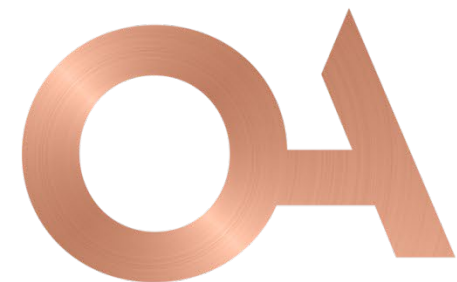




BERSON
ABELS



La grande révision du droit de la SA
Quels sont les aspects auxquels prêter attention?
AIBL – 27 janvier 2023
Sébastien Bettschart

Plan

- A. Bref aperçu historique du droit de la SA
- B. Brève chronologie de la révision actuelle
- C. Principaux axes de la révision
- D. Principales modifications
 1. Actions et capital-actions
 2. Droit des actionnaires et assemblée générale
 3. Conseil d'administration
 4. Organe de révision
 5. Insolvabilité, perte de capital et surendettement
 6. Action en responsabilité
- E. Dispositions transitoires

A. Bref aperçu historique du droit de la SA

1883

Entrée en vigueur du Code des obligations, y compris droit de la société anonyme, art. 612 - 675 ([FF 1881 III 73](#))

1937

Révision du droit de la société anonyme ([FF 1936 III 609](#))

1992

Révision du droit de la société anonyme ([RO 1992 733](#); [FF 1983 II 757](#))

2008

Révision du droit de la Sàrl, incluant une "petite" révision du droit de la société anonyme (not. fondation unipersonnelle, assouplissement des exigences de nationalité et de domicile pour les administrateurs, abolition à l'exigence de détenir une action pour les administrateurs) ([RO 2007 4791](#); [FF 2002 2949](#))

2023

Révision du droit de la société anonyme ([RO 2017 353](#); [FF 2020 5409](#))

⇒ (Trop?) grande **stabilité** législative

B. Brève chronologie de la révision actuelle

- **1993 – 2003: le temps des experts**
 - Rapport final du groupe de réflexion "*droit des sociétés*" (1993)
 - Rapports du Prof. von der Crone sur une révision partielle du droit de la société anonyme (actions sans valeur nominale, assemblée générale, gouvernance, assainissement, actions dispos, actions à droit de vote privilégié) (2002)
 - Rapport du groupe de travail "*corporate governance*" (Profs Böckli, Dessemontet et Huguenin) (2003)
 - **2005 – 2020: le temps du législateur**
 - 2005-2013: **première tentative** ([08.011](#)) divisée en trois projets (SA, droit comptable, droit de la révision) => renvoi du droit de la SA au CF pour intégrer "*rapidement*" l'initiative Minder
 - 2014-2020: **seconde tentative** ([16.077](#)), à laquelle vient se greffer les contre-projets indirects du CN et du CE à l'initiative populaire "*Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement*" rejetée en votation populaire le 29 novembre 2020. Adoption du contre-projet le plus modeste (celui du CE).
 - **1^{er} janvier 2023 – Entrée en vigueur**
- ⇒ La complexité et la longueur du processus législatif **posent des défis d'interprétation**

C. Principaux axes de la révision

- **Droit de la SA**
 - **Moderniser** le droit de la société anonyme
 - Améliorer la **gouvernance** d'entreprise, notamment dans les sociétés non cotées
- **Droit des sociétés cotées en bourse**
 - Transférer dans la loi l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés cotées (**ORAb**)
 - Améliorer la **représentation des sexes** dans les grandes sociétés cotées
 - En outre, environ 25 dispositions spécifiques aux sociétés cotées
- **Critères Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance (ESG)**
 - **Transparence des paiements** effectués au profit de **gouvernements** dans les entreprises actives dans la **production de minerais, pétrole ou gaz naturel ou l'exploitation de forêts primaires**
 - **Transparence sur les questions non financières** (obligation d'établir un rapport ESG pour les grandes sociétés d'intérêt public sur une base *comply or explain*)
 - **Devoirs de diligence et de transparence** pour les entreprises qui mettent en circulation ou traitent des minerais et certains métaux provenant **de zones de conflit**, ou offrent des biens ou des services pour lesquels il existe un **soupçon fondé de travail des enfants** (exemptions: volumes, PME, etc.).

C. Principaux axes de la révision (suite)

- Près de 200 modifications uniquement en droit de la SA (en tout plus de 280 modifications)
- *Keine Reform, sondern eine umfassende Nachführung und Präzisierung* (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5^e éd., 2022)
- Quelques exemples de ce qui n'a **pas été retenu** par le Conseil fédéral ou de ce qui **a été rejeté** par le Parlement:
 - Suppression de la **libération partielle** des actions (632 AP 2014)
 - Droit d'intenter une **action en restitution ou en responsabilité en paiement à la société aux frais de la société** (697j-k AP 2014) - A survécu l'article 107 Ibis CPC (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021), selon lequel le tribunal peut répartir les frais entre la société et le demandeur selon son appréciation en cas de rejet d'une action en paiement à la société
 - **Forme écrite** pour les constitutions et augmentations "simples", ainsi que la décision de dissolution
 - **Responsabilité solidaire** de l'organe de révision limitée, en cas de négligence, au montant auquel il serait tenu à la suite du recours interne (759 II P CO)
 - Repenser le rôle du **registre du commerce**, notamment son pouvoir de cognition (révision RC 2021)

D. Principales modifications

1. Actions et capital-actions



D. Principales modifications

1. Actions et capital-actions

- **Flexibilisation des dispositions sur les actions et le capital-actions**
 - Suppression de la **valeur nominale minimum** des actions ("supérieure à zéro") (622 IV)
 - Possibilité de fixer le capital-actions dans la **monnaie étrangère** autorisée par le CF et la plus importante au regard des activités de la société (cf. not. 621 II-III et 629 III; cf. aussi 957a IV et 958d III)
 - Suppression des dispositions relatives aux **reprises de biens** (fermes ou envisagées)
- **Marge de fluctuation du capital** (653s ss)
 - Possibilité pour le **conseil d'administration** de modifier le capital-actions dans certaines limites
 - Limite supérieure: $1 \frac{1}{2}$ x le capital inscrit au RC
 - Limite inférieure: $\frac{1}{2}$ du capital inscrit au RC
 - Durée max: 5 ans
 - Nécessité d'une **base statutaire** détaillée (653t)
 - **Protection des créanciers** en cas de réduction (653u III): garantie des créances, comptes intermédiaires, attestation de révision
 - **Suppression de l'augmentation autorisée**, devenue obsolète



D. Principales modifications

1. Actions et capital-actions (suite)

- Possibilité de verser un **dividende intermédiaire** (675a), aux conditions suivantes:
 - Comptes intermédiaires (*cf.* allègements prévus à 960f)
 - En principe, vérification des comptes par l'organe de révision sauf si:
 - les comptes de la société ne sont pas soumis à un contrôle restreint, ou
 - tous les actionnaires approuvent le versement du dividende intermédiaire *et* que l'exécution des créances ne s'en trouve pas compromise (*de facto* réservé aux sociétés détenues par un nombre restreint d'actionnaires et aux filiales de groupes de sociétés)
 - Est-ce que l'organe de révision doit vérifier la proposition de verser un dividende (728a I 2 et 729 I 2 pas mentionné à 675a III)?

D. Principales modifications

2. Droits des actionnaires et assemblée générale



D. Principales modifications

2. Droits des actionnaires et assemblée générale

Exercice des droits des actionnaires minoritaires							
		Demande de renseignement lors de l'AG (697 I)	Demande de renseignement en dehors de l'AG (697 II-IV)	Consultation des livres et dossiers (697a)	Requête judiciaire en vue d'ordonner un examen spécial (697d)	Convocation AG (699)	Inscription d'un objet à l'ordre du jour (699b)
<i>Ancien droit</i>		Tout actionnaire		Tout actionnaire mais autorisation expresse AG ou CA	10%* / CHF 2 mio.	10%*	10%* / CHF 1 mio.
Nouveau droit	Sociétés non cotées	Tout actionnaire	10%**	5%**	10%**	10%**	5%**
	Sociétés cotées				5%**	5%**	0,5%**

* Dans l'ancien droit, le pourcentage se calcule sur le capital-actions

** Dans le nouveau droit, le pourcentage se calcule sur le capital-actions ou les voix



D. Principales modifications

2. Droits des actionnaires et assemblée générale (suite)

- **Flexibilisation** des dispositions relatives à l'assemblée générale
 - Possibilité de prendre les **décisions par voie de circulation** (701 III)
 - **Réunion** de l'assemblée générale:
 - **A l'étranger** si (i) base statutaire adoptée à la majorité qualifiée et (ii) l'exercice des droits des actionnaires n'est pas compliqué de manière non fondée. Obligation de nommer un représentant indépendant sauf, pour les sociétés non cotées, si l'ensemble des actionnaires y renoncent (701a II, 701b et 704 I 11)
 - En **plusieurs lieux** si les interventions sont retransmises en direct (701a III)
 - De **manière virtuelle** (sans lieu de réunion physique) si les statuts le prévoient. Obligation de désigner un représentant indépendant sauf, pour les sociétés non cotées, si dispense statutaire adoptée à la majorité qualifiée (701d-f et 704 I 15)
 - Possibilité pour le conseil d'administration d'autoriser les actionnaires absents de **voter par voie électronique** (701c)
- Possibilité de prévoir que **les différends relevant du droit des sociétés sont tranchés par voie d'arbitrage**
 - Base statutaire adoptée à la majorité qualifiée (697n et 704 I 14).
 - Nouveau Règlement supplémentaire pour les différends relevant du droit des sociétés du *Swiss Arbitration Center*

D. Principales modifications

3. Conseil d'administration



D. Principales modifications

3. Conseil d'administration

- **Obligation d'élire les membres individuellement** sauf, dans les sociétés non cotées, si les statuts n'en disposent autrement ou que le président de l'assemblée générale n'en décide autrement avec l'accord de tous les actionnaires représentés (710 II)
- **Délégation de la gestion possible par défaut**, à moins que les statuts n'en disposent autrement (716b I)
- Obligation en cas de **conflits d'intérêts** (i) pour le membre concerné d'informer le conseil d'administration et (ii) pour le conseil d'administration de prendre les mesures qui s'imposent (717a)
- Obligation pour les **grandes sociétés cotées** qui dépassent les seuils de l'article 727 I 2 (bilan: 20 mio. / chiffre d'affaires: 40 mio. / EPT: 250) de mentionner dans le rapport de rémunération les raisons pour lesquelles la **représentation de chaque sexe** n'atteint pas au minimum **30% au sein du conseil d'administration et 20% au sein de la direction** et, dans ce cas, les mesures de promotion du sexe le moins représenté (734f)
 - Délai transitoire de 5 ans pour le conseil d'administration et de 10 ans pour la direction (4 disp. trans.), *i.e.* **2026, resp. 2031**
 - Seuil déjà dépassé (24%) au sein des direction des entreprises du SMI/SMIM (Enquête Russell Reynolds Associates 2023)

D. Principales modifications

4. Organe de révision

D. Principales modifications

4. *Organe de révision*

- Pas de changement substantiel, sous réserve que l'assemblée générale doit dorénavant avoir de **justes motifs** pour révoquer l'organe de révision (730a IV). Ceux-ci doivent être exposés dans l'annexe (959c II 14). Il s'agit d'une reprise du droit européen.

D. Principales modifications

5. Insolvabilité, perte de capital et surendettement



D. Principales modifications

5. *Insolvabilité, perte de capital et surendettement*

- Nouvelle disposition sur l'**insolvabilité** (725):
 - Obligation pour le conseil d'administration de **surveiller la solvabilité** (725 I)
 - Si la société **risque de devenir insolvable**, obligation pour le conseil d'administration de
 - prendre des mesures visant à garantir la solvabilité et, au besoin, prendre d'autres mesures afin d'assainir la société ou de proposer de telles mesures à l'assemblée générale, ou
 - demander le sursis concordataire (725 II)
- **Perte de capital** (725a)
 - Seule la **part non remboursable** des réserves légales issues du bénéfice et du capital doit être prise en compte (725 I)
 - Derniers comptes annuels doivent être soumis à un **contrôle restreint** (725 II et III)
 - **L'assemblée générale ne doit plus nécessairement être convoquée**



D. Principales modifications

5. *Insolvabilité, perte de capital et surendettement (suite)*

- Quelques "nouveautés" quant au surendettement (725b)
 - La **postposition** doit également porter sur les intérêts
 - **Possibilité de ne pas aviser le juge** aussi longtemps que:
 - 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 bilans intermédiaires, et
 - l'exécution des créances ne s'en trouve pas davantage compromise (725b IV 2)
- **Abolition de l'ajournement de faillite => améliorations ponctuelles du sursis concordataire**

D. Principales modifications

6. Action en responsabilité



D. Principales modifications

6. Action en responsabilité

- Les principales modifications:
 - Dans le cadre de l'action en responsabilité, **exclusion des créances postposées** dans le calcul du dommage (757 IV)

Vote à l'unanimité (!) du CN en 3^e lecture (!) à la suite d'une proposition de la minorité de sa commission (!)
 - Extinction du droit d'intenter l'action en responsabilité **12 mois** (plutôt que 6) après le vote sur la décharge pour les actionnaires qui n'y ont pas adhéré (758 II)
 - **Prescription** (3 / 10 ans), suspendue pendant l'examen spécial (760)

E. Dispositions transitoires

- Le nouveau droit s'applique dès son entrée en vigueur à toutes les sociétés existantes
- **Délai de 2 ans pour adapter les statuts et règlements** qui ne sont pas conformes au nouveau droit. Passé ce délai, les dispositions statutaires ou réglementaires non conformes seront frappées de nullité.
- Les augmentations de **capital-actions autorisées ou conditionnelles et les ajournements de faillite décidés ou ordonnés avant le 31 décembre 2022** restent régis par l'ancien droit.
- De même, si la **décision de l'assemblée générale d'augmenter ou de réduire le capital-actions a été prise avant le 31 décembre 2022**, l'ensemble de la procédure reste soumise à l'ancien droit.

Merci de votre attention



Sébastien Bettschart
Avocat, Dr en droit, LL.M. (NYU)
Professeur titulaire à l'Université de Fribourg
sbettschart@obersonabels.com
+41 58 258 86 00