

News - Mars 2021

Le nouveau droit des sociétés

Par Eric ALVES DE SOUZA et Camille LOUP

La Suisse est connue pour son efficacité mais aussi pour la lenteur de son système politique et législatif. Après 13 ans de débats parlementaires et de progrès par étapes, la réforme du droit suisse des sociétés est enfin achevée. Voici les principaux changements.

En 2013, le peuple suisse a accepté l'initiative dite « contre les rémunérations abusives », exigeant des sociétés cotées suisses que les rémunérations des membres du conseil d'administration (CA), de la direction et du conseil consultatif (*advisory committee*) soient approuvées annuellement par l'assemblée générale des actionnaires (AG). Elle interdit également les indemnités de licenciement, les rémunérations anticipées (telles que les primes d'entrée) et autres bonus.

En 2016, le Conseil fédéral a publié son projet sur la dernière partie de la réforme du droit suisse des sociétés ¹. Le Parlement l'a approuvé le 19 juin 2020. Cette nouvelle loi est importante et innovante à bien des égards.

Le Conseil fédéral a annoncé que le nouveau droit des sociétés devrait entrer en vigueur d'ici **2022**, à l'exception des nouvelles règles sur la représentation des sexes, qui sont entrées en vigueur le **1er janvier 2021**. Aucun référendum n'a été déposé contre le nouveau droit.

Trois sujets seront abordés dans notre newsletter :

- (I) les droits des actionnaires et les nouvelles normes relatives au capital et à la comptabilité ;
- (II) la transposition dans le Code des obligations suisse de l'initiative contre les rémunérations abusives ; et
- (III) l'introduction d'un principe de représentation des sexes au sein du conseil d'administration et de la direction des grandes sociétés cotées en bourse.

Quelques commentaires clôturent cette analyse.

¹ La réforme s'adresse principalement aux sociétés anonymes, mais certains de ces changements ont également des effets sur les sociétés à responsabilité limitée et les coopératives. Toutefois, nous ne détaillerons pas ces changements dans cette newsletter.

I. Droits des actionnaires et nouvelles normes relatives au capital et à la comptabilité ²

Voir table synoptique ci-dessous au § 6.

1) Assemblées générales des actionnaires

- Jusqu'à présent, le droit suisse des sociétés ne fixait que peu de règles sur la manière de tenir les assemblées des actionnaires.

Afin de suivre l'évolution de la société, le nouveau droit des sociétés permet d'organiser des **AG virtuelles** - donc sans lieu de réunion physique - si (a) les statuts le prévoient et (b) un représentant indépendant est désigné pour la réunion virtuelle. Pour les sociétés non cotées, les statuts peuvent se dispenser de l'exigence d'un représentant indépendant.

- Une autre innovation réside dans la possibilité de tenir des **AG en dehors de Suisse**. Les mêmes exigences doivent être suivies que pour les assemblées générales virtuelles. Les sociétés non cotées bénéficient de la même exception.

Les AG peuvent également **se tenir simultanément en plusieurs endroits**, à condition que les ressources audiovisuelles disponibles permettent la diffusion en direct de l'AG dans tous ces lieux.

Le nouveau droit précise toutefois que ces nouvelles manières de tenir les AG ne doivent pas compliquer l'exercice des droits des actionnaires.

- La loi abaisse également en partie le **seuil d'actionnaires pouvant obtenir la convocation d'une AG**. Auparavant, il était exigé pour toutes les sociétés que les actionnaires représentent au moins 10% du capital de la société. Avec le nouveau droit, le seuil demeure de 10% pour les sociétés non cotées. Toutefois, pour les sociétés cotées, il est réduit à 5%.

De même, les actionnaires peuvent **ajouter un point à l'ordre du jour de l'AG** si, pour les sociétés non cotées, ils représentent 5% du capital ou de l'ensemble des voix, respectivement pour les sociétés cotées, 0,5%. Auparavant, les actionnaires devaient représenter des actions d'une valeur nominale minimale d'au moins CHF 1'000'000.-.

2) Nota Bene : Les effets de la pandémie de COVID-19 sur les assemblées générales

La pandémie a eu l'effet étonnant d'accélérer la mise en œuvre de certaines mesures se trouvant dans le nouveau droit mais qui ne sont pas encore entrées en vigueur.

² Ces modifications entreront en vigueur en 2022.

En dérogation à la loi actuelle et dans un délai de notification de quatre jours, l'organisateur de l'AG peut imposer aux actionnaires qu'ils expriment leur vote par écrit, sous forme électronique ou par le biais d'un représentant indépendant désigné par l'hôte de l'AG. Ces nouvelles prescriptions se rapprochent de l'AG virtuelle introduite par la nouvelle loi.

3) Nouveaux droits d'information pour les actionnaires

Dans le droit actuel, lors de l'AG, tout actionnaire peut demander au CA d'être informé sur les activités de la société, et à l'organe de révision sur l'exécution et le résultat de sa vérification. Toutefois, le CA peut refuser la demande si les informations demandées peuvent compromettre un secret d'affaires ou tout autre intérêt digne de protection de la société. La seule possibilité pour les actionnaires est alors d'intenter une action auprès du tribunal.

Le nouveau droit veut faciliter l'accès des actionnaires à l'information. **Pour les sociétés non cotées**, les actionnaires représentant 10% du capital social ou des votes peuvent demander par écrit au CA d'être informés sur **les affaires de la société**. Le CA doit renseigner dans les quatre mois suivant la réception de cette demande. Tout refus du CA doit être notifié par écrit et peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal dans un délai de trente jours. **Pour les sociétés cotées**, cette possibilité particulière n'est pas ouverte.

Toutefois, si les actionnaires représentent 5% du capital ou de l'ensemble des voix, ils peuvent **consulter les livres et les dossiers de la société**, qu'elle soit cotée en bourse ou non. La procédure est similaire à celle relative aux affaires de la société.

4) Examen spécial

Après avoir exercé son droit à être renseigné ou son droit de consultation, tout actionnaire peut demander à l'AG la mise en place d'un examen spécial par des experts indépendants. Si l'assemblée refuse, l'actionnaire peut faire appel au tribunal, pour autant qu'il représente 10% (sociétés non cotées), respectivement 5% du capital ou des votes (sociétés cotées).

Auparavant, ce droit était limité aux actionnaires représentant 10% du capital ou ayant des actions d'une valeur nominale minimale de CHF 2'000'000.-.

5) Structure du capital, réserves et dividendes

- Actuellement, toutes les sociétés enregistrées en Suisse doivent exprimer leur capital social en francs suisses. Le nouveau droit introduit l'émission du capital en **devises étrangères**. Il doit s'agir de la monnaie majoritairement utilisée dans le cadre de l'activité de la société. Le capital représentera une contre-valeur minimale de

CHF 100'000 au moment de la fondation. La même monnaie est alors utilisée pour la comptabilité commerciale et la tenue des comptes.

- **L'augmentation autorisée du capital** est déjà connue du droit actuellement en vigueur. Les sociétés peuvent prévoir un capital statutaire doté d'une certaine flexibilité, en autorisant le CA à l'augmenter sans l'approbation des actionnaires, pour une durée de 2 ans maximum. Cette marge ne peut pas dépasser 50% du capital inscrit au registre du commerce. Cette possibilité doit être expressément prévue dans les statuts.

La nouvelle loi **étend la durée de l'autorisation à 5 ans maximum** et, en plus de l'augmentation du capital, permet de **réduire** ce dernier sans l'approbation des actionnaires. La fourchette maximale de +/- 50% du capital inscrit au registre du commerce est conservée et doit être prévue dans les statuts.

- La loi donne la possibilité de **réévaluer les immeubles ou les participations**, à concurrence leur valeur réelle, en cas de perte de capital ou de surendettement. Le montant de l'augmentation de valeur doit être indiqué séparément dans la réserve légale. Le réviseur doit certifier que les exigences légales sont remplies. La dissolution de cette réserve ne peut se faire que par conversion en capital social ou en participation, par correction de valeur ou par cession de biens réévalués.
- Une autre innovation du droit des sociétés réside dans les nouvelles lignes directrices relatives aux **réserves légales**, qui ont été rendues plus claires. Jusqu'à présent, la réserve légale est financée par 5% du bénéfice annuel jusqu'à ce qu'elle atteigne 20% du capital social. La réserve est financée par le produit de l'émission des actions dépassant la valeur nominale, sous déduction des frais d'émission (agio), le solde des versements opérés sur des actions annulées (moins la perte subie sur les actions émises à la place) et 10% du bénéfice après le paiement d'un dividende de 5%.

Le nouveau droit crée un distinguo en fonction du financement des réserves légales. La réserve légale issue du capital est financée par le produit de l'émission des actions dépassant la valeur nominale (sous déduction des frais d'émission), les paiements libératoires retenus sur les actions annulées (pour autant qu'aucune moins-value n'ait été réalisée sur les nouvelles actions émises) et les autres apports et versements supplémentaires libérés par les titulaires de titres de participation. La réserve légale issue du bénéfice est financée par 5% du bénéfice de l'exercice après élimination de toute perte reportée. La société doit affecter ses fonds propres à ses réserves légales respectives jusqu'à ce qu'elles atteignent ensemble 50% du capital social émis (20% pour les sociétés holding). Si les deux réserves dépassent ces seuils (50%/20%) du capital social, l'excédent peut être remboursé aux actionnaires.

- **Les pertes doivent être compensées** par, dans l'ordre, (1) le bénéfice reporté ; (2) les réserves facultatives issue du bénéfice ; (3) la réserve légale issue du bénéfice ; (4) la réserve légale issue du capital. L'objectif est d'éviter de présenter simultanément une perte annuelle et un report de bénéfice, afin de respecter le principe de clarté et d'intelligibilité. Le nouveau droit permet toutefois de partiellement ou intégralement

reporter les pertes résiduelles au lieu de les compenser avec la réserve légale issue du bénéfice ou du capital.

- Des **dividendes intermédiaires** peuvent être distribués si les états financiers intermédiaires ont été préparés et révisés au préalable. La décision est laissée aux actionnaires lors de l'AG. Jusqu'à présent, le droit suisse n'autorisait la distribution que de dividendes extraordinaires, qui étaient accordés aux actionnaires lors d'AG extraordinaires. Ces dividendes étaient tirés des bénéfices nets des années précédentes qui auraient déjà pu leur être distribués à l'époque.
- La **restitution des prestations** est connue en droit suisse depuis longtemps. Selon ce principe, lorsque les membres du CA, les actionnaires ou leurs proches perçoivent indûment et de mauvaise foi des dividendes ou tout autre bénéfice, ils doivent restituer les prestations qu'ils ont reçues. Si le paiement est justifié mais que le montant lui-même est disproportionné par rapport à la situation financière de la société et à la contrepartie, la personne visée devra restituer les prestations ainsi obtenues.

Le nouveau droit renforce ce concept en élargissant son application aux personnes chargées de la direction (incluant les organes de fait) et aux membres du conseil consultatif. Le type de paiement est étendu aux indemnités, au remboursement de la réserve légale issue du capital, au remboursement de la réserve légale issue du bénéfice et aux autres types de remboursement. La condition fondant la responsabilité se rapporte aux montants indûment perçus, de sorte que le principe de la mauvaise foi est abandonné. Le nouveau droit supprime également la notion de "situation économique de la société", et n'exige plus la disproportion entre la prestation et la contrepartie financière. Enfin, la légitimité active pour agir est élargie pour inclure le créancier dans les cas intra-groupe.

6) Résumé des nouveautés introduites par le nouveau droit des sociétés

	Loi actuelle	Nouveau droit
AG virtuelles	N/A.	Nouveau. Pour les sociétés non cotées : possibilité de renoncer au mandataire indépendant.
AG en dehors de la Suisse	N/A.	Nouveau.
AG en plusieurs endroits	N/A.	Nouveau.
Convocation de l'AG à la demande de l'actionnaire	S'il représente 10% du capital.	Sociétés cotées en bourse : 5% du capital. Sociétés non cotées en bourse : 10% du capital.

Objets supplémentaires à l'ordre du jour de l'AG à la demande de l'actionnaire	S'il représente CHF 1 million d'actions (valeur nominale).	S'il représente : <ul style="list-style-type: none"> • sociétés cotées : 0,5% du capital/votes • sociétés non cotées : 5% du capital/votes
Mise en œuvre de nouveaux droits d'être renseigné pour les actionnaires	Tout actionnaire peut demander des informations. Le CA peut annuler la demande si l'information est de nature à compromettre le secret d'affaires ou d'autres intérêts dignes de protection.	Les actionnaires représentant 10% du capital/votes des sociétés non cotées peuvent demander à être informés sur les affaires de la société. La consultation des livres et dossiers de la société peut être effectuée par des actionnaires représentant au moins 5% du capital/vote. Tout refus du CA est susceptible de faire l'objet d'un recours devant le tribunal.
Examen spécial – requête auprès du juge	Si les actionnaires représentent 10% du capital ou CHF 2 millions d'actions (valeur nominale).	Si les actionnaires représentent 10% du capital ou des votes (sociétés non cotées) / 5% du capital ou des votes (sociétés cotées).
Monnaie du capital	seulement CHF.	Devises étrangères possible.
Flexibilisation du capital	Augmentation autorisée pendant 2 ans, jusqu'à 50% du capital.	Augmentation et réduction autorisée pendant 5 ans, jusqu'à 50% du capital.
Réévaluation des immeubles ou participations	Non autorisé.	Nouveau. Seulement en cas de perte de capital ou surendettement.
Réserves légales	Financées par 5% du bénéfice annuel jusqu'à atteindre 20% du capital. Financées par des agios, le solde des actions annulées et 10% du bénéfice après paiement d'un dividende de 5%.	<u>Réserve de capital</u> : par l'agio, les paiements libératoires retenus sur les actions annulées et les paiements des titulaires de participations. <u>Réserve sur le bénéfice</u> : par 5% du bénéfice annuel. Doivent atteindre ensemble 50% du capital émis (20% pour les sociétés holding).
Compensation des pertes	Non obligatoire.	Les pertes sont compensées par : 1. le bénéfice reporté 2. les réserves facultatives découlant du bénéfice 3. la réserve légale du bénéfice 4. la réserve légale du capital

<p>Dividendes intermédiaires</p>	<p>N/A. Toutefois, il est possible de distribuer aux actionnaires des dividendes extraordinaires qui sont tirés des bénéfices nets des années précédentes.</p>	<p>Nouveau. Les états financiers intermédiaires doivent être établis et vérifiés au préalable.</p>
<p>Restitution des prestations</p>	<p>Limitée aux membres du CA, aux actionnaires et à leurs proches. Ne vise que les dividendes ou à tout autre bénéficiaire. Il faut prouver la disproportion avec la situation financière de la société et sa contreprestation.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Étendue aux personnes chargées de la direction (incluant les organes de fait) et aux membres du conseil consultatif. • Étendue aux indemnités, au remboursement de l'une ou l'autre réserve légale et aux autres types de remboursement. • Critère de responsabilité réduit au montant indûment perçu. • Suppression de la notion de disproportion. • Le créancier peut aussi agir en cas de situation intra-groupe.

7) Nota Bene : Initiative pour multinationales responsables

L'initiative pour des multinationales responsables a été rejetée le 29 novembre 2020. Elle exigeait des entreprises situées en Suisse qu'elles veillent au respect des droits de l'Homme et reconnaissent les normes environnementales au niveau international, pour leurs activités en Suisse comme à l'étranger. Les entreprises suisses auraient été responsables des dommages causés par leurs filiales (mais non ceux imputables à leurs fournisseurs).

L'initiative ayant été rejetée, le contre-projet adopté par le Parlement entrera en vigueur prochainement. Il ne réglemente pas explicitement la responsabilité de la société mère pour les sociétés contrôlées à l'étranger, ni n'introduit de nouvelles normes. Néanmoins, il prévoit de nouvelles obligations : à l'avenir, **les sociétés de grande taille (plus de 500 employés, bilan total de CHF 20 millions par exemple) devront rendre compte chaque année de leur politique en matière de droits de l'Homme et d'environnement.** Elles devront également faire preuve de diligence raisonnable en ce qui concerne le travail des enfants et les minerais issus de conflits. En cas d'infraction, une amende pouvant aller jusqu'à CHF 100'000.- pourra être infligée aux sociétés ne respectant pas leurs obligations.

II. Transposition de l'initiative contre les rémunérations abusives

L'initiative votée en 2013 visait à accroître le contrôle des actionnaires sur les salaires et les bonus des membres du CA, de la direction et du conseil consultatif. L'initiative a été mise en œuvre tout d'abord au moyen de l'ordonnance du Conseil fédéral du 20 novembre 2013 (Orab). Ce texte prévoyait en substance que l'AG est le seul organe autorisé à (1) élire les membres du CA, du comité de rémunération et du représentant indépendant, ainsi qu'à (2) voter la rémunération du CA et des personnes à qui le CA et le comité consultatif ont délégué tout ou partie de la gestion de la société.

Le nouveau droit des sociétés donne une base juridique formelle à ces principes, s'agissant notamment de la création d'un comité de rémunération *ad hoc*, chargé de veiller à leur application. Cet organe est déjà très répandu dans les grandes sociétés.

En outre, le nouveau droit proscriit :

- les indemnités qui ne compensent pas un désavantage financier établi d'un précédent emploi ;
- en cas d'interdiction de faire concurrence, les indemnités qui ne sont pas justifiées par une pratique commerciale, ou qui dépassent la rémunération moyenne des trois dernières années ; et
- les indemnités liées à une activité antérieure en tant qu'organe de la société, qui ne sont pas conformes aux pratiques commerciales.

Les statuts doivent indiquer le nombre de mandats externes que les membres du CA, du conseil consultatif et de la direction peuvent exercer dans d'autres entreprises. Toutefois, les sociétés mères et les filiales ne sont pas concernées par cette exigence.

Rappelons que ces principes ne sont obligatoires que pour les sociétés cotées en bourse. Les sociétés non cotées peuvent volontairement prévoir dans leurs statuts l'application de ces règles, voire des règles moins strictes.

III. Représentation des sexes et salaire égal

1) Introduction de quotas liés au genre dans le nouveau droit des sociétés

Les sociétés cotées en bourse doivent atteindre le quota d'au moins 30% de chaque sexe au CA et 20% à la direction. Si ces critères ne sont pas respectés, aucune sanction n'est prévue, mais un rapport de rémunération doit expliquer les raisons pour lesquelles la société s'écarte des nouvelles lignes directrices et détailler les mesures d'amélioration qu'elle entend entreprendre (*comply or disclose*). Ces exigences ne s'appliquent pas aux sociétés non cotées.

Le Conseil fédéral a anticipé l'entrée en vigueur de ces exigences, qui sont désormais **applicables depuis le 1er janvier 2021**.

Les sociétés cotées en bourse disposent d'un délai jusqu'au **1er janvier 2026** pour se conformer à la loi pour le CA et jusqu'au **1^{er} janvier 2031** pour la direction.

2) Droit à un salaire égal

Dans le contexte des quotas introduits par le nouveau droit des sociétés anonymes, il convient de mentionner un renforcement de la mise en œuvre de **l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes**.

Le législateur a modifié la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes et promulgué une nouvelle ordonnance sur la **vérification de l'analyse de l'égalité des salaires**.

Selon cette ordonnance ³, les sociétés comptant au moins 100 employés doivent :

1. procéder à une analyse de l'égalité des rémunérations ;
2. dans l'année suivant cette analyse, vérifier si elle a été correctement effectuée ; et,
3. dans l'année qui suit la vérification, informer les employés du résultat de l'analyse. Les actionnaires des sociétés cotées en bourse doivent également être informés.

Cette procédure doit être effectuée d'ici au **30 juin 2021**. Si les résultats montrent qu'une société ne respecte pas l'égalité des salaires, cette dernière doit recommencer quatre ans plus tard la procédure d'analyse et de vérification. L'ordonnance cessera toutefois d'être en vigueur dès le 1^{er} juillet 2032.

IV. Commentaires

Lors des discussions entre les deux chambres du Parlement suisse, de nombreuses idées innovantes et pratiques ont été proposées. Certaines d'entre elles n'ont pas passé le vote final et ont donc été abandonnées.

Par exemple, il a été proposé de supprimer l'exigence de la forme notariée lors de la création d'une société anonyme, à condition que les statuts suivent un modèle officiel que le Conseil fédéral aurait établi. Une solution similaire a été discutée pour la modification des statuts.

Un autre exemple réside dans le fait que l'obligation de restituer les prestations indûment perçues a été maintenue et renforcée.

³ Cette nouvelle ordonnance sur l'égalité des salaires est entrée en vigueur le 1er juillet 2020. Le principe de l'égalité des salaires est inscrit dans la Constitution fédérale depuis 1981.

Le Parlement a débattu d'une atténuation de la responsabilité des réviseurs lorsque ces derniers n'avaient commis qu'une faute mineure. Cette adaptation n'a finalement pas été retenue. Dans l'ensemble, le niveau de responsabilité des réviseurs est demeuré le même.

L'initiative pour des multinationales responsables, si elle avait été acceptée, aurait considérablement relevé le niveau de responsabilité des sociétés suisses par rapport à celui des autres pays développés.

L'obligation d'information des actionnaires finalement adoptée est conforme aux standards actuels.

Le nouveau droit introduit des règles de gouvernance d'entreprise qui sont bien établies pour les sociétés cotées en bourse. Il convient de noter que les sociétés publiques bénéficient encore de certaines dérogations, pour des raisons historiques et des considérations fédéralistes.

Alors que les quotas de représentation des sexes sont encore très débattus, la Suisse s'engage sur une voie claire et modérée, mais limitée aux sociétés cotées en bourse. Cette démarche intervient au moment où le pays célèbre le 50^{ème} anniversaire du droit de vote des femmes au niveau fédéral.

* * *

Globalement, il convient de noter que toutes les nouveautés juridiques présentées ci-dessus **élargissent le fossé entre les sociétés non cotées et les sociétés cotées en Suisse**. Le législateur crée ainsi, sans le dire, deux modèles différents : la société ordinaire qui convient aux petites et moyennes entreprises, et la société cotée en bourse qui s'apparente davantage au modèle capitaliste original de la société anonyme.

* * *

Citation autorisée avec la référence suivante : ALVES DE SOUZA/LOUP, Le nouveau droit des sociétés, publié le 15 mars 2021