

burckhardt

Stéphane Konkoly • Alain Schmid

Juillet 2023

Révision du droit de la société anonyme

Bâle

burckhardt AG
Steinentorstrasse 23,
C. P. 258,
CH-4010 Bâle

Zurich

burckhardt AG
Usterstrasse 12,
C. P. 1172,
CH-4021 Zurich

burckhardtlaw.com

Révision du droit de la société anonyme

La révision du droit de la société anonyme adoptée par le Parlement suisse le 19 juin 2020 vise à améliorer la gouvernance d'entreprise des sociétés cotées en bourse et des sociétés privées, à assouplir les modifications de la structure du capital ainsi que la tenue des assemblées générales et des réunions du conseil d'administration et à adapter le droit de la société anonyme au nouveau droit comptable. En outre, l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse, entrée en vigueur en 2014, a été transposée dans la loi.

La révision du droit des sociétés anonymes est entrée en vigueur en grande partie le 1er janvier 2023. Depuis lors, un délai transitoire de deux ans court pour adapter les statuts et les règlements d'une société. Dans la mesure où les statuts contiennent des dispositions incompatibles avec le nouveau droit, celles-ci deviennent automatiquement caduques à l'expiration du délai de deux ans.

Il faut noter que cette révision apporte également des modifications concernant les sociétés à responsabilité limitée (voir à ce sujet la section 3.7.).

En condensé, la révision prévoit notamment les nouveautés suivantes:

- La valeur nominale d'une action doit simplement être supérieure à zéro, ce qui permet de choisir n'importe quelle valeur nominale pour une action (section 3.1.a).
- Les reprises de biens (envisagées) au moment de la constitution de la société ou à l'occasion d'une augmentation de capital ne sont plus soumises à des règles particulières (section 3.1.c).



Stéphane Konkoly
Avocat, LL.M., MLP-HSG, avocat
+41 58 881 00 55
konkoly@burckhardtlaw.com



Alain Schmid
Avocat, docteur en droit
+41 58 881 00 65
schmid@burckhardtlaw.com

- La marge de fluctuation du capital permet à l'assemblée générale d'autoriser le conseil d'administration, dans certaines limites, à procéder à des augmentations et/ou à des réductions flexibles du capital (section 3.1.e).
- En cas d'augmentation conditionnelle du capital, il est désormais possible de désigner des tiers comme bénéficiaires, en plus des actionnaires, des créanciers, des travailleurs et des membres du conseil d'administration (section 3.1.f).
- Le capital-actions peut également être fixé dans une monnaie étrangère importante au regard de l'activité commerciale (actuellement GBP, EUR, USD et JPY) (section 3.1.g).
- Les bénéfices réalisés en cours d'année peuvent, sous certaines conditions, être distribués sous la forme d'un dividende intermédiaire (section 3.2.a).
- Les statuts d'une société anonyme peuvent, par une clause idoine, soumettre à l'arbitrage les litiges relevant du droit des sociétés (section 3.3.d).
- Une assemblée générale peut se tenir en Suisse ou/et à l'étranger et à plusieurs endroits simultanément (section 3.4.e).
- Le conseil d'administration peut permettre aux actionnaires de participer par voie électronique à une assemblée générale physique ou organiser l'assemblée générale uniquement de manière virtuelle (section 3.4.f).
- Les actionnaires peuvent prendre leurs décisions par écrit (décision par voie de circulation), également sous forme électronique (section 3.4.g).
- Le conseil d'administration peut désormais déléguer la gestion de la société à la direction sans autorisation particulière dans les statuts (section 3.5.b).
- Le conseil d'administration peut permettre à ses membres de participer à une réunion physique par voie électronique ou organiser la réunion uniquement de manière virtuelle (section 3.5.c).
- Les décisions du conseil d'administration sous forme électronique ne nécessitent plus de signature (section 3.5.d).
- En cas de menace d'insolvabilité, le conseil d'administration doit prendre des mesures pour garantir la solvabilité et, si nécessaire, pour assainir la situation (section 3.6.a)

Vous trouverez dans les sections 1 et 2 ci-après un aperçu des modifications ponctuelles qui sont déjà applicables

depuis le 1er janvier 2021 ou le 1er janvier 2022, puis, dans la section 3, un aperçu des modifications entrées en vigueur le 1er janvier 2023 et des éventuelles mesures à prendre pour les sociétés privées ou les filiales suisses de groupes étrangers. Les modifications et les mesures à prendre pour les sociétés cotées en bourse ne seront pas abordées.

1. Modifications du droit des sociétés anonymes au 1er janvier 2021

Au 1er janvier 2021, le Conseil fédéral a déjà mis en vigueur une partie de la révision du droit de la société anonyme, dont il ne sera que brièvement question ci-après:

1.1. Introduction de règles de transparence dans le secteur des matières premières

Afin d'accroître la transparence et de lutter contre les fautes de gestion et la corruption, les entreprises qui sont tenues par la loi de procéder à un contrôle ordinaire et qui sont actives, elles-mêmes ou par l'intermédiaire d'une entreprise qu'elles contrôlent, dans le domaine de la production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires, doivent établir un rapport sur les paiements versés à des autorités publiques en lien avec la production de matières premières à partir de CHF 100'000 par exercice. Le rapport doit être rédigé dans une langue nationale ou en anglais et être publié sous forme électronique. Cette

obligation s'applique pour la première fois à partir de l'exercice 2022, ce qui signifie que le rapport correspondant ne devra être publié qu'en 2023. Le Conseil fédéral peut étendre ces prescriptions de transparence au négoce des matières premières, ce qu'il n'a pas fait jusqu'à présent.

1.2. Registre du commerce: baisse des émoluments, élargissement des personnes habilitées à déposer une réquisition d'inscription et suppression du blocage du registre du commerce

Les frais du registre du commerce ont été réduits d'un tiers afin d'alléger les charges des entreprises. Cette réduction favorise notamment la création de sociétés et la modification d'inscriptions au registre du commerce.

Les personnes habilitées à déposer des réquisitions d'inscription au registre du commerce ne comprennent plus seulement les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration, mais toutes les personnes autorisées à signer pour l'entité juridique concernée conformément à leur droit de signature. Les dispositions légales qui prévoient des règles particulières en matière de signature demeurent réservées (p. ex. pour les fusions, lesquelles doivent être annoncées comme auparavant par l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société reprenante). En outre, les réquisitions peuvent également être signées par des tiers, tels que des avocats,

des notaires ou des experts fiscaux, pour autant qu'ils soient dûment autorisés. La procuration doit être jointe à la réquisition et ne doit pas obligatoirement être présentée en original ou en copie certifiée conforme; une simple copie suffit.

Il n'est plus possible de demander à l'office compétent le blocage du registre du commerce pour empêcher des inscriptions au registre journalier. Le blocage doit désormais être ordonné par un tribunal dans le cadre d'une requête de mesure provisoire urgente (superprovisoire). Un blocage du registre du commerce devient ainsi plus compliqué et plus coûteux.

2. Modifications du droit des sociétés anonymes au 1er janvier 2022

Afin d'accroître la transparence, les grandes entreprises suisses sont tenues de rendre compte des risques liés à leurs activités commerciales dans les domaines de l'environnement, des questions sociales et de personnel, des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption, ainsi que des mesures prises pour y faire face.

Les entreprises en Suisse (quelle que soit leur taille) qui présentent des risques dans les domaines sensibles du travail des enfants et des minerais et métaux en provenance de zones de conflit doivent observer des obligations particulières en matière de diligence et de déclaration.

Ces obligations de diligence et de faire rapport s'appliqueront pour la première fois à partir de l'exercice 2023, ce qui signifie que le rapport correspondant ne devra être publié qu'en 2024.

Le Conseil fédéral a édicté des dispositions d'exécution dans l'ordonnance sur l'obligation de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants (ODiTr).

3. Modifications du droit des sociétés anonymes au 1er janvier 2023

3.1. Capital-actions

Le nouveau droit des sociétés anonymes apporte aux sociétés anonymes une plus grande flexibilité dans l'aménagement et la modification de la structure du capital ainsi qu'une plus grande sécurité juridique grâce à la codification des pratiques déjà existantes.

a) Libre choix de la valeur nominale des actions

Jusqu'à la révision, la valeur nominale minimale des actions devait être de 1 centime. Désormais, la valeur nominale doit simplement être supérieure à zéro. Les actions sans valeur nominale ne sont cependant toujours pas autorisées. De même, le capital-actions doit toujours s'élever à CHF 100'000 au moins et l'apport minimal doit correspondre à

20% de la valeur nominale, mais au moins CHF 50'000.

Cette modification apporte un assouplissement puisqu'il est désormais possible d'émettre autant d'actions que souhaité, même avec un capital minimal fixé à CHF 100'000, et que les divisions d'actions sont simplifiées.

b) Sécurité juridique lors de la libération du capital-actions

Comme par le passé, les actionnaires peuvent libérer le capital-actions par des apports en espèces (libération en espèces), par des valeurs patrimoniales (libération en nature) ou par compensation avec une créance à envers la société (libération par compensation). Avant la révision, cependant, en cas d'augmentation de capital, seule la libération par apport en nature nécessitait une majorité qualifiée d'au moins deux tiers des voix représentées et de la majorité des valeurs nominales des actions représentées lors de l'assemblée générale, ainsi qu'une mention correspondante dans les statuts et au registre du commerce. Désormais, ces deux conditions s'appliquent également à la libération par compensation.

Comme auparavant, les valeurs patrimoniales transférées à une société dans le cadre d'un apport en nature doivent remplir certaines

conditions pour être considérées comme tel, c'est-à-dire qu'elles doivent pouvoir être inscrites au bilan, être librement transférables, être librement disponibles et être réalisables. Ces critères, qui n'étaient jusqu'à la révision appliqués que dans la pratique, sont désormais inscrits dans la loi. Les statuts doivent toujours indiquer l'objet de l'apport en nature, son évaluation et le nom de l'apporteur, les actions émises en contrepartie ainsi que les éventuelles autres contre-prestations de la société, que ce soit à la constitution de la société ou à l'occasion de l'augmentation de capital.

Si des immeubles sont apportés à une société dans le cadre d'un apport en nature, un seul acte authentique établi au siège de la société suffit désormais, même si les immeubles sont situés dans différents cantons.

Lors d'une libération par compensation dans le cadre d'une augmentation de capital, les dispositions relatives à la protection du capital sont désormais réputées respectées même lorsque la créance compensée n'est pas entièrement couverte par les actifs de la société et ne constitue donc pas une véritable valeur. Cette modification apporte une plus grande sécurité juridique, notamment en cas d'assainissement d'entreprise, car la légalité des

conversions de dettes en fonds propres (debt/equity-swaps) était auparavant controversée. Comme par le passé, la libération par compensation de créances n'est pas autorisée lorsque les créances sont contestées.

- c) Abrogation des dispositions relatives à la reprise de biens (envisagée)

Les anciennes dispositions concernant la reprise de biens (envisagée), qui régissaient la reprise d'actifs d'un actionnaire ou d'un proche par la société en rapport avec la constitution ou une augmentation de capital, étaient en partie peu claires et prévoyaient la nullité de la reprise de biens (envisagée) en cas de violation, ce qui entraînait une insécurité juridique. Ces dispositions ont donc été abrogées. Les reprises de biens (envisagées) ne sont donc plus soumises à des règles particulières. Toutefois, une disproportion manifeste entre prestation et contre-prestation lors d'une reprise de biens peut toujours conduire à une action en restitution et à la responsabilité des organes.

Si une reprise de biens est effectuée dans le cadre d'un apport en nature, la mention de l'apport en nature dans les statuts et au registre du commerce doit alors également inclure la reprise de biens.

- d) Adaptations des règles sur l'augmentation ordinaire du capital et sur la réduction ordinaire du capital

En matière d'augmentation et de réduction ordinaire du capital, la révision du droit de la société anonyme transpose dans la loi une pratique qui a déjà fait ses preuves et apporte quelques adaptations mineures et assouplissements de la procédure.

Désormais, les augmentations et les réductions de capital doivent notamment être exécutées et annoncées à l'office du registre du commerce non plus dans les trois mois, mais dans les six mois suivant la décision de l'assemblée générale. L'inscription de l'augmentation ou de la réduction de capital au registre du commerce n'est plus nécessaire pour respecter le délai; le dépôt de la réquisition d'inscription suffit.

Lors d'une augmentation de capital, les actionnaires ne doivent plus être avantagés ou désavantagés de manière non fondée. Cela vaut non seulement en cas de limitation ou de suppression des droits de souscription préférentiels, mais aussi, et c'est nouveau, en ce qui concerne la fixation du prix d'émission.

- e) Remplacement de l'augmentation de capital autorisée par la marge de fluctuation du capital

Le système de l'augmentation autorisée du capital a été supprimé et

remplacé par un nouvel instrument: la marge de fluctuation du capital. Cet instrument réunit la forme de l'augmentation de capital autorisée et de la réduction de capital autorisée. Les augmentations de capital autorisées qui ont été décidées avant l'entrée en vigueur de la révision restent toutefois valables.

L'assemblée générale peut désormais autoriser le conseil d'administration à réduire ou à augmenter le capital-actions à volonté et à plusieurs reprises pendant une durée maximale de cinq ans, en respectant une limite inférieure et une limite supérieure (marge de fluctuation), sans qu'une nouvelle décision de l'assemblée générale ne soit nécessaire. Le capital-actions inscrit au registre du commerce peut ainsi être réduit ou augmenté de moitié au maximum, sans jamais pouvoir descendre en dessous du capital minimum de CHF 100'000. A l'exception de ces limites légales, l'assemblée générale dispose d'une grande liberté dans l'aménagement de l'autorisation accordée au conseil d'administration (p. ex. durée dans le temps, restrictions ou conditions).

L'introduction d'une marge de fluctuation du capital requiert une décision de l'assemblée générale à la majorité qualifiée d'au moins deux tiers des voix représentées et de la

majorité des valeurs nominales des actions représentées, ainsi que l'inscription d'une disposition correspondante dans les statuts.

Le conseil d'administration peut décider des augmentations et des réductions de capital dans le cadre de l'autorisation accordée par l'assemblée générale et édicter les dispositions statutaires nécessaires à cet effet. Une réduction de capital n'est toutefois pas possible si la société a renoncé à un contrôle restreint (opting-out).

En cas d'augmentation de capital en rapport avec une marge de fluctuation du capital, les actionnaires restent protégés comme auparavant, c'est-à-dire qu'ils disposent d'un droit de souscription sur les actions nouvellement émises proportionnel à leur participation antérieure. Le droit de souscription peut toutefois toujours être limité ou supprimé. En cas de réduction du capital, les dispositions relatives à la protection des créanciers concernant la garantie des créances, les comptes intermédiaires et l'attestation de vérification continuent de s'appliquer par analogie.

La marge de fluctuation du capital permet aux sociétés d'adapter rapidement et de manière flexible leurs fonds propres en fonction de leurs besoins (par exemple en cas de

rachat d'entreprise ou d'investissement).

- f) Extension des bénéficiaires en matière d'augmentation de capital conditionnelle

Outre les actionnaires, les créanciers, les travailleurs et les membres du conseil d'administration, des tiers (non spécifiques) peuvent désormais également bénéficier de droits d'option dans le cadre d'une augmentation de capital conditionnelle. Le cercle des bénéficiaires potentiels est ainsi considérablement élargi.

- g) Capital-actions en monnaie étrangère

Selon le droit comptable en vigueur, la présentation des comptes et la comptabilité peuvent être tenues dans une monnaie étrangère, pour autant que celle-ci soit essentielle à l'activité commerciale (lien fonctionnel). Auparavant, le capital-actions devait toutefois toujours être libellé en francs suisses. Désormais, le capital-actions peut également être fixé dans une monnaie étrangère fonctionnelle. La monnaie étrangère fonctionnelle est la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise, c'est-à-dire celle des principaux flux financiers de la société. Un capital-actions en monnaie étrangère présente l'avantage que les montants

ne doivent plus être convertis en francs suisses lors d'opérations liées au capital (p. ex. distribution d'un dividende à partir de fonds librement disponibles). Une conversion reste néanmoins nécessaire pour les déclarations fiscales.

Les quatre conditions suivantes doivent être remplies pour que le capital-actions puisse être fixé dans une devise étrangère:

1. la monnaie étrangère doit être la plus importante au regard des activités de l'entreprise (monnaie étrangère fonctionnelle);
2. la norme relative au capital minimum doit être respectée, c'est-à-dire que le capital-actions en monnaie étrangère doit correspondre à une contre-valeur d'au moins CHF 100'000 au moment de la constitution d'une société ou, dans le cas de sociétés existantes, au moment où le conseil d'administration décide de procéder à la conversion;
3. la comptabilité et la présentation des comptes doivent être tenues dans la même monnaie étrangère; et

4. le Conseil fédéral doit avoir reconnu la monnaie étrangère choisie comme appropriée.

Les monnaies étrangères reconnues comme appropriées par le Conseil fédéral sont définies dans l'ordonnance sur le registre du commerce. Actuellement, les monnaies suivantes sont retenues: La livre sterling (GBP), l'euro (EUR), le dollar américain (USD) et le yen japonais (JPY).

Si une société anonyme existante souhaite désormais fixer son capital-actions dans une monnaie étrangère, l'assemblée générale doit le décider à la majorité qualifiée d'au moins deux tiers des voix représentées et à la majorité des valeurs nominales des actions représentées. En outre, le conseil d'administration doit confirmer que les quatre conditions susmentionnées sont remplies et décider d'une modification correspondante des statuts. Les décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration doivent faire l'objet d'un acte authentique.

3.2. Réserves / dividendes

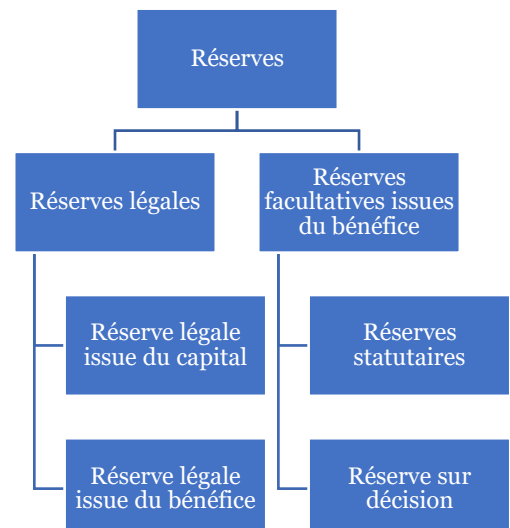
a) Dividendes intermédiaires

La loi détermine désormais les conditions pour la distribution de dividendes intermédiaires, c'est-à-dire la distribution de dividendes issus de bénéfices réalisés en cours

d'année. L'assemblée générale peut (si les conditions pour une distribution de dividendes sont remplies) décider de verser un dividende intermédiaire sur la base d'un bilan intermédiaire. Une base statutaire n'est pas nécessaire pour ce faire. Les comptes intermédiaires doivent être vérifiés par l'organe de révision, à moins que (i) la société ne soit pas soumise au contrôle ordinaire et ait renoncé au contrôle restreint (opting-out) ou (ii) tous les actionnaires approuvent le dividende intermédiaire et les créances des créanciers ne soient pas menacées. La distribution de dividendes intermédiaires dans les groupes de sociétés s'en trouve ainsi simplifiée.

b) Adaptation des types de réserves au droit comptable

Les types de réserves sont alignés sur le droit comptable et sont désormais classés et nommés comme suit:



c) Adaptations concernant la constitution, l'utilisation et la compensation des réserves

Les agios ainsi que les autres apports et versements supplémentaires doivent être affectés à la réserve légale issue du capital. Cette réserve ne peut désormais être remboursée aux actionnaires que si, ensemble avec la réserve légale issue du bénéfice et après déduction du montant des pertes éventuelles, elle dépasse 50% (20% pour les sociétés holding) du capital-actions inscrit au registre du commerce (et non du capital-actions libéré).

5% du bénéfice annuel sont affectés à la réserve légale issue du bénéfice, toute perte reportée devant être auparavant compensée. Cette attribution de 5% s'applique jusqu'à ce que la réserve issue du bénéfice, avec la réserve légale issue du capital, atteigne la moitié (20% pour les sociétés holding) du capital-actions inscrit au registre du commerce. Cela signifie un durcissement: une société dont le capital-actions est entièrement libéré, qui n'a pas de réserve légale issue du capital et dont la réserve légale issue du bénéfice minimale était auparavant de 20% du capital-actions, doit désormais augmenter sa réserve légale issue du bénéfice à 50% du capital-actions. Le remboursement aux actionnaires est soumis aux mêmes règles que pour la réserve légale issue du

capital. La seconde attribution de 10% en cas de dividende dépassant 5% du capital-actions a été supprimée.

La constitution de réserves facultatives issues du bénéfice nécessite désormais qu'elle soit justifiée pour assurer durablement la prospérité de l'entreprise, compte tenu des intérêts de tous les actionnaires.

Les pertes doivent être compensées selon l'ordre suivant:

1. Bénéfice reporté
2. Réserves facultatives issue du bénéfice
3. Réserve légale issue du bénéfice
4. Réserve légale issue du capital

Après compensation avec le bénéfice reporté et les réserves facultatives issues du bénéfice, les pertes peuvent être reportées à nouveau. Une compensation avec la réserve légale issue du bénéfice ou issue du capital n'est pas obligatoire.

3.3. Droits sociaux des actionnaires

- a) Des règles plus strictes concernant la représentation des droits de vote.

La révision du droit des sociétés anonymes entraîne des

durcissements ponctuels en ce qui concerne la représentation des droits de vote.

Pour les sociétés non cotées en bourse, il régnait avant la révision une insécurité juridique quant aux exigences d'indépendance du représentant indépendant. Désormais, la loi stipule que l'indépendance du représentant indépendant ne doit être restreinte ni dans les faits ni en apparence, les dispositions relatives à l'indépendance de l'organe de révision lors du contrôle ordinaire s'appliquant par analogie.

Si les statuts prévoient que les actionnaires ne peuvent être représentés que par un autre actionnaire, le conseil d'administration doit désormais désigner un représentant indépendant ou une représentation par un membre d'un organe de l'entreprise à la demande d'un actionnaire.

b) Renforcement du droit aux renseignements et restrictions du droit à la consultation

Les actionnaires qui détiennent au moins 10% des droits de vote ou du capital-actions peuvent désormais demander des renseignements au conseil d'administration en dehors de l'assemblée générale. Le conseil d'administration doit fournir les informations dans un délai de

quatre mois et, dans un souci d'égalité de traitement, les renseignements doivent être mis à la disposition de tous les actionnaires au plus tard lors de l'assemblée générale suivante. Un refus de fournir des renseignements doit désormais être motivé par écrit et n'est admissible, comme auparavant, que si le renseignement n'est pas nécessaire à l'exercice des droits des actionnaires ou si le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux dignes de protection sont compromis.

En vertu de cette disposition, les actionnaires peuvent demander des informations sur les rémunérations (au moins globales) versées au conseil d'administration et à la direction.

Le droit de consulter les livres et les dossiers ne peut désormais être exercé que par les actionnaires qui détiennent au moins 5% du capital-actions ou des voix. En outre, c'est le conseil d'administration, et non plus l'assemblée générale, qui décide de l'octroi du droit de consultation et l'actionnaire est autorisé à prendre des notes, mais pas à faire des copies. Un éventuel refus est admissible selon les règles applicables au droit aux renseignements.

- c) Simplification de l'accès à l'examen spécial (auparavant: "contrôle spécial")

L'ancien contrôle spécial est rebaptisé "examen spécial".

Comme auparavant, l'examen spécial ne peut être demandée lors d'une assemblée générale qu'après que le droit aux renseignements ou de consultation a été exercé et dans la mesure où l'examen spécial est nécessaire à l'exercice des droits des actionnaires. Si l'assemblée générale accepte la proposition, la société ou tout actionnaire peut, dans un délai de 30 jours, requérir du tribunal la désignation d'experts chargés de mener l'examen spécial. Si l'assemblée générale rejette la proposition, des actionnaires détenant au moins 10% du capital-actions ou des voix peuvent demander au juge d'ordonner un examen spécial.

Désormais, les requérants doivent seulement rendre vraisemblable auprès du tribunal que les fondateurs ou les organes ont enfreint la loi ou les statuts et que cette violation est de nature à porter préjudice à la société ou à ses actionnaires. Il n'est plus nécessaire de rendre vraisemblable un préjudice réel causé à la société ou aux actionnaires.

- d) Clause d'arbitrage statutaire

La possibilité d'introduire une clause d'arbitrage dans les statuts est désormais régie par la loi. Les statuts d'une société peuvent prévoir que les différends relevant du droit des sociétés (comme les actions en responsabilité ou les requêtes de renseignements et de consultation) seront tranchés par un tribunal arbitral sis en Suisse. Si les statuts n'en disposent pas autrement, la société, ses organes, les membres des organes et les actionnaires sont liés par la clause d'arbitrage. Les statuts peuvent réduire le champ d'application, mais pas l'étendre.

Les statuts peuvent régler les détails et renvoyer notamment à un règlement d'arbitrage (comme le Règlement suisse d'arbitrage ou le Règlement de la CCI). En outre, les statuts doivent notamment garantir que les personnes susceptibles d'être directement concernées par les effets juridiques de la sentence arbitrale soient informées de l'ouverture et de la clôture de la procédure.

3.4. Assemblée générale

Dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes, les droits des actionnaires ont été renforcés en ce qui concerne l'assemblée générale, et l'organe lui-même a été modernisé et assoupli.

a) Nouveaux droits intransmissibles de l'assemblée générale

Les compétences suivantes ont été ajoutées au catalogue des droits intransmissibles de l'assemblée générale :

1. Fixation du dividende intermédiaire et approbation des comptes intermédiaires nécessaires à cet effet (voir à ce sujet la section 3.2.a); et
2. décider du remboursement de la réserve légale issue du capital.

b) Abaissement des seuils pour l'inscription d'objets ou de propositions à l'ordre du jour

Comme auparavant, les actionnaires qui représentent ensemble au moins 10% du capital-actions ou des voix peuvent demander la convocation d'une assemblée générale. Pour l'inscription d'un objet ou d'une proposition à l'ordre du jour, le seuil passe de 10 à 5% du capital-actions ou des voix.

c) Extension du catalogue des décisions nécessitant une majorité qualifiée

Désormais, les décisions suivantes de l'assemblée générale requièrent la majorité qualifiée d'au moins deux tiers des voix représentées et

la majorité des valeurs nominales des actions représentées:

1. l'augmentation de capital avec libération par compensation (voir à ce sujet la section 3.1.b);
2. l'introduction d'une marge de fluctuation du capital (voir à ce sujet la section 3.1.e);
3. la transformation de bons de participation en actions;
4. le changement de la monnaie du capital-actions (voir à ce sujet la section 3.1.g);
5. l'introduction de la voix prépondérante du président à l'assemblée générale;
6. l'introduction d'une disposition statutaire prévoyant la tenue de l'assemblée générale à l'étranger (voir à ce sujet la section 3.4.e) ci-après);
7. l'introduction d'une clause d'arbitrage statutaire (voir à ce sujet la section 3.3.d); et
8. la renonciation à la désignation d'un représentant indépendant en vue de la tenue d'une assemblée générale virtuelle (voir à ce sujet la section 3.4.f) ci-après).

d) Convocation à l'assemblée générale et information des actionnaires

Le conseil d'administration peut désormais convoquer une assemblée générale exclusivement sous forme électronique (par exemple par courrier électronique), à condition que cela soit prévu dans les statuts.

La loi précise désormais en détail le contenu des convocations à une assemblée générale, notamment la date, l'heure, la forme (p. ex. physique, hybride ou exclusivement virtuelle) et le lieu (un ou plusieurs) de l'assemblée générale, les objets à l'ordre du jour ainsi que les propositions du conseil d'administration.

En préparant la convocation de l'assemblée générale, le conseil d'administration doit en outre respecter, comme auparavant, le principe de l'unité de la matière (pas d'interdépendance entre les objets clés) et doit fournir à l'assemblée générale toutes les informations nécessaires à sa prise de décision. Il peut toutefois ne présenter que succinctement les objets portés à l'ordre du jour dans la convocation, comme par exemple dans le cas d'une révision totale des statuts, s'il met à la disposition des actionnaires des informations plus détaillées d'une

autre manière (par ex. sur le site internet de la société).

La mise à disposition du rapport de gestion et du rapport de révision et la communication correspondante du conseil d'administration aux actionnaires ne sont désormais plus nécessaires. Il suffit que le rapport de gestion et le rapport de révision soient accessibles aux actionnaires électroniquement (p. ex. sur le site internet de la société).

Enfin, tout actionnaire peut désormais exiger que le procès-verbal de l'assemblée générale lui soit communiqué dans les 30 jours suivant l'assemblée générale.

e) Assemblée générale en plusieurs lieux en même temps ainsi qu'en Suisse ou/et à l'étranger

Il est désormais possible d'organiser une assemblée générale dans différents lieux en même temps. Toutefois, les interventions doivent être retransmises en direct par le son et l'image dans tous les sites de réunion.

En outre, une assemblée générale peut se tenir à l'étranger si les statuts le prévoient et si le conseil d'administration désigne un représentant indépendant dans la convocation. Le conseil d'administration peut renoncer au

représentant indépendant si tous les actionnaires y consentent.

- f) Participation électronique à une assemblée générale physique et assemblée générale virtuelle

Le conseil d'administration peut désormais prévoir que les actionnaires qui ne sont pas présents sur le site d'une assemblée générale physique peuvent exercer leurs droits par voie électronique.

Il est en outre possible de tenir une assemblée générale exclusivement sous forme électronique et sans lieu de réunion physique (assemblée générale virtuelle), si les statuts le prévoient et si le conseil d'administration désigne un représentant indépendant dans la convocation. Il est possible de renoncer à un représentant indépendant par le biais d'une disposition statutaire adoptée à la majorité qualifiée.

Ces deux types d'assemblées générales sont particulièrement pratiques pour les sociétés dont l'actionariat est restreint.

La réglementation quant au recours aux médias électroniques est laissée à l'appréciation du conseil d'administration. Il doit toutefois veiller à ce que:

1. l'identité des participants soit établie;

2. les votes à l'assemblée générale soient retransmis en direct;
3. chaque participant puisse faire des propositions et prendre part aux débats; et
4. le résultat du vote ne puisse pas être falsifié.

Si des problèmes techniques surviennent pendant l'assemblée générale et qu'elle ne peut pas se dérouler correctement, elle doit être convoquée à nouveau. Les décisions prises par l'assemblée générale avant l'apparition des problèmes techniques restent toutefois valables.

- g) Décisions de l'assemblée générale par voie de circulation

Comme c'était déjà le cas pour la société à responsabilité limitée, les actionnaires peuvent désormais prendre des décisions par écrit (décisions par voie de circulation), également sous forme électronique, pour autant qu'aucun actionnaire ou représentant d'actionnaire ne requière une délibération orale.

- h) Participation de la direction à l'assemblée générale

Non seulement les membres du conseil d'administration, mais aussi ceux de la direction sont

expressément autorisés à participer à l'assemblée générale. Si des membres du conseil d'administration et/ou de la direction participent à l'assemblée générale, ils ont le droit de s'exprimer sur chaque objet porté à l'ordre du jour. Toutefois, seul le conseil d'administration peut faire des propositions concernant les objets portés à l'ordre du jour.

i) Contenu du procès-verbal de l'assemblée générale

Le contenu minimal du procès-verbal de l'assemblée générale est partiellement revu et complété. Il doit comprendre au moins les éléments suivants:

1. la date, l'heure de début et de fin ainsi que la forme et le lieu de l'assemblée générale;
2. le nombre, l'espèce, la valeur nominale et la catégorie des actions représentées, avec indication des actions représentées par le représentant indépendant, par un membre d'un organe de la société ou par le représentant dépositaire;
3. les décisions et le résultat des élections;
4. les demandes de renseignements formulées lors de l'assemblée générale et les réponses données;

5. les déclarations dont les actionnaires demandent l'inscription au procès-verbal; et
6. les problèmes techniques significatifs survenus durant l'assemblée générale (en cas de participation électronique ou d'assemblée générale virtuelle).

Le procès-verbal doit être signé par le président et le secrétaire de l'assemblée générale.

j) A noter: La réglementation Covid concernant l'assemblée générale virtuelle a été supprimée au 1er janvier 2023

L'art. 27 al. 1 let. de l'Ordonnance 3 COVID-19 permettait la tenue d'assemblées générales virtuelles. Cette réglementation a été abrogée avec l'entrée en vigueur de la révision du droit des sociétés anonymes au 1er janvier 2023. Elle se distinguait des règles de la révision du droit des sociétés anonymes par le fait qu'elle ne nécessitait pas de base statutaire et que le conseil d'administration n'était pas tenu de désigner un représentant indépendant dans la convocation.

k) A noter: Absence de modification des règles relatives à l'annonce de l'ayant droit économique

La révision du droit de la société anonyme n'a pas entraîné de

modification de l'obligation d'annoncer l'ayant droit économique et de l'obligation de tenir une liste des ayants droit économiques annoncés. Il est rappelé ici que les droits sociaux (notamment le droit de vote) des actionnaires qui n'ont pas respecté leur obligation d'annonce sont suspendus.

3.5. Conseil d'administration, direction et organe de révision

- a) Élection individuelle des membres du conseil d'administration; nomination d'un secrétaire du conseil d'administration désormais obsolète

Les membres du conseil d'administration doivent être élus individuellement, à moins que les statuts ne prévoient une disposition contraire ou que le président de l'assemblée générale n'ordonne une élection globale avec l'accord de tous les actionnaires représentés.

Le conseil d'administration ne doit plus désigner de secrétaire. Les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration ne doivent plus être signés par le secrétaire, mais par le rédacteur désigné (et le président).

- b) La délégation de la gestion à la direction ne nécessite plus d'autorisation statutaire

Jusqu'à la révision, le conseil d'administration avait besoin d'une autorisation statutaire pour déléguer la gestion à la direction en vertu d'un règlement d'organisation. Désormais, le conseil d'administration peut également édicter un règlement d'organisation pour déléguer la gestion à la direction sans autorisation dans les statuts.

Si les actionnaires veulent pouvoir se prononcer sur la délégation de la gestion à la direction, une disposition statutaire dans ce sens doit désormais figurer dans les statuts.

- c) Participation électronique aux réunions physiques et réunions virtuelles du conseil d'administration

Comme pour l'assemblée générale (voir à ce sujet la section 3.4.f), le conseil d'administration peut désormais prévoir que les membres qui ne sont pas présents à une réunion peuvent exercer leurs droits par voie électronique.

En outre, il devient possible de tenir des réunions du conseil d'administration exclusivement par des moyens électroniques et sans lieu de réunion physique (réunions virtuelles du conseil d'administration).

Dans les deux cas, aucune base statutaire n'est requise. Les détails devraient toutefois être réglés dans un règlement d'organisation. Il est renvoyé à la section 3.4.f) pour le surplus.

- d) Pas de signature exigée pour les décisions par voie de circulation sous forme électronique

La signature n'est désormais plus nécessaire pour les décisions prises par voie de circulation sous forme électronique. Il devient donc possible de prendre une décision par voie de circulation par courriel ou dans une discussion électronique (chat). Le conseil d'administration peut toutefois exiger par écrit que les décisions par voie de circulation ne seront effectives qu'avec la signature des membres du conseil d'administration.

Il convient toutefois de noter que la signature des membres du conseil d'administration ou l'établissement d'un procès-verbal reste nécessaire lorsque des décisions servent à une inscription au registre du commerce.

- e) Règles en cas de conflits d'intérêts
- Selon la pratique déjà en vigueur, les membres du conseil d'administration et de la direction doivent informer immédiatement et de

manière complète le conseil d'administration lors de la survenance d'un conflit d'intérêts et le conseil d'administration doit prendre les mesures nécessaires pour préserver les intérêts de la société. Cette règle figure désormais dans la loi.

3.6. Assainissements

- a) Obligations d'assainissement en cas de menace d'insolvabilité

Le conseil d'administration doit surveiller la solvabilité de la société. Si celle-ci risque de devenir insolvable, il doit prendre des mesures pour garantir la solvabilité avec la rapidité requise. En outre, il doit, si nécessaire, prendre des mesures d'assainissement et les proposer à l'assemblée générale si elles relèvent de sa compétence (p. ex. augmentation de capital). Le législateur normalise ainsi la pratique déjà en vigueur auparavant.

- b) Adaptations dans le calcul de la perte de capital

Il y a désormais perte de capital lorsque, selon les derniers comptes annuels, les actifs moins les dettes ne couvrent plus la moitié du capital-actions et des réserves légales non distribuables. Une perte de capital surviendra donc plus tard qu'auparavant, car le calcul ne prend plus en considération la totalité des réserves

légales, mais uniquement leur partie non distribuable. Les obligations du conseil d'administration en cas de perte de capital restent inchangées.

c) Obligation de contrôle restreint en cas de perte de capital

Une société qui n'est pas soumise au contrôle ordinaire et qui a renoncé au contrôle restreint (opting-out) est désormais tenue de procéder à un contrôle restreint des derniers comptes annuels en cas de perte de capital.

d) Adaptations mineures des dispositions relatives au surendettement

En cas de risque de surendettement (les actifs ne couvrent plus les dettes), le conseil d'administration doit établir des comptes intermédiaires à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation, comme par le passé. Désormais, il n'est cependant plus nécessaire d'établir des comptes intermédiaires à la valeur de liquidation si la poursuite de l'exploitation est envisagée et que le bilan intermédiaire à la valeur d'exploitation ne présente pas de surendettement. De manière logique, il n'est pas nécessaire d'établir des comptes intermédiaires à la valeur d'exploitation si la poursuite de l'exploitation n'est plus envisagée; dans ce

cas, des comptes intermédiaires à la valeur de liquidation suffisent.

Désormais, une postposition ne permet d'éviter l'avis de surendettement au tribunal que si elle couvre également les intérêts échus et les intérêts futurs de la créance postposée, et non seulement le capital.

Les conditions d'un assainissement dit tacite sont maintenant ancrées dans la loi. Le conseil d'administration peut reporter l'avis de surendettement au tribunal si (i) il a des raisons sérieuses d'admettre qu'il est possible de supprimer le surendettement au plus dans les 90 jours qui suivent l'établissement des comptes intermédiaires et (ii) l'exécution des créances n'est pas davantage compromise.

e) Révocation de l'organe de révision uniquement pour de justes motifs

Afin de protéger les actionnaires minoritaires, l'assemblée générale ne peut désormais révoquer l'organe de révision que pour de justes motifs, lesquels doivent figurer dans l'annexe aux comptes annuels.

3.7. Modifications du droit de la sàrl

Contrairement à ce que son nom laisse supposer, la révision du droit de la société anonyme se montre également

d'une grande pertinence pour les sociétés à responsabilité limitée. Les modifications expliquées dans les sections 3.1 à 3.6 (à l'exception de la section 3.1.e) valent *mutatis mutandis* pour les sociétés à responsabilité limitée. Dans ce contexte, il faut saluer le fait qu'il est désormais possible d'émettre des parts sociales d'une quelconque valeur nominale supérieure à zéro, alors que la valeur nominale minimale était auparavant fixée à CHF 100.

3.8. Mesures à prendre

La révision du droit des sociétés anonymes est entrée en vigueur en grande partie le 1er janvier 2023. Depuis lors, un délai transitoire de deux ans court pour adapter les statuts et les règlements de la société. Dans la mesure où les statuts contiennent des dispositions incompatibles avec le nouveau droit, celles-ci deviennent automatiquement caduques à l'expiration du délai de deux ans. Les modifications présentées ci-dessus n'entraînent en principe pas l'obligation d'adapter les statuts. Nous recommandons toutefois à toute société anonyme et à toute société à responsabilité limitée de s'intéresser à la révision et de vérifier si elle peut utiliser les nouvelles règles à son avantage et si les statuts doivent être adaptés au nouveau droit. Nous recommandons notamment de prendre en considération les points suivants:

- Si une société anonyme ou une société à responsabilité limitée tient déjà sa comptabilité dans une monnaie fonctionnelle étrangère, il peut s'avérer judicieux de fixer le capital-actions/le capital social dans cette monnaie plutôt qu'en CHF (voir section 3.1.g);
- Dans les sociétés anonymes avec capital autorisé ou conditionnel, il peut être indiqué de restructurer le capital (p. ex. création d'une marge de fluctuation du capital, adaptations du capital conditionnel et suppression du capital autorisé; voir section 3.1.e);
- Dans la plupart des cas (en tout cas pour les sociétés faisant partie d'un groupe), il faudrait supprimer l'éventuelle disposition statutaire prévoyant une limitation de la représentation à l'assemblée générale (voir section 3.3.a);
- Une clause d'arbitrage peut être introduite pour les différends relevant du droit des sociétés (voir section 3.3.d);
- Adaptations en rapport avec la baisse du seuil pour l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et avec l'extension du catalogue des décisions nécessitant une majorité qualifiée (voir sections 3.4.b) et c);
- Les assemblées générales peuvent désormais être tenue avec une

participation électronique, de manière entièrement virtuelle sans lieu de réunion physique ou à l'étranger (voir sections 3.4.e) et f);

- Les statuts doivent être adaptés en conséquence s'il est prévu d'élire globalement le conseil d'administration (et non chaque membre individuellement) ou de limiter la compétence du conseil d'administration de déléguer la gestion de la société à la direction (voir sections 3.5.a) et b);
- Les séances du conseil d'administration peuvent désormais être tenues en recourant uniquement à des médias électroniques et sans lieu de réunion physique (séances virtuelles du conseil d'administration) (voir section 3.5.c).

Dans certains cas d'espèce, il faudra augmenter la réserve légale issue du bénéfice avant de pouvoir distribuer des dividendes (voir section 3.2.c).

Il peut être indiqué de réviser aussi le règlement d'organisation pour refléter les obligations du conseil d'administration en matière de conflits d'intérêts et profiter des possibilités plus flexibles de tenir des séances du conseil d'administration (voir sections 3.5.c) et e).

Il faudrait finalement examiner les conventions de postposition existantes afin de s'assurer que la postposition couvre

également les intérêts échus et les intérêts futurs.

* * * * *