

777. 363

777. 231. 14. 01



SCHWEIZERISCHE  
BANKIERVEREINIGUNG  
ASSOCIATION SUISSE  
DES BANQUIERS  
ASSOCIAZIONE SVIZZERA  
DEI BANCHIERI

INTEGRATIONS		BUREAU EDA / EVD	
Nr. 777. 363 / 777. 231. 14. 01			
R 23. APR. 1990		Erl.	
qd			
Kopie an <i>basel bl basel pd bel uds tey an</i>			

Bureau de l'Intégration  
DFAE/DFEP  
Bundeshaus Ost

3003 Berne

A l'attention de  
M. Rudolf Bärffuss, Chef de  
Section

Bâle, le 17 avril 1990  
SM/CK/A.145.1/ID 1584

Identification de l'acquis communautaire en matière de droit des sociétés

Monsieur,

Pour faire suite à la séance qui s'est tenue le 15 février 1990 à l'OFIAMT, nous nous permettons de vous faire part des commentaires de notre Association relatifs à l'identification de l'acquis communautaire en matière de droit des sociétés, dans le cadre des discussions exploratoires menées actuellement entre l'AELE et la Communauté européenne en vue d'identifier l'acquis communautaire pertinent.

#### Remarques générales

La Commission européenne a proposé, sans qu'il y ait d'alternative, une méthode de négociation consistant pour les pays tiers partenaires à l'Espace Economique Européen (EEE) à reprendre en bloc un ensemble de textes jugés "pertinents"; des délais transitoires ou - mais plus difficilement - des exceptions permanentes pouvant être négociées de cas en cas. Cet "acquis" doit comprendre, dans l'esprit de la Commission, la plus grande partie possible des règles adoptées au sein de la Communauté, de façon à assurer l'homogénéité du futur EEE et à éviter toute distorsion de concurrence. En raison de son caractère systématique, les banques



- 2 -

suisses estiment cette approche dangereuse pour l'autonomie de négociation et la souveraineté législative de notre pays (notamment à l'égard des Etats tiers), ainsi que pour la sauvegarde de ses avantages comparatifs, particulièrement dans un domaine aussi sensible que celui du droit des sociétés. La nouvelle approche globale suivie par la Commission qui consiste à renoncer partiellement à la méthode traditionnelle d'intégration par voie d'harmonisation préalable des législations internes au profit d'une harmonisation minimale des règles de base et d'une reconnaissance mutuelle des règles et institutions nationales pour le surplus, a permis à la Communauté de réaliser en quelques années davantage de progrès qu'elle n'en avait accomplis depuis sa création. Il nous paraît souhaitable que la Commission fasse preuve du même pragmatisme envers les pays de l'AELE, dont les structures sont proches de celles des membres de la Communauté. Nous estimons que l'acquis communautaire pertinent doit être constitué par le plus petit dénominateur commun nécessaire à la création et au fonctionnement de l'EEE, et non par l'ensemble du droit communautaire considéré a priori comme pertinent. Pour des Etats qui ne font pas partie de la Communauté, la reprise en bloc de l'acquis serait inefficace.

En outre, la méthode de discussion et de négociation choisie par la Communauté qui se fonde, sans renégociation matérielle, sur un complexe de normes à l'élaboration desquelles les Etats membres de l'AELE n'ont pas été associés nous semble difficilement compatible avec la souveraineté de ceux-ci. L'établissement d'une "relation mieux structurée" souhaitée par M. Delors paraît difficile à concilier avec le refus d'attribuer aux partenaires de l'AELE un droit de codécision.

D'autre part, l'appartenance à l'acquis de certaines propositions de directives n'est pas clairement établie. Il est d'ailleurs difficile de se prononcer à cet égard, dans la mesure où les textes définitifs ne sont pas encore connus. Les mêmes remarques s'appliquent aux politiques dites d'accompagnement. Il en résulte une incertitude préjudiciable au bon déroulement des négociations. Le développement futur de l'acquis et son inclusion dans le traité EEE suscitent davantage d'interrogations encore. Il importe d'assurer la libre détermination de notre pays à l'égard de toute nouvelle norme à intégrer dans l'acquis pertinent.

Il convient enfin de relever que toutes les directives communautaires en matière de droit des sociétés ne concernent pas directement le secteur bancaire, dans la mesure où certaines des matières qu'elles concernent font l'objet de dispositions spéciales relatives à ce secteur (règles de consolidation, publication des comptes des succursales dans un Etat membre, p. ex.).

Directives adoptées par le Conseil de la CE en matière de droit des sociétés

1. La première Directive, du 9.3.1968, impose notamment la publication du bilan et du compte de pertes et profits. Dans sa teneur actuelle, le droit suisse des sociétés ne prévoit pas d'obligation comparable; le projet de révision exige seulement que les sociétés cotées ou qui émettent des emprunts obligataires publient leurs comptes annuels ou en délivrent un exemplaire à tout intéressé. En ce qui concerne les banques, l'art. 6, al. 4 de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB) les oblige déjà à publier leurs comptes annuels (bilan et compte PP) ou à les rendre accessibles au public.
2. La deuxième Directive, du 13.12.1976, dans le but de protéger les actionnaires minoritaires, réglemente les apports en nature et les reprises de biens lors de la constitution d'une SA, ainsi que le maintien de la composition du capital social et la procédure à suivre pour réduire celui-ci. Le remboursement du capital social des banques fait l'objet de prescriptions particulières aux art. 11 ss. LB. D'autre part, les fonds propres doivent s'élever à au moins 100% des propres actions ou autres titres de participation émis par la banque et qu'elle détient directement ou indirectement (art. 13 OB). Sur différents points en outre, la Directive ne correspond pas au CO (limitation à concurrence de 10% du quota d'actions propres pouvant être acquis par la société, majorité des 2/3 nécessaire pour chaque catégorie d'actions en cas de réduction du capital social ainsi que pour limiter ou supprimer le droit préférentiel de souscription, etc.).

Il y a lieu à notre avis de ne pas entrer en matière sur ce texte.

3. La troisième Directive, du 9.10.1978, relative aux fusions entre deux sociétés ayant leur siège dans le même Etat n'a pas d'implication transnationale directe et n'est pas en vigueur en Italie, en Espagne et en Belgique. Il ne paraît donc pas nécessaire de l'intégrer dans l'acquis pertinent, la loi et la pratique suisses réglant cette question de manière satisfaisante.
4. La quatrième Directive, du 25.7.1978 n'est pas non plus en vigueur en Italie, en Belgique et en Espagne. Elle concerne le contenu des comptes à établir par certains types de sociétés, la principale divergence avec le droit suisse portant sur l'admissibilité des réserves latentes. Il s'agit là d'un point essentiel, qui devra impérativement faire l'objet d'une réserve de la part de la Suisse. L'art. 11 de la Directive

- 4 -

prévoit la possibilité pour les Etats membres d'exempter les PME de l'obligation de publier leurs comptes; il conviendrait probablement d'user de cette possibilité en Suisse, où les petites entreprises revêtant la forme d'une SA pour lesquelles les exigences de la Directive seraient économiquement insupportables sont nombreuses.

Il convient de relever que cette directive n'est applicable qu'à titre subsidiaire aux banques et établissements financiers, qui font l'objet d'une directive du Conseil du 8 décembre 1986 concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers (86/635/CEE).

5. La sixième Directive, du 17.12.1982, relative aux scissions de sociétés, n'est pas appliquée en Belgique, Italie et Espagne. Le droit suisse ne contient pas de dispositions spécifiques sur la scission; la liquidation de l'ancienne société et la fondation d'une nouvelle personne morale sont nécessaires. Matériellement cependant, les deux solutions garantissent aussi efficacement les droits des actionnaires et des créanciers des sociétés fusionnantes. La question de l'opportunité d'intégrer cette Directive à l'acquis pertinent se pose donc. Il en résulterait un changement inutile de la législation et de la pratique suisse.
6. La septième Directive, du 13.6.1983, concerne les comptes consolidés. Le projet de révision du droit suisse des sociétés anonymes prévoit lui aussi l'obligation de consolider les comptes au sein d'un même groupe, mais en exempte dans certaines circonstances les petites entreprises. Au contraire de la Directive communautaire, le futur droit suisse renonce également à prescrire les méthodes d'évaluation et les techniques de consolidation à employer; il n'exige pas non plus de rapport de gestion consolidé.

Dans le secteur bancaire, la Directive du 8 décembre 1986 citée sous chif. 5 ci-dessus contient des règles spéciales. La question de la consolidation de la comptabilité des banques est par ailleurs indissociable de celle de la surveillance consolidée des groupes bancaires, qui fait elle-même l'objet de directives et de propositions de directives. On trouvera à ce sujet en annexe copie d'une lettre adressée le 29 août 1989 au Secrétariat général de la Fédération bancaire de la Communauté européenne et de son annexe.

7. La huitième Directive, du 10.4.1984, relative aux qualifications professionnelles exigées des personnes responsables de la tenue des comptes au sein des SA comporte des exigences très élevées (diplôme universitaire, formation pratique minimale de trois ans). Le caractère systématique de cette exigen

ce est incompatible avec le fait que de nombreuses petites entreprises (y compris des banques et sociétés financières) revêtent en Suisse la forme d'une SA. Une exemption en faveur des PME devrait le cas échéant être négociée. La règle de l'art. 3, al. 2, lit. a LB, qui prescrit une organisation appropriée au champ d'activité de la banque est mieux appropriée à la diversité de la structure bancaire suisse. A cet égard, une longue phase transitoire devrait être en tout cas être négociée pour la Suisse en cas de reprise de cette directive, compte tenu de l'absence de personnel qualifié en suffisance.

8. La onzième Directive du Conseil, adoptée en décembre 1989, concerne les comptes à publier par les succursales dans un Etat membre de sociétés ayant leur siège dans un autre Etat (membre ou tiers). Les règles qu'elle contient sont similaires à celles de la Directive du Conseil du 13 février 1989 concernant les obligations en matière de publicité des documents comptables des succursales, établies dans un Etat membre, d'établissements de crédit et d'établissements financiers ayant leur siège social hors de cet Etat membre (89/117/CEE). En particulier, l'obligation de publier des comptes séparés relatifs à la succursale peut être levée au cas où des comptes consolidés jugés suffisants sont publiés par le groupe. Du point de vue suisse, il s'agit de prêter une attention toute particulière à cette question, dans la mesure où l'obligation de publier des comptes séparés constitue un désavantage concurrentiel par rapport aux succursales d'entreprises qui en sont par hypothèse dispensées. Pour les banques suisses tout au moins, il convient de négocier la reconnaissance de l'équivalence des comptes consolidés qu'elles sont (déjà) tenues d'établir et de publier, de façon à obtenir l'exemption pour leurs succursales de l'obligation de publier des comptes séparés. L'équivalence sera vraisemblablement moins difficile à obtenir pour les banques que pour les autres sociétés.

En tout état de cause, l'ensemble des directives relatives à la comptabilité des sociétés (une, quatre, sept et huit) forme un tout à négocier globalement.

9. La douzième Directive, adoptée en décembre 1989, traite des sociétés à actionnaire unique, configuration également admise par la pratique en Suisse. Cette Directive devrait être reprise au cas où la cinquième Directive ferait partie de l'acquis communautaire pertinent, ce qui serait inopportun.

#### Propositions de Directives en matière de droit des sociétés

10. La proposition modifiée de cinquième Directive du Conseil relative à la structure des sociétés anonymes dont les ac-

- 6 -

tions sont répandues dans le public pose de nombreux problèmes de compatibilité avec le droit suisse, notamment s'agissant de l'exigence d'un organe de surveillance distinct de la direction (trop lourd et inutile pour les petites SA suisses) et des règles relatives à la participation (codécision) des travailleurs, qui n'ont pas leur équivalent dans notre législation. Les banques suisses estiment qu'il y a lieu de ne pas entrer en matière sur cette proposition, qui fait au demeurant l'objet de vives controverses au sein de la Communauté elle-même.

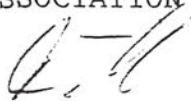
11. La proposition de dixième Directive du Conseil concernant les fusions transnationales constitue le pendant de la troisième Directive. Le droit suisse ne connaît pas de disposition correspondante.
12. La proposition de neuvième Directive relative aux relations entre les sociétés mères et filles figure curieusement dans la liste des dispositions de l'acquis pertinent, eu égard au fait que les travaux sont très peu avancés et qu'elle n'a aucune chance d'être adoptée avant 1992. Elle contient au surplus des règles profondément étrangères à notre droit.
13. La proposition de treizième Directive du Conseil relative aux OPA n'a pas encore d'équivalent dans la loi suisse. Un code des OPA a été en revanche mis en vigueur par l'Association des bourses suisses le 1er septembre 1989. La future Loi sur les bourses devrait contenir une disposition légale cadre concernant les OPA.


La reprise sans modification de cette proposition de directive ne nous paraît pas souhaitable, car elle contient de nombreuses divergences avec la pratique et les règles suisses (notamment en matière d'étendue de l'OPA, de droit de participation du personnel, etc.). En outre, l'objectif du groupe d'étude sur les bourses du Département fédéral des finances consiste plutôt à fixer dans la loi des dispositions-cadre relatives à l'organisation et à la surveillance des marchés, les questions techniques étant laissées à l'autorégulation.

---

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.

ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS

  
(V. Füglistner)

  
(pp. S. Matthey)

Annexe : 1 ment.