

Legal Compass

Droit des sociétés

Version du 11 janvier 2021



Que signifie la révision du droit de la société anonyme pour les entreprises non-cotées en bourse ?

Après un long va-et-vient, la révision du droit de la société anonyme est adoptée après l'échéance du délai référendaire le 8 octobre 2020. Bien qu'elle ne conduise pas à un changement fondamental du droit de la société anonyme, il y a quelques changements notables qui sont particulièrement importants pour les sociétés non cotées en bourse. Il s'agit, par exemple, de l'introduction de la marge de fluctuation du capital, de l'admissibilité des assemblées générales virtuelles et de modifications importantes du droit de l'assainissement des entreprises. Les changements les plus importants pour les sociétés non cotées en bourse seront présentés et, dans une optique d'aide à la planification, les mesures à prendre nécessaires seront exposées.

Le Conseil fédéral n'a pas encore annoncé quand les changements entreront en vigueur. On peut raisonnablement s'attendre à ce ceux-ci entrent en vigueur au début de l'année 2022. Toutefois, certaines modifications pertinentes de l'Ordonnance sur le registre du commerce sont déjà entrées en vigueur le 1er janvier 2021.

1. Situation actuelle et entrée en vigueur

Cela fait maintenant 20 ans que la révision du droit de la société anonyme est en cours. Elle avait débuté en 2001 déjà, mais avait été ralentie par l'initiative contre les rémunérations abusives puis presque totalement abandonnée entre-temps. Après presque 20 ans et une longue période de confusion politique, la révision est maintenant une réalité et a été adoptée par le Parlement.

En termes de contenu, la révision couvre le droit de la société anonyme, de la Sàrl et de la coopérative. Il est peu probable que ces changements entrent en vigueur avant l'été 2021. Les sociétés cotées en bourse devront déjà se conformer aux nouvelles dispositions relatives aux quotas pour la représentation des deux sexes à partir du 1er janvier 2021, et des règles de transparence plus strictes s'appliqueront également aux entreprises de matières premières à partir de cette date.

2. Un bref aperçu des nouveautés

Bien que la révision contienne de nombreuses dispositions qui ne concernent que les sociétés cotées en bourse, les commentaires suivants portent sur les effets sur les sociétés non cotées. Comme on le verra, les effets de cette révision sur ce type d'entreprise ne doivent pas être sous-estimés.

2.1 Capital actions

En vertu du droit comptable actuel, les entreprises peuvent déjà tenir leurs comptes dans une monnaie étrangère. En outre, le capital-actions peut désormais être défini en monnaie étrangère, à condition qu'il ait une valeur équivalente à 100'000 CHF au minimum au moment de la fondation. La conversion sera effectuée au moyen d'une décision de l'assemblée générale des actionnaires en forme authentique comprenant une modification des statuts. Le Conseil fédéral déterminera encore les

Auteurs



Marc Nufer, Associé
Responsable droit des sociétés / M&A



Dr. Lorenz Raess
Collaborateur
Droit des sociétés / M&A

monnaies autorisées. Quiconque décide de le faire - ce qui est particulièrement logique pour les sociétés ayant une société mère étrangère - doit présenter le capital-actions et les comptes dans la même monnaie étrangère. C'est la seule façon d'éviter des conversions fastidieuses, par exemple lors de la constitution de réserves ou du versement de dividendes. Par conséquent, une société qui dispose de bons de participation doit également les définir dans la monnaie étrangère choisie.

Les actions elles-mêmes ne doivent désormais avoir qu'une valeur nominale "supérieure à zéro" et non plus, comme auparavant, supérieure à 0,01 CHF. Cela permettra de créer un nombre nettement plus important d'actions avec un capital de 100 000 francs et simplifiera fortement la subdivision. Comme de nombreuses entreprises s'abstiennent déjà d'émettre des certificats d'actions physiques, il ne sera pas nécessaire d'échanger les anciens certificats lorsque le nombre et la valeur nominale des actions sera modifié.

En outre, les actions propres acquises par la société ne seront plus enregistrées à l'actif et au passif du bilan, mais, conformément au nouveau droit comptable, uniquement en diminution des fonds propres au passif.

2.2 Modifications du capital-actions

L'une des principales innovations est l'introduction de la "marge de fluctuation du capital", une combinaison d'augmentation et de réduction du capital-actions. L'introduction de la marge de fluctuation requiert une majorité qualifiée de l'assemblée générale (AG). Comme nouveauté, l'AG peut autoriser le conseil d'administration (CA) à augmenter ou à réduire le capital-actions dans une fourchette fixe pendant un maximum de cinq ans, bien qu'il puisse aussi être décidé que seule l'une ou l'autre des opérations soit possible. Les limites supérieure et inférieure de ces transactions sont limitées à un montant correspondant à la moitié du capital-actions. Partant, la durée de la validité d'une augmentation de capital autorisée, qui existait déjà sous l'ancien droit, se voit ainsi prolonger de 2 à 5 ans, et la possibilité d'une "réduction de capital autorisée" est introduite.

Une fois que l'AG a pris sa décision, aucune autre décision de l'AG n'est nécessaire pour que l'augmentation ou la réduction ait lieu. La protection des créanciers continue d'être assurée de par les dispositions relatives à la garantie des créances (appel de créanciers), aux comptes intermédiaires et à l'attestation de vérification délivrée par un expert-réviseur agréé s'appliquent également ici mutatis mutandis.

En outre, la procédure d'augmentation de capital a été simplifiée. Par exemple, la période de mise en œuvre et d'inscription (jugée trop courte) a été étendue de trois à six mois. Dans ce contexte, la divulgation de reprises de biens envisagées a également été supprimée, ce qui compliquait inutilement les fondations d'entreprise et les augmentations de capital. En revanche, les libérations par compensation ainsi que les augmentations de fonds propres doivent désormais être divulguées.

2.3 Dividendes intermédiaires

Dans le passé, la possibilité de verser des dividendes intermédiaires a donné lieu à de nombreuses discussions. Désormais, les dividendes intermédiaires sont explicitement autorisés si des comptes intermédiaires vérifiés et une décision de l'assemblée générale sont disponibles. Il est possible de renoncer à l'examen par un expert-réviseur agréé si tous les actionnaires acceptent la répartition lors de l'assemblée générale et si les créances des créanciers ne sont pas compromises de ce fait.

Toutefois, les comptes intermédiaires doivent toujours être disponibles, et les dividendes des bénéfices courants qui ne sont pas enregistrés dans les comptes intermédiaires demeurent inadmissibles. Le paiement d'un dividende intermédiaire ne nécessite pas de base statutaire et peut se décider de manière relativement "spontanée" à l'occasion d'une assemblée générale extraordinaire.

Ces changements simplifieront la distribution des liquidités, en particulier pour les groupes d'entreprises, mais aussi pour les sociétés dont les actionnaires sont habitués, de par leur origine, à verser des dividendes sur une base trimestrielle, comme c'est la pratique courante aux États-Unis ou en Angleterre.

2.4 Droit des actionnaires

La révision du droit de la société anonyme apporte globalement une amélioration des droits des actionnaires. Si les seuils pour convoquer une assemblée générale,

un contrôle spécial et l'action en dissolution pour les sociétés non cotées en bourse restent inchangés, les changements suivants méritent d'être soulignés :

| Droits des actionnaires | Droit en vigueur | Droit révisé (entreprises non cotées en bourse) |
|---|---|---|
| Droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et le droit de proposition | Action nominale de CHF 1 Mio. ou 10% du capital-actions | 5% des du capital-actions/bons de participation ou des voix |
| Droit aux renseignements en dehors de l'AG | N'existait pas auparavant | 10% du capital-actions ou des voix |
| Droit de consulter les comptes | Aucun seuil auparavant | 5% du capital-actions ou des voix |

En particulier, le droit aux renseignements des actionnaires en dehors de l'assemblée générale était jusqu'à présent un problème pratique pour les actionnaires, car contrairement aux sociétés cotées en bourse, il n'y avait souvent pas de communication régulière d'informations. Les actionnaires qui détiennent ensemble au moins 10 % du capital-actions ou des votes peuvent désormais demander des renseignements au conseil d'administration, qui doit répondre dans un délai de quatre mois. Ces réponses doivent pouvoir être consultées par les autres actionnaires lors de la prochaine assemblée générale.

2.5 Assemblée générale

Une innovation importante est l'AG "virtuelle". Les assemblées générales peuvent désormais être organisées par voie électronique, à condition qu'il existe une base statutaire pour cela. Pour les sociétés non cotées en bourse, la désignation d'un représentant indépendant pour participer aux assemblées générales virtuelles n'est pas obligatoire, mais peut être utile dans la pratique. Les détails de ce point devraient également être fixés dans le règlement d'organisation.

En outre, le CA devra fournir les détails de ces formalités dans la convocation à l'AG. Bien que, dans un premier temps, les AG entièrement virtuelles "en direct" ne seront qu'utilisées par les sociétés cotées en raison de l'effort technique considérable que cela implique, cette modalité pourrait également intéresser les sociétés non cotées au vu de l'impact du COVID-19. L'assemblée générale peut avoir lieu, par exemple, via un portail en ligne pour les actionnaires ou via un logiciel spécial. Certaines entreprises ont déjà pu acquérir une première expérience à cet égard au cours de cette année au vu de la pandémie COVID-19.

Il est désormais possible de tenir l'AG simultanément dans plusieurs lieux de réunion, à condition que les votes des participants soient transmis directement en son et en image à tous les lieux de réunion. Cette forme mixte d'AG physique et virtuelle est particulièrement intéressante pour les entreprises internationales dont les participants sont situés dans des pays différents. En outre, l'AG peut également entièrement se dérouler à l'étranger, ou partiellement à l'étranger et partiellement en Suisse.

Pour terminer, la révision introduit l'AG tenue purement par écrit par (1) décision par voie de circulation ou (2) votation par correspondance. Alors que la décision par voie de circulation n'offre qu'un choix entre l'acceptation ou le rejet des objets à l'ordre du jour, la votation par correspondance permet également de porter de nouveaux points à l'ordre du jour. Auparavant, seules les décisions du conseil d'administration pouvaient prendre la forme de décisions par voie de circulation.

À condition qu'aucun actionnaire ne demande une discussion orale, les décisions peuvent être adoptées par écrit sur papier ou sous forme électronique, ce qui facilite considérablement la tenue d'AGs dans les petites entreprises et les groupes d'entreprises. La démarche fastidieuse consistant en d'abord recueillir les procurations de tous les actionnaires pour ensuite tenir l'AG n'est donc plus nécessaire.

En outre, l'AG tenue par décision par voie de circulation pourra être convoquée sans respecter le délai de convocation de 20 jours. La décision est adoptée avec la signature de l'ensemble des actionnaires. Comme alternative à l'AG par décision par voie de circulation, une votation par correspondance peut également être organisé.

Comme la loi ne décrit ces mécanismes que très sommairement, il est conseillé de régler les détails de ceux-ci dans les statuts, notamment en ce qui concerne la demande d'ajouter des nouveaux points à l'ordre du jour. Étant donné qu'ils doivent être communiqués aux autres actionnaires, il est conseillé de fixer un délai pour leur envoi afin de pouvoir ensuite annoncer les points définitifs de l'ordre du jour.

2.6 Conseil d'administration

Les membres du conseil d'administration des sociétés non cotées doivent désormais être élus individuellement, sauf si les statuts en disposent autrement ou si tous les actionnaires renoncent à l'élection individuelle de ceux-ci. Afin d'adapter les résolutions du conseil d'administration aux temps modernes, celles-ci peuvent désormais être prises de manière purement électronique, c'est-à-dire sans signature, par exemple par chat, SMS, e-mail, DocuSign ou d'autres applications.

2.7 Dispositions portant sur la responsabilité

Il convient en particulier de souligner la possibilité pour l'AG de forcer l'entreprise, c'est-à-dire le CA ou un autre représentant de celle-ci, à engager une action en responsabilité. La pratique devra clarifier les nombreuses incertitudes dans ce domaine, par exemple pour savoir si le représentant pourra transiger ou s'il devra à nouveau obtenir l'approbation de l'assemblée générale pour cela.

2.8 Nouveau droit de l'assainissement des entreprises

L'ensemble du "système d'alerte précoce" a été réorganisé, augmentant ainsi les chances de réussite des assainissements. Outre les situations existantes de perte de capital (1ère étape) et de surendettement (2ème étape), la « menace d'insolvabilité » a été explicitement ajoutée dans la loi comme stade préliminaire à ces deux situations. Le conseil d'administration doit surveiller la solvabilité de la société et prendre les mesures appropriées pour la garantir.

Selon la loi actuelle, une perte de capital existe si "la moitié du capital-actions et les réserves légales ne sont plus couvertes". Jusqu'à présent, on pouvait se demander s'il fallait prendre en compte la totalité des réserves légales ou seulement les réserves légales bloquées.

La révision clarifie ce point et précise que seules les réserves légales (issues du bénéfice) non remboursables doivent être comptabilisées. Contrairement à la loi actuelle, le conseil d'administration n'est pas tenu de convoquer une AG, mais il a le pouvoir discrétionnaire de décider des mesures d'assainissement à prendre. Si la société n'a pas d'organe de révision (opting out), les derniers comptes annuels doivent être soumis à un contrôle restreint avant d'être approuvés par l'AG, à moins que le conseil d'administration n'ait demandé un sursis concordataire.

En ce qui concerne le surendettement, c'est-à-dire s'il existe une crainte justifiée que le passif de la société ne soit plus couvert par son actif, le juge doit encore en être informé, à condition qu'il n'y ait pas de postposition des créanciers. Toutefois, un délai absolu de 90 jours est désormais fixé pour remédier au surendettement, ce qui est relativement court. La notification du juge est très impopulaire car elle rend publique la situation financière d'une société. Par rapport à la loi actuelle, un assainissement « tacite » (c'est-à-dire sans publication) prévue par la nouvelle réglementation paraît plus prometteuse.

2.9 Nouveau droit de l'assainissement des entreprises

La question longtemps controversée de l'efficacité des clauses d'arbitrage statutaires est à présent enfin clarifiée. Une disposition des statuts est autorisée selon laquelle, en cas de litige entre la société et les actionnaires ou les organes de la société, ce n'est pas un tribunal étatique, mais un tribunal arbitral privé ayant son siège en Suisse qui est compétent. Selon les besoins, la portée de la clause d'arbitrage peut être limitée, et par exemple uniquement s'appliquer à certains rapports juridiques ou à certaines demandes.

Dans le monde des affaires d'aujourd'hui, les procédures d'arbitrage sont très populaires en tant que "mécanismes alternatif de règlement des litiges" en raison de la souplesse de la procédure, des juges spécialisés, de la rapidité de la procédure et de la stricte confidentialité, notamment dans les rapports internationaux. Les clauses d'arbitrage dans les statuts peuvent également être utiles pour les sociétés non cotées. En Allemagne et en Autriche, le règlement des litiges entre entreprises par voie d'arbitrage joue déjà un rôle majeur. L'introduction d'une clause d'arbitrage dans les statuts requiert une décision à la majorité qualifiée de l'assemblée

générale, car cela implique une renonciation à la protection juridique par les tribunaux étatiques. En outre, une référence à la clause statutaire doit être faite auprès du registre du commerce afin que les nouveaux actionnaires soient également informés de manière transparente.

2.10 Révision de l'Ordonnance sur le registre du commerce (ORC) à partir du 1er janvier 2021

Les discussions actuelles sur la révision du droit des sociétés tendent à omettre le fait que les modifications de l'ORC sont déjà entrées en vigueur le 1er janvier 2021, ce qui a des implications pratiques pour les sociétés non cotées.

Désormais, les demandes d'inscription au registre du commerce peuvent également être signées par toutes les personnes habilitées à signer ainsi que par des personnes habilitées par procuration (par exemple par un avocat, un notaire ou un fiduciaire) au lieu de deux membres du conseil d'administration. Il est désormais obligatoire que toutes les inscriptions, les statuts et les actes de fondation soient accessibles au public par voie électronique et puissent être consultés sur Internet, ce qui n'était auparavant possible que dans certains cantons. Tous les autres documents de fondation (tels que la réquisition d'inscription) peuvent encore être consultés au bureau du registre du commerce concerné ou, selon le canton, sont également disponibles sous forme électronique. Ceci ne s'applique cependant pas à la correspondance (y compris les copies des relevés, comptes de résultats, bilans, rapports annuels, etc.) nécessaire pour renoncer au contrôle restreint des comptes annuels (opting-out). Les inscriptions au registre du commerce prennent également effet dès leur publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) et ne sont plus antidatées, comme auparavant, à la date d'inscription au registre journalier. La "procédure d'enregistrement express" n'est donc plus applicable.

Les données personnelles contenues dans les registres du commerce cantonaux étant jusqu'à présent gérées de manière décentralisée, une "base de données centrale des personnes" sera désormais créée afin d'établir, de manière uniforme et dans toute la Suisse, quelle personne est inscrite auprès de quelle entreprise, de sa fonction, et de son pouvoir de signature. Toutefois, selon les informations actuelles, la base de données ne sera ouverte qu'aux cantons et à la Confédération afin d'éviter les doublons entre les cantons et pour clairement identifier une personne.

En outre, la fameuse "Déclaration Stampa", selon laquelle il fallait confirmer, lors de la création d'une société ou d'une augmentation de capital, qu'il n'existait pas d'autres apports en nature, reprises de biens ou avantages particuliers en faveur des fondateurs ou autres personnes, sera supprimée. Ces informations ont désormais que lieu d'être notées dans l'acte authentique; un document séparé n'est plus nécessaire.

En cas de cession de parts sociales de capital entre associés d'une Sàrl, le contrat de cession et l'acte d'augmentation de capital ne doivent plus contenir d'indications quant aux droits et obligations statutaires en lien avec les parts. Les actionnaires sont sensés connaître les statuts de la société.

Enfin, il n'est plus possible de requérir un blocage du registre du commerce directement auprès du registre du commerce. Cette demande ne peut désormais être faite qu'auprès du tribunal compétent, c'est-à-dire qu'il faut demander que le registre du commerce concerné fasse ou s'abstienne de faire une inscription par des mesures provisionnelles.

3. Conclusion

Bien que la révision du droit de la société anonyme n'implique pas de changements fondamentaux, les modifications susmentionnées apportent une concrétisation bienvenue et une plus grande flexibilité pour les entreprises suisses. Les petites et moyennes entreprises sont également avisées de revoir leurs statuts et leurs règlements avant l'entrée en vigueur des changements et d'explorer leurs options et possibilités d'action. Nous serons heureux de vous soutenir dans de telles démarches. Les modifications apportées à l'ordonnance sur le registre du commerce, qui sont déjà entrées en vigueur le 1er janvier 2021, apportent quelques simplifications utiles à la pratique.

Votre contact pour le droit des sociétés



Marc Nufer
Associé, Head Corporate M&A

T: +41 31 328 75 75
marc.nufer@eversheds-sutherland.ch



Daniel Bachmann
Associé

T: +41 31 328 75 75
daniel.bachmann@eversheds-sutherland.ch



Oliver Beldi
Associé

T: +41 31 328 75 75
oliver.beldi@eversheds-sutherland.ch



Olivier Dunant
Associé

T: +41 22 818 45 00
olivier.dunant@eversheds-sutherland.ch



Patrick Eberhardt
Associé

T: +41 22 818 45 00
patrick.eberhardt@eversheds-sutherland.ch

eversheds-sutherland.ch

Cette publication est à jour à la date mentionnée en première page. Les informations contenues dans ce document sont uniquement destinées à des fins d'information et ne peuvent remplacer un conseil juridique approprié. Eversheds Sutherland SA, dont le siège social est à Zurich (Suisse), ne peut assumer aucune responsabilité pour les actions entreprises sur la base des informations contenues dans ce document.

© Eversheds Sutherland 2021. Tous droits réservés. Eversheds Sutherland est un fournisseur mondial de services juridiques, qui fournit ses services par diverses entités juridiques distinctes. Eversheds Sutherland est le nom et la marque sous laquelle les membres d'Eversheds Sutherland Limited (Eversheds Sutherland (International) LLP et Eversheds Sutherland (US) LLP) et les entreprises contrôlées, gérées ou associées ainsi que les membres de Eversheds Sutherland (Europe) Limited (ci-après individuellement comme « société Eversheds Sutherland » et ensemble « les entreprises Eversheds Sutherland ») fournissent des services juridiques ou autres à des clients dans le monde entier. Les entreprises Eversheds Sutherland fonctionnent sous leur dénomination et sont conduites conformément à leurs dispositions officielles et statutaires respectives. L'utilisation du nom Eversheds Sutherland est seulement la description et ne signifie pas que les entreprises Eversheds Sutherland forment une entreprise ou font partie d'une unité juridique mondiale. Le contrat de mandat entre le client et l'étude mandatée est décisif en ce qui concerne la responsabilité de la prestation de divers services à un client. Eversheds Sutherland SA, avec domicile à Zürich (Suisse), est membre de Eversheds Sutherland (Europe) Ltd.