

N

Monthly
Newsletter
December 2022

Corporate and
Commercial

**Schellenberg
Wittmer**



Réforme du droit de la société anonyme: perspectives pour les sociétés cotées

Melina Suter, Pascal Hubli, Christoph Vonlanthen

Key Take-aways

- 1.** La réforme du droit de la société anonyme, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2023, inclut des changements spécifiques aux sociétés cotées.
- 2.** Certaines des modifications les plus importantes visent à renforcer le pouvoir des actionnaires d'intervenir sur la marche des affaires des sociétés cotées.
- 3.** Les sociétés cotées doivent prendre soin d'évaluer l'impact potentiel de la réforme sur leur gouvernance avant leur prochaine assemblée générale en 2023.

1 Introduction

La réforme du droit de la société anonyme entend établir une distinction plus marquée entre la gouvernance des sociétés cotées et celle des sociétés privées. Dès lors que la réforme entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2023, il est primordial pour les sociétés cotées d'évaluer la portée de la réforme sur leur organisation.

Cette newsletter est dédiée aux sociétés cotées et complète notre aperçu de la réforme dans notre [newsletter d'octobre 2020](#), ainsi que notre analyse relative à la modification des statuts dans notre [newsletter d'octobre 2022](#).

L'exercice des droits des actionnaires est facilité dans les sociétés cotées.

2 Nouvelles dispositions pour les sociétés cotées

2.1 Droit des actionnaires

2.1.1 Seuils

La réforme entend renforcer le pouvoir des actionnaires d'intervenir dans les affaires des sociétés publiques:

- La valeur seuil pour requérir la **convocation d'une assemblée générale** sera réduite de 10% (ou une valeur nominale totale de CHF 1 million) à 5% du capital-actions ou des droits de vote de la société. Si le conseil d'administration reçoit une demande de convocation d'une assemblée générale – ce qui par ailleurs soulève des questions d'annonce au marché sur une base *ad hoc*, le Code Suisse des Obligations précisera désormais que le conseil d'administration doit agir dans un délai approprié mais au plus tard dans les 60 jours dès réception de la demande.
- Pour formuler une **demande d'inscription d'un objet à l'ordre du jour** ou une **proposition concernant un objet à l'ordre du jour**, il suffira de détenir 0,5% du capital-actions ou des droits de vote de la société (contre la détention de 10% du capital-actions ou d'actions d'une valeur nominale de CHF 1 million auparavant).
- **Un examen spécial** (anciennement "contrôle spécial") peut être requis par des actionnaires qui détiennent au moins 5% (anciennement 10%) du capital-actions ou des droits de vote de la société.

Une autre modification à laquelle les sociétés cotées devront faire face est celle du **droit de consultation des livres et dossiers de la société par les actionnaires**. Un actionnaire ou un groupe d'actionnaires détenant un total de 5% du capital-actions ou des droits de vote de la société pourra requérir cette consultation. Celle-ci doit être accordée dans un délai de quatre mois dès réception de la demande dans la mesure

où elle est nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire et ne compromet pas le secret des affaires ni d'autres intérêts sociaux dignes de protection. Le droit de consultation des livres et des dossiers tend à être une source importante de litiges dans les pays qui ont institué un régime favorable aux actionnaires.

2.1.2 Inscription au registre des actions

La structure du capital des sociétés cotées comprend généralement des actions dites "dispo": souvent, les investisseurs se contentent d'acquérir des actions en bourse et ne requièrent pas leur inscription au registre des actions de la société. Afin de faciliter cette inscription, la réforme exigera désormais des sociétés cotées qu'elles veillent à ce que les investisseurs puissent soumettre leur **requête d'inscription par voie électronique**.

2.2 Assemblées générales

La réforme formalisera et modifiera certains aspects de la tenue des assemblées générales:

- **Le conseil d'administration est requis d'expliquer brièvement ses propositions:** Le conseil d'administration sera tenu, conformément à la pratique actuelle, de brièvement motiver ses propositions dans la convocation. Il est important de noter que les actionnaires qui valablement requièrent la convocation d'une assemblée générale ou l'inscription d'un objet ou d'une proposition à l'ordre du jour auront également le droit de fournir une brève explication qui devra être reproduite dans la convocation, réduisant ainsi le contrôle que les sociétés cotées exercent habituellement sur le contenu de la convocation.
- **Lieu de réunion à l'étranger:** L'assemblée générale peut se tenir à l'étranger s'il existe une base statutaire et si le lieu choisi ne rend pas excessivement difficile l'exercice des droits des actionnaires.
- **Plusieurs lieux de réunion:** Dans la mesure où les interventions sont retransmises en direct par des moyens audiovisuels sur tous les sites de réunion, une assemblée générale peut désormais se tenir simultanément dans **plusieurs lieux de réunion en Suisse et/ou à l'étranger**.
- **Assemblée générale hybride par l'utilisation de moyens électroniques:** Le conseil d'administration peut autoriser les actionnaires qui ne sont pas présents au lieu où se tient l'assemblée générale à exercer leurs droits **par voie électronique**.
- **Assemblée générale purement virtuelle:** A l'avenir, les assemblées générales pourront se tenir **de manière complètement virtuelle**, à condition que les statuts autorisent ce format. Le conseil d'administration doit s'assurer que (i) l'identité des participants est établie, (ii) les interventions sont retransmises en direct lors de l'assemblée générale, (iii) chaque participant peut formuler des propositions et prendre part aux débats et (iv) le résultat du vote ne peut pas être falsifié. Sauf cas exceptionnels, les réunions purement virtuelles sont généralement perçues négativement par les *proxy advisors*.

2.3 Décotation

La réforme **transfère la compétence d'approuver la décotation des actions du conseil d'administration aux actionnaires**. L'approbation des actionnaires est soumise à une

majorité qualifiée. Il est toutefois douteux que ce changement ait un impact significatif en pratique. Pour qu'une société cotée devienne entièrement privée, un actionnaire majoritaire doit généralement racheter les actions en mains du public par le biais d'une offre publique d'acquisition doublée d'un *squeeze-out* ; dans cette configuration, la décotation représente une simple étape technique.

2.4 Conseil d'administration

La réforme vise également à faciliter le déroulement des réunions du conseil d'administration. Outre la possibilité d'adopter des résolutions par écrit, la réforme prévoit désormais que les résolutions du conseil peuvent être adoptées par voie électronique (sans signatures), à moins qu'une discussion ne soit requise par l'un des membres du conseil. La réforme entend également clarifier le régime des **réunions virtuelles et hybrides** pour le conseil d'administration.

2.5 Capital-actions et capital-participation

Outre (i) la dénomination du capital-actions dans une monnaie étrangère (livre sterling, euro, dollar américain et yen), (ii) la possibilité de réduire la valeur nominale pour tout montant "supérieur à zéro" et (iii) l'introduction de la marge de fluctuation du capital (voir à ce sujet notre [newsletter d'octobre 2020](#)), la réforme instaure des changements qui intéressent spécifiquement les sociétés publiques.

2.5.1 Reverse stock split

Un regroupement d'actions exige actuellement le consentement unanime des actionnaires. Cette exigence rend un regroupement quasiment impossible pour les sociétés cotées. Suite à la réforme, une **décision des actionnaires à la majorité qualifiée** sera désormais suffisante.

2.5.2 Capital-participation

La réforme libéralise l'émission de bons de participation par les sociétés cotées: ces bons pourront désormais être émis à hauteur de dix fois le montant du capital-actions inscrit au registre du commerce, au lieu d'une limite de deux fois ce montant (cette dernière limite continue de s'appliquer aux sociétés privées).

2.6 Représentants indépendants

Pour les assemblées générales des sociétés cotées, un représentant indépendant doit être désigné. En pratique, le représentant indépendant détient les procurations de la majorité des actionnaires. Fréquemment, le représentant indépendant informe le conseil d'administration des instructions reçues avant l'assemblée générale. Cela peut engendrer un avantage dans une *proxy fight*: pour cette raison, la réforme prévoit que le représentant indépendant doit maintenir la confidentialité des **instructions de vote des actionnaires**. Le représentant indépendant ne peut fournir à la société que des informations d'ordre général au plus tôt trois jours ouvrables avant la tenue de l'assemblée générale.

2.7 Clause d'arbitrage dans les statuts

La réforme prévoit que les statuts peuvent désormais inclure une clause selon laquelle **un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse aura la compétence exclusive pour trancher les**

litiges relatifs au droit des sociétés. Une telle clause sera contraignante pour la société elle-même, ses organes et leurs membres, ainsi que pour tous les actionnaires. Les *proxy advisory firms* sont susceptibles d'examiner de près toute proposition visant à inclure une telle clause dans les statuts.

L'assemblée générale est modernisée par l'utilisation de moyens électroniques.

2.8 "Say on pay" et autres dispositions relatives à la rémunération des cadres

Les dispositions de l'ordonnance du Conseil Fédéral donnant suite à l'initiative contre les rémunérations excessives des membres du conseil d'administration, ainsi que des membres de la direction et du conseil consultatif (et des personnes y relatives) des sociétés cotées seront désormais intégrées dans le Code Suisse des Obligations. Il convient de relever les éléments suivants:

- **Fonctions auprès d'autres sociétés:** Les statuts doivent préciser le nombre d'activités que les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif peuvent exercer dans des fonctions similaires dans d'autres entreprises poursuivant un but économique. En outre, ces activités doivent désormais être détaillées dans le rapport de rémunération.
- **Rémunérations interdites:** (i) **les primes d'embauche** (*sign-on bonus*) qui ne compensent pas un désavantage financier établi, (ii) **les indemnités découlant d'une interdiction de faire concurrence** qui dépassent la moyenne des rémunérations des trois derniers exercices ou qui ne sont pas fondées sur une interdiction de faire concurrence justifiée par l'usage commercial, ainsi que (iii) **les indemnités relatives à un précédent mandat d'administrateur** qui ne sont pas conformes au marché sont désormais expressément interdites.

3 Bref rappel – Obligations de transparence

3.1 Représentation des sexes

Les grandes sociétés cotées doivent veiller à ce que chaque sexe soit représenté à hauteur de 30% au conseil d'administration et de 20% à la direction. Selon le modèle du **"comply or explain"**, si les quotas ne sont pas atteints, la société doit en expliquer les raisons dans son rapport de rémunération ainsi que toute mesure envisagée afin d'y remédier. Ces obligations s'appliqueront pour la première fois s'agissant du **conseil d'administration** pour l'exercice financier commençant le **1^{er} janvier 2026** ou ultérieurement et s'agissant de la **direction** pour l'exercice financier commençant le **1^{er} janvier 2031** ou ultérieurement.

3.2 Transparence dans le domaine des informations non-financières

La réforme a introduit l'obligation pour certaines sociétés de **matières premières** de rendre compte de leurs paiements aux autorités étatiques. Parallèlement à la réforme, de nouvelles dispositions exigeront des grandes entités d'intérêt public qu'elles rendent compte sur des **questions non-financières**. En outre, les sociétés qui importent et traitent des minerais issus de **zones de conflit** ou qui offrent des biens ou des services pour lesquels des soupçons légitimes de **travail des enfants** existent ont des obligations de diligence et de transparence. Les nouvelles obligations de transparences mentionnées ici s'appliquent pour la première fois en lien avec l'exercice financier commençant le 1^{er} janvier 2023 ou ultérieurement.

4 Conclusion

La réforme vise à moderniser les pratiques corporatives, en particulier pour les sociétés cotées. Cependant, les sociétés cotées font l'objet d'examen toujours plus minutieux des *proxy advisors*. Elles font également face à un activisme résurgent aussi bien dans sa forme traditionnelle que sur les questions d'ESG. Dans ce contexte, toute modification du cadre légal peut avoir une portée considérable. Il est ainsi recommandé aux sociétés cotées d'examiner leurs statuts et règlement d'organisation et d'évaluer dans quelle mesure la réforme modifiera leur mode d'opérer.



Christoph Vonlanthen
Associé Genève / Zurich
christoph.vonlanthen@swlegal.ch



Tarek Houdrouge
Associé Genève
tarek.houdrouge@swlegal.ch



Dr. Lorenzo Olgiati
Associé Zurich
lorenzo.olgiati@swlegal.ch



Pascal Hubli
Associé Zurich
pascal.hubli@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



Schellenberg Wittmer SA
Avocats

Zurich
Löwenstrasse 19
Case postale 2201
8021 Zurich / Suisse
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

Genève
15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1 / Suisse
T +41 22 707 8000
www.swlegal.ch

Singapour
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapour 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg