AVOCATS

SCHELLENBERG WITTMER

FEVRIER 2015

# Newsletter




**Auteurs:**
Lorenzo Olgiati
Marcel Jakob

CORPORATE LAW / MERGERS & ACQUISITIONS

## Lancement d'une nouvelle révision du droit de la société anonyme: l'avant-projet du Conseil fédéral en procédure de consultation

Le Conseil fédéral lance une nouvelle révision complète du droit suisse de la société anonyme, laquelle concerne les sociétés anonymes cotées et non cotées. Un avant-projet a été envoyé en procédure de consultation, qui prendra fin le 15 mars 2015. L'avant-projet contient de nombreuses nouveautés – parmi elles des améliorations souhaitées et attendues depuis longtemps et des propositions controversées.

### 1 INTRODUCTION

Le chemin vers un droit de la société anonyme révisé s'est révélé long et cahoteux jusqu'à aujourd'hui. Dès la fin 2007, le Conseil fédéral soumettait le message relatif à un projet de révision du droit de la société anonyme et comptable. Au printemps 2009, le projet a été scindé: la révision du **droit comptable** a été adopté séparément par le Parlement et est entrée en force le 1er janvier 2013 comme révision partielle du droit des obligations (cf. notre newsletter de juin 2013). Le projet de révision du **droit de la société anonyme** a été mis sur la touche suite aux débats parlementaires sur le contre-projet indirect de l'initiative populaire concernant les rémunérations excessives (initiative Minder). L'initiative Minder a été acceptée par le peuple en début d'année 2013 et est ancrée à l'art. 95 al. 3 Cst. Elle a été transposée par le Conseil fédéral par l'édiction de l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (**ORAb**) du 1er janvier 2014 (cf. notre newsletter de novembre 2013). Le Conseil fédéral a alors élaboré un **nouvel avant-projet** de **révision complète du droit de la société anonyme** et a ouvert le 28 novembre 2014 la consultation (**avant-projet**).

L'avant-projet aspire à un **agencement moderne du droit classique du droit de la société anonyme**, en particulier l'amélioration de la Corporate Governance, notamment par le renforcement des droits des actionnaires. Egalement visés sont la modernisation des règlementations sur le capital, les liens avec la comptabilité et l'assainissement. Ce projet sera complété par la règlementation sur **divers domaines spécifiques** (p. ex. représentation des genres; transparence chez les entreprises de matières premières). Finalement, le nouveau régime de rémunération des sociétés cotées selon l'ORAb devrait être désormais réglé au niveau de la loi.

## 2 CORPORATE GOVERNANCE, DROITS DES ACTIONNAIRES ET LEUR MISE EN OEUVRE

### 2.1 DÉVELOPPEMENT DE LA CORPORATE GOVERNANCE

Dans le souci d'améliorer la Corporate Goverance, l'avant-projet vise à simplifier la consultation de l'actionnariat ainsi que l'accès à l'information. A cet égard, il contient entre autres les propositions suivantes:

> Les actionnaires des sociétés **cotées** doivent pouvoir requérir la **convocation** d'une **assemblée générale** s'ils détiennent **3%** ou plus du capital-actions ou des voix (ce taux reste inchangé à 10% pour les sociétés non cotées);

> Les seuils pour demander **l'inscription d'un objet à l'ordre du jour** à l'assemblée générale doivent être abaissés à **0.25%** pour les sociétés **cotées** et **2.5%** pour les sociétés **non cotées** (à ce jour 10% ou actions totalisant une valeur nominale de CHF 1 Mio.);

"Les droits des actionnaires doivent être renforcés, en particulier pour les sociétés non cotées."

> Le conseil d'administration doit être en charge de la retranscription dans la convocation à l'assemblée générale des **propositions** sur les objets portés à l'ordre du jour et des **motivations** y relatives **d'actionnaires importants** (seuils également à 0.25% respectivement 2.5%);

> Les **droits aux renseignements** des **actionnaires** doivent être élargis; le conseil d'administration des sociétés anonymes non cotées doit, entre autres, communiquer au minimum deux fois par année les **renseignements supplémentaires**;

> Dans le **rapport de rémunération** des **sociétés cotées**, les **rémunérations individuelles** des membres de la **direction** et les **mandats** externes des membres des organes doivent être publiés. Le conseil d'administration des **sociétés non cotées** doit **informer l'assemblée générale** des rémunérations des organes.

En outre, l'avant-projet instaure une **obligation concrète** de diligence des **administrateurs**: Ces derniers doivent fixer les **indemnités** en considération "de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme", de même "qu'en adéquation avec les tâches, les prestations et la responsabilité du bénéficiaire."

Finalement, l'avant-projet aimerait moderniser **l'assemblée générale**, en rendant par exemple possible une participation en ligne ou une **assemblée générale virtuelle** (sans lieu de réunion physique). Pour les sociétés cotées, un **forum électronique** des actionnaires doit être mis à disposition afin de stimuler la discussion à l'assemblée.

### 2.2 MISE EN ŒUVRE DES DROITS DES ACTIONNAIRES

Un autre objectif du législateur est de faciliter la mise en œuvre des droits des actionnaires, qui doivent avoir un effet préventif. Concrètement, les éléments suivants sont prévus:

> Diminution des obstacles pour l'institution judiciaire d'un **examen spécial** (jusqu'alors "contrôle spécial") et pour l'**action en restitution** concernant les prestations à un organe perçues indument ou en disproportion manifeste avec la contre-prestation, entre autres par le biais d'un **renversement du fardeau de la preuve** au détriment du bénéficiaire;

> Possibilité pour les actionnaires **d'intenter à la charge de la société** une **action en responsabilité** ou une **action en restitution** (en vertu d'une décision de l'assemblée générale ou d'une autorisation judiciaire);

> Octroi de **plus de temps** pour le **dépôt de la demande en justice**, en prolongeant les délais pour intenter l'action et les délais de prescription ainsi que l'introduction de nouveaux motifs de suspension;

> Base pour l'introduction d'une **clause d'arbitrage statutaire**, selon laquelle les **litiges résultant du droit des sociétés**, également à l'encontre des actionnaires et des organes, pourraient être exclusivement tranchés par un **tribunal arbitral**.

### 2.3 DIVERSITÉ DES GENRES AU SEIN DES INSTANCES DIRIGEANTES

Par renvoi aux mesures dans l'UE relatives aux organes de surveillance, l'avant-projet requiert la **représentation des deux genres** à hauteur de **30% minimum** au sein du **conseil d'administration** et de la **direction**. Cette prescription doit prendre effet cinq ans après l'entrée en force des nouvelles dispositions et ne concerne **que les sociétés cotées**, qui **dépassent** au minimum deux des trois **seuils fixés**, soit un total du bilan de CHF 20 mios., un chiffre d'affaires de CHF 40 mios. et 250 emplois à temps plein. Si le pourcentage n'est pas atteint, les sociétés cotées concernées devraient mentionner dans le rapport de rémunération les raisons de la sous-représentation et les mesures visant à promouvoir le sexe moins bien représenté (*comply or explain*). L'avant-projet va ainsi plus loin que le *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* actualisé en automne 2014, lequel n'exige que la représentation des deux sexes au sein du conseil d'administration.

### 2.4 TRANSPARENCE DANS LES ENTREPRISES DE MATIÈRES PREMIÈRES

Sous ce titre, avec renvoi aux dispositions analogues au sein de l'UE et aux USA, les **entreprises** suisses cotées ou grandes sociétés, qui sont actives dans le domaine de la **production des matières premières** sont astreintes annuellement à publier un **rapport** étendu au groupe **sur les paiements effectués au profit de gouvernements** (p. ex. les redevances pour l'extraction de matières premières). Seuls les paiements qui atteignent CHF 120'000 sont concernés. Selon l'avant-projet, le Conseil fédéral se réserve la possibilité d'étendre cette obligation de transparence aux entreprises active dans le négoce de matières premières.

## 3 MODERNISATION DU CAPITAL, DU COMPTABILITÉ ET DE L'ASSAINISSEMENT

### 3.1 FLEXIBILISATION DES DISPOSITIONS SUR LA MODIFICATION DU CAPITAL ET DU DROIT COMPTABLE

L'avant-projet propose de renouveler et flexibiliser les règles relatives à la fondation et à la structure du capital des sociétés anonymes. De plus, les dispositions du droit

de la société anonyme concernant la comptabilité doivent être ajustées. En substance, il s'agit des aspects suivants:

> Possibilité de fixer complètement dans une **monnaie étrangère** le **capital-actions**, la **comptabilité commerciale** et la **présentation des comptes**;

> Facilitation de la constitution et de l'augmentation du capital par la **suppression** des **dispositions sur la reprise de biens**, modernisation des dispositions sur les apports en nature et fixation dans la loi de **la libération par compensation**;

"Les dispositions relatives à la fondation et la modification du capital deviennent plus flexibles et plus favorables aux investisseurs."

> **Flexibilisation** des dispositions concernant la **modification du capital**; les sociétés devraient entre autres pouvoir instituer une **marge de fluctuation du capital** (augmentation et réduction facilitées du capital-actions jusqu'à 50% dans une période de cinq ans);

> Refonte des dispositions sur les **réserves**, notamment la distinction entre les réserves issues **du capital** (y compris agio et apport de capital) et celles issues **du bénéfice**.

> Adaptation des **prescriptions sur la distribution**, en particulier l'autorisation explicite du **remboursement de l'agio** (néanmoins à des conditions limitées) et de **dividendes intermédiaires** (dividendes intérimaires ou acomptes sur dividendes).

### 3.2 DIVIDENDES DE PARTICIPATION CONTRE LE PHÉNOMÈNE DES ACTIONS DISPO

La proportion significative d'actions nominatives non inscrites dans le registre des actions de sociétés cotées (**actions dispo**) se révèle problématique lorsqu'elles nuisent à la formation de la volonté de la société. Afin de réduire la proportion d'action dispo, l'avant-projet veut permettre aux sociétés, par le biais de la possibilité d'inscrire dans les statuts, de récompenser les actionnaires avec un dividende ou un remboursement de réserves jusqu'à **20% plus élevé**, en cas d'**exercice du droit de vote**. Inversement, les montants peuvent être jusqu'à 20% plus faibles en l'absence d'exercice du droit de vote (**bonus/malus relatif aux droits de vote**).

### 3.3 OBLIGATIONS D'AGIR ÉTENDUES EN CAS D'ASSAINISSEMENTS

Le but de l'avant-projet est, en lien avec les nouveautés en droit des poursuites et faillites entrées en vigueur le 1er janvier 2014 (cf. notre newsletter d'octobre 2013), de déclencher des mesures d'assainissements plus tôt lorsque les problèmes économiques se dessinent, et de les simplifier. Le conseil d'administration doit établir un **plan de trésorerie** dès qu'il existe des **raisons sérieuses** d'admettre que la société deviendra **insolvable dans les douze mois**. S'il n'existe aucune menace d'insolvabilité, un réviseur agréé doit le vérifier et estimer qu'il est plausible. Si l'absence d'insolvabilité n'est pas rendue plausible ou si le plan de trésorerie confirme une potentielle menace d'insolvabilité, alors des mesures d'assainissements doivent, comme jusqu'alors, être proposées à l'assemblée générale. Il en va de même lorsque les comptes de résultat des **trois dernières** années font apparaître une **perte d'exercice** ou en cas de **perte s'élevant à 2/3 du capital**. De plus, une annonce au juge en cas de surendettement pourrait être repoussée jusqu'à 90 jours s'il est envisageable de supprimer le surendettement en temps utile.

## 4 RÉGIME DES RÉMUNÉRATIONS DANS LES SOCIÉTÉS COTÉES (ORAb)

Concernant le régime des rémunérations des sociétés cotées en bourse (initiative Minder), l'avant-projet se base dans une large mesure sur les dispositions de l'**ORAb**. Toutefois, l'avant-projet contient des restrictions significatives:

> Les **accords**, pratiqués par diverses sociétés, prévus **d'avance** portant sur la rémunération (vote prospectif sur la rémunération) doivent être **exclus** pour les **rémunérations variables**;

> Les sociétés doivent inscrire dans les **statuts** le **rapport maximal** admis **entre la rémunération fixe** et la **rémunération globale** du conseil d'administration et de la direction;

> **Les prohibitions de concurrence** doivent être limitées effectivement à **maximum de douze mois** et les indemnités pour leur respect doivent être **conformes à la pratique du marché**.

"Les accords prévus par avance portant sur la rémunération doivent être exclus pour les rémunérations variables des sociétés cotée."

## 5 SYNTHÈSE

Les éléments suivants ressortent d'une première lecture de l'avant-projet:

> L'avant-projet contient, **au centre de la révision** du droit de la société anonyme, de **nombreuses modernisations souhaitables**. Ainsi, il propose différentes règles flexibles (p. ex. la fondation, la modification du capital) et règle, clarifie et harmonise les dispositions à plusieurs égard (p. ex. concernant les versements des dividendes). Ceci permet de convenir d'une structure solide répondant aux besoins individuels de la société concernée et de ses investisseurs.

> Cependant, toutes les modifications prévues vont pas dans le sens d'une libéralisation du droit de la société anonyme – pourtant importante au vu de l'intense concurrence internationale. Les **sociétés anonymes non cotées** et leurs **conseils d'administration** doivent se conformer à un **corset règlementaire serré** en ce qui concerne le rapport avec les actionnaires (*Corporate Governance*). Les conseils d'administration se voient confronter à des recommandations contraignantes du législateur. Mais l'appréciation de certaines propositions est indubitablement une question de **point de vue**:

pendant que quelques actionnaires (minoritaires) saluent le renforcement de leurs droits, les sociétés concernées sont en droit de s'inquiéter des possible efforts supplémentaires auxquels elles devront faire face.

> L'avant-projet contient également **différentes propositions** qui ont un **caractère exploratoire**. Celles-ci seront examinées dans le processus législatif à **l'aune de la pratique** (p. ex. dividendes avec bonus/malus relatifs aux droits de vote; action en justice aux frais de la société; clause d'arbitrage statutaire) ou de **l'acceptation sociale** (p. ex. seuils pour la représentation des sexes au sein des organes dirigeants; obligations de publication des entreprises de matières premières).

> Notamment pour de raisons de sécurité du droit, les **limitations** plus étendues du **régime de rémunération des sociétés cotées** ne sont **pas souhaitables**. Il paraît en particulier discutable d'interdire partiellement les votes prospectifs dans la mesure où beaucoup de sociétés cotées (et leurs actionnaires) se sont décidées pour ce mode d'acceptation des rémunérations.

Une première impression du caractère acceptable de l'avant-projet résultera des prises de position des milieux intéressés, lesquelles sont attendue jusqu'à la **fin du délai de la procédure de consultation**, qui échoit **le 15 mars 2015**. Le déroulement du processus législatif n'est, pour le surplus, pas encore prévisible. L'entrée en force du droit révisé de la société anonyme n'est, selon notre appréciation, pas escompté avant 2018.

## Contacts

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'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:


A Genève:



Jean Jacques Ah Choon

Associé
jean-jacques.ahchoon@swlegal.ch



Jean-Yves de Both

Associé
jean-yves.deboth@swlegal.ch

A Zurich:



Lorenzo Olgiati

Associé
lorenzo.olgiati@swlegal.ch



Oliver Triebold

Associé
oliver.triebold@swlegal.ch



**Schellenberg Wittmer SA / Avocats**

ZURICH / Löwenstrasse 19 / Case postale 1876 / 8021 Zurich / Suisse / T +41 44 215 5252
GENÈVE / 15bis, rue des Alpes / Case postale 2088 / 1211 Genève 1 / Suisse / T +41 22 707 8000
SINGAPOUR / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapour 049909 / www.swlegal.sg

www.swlegal.ch



Cette Newsletter est disponible en français, anglais et allemand sur notre site internet www.swlegal.ch.