

Soirées d'études juridiques JdT/OAV du 18 mai 2021

Grandes lignes de la révision du droit de la société anonyme

Jean-Luc Chenaux, Docteur en droit, Avocat associé de l'étude
Kellerhals Carrard et Professeur à la Faculté de droit de l'Université
de Lausanne

Plan

- I. Processus législatif**
- II. Lignes de force de la révision**
- III. Protection du capital**
- IV. Démocratie actionnariale et digitalisation**
- V. Droits des actionnaires**
- VI. Transposition *ORAb (Minder)***
- VII. Thèmes socio-politiques**
- VIII. Conclusion**

”

I. PROCESSUS LÉGISLATIF

Processus législatif long et chaotique

- Dernière révision: 1991
- Avant-projet (1) du 2 décembre 2005
- Message et projet (1) du 21 décembre 2007
- Initiative Minder, du 26 février 2008 (acceptation le 3 mars 2013)
- Ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb, du 20 novembre 2013)
- Avant-projet (2) du 28 novembre 2014
- Initiative «Entreprises responsables», du 10 octobre 2016 (rejet le 29 novembre 2020)
- Message et projet (2) du 23 décembre 2016
- Contre-projet indirect à l'initiative «Entreprises responsables» (19 juin 2020)

Processus législatif long et chaotique

- Adoption de la loi modifiant le CO (conférence de conciliation): 19 juin 2020
- Entrée en vigueur:
 - seuils de représentation des sexes et obligations de transparence des entreprises minières: 01.01.2021
 - autres dispositions: 01.01.2023 (vraisemblablement)

Impact d'autres révisions législatives

LBVM (bourses) (1997)

LFus (restructurations) (2004)

LSR (révision) (2007)

Révision Sàrl/petite révision SA (2008)

LTI (titres intermédiés) (2009)

Droit comptable (2013)

Lex GAFI (devoirs d'annonce) (2015)

LIMF (2016)

Lex GAFI^{bis} (suppression actions au porteur) (2019)

LEFin/LSFin (prospectus) (2020)

ORC (2020)

LTRD (*blockchain*) (2021)

”

II. LIGNES DE FORCE DE LA RÉVISION

Lignes de force de la révision

- **Flexibilisation et modernisation du droit de la SA**
 - Marge de fluctuation du capital
 - Digitalisation (modalités décisions AG et CA; communication des/aux actionnaires)
- **Renforcement des droits des actionnaires**
 - Abaissement des seuils /assouplissement des conditions
- **Transposition de l'ORAb**
- **Inclusion de thèmes socio-politiques**
 - Egalités des genres
 - Diligence spécifique et transparence accrue pour certaines entreprises
 - *Reporting* extra-financier des grandes entreprises
- **Allégements et harmonisation avec d'autres réformes**

”

III. PROTECTION DU CAPITAL

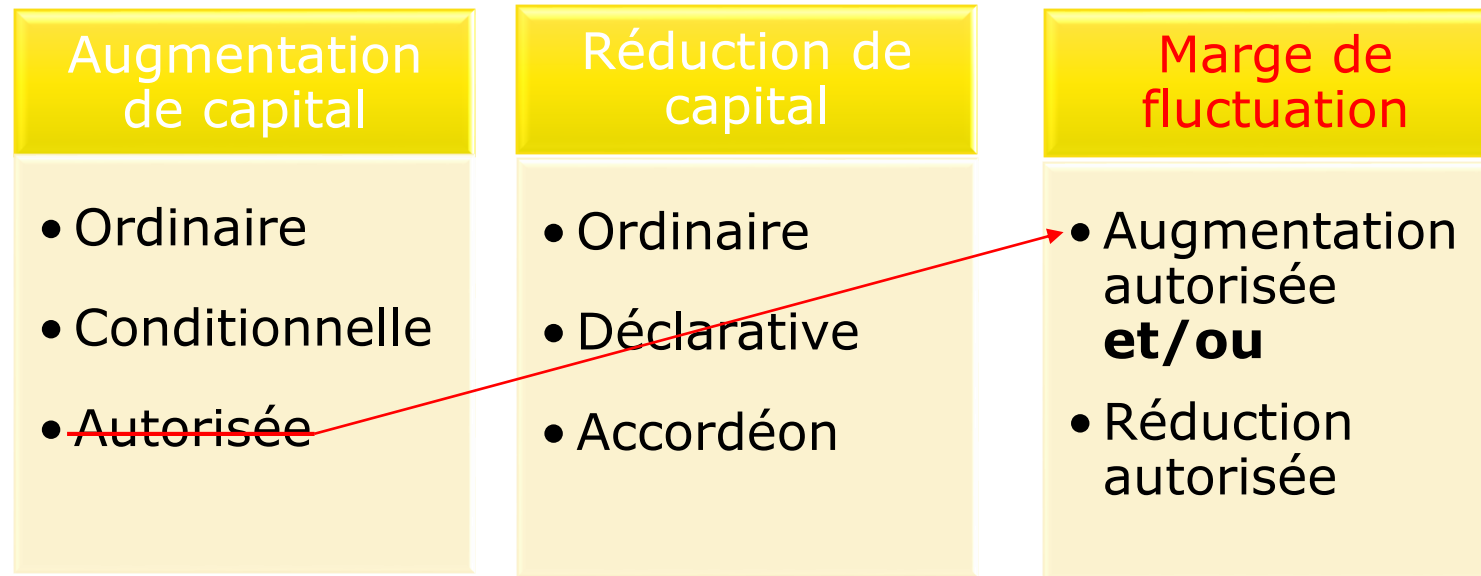
Constitution du capital social

- Valeur nominale de l'action **supérieure à zéro** (nCO 622 al. 4)
- Fixation possible (à la constitution ou en cours de vie sociale) du capital social en **monnaie étrangère** (autorisée par le CF) la plus importante au regard des activités de la société (nCO 621 al. 2 et 3; 704 al. 1 ch. 9; cf. CO 957a al. 4 et 958d al.3)
- **Capital-participation coté en bourse** peut être **10 x supérieur** (au lieu de 2x pour bons non cotés) au capital-actions (nCO 656b al. 1)

Constitution du capital social

- Libération:
 - En espèces: monnaie du capital ou autre monnaie librement convertible
 - En nature: apports **activables, transférables, disponibles et réalisables** (acte authentique unique si immeubles sis dans différents cantons)
 - **Compensation de créance**: même pour créance dépréciée; publicité statutaire (nCO 634a al. 2; nCO 704 al. 1 ch. 3)
 - Conversion de fonds propres librement disponibles en cas d'augmentation du capital (nCO 650 al. 2 ch. 6)
 - **Suppression de la reprise de biens** (effective ou envisagée)

Flexibilisation du capital-actions



Augmentation du capital

A. Ordinaire

- Délai d'exécution allongé de 3 à 6 mois (nCO 650 al. 3)
- Indication d'un montant nominal maximal possible (nCO 650 al. 2 ch 1)
- Fondement objectif dans la fixation du prix d'émission (nCO 652b al. 4: «nul ne doit être avantagé ou désavantagé de manière non fondée...»)

B. Conditionnelle

- Elargissement du cercle des bénéficiaires aux administrateurs, actionnaires, sociétés affiliées et tiers (nCO 653)

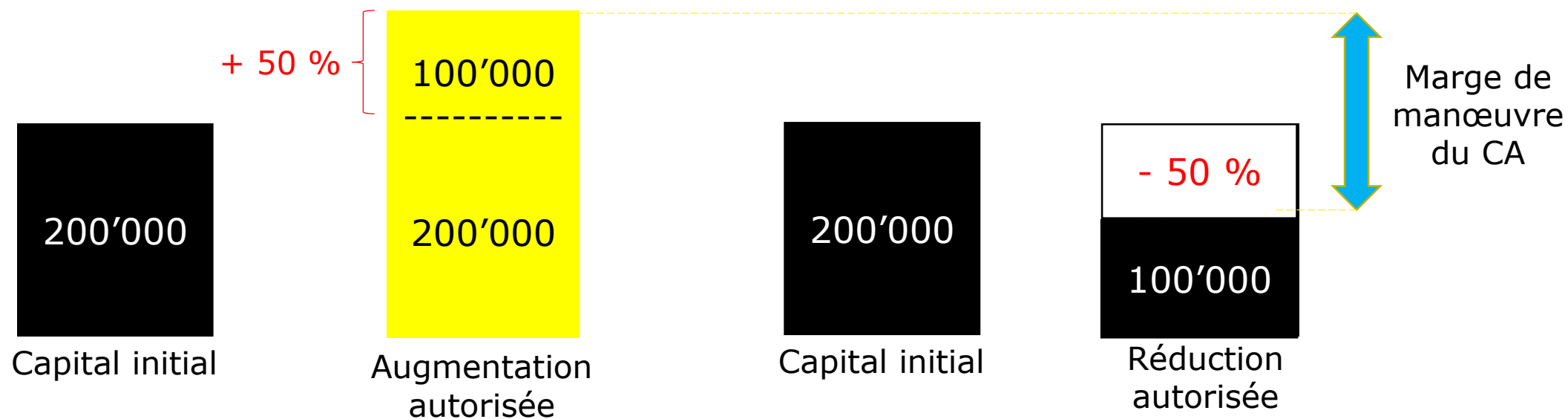
Réduction ordinaire du capital

- Allègements, clarifications et accélération de la procédure :
 - **Une seule publication** aux créanciers (nCO 653k), avant ou après AG
 - Attestation de vérification du réviseur doit se fonder sur comptes (le cas échéant intermédiaires) **et sur appel aux créanciers** (nCO 653m)
 - Accélération procédure (garantie des créanciers: 30 jours dès publication; CO 653k al. 2, exécution : 6 mois; nCO 653j al. 4)
 - Exécution créance réputée non compromise si attestation de vérification (nCO 653k al. 3)

Marge de fluctuation (*Kapitalband*)

Augmentation autorisée

Réduction autorisée



Marge de fluctuation du capital

- Autorisation statutaire donnée au CA **d'augmenter ou réduire** le capital (nCO 653s)
- Condition pour la réduction autorisée: pas d'*opting out* (nCO 653s al. 4)
- Majorité qualifiée (nCO 704 al. 1 ch 5)
- Limites supérieures et inférieures (nCO 653s)
- Protection des créanciers lors de la décision de réduction (nCO 653u al. 3)
- Sort de l'autorisation en cas d'augmentation (ordinaire ou conditionnelle), réduction ou modification monnaie du capital par l'AG (nCO 653v)
- **5 ans maximum** (nCO 653s al. 1)

Dividendes intermédiaires

- Licéité de principe confirmant pratique (nCO 675a)
- Utilité particulière au sein des groupes de sociétés
- Décision AG **même sans base statutaire**
- **Comptes intermédiaires** (cf. CO 960f)
- **Vérification des comptes**, sauf si *opting out* ou approbation du dividende par tous les actionnaires et exécution des créances non compromise
- Vérification **conformité emploi du bénéfice** (CO 728 al. 1 ch. 2/ 729 al. 1 ch. 2) reste applicable (mais non rappelée à nCO 675 al. 3)

Insolvabilité, perte de capital et surendettement

- Première et nouvelle alerte: **insolvabilité** (nCO 725)
 - Obligation du CA de surveiller et, si risque, adopter des mesures de «garantie» de la solvabilité
 - Au besoin, mesures d'assainissement, soumises à l'AG si compétente
 - Le cas échéant, demande de sursis concordataire (LP 293 lit.a)
- Deuxième alerte: **perte de capital** (nCO 725a)
 - Seuil de 50% du capital et des réserves légales maintenu
 - Suppression de la convocation obligatoire de l'AG
 - Révision obligatoire des derniers comptes annuels avant approbation par AG, même si *opting-out* (sauf demande de sursis concordataire)

Insolvabilité, perte de capital et surendettement

- Troisième alerte: **surendettement** (nCO 725b):
 - Surendettement doit résulter des comptes établis (immédiatement dès raisons sérieuses....) à valeur de continuation ou de liquidation (pas de changement)
 - Délai de grâce de **90 jours** (maximum) après comptes intermédiaires, si exécution des créances pas davantage compromise
 - Pas de codification de la postposition, sauf inclusion des **intérêts**
- **Suppression de l'ajournement de faillite** (intégré dans sursis concordataire) (nLP 173a al. 2; 293a al.2)

Réserves

- Distinction entre **réserve légale issue du capital** et **réserve légale issue du bénéfice** (remplace la réserve générale) (nCO 671 et 672)
- Attribution de 5% du bénéfice jusqu'à ce que la réserve légale issue du bénéfice atteigne 50% (ancien droit: 20%) du capital social (cap-actions et participation) (ou 20% pour les holdings)
- Suppression de la deuxième attribution en cas de superdividende (supérieur à 5%)
- Suppression de la réserve pour actions propres (sauf actions détenues par entreprise contrôlée: nCO 659b al. 2): comptabilisation en diminution des capitaux propres (nCO 959a al. 3 lit. e)

”

***IV. DÉMOCRATIE ACTIONNARIALE
ET DIGITALISATION***

Elargissement des droits et abaissement des seuils

| Nature du droit | Droit positif | Nouveau droit | |
|--|---------------------------------|--|-------------|
| | Sociétés | Non cotées | Cotées |
| Renseignements hors AG* (nCO 697) | N.A. | 10% | N.A. |
| Consultation livres** (nCO 697a) | 1 action (+ accord AG ou CA) | 5% | 5 % |
| Inscription objet (ncO 699b) | 10 % cap-actions VN 1 mio | 5% | 0,5% |
| Convocation AG*** (nCO 699) | 10 % cap-actions | 10% | 5% |
| Examen spécial (nCO 697d) | 10% cap-actions VN 2 mio | 10%* | 5%* |
| Dissolution (nCO 736) | 10 % cap-actions | 10%* | 10%* |
| * Réponse CA dans les 60 jours Refus: action dans les 30 jours ** Dans les 4 mois *** Dans les 60 jours | | * Capital-actions ou voix ou capital-participation: Calcul distinct des seuils (nCO 656 b al.4) | |

Démocratie actionnariale et digitalisation

- **Communication électronique:** rapports de gestion et révision (nCO 699a); informations détaillées concernant objets à l'ordre du jour (nCO 700 al. 4); inscription au registre des actions de sociétés cotées (nCO 686 al. 2 bis); exercice des droits de vote (nCO 701c); décisions AG universelle (nCO 701 al. 3); décisions CA (nCO 713 al. ch. 2)
- **Localisation:**
 - Codification de la licéité de l'AG **multisites** si retransmission en direct par moyens audiovisuels sur tous les sites (nCO 701a)
 - AG **à l'étranger** si (i) base statutaire (ii) représentant indépendant (sauf accord unanime des actionnaires pour les sociétés privées) (nCO 701b) (iii) exercice des droits de l'actionnaire pas rendu compliqué de manière non fondée (nCO 701a al. 2; 704d al. 1 ch. 11)

Démocratie actionnariale et digitalisation

- **AG virtuelle:**
 - (i) base statutaire
 - (ii) représentant indépendant (sauf dispense statutaire pour sociétés privées: nCO 704 al. 1 ch. 15) et
 - (iii) exigences techniques (identification, immédiateté,...) respectées (nCO 701 d-f)

Ajustement/élargissement compétences AG

A. Majorité simple (nCO 703)

- Actions en **responsabilité** (nCO 756 al. 2) ou en **restitution** (nCO 678 al. 5)
- Révocation organe révision pour **justes motifs** seulement (nCO 730 al. 4)
- Exclusion statutaire **délégation gestion** (règle par défaut) (nCO 716b al. 1)
- **Election en bloc** des administrateurs possible dans sociétés non cotées si prévue statutairement ou unanimité actionnaires (nCO 710 al. 2)

B. Catalogue élargi des décisions soumises à majorité qualifiée (nCO 704), dont:

- **Décotation** (nCO 698 al. 2 ch. 8)
- **Clause d'arbitrage** liant (en principe) société, organes et actionnaires (nCO 704 ch. 14; cf. 697n: en Suisse; CPC, à l'exclusion de LDIP)

”

V. DROITS DES ACTIONNAIRES

Examen spécial / action en responsabilité

A. Examen spécial

- Violation **de nature à porter préjudice** à la société ou aux actionnaires (nCO 697b)

B. Responsabilité

- Hors faillite: compétence d'ouvrir action étendue à l'AG (nCO 756 al. 2)
- Après décharge: délai prolongé à **12 mois** et suspendu pendant examen spécial (nCO 758 al. 2)
- En cas de faillite: **créances postposées non comprises dans le dommage** (nCO 757 al. 4)
- Prescription: 3/10 ans – suspension durant procédure d'examen spécial (nCO 760)

Action en restitution de prestations

- Objectif nCO 678: amélioration efficacité du régime de sanction des sorties d'actifs injustifiées
- Légitimation active: actionnaire ou société, par décision CA **ou AG** (mais pas créanciers)
- Légitimation passive: organes exécutifs, actionnaires et proches
Conditions:
 - Caractère indu ou manifestement disproportionné des prestations versées (dividendes, réserves légales, rémunération, etc...)
 - **suppression du critère de mauvaise foi** du bénéficiaire
 - **suppression du critère de situation économique** de la société
- Prescription: 3/10 ans – suspension durant procédure d'examen spécial (nCO 678a)

Représentation, transfert d'actions

- Droit à la désignation d'un **représentant indépendant** ou membre d'un organe si les statuts de la société non cotée limitent la représentation à un autre actionnaire (nCO 689d al. 2)
- Droit à la **confidentialité** des instructions au représentant indépendant d'une société cotée (nCO 689c al. 5)
- Moyen supplémentaire de refus du transfert d'actions nominatives liées cotées en bourse: si l'acquéreur ne déclare pas (i) qu'aucun contrat de **prêts de titres** n'a été conclu et (ii) qu'il supporte le risque économique lié aux actions (nCO 685d al. 2 CO)

”

VI. TRANSPOSITION ORAB

Modifications principales de l'ORAb

- **Vote consultatif** sur le rapport de rémunération en cas de vote prospectif sur la rémunération (nCO 735 al. 3 ch. 4)
- Admissibilité des **primes d'embauche** compensant un désavantage financier (nCO 735c ch. 4)
- Admissibilité des **indemnités de prohibition de concurrence** (justifiée par l'usage commercial) ne dépassant pas rémunération moyenne des trois derniers exercices (nCO 735c ch. 2)
- Interdiction du versement d'indemnités non conformes au marché à d'anciens organes (nCO 735c ch. 3)
- Mention dans rapport de rémunération d'activités dans d'autres entreprises (nCO 734e)

”

VII. THÈMES SOCIO-POLITIQUES

Promotion de la représentativité des sexes

A. Représentation des genres dans les organes exécutifs

- Mention dans le rapport de rémunération des sociétés économiquement importantes (contrôle ordinaire) des raisons pour lesquelles la représentation de chaque sexe n'atteint pas au minimum **30%** au sein du conseil d'administration et **20%** au sein de la direction et (ii) des mesures de promotion du sexe le moins représenté (nCO 734f)
- Délai transitoire de 5 ans pour le CA et de 10 ans pour la direction (DT 4)

Responsabilité sociale

B. Diligence spécifique et transparence

- Devoirs de diligence dans la chaîne d'approvisionnement et de *reporting* spécifique pour les sociétés actives dans le secteur des **minerais ou métaux précieux** provenant de zones de conflit ou si soupçons de **travail des enfants** à l'origine des biens ou services offerts, sous réserve d'exceptions existant pour les « entreprises à faible risque » et les PME (nCO 964 *quinquies*)
- Obligation de rapport consolidé pour les **grandes sociétés de production de minerais, pétrole ou gaz naturel ou actives dans l'exploitation de forêts primaires** de publier les paiements (en espèces ou en nature), supérieurs à CHF 100'000.- par exercice, effectués au profit de gouvernements (CO 964a)

Responsabilité sociétale

B. Diligence spécifique et transparence (suite)

- Obligation de **reporting extrafinancier** sur des questions environnementales, sociales, de personnel, du respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption **pour les entreprises importantes** (à partir d'un effectif consolidé de 500 collaborateurs et d'un total du bilan de CHF 20 millions ou d'un chiffre d'affaires de CHF 40 millions au cours de deux exercices consécutifs) (CO 964 bis et suivants)

”

VIII. CONCLUSION

Quelques thèmes non traités ou abandonnés

- Rôle et portée du capital social
- Simplification des règles de constitution
- Réforme profonde du droit de la responsabilité
- Réglementation détaillée des conflits d'intérêts au sein du CA (cf. la réglementation sommaire de nCO 717a)
- Forum d'actionnaires
- Actions de loyauté
- Réglementation des *Proxy Advisors* (Motion Minder)
- Droit des groupes

Portée de la révision

- Affirmation des règles de protection du capital et du principe de parité
- Elargissement de la brèche dans l'unité du droit de la SA: développement du régime spécifique aux sociétés ouvertes au public
- Renforcement des droits des actionnaires
- Digitalisation
- Incursion de thèmes socio-politiques
- Développement parallèle des législations transversales: «*same business, same risks, same rules*»

En bref: modernisation, assouplissement et politisation du droit de la SA