

Legal Compass

Droit des sociétés

Septembre 2022



Vos statuts sont-ils conformes au nouveau droit de la société anonyme?

La révision du droit de la société anonyme est un fait. Les modifications entreront en vigueur le 1er janvier 2023. En janvier 2021, nous avons déjà donné ici un aperçu des principales nouveautés de la révision du droit de la société anonyme (lien). Pour toutes les sociétés suisses, il est désormais temps d'adapter leurs statuts au nouveau droit de la société anonyme.

La révision règle également la durée du mandat des membres du conseil d'administration. A cet égard, un arrêt du Tribunal fédéral a été rendu fin 2021 et nous attirons également votre attention sur ce point.

1. Introduction

La révision du droit de la société anonyme contient de nombreuses modifications et simplifications dont une société peut faire usage, mais pas obligatoirement. Si, par exemple, la monnaie du capital-actions doit être modifiée ou si la possibilité d'assemblées générales virtuelles (AG) doit être introduite, cela nécessite une modification des statuts. Celle-ci ne peut être valablement décidée que par l'AG, et la décision doit en outre être authentifiée par un notaire.

2. Aperçu des principaux changements

2.1 Assemblée générale virtuelle et résoutio circulaire

Le changement le plus important concerne l'AG virtuelle. S'il existe une base statutaire, l'AG pourra à l'avenir se tenir par voie électronique ou par vidéoconférence (par exemple via MS Teams/Zoom). Les sociétés cotées en bourse doivent impérativement disposer d'un représentant indépendant, ce qui n'est pas nécessaire pour les autres sociétés.

Il est désormais également possible de prendre une "décision de l'AG par voie de circulaire", ce qui est aujourd'hui courant dans les Sàrl. Si tous les actionnaires signent, il est possible de renoncer au délai de convocation légal de 20 jours et la prise de décision est effective dès la signature. Il s'agit là d'une simplification bienvenue dans la pratique pour les petites structures d'actionariat bien structurées.

Une AG peut désormais se tenir dans différents endroits en même temps et/ou à l'étranger. Pour cela, il faut que les statuts le permettent et que les votes des participants soient retransmis directement par l'image et le son dans tous les lieux de réunion.

Sous le régime de l'Ordonnance Covid 19 3 (encore en vigueur), les premières expériences positives d'AG électroniques et/ou écrites ont déjà été réalisées. Ces nouveautés sont désormais inscrites dans la loi et facilitent considérablement le déroulement pratique d'une AG.

Auteurs



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



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

2.2 Marge de fluctuation du capital

Désormais, les statuts peuvent prévoir que le conseil d'administration (CA) peut augmenter ou réduire le capital-actions pendant 5 ans au maximum, dans une certaine fourchette, l'une ou l'autre seulement étant possible. Jusqu'à présent, cette "modification autorisée du capital" n'existait que pour les augmentations de capital, mais pas pour les réductions de capital, et le délai était en outre limité à 2 ans.

La marge de fluctuation du capital ne peut pas dépasser la moitié du capital-actions. Une fois qu'elle est inscrite dans les statuts, les augmentations de capital effectives ne nécessitent plus de décision supplémentaire de l'AG, mais seulement une décision du CA.

L'introduction d'une disposition statutaire relative à la marge de fluctuation du capital est surtout utile lorsque des acquisitions ou des investissements sont prévus et que le CA doit réagir rapidement et modifier le capital en conséquence.

2.3 Changement de la monnaie du capital-actions

La gestion du capital-actions dans une monnaie étrangère est surtout intéressante pour les sociétés d'un groupe dont la mère est étrangère ou pour les sociétés qui génèrent leur chiffre d'affaires principalement dans une monnaie étrangère. Le capital-actions peut être statutairement libellé dans une monnaie étrangère, pour autant qu'il s'élève au moins à CHF 100'000. Les monnaies étrangères autorisées sont déterminées par le Conseil fédéral. Si le capital-actions est indiqué dans une monnaie étrangère, les livres de comptabilité doivent également être tenus dans cette monnaie.

2.4 Introduction d'une clause d'arbitrage statutaire

Il est désormais possible de prévoir dans les statuts qu'en cas de litige entre la société et les actionnaires ou les organes, ce n'est pas un tribunal étatique qui est compétent, mais un tribunal arbitral privé ayant son siège en Suisse. Selon les besoins, la portée de la clause d'arbitrage peut être limitée et ne s'appliquer, par exemple, qu'à certains rapports juridiques ou à certaines prétentions. Enfin, la clause statutaire doit être mentionnée au registre du commerce afin que les nouveaux actionnaires soient également informés.

L'avantage principal d'une clause d'arbitrage statutaire est que la société, ses organes et les actionnaires se soumettent à une procédure d'arbitrage confidentielle en cas de litiges relevant du droit des sociétés, dont les points essentiels (introduction de la procédure, nombre d'arbitres, organisation de la procédure, etc.) sont soit déjà réglés dans les statuts, soit déterminés par référence à un règlement d'arbitrage existant.

2.5 Droit de l'assainissement

L'ensemble du "système d'alerte précoce" du droit de l'assainissement a été réorganisé et détaillé, augmentant ainsi les chances d'un assainissement réussi. Outre les faits connus de la perte de capital et du surendettement, dont le contenu n'a pas été modifié, la "menace d'insolvabilité" a été inscrite dans la loi en tant qu'étape préliminaire. Le CA doit donc surveiller en permanence la solvabilité de la société et prendre les mesures appropriées pour la garantir. Dans la pratique, il s'agit d'un des principaux cas d'application de la responsabilité du CA.

Si les statuts devaient contenir des références à la perte de capital et au surendettement, ils devraient être adaptés au nouveau régime légal.

2.6 Droits des actionnaires et dividendes intermédiaires

Par souci d'exhaustivité, il convient de souligner deux modifications, qui ne nécessitent toutefois pas, en règle générale, de modification des statuts.

Premièrement, les **seuils prévus** des droits des actionnaires suivants ont été adaptés, ce qui améliore les droits des actionnaires.

Droit de l'actionnaire	Droit en vigueur	Droit révisé (sociétés non cotées en bourse)
Droit d'inscription à l'ordre du jour	Valeur nominale de CHF 1 million ou 10% du CA	5% du capital-actions/participations ou des voix
Droit d'information en dehors de l'AG	pas disponible jusqu'à présent	10% du capital-actions ou des voix
Droit de regard sur les livres de comptabilité	pas de seuil jusqu'à présent	5% du capital-actions ou des voix

Le droit d'information en dehors de l'AG était jusqu'à présent un problème pratique pour les actionnaires, car contrairement aux sociétés cotées en bourse, aucune information régulière n'était généralement fournie aux actionnaires. Désormais, les actionnaires qui représentent ensemble au moins 10% du capital-actions ou des voix peuvent demander des informations au CA, qui doit prendre position dans un délai de quatre mois. Ces réponses doivent être mises à la disposition des autres actionnaires lors de la prochaine AG.

Deuxièmement, les **dividendes intermédiaires** sont désormais expressément autorisés, ce qui était jusqu'à présent contesté, lorsqu'il existe un bilan intermédiaire vérifié et une décision de l'AG. Il est alors possible de renoncer à la vérification par un réviseur si tous les actionnaires approuvent la distribution lors de l'AG et si les créances des créanciers ne sont pas mises en péril.

Le versement d'un dividende intermédiaire peut également être décidé de manière relativement "spontanée" lors d'une AG extraordinaire. Ces nouveautés simplifieront la répartition des liquidités, surtout dans les structures de groupe, mais aussi dans les entreprises dont les actionnaires ont l'habitude, de par leur origine, de distribuer des dividendes trimestriels, comme c'est le cas aux États-Unis ou en Angleterre.

3. Durée du mandat des membres du conseil d'administration

Outre la révision du droit de la société anonyme, un récent arrêt du Tribunal fédéral concernant la durée du mandat des membres du CA incite à modifier les statuts.

La plupart des statuts prévoient qu'un CA est élu pour une durée de 1 à 3 ans (la durée maximale légale est de 6 ans). Le Tribunal fédéral s'est récemment penché sur la question de savoir si un mandat d'administrateur est tacitement reconduit si aucune AG n'est organisée dans les six mois suivant la fin du dernier exercice du mandat et si, par conséquent, aucune réélection n'a lieu en temps voulu. Une partie de la doctrine affirme que le mandat est tacitement prolongé jusqu'à la prochaine AG, tandis qu'une autre partie argumente qu'à partir de ce moment, le CA non réélu n'agit plus que comme un organe de fait et qu'il existe un défaut d'organisation. Une autre partie de la doctrine fait la distinction entre l'AG qui n'a pas eu lieu du tout et l'AG qui s'est tenue mais dont l'élection n'a pas eu lieu.

Le Tribunal fédéral a clarifié la situation et décidé que le mandat du CA prend fin dans tous les cas six mois après la fin du dernier exercice pour lequel le CA a été élu. La décision est motivée par le fait que le Code des obligations prescrit que l'AG ordinaire doit avoir lieu avant le 30 juin de chaque année et que l'AG est compétente pour l'élection.

Si une société ne dispose pas d'un CA valablement élu, parce que la réélection a été oubliée ou n'a pas eu lieu à temps, il y a un défaut d'organisation. Le fait que le CA non réélu soit toujours inscrit au registre du commerce n'y change rien. Les conséquences d'un défaut d'organisation sont parfois graves. Comme une société n'a plus de CA valablement élu dans un tel cas, aucune AG ne peut être convoquée et ses décisions seraient nulles. Cette situation peut être résolue par la convocation d'une AG par l'organe de révision ou par la tenue d'une assemblée universelle par tous les actionnaires, au cours de laquelle le CA est nouvellement désigné. Si ces deux solutions n'aboutissent pas, un actionnaire ou un créancier peut demander au tribunal de procéder à une nouvelle nomination du CA.

Pour éviter tout malentendu, il faut absolument préciser dans les statuts que le CA est élu jusqu'à la prochaine AG ordinaire. Une disposition des statuts peut être formulée comme suit:

"Le conseil d'administration se compose d'un ou de plusieurs membres. La durée du mandat est jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire. La réélection est possible."

4. Demande de modification des statuts

Comme la révision du droit de la société anonyme n'entrera en vigueur que le 1er janvier 2023, on peut à juste titre se demander quand la modification des statuts doit être décidée ou si elle est possible avant cette date. L'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) autorise certes que les statuts soient déjà modifiés "sous condition", mais les modifications en question n'entreront en tout cas en vigueur qu'au 1er janvier 2023. C'est pourquoi nous recommandons de mettre la modification des statuts à l'ordre du jour de l'AG ordinaire de 2023 et d'y soumettre les statuts à une révision générale. Pour la modification des statuts, il faut un acte authentique d'un notaire. Pour des raisons de simplicité, cela peut être fait par le biais de procurations, afin que les actionnaires n'aient pas à se déplacer physiquement.

5. Conclusion

Le nouveau droit de la société anonyme offre de nombreuses possibilités d'adapter l'organisation d'une société anonyme à son époque et de la simplifier. Pour pouvoir profiter des nouveautés, les statuts doivent être révisés et adaptés au nouveau droit. Il est recommandé de planifier suffisamment tôt la modification des statuts et de les soumettre à l'AG ordinaire de 2023.

Vos contacts pour le droit des sociétés



Marc Nufer
Associé, Head Corporate M&A

T: +41 58 255 56 00
marc.nufer@eversheds-sutherland.ch



Daniel Bachmann
Associé

T: +41 58 255 56 00
daniel.bachmann@eversheds-sutherland.ch



Oliver Beldi
Associé

T: +41 58 255 56 00
oliver.beldi@eversheds-sutherland.ch



Olivier Dunant
Associé

T: +41 58 255 57 00
olivier.dunant@eversheds-sutherland.ch



Patrick Eberhardt
Associé

T: +41 58 255 57 00
patrick.eberhardt@eversheds-sutherland.ch



Alexander Schütz
Associé

T: +41 58 255 56 00
alexander.schuetz@eversheds-sutherland.ch



Dr. Michael Mosimann
Associé

T: +41 58 255 56 50
michael.mosimann@eversheds-sutherland.ch



Ludovic Duarte
Partner

T: +41 58 255 56 00
ludovic.duarte@eversheds-sutherland.ch



Cyril Troyanov
Partner

T: +41 58 255 57 00
cyril.troyanov@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 2022. 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.