance importantes à l'égard de la société;
3. une relation étroite entre la personne qui dirige la révision et l'un des membres du conseil d'administration, une autre personne ayant des fonctions décisionnelles ou un actionnaire important;
4. la collaboration à la tenue de la comptabilité ainsi que la fourniture d'autres prestations qui entraînent le risque de devoir contrôler son propre travail en tant qu'organe de révision;
5. l'acceptation d'un mandat qui entraîne une dépendance économique; 6. la conclusion d'un contrat à des conditions non conformes aux règles du marché ou d'un contrat par lequel l'organe de révision acquiert un intérêt au résultat du contrôle;
7. l'acceptation de cadeaux de valeur ou d'avantages particuliers.

³ Les dispositions relatives à l'indépendance s'appliquent à toutes les personnes participant à la révision. Si l'organe de révision est une

<p>société de personnes ou une personne morale, ces dispositions s'appliquent également aux membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration et aux autres personnes qui exercent des fonctions décisionnelles.</p>	
<p>Art. 728a 2. Attributions de l'organe de révision a. Objet et ampleur du contrôle ¹ L'organe de révision vérifie:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. si les comptes annuels sont conformes aux prescriptions légales et aux statuts; 2. si la proposition du conseil d'administration à l'assemblée générale concernant l'emploi du bénéfice est conforme aux prescriptions légales et aux statuts; 3. s'il existe un système de contrôle interne. <p>² L'organe de révision tient compte du système de contrôle interne lors de l'exécution du contrôle et de la détermination de son ampleur. ³ La manière dont le conseil d'administration dirige la société n'est pas soumise au contrôle de l'organe de révision.</p>	
<p>Art. 728b b. Rapport de révision ¹ L'organe de révision établit à l'intention du conseil d'administration un rapport détaillé contenant des constatations relatives à l'établissement des comptes, au système de contrôle interne ainsi qu'à l'exécution et au résultat du contrôle. ² L'organe de révision établit à l'intention de l'assemblée générale un rapport écrit qui résume le résultat de la révision. Ce rapport contient:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. un avis sur le résultat du contrôle; 2. des indications attestant de l'indépendance; 3. des indications sur la personne qui a dirigé la révision et sur ses qualifications professionnelles; 4. une recommandation d'approuver ou de refuser les comptes annuels, avec ou sans réserve. <p>³ Les deux rapports doivent être signés par la personne qui a dirigé la révision.</p>	<p>Portée des réserves Qu'est-ce qu'une recommandation de rejeter les comptes avec des réserves, sinon une recommandation d'acceptation assorties de réserves ? Il faut maintenir l'ancienne version</p>
<p>Art. 728c c. Avis obligatoires ¹ Si l'organe de révision constate des violations de la loi, des statuts ou du règlement d'organisation, il en avertit par écrit le conseil d'administration. ² L'organe de révision informe également l'assemblée générale s'il constate des violations de la loi ou des statuts:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. si celles-ci sont graves; ou 2. si le conseil d'administration ne prend pas des mesures adéquates suite à l'avertissement écrit de l'organe de révision. <p>³ Si la société est manifestement surendettée ou manifestement insolvable et si le conseil d'administration omet d'aviser le tribunal, l'organe de révision y remédie sans délai.</p>	<p>Voir les remarques ad art. 725. Nous proposons d'ajouter « ... et si le conseil d'administration omet d'aviser le tribunal <i>sans disposer d'un plan d'assainissement concret offrant de bonnes perspectives de succès</i> » à la fin de l'al. 3.</p>

<p>Art. 729 IV. Contrôle restreint 1. Indépendance de l'organe de révision ¹ L'organe de révision doit être indépendant et former son appréciation en toute objectivité. Son indépendance ne doit être restreinte ni dans les faits, ni en apparence. ² La collaboration à la tenue de la comptabilité ainsi que la fourniture d'autres prestations à la société soumise au contrôle sont autorisées. Si le risque existe de devoir contrôler son propre travail, un contrôle sûr doit être garanti par la mise en place de mesures appropriées sur le plan de l'organisation et du personnel.</p>	
<p>Art. 729a 2. Attributions de l'organe de révision a. Objet et étendue du contrôle ¹ L'organe de révision vérifie s'il existe des faits dont il résulte: 1. que les comptes annuels ne sont pas conformes aux dispositions légales et aux statuts; 2. que la proposition du conseil d'administration à l'assemblée générale concernant l'emploi du bénéfice n'est pas conforme aux dispositions légales et aux statuts. ² Le contrôle se limite à des auditions, à des opérations de contrôle analytiques et à des vérifications détaillées appropriées. ³ La manière dont le conseil d'administration dirige la société n'est pas soumise au contrôle de l'organe de révision.</p>	
<p>Art. 729b b. Rapport de révision ¹ L'organe de révision établit à l'intention de l'assemblée générale un rapport écrit qui résume le résultat de la révision. Ce rapport contient: 1. une mention du caractère restreint du contrôle; 2. un avis sur le résultat de la révision; 3. des indications attestant de l'indépendance de l'organe de révision et, le cas échéant, de la collaboration à la tenue de la comptabilité ainsi que de la fourniture d'autres prestations à la société soumise au contrôle; 4. des indications sur la personne qui a dirigé la révision et sur ses qualifications professionnelles. ² Le rapport doit être signé par la personne qui a dirigé la révision.</p>	
<p>Art. 729c c. Avis obligatoires Si la société est manifestement surendettée ou manifestement insolvable et si le conseil d'administration omet d'aviser le tribunal, l'organe de révision avertit ce dernier sans délai.</p>	
<p>Art. 730 V. Dispositions communes 1. Election de l'organe de révision ¹ L'assemblée générale élit l'organe de révision. ² Sont éligibles comme organe de révision une ou plusieurs personnes</p>	

<p>physiques ou morales ainsi que les sociétés de personnes.</p> <p>³ Les contrôles des finances des pouvoirs publics ou leurs collaborateurs sont éligibles comme organe de révision s'ils remplissent les conditions requises par la présente loi. Les dispositions relatives à l'indépendance sont applicables par analogie.</p> <p>⁴ Au moins un membre de l'organe de révision doit avoir en Suisse son domicile, son siège ou une succursale inscrite au registre du commerce.</p>	
<p>Art. 730a</p> <p>2. Durée de fonction de l'organe de révision</p> <p>¹ L'organe de révision est élu pour une durée de un à trois exercices comptables. Son mandat prend fin avec l'approbation des derniers comptes annuels. Il peut être reconduit dans ses fonctions.</p> <p>² En matière de contrôle ordinaire, la personne qui dirige la révision peut exercer ce mandat pendant sept ans au plus. Elle ne peut reprendre le même mandat qu'après une interruption de trois ans.</p> <p>³ Lorsqu'un organe de révision démissionne, il en indique les motifs au conseil d'administration; ce dernier les communique à la prochaine assemblée générale.</p>	
<p>Art. 730b</p> <p>3. Information et maintien du secret</p> <p>¹ Le conseil d'administration remet tous les documents à l'organe de révision et lui communique tous les renseignements dont il a besoin pour s'acquitter de ses tâches; sur demande, il lui transmet ces renseignements par écrit.</p> <p>² L'organe de révision garde le secret sur ses constatations, à moins que la loi ne l'oblige à les révéler. Il garantit le secret des affaires de la société lorsqu'il établit son rapport, lorsqu'il procède aux avis obligatoires et lorsqu'il fournit des renseignements lors de l'assemblée générale.</p>	
<p>Art. 730c</p> <p>4. Documentation et conservation des pièces</p> <p>¹ L'organe de révision consigne par écrit toutes les prestations qu'il fournit en matière de révision; il doit, en outre, conserver les rapports de révision et toutes les pièces importantes pendant dix ans. Les données enregistrées sur un support informatique doivent être accessibles pendant une période de même durée.</p> <p>² Les pièces doivent permettre de contrôler efficacement le respect des dispositions légales.</p>	
<p>Art. 731</p> <p>4. Approbation des comptes et emploi du bénéfice</p> <p>¹ Pour les sociétés ayant l'obligation de faire contrôler leurs comptes annuels par un organe de révision, le rapport de révision doit être disponible avant que l'assemblée générale approuve les comptes annuels et se prononce sur l'emploi du bénéfice.</p> <p>² Si un contrôle ordinaire a été effectué, l'organe de révision doit être présent à l'assemblée générale. L'assemblée générale peut renoncer à</p>	<p>note marginale : 5. Approbation...</p> <p>voir aussi le commentaire de l'art. 698</p>

<p>la présence de l'organe de révision par une décision prise à l'unanimité. ³ Si le rapport de révision n'a pas été présenté, les décisions d'approbation des comptes annuels et d'emploi du bénéfice sont nulles. Si les dispositions concernant la présence de l'organe de révision ne sont pas respectées, ces décisions sont annulables.</p>	
<p>Art. 732 à 735 Abrogés.</p>	
<p>Chapitre V: Dissolution de la société</p>	
<p>Art. 736 A. Dissolution en général I. Causes La société est dissoute:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. en conformité des statuts; 2. par une décision de l'assemblée générale constatée en la forme authentique; 3. par l'ouverture de la faillite; 4. par un jugement, lorsque des actionnaires représentant ensemble 5 % au moins du capital-actions, 5 % des voix ou des actions d'une valeur nominale d'1 million de francs requièrent la dissolution pour de justes motifs. En lieu et place, le tribunal peut adopter une autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés; 5. pour les autres motifs prévus par la loi. 	<p>L'abaissement du seuil pour introduire l'action est une amélioration bienvenue (voir aussi commentaire ad examen spécial et convocation/mise à l'ordre du jour).</p>
<p>Art. 737 II. Inscription au registre du commerce Sauf le cas de faillite ou de décision judiciaire, la dissolution est inscrite au registre du commerce à la diligence du conseil d'administration.</p>	
<p>Art. 738 III. Conséquences La société dissoute entre en liquidation, sauf en cas de fusion, de division ou de transfert de son patrimoine à une corporation de droit public.</p>	
<p>Art. 739 B. Dissolution avec liquidation I. La société pendant sa liquidation. Compétence ¹ Aussi longtemps que la répartition entre actionnaires n'est pas terminée, la société en liquidation garde sa personnalité et conserve sa raison sociale, à laquelle s'ajoutent les mots «en liquidation». ² Pendant la liquidation, les pouvoirs des organes sociaux sont restreints aux actes qui sont nécessaires à cette opération et qui, de par leur nature, ne sont point du ressort des liquidateurs.</p>	

<p>Art. 740 II. Désignation et révocation des liquidateurs 1. Désignation ¹ La liquidation a lieu par les soins du conseil d'administration, à moins que les statuts ou l'assemblée générale ne désignent d'autres liquidateurs. ² Les liquidateurs sont inscrits sur le registre du commerce, par les soins du conseil d'administration, même si ce dernier est chargé de la liquidation. ³ L'un des liquidateurs au moins doit être domicilié en Suisse et avoir qualité pour représenter la société. ⁴ Si la société est dissoute par une décision judiciaire, le juge nomme les liquidateurs. ⁵ En cas de faillite, la liquidation se fait par l'administration de la masse, en conformité des règles de la faillite. Les organes de la société ne conservent le pouvoir de la représenter que dans la mesure où leur intervention est encore nécessaire.</p>	
<p>Art. 741 2. Révocation ¹ L'assemblée générale peut, en tout temps, révoquer les liquidateurs qu'elle a nommés. ² A la requête d'un actionnaire et s'il existe de justes motifs, le juge peut révoquer des liquidateurs et, au besoin, en nommer d'autres.</p>	
<p>Art. 742 III. Objet de la liquidation 1. Bilan. Appel aux créanciers ¹ Les liquidateurs dressent un bilan lors de leur entrée en fonction. ² A cet effet, les créanciers sont informés de la dissolution de la société et sommés de faire connaître leurs réclamations, ceux qui sont mentionnés dans les livres ou connus autrement, par avis spécial, ceux qui sont inconnus ou dont le domicile est ignoré, par publication dans la Feuille officielle suisse du commerce et, au surplus, en la forme prévue par les statuts.</p>	
<p>Art. 743 2. Autres obligations ¹ Les liquidateurs terminent les affaires courantes, recouvrent, au besoin, les versements non encore opérés sur les actions, réalisent l'actif et exécutent les engagements de la société, à moins qu'il ne ressorte du bilan et de l'appel aux créanciers que l'actif ne couvre plus les dettes. ² Si l'actif ne couvre plus les dettes, ils en informent le juge. Celui-ci déclare la faillite. ³ Ils représentent la société pour les actes nécessités par la liquidation; ils peuvent plaider, transiger, compromettre et même, en tant que de besoin, entreprendre de nouvelles opérations. ⁴ Sauf décision contraire de l'assemblée générale, les liquidateurs</p>	

<p>peuvent aussi vendre des actifs de gré à gré.</p> <p>⁵ Lorsque la liquidation se prolonge, les liquidateurs sont tenus de dresser des bilans annuels intérimaires.</p> <p>⁶ La société répond des actes illicites commis par les liquidateurs dans l'exercice de leurs fonctions.</p>	
<p>Art. 744</p> <p>3. Protection de créanciers</p> <p>¹ Si des créanciers connus ont négligé de produire, le montant de leurs créances est consigné en justice.</p> <p>² Une somme correspondante doit être également consignée pour les obligations non échues ou litigieuses de la société, à moins que les créanciers ne reçoivent des sûretés équivalentes ou que la répartition de l'actif ne soit ajournée jusqu'au règlement de ces obligations.</p>	
<p>Art. 745</p> <p>4. Répartition de l'actif</p> <p>¹ Après paiement des dettes, l'actif de la société dissoute est, sauf disposition contraire des statuts, réparti entre les actionnaires au prorata de leurs versements et compte tenu des privilèges attachés à certaines catégories d'actions.</p> <p>² Cette répartition ne peut se faire qu'après l'expiration d'une année dès le jour où l'appel aux créanciers a été publié pour la troisième fois.</p> <p>³ Une répartition peut avoir lieu après un délai de trois mois si un expert-réviseur agréé atteste que les dettes sont éteintes et que les circonstances permettent de déduire qu'aucun intérêt de tiers n'est mis en péril.</p>	
<p>Art. 746</p> <p>IV. Radiation au registre du commerce</p> <p>Après la fin de la liquidation, les liquidateurs sont tenus d'aviser le préposé au registre du commerce que la raison sociale est éteinte.</p>	
<p>Art. 747</p> <p>V. Conservation des livres de la société</p> <p>Les livres de la société dissoute sont conservés pendant dix ans en un lieu sûr, désigné par les liquidateurs ou, si ces derniers ne peuvent s'entendre, par le préposé au registre du commerce.</p>	
<p>Art. 748 à 750</p> <p>C. Dissolution sans liquidation</p> <p>I. ...</p> <p>Abrogés.</p>	

Art. 751**I. Reprise par une corporation de droit public**

¹ Lorsque les biens d'une société anonyme sont repris par la Confédération, par un canton ou, sous la garantie du canton, par un district ou une commune, la liquidation peut être conventionnellement exclue si l'assemblée générale y consent.

² L'assemblée générale se prononce suivant les règles applicables à la dissolution, et sa décision est inscrite sur le registre du commerce.

³ Dès cette inscription, le transfert de l'actif et du passif est accompli, et la raison sociale de la société doit être radiée.

Chapitre VI: Responsabilité**Art. 752****A. Responsabilité****I. Pour le prospectus d'émission**

Ceux qui, lors de la fondation d'une société ou d'une émission d'actions, d'obligations ou d'autres titres, ont inséré, intentionnellement ou par négligence, dans les prospectus d'émission ou dans des documents analogues, des informations inexactes, trompeuses ou non conformes aux exigences légales, les ont diffusées ou ont participé à ces actes, répondent envers les acquéreurs des titres du dommage qu'ils leur ont causé.

Art. 753**II. Dans les actes de fondation**

Les fondateurs, les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui coopèrent à la fondation d'une société répondent à son égard de même qu'envers chaque actionnaire et créancier social du dommage qu'ils leur causent:

1. en indiquant de manière inexacte ou trompeuse, en dissimulant ou en déguisant, intentionnellement ou par négligence, des apports en nature, des reprises de biens ou des avantages particuliers accordés à des actionnaires ou à d'autres personnes, dans les statuts, dans un rapport de fondation ou d'augmentation de capital-actions, ou en agissant de quelque autre manière illégale lors de l'approbation d'une telle mesure;
2. en faisant inscrire, intentionnellement ou par négligence, la société au registre du commerce au vu d'une attestation ou de quelque autre document qui renfermerait des indications inexactes;
3. en concourant sciemment à ce que soient acceptées des souscriptions émanant de personnes insolvable.

<p>Art. 754 III. Dans l'administration, la gestion et la liquidation ¹ Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs. ² Celui qui d'une manière licite, délègue à un autre organe l'exercice d'une attribution, répond du dommage causé par ce dernier, à moins qu'il ne prouve avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances.</p>	
<p>Art. 755 IV. Dans la révision ¹ Toutes les personnes qui s'occupent de la vérification des comptes annuels et des comptes de groupe, de la fondation ainsi que de l'augmentation ou de la réduction du capital-actions répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs. ² Si la vérification a été effectuée par un contrôle des finances des pouvoirs publics ou par l'un de ses travailleurs, la responsabilité en incombe à la collectivité publique concernée. Le recours de la collectivité publique contre les personnes ayant participé à la vérification est régi par le droit public.</p>	<p>Le terme collaborateur est plus précis que celui de « travailleur ». Si la Confédération et certains cantons ont aboli le statut des fonctionnaires, d'autres cantons l'ont maintenu</p>
<p>Art. 756 B. Dommage subi par la société I. Prétentions hors faillite ¹ Pour le dommage causé à la société, la société et chaque actionnaire ont le droit d'intenter action. Les actionnaires ne peuvent agir qu'en paiement de dommages-intérêts à la société. ² Abrogé.</p>	<p>Le seul motif pour abroger l'al. 2 est l'anticipation de la future loi sur la procédure civile : quid si la loi n'était finalement pas adoptée ?</p>

Art. 757**II. Prétentions dans la faillite**

¹ Dans la faillite de la société lésée, les créanciers sociaux ont aussi le droit de demander le paiement à la société de dommages-intérêts.

Toutefois, les droits des actionnaires et des créanciers sociaux sont exercés en premier lieu par l'administration de la faillite.

² Si l'administration de la faillite renonce à exercer ces droits, tout actionnaire ou créancier social peut le faire. Le produit sert d'abord à couvrir les créances des créanciers demandeurs, conformément aux dispositions de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite. Les actionnaires demandeurs participent à l'excédent dans la mesure de leur participation à la société; le reste tombe dans la masse.

³ Est réservée la cession de créance de la société, conformément à l'art. 260 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Art. 758**III. Effet de la décharge**

¹ Pour les faits révélés, la décharge donnée par l'assemblée générale est opposable à la société et à l'actionnaire qui a adhéré à la décharge ou qui a acquis les actions postérieurement en connaissance de celle-ci.

² Le droit des autres actionnaires d'intenter action s'éteint six mois après la décharge.

Art. 759**C. Responsabilité solidaire et action récursoire**

¹ Si plusieurs personnes répondent d'un même dommage, chacune d'elles est solidairement responsable dans la mesure où le dommage peut lui être imputé personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances.

^{1bis} Celui qui est soumis à une responsabilité dans la révision et qui ne répond solidairement avec d'autres personnes que d'une faute légère peut être recherché en paiement d'un montant maximal de 10 millions de francs. Dans le cadre de la révision de sociétés dont les titres de participation sont cotés en bourse et d'entreprises d'une certaine importance économique au sens de l'art. 727, la responsabilité en cas de faute légère est limitée à 25 millions de francs.

² Le demandeur peut actionner plusieurs responsables pour la totalité du dommage et demander au tribunal de fixer au cours de la même procédure les dommages-intérêts dus par chacun des défendeurs.

³ Le tribunal règle le recours entre plusieurs responsables en tenant compte de toutes les circonstances.

Limitation de la responsabilité des réviseurs

Le point de vue soutenu par le Rapport explicatif ne convainc pas. Certes, l'organe de révision n'a souvent qu'une responsabilité secondaire. Les actes du réviseur ne peuvent causer un dommage que dans la mesure où en amont un dirigeant a violé une prescription légale. Cependant, c'est précisément le rôle de l'organe de révision que de vérifier la conformité à la loi des comptes et d'autres rapports du conseil d'administration.

En tant qu'acteur inévitable dans le droit de la société anonyme, les grands organes de révision confèrent en quelque sorte un sceau de qualité aux entreprises qu'ils contrôlent. Leur responsabilité est gage de la qualité de leur travail : ils répondent de tout manquement même lorsque la faute principale revient à des tiers, ce qui les incite à prendre des mesures dans l'intérêt des actionnaires et des créanciers et à s'assurer que ces personnes peuvent faire confiance aux comptes et aux évaluations du conseil d'administration. Limiter leur responsabilité revient à leur enlever l'incitation nécessaire pour déployer toute la diligence requise.

Il n'y a pas plus de raisons de limiter la responsabilité des réviseurs que de limiter la responsabilité des administrateurs non exécutifs. On pourrait aussi alléguer que les erreurs de gestion sont en général le fait de dirigeants qui n'ont pas consulté le conseil ou qui ont préparé sa décision et qui lui ont remis des informations insuffisantes ou inadéquates pour juger de

	<p>l'opportunité d'une décision sociale.</p> <p>La limitation de la responsabilité des réviseurs va à l'encontre de la tendance générale du droit de la société anonyme à inclure dans le champ de la responsabilité d'autres acteurs économiques qui doivent veiller à ce que les règles de droit soient respectées : on fait répondre les banques d'investissement et les avocats impliqués dans la rédaction ou la diffusion du prospectus ; on fait répondre les notaires et les avocats impliqués dans la fondation et les augmentations de capital.</p> <p>L'argument fondé sur le droit comparé est d'un intérêt limité, puisqu'en Allemagne, le § 93 al. 5 AktG limite la responsabilité des membres de la direction à l'égard des créanciers aux seuls cas de faute grave. La limitation du droit allemand s'inscrit dans une tradition qui déresponsabilise les acteurs en cas de négligence, ce qui n'est pas le cas du droit suisse de la société anonyme.</p> <p>.Au demeurant, s'agissant des sociétés cotées le plafond de Frs. 25 millions est ridiculement bas : les dommages encourus dans le cas Swissair sont de l'ordre de plusieurs centaines de millions. 25 millions ne représentent qu'une partie infime de la valeur des grandes sociétés cotées suisses (du montant de leurs sommes de bilan). Il s'agit ainsi concrètement d'une quasi-exonération de responsabilité pour faute légère.</p> <p>Cela aura pour effet soit d'inviter les tribunaux à interpréter restrictivement la notion de faute légère par exemple, en considérant que la répétition de fautes légères revient à une faute lourde, afin néanmoins d'amener les réviseurs à répondre des dommages qu'ils auraient causés soit à virtuellement exonérer les réviseurs de toute conséquence néfaste en cas de violation légère de leur devoirs.</p> <p>Une révision de la responsabilité des réviseurs même en termes de solidarité n'est guère désirable dans une perspective d'amélioration de la qualité des états financiers et de la protection des actionnaires et créanciers.</p>
<p>Art. 760 D. Prescription 1 Les actions en responsabilité que régissent les dispositions qui précèdent se prescrivent par cinq ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage, ainsi que de la personne responsable, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit. 2 Si les dommages-intérêts dérivent d'une infraction soumise par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action civile.</p>	
<p>Art. 761 Abrogé.</p>	
<p>Chapitre VII: Participation de corporations de droit public</p>	
<p>Art. 762 1 Lorsqu'une corporation de droit public telle que la Confédération, un canton, un district ou une commune a un intérêt public dans une société</p>	

anonyme, les statuts de la société peuvent lui conférer le droit de déléguer des représentants au sein du conseil d'administration ou de l'organe de révision même si elle n'est pas actionnaire.

2 Dans de semblables sociétés, comme aussi dans les entreprises mixtes auxquelles une telle corporation participe en qualité d'actionnaire, les membres du conseil d'administration et les réviseurs délégués par la corporation ne peuvent être révoqués que par elle.

3 Les membres du conseil d'administration et les réviseurs délégués par la corporation ont les mêmes droits et obligations que ceux qui sont élus par l'assemblée générale.

4 La responsabilité des membres du conseil d'administration et des réviseurs délégués par la corporation à l'égard de la société, des actionnaires et des créanciers est assumée par la corporation sous réserve de recours selon le droit applicable de la Confédération ou du canton.

Chapitre VIII: Institutions de droit public non soumises à la présente loi

Art. 763

1 Les dispositions concernant les sociétés anonymes ne sont pas applicables aux sociétés ou établissements tels que banques, caisses d'assurance, entreprises électriques créés par des lois cantonales spéciales et administrés avec le concours des autorités publiques, si le canton est subsidiairement responsable de leurs obligations et encore que la totalité ou une fraction du capital soit divisée en actions et fournie par des particuliers.

2 Ces dispositions ne sont pas applicables aux sociétés et établissements créés avant le 1er janvier 1883 par des lois cantonales spéciales, et administrés avec le concours d'autorités publiques, alors même que le canton n'est pas subsidiairement responsable de leurs obligations.

Titre trente-deuxième: De la comptabilité commerciale

Chapitre premier: Dispositions générales

Commentaire général sur les art. 957 à 958e

Ce chapitre contient une énumération et définition de tous les principes d'établissement réguliers des comptes.

Il est mal structuré en général. Ainsi, le projet tente de diviser le chapitre en deux sous-chapitres: "Comptabilité" et "Présentation des comptes", mais énumère une série de principes régissant l'établissement régulier des comptes dans le sous-chapitre "Comptabilité" (art. 957a al. 2). Le sous-chapitre "Présentation des comptes" est lui-même divisé en plusieurs parties. Une de celles-ci est intitulée "Principe de continuité de l'exploitation", une autre "Principes de l'établissement régulier des comptes". Il serait plus judicieux de n'avoir une division intitulée "Principes de l'établissement régulier des comptes" qui énumère tous les principes applicables.

Les dispositions répètent à plusieurs reprises les mêmes concepts: ainsi, la langue est visée par les art. 957a al. 5 et 958c al. 4, le principe d'intégralité par les art. 958a al. 2 ch. 1 et 958b al. 1 ch. 1, le principe de justification par les art. 957a al. 2 ch. 2, 957a al. 3 et 958b al. 2, le principe de l'adéquation par les art. 957a al. 4 et 958b al. 4 et le principe de la comptabilité d'exercice par les art. 958b al. 1 et 958b al. 3.

Il convient donc de restructurer complètement le chapitre en question et d'énumérer clairement tous les principes d'établissement réguliers des comptes, sans répétition en donnant les explications nécessaires pour chaque principe.
Après des décennies de réflexion et ayant constaté que notre droit est totalement inadéquat en matière comptable, il est nécessaire de disposer de normes claires et convaincantes. Il conviendrait d'étudier les solutions adoptées dans les pays qui nous entourent et de s'en inspirer.

Art. 957

A. Obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes

¹ Les entreprises individuelles, les sociétés de personnes et les personnes morales qui ont l'obligation de requérir leur inscription au registre du commerce (entreprises) tiennent une comptabilité et présentent des comptes conformément aux dispositions ci-après.

² Les entreprises individuelles, les associations et les fondations qui n'ont pas l'obligation de requérir leur inscription au registre du commerce tiennent uniquement une comptabilité de leurs recettes et de leurs dépenses ainsi que de leur patrimoine.

³ Les dispositions plus strictes arrêtées dans la législation spéciale sont réservées.

⁴ Abrogé.

⁵ Abrogé.

Art. 957a

B. Comptabilité

¹ La comptabilité constitue la base de l'établissement des comptes. Elle porte sur les transactions et les événements qui sont nécessaires à la présentation du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise (situation économique).

² Elle est tenue conformément aux principes régissant l'établissement régulier des comptes, en particulier:

1. la comptabilisation intégrale et systématique des transactions et des événements;
2. la justification documentée de chaque opération comptable;
3. la clarté;
4. la possibilité d'un contrôle a posteriori.

³ Toutes les pièces qui sont nécessaires pour pouvoir vérifier la transaction ou l'événement à la base de l'opération valent comme pièces comptables.

⁴ La comptabilité est adaptée à la nature et à la taille de l'entreprise.

⁵ La comptabilité est tenue dans une langue nationale ou en anglais. Elle peut être tenue sous forme écrite, électronique ou par des moyens semblables.

Art. 958

C. Présentation des comptes

I. But et contenu

¹ Les comptes doivent présenter la situation économique de l'entreprise, en particulier son patrimoine, sa situation financière et ses résultats, de telle façon qu'un tiers puisse s'en faire une opinion fondée.

² Ils sont présentés dans le rapport de gestion. Le rapport de gestion

<p>contient les comptes annuels (comptes individuels) qui se composent du bilan, du compte de résultat et de l'annexe.</p> <p>³ Le rapport de gestion est établi et soumis à l'organe ou aux personnes chargés de l'approuver dans les six mois suivant la clôture de l'exercice. Il est signé par le président de l'organe supérieur de direction ou d'administration et par la personne qui répond de l'établissement des comptes au sein de l'entreprise.</p>	
<p>Art. 958a</p> <p>II. Principe de continuité de l'exploitation</p> <p>¹ Les comptes sont dressés selon l'hypothèse que l'entreprise poursuivra ses activités dans un avenir prévisible.</p> <p>² Si la cessation ou une réduction de l'activité de l'entreprise est envisagée ou paraît inévitable dans les douze mois à venir, les comptes sont dressés sur la base des valeurs de liquidation. Des provisions sont constituées au titre des charges induites par la cessation ou la réduction de l'activité.</p> <p>³ Les dérogations au principe de la continuité de l'exploitation, de même que leur influence sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprises, sont expliquées dans l'annexe.</p>	
<p>Art. 958b</p> <p>III. Principes de l'établissement régulier des comptes</p> <p>¹ Les comptes sont dressés en application des principes suivants:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. intégralité; 2. fiabilité et importance relative; 3. comptabilité d'exercice; 4. permanence dans la présentation et l'évaluation; 5. interdiction de la compensation des actifs et des passifs ainsi que des charges et des produits. <p>² Le montant de chaque poste présenté dans le bilan et dans l'annexe est justifié par un inventaire ou d'une autre manière.</p> <p>³ Pour autant que le montant net du chiffre d'affaires résultant des ventes et des prestations de services ne dépasse pas 75 000 francs, il est possible de déroger au principe de la comptabilité d'exercice et d'appliquer une comptabilité de caisse.</p> <p>⁴ Les comptes sont adaptés aux particularités de l'entreprise, sans préjudice du contenu minimum prévu par la loi. Les désignations et la présentation sont adaptées de façon à tenir compte des particularités de la branche.</p>	
<p>Art. 958c</p> <p>IV. Présentation, monnaie et langue</p> <p>¹ Le bilan et le compte de résultat peuvent être présentés sous forme de compte ou de liste. Il n'y a pas lieu de présenter séparément les postes qui affichent un montant nul ou insignifiant pour l'exercice sous revue.</p> <p>² Dans les comptes annuels, les chiffres de l'exercice précédent figurent en regard des valeurs de l'exercice sous revue.</p>	

<p>³ Les valeurs sont exprimées en monnaie nationale. Les montants en monnaies étrangères sont convertis au cours devises à la date de clôture du bilan. Les cours de conversion utilisés sont mentionnés dans l'annexe.</p> <p>⁴ Les comptes sont dressés dans une langue nationale ou en anglais.</p>	
<p>Art. 958d D. Consultation et publication</p> <p>¹ Tout créancier a un intérêt digne de protection a le droit de consulter le rapport de gestion et le rapport de révision.</p> <p>² Le rapport de gestion et le rapport de révision sont remis à l'office du registre du commerce, qui les publie sous une forme électronique, lorsque:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. l'entreprise est débitrice d'un emprunt par obligations; 2. les actions de l'entreprise sont cotées en bourse. <p>³ Lorsque l'entreprise est tenue de remettre le rapport de gestion et le rapport de révision à l'office du registre du commerce, quiconque peut exiger qu'elle lui en délivre un exemplaire contre paiement durant douze mois à compter de l'approbation des comptes annuels.</p>	
<p>Art. 958e E. Conservation</p> <p>¹ Les livres et les pièces comptables ainsi que le rapport de gestion et le rapport de révision sont conservés pendant dix ans. Ce délai court à partir de la fin de l'exercice.</p> <p>² Un exemplaire imprimé et signé du rapport de gestion et du rapport de révision sont conservés.</p> <p>³ Les livres et les pièces comptables peuvent être conservés sous forme écrite, électronique ou par des moyens semblables, pour autant que le lien avec les transactions et événements sous-jacents soit garanti et que leur lecture reste possible en toutes circonstances.</p> <p>⁴ Le Conseil fédéral peut préciser les conditions.</p>	
<p>Chapitre II: Comptes annuels</p>	
<p>Art. 959 A. Bilan I. But du bilan, conditions pour la comptabilisation au bilan</p> <p>¹ Le bilan reflète le patrimoine et la situation financière de l'entreprise à la date de clôture.</p> <p>² Les éléments du patrimoine sont portés à l'actif lorsque l'entreprise peut en disposer en raison d'événements passés, qu'elle en attend des flux de trésorerie et que leur valeur peut être estimée avec fiabilité. Les autres éléments du patrimoine ne peuvent pas être inscrits au bilan.</p> <p>³ L'actif circulant est constitué de la trésorerie et des actifs qui seront vraisemblablement réalisés au cours des douze mois suivant la date de clôture du bilan ou qui sont réalisés dans le cycle normal des affaires. L'actif immobilisé est constitué de tous les autres actifs.</p> <p>⁴ Les obligations de l'entreprise sont portées au passif lorsqu'elles</p>	

résultent d'événements passés, lorsqu'un flux de trésorerie à charge de l'entreprise est vraisemblable et lorsque leur valeur peut être estimée avec fiabilité. Les obligations fictives ne peuvent pas être inscrites au bilan.

⁵ Les dettes à court terme sont des passifs exigibles dans les douze mois suivant la date de clôture du bilan ou dans le cycle normal des affaires. Les dettes à long terme regroupent tous les autres passifs.

⁶ Les capitaux propres sont comptabilisés et structurés en fonction de la forme juridique de l'entreprise.

Art. 959a

II. Structure minimale

¹ L'actif du bilan comporte au moins les postes suivants, indiqués séparément et en ordre de liquidité décroissante:

1. Actif circulant
 - a. Trésorerie
 - b. Créances résultant de la vente de biens et de prestations de services
 - c. Autres créances à court terme
 - d. Stocks et prestations de services non facturées
 - e. Actifs de régularisation
2. Actif immobilisé
 - a. Immobilisations financières
 - b. Immobilisations corporelles
 - c. Immobilisations incorporelles

² Le passif du bilan comporte au moins les postes suivants, indiqués séparément et en ordre d'exigibilité croissante:

1. Dettes à court terme
 - a. Dettes résultant de l'achat de biens et de prestations de services
 - b. Autres dettes à court terme
 - c. Dettes financières à court terme
 - d. Passifs de régularisation
2. Dettes à long terme
 - a. Dettes financières à long terme
 - b. Provisions et autres réserves ou positions analogues prévues par la loi
3. Capitaux propres
 - a. Capital social ou capital de la fondation, le cas échéant ventilé par catégories de droits de participation
 - b. Réserves issues du capital
 - c. Réserves issues du bénéfice ou de pertes cumulées, en négatif
 - d. Propres parts du capital portées en déduction de la let. c

³ D'autres postes sont inclus dans le bilan ou l'annexe s'ils sont essentiels à l'évaluation du patrimoine ou de la situation financière par des tiers ou si cela répond aux usages dans le secteur d'activité de l'entreprise.

<p>⁴ Les créances et les dettes envers les associés et les organes de la société ou envers des sociétés dans lesquelles l'entreprise détient une participation sont comptabilisées séparément.</p>	
<p>Art. 959b B. Compte de résultat</p> <p>¹ Le compte de résultat reflète l'évolution des résultats de l'entreprise durant l'exercice. Il peut être établi selon la méthode de l'affectation des charges par nature (compte de résultat par nature) ou selon la méthode de l'affectation des charges par fonction (compte de résultat par fonction).</p> <p>² Le compte de résultat par nature comporte au moins les postes suivants, indiqués séparément:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Produits nets des ventes de biens et de prestations de services 2. Charges de matière, y compris variation des stocks de produits finis et semi-finis et variation des prestations de services non facturées 3. Charges de personnel 4. Autres charges 5. Charges et produits financiers 6. Amortissements et corrections de valeur 7. Charges et produits exceptionnels 8. Bénéfice ou perte de l'exercice <p>³ Le compte de résultat par fonction comporte au moins les postes suivants, indiqués séparément:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Produits nets des ventes de biens et de prestations de services 2. Coûts d'acquisition ou de production des biens et prestations de services vendus 3. Frais d'administration et de distribution 4. Charges et produits financiers 5. Charges et produits exceptionnels 6. Bénéfice ou perte de l'exercice <p>⁴ Les options sur des droits de participation qui sont attribuées aux membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration, aux membres de la direction et aux travailleurs sont comptabilisées en charges de personnel.</p> <p>⁵ Lorsque le compte de résultat est établi selon la méthode de l'affectation des charges par fonction, les charges de personnel ainsi que les amortissements et corrections de valeur figurent séparément dans l'annexe.</p> <p>⁶ D'autres postes doivent être inclus dans le compte de résultat ou l'annexe s'ils sont essentiels à l'évaluation des résultats de l'entreprise par les tiers.</p>	<p>Reprendre à l'al. 6 la mention figurant à l'art. 959a al. 3 (relatif au bilan): "(...) ou si cela répond aux usages dans le secteur d'activité de l'entreprise". On ne voit pas pourquoi une différence est faite entre les deux articles.</p>
<p>Art. 959c C. Annexe</p> <p>¹ L'annexe complète et explicite les autres parties des comptes annuels. Elle comporte:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. des informations sur les principes comptables appliqués, si ceux- 	

<p>ci ne sont pas prescrits par la loi;</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. des compléments d'information, une structure détaillée et des commentaires concernant certains postes du bilan et du compte de résultat; 3. d'autres informations prescrites par la loi. <p>² L'annexe comporte également les indications suivantes, à moins qu'elles ne ressortent directement du bilan ou du compte de résultat:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. la raison de commerce ou le nom, la forme juridique et le siège de l'entreprise; 2. la moyenne annuelle des emplois à plein temps; 3. la raison sociale, la forme juridique et le siège des entreprises dans lesquelles une participation directe ou indirecte est détenue, avec la part du capital et des droits de vote; 4. l'acquisition et l'aliénation de propres parts de participation et le nombre de parts détenues, y compris celles qui sont détenues par une autre entreprise dans laquelle la première détient une participation; les conditions auxquelles l'entreprise a acquis ou aliéné ses propres parts sont également mentionnées; 5. la valeur résiduelle des dettes découlant d'opérations de crédit-bail assimilables à des contrats de vente; 6. les montants totaux des cautionnements, des obligations de garantie et des gages constitués en faveur de tiers; 7. le montant total des actifs nantis ou cédés en garantie des propres dettes et des actifs grevés d'une réserve de propriété; 8. les instruments financiers dérivés, les obligations d'achat et de vente et les postes similaires; 9. les risques exceptionnels; 10. les explications relatives à d'autres facteurs importants ou exceptionnels ayant influencé les comptes annuels; 11. les événements importants survenus après la date de clôture du bilan; 12. le cas échéant, les raisons de la démission de l'organe de révision avant le terme de son mandat. <p>³ Les entreprises débitrices d'emprunts par obligations indiquent séparément le montant, le taux d'intérêt, les échéances et les autres conditions de chacun de ces emprunts.</p>	
<p>Art. 960 D. Evaluation 1. Principes</p> <p>¹ Les actifs et les dettes sont évalués individuellement.</p> <p>² L'évaluation doit être prudente sans toutefois conduire à la constitution de réserves arbitraires.</p> <p>³ Lorsqu'il existe des indices concrets de surévaluation d'actifs ou de provisions insuffisantes, les valeurs doivent être vérifiées et, le cas échéant, adaptées.</p>	

Art. 960a**II. Actifs****1. En général**

¹ Lors de sa première comptabilisation, un actif est évalué à son coût d'acquisition ou à son coût de revient.

² Lors des évaluations subséquentes, la valeur de l'actif ne peut être supérieure à son coût d'acquisition ou à son coût de revient. Les dispositions relatives à certaines catégories d'actifs sont réservées.

³ Les moins-values dues à l'utilisation de l'actif sont comptabilisées par le biais des amortissements, celles dues à d'autres facteurs par le biais de corrections de valeur. Les corrections de valeur et les amortissements sont calculés conformément aux principes généralement admis dans le commerce. Ils sont imputés directement ou indirectement sur l'actif visé, à charge du compte de résultat. Leur comptabilisation au passif est prohibée.

⁴ Des corrections de valeur et amortissements supplémentaires peuvent être opérés aux fins de remplacement et pour assurer la prospérité de l'entreprise à long terme. Pour ces mêmes motifs, l'entreprise peut renoncer à dissoudre des amortissements et des corrections de valeur qui ne sont plus justifiées.

⁵ Le montant total provenant de la dissolution de corrections de valeur et d'amortissements qui ne sont plus justifiés est indiqué séparément dans le compte de résultat ou l'annexe. Les dispositions régissant l'évaluation maximale sont applicables.

Art. 960b**2. Créances et actifs cotés en bourse**

¹ Lors de sa première comptabilisation, la créance est inscrite à sa valeur nominale.

² Lors des évaluations subséquentes, les actifs cotés en bourse peuvent être évalués au cours du jour à la date de clôture du bilan, même si celui-ci est supérieur au coût d'acquisition. Cette règle ne s'applique pas aux immobilisations financières. Si l'entreprise opte pour l'évaluation au cours du jour à la date de clôture du bilan, elle applique cette méthode pour tous ses actifs cotés en bourse et indique ce choix dans l'annexe. La valeur totale des titres et celle des marchandises sont comptabilisées séparément.

³ Lorsque des titres ou des marchandises sont évalués au cours du jour à la date de clôture du bilan, des réserves de fluctuation peuvent être constituées. Cette règle s'applique aussi aux immobilisations financières.

<p>Art. 960c 3. Stocks et prestations de services non facturées ¹ On entend par stocks les matières premières, les produits en cours de fabrication, les produits finis et les marchandises. ² Lors des évaluations subséquentes des stocks et des prestations de services non facturées, on retient la valeur vénale minorée des coûts résiduels prévisibles si elle est inférieure au coût d'acquisition ou au coût de revient.</p>	
<p>Art. 960d 4. Immobilisations ¹ Les immobilisations sont des valeurs détenues en vue d'une utilisation à long terme. ² On entend par long terme une période de plus de douze mois. ³ On entend par participation les parts du capital d'une autre entreprise qui sont détenues en qualité d'immobilisation et qui confèrent une influence déterminante. L'influence est réputée déterminante lorsque les parts de capital détenues donnent droit à au moins 20 % des droits de vote.</p>	
<p>Art. 960e III. Dettes ¹ Les dettes sont comptabilisées à leur valeur nominale. ² Lorsque, en raison des événements passés, il faut s'attendre à ce que des charges grèvent les exercices futurs, il y a lieu de constituer, à charge du compte de résultat, des provisions à hauteur du montant vraisemblablement nécessaire. Si ce montant ne peut être estimé avec une fiabilité suffisante, des informations relatives aux provisions requises sont fournies dans l'annexe. ³ Des provisions peuvent en outre être constituées au titre: <ul style="list-style-type: none"> 1. des charges régulières découlant des obligations de garantie; 2. de l'assainissement des immobilisation corporelles; 3. des restructurations; 4. des mesures prises pour assurer la prospérité de l'entreprise à long terme. ⁴ Les provisions qui ne se justifient plus ne doivent pas obligatoirement être dissoutes. En cas de dissolution, le montant est indiqué séparément dans l'annexe ou dans le compte de résultat s'il est supérieur aux nouvelles provisions constituées.</p>	<p>Il y a une certaine contradiction entre l'al. 4 de cette disposition et la règle de l'art. 960f.</p>
<p>Art. 960f IV. Rapport avec le droit fiscal Les amortissements, corrections de valeur et provisions refusés par les autorités fiscales doivent être dissous durant l'exercice où la décision de taxation entre en force. Le montant total des dissolutions est indiqué dans l'annexe.</p>	<p>La norme proposée conduit au phénomène du "principe de détermination inversé": certaines charges sont enregistrées sur la base de critères fiscaux et non sur la base d'une analyse comptable. Paradoxalement, c'est donc le droit fiscal qui détermine le traitement comptable et non le contraire: Il convient de poser l'exigence de comptes <i>true and fair</i> pour toutes les entreprises et de concilier une comptabilité "true and fair" et imposition fiscale au niveau de la législation fiscale.</p>

Chapitre III: Comptes des grandes entreprises

Art. 961

A. Exigences supplémentaires concernant le rapport de gestion

¹ Les entreprises que la loi soumet au contrôle ordinaire doivent:

1. fournir des informations supplémentaires dans l'annexe aux comptes annuels;
2. intégrer un tableau de financement dans leurs comptes annuels;
3. rédiger un rapport annuel;

² Elles fournissent les informations supplémentaires suivantes dans l'annexe aux comptes annuels:

1. la ventilation des dettes financières à long terme par échéances, à savoir moins d'un an, de deux à cinq ans, et plus de cinq ans;
2. des informations sur la réalisation d'une évaluation des risques;
3. le montant total des indemnités perçues par les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration;
4. le montant des honoraires versés à l'organe de révision pour les prestations en matière de révision d'une part et pour d'autres prestations de services d'autre part;
5. les autres informations exigées par la loi.

Art. 961a

B. Tableau de financement

¹ Le tableau de financement présente séparément les flux de trésorerie liés aux activités d'exploitation, d'investissement et de financement.

² L'entreprise n'est pas tenue de dresser un tableau de financement dans ses comptes individuels si elle présente des comptes consolidés.

Art. 961b

C. Rapport annuel

¹ Le rapport annuel expose la marche des affaires et la situation économique de l'entreprise, voire de son groupe de sociétés, à la fin de l'exercice en soulignant les aspects que les comptes annuels ne révèlent pas.

² Il renseigne en particulier sur:

1. l'état des commandes et des mandats;
2. les activités de recherche et développement;
3. la situation et l'évolution des principaux secteurs de l'entreprise;
4. les événements extraordinaires;
5. les perspectives de l'entreprise.

³ Le rapport annuel ne doit pas être en contradiction avec l'appréciation de la fortune, de la situation financière et des résultats qui ressort des comptes annuels.

Chapitre IV: États financiers établis selon un référentiel comptable

Art. 962

A. En général

¹ En plus des comptes annuels établis conformément au code des obligations, les entreprises suivantes dressent des états financiers conformes à un référentiel comptable:

1. les sociétés ouvertes au public, si la bourse l'exige;
2. les coopératives qui comptent au moins 2000 associés;
3. les associations et les fondations que la loi soumet au contrôle ordinaire.

² Peuvent en outre exiger l'établissement d'états financiers conformes à un référentiel comptable:

1. les associés qui représentent au moins 10 % du capital social;
2. 10 % des associés de la société coopérative ou 20 % des membres de l'association;
3. les associés ou les membres qui répondent personnellement des obligations de l'entreprise ou sont soumis à une obligation de faire des versements supplémentaires.

³ Cette obligation s'éteint lorsque des comptes consolidés doivent être établis en vertu de la présente loi.

⁴ Les états financiers établis selon un référentiel comptable ne sont pas déterminants pour le calcul de l'impôt par les autorités compétentes.

Principe de la double comptabilité

Du moment qu'une société établit ses états financiers conformément à un référentiel comptable reconnu par le conseil fédéral, pourquoi doit-elle également établir des comptes annuels conformément au code des obligations ? L'approche fondamentale n'est-elle pas ici erronée ? Est-il opportun de perpétuer/renforcer un système dans lequel une société peut/doit disposer, parallèlement, de plusieurs "sets of accounts": (i) "statutaires" (CO), (ii) ceux établis sur la base d'un "référentiel comptable" (mais le CO n'en est-il pas précisément un ?); ceux fiscaux (que fait-on du principe de la "déterminance" (*Massgeblichkeitsprinzip*)); (iv) ceux de groupe (consolidés);

Champ d'application de l'obligation d'établir des comptes selon référentiel

Cette obligation devrait viser toutes les sociétés que la loi soumet au contrôle ordinaire (art. 727 al. 1 CO) afin d'éviter la création de groupes (et sous-groupes) de sociétés avec des obligations différentes

Art. 962a

B. Référentiels comptables

¹ Le Conseil fédéral désigne les référentiels comptables qui peuvent être utilisés et définit les critères applicables lors du choix d'un référentiel.

² Le référentiel choisi est appliqué dans son intégralité et pour l'ensemble des comptes annuels. Le respect des normes est attesté par un expert-réviseur agréé.

³ Les états financiers conformes à un référentiel comptable sont désignés comme tels. Ils sont soumis à l'organe supérieur de direction ou d'administration de l'entreprise dans le cadre de l'approbation du rapport de gestion mais ne nécessitent aucune approbation.

Chapitre V : Comptes consolidés

Art. 963

A. Obligation

¹ Toute personne morale tenue d'établir des comptes et qui contrôle d'autres entreprises doit inclure des comptes annuels consolidés dans son rapport de gestion.

² Une personne morale est réputée contrôler d'autres entreprises :

1. si elle dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême ;

L'intention est-elle de renoncer à la notion de direction unique au profit de la seule possibilité d'exercer une influence ?

<p>2. si elle dispose directement ou indirectement du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ; ou</p> <p>3. si elle exerce une influence dominante en vertu des statuts, de l'acte de fondation, d'un contrat ou d'autres instruments analogues.</p>	
<p>Art. 963a B. Sous-groupes ¹ Lorsqu'une personne morale appartient à un groupe dont les comptes consolidés sont établis et contrôlés conformément aux dispositions du droit suisse ou à des dispositions équivalentes du droit étranger, des comptes consolidés ne doivent être dressés pour le sous-groupe que si des associés qui représentent ensemble au moins 10 % du capital l'exigent. ² Si le sous-groupe n'établit pas de comptes consolidés, les dispositions relatives à la publication des comptes annuels s'appliquent aux comptes consolidés du groupe.</p>	
<p>Art. 963b C. Périmètre de consolidation ¹ Les comptes consolidés incluent les entreprises contrôlées. Ne doivent pas être intégrées:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. les entreprises qui ne seront vraisemblablement pas contrôlée au-delà de deux ans; 2. les entreprises dont les activités sont soumises à des restrictions considérables et de longue durée et dont la capacité de transfert de ressources vers l'entreprise qui la contrôle se trouve fortement réduite de ce fait. <p>² Les informations suivantes concernant les entreprises contrôlées qui ne sont pas intégrées dans les comptes consolidés sont fournies dans l'annexe:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. la raison de commerce ou le nom, et le siège; 2. la nature du contrôle et, le cas échéant, son ampleur. 	
<p>Art. 963c D. Référentiels comptables L'établissement de comptes consolidés conformes à un référentiel comptable est régi par les dispositions de l'art. 962a.</p>	

Variante

Art. 652i

II. Augmentation autorisée

1. Autorisation

¹ L'assemblée générale peut adopter une disposition statutaire par laquelle elle autorise le conseil d'administration à augmenter le capital-actions dans un délai n'excédant pas cinq ans. Ce délai court à compter de la date à laquelle la décision a été prise par l'assemblée générale. Sous réserve d'autres prescriptions légales, les dispositions relatives à l'augmentation ordinaire du capital s'appliquent.

² Le capital autorisé ne peut être supérieur à la moitié du capital-actions existant avant l'augmentation.

³ Les statuts indiquent de quel montant le conseil d'administration peut augmenter le capital-actions. Ils contiennent en outre les indications exigées en cas d'augmentation ordinaire du capital-actions, à l'exception de celles qui concernent le prix d'émission et l'époque à compter de laquelle les actions nouvelles donneront droit à des dividendes.

⁴ Les statuts peuvent stipuler de justes motifs pour lesquels le conseil d'administration peut limiter ou supprimer le droit de souscription préférentiel.

⁵ Le conseil d'administration requiert l'inscription de la décision de l'assemblée générale au registre du commerce dans les 30 jours; passé ce délai, la décision est caduque.

Art. 652j

2. Décision d'augmentation

Dans les limites de l'autorisation, le conseil d'administration peut procéder à des augmentations du capital-actions. Il édicte les dispositions nécessaires et décide de la nature des apports et des reprises de biens, sous réserve d'autres dispositions statutaires.

Art. 652k

3. Modification des statuts

¹ Après chaque augmentation du capital-actions, le conseil d'administration procède aux modifications requises des statuts et réduit le montant du capital autorisé d'autant.

² Le conseil d'administration requiert l'inscription de la modification des statuts et de ses constatations au registre du commerce dans les 30 jours à compter de la décision.

³ A l'expiration du délai fixé pour l'augmentation autorisée du capital-actions, le conseil d'administration supprime les dispositions statutaires relatives à l'augmentation autorisée du capital-actions. La forme authentique n'est pas requise.

Art. 653s**B. Réduction autorisée du capital-actions****1. Autorisation**

¹ L'assemblée générale peut adopter une disposition statutaire par laquelle elle autorise le conseil d'administration à réduire le capital-actions dans un délai n'excédant pas cinq ans. Ce délai court à compter de la date à laquelle la décision a été prise par l'assemblée générale. Sous réserve d'autres prescriptions légales, les dispositions relatives à la réduction ordinaire du capital s'appliquent.

² Le capital autorisé ne peut être inférieur à la moitié du capital-actions existant avant la réduction.

³ Les statuts indiquent de quel montant le conseil d'administration peut réduire le capital-actions.

⁴ Le conseil d'administration requiert l'inscription de la décision de l'assemblée générale au registre du commerce dans les 30 jours; passé ce délai, la décision est caduque.

Art. 653t**2. Décision de réduction**

Dans les limites de l'autorisation, le conseil d'administration peut procéder à des réductions du capital-actions. Il édicte les dispositions nécessaires et décide des modalités de la réduction et de l'affectation des fonds propres devenus disponibles suite à la réduction du capital.

Art. 653u**3. Modification des statuts**

¹ Après chaque réduction du capital-actions, le conseil d'administration procède aux modifications nécessaires des statuts.

² La décision du conseil d'administration relative à la réduction du capital-actions revêt la forme authentique.

³ Le conseil d'administration requiert l'inscription de la modification des statuts au registre du commerce dans les 30 jours à compter de la décision.

⁴ A l'expiration du délai fixé pour la réduction autorisée du capital-actions, le conseil d'administration supprime les dispositions statutaires relatives à la réduction autorisée du capital-actions. La forme authentique n'est pas requise.

Vernehmlassungsantwort zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Institut für KMU- und Wirtschaftsrecht der Universität Luzern

1	Vernehmlassungsantwort aus Sicht der KMU	1
1.1	Ausgangslage (gemäss Medienmitteilungen, EJPD, 05.12.2005)	1
1.2	Vernehmlassungsantwort des Instituts für KMU- und Wirtschaftsrecht.....	3
2	Charakteristika der KMU	4
2.1	Heterogenität	4
2.2	Konzentrierte Strukturen	4
2.3	Ausschluss der persönlichen Haftung	4
3	Corporate Governance.....	5
3.1	Corporate Governance aus Sicht der KMU	5
3.2	Aktionärsrechte mit und ohne opting-out Möglichkeit für KMU	6
3.3	Fazit.....	7
4	Neuregelung der Kapitalstrukturen.....	7
4.1	Interessen der KMU	7
4.2	Würdigung der Neuregelungsvorschläge	7
5	Neuregelung der Generalversammlung.....	8
6	Neuregelung der Rechnungslegung.....	8
6.1	Ausgangslage	8
6.2	Würdigung	9
6.3	Fazit.....	10
7	Schlussfazit.....	10

1 Vernehmlassungsantwort aus Sicht der KMU

1.1 Ausgangslage

Das Unternehmensrecht soll umfassend modernisiert und den wirtschaftlichen Bedürfnissen angepasst werden. Insbesondere sollen die Corporate Governance ver-

bessert, die Kapitalstrukturen und das Rechnungslegungsrecht neu geregelt sowie die Regeln über die Generalversammlung aktualisiert werden. Der Bundesrat hat zu diesem Zweck am Freitag die Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts eröffnet.

Die Corporate Governance bezweckt ein Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Organen der Gesellschaft, eine ausreichende Transparenz der gesellschaftsinternen Vorgänge und die Sicherung der Rechtsstellung der Aktionäre. Der Vorentwurf stärkt namentlich die Stellung der Aktionäre als Eigentümer des Unternehmens. Deren Informationsrechte werden klarer geregelt und in privaten Aktiengesellschaften wird ein Recht auf Auskunft über der Höhe der Vergütungen des obersten Managements geschaffen.

Ferner werden die Schwellenwerte für die Ausübung verschiedener Aktionärsrechte gesenkt, so bei der Sonderuntersuchung, beim Einberufungs- und beim Traktandierungsrecht. Die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen wird verbessert. Zudem werden das Depotstimmrecht der Banken und die Vertretung an der Generalversammlung durch Gesellschaftsorgane abgeschafft; neu gibt es nur noch die Stimmrechtsvertretung durch eine unabhängige Person.

Flexiblere Kapitalstruktur

Ein zweiter Bereich der Revision betrifft die Regelung der Kapitalstrukturen, welche die neuen Bedürfnisse berücksichtigt. Das Verfahren zur Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals wird flexibilisiert. Mittels eines so genannten Kapitalbands kann die Generalversammlung den Verwaltungsrat ermächtigen, das Aktienkapital innerhalb einer bestimmten Bandbreite beliebig herauf- und herabzusetzen.

Weiter wird auf den bisherigen Mindestnennwert verzichtet; das heisst der Nennwert kann beliebig Null angenähert werden. Die Inhaberaktie hat in den letzten Jahren kontinuierlich an Bedeutung verloren. Sie soll deshalb - auch mit Blick auf die internationalen Entwicklungen in diesem Bereich - abgeschafft werden. Die Ausgabe von Inhaberpartizipationsscheinen bleibt demgegenüber möglich. Zudem entfällt die

bisherige Beschränkung des Partizipationskapitals auf das Doppelte des Aktienkapitals.

Ein weiterer Bereich der Revision betrifft die Vorschriften über die Durchführung der Generalversammlung. Den Unternehmen wird die Möglichkeit eröffnet, bei der Vorbereitung und der Durchführung der Generalversammlung elektronische Mittel zu nutzen. Die Vorlage regelt zudem die Durchführung der Generalversammlung an mehreren Tagungsorten und im Ausland.

Rechnungslegungsrecht

Der Vorentwurf sieht weiter vor, das stark veraltete Rechnungslegungsrecht umfassend zu revidieren. Er schafft eine einheitliche Ordnung für alle Unternehmensformen. Die Anforderungen werden nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens differenziert. Die Neuregelung erfolgt steuerneutral und hält daher am sog. Massgeblichkeitsprinzip fest. Unter gewissen Voraussetzungen muss die Gesellschaft einen zusätzlichen Abschluss nach einem anerkannten Regelwerk erstellen. Damit wird die Transparenz zum Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen massgeblich verbessert.

1.2 Vernehmlassungsantwort des Instituts für KMU- und Wirtschaftsrecht

Das Institut für KMU- und Wirtschaftsrecht der Universität Luzern möchte sich zum Revisionsvorhaben im Aktien- und Rechnungslegungsrecht aus der Sicht der KMU (kleine und mittlere Unternehmen) vernehmen lassen. Im Folgenden werden nur die für KMU besonders relevanten Revisionsaspekte kommentiert.

2 Charakteristika der KMU

2.1 Heterogenität

Definitionsunabhängig werden schweizweit über 99% aller Unternehmen als KMU bezeichnet. Diese riesige Anzahl von Unternehmen zeichnet sich durch eine ausgeprägte Typenvielfalt aus. Vom Einmann-Verlomechaniker bis zum stattlichen Pharmabetrieb mit 200 Mitarbeitenden fallen die meisten Unternehmen unter die herkömmlichen KMU-Definitionen. Dieser Heterogenität ist aus Sicht der KMU in der Rechtsetzung angemessen Rechnung zu tragen.

2.2 Konzentrierte Strukturen

KMU konzentrieren ihre Ressourcen typischerweise auf ihr Tätigkeitsfeld im Markt. In vielen Fällen beruhen KMU auf einer Experten-dominierten Unternehmensstruktur: So führen zum Beispiel sieben Informatiker einen Webdesignbetrieb. Solche Unternehmer sind oft nicht besonders rechtskundig und können sich aufgrund der geringen Unternehmensgrösse und -kapitalisierung keinen Rechtsdienst leisten. Komplexe Rechtsinstitute und häufige Änderungen des geltenden Rechts sind für sie kaum nachvollzieh- und umsetzbar.

2.3 Ausschluss der persönlichen Haftung

Viele KMU, die nicht den Kleinstbetrieben zuzurechnen sind, bedienen sich heute, wie praktisch alle Publikumsgesellschaften in der Schweiz, der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, und zwar noch immer sehr häufig der Aktiengesellschaft (AG), auch wenn die Anzahl GmbH überproportional zunimmt. Beide Rechtsformen dienen in KMU-Verhältnissen hauptsächlich dazu, ein Geschäfts-Sondervermögen zu schaffen und die persönliche Haftung der Teilhaber auszuschliessen. Dies im Gegensatz zu den Publikumsgesellschaften, bei denen die Rechtsform AG dazu dient, Kapital zu sammeln, um Betriebskapital zu schaffen.

Dieser funktionalen Eigenheit der AG in KMU Verhältnissen muss in zweifacher Hinsicht Beachtung geschenkt werden: Zum einen muss der wirtschaftlichen Realität durch geeignete Regelungen Rechnung getragen werden. Zum anderen ist im Lichte dieser Kapitalrückbehaltungsfunktion der AG der Schutz von Minderheitsaktionären besonders streng zu beachten. Andernfalls verbleibt einem Minderheitsaktionär im schlechtesten Fall lediglich das nackte Papier, in dem seine Rechte verbrieft sind.

3 Corporate Governance

3.1 Corporate Governance aus Sicht der KMU

Die breit angelegte Stärkung der Corporate Governance im Aktienrecht ist aus Sicht der KMU zweischneidig.

Corporate Governance erhöht in aller Regel den Verwaltungsaufwand eines Unternehmens. Wenn Aktionäre beispielsweise von ihrer Gesellschaft mehr und öfter Auskunft verlangen dürfen, müssen der Verwaltungsrat oder die Geschäftsführung diese Auskünfte beschaffen, was zu Aufwand führt. Dasselbe gilt für die effizientere Klage auf Rückerstattung und die erleichterte Sonderuntersuchung. Beide Institute sind geeignet, die Gesellschaft mit teuren Verwaltungshandlungen zu belasten. Vor allem kleine und kleinere mittelgrosse Unternehmen wirtschaften oft hart an der Grenze der Rentabilität. Jeder zusätzliche Verwaltungsaufwand bringt aus dieser Perspektive vermeidbare Kosten mit sich und ist daher abzulehnen.

Wichtig ist die Corporate Governance indessen für Minderheitsaktionäre. Diese sehen sich durch Mehrheitsaktionäre, die gleichzeitig den Verwaltungsrat (VR) und das oberste Management stellen, insbesondere in KMU Verhältnissen oft vollständig bevormundet. Die Verbesserung ihrer Rechtsposition in der AG ist notwendig.

Um diesen Interessen möglichst Rechnung zu tragen, sollte unseres Erachtens für die meisten Corporate Governance Rechte eine statutarische *opting-out* Möglichkeit für KMU eingeführt werden. Dies erscheint umso angemessener, als die Corporate Governance als Antwort auf die Principal/Agent Problematik der Publikumsgesellschaften und nicht auf KMU zugeschnitten ist. Einzelne wenige griffige Aktionärsrechte sollten zum Schutz der Minderheitsaktionäre jedoch zwingend ausgestaltet werden, was im Folgenden näher erläutert werden soll.

3.2 Aktionärsrechte mit und ohne *opting-out* Möglichkeit für KMU

Die meisten Vorschriften im Vernehmlassungsentwurf, mit denen die Corporate Governance verbessert werden soll, sind für Minderheitsaktionäre bei KMU nicht sinnvoll einsetzbar. Wichtig und griffig sind in diesem Zusammenhang nur (i) die erleichterte Sonderuntersuchung, die zur Feststellung von Unregelmässigkeiten dient, (ii) die effizientere Klage auf Rückerstattung und (iii) die erleichterte Klage auf Auflösung. Diese drei Instrumente verschaffen dem Minderheitsaktionär eine gestärkte Stellung gegenüber den Mehrheitsaktionären und sind geeignet, Missbräuche zu vermeiden. Diese erleichterten Aktionärsrechte sollten daher für alle AG zwingend ausgestaltet werden.

Alle weiteren Versuche, die Aktionärsrechte zu stärken (vgl. oben, Ziffer 1.1), sind auf Publikumsgesellschaften mit breit gefächertem Aktionariat angelegt und müssten von KMU auf dem Wege der Statutenänderung weg bedungen werden können. Andernfalls würde der potentielle Verwaltungsaufwand von bescheideneren KMU zu gross und deren wirtschaftliche Existenz wäre gefährdet. Um die Bedeutung einer solchen *opting-out* Lösung zu unterstreichen, sollte ein besonderes Quorum verlangt werden, um die entsprechende Statutenänderung durchzuführen. Die *opting-out* Option kann folgerichtig mit gleichem Quorum ausgeschlossen, bzw. wieder eingeführt werden.

3.3 Fazit

- Das Institut für KMU- und Wirtschaftsrecht begrüsst grundsätzlich die Verbesserung der Corporate Governance, wie sie der Revisionsentwurf anstrebt.
- Wo auf Publikumsgesellschaften zugeschnittene zusätzliche Aktionärsrechte einen potentiellen Verwaltungsmehraufwand mit sich bringen, soll für KMU eine statutarische opting-out Möglichkeit eingeführt werden.
- Rechte, die für die angemessene Berücksichtigung von Minderheitsaktionären unabdingbar sind, müssen zwingend ausgestaltet werden. Dies betrifft (i) die erleichterte Sonderuntersuchung, (ii) die effizientere Klage auf Rückerstattung und (iii) die erleichterte Klage auf Auflösung der Gesellschaft.

4 Neuregelung der Kapitalstrukturen

4.1 Interessen der KMU

Bei der Problematik der neu geregelten Kapitalstrukturen sind keine homogenen Interessen aller KMU ersichtlich. Verschiedene KMU-Aktiengesellschaften verändern regelmässig ihre Kapitalbasis, bei anderen bleibt die Grundkapitalisierung über Jahrzehnte unverändert. Da KMU kaum über eigene Juristen verfügen (vgl. oben, Ziffer 2.2), richtet sich ihr Interesse grundsätzlich auf Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.

4.2 Würdigung der Neuregelungsvorschläge

- Im Bereich der Kapitalveränderungsverfahren ist aus Sicht der KMU keine einheitliche Stellungnahme möglich. Manchen Unternehmen wird die angestrebte Flexibilisierung zugute kommen. Andere werden Verwaltungsaufwand betreiben müssen, um die veränderte Rechtslage in den Griff zu bekommen, ohne dass sie konkret davon profitieren.
- Die Abschaffung der Inhaberaktie ist eine Vereinfachung, die den meisten KMU entgegenkommt und sich kaum negativ auswirken wird. Da in KMU-

Verhältnissen in aller Regel die Persönlichkeit der Aktionäre und nicht ihre Anonymität entscheidend ist, bedienen sich die meisten KMU bereits heute einzig der Namenaktie.

- Diese aus KMU-Sicht erwünschte Vereinfachung des Rechts könnte aus der Sicht der KMU auch auf das Partizipationskapital erstreckt werden.

5 Neuregelung der Generalversammlung

KMU kalkulieren oft hart an der Grenze zur Rentabilität und sind daher an Lösungen interessiert, die den Verwaltungsaufwand minimieren (vgl. oben, Ziffer 3.1). Die Möglichkeiten der modernen Technik und insbesondere jene des Internet müssen eingesetzt werden können, wenn dadurch überflüssiger Aufwand vermieden werden kann.

Die Verwendung elektronischer Mittel zur Einberufung, Vollmachterteilung und Durchführung der Generalversammlung ist flexibel und kostengünstig und trägt damit den Interessen der KMU Rechnung. Die Missbrauchsgefahr ist in den meisten KMU sehr gering.

Die Neuregelungsvorschläge betreffend GV sind daher aus KMU-Sicht allesamt zu begrüßen.

6 Neuregelung der Rechnungslegung

6.1 Ausgangslage

Die Rechnungslegung ist für viele KMU (vor allem in bescheidenen Verhältnissen) eine nicht zu unterschätzende Bürde. Selten werden die Bücher bei KMU von Profis geführt (vgl. oben, Ziffer 2.2). Das KMU-Management hat seine Buchführungskenntnisse vielmehr oft im Rahmen der kaufmännischen Grundausbildungen erworben und kann die Anforderungen an die Rechnungslegung nach geltendem Recht aufgrund seiner Berufserfahrung erfüllen. Eine Umstellung auf IFRS- oder US-

GAAP-konforme Regeln würde dieses Know-how in den allermeisten Fällen übersteigen. Dies hätte wiederum nicht zu unterschätzende finanzielle Konsequenzen, da geeignete Fachleute eingestellt oder beauftragt und entsprechend bezahlt werden müssten.

Andererseits würden die vorgeschlagenen Änderungen einen grossen Schritt in die Richtung der *true and fair view* gehen, was vor allem den gefährdeten Minderheitsaktionären zugute kommen würde. Diese könnten die Verhältnisse des Unternehmens leichter erfassen und ihre Rechte dadurch angemessen ausüben (vgl. auch oben, Ziffer 3.1).

Dennoch: Nachdem das bereits in Kraft gesetzte Revisionsrecht den innerbetrieblichen und den Revisionsaufwand mittelgrosser KMU massiv vergrössert hat, wird dieser durch die in Aussicht genommenen perfektionierten Rechnungslegungsstandards nochmals höher und gefährdet die Wettbewerbsfähigkeit nicht nur der kleinen Betriebe, sondern auch der der KMU mittlerer Grösse. Auch in diesem Bereich ist deshalb zu empfehlen, die Abstufung für KMU, wie sie im Fusionsgesetz gemacht wird, ins Gesetz zu übernehmen.

6.2 Würdigung

Der Vorentwurf trägt dem geschilderten Interessensgegensatz Rechnung, indem gewisse kleinere KMU von der ordentlichen Revision und deren Anforderungen befreit werden. Kleinst-KMU sollen allein wegen strengen Buchführungsvorschriften keine übermässigen Kosten eingehen müssen, aber KMU am oberen Ende der Skala sollen an die Standards des globalisierten Handels herangeführt werden können. Dies wird im Vorentwurf angemessen umgesetzt.

Etwas verwirrend erscheint hingegen der Umstand, dass KMU für die Zwecke der Rechnungslegung anders definiert werden sollen als in anderen Rechtserlassen; insbesondere Art. 2 FusG:

- Im FusG gilt als KMU, wer zwei von den folgenden drei Grössen nicht überschreitet: (i) Bilanzsumme von höchstens CHF 20 Mio.; (ii) Umsatzerlös von höchstens CHF 40 Mio.; (iii) höchstens 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.
- Im Vorentwurf gilt für die vereinfachte Rechnungslegung als KMU, wer zwei von den folgenden drei Grössen nicht überschreitet: (i) Bilanzsumme von höchstens CHF 10 Mio.; (ii) Umsatzerlös von höchstens CHF 20 Mio.; (iii) höchstens 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

Für rechtliche Laien, wie sie in KMU oft anzutreffen sind, wird nur schwer verständlich sein, weshalb sie unter Umständen bei der Nachfolgeregelung im Bereich des FusG Erleichterungen geniessen und bei der Rechnungslegung nicht. Immerhin sind potentiell betroffene Unternehmen nicht im Bereich der Kleinst-KMU, weshalb ihnen diese Differenzierung zumutbar erscheint.

6.3 Fazit

Die vorgeschlagene Neuregelung der Rechnungslegung dürfte für KMU ohne eigene Rechtsabteilung zwar die Gefahr von Verständnisschwierigkeiten mit sich bringen, erscheint jedoch aufgrund der vorgesehenen Flexibilität und der zugrunde liegenden Notwendigkeit auch aus Sicht der KMU als annehmbar.

7 Schlussfazit

- Im Bereich der **Corporate Governance** geht der Vorentwurf in eine wünschenswerte Richtung. Er trägt jedoch dem **Verwaltungsaufwand**, den die

geplanten Verschärfungen mit sich bringen können, für KMU nicht genügend Rechnung. Insbesondere kleineren Unternehmen aus der Gruppe der KMU müsste eine **flexible opting-out Möglichkeit** für kostspielige Corporate Governance Massnahmen offen stehen.

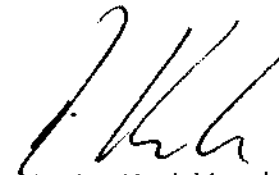
- Die Revision der **Kapitalveränderungsvorschriften** ist aus KMU Sicht zu befürworten, soweit sie eine Vereinfachung des Rechts mit sich bringt. Dies gilt insbesondere für die Abschaffung der **Inhaberaktie**. In diesem Sinne dürfte es sich empfehlen, das **Partizipationskapital** ebenfalls abzuschaffen, anstatt es künstlich zu reanimieren.
- Die Neuregelung der **Generalversammlung** ist aus KMU-Sicht ebenfalls zu begrüßen. Der Einsatz moderner technischer Einrichtungen bringt wesentliche administrative **Erleichterungen** zum Preis eines sehr geringen Missbrauchspotentials.
- Die Umstellung der **Rechnungslegung** kann vor allem kleinere Unternehmen aus der Gruppe der KMU hart treffen. Es ist daher unbedingt notwendig, die im Vorentwurf enthaltene **Differenzierung** nach der Grösse der Unternehmen **beizubehalten**. Auf diese Weise können kleine Unternehmen vor immensen Rechnungslegungskosten bewahrt werden.

Luzern, 30. Mai 2006

Institut für KMU- und Wirtschaftsrecht



Prof. Dr. Daniel Girsberger
LL.M., Rechtsanwalt
Ordinarius, Vorsitzender der Institutsleitung



Béatrice Keck Vogel
Fürsprecherin, MBA
Geschäftsführerin



**Lehrstuhl für Privat-
und Wirtschaftsrecht**

Rämistrasse 74 / 3
CH-8001 Zürich
Tel. +41 1 634 48 71
Fax +41 1 634 43 97
lst.vondercrone@rwi.unizh.ch
www.rwi.unizh.ch/vdc

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone
Ordinarius

REVISION DES AKTIENRECHTS: SANIERUNG

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone^{*}/lic. iur. Loïc Pfister^{**}/lic. iur. Eric Sibbern^{***}

Index

I.	AUSGANGSLAGE	2
A.	RECHTSPOLITISCHE ZIELSETZUNG.....	2
B.	FRÜHERKENNUNG.....	4
II.	RECHTSVERGLEICHUNG	5
A.	DEUTSCHLAND.....	5
B.	ÖSTERREICH.....	6
C.	FRANKREICH	6
D.	ITALIEN.....	8
E.	WEITERE RECHTSORDNUNGEN.....	8
III.	AKTUELLE RECHTSLAGE.....	9
IV.	AKTUELLER VORENTWURF.....	11
V.	REVISIONSVORSCHLAG.....	12
A.	FRÜHWARNSYSTEM	12
B.	STUNDUNG.....	15
C.	FINANZIERUNG	18
D.	PUBLIZITÄT	21
E.	SELBSTVERWALTUNG UND SANIERUNGSBEISTAND	24
F.	VORVERHANDELTEN PLAN	25
VI.	SCHLUSSBETRACHTUNG	30

* HANS CASPAR VON DER CRONE ist Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

** Loïc Pfister ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich.

*** Eric Sibbern ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich.



I. AUSGANGSLAGE

Der vorliegende Gesetzesentwurf und das begleitende Exposé sind Teile des vom Schweizerischen Nationalfonds unterstützten Projekts «Corporate Governance in der Sanierung» (Projekt Nummer Nr. 100011-104138) unter Leitung von Prof. Hans Caspar von der Crone und Mitarbeit von lic. iur. Bettina Kopta-Stutz, lic. iur. Loïc Pfister und lic. iur. Eric Sibbern.

A. Rechtspolitische Zielsetzung

Im Rahmen des wissenschaftlichen Diskurses zum Thema Unternehmensinsolvenz¹ ist es *opinio communis*, dass man sich vom veralteten Bild des einzig auf Bestrafung des gescheiterten Unternehmers ausgerichteten rechtlichen Instrumentariums trennen muss.²

Zu dieser Einsicht führt die Erkenntnis, dass eine gewisse unternehmerische Risikobereitschaft unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren einer auf Wettbewerb und Wachstum ausgerichteten Volkswirtschaft ist. Dem Risikobegriff immanent ist jedoch neben der Möglichkeit der Gewinnmaximierung auch die Gefahr des Verlusts und des ökonomischen Scheiterns.³

Im Sinne einer positiven Entwicklung des Wirtschaftsstandorts Schweiz ist es demnach erforderlich ein rechtliches Umfeld zu schaffen, welches einen zeitgemässen Umgang mit der unternehmerischen Tätigkeit und seinen möglichen Auswirkungen gewährleistet. Vor allem muss die gesellschaftliche Stigmatisierung des wirtschaftlichen Misslingens aufgehoben werden. Dabei geht es jedoch nicht um die Vermeidung des Konkurses um jeden Preis, sondern um die Herstel-

¹ Finanztechnisch versteht man unter Insolvenz die Unfähigkeit, fälligen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen (Zahlungsunfähigkeit). Davon ist die Überschuldung abzugrenzen, welche gegeben ist, wenn die Aktiven geringer sind als das Fremdkapital. Vgl. MAX BOEMLE et al., Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 1131. Demgegenüber wird der Begriff Insolvenzrecht heute allgemein für Normen betreffend krisenbetroffener Unternehmen benützt.

² Diese veraltete Sichtweise ist noch erkennbar in der etymologischen Bedeutung des Begriffes *Banca-rotta* (*bankrott*). Dadurch wurde bei den Römern der Vorgang beschrieben, bei welchem dem zahlungsunfähigen Geldhändler der Geschäftstisch als öffentliches Zeichen der Infamie und als konkrete Verhinderung der Weiterführung des Geschäfts zerschlagen wurde, KAREN GROSS, Failure and Forgiveness, New Haven/London 1997, S. 91 m.w.H.

³ HANS CASPAR VON DER CRONE, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006), S. 2 ff., S. 6; eingehend zum Risiko vgl. RICHARD A. BREALEY/STEWART C. MYERS, Principles of Corporate Finance, 7. Aufl., Boston 2003, S. 152 ff.; PAUL A. SAMUELSON/WILLIAM D. NORDHAUS, Economics, 18. Aufl., New York 2005, S. 521.



lung eines Gleichgewichts zwischen Liquidation und Reorganisation im Hinblick auf die bestmögliche Wahrung der Interessen aller Beteiligten.⁴

In einer auf effiziente Ressourcenallokation ausgerichteten freien Marktwirtschaft kommt dem wirtschaftlichen Wettbewerb die Funktion zu, wettbewerbsunfähige Marktteilnehmer in der Wirtschaft zu vermeiden. Aus ökonomischen Gesichtspunkten stellt sich jedoch die Frage, welches gesetzliche Abwicklungsverfahren diese Aufgabe am kostengünstigsten erfüllen kann. Soll das Unternehmen als Ganzes reorganisiert werden oder ist es sinnvoller, die vorhandenen Ressourcen durch ein liquidatorisches Verfahren grundsätzlich anders zu allozieren?

Theoretisch lässt sich die Frage einfach beantworten: Eine Liquidation ist dann sinnvoll, wenn die im Unternehmen gebundenen Ressourcen ausserhalb des Unternehmens einen höheren Gesamtertrag als im Unternehmen erwirtschaften können.⁵ Praktisch ist jedoch auf Grund der heterogenen Ausgangslage keine allgemeingültige Lösung möglich.

Der ökonomische Grundsatz, dass ein Unternehmen als Ganzes in der Regel einen grösseren Wert aufweist als die Summe seiner einzelnen Teile, rechtfertigt jedoch sicher die Möglichkeit einer Reorganisation. Diese Erkenntnis wird durch die Tatsache untermauert, dass das liquidatorische Verfahren ein sehr teures Schuldtilgungsverfahren darstellt und sich durch überproportionale Transaktionskosten auszeichnet. Diese negativen Effekte fallen durch die Entwicklung der modernen Wirtschaft hin zur Dienstleistungsgesellschaft noch stärker ins Gewicht. Die zunehmende Bedeutung von schwer verwertbaren Elementen wie technisches Know-how, Goodwill und transaktionsspezifische Investitionen⁶ allgemein, macht eine Ertragsmaximierung durch Liquidation noch unwahrscheinlicher.⁷

⁴ HANS CASPAR VON DER CRONE/BETTINA KOPTA-STUTZ/LOÏC PFISTER, Some Basic Theses Concerning Modern Swiss Reorganization Law, ST 12/2005 1028 ff.

⁵ HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2005, S. 596.

⁶ Vgl. dazu OLIVER E. WILLIAMSON, Corporate Governance, The Yale law Journal 1984, S. 1197 ff., S. 1202 ff.

⁷ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, 2004 (abrufbar unter http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), S. 28; SCHÄFER/OTT, Fn 5, S. 596. Der Verlust solcher firmenspezifischer Investitionen ist sowohl auf Seiten des Schuldners wie auch der Gläubiger relevant.



B. Früherkennung

Zentrale Aufgabe des Gesetzgebers ist es demnach einen Normenkomplex zu erstellen, welcher gewährleistet, dass die Möglichkeit der Reorganisation immer dann (aber eben auch nur dann) ausgeschöpft wird, wenn der Wert des Unternehmens als *going concern* grösser als sein Liquidationswert ist.

Dementsprechend kommt der Früherkennung von Krisensymptomen und einer entsprechenden Reaktion für das Erfolgspotential und der Effizienz einer Sanierung besondere Bedeutung zu.⁸ Eine frühzeitige Initiative zur Beseitigung von Fehlentwicklungen ermöglicht die Ausnützung von zeitlichen und ökonomischen Handlungsspielräumen, welche später nicht mehr bzw. nur noch zu ungünstigeren Konditionen gegeben sind. Zeitverlust bedingt hingegen hohe Opportunitätskosten, welche durch die ineffiziente Ausnützung des Anlagevermögens verursacht werden. Weitere Kosten können durch die unsachliche Finanzpolitik anfallen, welche zur Hinauszögerung der Krisenbekämpfung notwendig ist (Kapitalschnitte in Forschung und Entwicklung, Reputation usw.).

Idealiter soll also die Sanierung aus einer Position in die Wege geleitet werden, in der die Gesellschaft noch über finanziellen Spielraum verfügt und der künftige Geschäftsgang nicht durch eine defensive Stellung präjudiziert wird.

Ein modernes Rechtssystem muss demzufolge Rahmenbedingungen ausarbeiten, welche eine antizipierte Reorganisation überhaupt ermöglichen.⁹ Unter dem Gesichtspunkt der Steuerungsaufgabe des Gesetzes muss bei deren Ausgestaltung weiter beachtet werden, dass dem Unternehmen genügend (sowohl positive wie auch negative) Anreize geboten werden, der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeit Rechnung zu tragen und die Sanierung tatsächlich rechtzeitig einzuleiten.¹⁰

⁸ Statt vieler PAUL POVEL, *Optimal "Soft" or "Tough" Bankruptcy Procedures*, *The Journal of Law, Economics & Organization* 1999, S. 659 ff., S. 660.

⁹ Vgl. VON DER CRONE/KOPTA-STUTZ/PFISTER, Fn 4, S. 1029.

¹⁰ UNCITRAL, Fn 7, S. 13 und 53 f.; zur Bedeutung der Ausgestaltung des Sanierungsverfahrens für die Frühbekämpfung von Unternehmenskrisen vgl. POVEL, Fn 8, S. 659 ff. m.w.H.



II. RECHTSVERGLEICHUNG

Aus der Analyse ausländischer Insolvenzordnungen ergibt sich ein breites Spektrum an Lösungsansätzen zur Insolvenzproblematik. Gemeinsam ist den meisten Ländern mit einer liberalen Wirtschaftspolitik jedoch, dass sich der politische Wille hin zur Verwirklichung einer *Rescue Culture* in kürzlich erfolgten Reformarbeiten niedergeschlagen hat. Allgemeine Anerkennung hat denn auch die Notwendigkeit der Förderung einer Früheinleitung der Sanierungsmassnahmen gefunden. Im Folgenden soll kurz auf die Rechtsentwicklung unserer Nachbarländer eingegangen werden.

A. Deutschland

Die neue deutsche Insolvenzordnung (InsO) ist seit dem 1. Januar 1999 in Kraft. Sie löste die unserem Recht ähnliche Konkurs- und Vergleichsordnung ab und führte ein einheitliches kollektives Insolvenzverfahren ein (§ 1 InsO). Das Verfahren kann entweder zur Liquidation oder zur Sanierung eines Unternehmens führen. Nach wie vor ist das deutsche Insolvenzverfahren mit seiner weitgehenden Gläubigerautonomie ein Zwangsvollstreckungsverfahren, das auf die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger ausgerichtet ist.¹¹ Mit dem Institut des Insolvenzplanverfahrens (§ 217 ff. InsO) wird aber ein Instrument zur Verfügung gestellt, das eine Reorganisation ermöglicht (jedoch nicht erzwingt).¹² Von besonderer Bedeutung ist im vorliegenden Kontext die Möglichkeit des Schuldners, das Verfahren bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit einzuleiten (§ 18 Abs. 1 InsO). Weiter ist die auf Zulassung des Gerichts vorgesehene Eigenverwaltung hervorzuheben (§ 270 ff. InsO).¹³

¹¹ WILHELM UHLENBRUCK, Fünf Jahre Insolvenzordnung – Meilensteine in der Praxis, Beilage zu BB 2004, S. 1 ff., S. 2.

¹² HORST EIDENMÜLLER, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, Köln 1999, S. 49 ff.; MARK HINRICHS, Insolvenzbewältigung durch Optionen, Diss. Freiburg 2002, S. 71 ff.

¹³ Die Eigenverwaltung bildet jedoch die Ausnahme und nicht die Regel. Aufgrund der Notwendigkeit der richterlichen Zustimmung wird ihr nur beschränkte Bedeutung zugeschrieben, ARNE WITTIG, in: HANS-PETER KIRCHHOF/HANS-JÜRGEN LOWOWSKI/ROLF STÜRNER (Hrsg.), Münchner Kommentar Insolvenzordnung, München 2003, N 17 ff. Vorb. §§ 270 bis 285 InsO.



B. Österreich

Anders als in Deutschland hat der österreichische Gesetzgeber trotz den Reformanstrengungen der letzten Jahre am historisch gewachsenen Konzept der Zweiteilung in Konkurs und Vergleich festgehalten.¹⁴ Mit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz vom 1997 (IRÄG 1997), das am 1. Juli 1997 als Bundesgesetz über die Reorganisation von Unternehmen in Kraft getreten ist, wurde ein neues Sanierungsverfahren eingeführt (Unternehmensreorganisationsverfahren). Ziel war die Zurückdrängung der Unternehmensliquidationen durch frühzeitige Sanierung unter Einschaltung des Gerichts. Entsprechend steht das Verfahren Unternehmen offen, welche „*reorganisationsbedürftig*“ aber noch solvent sind (§ 1 Unternehmensreorganisationsgesetz (URG)). Es handelt sich um ein freiwilliges, nicht kollektives Verfahren. Angesichts dieser Freiwilligkeit hat man zu seiner Unterstützung einen Mechanismus von negativen und positiven Anreizen vorgesehen.¹⁵

Gleichzeitig versuchte man mit dem IRÄG das bestehende gerichtliche Ausgleichsverfahren attraktiver zu gestalten.¹⁶ Es handelt sich um ein eigenständiges Insolvenzverfahren, welches unter Gewährung einer Exekutionssperre (§ 7 Abs. 2 Ausgleichsordnung (AO)) einen Teilschulderlass durch Mehrheitsbeschluss zulässt. Hervorzuheben ist die neu geschaffene Möglichkeit der Verfahrenseinleitung schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 1 Abs. 1 AO) und die Zurückdrängung der Verfügungseinschränkungen des Schuldners (§ 3 Abs. 2 und § 8 Abs. 2 AO).¹⁷

C. Frankreich

Frankreich kennt seit dem 1. Januar 2006 ein neues Insolvenzrecht. Nach 1967 und 1985 stellt die *Loi de sauvegarde des entreprises* vom 26. Juli 2005 die dritte umfassende Insolvenzrechtsreform Frankreichs dar. Zentrale Merkmale der Revision sind die Förderung der Krisenantizipati-

¹⁴ MARKUS DELLINGER/PAUL OBERHAMMER, Insolvenzrecht, 2. Aufl., Wien 2004, N 25.

¹⁵ DELLINGER/OBERHAMMER, Fn 14, N 854 ff. Diese Anreize haben sich jedoch als zu wenig effektiv erwiesen, und das gesetzgeberische Experiment hat sich als weitgehend gescheitert entpuppt. Zum ganzen PAUL OBERHAMMER, Unternehmenssanierung als rechtspolitisches Gestaltungsanliegen. Gedanken zur Insolvenzrechtsreform, in: KLAUS HOFFMANN et al. (Hrsg.), FS OTTO OBERHAMMER, Wien 1999, S. 119 ff.

¹⁶ Vgl. dazu OBERHAMMER, Fn 15, S. 129 ff.

¹⁷ OBERHAMMER, Fn 15, S. 130 f.; HERBERT HOCHEGGER, Die Unternehmenssanierung im Spannungsfeld zwischen gesetzlicher Regelung und Eigeninitiative (-verantwortung), in: Europäische Anwaltsvereinigung DACH (Hrsg.), Unternehmenssanierung, Bd. 9, Köln/Zürich/Wien 1998, S. 73 ff., S. 85 f.



on („*s’attaquer aux racines du mal, sans en attendre les manifestations*“¹⁸) und der einvernehmlichen Verhandlung.¹⁹ Ziel des neu im 6. Buch des *Code de commerce* (C.com.) eingeführten Instrumentariums ist die Erhaltung des wirtschaftlich angeschlagenen Unternehmens und damit die Rettung von Arbeitsplätzen.²⁰

Als wesentliche Neuerung ist eine *procédure de conciliation* vorgesehen, die schon bei ersten Anzeichen rechtlicher, wirtschaftlicher oder finanzieller Schwierigkeiten²¹ eingeleitet werden kann. Es handelt sich um ein flexibles Instrumentarium zur Förderung aussergerichtlicher Sanierungen.

Schutz gewährt das Feststellungsurteil (*accord homologé*), welches die *conciliation* beendet.²² Die Durchsetzbarkeit der vom freiwilligen Plan betroffenen Zahlungsansprüche auf dem Klage- und Vollstreckungswege wird ausgesetzt. Die an der Vereinbarung beteiligten Gläubiger profitieren aber für die im Plan zugesprochenen Leistungen von einem Recht auf privilegierte Befriedigung (Art. L. 611-11 C.com.). Bis zum Feststellungsurteil kann der Schuldner beim Richter verlangen, eine allfällige Betreuung aufzuschieben oder zu staffeln (Art. L. 611-7 C.com. i.V.m. Art. 1244-1 ff. Code civil). Das Verfahren ist vertraulich (Art. L. 611-15 C.com.). Das Feststellungsurteil (aber nicht die Vereinbarung) wird hingegen bekannt gegeben (Art. L. 611-10 C.com.).

Aufgrund der Feststellung, dass es vor der Zahlungsunfähigkeit nötig ist, eine umfassende Stundung zu gewährleisten²³, ermöglicht Art. L. 620-1 C.com. die Eröffnung eines kollektiven Verfahrens (*procédure de sauvegarde*), wenn der Gläubiger „*justifie de difficultés, qu’il n’est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements*“.

¹⁸ Rapport MILLION, Ass. Nat., 1979-1989, N. 1106, S. 5.

¹⁹ Rapport d’information enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 11 février 2005 en conclusion des travaux d’une mission d’information constituée le 16 octobre 2002 sur la réforme du droit des sociétés - traitement des entreprises en difficulté (abrufbar unter : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-info/i2094.pdf>), S. 7.

²⁰ Vgl. CHRISTIAN KLEIN, Frankreichs neues Insolvenzrecht stärkt Konkursvorbeugung (publiziert auf der Internet-Seite der Bundesagentur für Außenwirtschaft), 23.11.2005; vgl. JEROME BONNARD, Droit des entreprises en difficulté, 2. Aufl., Paris 2003, S. 16 f.

²¹ Art. L. 611-4 C.com: „*une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible*“.

²² Art. L. 611-10 C.com: „*L’accord homologué suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice et toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d’obtenir le paiement des créances qui en font l’objet. (...)*“.



Sowohl bei der *procédure de conciliation* (L. 611-7 C.com. a contrario)²⁴ wie bei der *procédure de sauvegarde* (L. 622-1 I C.com.)²⁵ verwaltet der Schuldner sein Unternehmen weitgehend selbst.

D. Italien

Der italienische Gesetzgeber stellt dem sich in Zahlungsschwierigkeiten befindenden Schuldner und dessen Gläubigern verschiedene Verfahren zur Verfügung. Die durch das gesetzliche Dekret vom 14. März 2005 Nr. 35 eingeleitete Reformarbeit hat auch das Insolvenzrecht betroffen. Die mit dem Umwandlungsgesetz vom 14. Mai 2005 Nr. 80 in Kraft gesetzten Änderungen betreffen vor allem das Vergleichsverfahren (*concordato preventivo*, Art. 160 ff. legge fallimentare (LF)). Herausragendes Element der Neuerungen ist die Verbesserung der Sanierungschancen durch die Ermöglichung eines prophylaktischen Eingreifens. Das durch kontrollierte Selbstverwaltung (art. 167 LF) und automatische Exekutionssperre (art. 168 LF) gekennzeichnete kollektive Verfahren kann eingeleitet werden, sobald sich das Unternehmen in einer Krise befindet („*stato di crisi*“, art. 160 LF).²⁶

E. Weitere Rechtsordnungen

Eine abschliessende Abhandlung aller Rechtsordnungen der unter sozialen und wirtschaftlichen Aspekten mit der Schweiz vergleichbaren Länder würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen. Dennoch seien an dieser Stelle cursorisch einige weitere Beispiele von Rechtsordnungen genannt, welche zur Rettung von krisenbedrohten Unternehmen die frühzeitig greifenden Sanierungsverfahren kennen. *In primis* ist das allgemein bekannte Sanierungsverfahren nach Chapter 11 des U.S. Bankruptcy Code (in Kraft seit dem 1. Oktober 1979) zu nennen, welches

²³ Rapport d'information du 11 février 2005, Fn 19, S. 11.

²⁴ Während des ganzen Verfahrens zahlt der Schuldner sowieso weiter seine Schulden und dementsprechend sind die Gläubigerrechte nicht beeinträchtigt.

²⁵ REINHARD DAMMANN, Frankreich: Das neue Insolvenzrecht, RIW 1/2006, S. 16 ff, S. 19.

²⁶ Zum Ganzen UGO DE CRESCIENZO/LUCIANO PANZANI, Il nuovo diritto fallimentare, Milano 2005.



vom Schuldner unabhängig von seiner finanziellen Situation eingeleitet werden kann.²⁷ Das finanzielle Sanierungsverfahren (in Kraft seit dem 8. Februar 1993; am 1. September 2004 revidiert) kann gemäss § 6 Abs.1 unter anderem bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder auf Antrag des Schuldners und mindestens zweier Gläubiger, die ein Fünftel der Forderungen besitzen, eingeleitet werden. Spanien kennt ein einheitliches Insolvenzverfahren (in Kraft seit dem 1. September 2004), welches zur Förderung der Sanierung vom Schuldner schon ab drohender Zahlungsunfähigkeit eingeleitet werden kann (art. 2 Abs. 3 ley concursal). Das mehrmals revidierte englische Unternehmensinsolvenzrecht (insbesondere durch den Insolvency Act 2000 und den Enterprise Act 2002) sieht je nach Verfahrensziel und Rechtsnatur des Schuldners verschiedene eigenständige Verfahrensarten vor. Von Bedeutung ist für die Sanierung die *administration*, welche eingeleitet werden kann, sobald der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit als wahrscheinlich erscheint (s. 11 (a) Insolvency Act 1986) und das *company voluntary arrangement*, welches weder Zahlungsunfähigkeit noch Überschuldung voraussetzt²⁸.

III. AKTUELLE RECHTSLAGE

Das heute im schweizerischen Recht zur Verfügung stehende Instrumentarium, namentlich die Anzeigepflicht nach Art. 725 Abs. 1 OR, das Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG) und der Konkursaufschub (Art. 725a OR), bietet keine Gewähr für eine effektive Ausschöpfung der Sanierungschancen eines Unternehmens.

Der Verwaltungsrat muss grundsätzlich erst dann handeln, wenn ein Kapitalverlust vorliegt (Art. 725 Abs. 1 OR). Diese „*Alarmglocke*“²⁹ basierend auf dem Nennkapitalprinzip hat sich nur als beschränkt wirksam erwiesen.³⁰ Die Anzeigepflicht eröffnet zudem nur begrenzte Handlungs-

²⁷ Zum Ganzen LEIF CLARK, Triggering Criteria for Starting and Stopping Bankruptcy, US Legal Principles, in: HENRY PETER/NICOLAS JEANDIN/JASON KILBORN (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Zürich 2006, S. 17 ff.

²⁸ SIMON SCHILLING, Das englische Insolvenzeröffnungsverfahren im Anwendungsbereich der EulnsVO und im Vergleich mit dem deutschen Insolvenzeröffnungsverfahren, DZWIR 2006, S. 143 ff., S. 146; ausführlich dazu EDWARD BAILEY, Voluntary Arrangements, London 2003.

²⁹ PETER BÖCKLI, Revisionsfelder im Aktienrecht und Corporate Governance, ZBJV 2002, S. 709 ff., S. 726.

³⁰ HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, Reprax 1/02, S. 19 f.; PETER BÖCKLI, Nennwertlose Aktien und Kapitalschutz, in: RAINER J. SCHWEIZER et al. (Hrsg.), FS JEAN NICOLAS DRUEY, Zürich 2002, S. 343.



ternativen, da lediglich eine aussergerichtliche Sanierung möglich ist. Die Einleitung von Sanierungsmassnahmen wird zu diesem Zeitpunkt somit einzig durch negative Anreize wie insbesondere die aktienrechtliche Verantwortlichkeit gefördert. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit stellt jedoch für sich alleine einen suboptimalen Mechanismus zur Früheinleitung von Sanierungen dar. *Ex post* sind die verspäteten Massnahmen sowie der kausal verursachte Schaden nur schwer festzustellen. Weiter handelt es sich bei den entsprechenden Handlungen des Verwaltungsrats weitgehend um schwer justiziable Geschäftsführungsentscheide. Dem stehen pekuniäre und reputationsbedingte Anreize gegenüber, die Offenlegung der Unternehmenskrise so lange wie möglich hinauszuzögern.³¹

Ein echtes Sanierungsinstrumentarium steht erst ab Überschuldung zur Verfügung. Der Konkursaufschub kann gemäss expliziten normativen Voraussetzungen erst ab diesem Zeitpunkt eingeleitet werden.³² Die Einleitung des Nachlassverfahrens stellt zwar keine ausdrücklichen gesetzlichen Anforderungen an die finanzielle Lage der Gesellschaft. Die weitgehende Gläubigerautonomie des Nachlassverfahrens, welche *de facto* zu einer Entmachtung der Aktionäre führt, rechtfertigt dessen Einleitung jedoch ebenfalls erst ab Überschuldung. Bis zu diesem Zeitpunkt sind die Gesellschafter wirtschaftliche Eigentümer des Unternehmens.³³ Aufgrund der Verfahrensausgestaltung³⁴ haben diese denn auch keine Anreize, vor Überschuldung einen Nachlassvertrag anzustrengen.

Mit der Überschuldung wird aber das Unternehmen regelmässig nicht mehr in der Lage sein, die notwendigen Mittel zur Aufrechterhaltung des Betriebs bereitzustellen. Die Fortführungsfähigkeit, und folglich eine (direkte) Sanierung, wird nicht mehr möglich sein.³⁵ Die heutige gesetzli-

³¹ ROBERT K. RASMUSSEN/DAVID A. SKEEL, *The Economic Analysis of Corporate Bankruptcy Law*, American Bankruptcy Institute Law Review 1995, S. 85 ff., S. 89; POVEL, Fn 8, S. 659 ff. Zur Reputation: HANS CASPAR VON DER CRONE, *Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft*, ZSR 2000, Bd. II, S. 239 ff.

³² Diese Lage ist besonders unbefriedigend, da die Gläubiger, die ab Überschuldung als wirtschaftliche Eigentümer fungieren, nicht einbezogen werden, was eine starke Beeinträchtigung ihrer Rechte und eine unglückliche Entscheidsallokation mit sich bringt.

³³ Vgl. VON DER CRONE/KOPTA-STUTZ/PFISTER, Fn 4, S. 1030; STEFAN SMID/ROLF RATTUNDE, *Der Insolvenzplan*, Stuttgart 2005, N 347; ähnliche Überlegungen zum englischen Insolvenzrecht VANESSA FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge 2002, S. 353 f. und 364.

³⁴ Das Nachlassverfahren ist vorerst ein Instrument der Liquidation, LUCIEN GANI, in: LOUIS DALLEVES/BENEDICT FOËX/NICOLAS JEANDIN, *Commentaire romand sur la poursuite et la faillite*, Art. 293 LP N 2 m.w.H.

³⁵ Vgl. oben I.B.



che Situation erzwingt bzw. legitimiert mit anderen Worten faktisch das Zuwarten bis zu einem Zeitpunkt, in dem es für eine effektive Sanierung zu spät ist. Als Konsequenz kommen in der Praxis der Unternehmenssanierung, dem Nachlassverfahren sowie dem Konkursaufschub nur eine geringe praktische Relevanz zu. Fast alle schweizerischen Nachlassverfahren enden im Konkurs oder der Nachlassvertrag funktioniert als Form der Liquidation anstatt als Sanierungsmittel für die Unternehmung. Jährliche Verluste aus den Konkursverfahren von mittlerweile ungefähr 4,5 Milliarden CHF³⁶ sind zum Teil mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf die aufgezeigten gesetzlichen Defizite zurückzuführen.

IV. AKTUELLER VORENTWURF

Die Zulassung eines flexiblen Frühwarnsystems basierend auf statutarischen Voraussetzungen gemäss Art. 725 Abs. 2 VE-OR ist positiv zu bewerten. Dagegen ist zu bedauern, dass damit keine zusätzlichen Sanierungsinstrumente verbunden wurden. Die Handlungsalternativen des Verwaltungsrats bleiben weiterhin beschränkt. Entsprechend gestalten sich auch seine Anreize zur frühzeitigen Ergreifung von Sanierungsmassnahmen.

Mit gutem Grund wird auch die Zahlungsunfähigkeit als Auslöser der gerichtlichen Anzeigepflicht anerkannt (Art. 725 Abs. 5 VE-OR). Kann der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen, rechtfertigt es sich nicht, mit dem richterlichen Schutz der Gläubiger bis zur Überschuldung zu warten. Zur Früheinleitung der Sanierungsmassnahmen führt die Änderung allerdings kaum einen grossen Beitrag hinzu. Die Zahlungsunfähigkeit liegt ebenso wie die Überschuldung an oberster Stelle der Gefährlichkeitsskala von Krisensymptomen und ist demzufolge von geringer Bedeutung für eine Effizienzsteigerung der Sanierung.³⁷

Mit der Anerkennung der Notwendigkeit einer Früherkennung von Unternehmenskrisen deutet die Revision zutreffend die Eckpfeiler einer effektiven Sanierung an. Für eine tatsächliche Ver-

³⁶ Gemäss Angaben des Bundesamts für Statistik beliefen sich die Verluste aus den Konkursverfahren für das Jahr 2005 auf 4'452'501'000 CHF (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/medienmitteilungen.Document.69598.html>).

³⁷ HUGO RÄSS, Die Restrukturierung von Unternehmen aus Sicht der kreditgebenden Bank, 3. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1993, S. 52.



besserung der Sanierungsmöglichkeiten sollte jedoch das bestehende Entwicklungspotential vollständig ausgeschöpft werden.

V. REVISIONSVORSCHLAG

Zur Verwirklichung der oben genannten rechtspolitischen Ziele³⁸ sollte im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision ein zusätzliches Sanierungsinstrument eingefügt werden. Aufbauend auf Art. 725 Abs. 2 VE-OR ist eine antizipierte Reorganisationsmöglichkeit zu gewähren. Der historisch gewachsenen Flexibilität des Aktienrechts folgend soll gemäss unserem Revisionsvorschlag ein bewegliches Institut zur Förderung freiwilliger Sanierungen zur Verfügung gestellt werden.

Besondere Beachtung ist der einem prophylaktischen Sanierungsverfahren inhärenten Gefahr negativer Nebenwirkungen zu schenken. Ihre Behebung ist nicht nur zur Erfolgssteigerung der Sanierungsbemühungen an sich unerlässlich, sondern sie stellt vor allem auch positiven Anreiz für die tatsächliche Früheinleitung von Unternehmensreorganisationen dar.

Weiter muss zur vollständigen Ausschöpfung des vorhandenen Sanierungspotentials das Spannungsverhältnis zwischen den Interessen der beteiligten Akteure – insbesondere zwischen Schuldner und Gläubiger sowie unter den Gläubigern – das letztlich jeder Sanierung inhärent ist, soweit als möglich entschärft werden.

A. Frühwarnsystem

Die Förderung einer frühzeitigen Einleitung des Reorganisationsverfahrens bedingt eine Relativierung des heutigen starren Konzepts von Kapitalverlust und Überschuldung. Einerseits sollen zusätzlich zu den Kennzahlen Kapitalverlust und Überschuldung (bzw. Zahlungsunfähigkeit)³⁹, die sich als zu wenig wirksam erwiesen haben, weitere Warnsysteme gefördert werden. Andererseits muss von Gesetzes wegen die Möglichkeit offen stehen, ein gerichtliches Sanierungsver-

³⁸ Vgl. oben I.A und I.B.

³⁹ Bezüglich der beschränkten Bedeutung der in Art. 725 Abs. 5 Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 (VE-OR) neu vorgeschlagenen Benachrichtigungspflicht bei Zahlungsunfähigkeit vgl. oben IV.



fahren bereits dann einzuleiten, wenn die Gesellschaft noch nicht überschuldet (oder zahlungsunfähig) ist.⁴⁰ Denn ein Frühwarnsystem alleine bietet nicht Gewähr für die tatsächliche Einleitung von Sanierungsmassnahmen. Demzufolge sollen die zusätzlichen Kennzahlen auch als Auslösmechanismus für weitere gesetzliche Sanierungsinstrumente dienen.⁴¹

Angesichts der heterogenen Verhältnisse und des je nach Branche unterschiedlichen Liquiditätsbedarfs ist eine unmittelbare gesetzliche Normierung der Kennzahlen nicht zweckdienlich.⁴² Hingegen soll jede Gesellschaft die ihren Bedürfnissen entsprechenden Kriterien festlegen können.⁴³ Diese Herauslösung der Einleitungsvoraussetzungen eines Sanierungsverfahrens aus zwingenden Gesetznormen kann auch dazu beitragen, das negative Bild der Sanierung in der Öffentlichkeit zu verbessern.

Aufgrund der gesellschaftlichen Risikolage – Aktionäre als *residual risk bearer* – gehören die Kennzahlen zu den Kontrollinstrumenten der Aktionäre über ihr Kapital. Sie haben insofern Interesse daran, ein solches Frühwarnsystem einzuführen, als es den Informationsfluss über die Lage des Unternehmens sowie die Beaufsichtigung der Geschäftsleitung verbessert. Für den Entscheid über die Einführung zusätzlicher Kennzahlen wurde demnach im VE-OR zutreffenderweise die Generalversammlung als zuständig erkannt.⁴⁴ Dies rechtfertigt sich auch aus der Tatsache, dass die Möglichkeit der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens damit verknüpft ist.

Zentrale Faktoren im Rahmen einer dynamischen Analyse der wirtschaftlichen Situation eines Unternehmens sind die Ertrags-, Vermögens- und Finanzlage.⁴⁵ Insbesondere ist die Sicherung der Liquidität als elementares Unternehmensziel im Auge zu behalten, da sich Liquiditätsengpässe oftmals als die kritischen Faktoren erweisen. Denkbar wären also Frühwarnsysteme basie-

⁴⁰ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. a OR.

⁴¹ VON DER CRONE/KOPTA-STUTZ/PFISTER, Fn 4, S. 1029.

⁴² So zutreffend der Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, S. 84; vgl. auch von der CRONE/KOPTA-STUTZ/PFISTER, Fn 4, S. 1029; für die allgemeine kritische Würdigung des österreichischen Versuchs im URG, vgl. oben II.B.

⁴³ Zutreffend Art. 725 Abs. 2 VE-OR.

⁴⁴ Art. 725 Abs. 2 VE-OR i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR; die Kompetenz zur Änderung der Statuten liegt bei der Generalversammlung.

⁴⁵ JOSEF SCHWARZECKER/FRIEDRICH SPANDL, Krisenmanagement mit Kennzahlen: mit Stufenplan zur Sanierung, Wien 1996, S. 34. Eingehend zur verschiedenen Aspekten von Krisensymptomen vgl. RÄSS, Fn 37, S. 29 ff.; MICHAEL MÄRKI, Die Sanierung

rend z.B. auf dem *Cash-Flow*, Liquiditätsquoten, Rentabilitätsanalyse oder Eigenfinanzierungsgrad. Hilfreich sind auch Modelle, die mehrere der genannten Komponenten einbeziehen, da einzelne Kennzahlen nicht immer ausreichen, um die Lage genau zu beurteilen.⁴⁶ Die Entwicklung solcher Mechanismen bildet schon seit geraumer Zeit Gegenstand einschlägiger Forschungsarbeiten im Bereich Finanzwissenschaft.⁴⁷

Sollen die Handlungsmöglichkeiten nicht bloss auf die Modifizierung der gesetzlichen Anzeigepflichten beschränkt bleiben (z.B. Vorverschiebung der Anzeigepflicht bereits wenn ein Viertel des Aktienkapitals und Reserven nicht mehr gedeckt ist)⁴⁸ sind demzufolge zur konkreten Anwendung des Kennzahlensystems fundierte ökonomische Kenntnisse erforderlich. Solche sind innerhalb des Aktionariats nicht immer vorhanden bzw. können aufgrund des Problems des kollektiven Handelns nicht vollständig ausgenützt werden. Aufgrund der Branchenabhängigkeit und der Anknüpfung an die konkrete Lage der Gesellschaft ist der Verwaltungsrat somit am besten dazu geeignet, die genaue Ausgestaltung des jeweiligen Warnmechanismus zu bestimmen. Unserem Gesetzesentwurf folgend soll den Aktionären demnach das Recht zustehen, vom Verwaltungsrat einen entsprechenden Vorschlag zu verlangen.⁴⁹

Diese Aufgabe bedeutet keinen zusätzlichen Aufwand, da sie sowieso Bestandteil eines sorgfältigen Rechnungswesens und unerlässliche Informationsquelle für die Unternehmensführung (*Management Information System, Corporate Governance*⁵⁰) darstellt.⁵¹ Allfällige zusätzliche Kosten lassen sich aufgrund der Funktion bei Erkennung kausaler Zusammenhänge, Ursachen und Wirkungen positiver und negativer Faktoren⁵² ohne weiteres rechtfertigen.

von krisenbetroffenen Grossunternehmen aus Sicht der Gläubigerbank, Diss. Zürich 2004, S. 13 ff.; PATRIK WILDEN, in: ANDREA K. BUTH/MICHAEL HERMANN (Hrsg.), *Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz*, 2. Aufl., München 2004, § 1 N 17 ff.

⁴⁶ Zum Ganzen VON DER CRONE/KOPTA-STUTZ/PFISTER, Fn 4, S. 1029; HENRY PETER, *Bankruptcy and Reorganisation Trigger Criteria: From a Retrospective (Balance Sheet) to a Prospective (Cash Flow) Test*, in: HENRY PETER/NICOLAS JEANDIN/JASON KILBORN (Hrsg.), *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zürich 2006, S. 33 ff., S. 35; UNCITRAL, Fn 7, S. 45 ff.

⁴⁷ Vgl. die Ausführungen von RÄSS, Fn 37, S. 29 ff.

⁴⁸ Vgl. das Beispiel im Begleitbericht, Fn 42, S. 84.

⁴⁹ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 OR zweiter Satz.

⁵⁰ Zur Bedeutung des *Audit Committee* in der Früherkennung von Unternehmenskrisen vgl. CATHERINE M. DAILY, *Governance Patterns in Bankruptcy Reorganisations*, *Strategic Management Journal* 1996, S. 355 ff., S. 356 ff.

⁵¹ HANS SIEGWART, *Kennzahlen für die Unternehmensführung*, 6. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 4 und 13.

⁵² SIEGWART, Fn 51, S. 16 f.

B. Stundung

Ein Verhalten, das aus der Sicht der Gläubiger rational und nutzenmaximierend ist, kann zu einem für das Kollektiv suboptimalen Ergebnis führen. Ist eine bestimmte Gesellschaft sanierungsfähig und –würdig, wäre es für alle Beteiligten die beste Lösung gemeinsam auf dieses Ziel hinzuwirken. Für den jeweiligen Gläubiger ist es jedoch am besten, wenn er voll befriedigt wird und andere die erforderlichen Opfer erbringen (Überbrückungskredit, Finanzierung des Sanierungsgutachten, usw.). Für den einzelnen Gläubiger besteht somit ein starker Anreiz, die Kooperationsanstrengungen der anderen zu unterlaufen und zu versuchen, möglichst schnell seine Forderungen durchzusetzen (sog. *holding out*).⁵³ Folgen nur einzelne Gläubiger solchen strategischen Überlegungen, kann die Sanierung dennoch zustande kommen. Mittelbar wirkt sich das opportunistische Verhalten einzelner Gläubiger jedoch auch auf grundsätzlich kooperationswillige Gläubiger aus. Einerseits werden sie schon *a priori* wenig geneigt sein, Sanierungslasten zu tragen, welche ungerechtfertigterweise Dritten zu Gute kommen könnten. Da weiter mit jedem *Hold-out* die von ihnen zu tragende Sanierungsquote wächst, werden sie sich früher oder später fragen, ob sie die derartig erhöhte Sanierungslast noch zu tragen bereit sind.⁵⁴ Diese Dynamik kann im Falle einer Unternehmenskrise zum klassischen Ansturm der Gläubiger auf das Haftungssubstrat führen (*concursum creditorum*).⁵⁵⁵⁶

Die dargestellte Ausgangslage erschwert eine sinnvolle Zusammenarbeit bei der Unternehmenssanierung. Weiter führt der Ansturm der Gläubiger zum Entzug des betriebsnotwendigen Vermögens und gefährdet somit die unmittelbare Unternehmensfortführung. Eine schon vorhandene Liquiditätskrise wird demnach noch weiter verschärft. Diese Gefährdung der Unternehmenssanierung durch opportunistisches Verhalten einzelner Gläubiger muss deshalb unterbunden werden.

⁵³ UNCITRAL, Fn 7, S. 239; EIDENMÜLLER, Fn 12, S. 19 f., 344 ff.; spieltheoretisch befinden sich die Gläubiger in einem sog. Gefangenendilemma. Allgemein werden dadurch Situationen umschrieben, in denen eine Diskrepanz zwischen individueller und kollektiver Rationalität besteht; ein individuell rationales Verhalten führt zu einem kollektiv unerwünschten Resultat und ist daher kollektiv irrational.

⁵⁴ EIDENMÜLLER, Fn 12, S. 348.

⁵⁵ Der Begriff Konkurs stammt aus dem Lateinischen und bedeutet soviel wie „Zusammenlauf der Gläubiger“.

⁵⁶ DELLINGER/OBERHAMMER, Fn 14, N 860; WILHELM UHLENBRUCK, Gerichtliche oder aussergerichtliche Sanierung – Eine Schicksalsfrage Not leidender Unternehmen, BB 2001, S. 1641 ff., S. 1642.

Gemäss unserem Vorschlag ist demzufolge die Gewährung einer Exekutionssperre in Form einer automatischen Stundung notwendig, sobald die statutarischen oder gesetzlichen Kennzahlen erreicht sind.⁵⁷ Dies bewirkt unmittelbar eine gewisse Entspannung der Liquiditätslage des betroffenen Unternehmens.⁵⁸ Gleichzeitig werden sanierungsinteressierte Gläubiger vor den drängenden Gläubigern geschützt.⁵⁹ Diese doppelte Schutzfunktion verbessert oder ermöglicht gerade erst die Kooperationsbereitschaft einzelner Gläubiger und verhindert ein frühzeitiges Scheitern der Sanierungsverhandlungen.

Mittelbar unterstützt die Stundung den Sanierungsprozess indem sie die erforderliche Ruhe (*safe haven*) für eine fundierte Analyse des Unternehmens und die Entwicklung eines Reorganisationskonzepts ermöglicht.⁶⁰ Die Geschäftsleitung kann sich auf ihr Kerngeschäft konzentrieren und ist frei von wirtschaftsfremden Aufgaben, die zeit- und kostenintensiv sind. Auch strategisch hat sie positive Auswirkungen auf die Verhandlungen. Das Unternehmen befindet sich nicht mehr in einer defensiven Situation und kann sich auf die dynamische Aufgabe der Planumsetzung und Akzeptanzförderung konzentrieren.

Gerade die durch einen Liquiditätsengpass gekennzeichneten Krisensituationen, die allenfalls mit einer Stundung gemeistert werden können, verlangen ein unverzügliches Handeln. Das zuständige Gericht muss in kurzer Frist einen Entscheid fällen.

Für eine erste kürzere Phase (sog. provisorische Stundung) soll demzufolge gemäss unserem Gesetzesentwurf die Stundung aufgrund einer rein formalen Prüfung erteilt werden.⁶¹ Es ist einerseits die Bestätigung eines zugelassenen Revisors notwendig, die gesetzliche bzw. statuarische Kennzahlen seien erreicht und die Gesellschaft sei weder überschuldet noch zahlungsunfähig.⁶² Weiter soll nur ein (provisorischer) Plan verlangt werden, welcher die aktuelle Krisenlage

⁵⁷ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. b und f OR.

⁵⁸ Die Stundung ist somit ein Hilfsmittel zum Schutze sanierungsfähiger Unternehmen vor drohender Illiquidität.

⁵⁹ Eine Stundung ist also nicht bloss unter dem Aspekt der Beeinträchtigung der Schuldnerrechte zu beachten, sondern sie erfüllt auch wichtige Aufgaben in Hinsicht der Verwirklichung der *pars conditio creditorum*.

⁶⁰ BERNHARD KÖNIG, Guidelines for a „Safe Haven“ for Continuation and Reorganisation of Financially Distressed Companies, in: HENRY PETER/NICOLAS JEANDIN/JASON KILBORN (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Zürich 2006, S. 439 ff., S. 442.

⁶¹ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. a und b OR.

⁶² Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. a und b OR.

und deren Ursachen sowie den kurzfristig nötigen Handlungsbedarf darstellt.⁶³ In langfristiger Hinsicht sollen nur denkbare Handlungsoptionen dargestellt werden.⁶⁴ Es handelt sich also mehr um eine retrospektive Analyse, welche bestätigen soll, dass sich der Antragssteller ernsthaft mit dem Sanierungsprozess beschäftigt. Der Richter soll noch nicht zu einer Machbarkeitsstudie veranlasst werden. Nur im Falle offensichtlichen Missbrauchs (wenn die Unterlagen deutlich un sorgfältig erstellt worden sind oder klarerweise kein Sanierungsbedarf vorliegt) muss er die Exekutionssperre verweigern bzw. in einer späteren Phase widerrufen.⁶⁵

Erst für die definitive Gewährung der Stundung zur Implementierung des Sanierungskonzepts ist eine eingehendere Prüfung über die Sanierungsfähigkeit des Antragsstellers anzufordern.⁶⁶ Da es sich um eine vorwiegend ökonomische Aufgabe handelt, die vor allem auch genaue Kenntnisse der konkreten Lage der Gesellschaft verlangt, ist der Sanierungsbeistand⁶⁷ beizuziehen.⁶⁸ Weiter schlagen wir vor, in komplexen Fällen den Beizug von unabhängigen Experten zu ermöglichen bzw. vorzuschreiben.⁶⁹

Die Stundung muss neben der Durchsetzung der Forderung auch den Zinslauf betreffen⁷⁰, da sonst die Nachhaltigkeit der Stundungswirkung in Frage gestellt wird. Tatsächlich würde man im gegenteiligen Fall Gefahr laufen, dass sich der Schuldner nach Beendigung der Exekutionssperre wieder vor unüberwindbaren Liquiditätsschwierigkeiten befindet.

Jede Privilegierung des Schuldners im Sanierungsverfahren bedeutet aber auch eine Wettbewerbsverzerrung und ist sowohl unter ihrer *ex post* wie auch *ex ante* Wirkung zu beurteilen. Bei der Ausgestaltung der Stundung ist diesen Aspekten Rechnung zu tragen. Um den im Vorfeld

⁶³ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. a OR.

⁶⁴ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit a OR.

⁶⁵ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. b und f OR.

⁶⁶ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. c OR.

⁶⁷ Ausführlich zum Sanierungsbeistand unten E.

⁶⁸ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. c OR zweiter Satz.

⁶⁹ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. c OR zweiter Satz. Zur Kritik bezüglich den unsachlichen Entscheidungskompetenzen der Richter vgl. PETER FORSTMOSER, Der Richter als Krisenmanager, in: PETER FORSTMOSER/HEINRICH HONSELL et al. (Hrsg.), FS HANS PETER WALTER, Bern 2005, S. 263 ff. In diesem Zusammenhang werden auch spezialisierte Sanierungsrichter vorgeschlagen, VON DER CRONE/KOPTA-STUTZ/PFISTER, Fh 4, S. 1031 m.w.H. Vgl. dazu auch die Lösung gemäss italienischem Recht, welche vom Schuldner einen Expertenbericht verlangt (art. 182-bis LF).

⁷⁰ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. f OR zweiter Satz.



verhandelten Bedingungen des jeweiligen Vertragsverhältnisses gerecht zu werden, soll sich die Stundung von grundpfandgesicherten Forderungen in langfristiger Hinsicht nur soweit erstrecken als es für die Weiterführung des Gewerbes nötig ist.⁷¹ Die Verwertung des Grundpfands ist somit gemäss unserem Vorschlag nur auf Antrag des Schuldners auch für die Dauer der definitiven Stundung einzustellen. Vorausgesetzt ist, der Schuldner macht dem Richter glaubhaft, das Grundstück sei zur Weiterführung seines Gewerbes notwendig.⁷² Aus sozialen Gründen sollen weiter die Forderungen der ersten Klasse nach Art. 219 Abs. 4 SchKG von der Stundung nicht betroffen sein.⁷³

Um unvertretbare Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden soll die Stundung weiter verweigert werden, wenn sie innerhalb der letzten drei Jahre schon einmal beansprucht wurde. Ziel des Gesetzgebers kann nicht die künstliche Aufrechterhaltung von wettbewerbsunfähigen Unternehmen sein. Ausnahmen sind nur in begründeten Fällen zuzulassen, wie z.B. nicht beeinflussbare und vorübergehende externe Einwirkungen.⁷⁴

C. Finanzierung

Der Wiederherstellung der Liquidität kommt hinsichtlich einer nachhaltigen Sanierung grosse Bedeutung zu. Die positiven Wirkungen der Stundung erstrecken sich nur auf die kurzfristige Erhaltung der durch die Früheinleitung noch vorhandenen finanziellen Ressourcen. Neben dem Erhalt der vorhandenen Substanz kommt der Beschaffung von neuem Kapital zur Dotierung eines hinreichenden Fonds für die Sicherung der Unternehmensfortführung eine zentrale Funktion zu. Die Problematik der Rekapitalisierung erfährt in der Sanierung insofern eine Intensivierung als der Reorganisationsprozess zusätzliche direkte und indirekte Kosten verursacht.⁷⁵ Erstere fal-

⁷¹ Es soll der Entzug betriebsnotwendigen Vermögens durch gesicherte Gläubiger verhindert werden, Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. f OR dritter Satz. Zur analogen Lage im Nachlassverfahren vgl. Art. 297 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 306a SchKG. Zur Rechtsprechung im Konkursaufschub FLORIAN CHAUDET, *Ajournement de la faillite de la société anonyme*, Diss. Lausanne 2000, S. 260 f.

⁷² Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. f OR vierter Satz.

⁷³ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. f OR zweiter Satz. Zum analogen Vorgehen im Nachlassverfahren vgl. Art. 297 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG.

⁷⁴ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. b OR fünfter Satz.

⁷⁵ Eingehend BREALEY/MYERS, Fn 3, S. 497 ff. Zu Transaktionskosten bei der Unternehmensfinanzierung vgl. MÄRKI, Fn 45, S. 43 ff.

len in Form von Kosten für Beratungen, Unternehmensuntersuchungen und allgemein administrative Aufgaben an. Indirekt führt der Reorganisationsprozess aufgrund der bewirkten Vertrauenskrise zu Reputationskosten, welche sich negativ auf bestehende und neue Geschäftsbeziehungen auswirken.⁷⁶ Relevant ist unter diesem Aspekt vor allem die verminderte Kreditwürdigkeit. Einerseits werden Lieferanten i.d.R. nicht mehr gewillt sein, ohne entsprechende Sicherheiten oder Barzahlung bzw. Vorauszahlung zu kontrahieren, was für den unmittelbaren *Going Concern* gravierende Konsequenzen haben kann. Langfristig werden hingegen die notwendigen Darlehen ohne genügende Absicherung nicht mehr oder nur zu prohibitiven Bedingungen erhältlich sein.

Ökonomisch lässt sich das Dilemma der Liquiditätsbeschaffung in Krisensituationen mit dem Phänomen des sog. Schuldenüberhangs (*debt overhang*) erklären. Die Gesellschaft ist aufgrund ihrer finanziellen Probleme, trotz potentiell gewinnbringenden Investitionsmöglichkeiten, nicht in der Lage die notwendigen Ressourcen aufzubringen. Grund ist die Tatsache, dass der durch die Neufinanzierung ermöglichte Gewinn der Rückzahlung aller bestehenden Schulden dienen wird. Im Ergebnis wird der gewährte Kredit die Befriedigung der bestehenden Kredite auf Kosten der eigenen Rückzahlungsaussicht subventionieren. Dieses unerwünschte Ergebnis wird noch eindeutiger ausfallen, wenn die existierenden Schulden gegenüber den Neuinvestitionen privilegiert sind.⁷⁷

Die entgangenen Geschäftsmöglichkeiten mit positivem Ertragspotential führen zu unerwünschten Opportunitätskosten, welche für das Kollektiv nachteilig sind. Eine Entschärfung der Problematik durch hoheitlich zugesprochene Sicherheiten ist insofern erwünscht.⁷⁸ Dabei muss je-

⁷⁶ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, Bundesblatt 2002, S. 8060 ff., S. 8082; KÖNIG, Fn 60, S. 441; UHLENBRUCK, Fn 56, S. 1646; BREALY/MEYERS, Fn 3, S. 501.

⁷⁷ Zum Ganzen vgl. PAUL MILGROM/JOHN ROBERTS, *Economics, Organization and Management*, New Jersey 1992, S. 495 f.; DAVID A. SKEEL JR., *New Money and Privileges in Insolvency Proceedings*, in: HENRY PETER/NICOLAS JEANDIN/JASON KILBORN (Hrsg.), *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zürich 2006, S. 67 ff., S. 69.

⁷⁸ UNCITRAL, Fn 7, S. 115; KÖNIG, Fn 60, S. 442; KLAUS OESCH, *Verwaltungsrat und Unternehmenskrisen*, Zürich 2002, S. 137; DAVID A. SKEEL JR., *Creditors' Ball: The "New" New Corporate Governance in Chapter 11*, *University of Pennsylvania Law Review* 152 (2003), S. 917 ff., S. 923. Zur Privilegierung von Darlehen im Rahmen von ausservertraglichen Sanierungen vgl. auch den Bericht vom April 2005 der Expertengruppe Nachlassverfahren, *Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?* (abrufbar unter http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und.Par-0001.File.tmp/ber-sanierungsrecht-d.pdf), S. 43. Überlegungen *de lege ferenda* für eine Privilegierung der Neuinvestitionen im Rahmen des Konkursaufschubs nach 725a OR auch bei FRANCO LORANDI, *Die Wirkungen des Konkursaufschubs* (Art. 725a

doch dem Schutzinteresse der ungesicherten Gläubiger Rechnung getragen werden. Der Anreiz zur Gewährung von neuem Kapital durch gesetzliche Privilegierung soll nicht bloss eine Verzögerung der Liquidation zum Schaden der bestehenden Gläubiger bewirken. Dieses Risiko muss gegen den potentiellen, kollektiven Vorteil der Sicherung der Unternehmensfortführung abgewogen werden.⁷⁹

Unserem Vorschlag folgend sollen demnach zur Sicherung der unmittelbaren Unternehmensfortführung neue (also nach Verfahrenseinleitung eingegangene) Verbindlichkeiten zur Deckung des laufenden Bedarfs in einem späteren Nachlassverfahren oder Konkurs automatisch als Massschulden gelten.⁸⁰ Die Privilegierung der kurzfristig anfallenden Bedürfnisse erleichtert die Aufrechterhaltung der Lieferantenverträge und somit die kurzfristige Unternehmensfortführung. Angesichts der Dringlichkeit dieser Absicherung soll der Entscheidungsprozess so kurz wie möglich gehalten werden. Eine Intervention von unternehmensfremden Instanzen ist nur für den Fall von klarem Missbrauch erwünscht.⁸¹

Für neue ausserordentliche Verbindlichkeiten, wie insbesondere langfristige Darlehen von grösserem Ausmass, schlagen wir hingegen zum Schutz der bestehenden Gläubiger eine Privilegierung erst nach Genehmigung durch einen unabhängigen Dritten vor.⁸² Angesichts seiner begrenzten Kenntnisse der tatsächlichen Unternehmenslage und der vorwiegend ökonomischen Natur der Entscheidung empfehlen wir, die Zuständigkeit nicht dem Richter zu überlassen.⁸³ Sowohl unter Aspekten der Zeitökonomie wie auch der sachlichen Zuständigkeitsallokation ist ein Sanierungsbeistand dazu besser geeignet.⁸⁴

OR): Ausgewählte Fragen aus Vollstreckungsrechtlicher Sicht, in: HANS MICHAEL RIEMER/MORITZ KUHN/DOMINIK VOCK/MYRIAM A. GEHRI (Hrsg.), FS KARL SPÜHLER, Zürich 2005, S. 209 ff., S. 217 und 238.

⁷⁹ SKEEL, Fn 77, S. 70; UNCITRAL, Fn 7, S. 115.

⁸⁰ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. g OR erster Satz.

⁸¹ UNCITRAL, Fn 7, S. 117. Vgl. die analoge Lösung im Sanierungsverfahren gemäss Chapter 11 des U.S. Bankruptcy Code, 11 U.S.C. § 364(a).

⁸² Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. g OR zweiter Satz.

⁸³ Vgl. auch UNCITRAL, Fn 7, S. 117; RASMUSSEN/SKEEL, Fn 31, S. 93 f.; Zum ganzen auch FORSTMOSER, Fn 70, S. 263 ff.

⁸⁴ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. g OR zweiter Satz; ausführlich zum Sanierungsbeistand vgl. unten V.E.

D. Publizität

Die oben unter B. und C. dargestellten Problemkreise können grundsätzlich auch auf privater Ebene, also im Rahmen einer aussergerichtlichen Sanierung, entschärft werden. Ein Ansturm der Gläubiger und die Verminderung der Kreditwürdigkeit könnten verhindert werden, indem die Restrukturierungsmaßnahmen unter Ausschluss der Öffentlichkeit durchgeführt bzw. nur gezielt bestimmte Gläubiger einbezogen werden. Unter den beteiligten Gläubigern kann die Kooperation durch ein Stillhalteabkommen gesichert werden.

Das Zustandekommen entsprechender Abkommen im Rahmen einer aussergerichtlichen Sanierung ist jedoch ungewiss und muss immer teuer erkaufte werden. Die Geheimhaltung des Sanierungsprozesses ist denn auch faktisch nicht immer möglich. Vor allem bei grossen Unternehmen wäre es naiv anzunehmen, das engere Umfeld von Lieferanten und Kreditgebern sei sich der Lage der Gesellschaft nicht bewusst.⁸⁵ Bei Publikumsgesellschaften sind des Weiteren die verstärkten rechtlichen Informationspflichten zu beachten, welche eine Geheimhaltung präjudizieren können (insbesondere die periodische Berichtserstattung nach Art. 64 ff. KR und die Ad hoc-Publizität nach Art. 72 KR).⁸⁶

Aus den selben Gründen ist denn auch die Durchführung eines staatlichen Verfahrens unter Ausschluss der Öffentlichkeit aber ohne Stundung abzulehnen. Die blosser Möglichkeit, dass sich trotz fehlender Publikation die Situation des Unternehmens schnell herumspricht und nun der Wettlauf der Gläubiger einsetzt, bewirkt eine psychologische Hemmschwelle, welche den Schuldner von der Einleitung des Verfahrens abhalten wird.⁸⁷

⁸⁵ EIDENMÜLLER, Fn 12, S. 407 f.; MARKUS RAUH, Kein Erfolg ohne Vertrauen, in: HANS SIEGWART/JULIAN I. MAHARI/IVO G. CAYTAS/BJÖRN BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), Restrukturierungen & Turnarounds, Stuttgart 1990, S. 381 ff., S. 388; GÉRARD FATIO, Continuation of Business During Insolvency Proceedings, in: HENRY PETER/NICOLAS JEANDIN/JASON KILBORN (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Zürich 2006, S. 387 ff., S. 392.

⁸⁶ Allgemein zu den Informationspflichten, BALZ STÜCKELBERGER, Unternehmensinformation und Recht, Diss. Zürich 2004. Zur Problematik der Ad hoc-Publizität im Rahmen der Sanierung, PETER BÖKLI, Schweizer Aktienrecht, § 7 N 126 ff.; ISAAK MEIER, Confidentiality and Publicity in Insolvency Law – Is a Secret Court-Based Rescue Procedure Desirable?, in: HENRY PETER/NICOLAS JEANDIN/JASON KILBORN (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Zürich 2006, S. 315 ff.; LORANDI, Fn 78, S. 226.

⁸⁷ Vgl. dazu das als gescheitert anzusehende gesetzgeberische Experiment in Österreich, KÖNIG, Fn 60, S. 442; PAUL OBERHAMMER, The Procedure According to the "Unternehmensreorganisationsgesetz" under Austrian Law: A Failed Attempt of a Regulation on Pre-Insolvency Reorganisation, in: HENRY PETER/NICOLAS JEANDIN/JASON KILBORN (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Zürich 2006, S. 553 ff., S. 554; UHLENBRUCK, Fn 56, S. 1642.

Denkbar wäre ferner eine Koppelung zwischen stillschweigendem Verfahren und Stundung. Scheint diese Variante *prima facie* die optimale Lösung zu sein, birgt sie doch einen gewissen Widerspruch in sich: Die Begründung des Betreibungsverbots in einem neu eingeleiteten oder laufenden Verfahren bedingt zwingend die Bekanntgabe der Sanierungseinleitung. Weiter ist eine wohlabgewogene Berücksichtigung der tangierten Gläubigerinteressen angebracht. Zwar besteht durch die Stundung gerade ein gewisser Schutz von opportunistischem Verhalten der Gläubiger.⁸⁸ In Hinblick auf die mittel- und langfristige Organisations- und Planungsbedürfnisse ist die Geheimhaltung einer Stundung von einer gewissen Dauer jedoch nicht zu rechtfertigen. Zu beachten bleibt weiter das Spannungsverhältnis zu den vorgenannten rechtlichen Informationspflichten.⁸⁹

Grundvoraussetzung einer erfolgreichen Sanierung ist das Bestehen einer Vertrauensbasis. Gerade das bekannt werden der Krisensymptome bewirkt jedoch i.d.R. eine Vertrauenskrise, welche eine sinnvolle Sanierung vereiteln kann. Eine absolute Geheimhaltung durch eine aussergerichtliche Sanierung kann in dieser Hinsicht in gewissen Fällen vorteilhafter sein. Im Falle faktischer oder rechtlicher Unmöglichkeit ist – i.S. der Schadensminimierung – eine offene Kommunikationspolitik gekoppelt mit einer Stundung und Privilegierung von Neukapital die effizientere Alternative.⁹⁰ Durch die Etablierung einer Kommunikationsbasis, in deren Rahmen erkannte Mängel und dementsprechend der Wille ihrer Behebung offengelegt werden, kann verlorenes Vertrauen wieder zurückgewonnen werden.⁹¹ *À la longue* wird sich ein solcher Kommunikationseffort auf die der Öffentlichkeit zugrundeliegenden ablehnenden Haltung bezüglich Sanierungsverfahren positiv auswirken.

Folglich schlagen wir vor, das Verfahren sei grundsätzlich öffentlich zu handhaben.⁹² Nur ausnahmsweise, wenn die provisorische Stundung nicht länger als 30 Tagen dauert, soll es zulässig sein, diesen ersten Teil des Verfahrens unter Ausschluss der Öffentlichkeit durchzuführen. Vor-

⁸⁸ Vgl. oben V.B.

⁸⁹ Immerhin kann in der richterlichen Zulassung der Geheimhaltung nach Art. 725 Abs. 3 OR eine Sanktionierung der Rechtmässigkeit des Informationsaufschubes gemäss Art. 72 Abs. 2 KR gedeutet werden.

⁹⁰ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. d OR.

⁹¹ RAUH, Fn 85, S. 386; FATIO, Fn 85, S. 392.

⁹² Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. d OR erster Satz.

ausgesetzt die Interessen Dritter seien genügend gewahrt.⁹³ Die definitive Stundung ist hingegen ausnahmslos zu veröffentlichen. Die Publizität zu einem Zeitpunkt indem ein hoheitlich bewilligter Plan vorliegt hat den auch nicht gleichermaßen weitgehende negative Auswirkungen wie das erstmalige bekannt werden einer Unternehmenskrise.

Letztendlich ist es eine Frage des Kalküls seitens des Schuldners, ob er sich für eine ausssergerichtliche Sanierung entscheidet oder ob er von den Vorteilen eines staatlichen Sanierungsverfahrens profitieren will. Es geht um eine Interessenabwägung zwischen der möglichen Geheimhaltung der Sanierungsbemühungen und der Durchsetzung der genannten gesetzlichen Schutzmassnahmen. Auf Grund der komplexen Ausgangslagen kann diese Wahl nicht durch den Gesetzgeber vorgenommen werden.⁹⁴ Wünschbar (und erforderlich) ist jedoch, dass der Gesetzgeber die Rahmenbedingungen festlegt, die eine entsprechende Wahl überhaupt ermöglichen.⁹⁵ Vor allem bei grösseren Gesellschaften, bei denen eine Geheimhaltung sowohl aus faktischen wie auch aus rechtlichen Gründen unwahrscheinlich scheint und eine Koordination der Gläubiger schwierig sein dürfte, spricht vieles für die Wahl des gesetzlichen Schutzmechanismus. Dies um so mehr, wenn sich das betroffene Unternehmen mit einem unmittelbaren Liquiditätsengpass konfrontiert sieht. Kleinere Gesellschaften, die regelmässig einer kürzeren Zeit bedürfen um eine konsensfähige Lösung zu erarbeiten, werden hingegen von der attraktiveren Alternative der kurzfristigen Geheimhaltung profitieren können.

⁹³ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. d OR zweiter Satz; vgl. die analogen Anforderungen an die Geheimhaltung des Konkursaufschubs gemäss Art. 725a Abs. 3 OR.

⁹⁴ Der Ausmass der negativen Wirkungen eines öffentlichen Sanierungsverfahren ist stark vom jeweiligen Unternehmenstyp abhängig. Weniger betroffen von den negativen Effekten sind Unternehmen, die von Seiten der Arbeitnehmer, Lieferanten und Kunden hohe firmenspezifische Investitionen aufweisen oder deren Marktstellung weniger auf dem Vertrauen ihrer Kunden beruht (weil beispielsweise keine wiederholte Transaktionen vorkommen). Spiegelbildlich werden hingegen solche Unternehmen von der Publizität stark betroffen sein, welche Geschäfte auf volatile Transaktionspartner abstellen oder stark von der öffentlichen Wahrnehmung abhängen. Zum Ganzen EIDENMÜLLER, Fn 12, S. 405 ff.; THOMAS J. SALERNO/CRAIG D. HANSEN, A Prepackaged Bankruptcy Strategy, *The Journal of Business Strategy* 1991, S. 36 ff., S. 37.

⁹⁵ Bezüglich dem Bedarf und der Bedeutung einer Stundung für eine effektive Sanierung vgl. auch EXPERTENGRUPPE, Fn 78, S. 32; VINCENT JEANNERET, *Compel Companies in Distress to Apply at an Earlier Stage*, in: HENRY PETER/NICOLAS JEANDIN/JASON KILBORN (Hrsg.), *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zürich 2006, 45 ff., S. 47; KÖNIG, Fn 60, S. 442; UNCITRAL, Fn 7, S. 84; OBERHAMMER, Fn 87, S. 557; FINCH, Fn 35, S. 361; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 7. Aufl., 2003, § 53 N 7. Vgl. auch die Massnahmen bei Insolvenzgefahr gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG die eine Stundung oder Fälligkeitsaufschub vorsehen.

E. Selbstverwaltung und Sanierungsbeistand

Sanierung ist in erster Linie eine Führungsaufgabe. Eine kohärente und kompetente Gestaltung des Reorganisationsprozesses ist ein entscheidender Faktor im Hinblick auf die Sanierung eines Unternehmens.

Folglich soll gemäss unserem Revisionsvorschlag das Management auch nach Gewährung der Stundung im Amt bleiben und keiner Handlungs- bzw. Verfügungsbeschränkungen unterliegen.⁹⁶ Es verfügt über das erforderliche unternehmensspezifische *Know-how* und die Erfahrung. Auf keine Weise kann mehr Unternehmenswert vernichtet werden als durch den Verlust von dringend benötigten Firmen- und Branchenkenntnissen und die daraus resultierende ineffektive Führung.⁹⁷ Eine (teilweise) Auslagerung strategischer und operativer Kompetenzen ist abzulehnen. Die klare Kompetenztrennung garantiert denn auch ein schnelles Entscheidungsverfahren, was in einer Krise von zentraler Bedeutung ist. Weiter stellt gerade die Kontinuität im Führungsbereich einen positiven Anreiz zur tatsächlichen Inangriffnahme der Sanierungsmassnahmen dar.⁹⁸ Relativierend ist dabei hervorzuheben, dass – soweit notwendig – bei Einleitung und während des Sanierungsverfahrens Änderungen in der Unternehmensleitung im üblichen Verfahren möglich sind.

Quid pro quod für die gewährte Stundung, die erleichterte Finanzierung und die Selbstverwaltung muss das *Monitoring* durch einen unabhängigen Dritten darstellen. Tatsächlich besteht eine Minderungsgefahr des Haftungssubstrats nicht bloss durch individuell rationales Verhalten der Gläubiger.⁹⁹ Aufgrund des Auseinanderfallens von Verfügung und Haftung ergeben sich für die Gesellschafter überschuldungsbedrohter Unternehmen Anreize, sich gläubigerschädigend zu

⁹⁶ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. e OR. Anders die Lage beim Konkursaufschub nach Art. 725a Abs. 2 OR und im Nachlassverfahren gemäss Art. 298 SchKG.

⁹⁷ HANS CASPAR VON DER CRONE, Markt und Intervention - Erste Folgerungen aus der aktuellen Krise, SZW 2003, S. 57 ff., S. 59 m.w.H.

⁹⁸ Die Geschäftsleitung verfügt grundsätzlich über die besten Informationen bezüglich der wirtschaftlichen Lage einer Gesellschaft. Aus pekuniären Gründen und Reputationsaspekten unterliegen sie jedoch einem starken Anreiz, konkrete Sanierungsmassnahmen hinauszuzögern; RASMUSSEN/SKEEL, Fn 31, S. 89; POVEL, Fn 8, S. 659 ff.

⁹⁹ Vgl. oben V.B.

verhalten.¹⁰⁰ Indem sie nicht mit ihrem ganzen Vermögen haften, sondern nur mit dem investierten Gesellschaftskapital, partizipieren sie an positiven und negativen Ergebnissen unterschiedlich. Sie tragen zwar weiterhin das volle Ertragspotential des Geschäftsgangs, die Verluste jedoch nur bis zum verbleibenden investierten Kapital. Diese Divergenz steigert sich um so näher das Unternehmen der Überschuldung kommt. Folglich werden die Gesellschafter ab einem gewissen Zeitpunkt bereit sein, auch überproportional riskante Projekte mit einem negativen Kapitalwert zu verfolgen.¹⁰¹

Als Gegenpol zur weitgehenden Schuldnerautonomie schlagen wir demzufolge die Einsetzung eines unabhängigen Sanierungsbeistands vor.¹⁰² Aus den vorgenannten Gründen kommen ihm nur kontrollierende und vermittelnde Aufgaben zu.¹⁰³ Die Heraushebung des Sanierungsbeistands aus dem Spannungsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner ermöglicht es ihm, sich auf seine Rolle zu fokussieren und als unabhängige Instanz die durch das Missbrauchspotential geschwächte Vertrauensbasis wiederherzustellen.¹⁰⁴

F. Vorverhandelter Plan

Im Falle weit fortgeschrittener Krise werden eine Stundung und die Sicherung der Neufinanzierung allein die Weiterführung des Unternehmens nicht gewährleisten können. Ein weitergehender Nachlass der Schulden kann in einer solchen Lage unerlässlich sein. Verzichte werden jedoch i.d.R. nur dann als selbstverständlich in Kauf genommen, wenn die Weiterführung der zu sanierenden Gesellschaft im unmittelbaren Interessen des Gläubigers liegt. Dies trifft dann zu, wenn der Gläubiger zum sanierungsbedürftigen Unternehmen in einer besonders engen Beziehung steht, sei es aufgrund firmenspezifischer Investitionen oder geringer Volatilität des Absatz-

¹⁰⁰ EIDENMÜLLER, Fn 12, S. 22; THOMAS R. FISCHER, Agency-Probleme bei der Sanierung von Unternehmen, Wiesbaden 1999, S. 16 ff.; zu spezifischen Problemen bei der Unternehmensfinanzierung MÄRKI, Fn 45, S. 31 ff.

¹⁰¹ MILGROM/ROBERTS, Fn 77, S. 494; BRIAN R. CHEFFINS, Company Law: Theory, Structure and Operation, Oxford 1997, S. 76 ff.; zur Bedeutung des Verhältnis Eigen- und Fremdkapital vgl. schon MICHAEL C. JENSEN/WILLIAM H. MECKLING, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics 1976, S. 305 ff., S. 334.

¹⁰² Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. b OR erster Satz.

¹⁰³ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. e OR zweiter und dritter Satz.

¹⁰⁴ EIDENMÜLLER, Fn 12, S. 303; zur geschwächten Vertrauensbasis zwischen wirtschaftlichen Eigentümer und Gläubiger vor Eintritt der Überschuldung und die nachteiligen Folgen, FISCHER, Fn 100, S. 16 ff.



bzw. Abnahmemarkts. Ist dies nicht der Fall oder sind weitergehende Nachlasse notwendig, kann die Sanierungschance wesentlich verbessert werden, wenn eine Majorisierung unkooperativer Gläubiger möglich ist.

Diesem Zweck dient im heutigen schweizerischen Recht das Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG). Der Nachlassvertrag entfaltet als gerichtliche Sanierung Zwangswirkung gegenüber alle Nachlassgläubigern unter gleichmässiger Befriedigung der Nachlassgläubiger der dritten Klasse.¹⁰⁵ Dieses Instrumentarium ist jedoch aus den oben genannten Gründen suboptimal.¹⁰⁶ Es handelt sich denn auch um einen grundsätzlich anderen Lösungsansatz, der mit Sinn und Geist des vorgestellten flexiblen Verfahrens nicht kompatibel ist. Vorliegend geht es um einen hybriden Mechanismus an der Schnittstelle zwischen einvernehmlicher und gerichtlich überwachter Sanierung. Entsprechend muss sich auch die Möglichkeit einer Majorisierung gestalten, wenn sie innerhalb des Aktienrechts reguliert werden soll.

Um die Vorteile der aussergerichtlichen Flexibilität mit denjenigen der Überstimmung von unkooperativen Minderheiten zu vereinigen, wird in den USA schon seit längerem das sog. „*prepackaged chapter 11*“ angewendet.¹⁰⁷ Vereinfacht gesagt geht es darum, schon vor Verfahrenseinleitung einen Plan auszuarbeiten und wenn möglich auch schon verbindlich darüber abstimmen zu lassen (sog. *pre-voted prepack*)¹⁰⁸. Das gerichtliche Verfahren fokussiert auf die Feststellung der Einhaltung von formellen Anforderungen über den Abstimmungsprozess und der folglich Verbindlichkeitserklärung des vorgelegten Plans.¹⁰⁹ Die üblichen administrativen Verfahrensschritte werden damit obsolet bzw. „privatisiert“.

Ein analoges Vorgehen lässt sich auch im entwickelten Sanierungsverfahren implementieren. Gemäss unserem Vorschlag soll dem Schuldner die Möglichkeit gewährt werden, unter gegebener

¹⁰⁵ JÜRIG GUGGISBERG, in: ADRIAN STAEHELIN/THOMAS BAUER/DANIEL STAEHELIN (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, N 22 zu Art. 314 SchKG.

¹⁰⁶ Vgl. oben III.

¹⁰⁷ Ausführlich dazu ISAAK MEIER, «Prepackaged chapter 11» – eine nachahmenswerte Form der Sanierung von Unternehmen?, ZZZ 2004, S. 499 ff.; EIDENMÜLLER, Fn 12, S. 437 ff.; SALERNO/HANSEN, Fn 95, S. 36 ff.; ELIZABETH TASHJIAN/RONALD C. LEASE/JOHN J. MCCONNELL, Prepacks: An empirical analysis of prepackaged bankruptcies, Journal of Financial Economics 1996, S. 135 ff.; BRIAN L. BETKER, An Empirical Examination of Prepackaged bankruptcy, Financial Management 1995, S. 3 ff.

¹⁰⁸ Ein solches Vorgehen ist ohne entsprechende Normierung wohl nicht möglich. Vgl MEIER, Fn 107, S. 502; für das deutsche Recht vgl. EIDENMÜLLER, Fn 12, S. 441 f.

¹⁰⁹ Vgl. s. 1129 (b) US bankruptcy Code und Rule 3018 (Federal Rules of Bankruptcy).



nen Voraussetzungen informale Vereinbarungen gerichtlich bestätigen zu lassen mit der Folge einer erweiterten Bindungswirkung.¹¹⁰ Dies soll die Einbindung nicht kooperativer Gläubiger ermöglichen unter (wenigstens teilweiser) Wahrung der zeitlichen und verhandlungsspezifischen Vorteile einer aussergerichtlichen Sanierung.

Dem Schuldner soll es möglich sein, den Plan schon ausserhalb des gerichtlichen Verfahrens mit den wesentlichen Gläubigern auszuhandeln und verbindlich darüber abstimmen zu lassen.¹¹¹ Dazu ist der aussergerichtliche Vergleichsvorschlag allen erfassten Gläubiger zuzusenden unter Hinweis darauf, dass ihre Zustimmung gleichzeitig als Zustimmung zu einem entsprechenden Plan gilt, welcher vom Richter innerhalb des Sanierungsverfahrens für verbindlich erklärt werden kann.

Zum Schutz der betroffenen Gläubiger ist dem Ausgleichsvorschlag eine ausführliche Information über die Lage der Gesellschaft beizulegen und ein angemessener Zeitraum für die Abstimmung zu gewährleisten.¹¹² Dass alle¹¹³ betroffene Gläubiger sachlich informiert worden sind, ist Voraussetzung für die Verbindlichkeitserklärung durch das Gericht und dementsprechend von diesem zu prüfen.¹¹⁴

Der Flexibilität des Verfahrens und dem Gedanken der freiwilligen Sanierung folgend müssen nicht alle Gläubiger vom Plan erfasst sein.¹¹⁵ Entsprechend sollen auch nur die erfasste Gläubiger abstimmen. Zum Schutz der vom Plan betroffenen überstimmten Minderheiten ist jedoch erforderlich, dass innerhalb von rechtlich und wirtschaftlich gleichgestellten Gruppen abgestimmt wird.¹¹⁶ Ist das erforderliche Mehr¹¹⁷ erreicht, entfaltet der gerichtlich bestätigte Plan Zwangs-

¹¹⁰ Vgl. dazu die Empfehlungen in UNCITRAL, Fn 7, S. 238 ff.

¹¹¹ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. h OR. Denkbar wäre auch die Vornahme der Abstimmung nach Gewährung der provisorischen Stundung. Vorteilhaft wäre die Kontrolle durch den Sanierungsbeistand.

¹¹² Revisionsvorschlag .Vgl. zum amerikanischen Verfahren s. 1129 (b) und Rule 3018 (Federal Rules of Bankruptcy) USA und 302 SchKG für dem Nachlassvertrag.

¹¹³ Vgl. Rule 3018 (Federal Rules of Bankruptcy).

¹¹⁴ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. h OR.

¹¹⁵ UNCITRAL, Fn 7, S. 239.

¹¹⁶ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. h OR.

¹¹⁷ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. h OR. Die Quoren entsprechen denjenigen des Nachlassverfahrens (Art. 305 SchKG).



wirkung gegenüber allen Gläubigern einer zustimmenden Gruppe unter gleichmässiger Belastung.

Die Beschränkung der Bindungswirkung und Mehrheitsanforderungen auf eingeschränkte Gläubigergruppen entspricht nicht nur der Natur einer aussergerichtlichen Sanierung, sondern erhöht auch die Wahrscheinlichkeit eines positiven Ergebnisses.¹¹⁸ Weiter wird die Konsensbildung weniger zeit- und kostenintensiv. Eine autonome Kooperation wird somit nicht nur bei Vorliegen einheitlicher Beteiligteninteressen möglich, sondern auch durch eine flexible Gruppengestaltung.

Anstelle der gruppenbezogenen Abstimmungsklauseln und Bindungswirkung ist auch eine gruppenübergreifende Mehrheitsregel denkbar. Die Erreichung aller Gläubiger ist jedoch nicht immer möglich und notwendig.¹¹⁹ Weiter würden die obengenannten Effizienzvorteile verhindert und eine Entfernung vom Gedanken der (gerichtlich begleiteten) informellen Sanierung stattfinden.

Die Gruppenbildung führt denn auch nicht zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, sondern zu dessen sachgerechter Verwirklichung, indem Ungleiches ungleich und Gleiches gleich behandelt wird. Auch in Bezug auf den Minderheitsschutz ist eine Gruppenabstimmung gerechter. Die Legitimationskraft einer Mehrheitsentscheidung ist umso höher, je grösser die Wahrscheinlichkeit ist, dass die Entscheidung der Mehrheit auch im Interesse der überstimmten Minderheit liegt. Dies ist umso wahrscheinlicher als der Grad der Interessenparallelität innerhalb eines Abstimmungskörpers steigt. Durch die Gruppenbildung werden die ursprünglich heterogenen Interessen der Gläubiger mit unterschiedlicher Rechtsstellung, und folglich auch unterschiedlichen Risikoprofilen, homogenisiert.¹²⁰ Die Schwachstellen einer nicht konsensual, sondern durch blossen Mehrheitsbeschluss erfolgten Entscheidung werden durch den erzeugten Interessenausgleich entschärft.

¹¹⁸ UNCITRAL, Fn 7, S. 240. Abstimmung nach Gruppen und deren Ungleichbehandlung kennt insbesondere das Amerikanische Recht s. 1122 (a) US Bankruptcy Code (Dazu WILLIAM D. WARREN/DANIEL J. BUSSEL, Bankruptcy, 6. Aufl., New York 2002, S. 680 ff.) und das neue italienische Recht 160 lit. b und c LF (CRESCIENZO/PANZANI, Fn 26, S. 22 ff.). Auch Deutschland kennt die Bildung von Gruppen im Abstimmungsprozess (§ 222 InsO).

¹¹⁹ UNCITRAL, Fn 7, S. 239.



Die differenzierte Rechtsgestaltung führt im Ergebnis zur Realisierung von Wertschöpfungspotential zum Vorteil aller Beteiligten und unter Respektierung der Minderheitsrechte.

Eine Manipulation des gruppenbezogenen Abstimmungsprozesses im Sinne der Verfälschung eines Mehrheitsbeschlusses wird durch die richterliche Kontrolle der rechtlichen und wirtschaftlichen Gleichartigkeit der Gruppeninteressen und ihrer sachlichen Abgrenzung verhindert.¹²¹

Für die rechtliche Gleichartigkeit ist vor allem auf die Gliederung von Art. 219 SchKG hinzuweisen (Pfand bzw. nicht pfandgesicherte Forderungen, Klassifizierung nach Art. 219 Abs. 4 SchKG). Weiter kann beispielsweise auch die gesetzliche Form der Forderungsgrundlage relevant sein (Kontokorrentkredit, Leasing, Werkvertrag, deliktischer Anspruch usw.). Wirtschaftliche Interessen sind hingegen unmittelbar oder mittelbar mit Geldleistungen des Schuldners verknüpfte Interessen. Daraus ergibt sich ein breites Spektrum an Anknüpfungspunkten. Als Beispiel gelten die Grösse der Forderungen, wirtschaftliche oder soziale Stellung des Gläubigers (Bank oder Arbeitnehmer), konzernrechtliche Verbundenheit mit dem Schuldner, Interesse der Geschäftspartner auf Weiterführung der Vertragsbeziehungen (firmenspezifischen Investitionen) usw.¹²²

Die Einführung der Gruppenbildung bringt einen gewissen Konkretisierungsbedarf mit sich. Gerade in dieser Flexibilität liegt jedoch auch der Vorteil und demzufolge das Bedürfnis begründet, welches eine solche Verfahrensstruktur rechtfertigt. Unternehmenskrisen und ihr Umfeld treten in den verschiedensten Konstellationen auf. Zu Ihrer Bewältigung drängt sich ein differenziertes und flexibles vorgehen geradezu auf.

Neben dem unmittelbaren Vorteil der Majorisierung erzeugt die vorgeschlagene Neuerung indirekt eine positive Wirkung auf die ausservertraglichen Verhandlungen indem sie dem Schuldner ein Druckmittel zu Verfügung stellt.

¹²⁰ HORST EIDENMÜLLER, in: HANS-PETER KIRCHHOF/HANS-JÜRGEN LOWOWSKI/ROLF STÜRNER (Hrsg.), Münchner Kommentar Insolvenzordnung, München 2003, N 4 zu § 222 InsO.

¹²¹ Revisionsvorschlag Art. 725 Abs. 2 lit. h OR.

¹²² Ausführlich dazu EIDENMÜLLER, Fn 120, N 78 ff. zu § 222 InsO.



VI. SCHLUSSBETRACHTUNG

Das wirtschaftspolitische Bedürfnis nach einer effizienten Sanierungsmöglichkeit von krisenbetroffenen Unternehmen ist unbestreitbar. Dies gilt nicht nur für die betroffenen Unternehmen an sich, sondern vor allem auch für die Attraktivität des unternehmerischen Wirtschaftsstandorts Schweiz allgemein.

Das heute zu Verfügung stehende Instrumentarium vermag in dieser Hinsicht nicht zu befriedigen. Vor allem in Bezug auf die Wünschbarkeit einer frühzeitigen Reaktion auf Krisensymptome sichert die geltende Rechtsordnung keine entsprechenden Handlungsalternativen und dementsprechend auch keinen adäquaten Anreizmechanismus zu.

Die laufende Revision des Aktienrechts bietet Gelegenheit, die in dieser Hinsicht bestehende Entwicklungsmöglichkeiten optimal auszuschöpfen. Aufbauend auf Art. 725 Abs. 2 OR soll ein strategisches Instrument eingefügt werden, welches die Nutzung bestimmter Handlungsoptionen oder Vorteile ermöglicht, die aussergerichtlich oder im Konkurs/Nachlassverfahren nicht zur Verfügung stehen.

Es leuchtet zwar ein, dass auf dieser Basis die heute international als notorisches Problem anerkannte Sanierungsrecht nicht umfänglich bewältigt werden kann. Doch sollte es dennoch nicht unterlassen werden, einen ersten bedeutenden Schritt hin zur Ausarbeitung eines geschlossenen und sinnvollen Regelwerks zu vollziehen. Dass eine Befreiung vom Sorgenkind Sanierung durch ein einziges Verfahren erfolgen kann (nach dem Grundsatz *one size fits all*) ist denn aufgrund der vielschichtigen Varianten, in denen eine Unternehmenskrise auftauchen kann, auch eher utopisch.¹²³

¹²³ RASMUSSEN/SKEEL, Fn 31, S. 111; FINCH, Fn 35, S. 365.



Revision des Aktienrechts – Gesetzesentwurf zum Sanierungsrecht

(Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich)

Inhaltsverzeichnis

Sanierungsrecht	725
Anzeigepflicht	1
Weitere Voraussetzungen	2
Einleitung des Sanierungsverfahrens	2a
Eröffnung	2b
Sanierungsplan	2c
Öffentliche Bekanntmachung	2d
Kompetenzen innerhalb des ganzen Verfahrens	2e
Provisorische und definitive Stundung	2f
Neue Verbindlichkeiten	2g
Vorverhandelter Plan	2h
Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung	3
Anzeigepflichten des Revisors	4
Benachrichtigung des Richters	5
Rangrücktritt	6



VII. Sanierung
und Über-
schuldung

Art. 725

Anzeige-
pflicht des
Verwaltungs-
rats

¹ Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte der Summe des Aktienkapitals, der Kapitalreserve und der gesetzliche Reserve nicht mehr durch die Aktiven abzüglich aller Verbindlichkeiten gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen.

Weitere
Vorausset-
zungen

² Die Statuten können weitere Voraussetzungen vorsehen, bei deren Eintritt der Verwaltungsrat unverzüglich die Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen muss.

Auf Verlangen von Aktionären, welche den Anforderungen von Art. 699a Abs. 1 genügen, erstattet der Verwaltungsrat an der Generalversammlung Bericht über die Einführung solcher Voraussetzungen.

Einleitung des
Sanierungs-
verfahrens

^{2a} Sind die gesetzlichen oder statutarischen Voraussetzungen gemäss Abs. 1 oder 2 für die Einberufungspflicht erfüllt, kann der Verwaltungsrat beim Gericht Antrag auf Eröffnung des Sanierungsverfahrens stellen.

Dem Antrag sind folgende Unterlagen beizufügen:

- a) Die Bestätigung eines zugelassenen Revisors, dass die gesetzlichen oder statutarischen Voraussetzung für die Einberufung gemäss Abs. 1 oder 2 erfüllt sind;
- b) Die Bestätigung eines zugelassenen Revisors, dass die Gesellschaft weder überschuldet noch zahlungsunfähig ist;

c) ein Stundungsplan, welcher insbesondere folgende Angaben enthält:

- Krisenursachen und ihre Ausmass,
- Unmittelbarer Liquiditätsbedarf und Deckungsmöglichkeiten dieses für die Dauer der provisorischen Stundung,
- Mögliche Sanierungsmassnahmen.

Eröffnung

^{2b} Liegen die erforderlichen Unterlagen vor und ist der Antrag nicht offensichtlich missbräuchlich, bewilligt der Richter unverzüglich eine provisorische Stundung und ernennt einen unabhängigen Sanierungsbeistand.

Der Richter gewährt dem Antragssteller eine Frist zur Vorlegung eines Sanierungsplans. Die Frist beträgt höchstens 60 Tage.

Sie kann auf maximal 90 Tage seit Antragsstellung verlängert werden.

In komplexen Fällen kann der Richter auf Antrag des Sanierungsbeistands die obere Grenze auf 120 Tage festsetzen.

Wurde innerhalb der letzten 3 Jahre schon einmal eine solche Stundung oder eine Nachlassstundung gewährt, wird dem Begehren des Antragsstellers nur unter besonderen Umständen stattgegeben.

Sanierungs-
plan

^{2c} Nach Ablauf der provisorischen Stundungsfrist muss der Antragssteller dem Richter einen Sanierungsplan vorlegen.

Der Richter gibt dem Sanierungsbeistand Gelegenheit zur Stellungnahme. Bei komplexen Fällen zieht er weitere Experten hinzu.

Auf Grund des vorgelegten Plans prüft der Richter, ob eine



dauerhafte Sanierung des Unternehmens möglich ist und ob die Interessen der unbeteiligten Gläubiger angemessen gewahrt sind.

Entspricht der Plan den gesetzlichen Anforderungen, gewährt der Richter eine definitive Stundung von höchstens einem Jahr. In komplexen Fällen kann die Stundung für eine Dauer von 18 Monaten bewilligt werden.

Öffentliche
Bekanntma-
chung

^{2d} Die Bewilligung der Stundung wird veröffentlicht.

Dauert die provisorische Stundung nicht länger als 30 Tagen muss sie nur veröffentlicht werden, wenn es zum Schutze Dritter erforderlich ist.

Kompetenzen
innerhalb des
ganzen Ver-
fahrens

^{2e} Während der Stundung ist der Antragsteller berechtigt, das Gesellschaftsvermögen zu verwalten und darüber zu verfügen.

Der Sanierungsbeistand unterstützt und beaufsichtigt den Antragsteller. Insbesondere leitet er die Verhandlungen mit den Gläubigern.

Unregelmässigkeiten wie Verzögerung des Verfahrens oder sonstige nachteilige Handlungen für die Gläubiger meldet der Sanierungsbeistand unverzüglich dem Richter.

Provisorische
und definitive
Stundung

^{2f} Während der Stundung kann eine Betreibung gegen den Antragsteller weder eingeleitet noch fortgesetzt werden. Verjährungs- und Verwirkungsfristen stehen still. Verbindlichkeiten die während der Stundung entstehen sind davon nicht betroffen.

Mit Bewilligung der Stundung hört gegenüber dem Schuldner der Zinsenlauf für alle nicht pfandgesicherten Forderungen auf.

Betreibungen auf Pfändung für die Forderungen der ersten Klasse (Art. 219 Abs. 4 SchKG) sowie Betreibungen auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen sind zulässig.

Während der provisorischen Stundung bleibt die Verwertung des Grundpfands ausgeschlossen. Für die Dauer der definitiven Stundung kann der Richter auf Begehren des Antragstellers die Verwertung des Pfandes einstellen. Der Antragsteller muss indessen glaubhaft machen, dass er das Grundstück zum Betrieb seines Gewerbes nötig hat.

In diesen Fällen kann der Richter den Zinsenlauf auch für pfandgesicherte Forderungen unterbrechen.

Der Richter kann die Stundung bei Auftreten von Unregelmässigkeiten unverzüglich widerrufen.

Neue Ver-
bindlichkeiten

^{2g} Verbindlichkeiten zur Deckung des laufenden Bedarfs, verpflichten in einem nachfolgenden Nachlassvertrag oder Konkurs die Masse.

Der Sanierungsbeistand kann weitere Verbindlichkeiten welche geeignet sind, die Sanierung zu fördern, für einen nachgehenden Nachlassvertrag oder Konkurs als Massaforderung



Vorverhandelter Plan

gen anerkennen.

Die im Plan aufgeführten Verbindlichkeiten bilden nach Genehmigung des Plans automatisch Massforderungen.

^{2h} Haben dem Plan die Mehrheit der Gläubiger einer erfassten Forderungsgruppe, die zugleich mindestens zwei Drittel der betreffenden Forderungen vertreten oder ein Viertel der Gläubiger einer erfassten Forderungsgruppe, die aber mindestens drei Viertel der betreffenden Forderungen vertreten zugestimmt, wird der Plan durch die Bewilligung des Richters für die gesamte Forderungsgruppe verbindlich sofern:

- Die Forderungsgruppen aus Gläubiger mit gleicher Rechtsstellung und gleichartiger wirtschaftlicher Interessen gebildet werden und sachlich gerechtfertigt sind.
- Der Plan allen Gläubiger der erfassten Forderungsgruppe übermittelt wurde und eine angemessene Frist zu Stellungnahme gewährt wurde.
- Die erfassten Gläubiger umfänglich und wahrheitsgetreu über die Lage der Gesellschaft informiert wurden.

Einwendungen der betroffenen Gläubiger sind innerhalb von 20 Tagen beim zuständigen Richter anzubringen.

Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

³ Besteht die begründete Besorgnis, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind oder dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, so muss der Verwaltungsrat unverzüglich Zwischenbilanzen zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen. Er darf die Veräusserungswerte höher festsetzen als die gesetzlich vorgesehenen Höchstwerte, sofern die Veräusserung der entspre-

Anzeigepflichten des Revisors

⁴ Dem Revisor obliegen die Anzeigepflichten der Revisionsstelle.

Benachrichtigung des Richters

⁵ Ist die Gesellschaft gemäss den beiden Zwischenbilanzen überschuldet oder ist sie zahlungsunfähig, so muss der Verwaltungsrat das Gericht unverzüglich benachrichtigen.

Rangrücktritt

⁶ Das Gericht muss nicht benachrichtigt werden, sofern Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden. Massgeblich ist die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten.