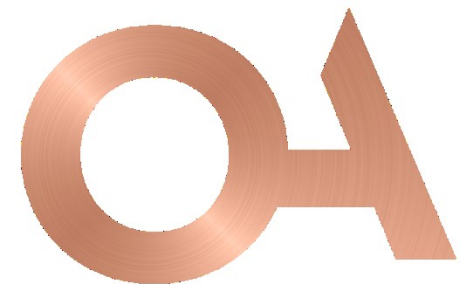




BERSON
ABELS



LA RÉFORME DU DROIT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

SGDL – 8 juin 2020 – update du 18 juin 2020

Sébastien Bettschart

Plan

- A. Aperçu historique
- B. Chronologie de la révision actuelle du droit de la société anonyme
- C. Principaux thèmes de la révision du droit de la société anonyme
- D. Principales modifications à retenir (SE&O)
- E. Principaux éléments qui n'ont pas été retenus par le CF dans le 2^e projet
- F. Principaux éléments qui n'ont pas été retenus par le Parlement
- G. Dernières divergences: propositions de la conférence de conciliation
- H. Conclusion

A. 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 complète du droit de la société anonyme ([FF 1936 III 609](#))

1992

Révision complète du droit de la société anonyme

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

A. 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 (663b^{bis} 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)

A. 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)
- 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)

A. 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)

A. Aperçu historique (*suite*)

Quelques autres projets en cours

- Projet de loi sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite (FF 2019 5005)
 - Codification de la jurisprudence concernant l'interdiction de transfert de manteau d'actions (*cf.* not. 684a P)
 - Suppression de la possibilité d'effectuer un *opting-out* rétroactif (*cf.* 727a II, 2^e phrase, P)
- Projet de loi sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués (FF 2020 223)
 - Emission et transfert des actions sous forme de droits-valeurs inscrits (*cf.* not. 622 I^{bis} et 973d-i P)
- Motion du CE (Minder), suivie par le CN et soutenue par le CF, sur l'activité des conseillers de vote auprès des sociétés cotées en bourse (19.4122)

Beaucoup de mouvements exogènes qui influencent le droit de la société anonyme et les dispositions qui lui sont intimement liées. En revanche, le droit de fond de la société anonyme s'est avéré d'une grande stabilité.

B. Chronologie de la révision actuelle du droit de la société anonyme

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](#))
- *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
- *Projets 2 et 3*: révision du droit de la révision (nouveaux seuils) et du droit comptable adoptés en 2011 (*cf. supra*)

B. Chronologie de la révision actuelle du droit de la société anonyme (*suite*)

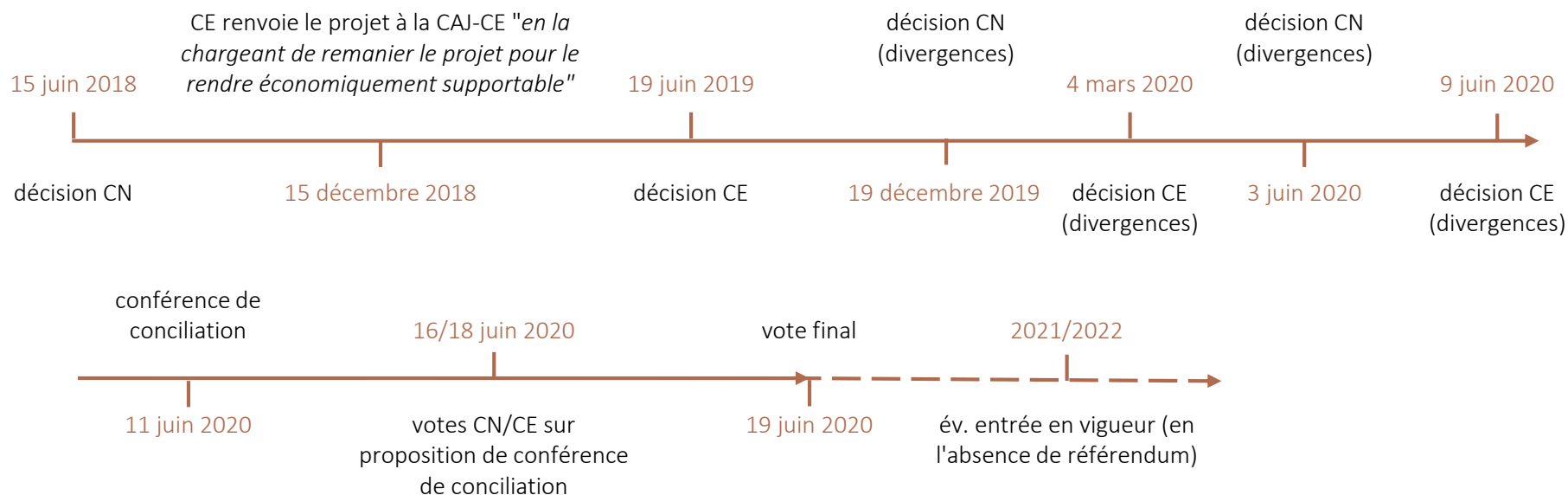
2014-2020

- Seconde tentative ([16.077](#))
- 2^e AP en 2014, 2^e P en 2016, 2^e débat parlementaire dès 2018
- *Projet 1*: révision du droit de la société anonyme (*cf.* slide suivant)
- *Projet 2 (dès 2018)*: contre-projets indirects à l'initiative populaire "Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement"
 - Approbation par le CN (le 8 juin 2020) et le CE (le 9 juin 2020) de la proposition de la conférence de conciliation (4 juin 2020) reprenant le contre-projet le plus modeste (celui du CE). Les initiants ont annoncé qu'ils ne retireront pas leur initiative dans ce cas.
 - Vote final: 19 juin 2020



B. Chronologie de la révision actuelle du droit de la société anonyme (*suite*)

Projet 1: principales étapes parlementaires



C. Principaux thèmes de la révision du droit de la société anonyme

- Moderniser le droit de la société anonyme
- Améliorer la **gouvernance** d'entreprise, notamment dans les sociétés non 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
- Régler la **transparence** dans les sociétés extractrices de **matières premières**

D. Principales modifications à retenir (SE&O)

1. 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

D. Principales modifications à retenir (SE&O)

2. 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)

D. Principales modifications à retenir (SE&O)

2. *Actions, capital-actions, réserve (suite)*

- Introduction d'une **marge de fluctuation** du capital (653s ss)
 - Nécessité de prévoir une base statutaire
 - 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

D. Principales modifications à retenir (SE&O)

2. Actions, capital-actions, réserve (suite)

- Pour les sociétés cotées, le **capital-participations** pourra être 10 fois supérieur au capital-actions (plutôt que le double) (656b I)
- Disparition de la réserve générale au profit de la réserve légale issue du capital et du bénéfice (671 ss); l'ordre dans lequel les pertes doivent être compensées est précisé (674); les pertes doivent être déduites de la réserve légale issue du capital aux fins de calculer la part 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 si les comptes de la société ne sont pas soumis à un contrôle restreint (ce qui va de soi à mon sens) ou si tous les actionnaires approuvent le versement du dividende intérimaire et que l'exécution des créances ne s'en trouve pas compromise
 - *Quid* vérification de la proposition de verser un dividende (728a I 2 et 729 I 2)?

D. Principales modifications à retenir (SE&O)

2. *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)



D. Principales modifications à retenir (SE&O)

3. Droits des actionnaires, assemblée générale

- Obligation de prévoir un **représentant indépendant** si les statuts d'une société non cotée prévoient que la représentation à l'assemblée générale ne peut être effectuée que par un autre actionnaire (689d)
- La **représentation par un organe de la société** pour les sociétés non cotées est finalement maintenue (cf. not. 689b II-III)

Nouveaux seuils s'agissant de l'exercice des droits des actionnaires minoritaires						
	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	Pas prévu	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	Tout actionnaire		5%	5%*	5%	0,5%**

* Seuils augmentés par le Parlement

** Version française du P fausse (1%)

D. Principales modifications à retenir (SE&O)

3. Droits des actionnaires, assemblée générale (suite)

- Possibilité de soumettre les différends relevant du droit des sociétés à l'**arbitrage** (697n)
- 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)
- Possibilité de tenir l'assemblée générale en plusieurs lieux et, si les statuts le prévoient, de manière virtuelle (701a et 701d-f). Dans le dernier cas, obligation de désigner un représentant indépendant sauf dispense statutaire pour les sociétés non cotées
- Possibilité pour les actionnaires de voter par voie électronique (701c)
- **Voix prépondérante du président** (de nouveau) possible si prévue dans les statuts (703 II^{bis})

D. Principales modifications à retenir (SE&O)

4. 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 de mentionner pour quelle raison la **représentation de chaque sexe** et les mesures de promotion du sexe le moins représenté si la représentation de chaque sexe n'atteint pas au minimum 30% au sein du CA et 20% au sein de la direction (734f)
 - Délai transitoire de 5 ans pour le CA et de 10 ans pour la direction (4 disp. trans.)
 - A occupé une place disproportionnée dans les débats parlementaires compte tenu de l'enjeu somme toute limité de la proposition faite par le CF

D. Principales modifications à retenir (SE&O)

5. *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)
 - Reprise du droit européen

D. Principales modifications à retenir (SE&O)

6. *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 prendre des mesures visant à garantir la solvabilité si la société risque de devenir insolvable, au besoin de prendre d'autres mesures afin d'assainir la société ou de proposer de telles mesures à l'AG (725 I^{bis})
 - En revanche, l'établissement d'un plan de trésorerie (qui va de soi) a disparu. De même, l'idée quelque peu saugrenue du CN selon laquelle le CA "... *surveille et garantit...*" la solvabilité de la société
- 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)

Essentiellement des clarifications rédactionnelles, mais deux divergences subsistaient:

- Sur proposition de la conférence de conciliation, suppression de la condition ajoutée par le CN selon laquelle l'avis au juge peut être évité en cas de postposition "... *pour autant qu'il existe des **raisons d'admettre que la société pourra être assainie***" (725b IV 1)

D. Principales modifications à retenir (SE&O)

6. *Insolvabilité, perte de capital, surendettement et action en responsabilité (suite)*



- Possibilité de ne pas aviser le juge "*... aussi longtemps qu'il existe des raisons sérieuses d'admettre qu'il est possible de supprimer le surendettement en temps utile, mais au plus dans les 90 jours qui suivent l'établissement des bilans intermédiaires, et que l'exécution des créances ne s'en trouve pas davantage compromise*"* (version du CN; 725b IV 2)
- Action en responsabilité
 - Dans le cadre de l'action en responsabilité, **exclusion des créances postposées** dans le calcul du dommage (757 IV)
Vote à l'unanimité (!) du CN en 3^e lecture suite à une proposition de la minorité de sa commission
 - 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 (757 II)

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

D. Principales modifications à retenir (SE&O)

7. Reprise de l'ORAb dans le CO

- Reprise dans les grandes lignes **conforme de l'ORAb** (732 ss et *passim*), sous réserve notamment:
 - Rapport de rémunération doit mentionner les 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 IV), en plus de la mention dans le rapport de rémunération (734a I 4)
- Pas d'interdiction spécifique (introduite initialement par le CE) des rémunérations versées en cas de changement de contrôle et ou dans le cadre de conventions d'annulation (735c II^{bis-ter}).



D. Principales modifications à retenir (SE&O)

8. *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.)



E. Principaux éléments qui n'ont pas été retenus par le CF dans le 2^e projet

- Possibilité de prévoir dans les statuts que le CA doit soumettre certaines décisions à l'**approbation de l'AG** (cf. 811 pour la Sàrl) (716b P 2007)
- Suppression de la **libération partielle** des actions (632 AP 2014)
- Extension à toutes les entreprises de l'obligation d'établir les **comptes consolidés** selon un norme comptable reconnue couplée à un relèvement des seuils applicables au devoir de consolider (963a et 963b I AP 2014)
- Droit d'intenter une action en restitution ou en responsabilité en paiement à la société **aux frais de la société** (697j-k AP 2014)
 - A survécu l'article 107 ^lbis CPC (entrée en vigueur le 1er janvier 2021), selon lequel le tribunal peut répartir les frais entre la société et le demandeur selon son appréciation en cas de rejet d'une action du droit des sociétés en paiement à la société
- Réglementation des **actions dispo** (déjà abandonnée dans l'AP de 2007 faute de solution satisfaisante), notamment par la voie de l'actionnaire fiduciaire (cf. Message du CF in [FF 2016 395](#))

F. Principaux éléments qui n'ont pas été retenus par le Parlement

- **Forme écrite** pour les constitutions et augmentations "simples", ainsi que la décision de dissolution
- Majorité à l'assemblée générale calculée sur la base des **voix exprimées**, *i.e.* sans compter les abstentions (703)
- **Responsabilité solidaire de l'organe de révision** limitée au montant auquel il serait tenu à la suite du recours interne (759 II)



G. Dernières divergences: propositions de la conférence de conciliation

- **Abandon (provisoire) des actions dites de loyauté** (*i.e.* actions qui sont inscrites dans le registre des actions depuis deux ans au moins avec droit de vote) proposées par le CN selon le modèle suivant:
 - Prix d'émission inférieur de 20% au plus (*cf.* not. 652b V)
 - Droits de souscription de priorité jusqu'à 20% de l'augmentation du capital (*cf.* not. 652b^{bis})
 - Dividende supérieur de 20% au plus (*cf.* not. 661a)
- ⇒ Un postulat a été adopté pour que le CF examine les avantages, les inconvénients et les conséquences potentiels des "actions de loyauté" ([18.4092](#))
- En principe, vérification des **comptes intermédiaires** par l'organe de révision en vue du versement d'un dividende intermédiaire (675a II; *cf. supra*)
- Obligation pour le **représentant indépendant** dans les sociétés cotées de traiter les **instructions** de chaque actionnaire de manière **confidentielle** jusqu'à l'assemblée générale (689c IV^{bis}), 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 IV^{bis})



G. Dernières divergences: propositions de la conférence de conciliation (suite)

- Possibilité de tenir l'**assemblée générale à l'étranger** en principe avec l'obligation de nommer un représentant indépendant pourvu qu'une base statutaire adoptée à une majorité qualifiée le prévoit et que cela ne complique pas l'exercice des droits des actionnaires de manière non fondée (701a I^{bis}, 701b et 704 I 9^{ter})
- Suppression de la condition ajoutée par le CN selon laquelle l'avis au juge peut être évité en cas de postposition "... *pour autant qu'il existe des raisons d'admettre que la société pourra être assainie*" (725b IV 1)
- ⇒ Le CN et le CE ont **accepté** les propositions faites par la conférence de conciliation

H. Conclusion

- Le projet amène **peu de changements révolutionnaires** mais apporte une **modernisation** et (en principe) une **flexibilisation** bienvenue du droit de la société anonyme
- On peut se féliciter que les **dispositions plus "politiques" du projet** (rémunérations des organes, représentation des sexes et transparence dans les entreprises de matières premières) n'aient pas conduit à faire échouer l'ensemble du projet, sous réserve d'un éventuel référendum
- La **complexité et la longueur du processus législatif** poseront un certain nombre de défis lorsqu'il s'agira d'interpréter les nouvelles dispositions

Merci de votre attention



Sébastien Bettschart
Avocat, Dr en droit, LL.M. (NYU)
Professeur titulaire à l'Université de Fribourg
sbettschart@obersonabels.com
+41 58 258 86 00