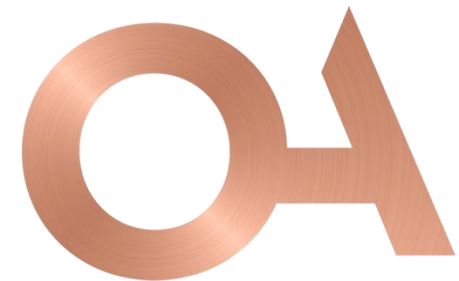




BERSON
ABELS



Réforme du droit de la Société anonyme *Made in Heaven ou Highway to Hell?*

Philipp Fischer

Webinaire du Jeune Barreau, 18 janvier 2021

Plan

- A. Principaux axes de la révision
- B. Principales modifications à retenir
 - Bloc 1: Actions, capital-actions, réserve
 - Bloc 2: Droits des actionnaires, assemblée générale
 - Bloc 3: Conseil d'administration
 - Bloc 4: Organe de révision
 - Bloc 5: Insolvabilité, perte de capital, surendettement et action en responsabilité
 - Bloc 6: Reprise de l'ORAb dans le CO
 - Bloc 7: Transparence dans les entreprises de matières premières
- C. Conclusion: *Made in Heaven* ou *Highway to Hell*?

Annexes

- Aperçu historique
- Brève chronologie de la réforme du droit de la SA

A. Principaux axes de la révision

1. Droit de la SA:

- **Moderniser** le droit de la société anonyme
- Améliorer la **gouvernance** d'entreprise, notamment dans les sociétés non cotées

2. Droit des sociétés cotées:

- Transférer dans la loi l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés cotées (**ORAb**)
- Améliorer la **représentation des sexes** dans les grandes sociétés cotées

3. Reprise du droit européen / droit US → transparence dans les sociétés extractrices de matières premières

B. Principales modifications à retenir

En général

Beaucoup de dispositions ont été clarifiées, réorganisées ou améliorées de manière ponctuelle, notamment:

- Dispositions relatives à l'augmentation du capital (650 ss)
- Dispositions relatives à la réduction du capital (qui passent de 732 ss à 653j ss)
- Représentation de l'actionnaire à l'assemblée générale (689b ss)
- Utilisation des moyens électroniques dans les relations avec les actionnaires (not. 699a, 700 IV, 701f)
- Nouveaux délais de prescription relatifs de trois ans et absolus de dix ans pour l'action en restitution et l'action en responsabilité (678a et 760 I)
- Remplacement de la triple publication à la FOSC par une seule publication



B. Principales modifications à retenir

Bloc 1: Actions, capital-actions, réserve

- Suppression de la **valeur nominale** minimum des actions ("*supérieure à zéro*") (622 IV)
- Possibilité de fixer le capital-actions dans la **monnaie étrangère** autorisée par le CF et la plus importante au regard des activités de la société (*cf.* not. 621 II-III et 629 III; *cf.* aussi 957a IV et 958d III)
- Suppression des dispositions relatives aux **reprises de biens** (fermes ou envisagées)
 - Les dispositions de 678 / 680 et la responsabilité des administrateurs sont jugées suffisantes
- Possibilité de libérer les actions par **compensation** même si la créance n'est pas couverte par des actifs (634a II). La libération par compensation doit faire l'objet d'une décision de l'assemblée générale prise à la majorité qualifiée (704 I 3)
- Délai pour inscrire une augmentation ordinaire du capital-actions passe de 3 à 6 mois (650 III)



B. Principales modifications à retenir

Bloc 1: Actions, capital-actions, réserve (suite)

- Nouvelle possibilité permettant de prévoir une **marge de fluctuation** du capital (653s ss)
 - Nécessité de prévoir une base statutaire autorisant le conseil d'administration à modifier le capital
 - Limite supérieure: $1 \frac{1}{2}$ x le capital inscrit au RC
 - Limite inférieure: $\frac{1}{2}$ du capital inscrit au RC
 - Dispositions relatives à la protection des créanciers s'appliquent au moment où le conseil décide de procéder à la réduction
 - Durée max: 5 ans
 - Suppression de l'augmentation autorisée, devenue obsolète



B. Principales modifications à retenir

Bloc 1: Actions, capital-actions, réserve (suite)

- Possibilité pour les sociétés cotées de prévoir un **capital-participations** 10 fois supérieur au capital-actions (plutôt que le double) (656b I)
- Nouvelles dispositions relatives aux **réserves**:
 - Disparition de la **réserve générale** au profit de la réserve légale issue du capital et du bénéfice (671 ss)
 - Précision de **l'ordre dans lequel les pertes doivent être compensées** (674)
 - **Déduction des pertes de la réserve légale** aux fins de calculer la part de la réserve légale issue de capital qui peut être remboursée aux actionnaires (671 II)
- Possibilité de verser un **dividende intermédiaire** (675a), aux conditions suivantes:
 - Comptes intermédiaires (*cf.* aussi 960f)
 - En principe, vérification des comptes par l'organe de révision sauf (i) si les comptes de la société ne sont pas soumis à un contrôle restreint ou (ii) tous les actionnaires approuvent le versement du dividende intérimaire et que l'exécution des créances ne s'en trouve pas compromise



B. Principales modifications à retenir

Bloc 1: Actions, capital-actions, réserve (suite)

- Améliorations ponctuelles de l'**action en restitution** (678). Le CF a renoncé au renversement du fardeau de la preuve de la bonne foi. Le Parlement a pour sa part renoncé à introduire l'action des créanciers en cas de prestations effectuées au sein du même groupe.
- Nouvelles possibilités de refuser le **transfert des actions liées** si l'acquéreur ne déclare pas (i) qu'aucun contrat sur la reprise ou la restitution desdites actions n'a été conclu (ii) qu'il supporte le risque économique lié aux actions (685d II)



B. Principales modifications à retenir

Bloc 2: Droits des actionnaires, assemblée générale

Exercice des droits des actionnaires minoritaires: nouveaux seuils						
	Demande de renseignement lors de l'AG (697 I)	Demande de renseignement en dehors de l'AG (697 II-IV)	Consultation des livres et dossiers (697a)	Requête judiciaire en vue d'ordonner un examen spécial (697c-d)	Convocation AG (699)	Inscription d'un objet à l'ordre du jour (699b)
Situation actuelle	Tout actionnaire		Tout actionnaire mais autorisation expresse AG ou CA	10% / CHF 2 mio.	10%	10% / CHF 1 mio.
Sociétés non cotées	Tout actionnaire	10%	5%	10%	10%	5%
Sociétés cotées				5%	5%	0,5%



B. Principales modifications à retenir

Bloc 2: Droits des actionnaires, assemblée générale (suite)

- Nouvelles **compétences** (explicites) de l'AG:
 - Décotation des titres (698 II 8)
 - Décision d'introduire une action en restitution et en responsabilité (678 V et 756 II)
- Possibilité pour les actionnaires de prendre les **décisions par écrit ou sous forme électronique** (701 III)
- **Représentation** des actionnaires à l'assemblée générale:
 - Obligation de prévoir un **représentant indépendant** si les statuts d'une société non cotée prévoient que la représentation ne peut être effectuée que **par un autre actionnaire** (689d)
 - **Représentation par un organe de la société** pour les sociétés non cotées maintenue (689b II)
 - Possibilité de **voter par voie électronique** (701c)
- Obligation pour le **représentant indépendant** dans les sociétés cotées de traiter les **instructions** de chaque actionnaire de manière **confidentielle** jusqu'à l'assemblée générale, sous réserve de la possibilité de fournir des renseignements généraux à la société trois jours ouvrables avant l'assemblée générale et d'indiquer lors de l'assemblée générale quelles informations il a fournies à la société (689c V)



B. Principales modifications à retenir

Bloc 2: Droits des actionnaires, assemblée générale (suite)

- Réunion de l'assemblée générale:
 - En **plusieurs lieux** et, si les statuts le prévoient, de **manière virtuelle**. Dans le dernier cas, obligation de désigner un représentant indépendant sauf, pour les sociétés non cotées, dispense statutaire adoptée à la majorité qualifiée (701a III, 701d-f et 704 I 15)
 - **A l'étranger** si (i) base statutaire adoptée à la majorité qualifiée et (ii) l'exercice des droits des actionnaires n'est pas compliqué de manière non fondée. Obligation de nommer un représentant indépendant sauf, pour les sociétés non cotées, si l'ensemble des actionnaires y renoncent (701a II, 701b et 704 I 11)
- **Voix prépondérante du président** (de nouveau) possible si base statutaire adoptée à la majorité qualifiée (703 II et 704 I 10)
- Possibilité de prévoir l'**arbitrage** si base statutaire adoptée à la majorité qualifiée (697n et 704 I 14)



B. Principales modifications à retenir

Bloc 3: Conseil d'administration

- Obligation d'élire les membres **individuellement** sauf si les statuts n'en disposent autrement ou que le président de l'assemblée générale n'en décide autrement, avec l'accord de tous les actionnaires représentés (710 II)
- Possibilité de prendre des décisions sous forme électronique par analogie aux articles 701c-e (713 II 2)
- **Délégation de la gestion** possible par défaut, à moins que les statuts n'en disposent autrement (716b I)
- Obligation en cas de **conflits d'intérêts** (i) pour le membre concerné d'informer le CA et (ii) pour le CA de prendre les mesures qui s'imposent (717a)
- Obligation pour les sociétés cotées et qui dépassent les seuils de l'article 727 I 2 (bilan: 20 mio. / CA: 40 mio. / EPT: 250) de mentionner dans le rapport de rémunération les raisons pour lesquelles la **représentation de chaque sexe** n'atteint pas au minimum 30% au sein du CA et 20% au sein de la direction et, dans ce cas, les mesures de promotion du sexe le moins représenté (734f)
 - Délai transitoire de 5 ans pour le CA et de 10 ans pour la direction (4 disp. trans.), *i.e.* **2026, resp. 2031**

B. Principales modifications à retenir

Bloc 4: Organe de révision

- Pas de changement substantiel, sous réserve que l'assemblée générale pourra révoquer l'organe de révision **pour justes motifs uniquement** (730a IV) qui devront être exposés dans l'annexe (959c II 14)

B. Principales modifications à retenir

Bloc 5: Insolvabilité, perte de capital, surendettement et action en responsabilité



- Nouvelle disposition sur l'**insolvabilité (725)**:
 - Obligation générale pour le conseil d'administration de surveiller la solvabilité (725 I)
 - Obligation pour le CA de (i) prendre des mesures visant à garantir la solvabilité si la société risque de devenir insolvable, au besoin de (ii) prendre d'autres mesures afin d'assainir la société ou de proposer de telles mesures à l'AG ou (iii) de demander le sursis concordataire (725 II)
- Maintien de la **perte de capital** à la 1/2 du capital-actions (et non aux 2/3 comme proposé par le CF) et des réserves légales issues du capital et du bénéfice qui ne sont pas remboursables aux actionnaires (**725a**)
- **Surendettement (725b)**
- Suppression de l'ajournement de la faillite (ex-art. 725a CO)
 - Le sursis concordataire est la seule procédure d'assainissement judiciaire.

B. Principales modifications à retenir

Bloc 5: Insolvabilité, perte de capital, surendettement et action en responsabilité (suite)



- Action en responsabilité
 - Dans le cadre de l'action en responsabilité, **exclusion des créances postposées** dans le calcul du dommage (757 IV)
 - Extinction du droit d'intenter l'action en responsabilité pendant 12 mois (plutôt que 6) après le vote sur la décharge pour les actionnaires qui n'y ont pas adhéré (758 II)

* Version française des dépliants fausse, corrigé dans le dépliant du 4 juin 2020



B. Principales modifications à retenir

Bloc 6: Reprise de l'ORAb dans le CO

- Reprise dans les grandes lignes **conforme de l'ORAb** (732 *ss* et *passim*), sous réserve notamment:
 - Mention dans le rapport de rémunération des activités des organes auprès d'autres entreprises (734e)
 - Interdiction de verser des indemnités à des anciens organes qui ne sont pas conformes au marché (735c III), en plus de la mention de telles indemnités (si conformes au marché) dans le rapport de rémunération (734a I 4)



B. Principales modifications à retenir

Bloc 7: Transparence dans les entreprises de matières premières

- Obligation pour les entreprises que la loi soumet au contrôle ordinaire et qui sont actives dans la production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires d'établir un **rapport annuel sur les paiements, en espèces ou en nature, dépassant CHF 100'000 par exercice, effectués au profit de gouvernements** (964a-e)
- Extension possible dans le cadre d'une procédure harmonisée à l'échelle internationale aux entreprises actives dans le négoce de matières premières (964f)
- Sanction pénale (325^{bis} CP)
- Applicable à compter de l'exercice qui commence une année après l'entrée en vigueur du nouveau droit (8 disp. trans.), *i.e.* **2022**

C. Conclusion: *Made in Heaven* ou *Highway to Hell*?

- Peu de changements révolutionnaires, mais...
- ... modernisation et flexibilisation bienvenue du droit de la société anonyme:
 - Structuration du capital-actions
 - Organisation de l'assemblée générale et du conseil d'administration
 - Distinctions ponctuelles utiles entre sociétés cotées et non cotées
- Début de la digitalisation du droit des sociétés
 - Développement parallèle affectant le droit des sociétés: loi sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués
- Intégration de dispositions de "nature politique" dans le droit de la société anonyme
- Complexité du processus législatif est un défi pour l'interprétation des nouvelles dispositions

Je vous remercie de votre attention.



Philipp Fischer
Associé, LL.M. (Harvard)
pfischer@obersonabels.com
+41 58 258 88 88

Annexe: Aperçu historique

1883*

Entrée en vigueur du Code des obligations, y compris **droit de la société anonyme**, art. 612 - 675 ([FF 1881 III 73](#))

1911

Révision complète du CO à l'occasion de l'adoption du CC – Le droit de la société anonyme n'est pas modifié

1937

Révision du droit de la société anonyme ([FF 1936 III 609](#))

1992

Révision du droit de la société anonyme ([RO 1992 733](#); [FF 1983 II 757](#))

1997

Loi sur les bourses (remplacée par la LIMF en 2016)

- admission des valeurs mobilières à la cotation → autoréglementation de la bourse
- publicité des participations
- offre publique (obligatoire) d'acquisition
- *squeeze-out*

* Les dates se réfèrent à l'entrée en vigueur.

Annexe: Aperçu historique (*suite*)

2001

Grounding de Swissair

2002

Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise (CSBP)

2004

Loi sur la fusion

2007

- Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction (663bbis et 663c)
- Annexe au CSBP regroupant les recommandations relatives à la rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction des sociétés
- Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR)

Annexe: Aperçu historique (suite)

2008

Révision complète du droit de la Sàrl , incluant également:

- **"petite" révision du droit de la société anonyme** (not. fondation unipersonnelle, renonciation à l'exigence de nationalité et domicile pour les administrateurs, renonciation à l'exigence de détenir une action pour les administrateurs, nouvelles dispositions sur les carences dans l'organisation) ([RO 2007 4791](#); [FF 2002 2949](#))
- révision du droit de la révision
- révision du droit du registre du commerce et des raisons de commerce

2010

Loi fédérale sur les titres intermédiés

2013

- Révision complète du droit comptable
- Acceptation de l'initiative Minder

2014

Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb)

Annexe: Aperçu historique (*suite*)

2015

Lex GAFI: liste des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit économiques

2019/2021

Lex GAFI^{bis}: suppression partielle et progressive des actions au porteur ([RO 2019 3161](#))

2020/2021

Révision complète du droit du registre du commerce et de l'ordonnance du registre du commerce ([RO 2020 957](#), [971](#) et [993](#))

Annexe: Brève chronologie de la réforme du droit de la SA

1993

Rapport final du groupe de réflexion "droit des sociétés"

2002

Rapports du Prof. von der Crone sur une révision partielle du droit de la société anonyme (actions sans valeur nominale, assemblée générale, gouvernance, assainissement, actions dispos, actions à droit de vote privilégié)

2003

Rapport du groupe de travail "*corporate governance*" (Profs Böckli, Huguenin et Dessemontet)

2005 – 2013

- Première tentative avortée ([08.011](#)), divisée en trois projets
 - *Projet 1*: révision du droit de la société anonyme
1^{er} AP en 2005, 1^{er} P en 2007, 1^{er} débat au CE en 2009, suspendu par le CN en 2012, renvoyé au CF en 2013 pour intégrer "*rapidement*" l'initiative Minder
 - *Projets 2 et 3*: révision du droit de la révision (nouveaux seuils) et du droit comptable adoptés en 2011 (*cf. supra*)



Annexe: Brève chronologie de la réforme du droit de la SA (*suite*)

2014-2020

- Seconde tentative ([16.077](#))
- 2^e AP en 2014, 2^e P en 2016, 2^e débat parlementaire dès 2018
- Cf. chronologie sur la *slide* suivante



Annexe: Brève chronologie de la réforme du droit de la SA (suite)

Principales étapes parlementaires

