

N

Monthly
Newsletter
October 2022

Corporate and
Commercial

Schellenberg
Wittmer



Nouveau droit de la société anonyme – fin immédiate des statuts actuels?

Dr. Martin Weber, Pascal Hubli

Key Take-aways

- 1.** La modification du droit de la société anonyme du 19 juin 2020 entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Un délai de transition de deux ans est prévu pour l'adaptation des statuts existants au nouveau droit.
- 2.** Dans certaines circonstances, pour maintenir le statu quo statutaire ou pour éviter une application non souhaitée de l'ancien droit, il conviendra de procéder à une révision statutaire anticipée.
- 3.** Selon leur objet et contenu, les modifications statutaires relatives au nouveau droit de la société anonyme peuvent être prises avant le 1^{er} janvier 2023, mais ne pourront être inscrites au registre du commerce qu'après cette date.

1 Introduction

Le nouveau droit de la société anonyme entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2023 (abstraction faite des dispositions relatives aux quotas de sexe et les exigences de transparence pour les grandes sociétés extractrices de matières premières également prévues dans cette réforme mais déjà entrées en vigueur). Les objectifs principaux de cette réforme sont d'assouplir le droit des sociétés anonymes, de l'harmoniser avec le droit comptable et de transférer dans le code des obligations les dispositions de l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse. Finalement, la révision vise également à améliorer la gouvernance d'entreprise dans les sociétés (voir l'aperçu des principales nouveautés dans notre [Newsletter d'octobre 2020](#)).

Dans la perspective de l'entrée en vigueur prochaine du nouveau droit de la société anonyme, la question se pose de savoir si, comment et à partir de quand les sociétés anonymes (SA) suisses ont **besoin d'adapter** leurs statuts et leurs règlements. La question se pose de la même manière pour les sociétés à responsabilité limitée (Sàrl), dont le cadre légal évoluera en parallèle de la révision du droit de la société anonyme. Toutefois, les explications qui suivent se limitent à ces aspects en lien avec les sociétés anonymes.

Les statuts des sociétés **créées** après le 1^{er} janvier 2023 doivent être conformes aux dispositions du nouveau droit de la société anonyme dès leur fondation. En revanche, il existe en principe un délai de transition de deux ans après l'entrée en vigueur de la réforme pour adapter les statuts **préexistants** à celle-ci. Jusqu'au 31 décembre 2024 au plus tard, les statuts actuels qui ne feront pas l'objet d'adaptation resteront donc en vigueur et l'ancien droit de la société anonyme continuera de s'appliquer. Ce n'est qu'à l'expiration de ce délai transitoire que toutes les dispositions statutaires incompatibles avec le nouveau droit seront abrogées de plein droit. Par conséquent, le nouveau droit de la société anonyme ne s'appliquera pleinement qu'à partir du 1^{er} janvier 2025.

Comme nous le verrons ci-après, une adaptation statutaire immédiate peut néanmoins s'avérer nécessaire en fonction des circonstances et des besoins concrets de la société anonyme et de ses actionnaires.

2 Adaptation des statuts en vue de maintenir le *statu quo*

Comme mentionné en introduction, les sociétés qui souhaitent maintenir un ***statu quo* statutaire** peuvent en principe maintenir inchangés leurs statuts actuels jusqu'à fin 2024 au plus tard et se prévaloir de l'ancien droit de la société anonyme.

Ce principe ne s'applique toutefois pas à certains cas dans lesquels une modification préalable des statuts est nécessaire pour pouvoir continuer à se prévaloir de l'ancien droit.

2.1 Remplacement d'un silence qualifié par une disposition statutaire explicite

Il convient tout d'abord de mentionner les cas où, à défaut d'une disposition statutaire expresse, une réglementation est volontairement écartée.

Ainsi, par exemple, sous l'ancien droit, **la délégation de la gestion** par le conseil d'administration à certains membres du conseil d'administration ou à une direction n'est autorisée que si les statuts contiennent une autorisation de délégation correspondante.

Cette exigence disparaît sous le nouveau droit de la société anonyme: à partir du 1^{er} janvier 2023, le conseil d'administration sera automatiquement autorisé à déléguer la gestion, même sans base statutaire, pour autant que les statuts n'en disposent pas autrement. Les sociétés qui ne veulent toujours pas permettre cette possibilité de délégation de la gestion ou qui souhaitent la restreindre sont donc contraintes, en raison de ce renversement de la règle légale par défaut, d'adapter leurs statuts sur ce point afin d'exclure ou de restreindre explicitement une telle possibilité de délégation à partir du 1^{er} janvier 2023.

Le nouveau droit des sociétés anonymes ne s'appliquera pleinement qu'à partir de 2025.

2.2 Disposition statutaire explicite en remplacement d'une validité implicite

Une deuxième exception au maintien des statuts actuels en vue de préserver le statu quo concerne les cas qui étaient possibles sous l'ancien droit de la société anonyme sans base statutaire, mais qui nécessiteront à l'avenir une réglementation explicite dans les statuts.

Par exemple, si une société organisait jusqu'à présent son **assemblée générale à l'étranger**, elle ne pourra le faire après le 1^{er} janvier 2023 que si les statuts le prévoient explicitement.

De la même manière, la **tenue d'assemblées générales virtuelles sans lieu de réunion** relève de la même problématique: en raison de la législation spéciale COVID actuellement en vigueur, cette pratique n'est autorisée sans base statutaire correspondante que jusqu'à fin 2022 et nécessitera ensuite une base statutaire explicite conformément au nouveau droit des sociétés anonymes. Les sociétés qui souhaitent continuer à faire usage de cette option après la fin de 2022 doivent donc adapter leurs statuts en conséquence.

3 Adaptation des statuts en vue de la mise en œuvre du nouveau droit de la société anonyme

Le nouveau droit de la société anonyme prévoit de nombreuses **nouveautés** dont la mise en œuvre nécessite une base statutaire correspondante. Si une société anonyme souhaite faire usage d'un de ces nouveaux instruments, elle doit donc soumettre ses statuts à une révision préalable.

Les nouveautés suivantes sont, par exemple, concernées :

3.1 Assemblée générale

Comme nous l'avons déjà mentionné, le nouveau droit de la société anonyme permet d'organiser une assemblée générale dans un **lieu de réunion à l'étranger** ou d'organiser **une assemblée générale par voie électronique sans lieu de réunion physique**. Ces deux options ne seront toutefois possibles pour une société anonyme suisse à partir du 1^{er} janvier 2023 que si les statuts le prévoient.

Ensuite, le droit des sociétés anonymes autorise désormais **la voix prépondérante du président de l'assemblée générale** afin d'éviter les situations d'impasse au sein de l'assemblée générale. Mais là encore, il ne peut être fait usage de cette possibilité que si les statuts le prévoient expressément.

Il n'existe pas de besoin général et urgent d'adaptation, mais...

3.2 Capital-actions

Le nouveau droit de la société anonyme contient des nouveautés essentielles pour **assouplir la structure du capital**, mais une société anonyme ne peut en tirer profit que si elle adapte ses statuts en conséquence :

- Le **capital-actions** peut désormais être libellé dans **une monnaie étrangère** (essentielle à l'activité de l'entreprise et déclarée admissible par le Conseil fédéral), à condition que celle-ci corresponde à une contre-valeur d'au moins CHF 100'000 au moment de l'inscription. Pour le moment, les monnaies suivantes entrent en ligne de compte : GBP, EUR, USD et JPY.
- Par ailleurs, la **valeur nominale minimale d'une action** ne doit désormais qu'être supérieure à zéro et peut donc être inférieure à l'ancien seuil minimal de 1 centime.
- Avec le **nouveau concept de la marge de fluctuation du capital**, le conseil d'administration peut être autorisé par les statuts à modifier le capital-actions à la hausse ou à la baisse dans une fourchette définie. Ainsi, l'ancien capital-actions autorisé devient caduc. Les sociétés qui ont actuellement dans leurs statuts une autorisation de procéder à des augmentations de capital autorisées peuvent toutefois encore y procéder jusqu'au 31 décembre 2024 selon les prescriptions de l'ancien droit.

3.3 Clause compromissoire

Les sociétés anonymes peuvent désormais prévoir dans leurs statuts que **tous les litiges relevant du droit des sociétés** ne seront pas jugés par un tribunal étatique, mais par un tribunal arbitral. Les statuts peuvent préciser les détails de la procédure d'arbitrage ou renvoyer à un règlement d'arbitrage spécifique.

Si une société inclut une telle clause d'arbitrage dans ses

statuts, celle-ci lie – sauf mention contraire – non seulement la société elle-même, mais aussi tous les organes de la société et leurs membres ainsi que tous les actionnaires.

Tôt ou tard, aucune société anonyme n'échappera à une modification de ses statuts.

4 Adaptation des statuts afin d'éviter l'application involontaire de l'ancien droit de la société anonyme

Les statuts d'une société reproduisent régulièrement certains articles de loi plus ou moins littéralement. Si les dispositions légales sous-jacentes subissent une modification matérielle dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme et que les dispositions statutaires correspondantes ne sont pas mises à jour en même temps, les dispositions statutaires de l'ancien droit priment en principe sur le nouveau droit jusqu'à l'expiration du délai transitoire de deux ans, même si elles ne sont pas conformes à ce dernier ou sont même en contradiction avec lui. Cela peut ainsi conduire à un ajournement involontaire de l'application du nouveau droit de la société anonyme pour la société concernée.

Les dispositions relatives à **l'exercice des droits individuels des actionnaires** en sont un exemple :

- Par souci d'exhaustivité, de nombreuses sociétés anonymes ont repris dans leurs statuts l'ancienne disposition légale selon laquelle les actionnaires représentant au moins 10% du capital-actions peuvent faire **convoquer une assemblée générale** ou selon laquelle les actionnaires représentant des actions d'une valeur nominale d'au moins CHF 1 million ont le droit **d'inscrire un point à l'ordre du jour** de l'assemblée générale.
- Dans le nouveau droit de la société anonyme, ces deux seuils sont abaissés respectivement, à 5% et 0,5% du capital-actions ou des voix pour les sociétés cotées en bourse, et à 10% et 5% du capital-actions ou des voix pour les sociétés anonymes non cotées.
- Pour que ces seuils modifiés soient immédiatement applicables, les dispositions statutaires correspondantes doivent être adaptées de manière anticipée au nouveau droit de la société anonyme, faute de quoi les seuils prévus par les statuts prévaudront jusqu'au 31 décembre 2024 au plus tard.

Un examen des statuts actuels s'impose donc pour déterminer leur compatibilité avec le nouveau droit de la société anonyme, pour identifier à temps une éventuelle divergence involontaire

entre le cadre statutaire actuel et le nouveau droit de la société anonyme et, le cas échéant, y remédier par une modification anticipée des statuts.

5 À partir de quand les statuts peuvent-ils être adaptés au nouveau droit de la société anonyme ?

Selon leur objet et contenu, certaines modifications statutaires axées sur le nouveau droit de la société anonyme peuvent être décidées et être déposées pour inscription au registre du commerce avant le 1^{er} janvier 2023 (p. ex. l'autorisation d'organiser des assemblées générales virtuelles). En revanche, d'autres adaptations (p. ex. la conversion du capital-actions en une monnaie étrangère) peuvent également être décidées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme, mais ne pourront être déposées pour inscription au registre du commerce qu'après l'entrée en vigueur de la réforme. Dans les deux

cas, il faut tenir compte du fait que le nouveau droit de la société anonyme n'aura pas d'effet anticipé avant le 1^{er} janvier 2023 et s'en assurer par une formulation appropriée.

6 Conclusion

En raison du délai de transition de deux ans dont disposent les sociétés anonymes suisses, il n'existe en principe pas de besoin général ou urgent d'adapter les statuts existants à la réforme du droit de la société avant ou immédiatement après son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Toutefois, comme indiqué ci-dessus, une adaptation statutaire non seulement anticipée, mais aussi éventuellement urgente, peut s'avérer nécessaire pour l'utilisation des nouveaux instruments introduits par la révision, mais aussi pour le maintien du *statu quo* statutaire ou encore pour éviter une application involontaire de l'ancien droit. Ainsi, aucune société anonyme suisse ne se passe d'une analyse du nouveau droit de la société anonyme et – tôt ou tard – d'adapter ses statuts actuels au nouveau cadre juridique.



Jean Jacques Ah Choon
Associé Genève
jeanjacques.ahchoon@swlegal.ch



Tarek Houdrouge
Associé Genève
tarek.houdrouge@swlegal.ch



Pascal Hubli
Associé Zurich
pascal.hubli@swlegal.ch



Dr. Martin Weber
Associé Zurich
martin.weber@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



Schellenberg Wittmer SA
Avocats

Zurich
Löwenstrasse 19
Case postale 2201
8021 Zurich / Suisse
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

Genève
15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1 / Suisse
T +41 22 707 8000
www.swlegal.ch

Singapour
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapour 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg