

Séminaire ANV

Vendredi 20 mai 2022

Révision du droit de la société anonyme et modification de l'ORC

Mathieu Blanc, Dr en droit, avocat

Rafaella Demierre, MLaw, avocate

Plan

Introduction

- I. Contenu des statuts
- II. Fixation du capital en monnaie étrangère
- III. Libération du capital et reprise de biens
- IV. Flexibilisation du capital-actions (augmentation, réduction, marge de fluctuation)
- V. Clause d'arbitrage statutaire
- VI. Versement de dividendes intermédiaires
- VII. Assemblée générale
- VIII. Renforcement des droits des actionnaires
- IX. Conseil d'administration
- X. Action en restitution
- XI. Actions en responsabilité
- XII. Autres modifications ORC (sociétés coopératives)
- XIII. Droit transitoire



Modifications
ORC

Conclusion

Introduction

Sélection des principales nouveautés du futur droit de la SA en lien avec la modification de l'ORC.

Non traités :

- points de la révision entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2021 :
 1. introduction d'un objectif de taux de **représentation des genres** de 30% au sein du CA et de 20% au sein de la direction des grandes sociétés cotées en bourse (principe *comply or explain*) ;
 2. obligation de publication des versements effectués au profit de gouvernements pour les grandes entreprises actives dans **l'extraction de matières premières** ;
- reprise dans le CO de la plupart des règles de l'Ordonnance sur les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (**ORAb**) (Initiative « Minder ») ;
- harmonisation des dispositions sur les actions propres et les réserves.

Introduction

Révision du droit de la SA : un long processus...

- La dernière grande révision du droit de la SA date de 1992.
- Le droit de la SA est en révision continue depuis le début des années 2000 (LFus, droit de la révision et droit comptable, adaptations au droit de la Sàrl, etc.).
- Le 23 novembre 2016, le Conseil fédéral soumet un projet de de modification intitulé « droit de la SA » visant à **transférer l'ORAb dans le CO** et à **moderniser le droit de la SA** (renforcement des droits des actionnaires et digitalisation).
- Le **19 juin 2020**, le Parlement adopte la loi modifiant le CO.
- L'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2023.

Introduction

Points importants de la révision :

- Flexibilisation du capital-actions (monnaie, libération, modification)
- Versement de dividendes intermédiaires
- Déroulement de l'assemblée générale (AG) (moyens électroniques)
- Renforcement des droits des actionnaires
- Amélioration de l'action en restitution
- Actions en responsabilité
- Clause d'arbitrage statutaire

→ Pas d'obligation de modifier les statuts, sauf pour profiter de possibilités offertes par le nouveau droit ou si les statuts contiennent des règles qui ne seront plus autorisées à l'avenir

Introduction

Modification de l'ORC :

La révision du CO entraîne des adaptations de l'ORC, en particulier s'agissant des prescriptions en matière de fondation des sociétés et de capital :

- adaptation du libellé de l'ORC à celui du CO (sécurité du droit) ;
- nouvelles dispositions légales (possibilité de fixer le capital-actions et le capital participation dans une monnaie étrangère et marge de fluctuation du capital) ;
- mention d'une clause statutaire d'arbitrage dans l'inscription au RC.

L'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2023.

I. Contenu des statuts

Art. 626 nCO

Contenu des statuts exigé par la loi

1 Les statuts doivent contenir des dispositions sur:

1. la raison sociale et le siège de la société;
2. le but de la société;
3. le montant du capital-actions, la monnaie dans laquelle il est fixé et le montant des apports effectués;
4. le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions;
5. ~~la convocation de l'assemblée générale et le droit de vote des actionnaires;~~
6. ~~les organes chargés de l'administration et de la révision;~~
7. la forme à observer pour les publications de la société des communications de la société à ses actionnaires [cf. art. 936a al. 2 CO].

Nouvel alinéa 2 pour les sociétés cotées en bourse

→ Adaptation de l'art. 45 ORC relatif au contenu de l'inscription au RC

II. Fixation du capital en monnaie étrangère

Le capital-actions peut désormais aussi être fixé dans la **monnaie étrangère** la plus importante au regard des activités de l'entreprise (art. 621 al. 2 nCO) (*cf.* ég. art. 957a al. 4 et 958d CO) :

1. Le capital doit avoir une **contre-valeur d'au moins CHF 100'000**. La même monnaie doit être utilisée pour la comptabilité commerciale et la présentation des comptes.
2. Le Conseil fédéral définit les **monnaies autorisées**.
→ Nouvel art. 45a ORC : les monnaies étrangères autorisées sont énumérées à l'annexe 3 de l'ORC (€ / £ / USD / ¥).
3. Les **bons de participation** sont libellés dans la même monnaie que le capital-actions (art. 656a nCO).

II. Fixation du capital en monnaie étrangère

Modifications ORC :

- art. 44 let. j : l'acte constitutif doit mentionner le **taux de change appliqué**, si le capital-actions est fixé dans une monnaie étrangère ou que les apports sont effectués dans une autre monnaie que celle du capital-actions.
- 45 al. 1 let. h et j : l'**inscription au RC** mentionne la monnaie du capital-actions, du capital participation, des apports effectués.
- nouvel 45b ORC : pièces justificatives et inscription au RC en cas de **modification de la monnaie**
- art. 60 nORC : application par analogie des règles sur le capital-actions, également concernant la monnaie du capital participation

III. Libération du capital et reprise de biens

Valeur nominale :

Les actions ont une valeur nominale **supérieure à zéro** (art. 622 al. 4 nCO) (*précédemment CHF 100, CHF 10 et, dans le droit actuel, 1 centime*).

Les actions « sans valeur » ne sont toujours pas autorisées mais la division d'actions est simplifiée.

III. Libération du capital et reprise de biens

Libération en espèces (art. 633 nCO) :

- Ont qualité d'apports en espèces :
 - ✓ les versements effectués dans la monnaie dans laquelle le capital-actions est libellé ; et
 - ✓ les versements effectués dans une monnaie librement convertible autre que celle du capital-actions.

Libération en nature (art. 634 nCO) :

- Les critères à remplir sont **désormais inscrits dans la loi** :
 - ✓ peut être porté à l'actif du bilan
 - ✓ transférable
 - ✓ disponible
 - ✓ réalisable

III. Libération du capital et reprise de biens

Libération en nature (art. 634 nCO)

² L'apport en nature est convenu par écrit. Le contrat est dressé en la forme authentique si la cession de l'apport le requiert.

³ Un acte authentique unique suffit même si les immeubles faisant l'objet de l'apport en nature sont situés dans différents cantons. L'acte est établi par un officier public au siège de la société.

Cas visé : un apport en nature doit faire l'objet d'un acte authentique dans le canton X ; les immeubles faisant l'objet de l'apport en nature sont situés dans **les cantons** X et Y ou Y et Z.

« Officier public au siège de la société » : l'officier public compétent est celui de la **commune du siège**, selon les règles du canton.

III. Libération du capital et reprise de biens

Libération en nature (art. 634 nCO)

⁴ Les statuts mentionnent l'objet et l'évaluation de l'apport en nature, le nom de l'apporteur et les actions émises en échange, ainsi que toute autre contre-prestation de la société. L'assemblée générale peut abroger les dispositions statutaires après dix ans.

Toujours possible avec le nouveau droit, **malgré l'abolition de la reprise de biens** : *apport en nature pour un montant qui dépasse le prix d'émission des actions souscrites, et la société attribue une contre-prestation en plus des actions émises (« **apport en nature combiné avec une reprise de biens** »)*

→ régi par les règles sur les apports en nature

→ toute contre-prestation supplémentaire devra être inscrite dans les statuts et au RC

→ Modification ORC : abrogation de l'art. 45 al. 2 let. b et al. 3 (et abrogation de l'art. 642 CO) concernant l'**inscription au RC...**

III. Libération du capital et reprise de biens

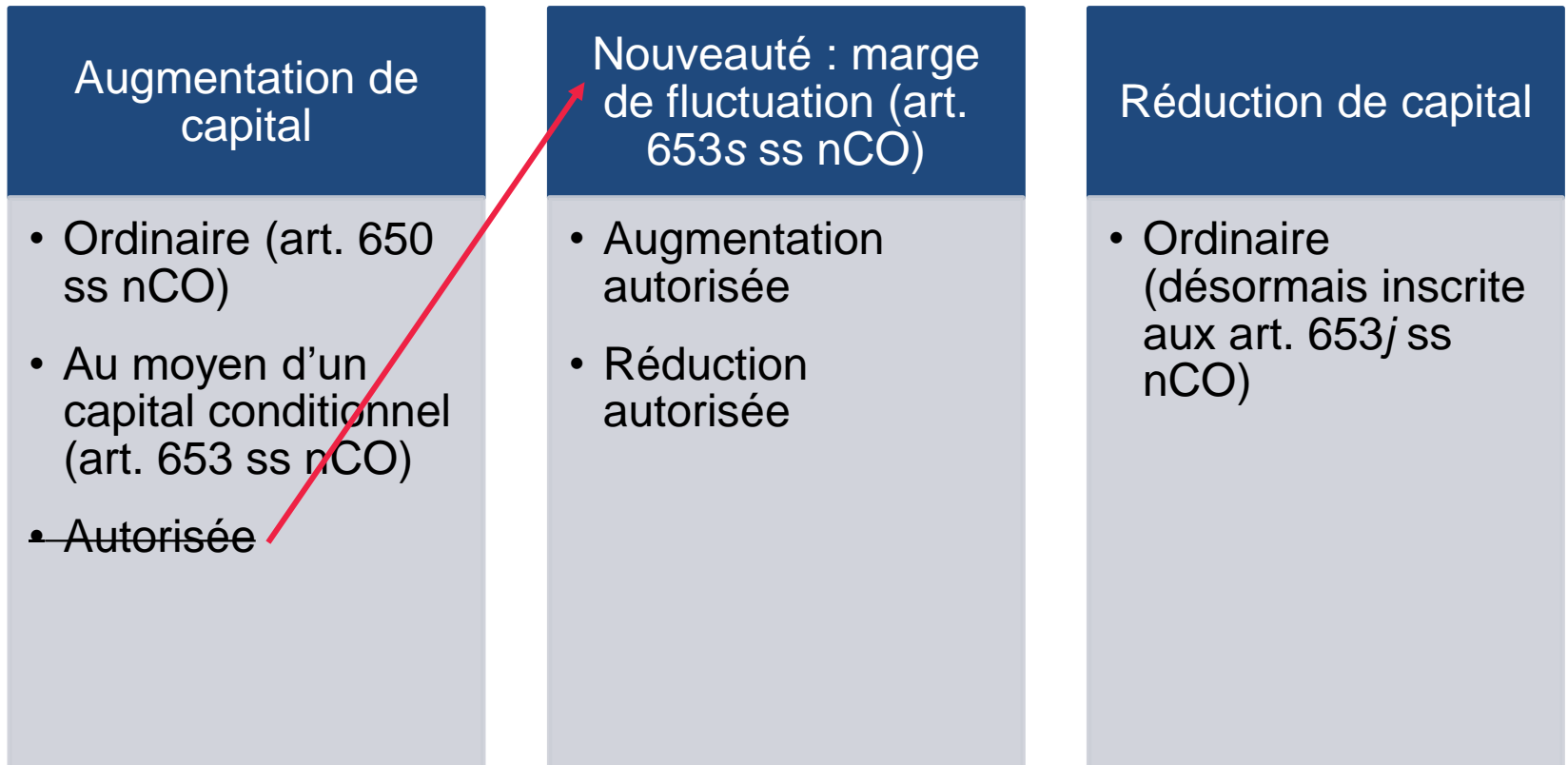
Libération par compensation de créances :

- Explicitement prévue à l'art. 634a nCO
- En cas d'**augmentation subséquente** (≠ fondation) : la créance qui doit être compensée par la créance libératoire ne doit **pas forcément être couverte par les actifs** de l'entreprise.
- Les **statuts** doivent mentionner le montant de la créance à compenser, le nom de l'actionnaire et les actions qui lui reviennent (également inscription au RC, pas de changement).

Libération par reprise de biens (effective ou envisagée) :

- Anciennement réglée à l'art. 628 al. 2 CO
 - **Supprimée** par le nouveau droit = plus de sécurité du droit
- Modification ORC : suppression de la mention « reprise de biens » partout dans l'ORC

IV. Flexibilisation du capital-actions



IV. Flexibilisation du capital-actions

Augmentation ordinaire

En principe mêmes dispositions que les règles actuelles mais :

- La décision de l'AG peut indiquer le **montant nominal maximal** de l'augmentation (art. 650 al. 2 ch. 1 nCO).
- L'**inscription** de l'augmentation ordinaire du capital doit être requise auprès du RC dans les **six mois** qui suivent la décision de l'AG ; passé ce délai, la décision est caduque (art. 650 al. 3 nCO).
- Précisions en matière de **droit de souscription préférentiel** (art. 652*b* al. 4 nCO et art. 653*c* al. 3 nCO)

IV. Flexibilisation du capital-actions

Augmentation ordinaire

Modifications ORC :

Art. 46 Réquisition et pièces justificatives

1 L'inscription au registre du commerce d'une augmentation ordinaire du capital-actions doit être requise dans les six mois qui suivent la décision de l'assemblée générale.

2 La réquisition est accompagnée des pièces justificatives suivantes:

- a. l'acte authentique relatif à la décision de l'assemblée générale (art. 650, al. 2, CO) [abrogation de l'art. 47 ORC];
- b. l'acte authentique relatif à la décision du conseil d'administration (art. 652g, al. 2, CO) [abrogation de l'art. 47 ORC];

[...]

IV. Flexibilisation du capital-actions

Augmentation ordinaire

Modifications ORC :

Art. 46 Réquisition et pièces justificatives

[...]

3 En cas d'apport en nature, de compensation de créance, d'avantages particuliers ou de libération par conversion de fonds propres librement disponibles, les pièces justificatives suivantes doivent être produites **[suppression de la reprise de biens]:**

- c. en cas de libération **par conversion de fonds propres** librement disponibles, la preuve que le montant de l'augmentation est couvert (art. 652d, al. 2, CO) **[le rapport de révision d'un réviseur agréé doit être remis avec les comptes annuels ou, le cas échéant, les comptes intermédiaires].**

IV. Flexibilisation du capital-actions

Augmentation au moyen d'un capital conditionnel

En principe mêmes dispositions que les règles actuelles mais :

- « augmentation **au moyen d'un capital conditionnel** » et non « augmentation conditionnelle »
- Le **cercle des destinataires** en cas de création d'un capital conditionnel n'est **plus limité** : ajout des **membres du CA** de la société ou d'une autre société du groupe et des **tiers** (art. 653 al. 1 nCO).
- Augmentation de plein droit lors de l'**exercice** des options/droits de conversion, selon la **forme prévue par les statuts** (p.ex. recours à des moyens électroniques) : plus de forme écrite obligatoire (art. 653*b* al. 1 ch. 7 nCO)

IV. Flexibilisation du capital-actions

Augmentation au moyen d'un capital conditionnel

Modifications ORC :

- abrogation de l'art. 51 al. 2 : contenu des statuts fixé à l'art. 653*b* nCO
- abrogation de l'art. 52 al. 2 : contenu de l'acte authentique relatif aux constatations du conseil d'administration et à la modification des statuts fixé à l'art. 653*g* nCO
- adaptation de l'art. 53 :
 - suppression **ou adaptation** de la clause statutaire (cf. art. 653*i* nCO)
 - Le **RC vérifie** si l'attestation de l'expert-réviseur agréé contient les informations requises (art. 53 al. 1 let. b nORC) : il n'y a plus lieu d'exiger cette constatation de la part de l'officier public qui instrumente l'acte (voir art. 653*i* nCO).

IV. Flexibilisation du capital-actions

Réduction

- **Systematique légale améliorée** : actuels art. 732 ss CO introduits dans le chapitre relatif à la modification du capital-actions aux art. 653j ss nCO
- En principe mêmes dispositions que les règles actuelles mais :
 - délai de péremption de **six mois** pour le dépôt de la réquisition de l'inscription de la réduction au RC ; passé ce délai, la décision est caduque (art. 653j al. 4 nCO)
 - **une seule publication** dans la FOSC pour informer les créanciers (art. 653k al. 1 nCO)
 - réduction du délai pour les créanciers pour exiger une couverture dans les **30 jours** qui suivent la parution dans la FOSC (653k al. 2 nCO)
 - capital libellé en monnaie étrangère : contre-valeur doit rester de min. CHF 100'000 (art. 653j al. 3 nCO)
 - exigence de **comptes intermédiaires** si clôture du bilan antérieure à six mois (art. 653/ nCO)

IV. Flexibilisation du capital-actions

Réduction

Modifications ORC :

- art. 55 :
 - énumération des pièces justificatives à l'al. 1 (contenu des actes authentiques fixé par le CO)
 - abrogation de l'al. 2 (art. 653*m* nCO traite désormais de l'attestation de vérification)
- art. 56 (réduction en cas de bilan déficitaire) adapté à l'art. 653*p* nCO
- art. 57 («accordéon») adapté à l'art. 653*q* nCO

IV. Flexibilisation du capital-actions

Pièces justificatives – Attestation par l'officier public

Modification des statuts et constatations du CA en cas d'augmentation ou réduction du capital : dans le droit en vigueur, l'officier public doit **attester** que les pièces justificatives **ont été soumises au CA**, mais problèmes pratiques...

Nouveau droit (art. 652g, 653g et 653o nCO) : l'officier public atteste uniquement que les pièces **lui ont été présentées** (et non pas au CA).

C'est au CA (ou au membre du CA qui a reçu le mandat) de vérifier que les membres absents puissent prendre connaissance des documents et ainsi partager la responsabilité de la décision d'exécution de modification du capital.

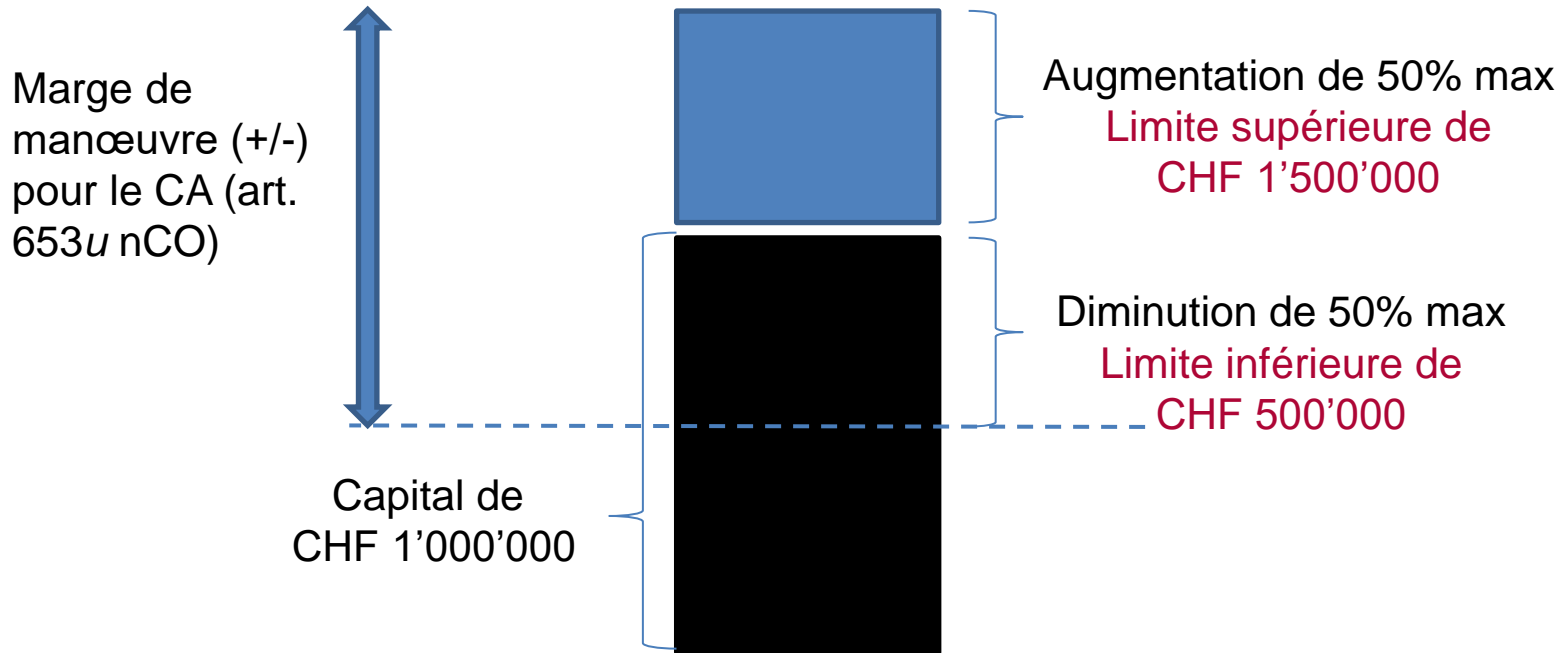
! Art. 54 al. 2 let. d nORC (libération ultérieure des apports) : l'officier public doit confirmer que les pièces ont été présentées au CA

IV. Flexibilisation du capital-actions

Marge de fluctuation (*Kapitalband*)

- Par adoption à la majorité qualifiée d'une clause statutaire, l'AG peut autoriser le CA à modifier (augmentation ou réduction) le capital-actions dans certaines **limites** pendant une durée n'excédant pas **cinq ans** (art. 653s ss nCO).
- La **limite supérieure** ne peut être supérieure à **50%** du capital inscrit. La limite inférieure ne peut être inférieure à **50%** du capital inscrit.
- Le CA est **compétent pour l'exécution** (= flexibilité), dans la **limite des statuts**.
- La décision du CA pour la modification des statuts et les constatations revêtent la **forme authentique** (art. 653u nCO).
- Application **par analogie** des dispositions sur l'augmentation ordinaire, conditionnelle ou la réduction du capital

IV. Flexibilisation du capital-actions Marge de fluctuation (*Kapitalband*)



IV. Flexibilisation du capital-actions

Marge de fluctuation (*Kapitalband*)

- Si une marge de fluctuation du capital est adoptée, les **statuts** indiquent **en particulier** (cf. art. 653t nCO) :
 1. la limite supérieure et la limite inférieure de la marge de fluctuation
 2. la date d'expiration de l'autorisation donnée au CA
 3. les restrictions, charges et conditions attachées à l'autorisation. Ils peuvent notamment prévoir que le conseil peut uniquement *augmenter* ou uniquement *réduire le capital*
- Les statuts ne peuvent autoriser le CA à réduire le capital que si la société n'a pas renoncé au contrôle restreint de ses comptes annuels.
- Caducité de la décision instituant une marge de fluctuation du capital dans certains cas (art. 653v al. 1 nCO)
 - ! Ne pas oublier de requérir la suppression de la clause

IV. Flexibilisation du capital-actions

Marge de fluctuation (*Kapitalband*)

Modifications ORC : nouveaux art. 59a à 59c

Section 7 Marge de fluctuation du capital

Art. 59a Autorisation donnée au conseil d'administration

¹ La réquisition d'inscription au registre du commerce d'une marge de fluctuation du capital (art. 653s CO) est accompagnée des pièces justificatives suivantes:

- a. l'acte authentique relatif à la décision de l'assemblée générale;
- b. les statuts modifiés;
- c. la preuve que l'organe de révision prescrit par la loi a été nommé et a accepté sa nomination, si la société avait jusque-là renoncé au contrôle restreint et que le conseil d'administration est autorisé à réduire le capital.

² L'inscription au registre du commerce mentionne:

- a. la marge de fluctuation du capital avec un renvoi aux statuts pour les détails;
- b. la date de la décision de l'assemblée générale relative à la modification des statuts;
- c. le cas échéant, l'organe de révision.

IV. Flexibilisation du capital-actions

Marge de fluctuation (*Kapitalband*)

Art. 59b Augmentation du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation

¹ La réquisition d'inscription au registre du commerce d'une augmentation du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation est accompagnée si nécessaire des pièces justificatives mentionnées à l'art. 46 ou à 52.

² Le contenu de l'inscription est régi par l'art. 48, qui s'applique par analogie.

Art. 59c Réduction du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation

¹ La réquisition d'inscription au registre du commerce d'une réduction du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation est accompagnée si nécessaire des pièces justificatives mentionnées à l'art. 55.

² Le contenu de l'inscription est régi par l'art. 55, qui s'applique par analogie.

Cas où l'augmentation ET la réduction sont autorisées, cf. art. 653t nCO :

« **Art. [X]a – Marge de fluctuation du capital**

*Le conseil d'administration est autorisé à modifier le capital-actions pendant une durée limitée au [date, max 5 ans], en une ou plusieurs étapes, à moins que la présente marge de fluctuation ne devienne **caduque de façon anticipée** en raison d'une augmentation ordinaire du capital-actions, d'une réduction du capital-actions ou d'une modification de la monnaie du capital-actions décidée par l'assemblée générale. La caducité de la marge de fluctuation du capital n'affecte pas la validité des actions ou des bons de participation déjà émis sur la base de la marge de fluctuation du capital.*

***Limite supérieure** de la marge de fluctuation : CHF [X]. **Limite inférieure** de la marge de fluctuation : CHF [X]. La limite inférieure et la limite supérieure seront augmentées du montant d'une augmentation du capital-actions intervenue hors de la marge de fluctuation du capital **sur la base du capital conditionnel prévu** à l'art. [X] des statuts/d'un capital conditionnel **qui viendrait à être prévu** dans les statuts. Dans ce cas, le conseil d'administration adapte la limite supérieure et la limite inférieure dans les statuts [cf. art. 653v al. 2 nCO].*

Marge de fluctuation – Exemple de clause statutaire

... [ch. 3 év. restrictions, charges ou conditions]

[ch. 4 év. le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions et les privilèges attachés à certaines catégories d'actions ou de bons de participation]

[ch. 5 év. avantages particuliers]

[ch. 6 év. restrictions à la transmissibilité des actions]

[ch. 7 et 8 év. limitations ou suppressions du droit de souscription préférentiel et conditions d'exercice de droits de souscription préférentiel acquis conventionnellement]

[ch. 9 év. autorisation au CA d'augmenter le capital au moyen d'un capital conditionnel et indications prévues à l'art. 653b]

[ch. 10 év. autorisation au CA de constituer un capital participation] »

Pour un exemple plus détaillé, cf. Gericke/Madani, RSJ 15/2021 p. 739 ss

V. Clause d'arbitrage statutaire

- Incertitude sur les effets et la validité d'une clause arbitrale statutaire
- Art. 697*n* nCO : les statuts peuvent prévoir (décision de l'AG à la majorité qualifiée) une **clause d'arbitrage impérative** pour régler les **différends relevant du droit des sociétés**.
- Sauf disposition contraire des statuts, la société, ses organes, les membres des organes et les actionnaires sont liés par la clause d'arbitrage.
- Le siège du tribunal arbitral doit être en Suisse.
- La procédure arbitrale est régie par les art. 353 ss CPC ; la LDIP n'est pas applicable (art. 697*n* al. 2 nCO). Les statuts peuvent régler les modalités, notamment par le biais d'un renvoi à un règlement d'arbitrage (art. 697*n* al. 3 nCO).

V. Clause d'arbitrage statutaire

Modifications ORC :

Art. 45 Contenu de l'inscription

1 L'inscription au registre du commerce d'une société anonyme mentionne:

[...]

u. le cas échéant, un renvoi à la clause d'arbitrage statutaire.

(*Idem* pour les dispositions correspondantes des sociétés en commandite par actions et sociétés à responsabilité limitée)

« [év. réduire le champ d'application] Les différends relevant du droit des sociétés, en particulier les actions découlant des articles 706, 706b, 678, 697b, 714, 736 al. 1 ch. 4 et 752 ss, sont tranchés par un tribunal arbitral sis en Suisse, à [au siège de la société], qui applique le droit suisse.

[év. préciser qui est lié par la clause] La société, ses organes, les membres des organes et les actionnaires sont liés par la présente clause d'arbitrage.

La procédure arbitrale est régie par la 3^e partie du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272 ; CPC) ; le chapitre 12 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291 ; LDIP) n'est pas applicable.

Les modalités de l'arbitrage et la procédure sont réglés dans le règlement d'arbitrage du [date], que le conseil d'administration, sur demande, met à disposition de toute personnes liée par la présente clause d'arbitrage [ou définir les modalités directement dans les statuts].

Les personnes qui peuvent être directement concernées par les effets juridiques de la sentence arbitrale sont informées par le conseil d'administration de l'introduction et de la conclusion de la procédure et peuvent participer à la constitution du tribunal arbitral et à la procédure en tant qu'intervenants, sans que le tribunal arbitral n'ait à donner son assentiment au sens de l'art. 376 al. 3 CPC.»

VI. Versement de dividendes intermédiaires

- L'AG peut décider, sur la base de comptes intermédiaires, de verser un **dividende intermédiaire** (\neq dividende extraordinaire) (art. 675a nCO).
- Aucune base statutaire n'est requise.
- Les **comptes intermédiaires** doivent être vérifiés par l'organe de révision avant décision de l'AG. En cas d'*opting out*, aucune vérification n'est nécessaire.
- Il est possible de renoncer à la vérification si tous les actionnaires approuvent le dividende intermédiaire *et que l'exécution des créances ne s'en trouve pas compromise* (art. 675a al. 2 nCO).
- Les dispositions relatives aux dividendes s'appliquent (art. 675a al. 3 nCO).

VII. Assemblée générale

Convocation et ordre du jour :

- Pas de modification substantielle
- Abaissement des **seuils** pour demander la convocation de l'AG d'une société cotée en bourse à 5% du capital-actions (699 al. 3 nCO)
- Délai de **60 jours** fixé au CA pour convoquer AGE requise par un ou plusieurs actionnaires (699 al. 5 nCO) (« ~~délai convenable~~ »)
- Communication du rapport de gestion (art. 699a nCO)
- Droits des actionnaires à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et de faire des propositions (seuils, motivation succincte dans la convocation, etc.) (art. 699b nCO)
- **Contenu** de la convocation (art. 700 al. 2 nCO plus précis/complet)
- Principes de l'unité de la matière et information complète aux actionnaires (art. 700 al. 3 nCO)

VII. Assemblée générale

Lieu :

- Principe : AG tenue dans un **lieu unique** décidé par le CA (art. 701a al. 1 nCO)
- AG **multi-sites** explicitement autorisées si retransmission des interventions (art. 701a al. 3 nCO)
- AG **à l'étranger** autorisées (art. 701b nCO) si :
 - ✓ les statuts le prévoient
 - ✓ le CA désigne un représentant indépendant dans la convocation (sauf accord de **tous** les actionnaires de la société non cotée)
- AG **virtuelles** autorisées (art. 701d nCO) si :
 - ✓ les statuts le prévoient
 - ✓ le CA désigne un représentant indépendant dans la convocation (sauf si statuts permettent d'y renoncer **à la majorité** des actionnaires de la société non cotée)

! législation cantonale sur les **actes authentiques** (instrumentation à distance) cf. art. 62 LNot

VII. Assemblée générale

Forme :

- Principe : réunion physique des actionnaires (*principe de l'immédiateté*), mais...
 - Le CA peut autoriser les actionnaires qui ne sont pas présents au lieu où se tient l'AG à exercer leurs droits par voie électronique (art. 701c nCO ; cf. ég. art. 701e ss nCO).
 - Une AG **universelle** peut prendre ses décisions **par écrit** (décisions circulaires) ou **sous forme électronique** (sauf si une discussion est requise par un actionnaire) (art. 701 al. 3 nCO).
- Les art. 701c ss nCO règlent de manière détaillée le recours aux moyens électroniques (en cas d'AG virtuelle ou non).

VIII. Renforcement des droits des actionnaires

L'un des objectifs centraux de la révision est de renforcer les droits des actionnaires « comme propriétaires » de la SA :

Selon le Conseil fédéral, « *les seuils en vigueur [pour l'accès à différents droits] empêchent fréquemment les actionnaires minoritaires d'exercer leurs droits, notamment le droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et le droit de proposition [...]. Le but est d'établir un équilibre entre le renforcement de la protection des actionnaires minoritaires et les intérêts de la majorité ou du conseil d'administration.* »

Le but est également de réduire le déficit d'information actuel entre le CA et les actionnaires minoritaires, sans entraver inutilement le CA.

VIII. Renforcement des droits des actionnaires

Droit de requérir...	Droit en vigueur	Nouveau droit	
	Toutes les sociétés	Sociétés cotées en bourse	Sociétés non cotées en bourse
Renseignements en dehors de l'AG (CA)	-	-	10% du capital-actions ou des voix
Consultation des livres (CA)	Pas de seuil	5% du capital-actions ou des voix	
Convocation d'une AG	10% du capital-actions	5% du capital-actions ou des voix	10% du capital-actions ou des voix
Inscription d'un objet à l'ordre du jour	Valeur nominale de 1 million de francs (ou 10% du capital-actions)	0.5% du capital-actions ou des voix	5% du capital-actions ou des voix
Institution d'un examen (contrôle) spécial	10% du capital-actions ou valeur nominale de 2 millions de francs	5% du capital-actions ou des voix	10% du capital-actions ou des voix
Action en dissolution	10% du capital-actions	10% du capital-actions ou des voix	

VIII. Renforcement des droits des actionnaires

En sus des changements de seuils :

- Délai de **60 jours** imposé au CA pour **convoquer** une AG requise par des actionnaires
- Le CA fournit les renseignements requis dans un délai de **quatre mois**. Tout refus du CA doit être **motivé par écrit**. Délai de 30 jours pour agir devant le tribunal.
- **Examen** (contrôle) spécial : *subsidiarité* de l'action devant le juge + suppression du critère du préjudice causé à la société ou aux actionnaires
- Révocation de l'organe de révision : l'AG ne peut révoquer l'organe de révision **que pour de justes motifs** (art. 730a al. 4 nCO).

IX. Conseil d'administration

Durée des fonctions et élections (art. 710 nCO) :

- pour les sociétés cotées en bourse :
 - ✓ mandat d'un **an**
 - ✓ **élection individuelle** obligatoire
- pour les sociétés non cotées :
 - ✓ mandat de **trois ans** (sauf règle statutaire contraire) mais ne peut en tous les cas excéder **six ans**
 - ✓ Election **individuelle à moins que les statuts** n'en disposent autrement ou que le président de l'AG n'en décide autrement, avec **l'accord de tous les actionnaires représentés.**

IX. Conseil d'administration

Prise de **décisions par la voie électronique** expressément possible (art. 713 al. 2 ch. 2 nCO)

Délégation de la gestion **possible *par défaut***, à moins que les statuts n'en disposent autrement (art. 716*b* al. 1 nCO)

Gestion des conflits d'intérêts, nouvel art. 717*a* nCO :

- Les membres du CA et de la direction qui se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts en **informent le CA sans retard et de manière complète.**
- Le CA adopte les mesures qui s'imposent afin de **préserver les intérêts de la société.**

IX. Conseil d'administration

Nouveau système d'alerte en amont de la perte de capital :

1. nouvel art. 725 nCO : menace d'insolvabilité

Art. 725

VII. Menace
d'insolvabilité,
perte de capital
et surendette-
ment

1. Menace
d'insolvabilité

¹ Le conseil d'administration surveille la solvabilité de la société.

² Si la société risque de devenir insolvable, le conseil d'administration prend des mesures visant à garantir sa solvabilité. Au besoin, il prend des mesures supplémentaires afin d'assainir la société ou propose de telles mesures à l'assemblée générale, pour autant qu'elles relèvent de la compétence de cette dernière. Le cas échéant, il dépose une demande de sursis concordataire.

³ Le conseil d'administration agit avec célérité.

2. art. 735a nCO : perte de capital

3. art 725b CO : surendettement

IX. Conseil d'administration

Art. 725a

2. Perte de capital

¹ 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, le conseil d'administration prend des mesures propres à mettre un terme à la perte de capital. Au besoin, il prend d'autres mesures d'assainissement ou en propose à l'assemblée générale, pour autant qu'elles relèvent de la compétence de cette dernière.

² Les derniers comptes annuels doivent être soumis à un contrôle restreint par un réviseur agréé avant leur approbation par l'assemblée générale si la société n'a pas d'organe de révision. Le conseil d'administration nomme le réviseur agréé.

³ L'obligation de révision prévue à l'al. 2 s'éteint lorsque le conseil d'administration dépose une demande de sursis concordataire.

⁴ Le conseil d'administration et l'organe de révision ou le réviseur agréé agissent avec célérité.

¹ S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que les dettes de la société ne sont plus couvertes par les actifs, le conseil d'administration établit immédiatement des comptes intermédiaires à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation. Il peut être renoncé à l'établissement de comptes intermédiaires à la valeur de liquidation lorsque la poursuite de l'exploitation est envisagée et que les comptes intermédiaires à la valeur d'exploitation ne présentent pas de surendettement. L'établissement de comptes intermédiaires à la valeur de liquidation est suffisant lorsque la poursuite de l'exploitation n'est plus envisagée.

² Le conseil d'administration fait vérifier les comptes intermédiaires par l'organe de révision ou, s'il n'y en a pas, par un réviseur agréé; il nomme le réviseur agréé.

³ S'il ressort des deux comptes intermédiaires que la société est surendettée, le conseil d'administration en avise le tribunal. Celui-ci déclare la faillite ou procède conformément à l'art. 173a de la loi du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite¹¹.

⁴ Le conseil d'administration n'est pas tenu d'aviser le tribunal:

1. si des créanciers ajournent des créances et acceptent qu'elles soient placées à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de l'insuffisance de l'actif, pour autant que la postposition porte également sur les intérêts dus pendant toute la durée du surendettement;
2. 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.

⁵ Si la société ne dispose pas d'un organe de révision, il appartient au réviseur agréé de procéder aux avis obligatoires qui incombent à l'organe de révision chargé du contrôle restreint.

⁶ Le conseil d'administration, l'organe de révision ou le réviseur agréé agissent avec célérité.

- Le Message insiste sur l'amélioration de l'efficacité de l'action en restitution (art. 678 nCO) pour « *annuler des transferts d'actifs sociaux injustifiés, notamment de liquidités* ».
- **Elargissement** des champs d'application **personnel** (également organes de fait) **et matériel** (restitution des *dividendes, tantièmes, autres parts de bénéfice, rémunérations, intérêts intercalaires, réserves légales issues du capital ou du bénéfice et autres prestations* perçus indûment)
- Seule condition exigée : **disproportion manifeste** entre la contre-prestation et la prestation reçue (suppression des critères de la *mauvaise foi* et de la *situation économique*)
- Qualité pour agir : l'AG peut décider que la **société** intente l'action. Elle peut charger le CA ou un représentant de conduire le procès.
- Prescription : 3 ans, délai suspendu pendant la procédure d'examen spécial

XI. Actions en responsabilité

- Adaptation de la disposition sur la responsabilité des fondateurs (art. 753 ch. 1 nCO) à la suppression de la reprise de biens. Responsabilité peut encore être fondée sur les art. 678, 680 al. 2 et 754 CO.
- Action hors faillite (art. 756 CO), l'AG peut décider que la société intente l'action. Elle peut charger le CA ou un représentant de conduire le procès.
- Action dans la faillite (art. 757 CO), correction de la JP avec le nouvel alinéa 4 concernant les créances postposées dans le calcul du dommage
- En cas de décharge, le droit des autres actionnaires d'intenter action s'éteint ~~six~~ **douze** mois après la décharge. Ce délai est **suspendu** pendant la procédure d'examen spécial.
- Prescription : 3 ans, délai suspendu pendant la procédure d'examen spécial

XII. Autres modifications de l'ORC

Modifications ORC relatives aux **sociétés coopératives** :

- SCoop → **SCoo**
- Dès l'entrée en vigueur de la révision, acte authentique nécessaire pour :
 - ✓ acte de fondation et statuts (art. 830 nCO et 22 al. 4 et 84 s. nORC)
 - ✓ modification des statuts (avec inscription au RC) (art. 838a nCO)

XIII. Droit transitoire

Dispositions transitoires de la modification du 19 juin 2020

Art. 1

A. Règle générale

¹ Les art. 1 à 4 du titre final du code civil¹⁴ sont applicables à la modification du 19 juin 2020, sous réserve des dispositions suivantes.

² Les dispositions du nouveau droit s'appliquent dès son entrée en vigueur à toutes les sociétés existantes.

Art. 2

B. Adaptation des statuts et des règlements

¹ Les sociétés qui, au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit, sont inscrites au registre du commerce mais dont les statuts ou les règlements ne sont pas conformes aux nouvelles dispositions, sont tenues de les adapter dans un délai de deux ans.

² Les dispositions statutaires et réglementaires qui ne sont pas conformes au nouveau droit restent en vigueur jusqu'à leur adaptation, mais pendant deux ans au plus tard après l'entrée en vigueur du nouveau droit.

Art. 3

C. Augmentation autorisée et augmentation du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel

Les augmentations autorisées et les augmentations du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel décidées avant l'entrée en vigueur de la présente loi restent régies par l'ancien droit. Les décisions de l'assemblée générale ne peuvent être prorogées ou modifiées.

Conclusion

Ce qui n'a pas été retenu dans le nouveau droit ...

- Pas de constitutions « simples » de SA sans acte authentique
- Les abstentions « compteront » toujours (majorité absolue)
- Pas d'action judiciaire déposée aux frais de la société
- Pas d'actions de loyauté... pour le moment.

Conclusion

Réforme importante, sans être «révolutionnaire»...

- Unité du droit de la SA largement conservée
- Modernisation et codification de la pratique
- Un principe de la parité maintenu
- Un capital-actions plus flexible
- Une plus grande liberté organisationnelle
- Un renforcement des droits des actionnaires
- Une *grande* révision ? Sans doute pas mais une flexibilisation bienvenue
- Pas d'obligation de modifier les statuts avec l'entrée en vigueur du nouveau droit (sauf pour profiter de nouvelles possibilités ou si statuts contiennent des règles qui ne seront plus autorisées à l'avenir)

Merci de votre attention !

Mathieu Blanc et Rafaella Demierre
Kasser Schlosser avocats SA
blanc@ksavocats.ch
demierre@ksavocats.ch
www.kasser-schlosser.ch