



ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat CE  
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

T +41 26 305 10 40, F +41 26 305 10 48  
www.fr.ch/ce

Conseil d'Etat  
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

---

Office fédéral de la justice  
Office fédéral du registre du commerce  
Bundesrain 20  
3003 Berne  
Par courrier électronique à ehra@bj.admin.ch

*Fribourg, le 10 mars 2015*

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

Madame, Monsieur,

Le courrier de Madame la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga relatif à l'ouverture de la procédure de consultation concernant l'objet mentionné en titre nous est bien parvenu et il a retenu toute notre attention.

De manière générale, nous saluons le projet de révision du code des obligations (CO) (droit de la société anonyme).

Dans le détail, nous pouvons vous faire part des remarques suivantes :

### **1. Modifications de la LIFD et LHID**

Concernant la modification de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) et la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs et des cantons et des communes (LHID), nous adhérons en principe au régime proposé pour la conversion du bénéfice net et du capital propre imposables lorsque les comptes annuels sont établis en monnaie étrangère.

Cela étant, les dispositions proposées laissent de nombreuses questions ouvertes. Il subsiste ainsi notamment une incertitude quant au traitement des pertes des années antérieures, en relation avec le report de pertes prévu aux articles 67 LIFD et 25 al. 2 LHID. Dans ce contexte, il se pose en effet la question de savoir si les pertes reportées doivent être prises en compte au taux de conversion historique (celui de la période fiscale durant laquelle elles ont été générées) ou si elles sont prises en considération au taux de conversion de l'année au cours de laquelle elles sont reportées. Compte tenu du libellé des dispositions proposées qui prévoit que seul *le bénéfice net imposable* est converti et du fait que les pertes des années antérieures sont prises en compte pour la détermination de ce bénéfice, nous partons de l'idée que les pertes des années précédentes sont intégrées dans les comptes en monnaie étrangère pour la détermination du bénéfice net, ce qui revient à les actualiser au taux de conversion de l'année durant laquelle le report est effectué. Cela étant, il s'agirait de vérifier que cette interprétation est correcte.

Des questions similaires se posent en relation avec le traitement des réductions pour participation, des cas de remploi ou de sous-capitalisation, notamment de savoir si l'on peut partir de l'idée que toutes ces situations seront appréhendées en monnaie étrangère.

Au vu de ce qui précède, **nous sommes d'avis que les incidences fiscales n'ont pas été examinées de manière exhaustive dans le cadre du présent projet.** Au vu des nombreuses incertitudes et procédures survenues ces dernières années (liées notamment aux écarts de conversion), **nous estimons que les aspects décrits plus hauts devraient être clarifiés dans le contexte du projet législatif afin d'éviter des lacunes. A défaut d'être réglés dans la loi, ils mériteraient en tout cas d'être appréhendés dans le message du Conseil fédéral.**

## **2. Le nouvel article 154 al. 1 du code pénal**

Le nouvel article 154 al. 1 du code pénal (CP) punit d'une peine privative de liberté de 3 ans au plus et d'une peine pécuniaire quiconque, en tant que membre du conseil d'administration ou de la direction d'une société dont les actions sont cotées en bourse octroie ou reçoit une indemnité interdite en vertu de l'article 735c, al. 1, ch. 1, 6 et 7, le cas échéant en relation avec l'article 735d, ch. 1 du CO.

Sont donc interdites et punies par le droit pénal les indemnités de départ (art. 735c al. 1 ch. 1), les indemnités anticipées (art. 735c al. 1 ch. 6) et les provisions pour la reprise ou le transfert de tout ou partie d'une entreprise. Par contre, seront uniquement interdites par le droit des obligations, mais non pas punies par le droit pénal notamment les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence qui n'est pas justifiée par l'usage commercial.

Or, qui dit droit pénal économique, dit (très souvent) auteurs présumés intelligents avec une imagination très vive : ce type de personnage ne choisira donc plus le terme d'« indemnité de départ » pour désigner un tel versement. Il parlera plutôt d'une « indemnité résultant d'une clause de non-concurrence ». Il faudra alors établir si la clause de non-concurrence dissimule une indemnité de départ. L'accord sera apprécié en se basant sur un principe général du droit (art. 18 CO), non pas en fonction de sa dénomination erronée, mais d'après son contenu. Cette réflexion peut difficilement être menée par un procureur ou par un juge pénal. Vraisemblablement, cette analyse devra être préalablement opérée dans le cadre d'un procès civil. La procédure pénale sera alors probablement menée seulement après l'entrée en force d'un jugement civil.

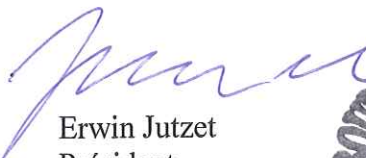
L'infraction réprimée par le nouvel article 154 CP se prescrit par 10 ans (art. 97 al. 1 lit. c CP) depuis le jour où l'auteur a exercé son activité coupable. Si l'on considère qu'il nous faudra vraisemblablement attendre le résultat de la procédure civile avant de pouvoir condamner l'auteur au pénal et que si l'infraction ne devait – à ce moment-là – pas encore être prescrite, l'auteur aura droit à une réduction de peine au vu de l'écoulement du temps, **nous nous questionnons donc quant à la portée pratique de cette nouvelle disposition.**

## **3. La représentation de chaque sexe au sein des conseils d'administration et des directions**


Le Conseil d'Etat du canton de Fribourg estime que dans la mesure du possible, il y a lieu de favoriser une participation équilibrée des femmes et des hommes dans les directions et les conseils d'administration des grandes sociétés cotées en bourse, mais il ne soutient pas l'instrument des quotas de représentation de chaque sexe proposé à cet effet.

En vous remerciant de nous avoir consultés à ce sujet, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

**Au nom du Conseil d'Etat :**

  
Erwin Jutzet  
Président



  
Danielle Gagnaux-Morel  
Chancelière d'Etat