

Nouveau droit de la SA

Nouvelles dispositions dès le 1^{er} janvier 2023

1. Introduction

Depuis 2016 le droit de la société anonyme a fait l'objet d'une révision importante, composée de plusieurs volets qui sont entrés en vigueur de manière échelonnée :

- 1) Les dispositions concernant les seuils de représentation des sexes dans les organes dirigeants des grandes sociétés sont entrées en vigueur le 01.01.2021.
- 2) Les dispositions concernant le renforcement de la transparence dans le secteur des matières premières sont entrées en vigueur le 01.01.2021.
- 3) Les dispositions de mise en œuvre de l'initiative sur les rémunérations abusives entreront en vigueur le 01.01.2023¹.
- 4) Les dispositions sur l'assouplissement des dispositions sur la fondation et le capital entreront en vigueur le 01.01.2023.

Le présent newsletter juridique a pour objectif de donner un aperçu non exhaustif du second paquet de modifications qui entreront en vigueur au 1^{er} janvier 2023, et met en évidence une sélection de nouveautés choisies concernant plus particulièrement :

- Le conseil d'administration (CA) (élection, constitution et durée du mandat ; forme des décisions ; devoirs en cas d'insolvabilité et de surendettement, délégation de la gestion, conflits d'intérêts),
- Le capital de la société anonyme (SA) (monnaie, valeur nominale, reprise de biens, augmentation ordinaire, marge de fluctuation) et
- La tenue des assemblées générales (AG).

2. Conseil d'administration

2.1. Election, constitution et durée du mandat (art. 710, 712 nCO)

Dans les sociétés cotées :

- Les administrateurs sont élus individuellement pour une durée d'une année.
- Le président du conseil d'administration est élu pour une année par l'AG parmi les membres du CA.

Dans les sociétés non cotées :

- La durée de fonctions est de 3 ans. Les statuts peuvent prévoir autre chose mais au maximum 6 ans. L'élection est individuelle mais les statuts ou le président de l'AG (avec l'accord de tous les actionnaires représentés) peuvent prévoir autre chose.
- Le président du conseil d'administration est élu par le CA parmi ses membres. Les statuts peuvent prévoir l'élection par l'AG.

¹ Le volet concernant la réglementation relative aux rémunérations abusives a fait l'objet d'un mémorandum publié le 5 avril 2022.

2.2. Forme des décisions du conseil d'administration (art. 713 nCO)

Le conseil d'administration peut prendre ses décisions dans le cadre d'une séance en présentiel, par écrit sur papier mais aussi sous forme électronique en application par analogie des règles concernant les AG virtuelles, sauf si un membre demande une discussion.

2.3. Devoir du conseil d'administration en cas de risques d'insolvabilité et de surendettement de la société (art. 725, 725a, 725b, 725c, 820 et 903 nCO)

Devoir de surveillance de la solvabilité

Le conseil d'administration a le devoir de surveiller la solvabilité de la société. Si la société risque de devenir insolvable, le CA doit prendre les mesures nécessaires pour garantir sa solvabilité. Au besoin il pourra prendre des mesures d'assainissement supplémentaires, ou proposer de telles mesures à l'AG, dans la mesure où elles relèvent de la compétence de celle-ci. Le cas échéant il déposera une demande de sursis concordataire.

Perte de capital

En cas de perte de moitié du capital le conseil d'administration n'est plus tenu de convoquer immédiatement une assemblée générale. Il doit prendre des mesures propres à mettre un terme à la perte de capital. Il n'aura recours à l'AG que pour lui proposer des mesures d'assainissement, dans la mesure où celles-ci ressortent de sa compétence.

Si la société n'a pas d'organe de révision, les derniers comptes annuels devront être soumis à un contrôle restreint. Dans ce cas, exceptionnellement, le réviseur agréé est nommé par le conseil d'administration. L'obligation de révision restreinte des comptes annuels s'éteint en cas de dépôt d'une demande de sursis concordataire.

Il y a perte de capital au sens de cette disposition lorsqu'il ressort des derniers comptes annuels que les actifs, après déduction des dettes, ne couvrent plus la moitié de la somme du capital-actions, de la réserve légale issue du capital et de la réserve légale issue du bénéfice qui ne sont pas remboursables aux actionnaires.

Surendettement

Lorsqu'il existe des raisons sérieuses d'admettre que les dettes de la société ne sont plus couvertes par les actifs, le conseil d'administration doit immédiatement établir des comptes intermédiaires à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation.

Si la poursuite de l'exploitation est envisagée + les comptes intermédiaires à la valeur d'exploitation ne présentent pas de surendettement → il peut être renoncé à l'établissement de comptes intermédiaires à la valeur de liquidation.

Si la poursuite de l'exploitation n'est pas envisagée → l'établissement de comptes intermédiaires à la valeur de liquidation suffit.

S'il ressort des deux comptes intermédiaires que la société est surendettée → le conseil d'administration avise le juge, qui déclare la faillite ou ajourne la faillite selon l'art. 173a de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (en cas de demande de sursis concordataire, extraordinaire ou d'office).

Un avis au juge n'est pas nécessaire d'une part en cas de postponements suffisants, et, d'autre part, 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 comptes intermédiaires, et que l'exécution des créances ne s'en trouve pas davantage compromise (art. 725b /4 nCO).

Possibilité de réévaluation des immeubles et des participations

Quand il y a perte de capital ou surendettement, les immeubles ou les participations dont la valeur réelle dépasse le prix d'acquisition ou le coût de revient peuvent être réévalués jusqu'à concurrence de cette valeur au plus. Le montant de la réévaluation doit figurer séparément dans la réserve légale issue du bénéfice comme réserve de réévaluation. Une attestation écrite de l'organe de révision (ou d'un réviseur agréé) attestant que les conditions légales sont remplies est nécessaire.

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.

L'ensemble des nouvelles dispositions sur l'insolvabilité, le surendettement et la réévaluation s'appliquent par analogie à la Sàrl et à la société coopérative.

2.4. Délégation de la gestion (art. 716b nCO)

Selon le droit actuel la délégation par le CA, en partie ou entièrement, de la gestion à certains membres ou à des tiers est possible si les statuts le prévoient. Le nouveau droit part inversement du principe que la délégation est possible sauf si les statuts prévoient le contraire. La délégation doit toujours se baser sur un règlement d'organisation.

Les actionnaires et les créanciers de la société qui rendent vraisemblable l'existence d'un intérêt digne de protection peuvent demander au CA qu'il les informe sur l'organisation de la gestion.

Dans les sociétés cotées : la gestion peut être uniquement déléguée à des personnes physiques, sauf en ce qui concerne la gestion de fortune qui pourra être déléguée à une personne morale.

Dans les sociétés non cotées : la délégation est possible à une personne physique ou à une personne morale.

2.5. Conflits d'intérêt (art. 717a nCO)

Le nouveau droit prévoit une obligation explicite des membres du CA et de la direction d'informer sans retard et de manière complète le conseil d'administration de situations de conflits d'intérêts dans lesquels ils se trouvent. Le CA devra prendre les mesures qui s'imposent pour préserver les intérêts de la société.

3. Capital

3.1. Capital en monnaie étrangère (art. 621 n CO, art. 773 nCO)

Le capital-actions peut désormais être fixé dans la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise. Il doit avoir une contre-valeur d'au moins CHF 100'000.00 au moment de l'inscription au registre du commerce. Le taux de change doit être mentionné dans l'acte constitutif.

Les monnaies étrangères autorisées sont : la livre britannique, l'euro, le dollar américain et le yen japonais. Si le capital-actions est fixé dans une monnaie étrangère, la comptabilité et la présentation des comptes doivent utiliser cette même monnaie. L'AG peut décider en début d'exercice de modifier la monnaie du capital-actions. Le CA doit alors adapter les statuts et fixer le taux de change applicable. Les décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration devront être constatées par acte

authentique. Les dispositions sur le capital en monnaie étrangère s'appliquent par analogie à la société à responsabilité limitée (Sàrl).

3.2. Valeur nominale supérieure à zéro (art. 622 al. 4 nCO, 774/1 nCO)

Les actions de la SA et les parts sociales de la Sàrl doivent avoir une valeur nominale supérieure à zéro. La valeur nominale peut donc être inférieure à un centime.

3.3. Reprise de biens (abrogation des art. 627 et 628 al. 2 CO, 777/2 ch5 nCO)

La reprise de biens (effective ou envisagée) n'est plus considérée comme forme qualifiée de fondation ou d'augmentation de capital, et n'est donc plus soumise à l'obligation de figurer dans le registre du commerce et dans les statuts, ni aux autres mesures de sécurité particulières (rapport de fondation, rapport de révision). Ceci est également valable pour la Sàrl.

3.4. Augmentation ordinaire du capital (art. 650/3 nCO, 781/4 nCO)

Le délai accordé au conseil d'administration pour exécuter l'augmentation ordinaire du capital passe de 3 à 6 mois. Ce prolongement de délai s'applique aussi à la Sàrl.

3.5. Introduction de la marge de fluctuation du capital (art. 653s nCO)

La marge de fluctuation du capital a pour but d'assouplir les procédures d'augmentation et de réduction du capital-actions. L'assemblée générale peut décider (à la majorité qualifiée) d'inscrire dans les statuts la possibilité pour le conseil d'administration d'augmenter et de réduire le capital-actions entre deux valeurs limites sur une période de cinq ans au maximum. Les statuts peuvent poser des limites et ne prévoir par exemple que seules des augmentations ou seules des réductions seront possibles.

La limite supérieure de la marge de fluctuation est fixée à une fois et demie le capital-actions inscrit au registre du commerce. La limite inférieure est fixée à la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce.

La création de la marge de fluctuation du capital rend obsolètes les dispositions sur l'augmentation autorisée (art. 651 et 651a CO) qui sont donc abrogées.

4. Tenue des assemblées générales

4.1. Lieu de la tenue de l'assemblée générale (art. 701a/3, 701b, 701c, 701d, 805/4 et 5, 893a nCO)

Le conseil d'administration décide du lieu où se tient l'AG.

- L'AG peut se tenir *simultanément à plusieurs endroits* (AG multi-sites), à condition que toutes les interventions soient retransmises en direct par des moyens audiovisuels sur tous les sites de réunion.
- L'AG peut se tenir *à l'étranger*. Conditions : cela doit être prévu dans les statuts + désignation d'un représentant indépendant dans la convocation, sauf pour les sociétés non cotées qui peuvent renoncer à désigner un représentant indépendant si tous les actionnaires y consentent.
- L'AG peut se tenir *sous forme électronique et sans lieu de réunion physique* (AG virtuelle) Conditions : cela doit être prévu dans les statuts + désignation d'un représentant indépendant dans la convocation, sauf pour les sociétés non cotées qui peuvent prévoir dans leurs statuts de renoncer à la désignation d'un représentant indépendant.

- Le CA peut autoriser les actionnaires qui ne sont pas présents au lieu où se tient l'assemblée générale à exercer leurs droits par voie électronique.

Ces dispositions s'appliquent également à la tenue de l'assemblée de associés dans la Srl ainsi qu'aux sociétés d'assurance constituées sous forme de société coopérative.

Relevons que dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, les décisions et le résultat des élections, avec indication de la répartition exacte des voix, doivent être rendues accessibles par voie électronique dans les 15 jours qui suivent l'AG (art. 702/5 nCO).

5. Autres domaines touchés par la révision

Renforcement des droits des actionnaires : Le nouveau droit a renforcé les droits des actionnaires et opère des distinctions selon que la société est cotée en bourse ou non. Les seuils pour l'exercice de certains droits par l'actionnaire ont été modifiés.

Nouvelles lignes directrices relatives aux réserves légales : le nouveau droit distingue la réserve légale issue du capital et la réserve légale issue du bénéfice et prévoit des financements différents pour ces deux catégories. 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). L'excédent peut être remboursé aux actionnaires quand les réserves dépassent ces seuils (50%/20%) du capital social (art. 671 et 672 nCO).

Dividendes intermédiaires (art. 675a nCO, 798 nCO) : Le nouveau droit autorise explicitement les dividendes intermédiaires. L'AG peut décider le versement de dividendes intermédiaires sur la base de comptes intermédiaires qui doivent être révisés par l'organe de révision avant l'AG. Une vérification par l'organe de révision n'est pas nécessaire si un opting-out existe, ou si tous les actionnaires approuvent le versement d'un tel dividende et que les créances de créanciers ne sont ainsi pas menacées. Ces nouvelles dispositions s'appliquent par analogie à la Srl.

Révocation de l'organe de révision (art. 730/4 nCO) : Actuellement l'AG peut révoquer l'organe de révision en tout temps avec effet immédiat. Dès le 1^{er} janvier 2023, la révocation n'est possible qu'avec de justes motifs. Les raisons de la révocation doivent être indiquées dans l'annexe aux comptes annuels (art. 959c/2 ch.14 nCO). Notons que cette nouvelle exigence de justes motifs concerne la révocation en cours de mandat, et non pas la simple non-réélection de l'organe à la fin de son mandat.

Le nouveau droit prévoit la possibilité pour la SA et la Srl de prévoir dans les statuts que tous les litiges relevant du droit des sociétés ne seront pas jugés par un tribunal étatique, mais par un tribunal arbitral situé en Suisse (art. 697 et 797a nCO).

Les actions en responsabilité (responsabilité dans les actes de fondation, dans l'administration, la gestion et la liquidation et dans la révision) se prescrivent non plus par 5 ans mais par 3 ans, et ce délai est suspendu pendant la procédure visant l'institution d'un examen spécial et l'exécution de celui-ci (art. 760/1 nCO). Cette nouveauté s'applique aussi à la société coopérative et à la Srl (art. 919/1 nCO, 827 CO).

Création d'une société coopérative : Dorénavant le concours d'un notaire est nécessaire pour constituer une société coopérative : un acte authentique par lequel les fondateurs déclarent fonder une coopérative contenant les statuts et désignant les organes est obligatoire (art. 830 nCO).

6. Délai transitoire

Le nouveau droit s'applique dès son entrée en vigueur. Les sociétés dont les statuts ne sont pas conformes au nouveau droit ont deux ans pour les mettre en conformité.

7. Conclusions

La révision de la loi amène une modernisation du droit de la SA, qui est adapté aux standards européens et au nouveau droit comptable notamment, et une amélioration de la gouvernance d'entreprise.

Il peut être constaté que la nouvelle loi renforce la distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées, en instituant des règles différentes selon ce critère de distinction dans de nombreux cas.

Le nouveau droit de la SA touche de nombreux aspects de la vie de la société. Il est recommandé aux organes dirigeants des sociétés concernées, respectivement aux conseils d'administration de prendre le temps de se mettre au fait des nouvelles disposition afin d'exercer leur activité de façon conforme au nouveau droit. Nous sommes à votre disposition pour vous accompagner dans ce processus.

La prochaine Newsletter F&P hiver 2022-2023 proposera deux contributions sur le thème du nouveau droit de la SA : ne la manquez pas !

Le contenu de cette publication ne constitue pas un avis ou un conseil juridique exhaustif. Si vous souhaitez obtenir des informations complémentaires, nous vous invitons à vous adresser à l'Etude Frôté & Partner par un courriel à info@frotepartner.ch.