

Update

Newsflash novembre 2016

Révision du droit de la SA

Le 23 novembre 2016, le Conseil fédéral a présenté le projet de révision du droit de la société anonyme (SA) et a transmis le message y relatif au Parlement. Les points essentiels du projet et les différences principales de celui-ci avec l'avant-projet de 2014 sont les suivants:

- › L'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb) est transposée dans le Code des obligations (CO). Par rapport à l'avant-projet du 28 novembre 2014, divers durcissements prévus n'ont pas été retenus.
- › Introduction d'un objectif de seuils de représentation des sexes de 30% au sein du conseil d'administration et de 20% au sein de la direction des grandes sociétés cotées en bourse, sur la base du principe *comply or explain*. L'objectif de l'avant-projet est ainsi préservé, le seuil de représentation pour la direction est toutefois réduit.
- › Introduction d'une obligation de publication de versements effectués au profit de gouvernements pour les grandes entreprises actives dans l'extraction de matières premières, tel qu'initialement prévu par l'avant-projet.
- › Diverses modifications du droit "ordinaire" de la SA, comme par exemple l'assouplissement de la fondation, de la dissolution et de la radiation de sociétés dans des cas simples, la possibilité de libeller le capital-actions dans une monnaie étrangère, la réduction de la valeur nominale minimale par action au-dessous d'un centime, la création d'une "marge de fluctuation du capital" afin d'augmenter la flexibilité dans la gestion des fonds propres, la précision des conditions de remboursement des réserves issues du capital et de paiement de dividendes intermédiaires, ainsi que le renforcement des droits des actionnaires dans la perspective d'une amélioration de la gouvernance d'entreprise.

Le projet de réforme sera dès à présent débattu au Parlement. L'entrée en vigueur ne devrait probablement pas avoir lieu avant 2018. Il est néanmoins conseillé aux entreprises, en particulier aux sociétés cotées, de tenir d'ores et déjà compte du projet dans leurs planifications.

En 2007 déjà, le Conseil fédéral avait adopté et soumis aux délibérations des Chambres un projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable. La partie concernant le droit comptable a été traitée séparément et est entrée en vigueur en 2013. Les délibérations au sujet de la partie concernant le droit des sociétés avaient en revanche été retardées. Avec l'acceptation de l'initiative populaire "contre les rémunérations abusives" (initiative Minder) le 3 mars 2013, le thème des rémunérations est revenu au cœur du processus législatif. Les dispositions de

l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés cotées en bourse (**ORAb**), adoptées pour la mise en œuvre de l'initiative Minder et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014, devaient être transposées dans une loi au sens formel. A cette fin, le Conseil fédéral avait élaboré et mis en consultation un avant-projet tendant à une révision du droit de la société anonyme (**l'Avant-Projet**). En tenant compte des résultats de la procédure de consultation, ce projet de loi (**le Projet**) et le **Message** y relatif furent élaborés.

Le Projet traite en substance de **trois grands thèmes**: premièrement, des règles sur les rémunérations, c.-à-d. pour l'essentiel la transposition des dispositions de l'ORAb dans le CO et dans d'autres lois fédérales, deuxièmement, des propositions en matière de seuils de représentation des sexes et de transparence dans le secteur des matières premières et, troisièmement, de nombreuses modifications du droit "ordinaire" de la société anonyme qui étaient en partie déjà prévues dans le projet de 2007 ainsi que dans l'Avant-Projet et qui concernent avant tout les domaines du capital et des réserves, de la gouvernance d'entreprise et de l'assainissement. Les **dispositions transitoires** prévoient un **délai** de deux ans pour l'**adaptation** des statuts et des règlements des entreprises.

I. Say on Pay et réglementation sur les rémunérations

La révision prévoit l'abrogation de l'ORAb, qui est une solution transitoire et dont les dispositions ont en grande partie été reprises. Il a été renoncé à certains durcissements prévus par l'Avant-Projet. Les différences avec l'ORAb actuellement en vigueur peuvent être résumées comme suit:

- › Les primes **d'embauche** versées à l'entrée en fonction ne sont permises que si elles compensent un "désavantage financier établi" lié au changement d'emploi. Le Conseil fédéral renonce ainsi au critère de la preuve de la "clarté" de l'Avant-Projet.
- › Les indemnités découlant d'une **interdiction de faire concurrence** ne peuvent être versées que si elles sont justifiées par l'usage commercial et si leur montant est conforme à la pratique du marché. Elles ne peuvent pas dépasser la **rémunération moyenne de la personne concernée lors des trois dernières années**. La limite temporelle maximale de 12 mois n'a quant à elle pas été retenue.
- › Les **rémunérations** versées en relation avec une **précédente activité** au sein d'un organe de la société sont prohibées si elles ne sont pas conformes à la pratique du marché. L'ORAb ne requiert actuellement que la publication de ces rémunérations dans la mesure où elles ne sont pas prohibées pour un autre motif (p. ex. en tant qu'indemnité de départ illicite).

- › **Le nombre maximum de mandats externes** des membres du conseil d'administration (CA) et de la direction devant être fixé dans les statuts doit porter sur tous les mandats "dans des organes supérieurs de direction ou d'administration d'autres entreprises à but économique". Les mandats externes de la direction sont aussi concernés, alors qu'ils ne sont pas restreints aux termes de l'ORAb. En ce qui concerne les mandats dans des fondations et associations, leur prise en compte pour le calcul de la limite maximale dépend de la qualification de ces entités juridiques comme "entreprises à but économique", ce qui ne sera souvent pas le cas. Les mandats externes doivent être publiés dans le rapport de rémunération.

- › **Renonciation à certains durcissements** : Le Conseil fédéral a renoncé à plusieurs durcissements relatifs à la réglementation sur les rémunérations initialement prévus par l'Avant-Projet. Ainsi, le **vote prospectif** des actionnaires sur les rémunérations variables reste permis (mais le rapport de rémunération annuel devra alors être soumis a posteriori au vote consultatif de l'AG l'année suivante) et une réglementation impérative concernant le rapport maximal entre la rémunération fixe et la rémunération globale des membres du CA et de la direction n'est plus requise. De même, il n'est plus exigé que les montants des rémunérations versées à chaque membre de la direction soient indiqués individuellement dans le **rapport de rémunération**. Au contraire, la réglementation prévue par l'ORAb, selon laquelle uniquement les montants globaux des rémunérations annuelles versées à la direction ainsi que le montant de la rémunération la plus haute prévue pour un membre de la direction doivent être communiqués, est reprise.

II. Seuils de représentation des sexes et obligation de transparence pour les entreprises de matières premières

Le Projet prévoit un **seuil de représentation des sexes de 30%** au sein du CA et de **20%** au sein de la **direction** des sociétés importantes cotées en bourse. Sont concernées les sociétés cotées en bourse qui dépassent le seuil pour un contrôle ordinaire (ce qui est généralement le cas pour des sociétés cotées en bourse). Si ces sociétés n'ont pas

atteint le taux minimum de 30%, respectivement 20%, après un **délaï transitoire de 5 ans pour les CA et de 10 ans pour la direction**, elles doivent indiquer les raisons et mentionner les mesures prévues pour promouvoir le sexe le moins représenté dans le rapport de rémunération. A la différence de l'Avant-Projet, le Conseil fédéral fait une distinction entre le seuil de représentation et le délai transitoire applicables au CA ou à la direction.

En alignement aux directives de l'Union européenne 2013/34 et 2013/50, qui prévoient également des **obligations de publication pour certaines entreprises actives dans l'extraction de matières premières**, le Projet requiert que les entreprises de matières premières que la loi soumet au contrôle ordinaire publient les versements dépassant CHF 100'000 au profit de gouvernements (l'Avant-Projet avait encore prévu un montant de CHF 120'000). Les entreprises actives uniquement dans le négoce de matières premières ne sont pas concernées. L'habilitation du Conseil fédéral à étendre le régime envisagé à de tels négociants dans le cadre d'une procédure coordonnée à l'échelon international prévue dans l'Avant-Projet n'a pas été retenue.

III. Révision du droit "ordinaire" de la société anonyme

Les modifications proposées dans le domaine du droit "ordinaire" de la société anonyme concernent la structure du capital, les mesures pour améliorer la gouvernance d'entreprise et le renforcement du droit des actionnaires et de leurs moyens de droit.

1. Structure du capital, modification du capital, réserves et distributions

Les modifications proposées portent en particulier sur les points suivants:

- › Le **capital-actions peut désormais être libellé dans une monnaie étrangère**, ce qui met fin à des incohérences entre le droit comptable (qui autorise la comptabilisation en devises étrangères) et le droit de la société anonyme, en particulier en matière de distributions.
- › La **valeur nominale minimale d'un centime est abolie**; les actions doivent pouvoir avoir n'importe quelle valeur nominale supérieure à zéro, ce qui peut p. ex. faciliter la division d'actions. La libération partielle d'actions reste possible.

- › Les **règles sur les reprises de biens (effectives ou envisagées)** qui, lors de fondations ou d'augmentations de capital, donnent lieu à des procédures compliquées et semées d'écueils juridiques, sont **abolies**.
- › Dans des cas très simples et à certaines conditions, la forme authentique n'est plus obligatoire pour **fonder, dissoudre et radier** ces sociétés du registre du commerce.
- › Introduction d'une "**marge de fluctuation du capital**", c.-à-d. la possibilité d'autoriser le CA à augmenter ou à réduire le capital-actions inscrit au registre du commerce dans une fourchette fixe dans un délai de cinq ans au maximum. Les variations de capital sont ainsi plus flexibles et rapides.
- › Il est nouvellement réglé que nul ne doit être avantagé ou désavantagé de manière non fondée, non seulement par la suppression du droit de souscription préférentiel, mais aussi par la **fixation du prix d'émission** de nouvelles actions. L'Avant-Projet prévoyait encore que le prix d'émission d'actions ne pouvait être fixé en dessous de leur valeur réelle qu'en cas de droit de souscription négociable, à moins que tous les actionnaires représentés à l'AG n'aient approuvé le prix d'émission.
- › Les dispositions sur les **réserves** sont adaptées au nouveau droit comptable et leur création et utilisation sont clarifiées. En particulier, le **remboursement des réserves issues du capital** (c.-à-d. l'agio et les autres contributions des actionnaires dépassant la valeur nominale) est autorisé. Il a été renoncé à la condition de l'attestation de vérification spécifique prévue par l'Avant-Projet.
- › La possibilité de verser un **dividende intermédiaire** est inscrite dans la loi pour les sociétés soumises à révision, pour autant qu'il existe une base statutaire et qu'un bilan intermédiaire ait été établi et vérifié.
- › Les dispositions sur les **actions propres** sont harmonisées avec le droit comptable (valeur d'acquisition des actions propres en diminution des capitaux propres).

- › Le Projet a renoncé à proposer une solution au problème des **actions dispo**. En particulier, les montants des **dividendes** plus élevés ou plus faibles (**bonus / malus** relatif au droit de vote) proposés par l'Avant-Projet n'ont **pas été retenus**.

2. Droits des actionnaires et moyens de droit

Le Projet renforce les droits des actionnaires et leurs moyens de droit dans la perspective d'une meilleure gouvernance d'entreprise. Les principales modifications proposées sont les suivantes:

- › Au sein des sociétés non cotées, les actionnaires détenant au min. 5% du capital-actions ou des voix bénéficient d'un **droit aux renseignements** en dehors de l'assemblée générale (AG). L'Avant-Projet prévoyait un tel droit pour chaque actionnaire. Le CA est ensuite tenu de répondre aux questions dans les quatre mois suivants. Quant aux obligations du CA de répondre aux questions des actionnaires deux fois par année et de faire rapport à l'AG sur les rémunérations du CA et de la direction, celles-ci n'ont pas été retenues.
- › Les conditions pour requérir un **examen spécial** sont allégées dans la mesure où la valeur seuil requise est réduite à 3% du capital-actions ou des voix dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse. Les exigences quant à la vraisemblance des faits sont aussi réduites.
- › Les conditions pour intenter une **action en restitution** de prestations perçues indûment sont allégées. L'action peut aussi être dirigée contre des personnes proches des actionnaires et des organes. La situation économique de la société n'affecte pas l'issue de la procédure.
- › Les statuts peuvent prévoir une **clause d'arbitrage** contraignante pour les litiges en matière de droit des sociétés.
- › La possibilité d'introduire certaines **actions en justice des actionnaires** aux frais de la société n'a pas été retenue.

3. Assemblée générale (AG)

Le Projet octroie plus de flexibilité dans l'organisation de l'AG, abaisse les seuils nécessaires à

l'exercice des droits des actionnaires et tente de favoriser la démocratie actionnariale. Les principales nouveautés sont les suivantes:

- › La tenue de l'AG avec (uniquement) des moyens électroniques (**assemblée générale virtuelle**) à plusieurs endroits ou à l'étranger est expressément autorisée.
- › Abaissement du **seuil** en pourcentage du capital-actions pour **requérir la convocation d'une AG** à 5% (10% pour les sociétés non cotées en bourse) et abaissement du seuil pour le **droit d'inscrire un objet ou une proposition à l'ordre du jour** à 0.5% (5% pour les sociétés non cotées en bourse). Ces seuils ont ainsi été rehaussés par rapport à ceux de l'Avant-Projet.
- › La **décotation** des titres de participation d'une société, à ce jour de la compétence du CA, requiert l'approbation de l'AG et est soumise à une majorité qualifiée.
- › Les sociétés cotées ne peuvent plus prévoir qu'un actionnaire se fasse **représenter** par un **autre actionnaire** à l'AG. Si les statuts d'une société non cotée contiennent une telle disposition, chaque actionnaire peut néanmoins exiger qu'un **représentant indépendant** soit désigné.
- › Pour les sociétés cotées, le CA doit **motiver** brièvement ses **propositions** dans la convocation à l'AG.
- › L'obligation encore contenue dans l'Avant-Projet de prévoir un **forum électronique de communication** pour les sociétés cotées n'a pas été retenue.

4. Assainissement et insolvabilité

Le Projet étend le système d'alerte précoce du droit de la SA en cas de menace d'insolvabilité à l'aspect du risque de l'incapacité de paiement et contient des règles spécifiques relatives aux obligations d'agir du CA:

- › En cas de **crainte fondée d'insolvabilité** dans les 12 mois (respectivement 6 mois pour les sociétés non soumises à un contrôle ordinaire), un **plan de trésorerie** doit être établi et la

situation économique de **l'entreprise** doit être évaluée. S'il en ressort qu'il y a une menace d'insolvabilité, le CA doit prendre des mesures d'assainissement. Il a été renoncé à l'examen de plausibilité par l'organe de révision prévu par l'Avant-Projet. La période à prendre en compte correspondante pour les sociétés que la loi ne soumet pas au contrôle ordinaire est réduite.

- › Le CA doit également prendre des mesures d'assainissement en cas de **perte d'un tiers des fonds propres**. Le Projet n'a pas retenu les devoirs d'aviser en cas de perte annuelle élevée et en cas de pertes durant trois années consécutives.
- › Le devoir **d'aviser** le juge en cas de crainte fondée de surendettement demeure. Il est cependant possible d'y surseoir non seulement en cas de postposition de créance, mais aussi

pendant 90 jours en cas de **perspectives raisonnables d'assainissement**. Ainsi, une incertitude du droit actuel quant au délai est éliminée.

IV. Perspectives

La prochaine étape consiste en la soumission du Projet aux débats parlementaires. Une entrée en vigueur de la loi avant 2018 semble peu probable. Il est néanmoins conseillé, en particulier pour les sociétés cotées, de suivre l'évolution de la révision et de la prendre en considération dans leurs planifications.

Lenz & Staehelin suivra les prochaines étapes de la révision du droit de la SA et vous informera des développements importants. Nous sommes à votre disposition pour toute question que vous pourriez avoir à ce sujet.

Contacts

Genève / Lausanne

Andreas Rötheli
andreas.roetheli@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 70 00

Jacques Iffland
jacques.iffland@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 70 00

David Ledermann
david.ledermann@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 70 00

Zurich

Patrick Schleiffer
patrick.schleiffer@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 80 00

Matthias Wolf
matthias.wolf@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 80 00

Hans-Jakob Diem
hans-jakob.diem@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 80 00

Nos Bureaux

Genève

Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 6
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

Zurich

Lenz & Staehelin
Bleicherweg 58
CH-8027 Zürich
Tél: +41 58 450 80 00
Fax: +41 58 450 80 01

Lausanne

Lenz & Staehelin
Avenue du Tribunal-Fédéral 34
CH-1005 Lausanne
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

www.lenzstaehelin.com