

# N

Monthly  
Newsletter  
October 2020

---

Corporate & Commercial

**Schellenberg  
Wittmer**



# Bilan de la réforme du droit de la SA : points essentiels

Elia Claude Schunck, Christoph Vonlanthen, Martin Weber

## Key Take-aways

- 1.** La réforme du droit de la SA, qui se caractérise par des développements importants en matière de gouvernance d'entreprise, est désormais finale.
- 2.** La réforme introduit également une plus grande flexibilité dans la structure du capital, une base légale claire pour les dividendes intérimaires et la possibilité de tenir des assemblées générales virtuelles.
- 3.** Les nouvelles règles relatives aux quotas de représentation et à la transparence des entreprises extractrices de matières premières entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021.

## 1 Introduction

La période référendaire ayant expiré le 8 octobre 2020, la réforme du droit de la SA est désormais finale. Les règles relatives aux quotas de représentation et à la transparence des entreprises extractrices de matières premières entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021. Le reste de la réforme devrait entrer en vigueur en 2022.

La réforme vise à améliorer la gouvernance des sociétés, notamment en intégrant dans le Code Suisse des Obligations les règles de l'ordonnance contre les rémunérations abusives, en élargissant les droits des actionnaires minoritaires, en encourageant l'égalité des sexes et en améliorant la transparence des entreprises extractrices de matières premières. En outre, la réforme modernise le droit suisse de la SA, en introduisant plus de flexibilité dans la structure du capital, en prévoyant une base légale claire pour les dividendes intérimaires et en permettant la tenue d'assemblées générales virtuelles.

Nous résumons ici les modifications les plus importantes. Le conseil d'administration et la direction des sociétés publiques et privées devront se familiariser avec les principaux aspects de la réforme pour anticiper les modifications statutaires nécessaires ou souhaitables.

## 2 Capital-actions et dividendes

### 2.1 Marge de fluctuation du capital

La réforme introduit un nouveau concept de **marge de fluctuation du capital**. Les sociétés pourront autoriser dans leurs statuts le conseil d'administration à augmenter ou réduire le capital-actions (ou prendre l'une de ces deux mesures) à concurrence de 50% du capital-actions initial, pendant une période maximale de cinq ans (comme prévu dans les statuts). À ce jour, les sociétés peuvent uniquement autoriser le conseil d'administration à augmenter le capital-actions via un "capital-actions autorisé".

La marge de fluctuation sera particulièrement utile pour les sociétés publiques, qui pourront réagir plus rapidement aux conditions du marché. Elle rend d'ailleurs superflu le capital-actions autorisé qui sera ainsi abrogé.

La **procédure en réduction du capital-actions** sera simplifiée, car elle ne nécessitera qu'un seul appel aux créanciers (au lieu de trois) et les créanciers devront produire leurs créances dans un délai de 30 jours (au lieu de deux mois). En outre, les créances ne devront pas être garanties si la société établit que la réduction du capital ne compromet pas l'exécution des créances.

### 2.2 Dividendes intérimaires

La réforme autorisera les dividendes intérimaires (c'est-à-dire ceux prélevés sur le bénéfice de l'exercice en cours) s'ils sont déclarés et distribués sur la base d'un bilan intermédiaire. Celui-ci sera audité, sauf si la société n'est pas tenue de soumettre ses comptes annuels à un contrôle restreint ou si tous les actionnaires approuvent le dividende intérimaire et l'exécution des créances n'est pas compromise. Dans les relations intra-groupes, cette base légale facilitera la distribution des bénéfices des filiales suisses vers leurs sociétés mères.

### 2.3 Améliorations techniques

Contrairement au régime actuel, il sera permis de libeller le capital-actions dans une **monnaie étrangère** (choisie parmi plusieurs devises que le Conseil fédéral jugera appropriées). La monnaie étrangère dans laquelle le capital-actions est libellé doit être la monnaie la plus importante pour les activités de la société. En pratique, cette option facilitera la distribution de dividendes dans une monnaie étrangère.

De plus, les actions continueront d'avoir une **valeur nominale** mais celle-ci devra être supérieure à zéro (au lieu d'être au moins égale à 0,01 CHF). Cette modification sera utile pour procéder à des fractionnements d'actions.

Finalement, la réforme abrogera les exigences formelles s'appliquant lorsque la société envisage d'acquérir des actifs d'un actionnaire ou d'un proche peu après sa constitution ou après une augmentation du capital-actions (ce qu'on appelle la "**reprise de biens**"). Ces exigences s'appliqueront toutefois à un "apport en nature" aux fins de paiement de nouvelles actions pour la constitution de la société ou une augmentation de capital.

---

## Une base légale claire pour les dividendes intérimaires.

---

## 3 Droit des actionnaires

### 3.1 Assemblée générale

Un des aspects de la réforme qui alignera le droit suisse avec d'autres systèmes juridiques sera la possibilité de tenir des assemblées générales **virtuelles**. Dans une telle assemblée, les actionnaires exercent leurs droits sociaux **par des moyens électroniques**. A cette fin, les statuts doivent en prévoir le principe et le conseil d'administration doit désigner un représentant indépendant (exigence à laquelle les sociétés publiques doivent déjà se conformer et qui peut être levée dans les statuts des sociétés privées).

Le conseil d'administration s'assurera que les médias électroniques permettent (i) d'établir l'identité des participants, (ii) de retransmettre en direct les interventions, (iii) de permettre à chaque participant de faire des propositions et de prendre part aux débats et (iv) d'éviter toute falsification du résultat. En cas de problèmes techniques entravant le bon déroulement de l'assemblée, celle-ci doit être reconvoquée. Les décisions prises par l'assemblée générale avant que les problèmes techniques ne surviennent restent valables.

En pratique, les sociétés publiques envisageant une assemblée générale virtuelle devront tenir compte d'un grand nombre de paramètres, y compris les avis exprimés par les sociétés de conseil et les investisseurs institutionnels (qui, avant la pandémie, préféraient les assemblées hybrides aux assemblées purement virtuelles) et la mise en œuvre technique (des prestataires de services adaptent leurs offres aux marchés européens).

La réforme précise que les **assemblées générales physiques** peuvent être tenues **à l'étranger** si (i) les statuts le prévoient, (ii) le choix de ce lieu ne complique, pour aucun actionnaire, l'exercice de ses droits de manière infondée et (iii) un représentant indépendant est désigné (exigence qui peut être levée pour les sociétés privées avec l'accord de tous leurs actionnaires).

En outre, les assemblées générales physiques peuvent se tenir **simultanément en plusieurs lieux**. Dans ce cas, les interventions doivent être retransmises en direct par des moyens audiovisuels sur tous les sites de réunion.

Un autre assouplissement, utile aux sociétés privées, consiste à permettre l'adoption de résolutions par consentement écrit ou par voie électronique, si tous les actionnaires donnent leur accord.

### 3.2 Droit des actionnaires minoritaires

La réforme vise à améliorer les droits des actionnaires minoritaires sur un certain nombre de points :

- Pour les sociétés publiques, des actionnaires pourront **requérir la convocation d'une assemblée générale s'ils détiennent ensemble au moins 5%** du capital-actions ou des droits de vote (ce seuil reste de 10% pour les sociétés privées).
- **Pour demander l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et/ou de propositions sur la convocation à une assemblée générale**, les actionnaires devront détenir au moins 0,5% (pour les sociétés publiques) ou 5% (pour les sociétés privées) du capital-actions ou des droits de vote.
- Pour les sociétés publiques, les actionnaires détenant au moins 5% du capital-actions ou des droits de vote pourront **demandeur un examen spécial**. Le seuil reste de 10% pour les sociétés privées.
- Sous réserve de certaines restrictions, les **livres et dossiers des sociétés** pourront être consultés sur demande d'actionnaires détenant au moins 5% du capital-actions ou des droits de vote.
- Pour les sociétés publiques, le pouvoir d'approuver la décotation des titres de participation de la société sera transféré du conseil d'administration à l'assemblée générale.

## 4 Gouvernance

### 4.1 Égalité des sexes (pour les grandes entreprises publiques)

Un des objectifs de la réforme est d'améliorer la représentation des sexes dans les conseils d'administration et les directions des grandes entreprises publiques, par le biais de quotas minimums de 30% au conseil d'administration et de 20% à la direction.

Selon le principe "comply or explain", le non-respect de ces quotas n'exposera pas le conseil d'administration ou la société à des sanctions. Cependant, il cristallisera un devoir d'expliquer les raisons pour lesquelles la représentation d'un sexe n'atteint pas le quota prévu et les mesures de promotion entreprises.

Les grandes entreprises publiques disposent d'une période transitoire jusqu'à l'exercice financier commençant cinq ans (pour le conseil d'administration) et dix ans (pour la direction) après le 1<sup>er</sup> janvier 2021 pour atteindre les quotas (ou expliquer le non-respect de ceux-ci).

### 4.2 Rémunération des dirigeants

Les dispositions de l'ordonnance mettant en œuvre l'initiative Minder contre les rémunérations abusives seront intégrées dans le Code Suisse des Obligations sans modifications substantielles. À noter :

- L'**indemnité pour non-concurrence** ne sera admissible que si elle ne dépasse pas la rémunération moyenne des trois derniers exercices et si l'interdiction de faire concurrence est justifiée par l'usage commercial.
- La **prime d'embauche** ne sera admissible que si elle compense un désavantage financier établi lié au changement d'emploi.
- L'**indemnité versée en raison d'une précédente activité en tant qu'organe** de la société ne sera admissible que si elle est conforme aux pratiques du marché.

La réforme permettra aux sociétés privées de choisir dans leurs statuts une application complète ou partielle de ces dispositions.

---

## Les assemblées générales virtuelles seront la nouvelle réalité.

---

## 5 Insolvabilité

La réforme modifie l'étendue des devoirs des administrateurs en cas de difficultés financières.

À ce jour, si le conseil d'administration conclut que la société est surendettée, il doit en informer le juge, sous réserve de certaines exceptions. La réforme prévoit que le conseil d'administration peut différer cet avis au juge si (entre autres conditions préalables) il existe des raisons sérieuses d'admettre qu'il est possible de supprimer le surendettement en temps utile, mais au plus tard dans les 90 jours suivant l'établissement des comptes intermédiaires.

En outre, le nouveau droit imposera au conseil d'administration de surveiller la solvabilité de la société et, en cas de **menace d'insolvabilité**, de prendre toute mesure appropriée (ou de proposer de telles mesures à l'assemblée générale, pour autant qu'elles relèvent de la compétence de cette dernière) avec toute l'urgence requise. Ces mesures incluent le dépôt d'une demande de sursis concordataire, si nécessaire.

## 6 Obligation de transparence pour les entreprises extractrices de matières premières

Les sociétés soumises à un contrôle ordinaire et qui sont, directement ou indirectement, actives dans la production de minerais, de pétrole, de gaz naturel ou dans l'exploitation

de forêts primaires, devront établir chaque année un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements (et entreprises gouvernementales) et ce pour l'exercice débutant un an après le 1<sup>er</sup> janvier 2021. Ce rapport doit mentionner tous les paiements ou toute série de paiements atteignant au moins CHF 100'000, présentés par type de prestations effectuées pour chaque gouvernement et pour chaque projet spécifique.

Les entreprises actives dans le négoce de matières premières ne seront pas concernées par ces nouvelles exigences de transparence. Toutefois, dans le cadre d'une procédure harmonisée à l'échelle internationale, le Conseil fédéral pourra décider de les y soumettre.

## 7 Conclusion

Dans l'ensemble, même si plusieurs propositions n'ont pas été adoptées par le Parlement, la réforme apporte une modernisation bienvenue du droit de la SA en mettant à jour la gouvernance d'entreprise, en offrant une plus grande flexibilité et en clarifiant la gestion quotidienne des sociétés anonymes dans des domaines qui, par le passé, ont créé une insécurité juridique.



**Jean Jacques Ah Choon**  
Associé Genève  
jeanjacques.ahchoon@swlegal.ch



**Christoph Vonlanthen**  
Associé Genève et Zurich  
christoph.vonlanthen@swlegal.ch



**Dr. Lorenzo Olgiati**  
Associé Zurich  
lorenzo.olgiati@swlegal.ch



**Dr. Martin Weber**  
Associé Zurich  
martin.weber@swlegal.ch

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'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



**Schellenberg Wittmer SA**  
Avocats

**Zurich**  
Löwenstrasse 19  
Case postale 2201  
8021 Zurich / Suisse  
T +41 44 215 5252  
www.swlegal.ch

**Genève**  
15bis, rue des Alpes  
Case postale 2088  
1211 Genève 1 / Suisse  
T +41 22 707 8000  
www.swlegal.ch

**Singapour**  
Schellenberg Wittmer Pte Ltd  
6 Battery Road, #37-02  
Singapour 049909  
T +65 6580 2240  
www.swlegal.sg