

# N

Monthly  
Newsletter  
September 2023

---

Corporate and  
Commercial

**Schellenberg  
Wittmer**



# Nouveau droit suisse de la société anonyme - Premières expériences

Filip Majernik, Pascal Hubli, Marcel Jakob

## Key Take-aways

- 1.** Le nouveau droit a été bien accueilli et n'a pas rencontré de difficultés particulières, même si la pratique du registre du commerce semble encore restrictive concernant certaines nouveautés.
- 2.** La marge de fluctuation du capital et la possibilité d'autoriser la prise de décisions par voie électronique (y compris les assemblées générales virtuelles) sont les plus utilisées jusqu'à présent.
- 3.** Les délais transitoires échoient le 1<sup>er</sup> janvier 2025. Les dispositions statutaires contraires à la loi ne seront plus valables. Une mise à jour des statuts durant la saison des AG 2024 est conseillée.

## 1 Introduction

Le 1<sup>er</sup> janvier 2023, le nouveau droit suisse de la société anonyme est entré en vigueur. Après la première saison d'assemblées générales (AG), de nombreuses sociétés ont mis à jour leurs statuts. Dans cette newsletter, nous dressons un premier bilan de la mise en œuvre des nouvelles dispositions.

Pour un aperçu des nouveautés et des changements apportés par la révision, nous vous renvoyons à nos newsletters des mois d'[octobre 2020](#), [octobre 2022](#), [décembre 2022](#) et [janvier 2023](#).

---

# Le nouveau droit a été en principe bien accueilli dans la pratique.

---

## 2 Capital

### 2.1 Marge de fluctuation capital et augmentation de capital conditionnelle

Le délai d'inscription de l'augmentation de capital ordinaire a été porté à 6 mois après la décision de l'AG. Malheureusement, la pratique restrictive des registres du commerce, selon laquelle une mise en œuvre par étapes lors de l'augmentation ordinaire du capital n'est pas autorisée, demeure inchangée. En revanche, la nouvelle **marge de fluctuation du capital** offre plus de flexibilité pour les modifications du capital. Grâce à celle-ci, le conseil d'administration (CA) peut être autorisé à augmenter et/ou à réduire le capital-actions de 50% au maximum dans un délai de cinq ans. Selon la pratique des registres du commerce, les limites inférieure et supérieure de la marge doivent être mentionnées en chiffres dans les statuts - la simple indication d'un pourcentage par rapport au capital nominal inscrit n'est pas acceptée.

La plupart des sociétés cotées qui disposaient d'un capital autorisé l'ont remplacé par une marge de fluctuation du capital. Toutefois, en raison notamment de la réticence de nombreux conseillers étrangers en matière de vote (proxy advisors), cet instrument n'a généralement **pas été utilisé dans son intégralité**. En règle générale, les sociétés cotées n'ont introduit qu'une marge de fluctuation du capital de +/- 10%. Occasionnellement, une autorisation temporaire plus courte est prévue. Comme anticipé, des restrictions concernant l'utilisation du capital issu de la marge de fluctuation du capital sont prévues (p. ex. uniquement pour des acquisitions). En contrepartie, la décision de limiter les droits de souscription préférentiels a généralement été laissée au conseil d'administration afin de permettre la plus grande flexibilité possible.

En ce qui concerne la **coordination avec le capital conditionnel**, la majorité des sociétés renoncent à régler explicitement le rapport avec la marge de fluctuation du capital et introduisent le capital conditionnel **en dehors de la marge**

**de fluctuation du capital**. Ainsi, lors de la souscription du capital conditionnel, les limites de la marge de fluctuation du capital sont déplacées en fonction de l'augmentation du capital-actions. Seules quelques sociétés cotées ont choisi d'introduire le capital conditionnel **dans la marge de fluctuation du capital**. Dans ce cas, la marge de fluctuation du capital est simultanément épuisée lors de la souscription du capital conditionnel, ce qui n'entraîne aucun déplacement des limites de la marge de fluctuation du capital.

### 2.2 Publicité lors de la libération par compensation

La libération du capital-actions par compensation avec des créances existantes n'est pas une nouveauté. Dans l'esprit de la pratique actuelle, la loi a précisé que les créances non couvertes pouvaient également être compensées. Toutefois, il est désormais nécessaire d'inscrire la **libération par compensation dans les statuts**. Le montant de la créance compensée, le nom des souscripteurs et les actions émises deviennent ainsi publics.

Comme cette publicité n'est généralement pas souhaitée par les sociétés privées, la pratique propose des solutions alternatives. Actuellement, (a) la libération par compensation sur la base d'un capital conditionnel ou (b) le recours à une fiducie sont les solutions les plus prisées. Dans le cas (a), la pratique et la doctrine partent du principe que la libération par compensation sur la base du capital conditionnel n'entraîne pas de publicité statutaire (sinon, la conversion d'obligations convertibles et d'instruments similaires de sociétés cotées serait de facto impossible). Dans le cas (b), seul le nom du fiduciaire est rendu public. Il serait souhaitable que les registres du commerce allègent leur pratique en autorisant les désignations collectives (p. ex. tous les créanciers d'une série de prêts convertibles). Les sociétés qui prévoient une libération par compensation ou qui émettent des prêts convertibles devraient examiner soigneusement le sujet au préalable. Il est de plus en plus recommandé de disposer d'un capital conditionnel.

### 2.3 Réticence à fixer le capital en devises étrangères

Outre la possibilité de présenter les comptes dans une monnaie fonctionnelle étrangère, il est désormais possible de fixer le capital-actions en EUR, GBP, USD ou JPY, si la monnaie est liée à l'activité commerciale. Cela résout les problèmes de divergence entre la présentation des comptes en monnaie étrangère et le capital nominal en CHF (p. ex. des dividendes réduits en raison de pertes de change purement comptables).

Jusqu'à présent, cette possibilité **n'a pas conquis les sociétés cotées** (le seul exemple est UBS Group AG (USD)). Du côté des sociétés privées, cette modification est encore rare, même s'il faut s'attendre à ce qu'elle soit de plus en plus fréquente. Si les comptes sont tenus dans une monnaie étrangère, le changement de monnaie (ou la création en monnaie étrangère) est une alternative recommandée. Dans la mesure où seul un changement de monnaie est opéré (sans modification du capital), il peut, selon notre expérience, **être mis en œuvre aisément**.

Le changement peut être décidé rétroactivement pour l'exercice en cours ou à l'avance pour l'exercice suivant. Néanmoins, selon la pratique des registres du commerce, un **changement prospectif n'est inscrit au registre du commerce qu'après le début du nouvel exercice**, car le taux de change pertinent n'est pas connu avant.

## 3 Prise de décisions

### 3.1 Assemblée générale virtuelle et hybride

La réforme a entraîné une libéralisation des formes de réunion pour l'AG. Outre la possibilité de tenir des assemblées générales hybrides - une réunion sur place avec la possibilité de participer également à distance, il est désormais possible de prévoir **statutairement des assemblées purement virtuelles**.

Une **grande majorité des** sociétés cotées au SMI a **décidé d'adopter une base statutaire pour autoriser la tenue d'AG virtuelles**. Certaines sociétés ont déjà tenu de telles AG cette année. Parallèlement, de nombreux **proxy advisors** étrangers sont **sceptiques**, car l'AG virtuelle réduit les droits des actionnaires dans d'autres pays. Ces doutes ne sont pas valables pour la Suisse en raison du principe d'immédiateté - l'AG virtuelle suisse est un reflet de la réunion physique avec tous les droits de participation et d'expression. Malgré cela, les sociétés cotées ont pris les devants, notamment en garantissant, parfois dans leurs statuts, que les AG virtuelles ne seraient organisées qu'exceptionnellement, ou en limitant l'autorisation dans le temps. En revanche, de telles restrictions n'existent généralement pas dans les sociétés privées, pour lesquelles le potentiel allègement administratif prévaut clairement.

---

## La marge de fluctuation du capital est très populaire et est souvent introduite.

---

### 3.2 Assemblée générale écrite

Désormais, une décision de l'AG peut être prise par écrit, à condition qu'aucun actionnaire demande une délibération orale. Une modification des statuts n'est pas nécessaire pour cela.

Dans le cas de la prise de décision sur **papier**, les actionnaires signent un document qui circule et expriment ainsi leur accord avec la décision et la procédure. Alors que la renonciation à la délibération orale nécessite (en principe) un retour de tous les actionnaires, une décision prise à la majorité suffit sur le fond.

En raison du droit propre à chaque actionnaire d'exiger une délibération orale, l'AG écrite n'est généralement praticable que dans les sociétés dont le cercle d'actionnaires est restreint, mais dans ce cas et pour les objets usuels de l'ordre du jour, elle constitue une simplification évidente.

Une **prise de décision écrite purement électronique** est aussi possible. Toutefois, les formalités ne sont pas claires. Selon nous, une signature électronique qualifiée n'est pas nécessaire lors du vote ; une simple preuve textuelle suffit (p. ex. décision par e-mail). Cela est parfois précisé dans les statuts, ce qui est recommandé.

Indépendamment de la forme, le CA compte le résultat après le vote et le consigne dans un procès-verbal séparé. Ce-

lui-ci suffit comme preuve vis-à-vis du registre du commerce ; le vote et l'identité des actionnaires ne doivent pas être publiés.

---

## Les décisions écrites de l'AG sont attestées par le procès-verbal du CA.

---

### 3.3 Décisions du conseil d'administration par voie électronique

Alors que pour les décisions de l'AG sous forme électronique les exigences ne sont pas encore clarifiées, pour le CA, il est désormais expressément indiqué qu'il n'y a **pas d'exigence de signature**. Des décisions électroniques, par **e-mail** ou via **une application de chat**, peuvent être prises à condition que le résultat puisse être prouvé par écrit.

Une fois encore, la décision par voie électronique du CA ne requiert **pas d'autorisation statutaire**. Néanmoins, certaines sociétés l'ont intégré dans leurs statuts. Afin de clarifier les procédures, il est recommandé de déterminer les formes de décision autorisées dans le règlement d'organisation. Dans ce contexte, la société doit pouvoir accéder aux canaux de communication utilisés pour la prise de décision sous une forme appropriée afin de satisfaire à ses obligations d'archivage.

### 3.4 Problématique de la constatation par acte authentique

La question de l'authentification des décisions virtuelles ou électroniques des actionnaires ou du conseil d'administration n'est toujours pas réglée. Alors que dans certains cantons, les notaires et le registre du commerce ont signalé que l'authentification et l'inscription de telles décisions étaient conformes aux lois cantonales sur les actes authentiques, un débat est encore en cours dans d'autres cantons. **Cette question n'a pas encore été traitée de manière définitive**. Quiconque souhaite procéder ainsi devrait clarifier la procédure au préalable avec le notaire et le registre du commerce compétent. Si nécessaire, il faut faire usage de la liberté de choix du notaire. L'alternative qui a fait ses preuves dans la pratique est l'assemblée hybride, au cours de laquelle le président de l'assemblée et le notaire sont présents dans un lieu de réunion, tandis que les actionnaires ou les membres du conseil d'administration participent électroniquement par vidéo.

## 4 Jusqu'à présent, les délaissés

Certaines nouveautés ont jusqu'à présent été peu appréciées par les actionnaires :

- La possibilité d'organiser une **AG à l'étranger** n'a guère été utilisée par les sociétés cotées. Les AG virtuelles et hybrides offrent une flexibilité suffisante. Alors que dans les sociétés privées, la base statutaire pour les assem-

blées à l'étranger est souvent créée, nous observons des réticences quant à leur utilisation effective (notamment en raison de difficultés logistiques et de certains risques juridiques et fiscaux).

- De même, la **clause d'arbitrage statutaire** est peu implémentée ; aucune des sociétés cotées n'en a introduit. Il est possible qu'il n'y ait pas de besoin particulier en raison de l'efficacité générale du système judiciaire suisse. Il est également possible que les sociétés préfèrent acquérir davantage d'expérience avec son implémentation.

## 5 Conclusion

L'adaptation à la révision fonctionne en principe bien et de nombreuses sociétés ont déjà mis à jour leurs statuts. Compte tenu de l'**expiration du délai transitoire le 1<sup>er</sup> janvier 2025** - à l'issue duquel les dispositions statutaires contraires à la loi perdront leur validité - cette évolution est réjouissante. Il est recommandé aux sociétés restantes d'adapter proactivement leurs statuts au plus tard lors de leur AG ordinaire de 2024, afin d'éviter toute ambiguïté et de profiter des nouveaux instruments et assouplissements.



**Tarek Houdrouge**  
Associé Genève  
tarek.houdrouge@swlegal.ch



**Christoph Vonlanthen**  
Associé Genève/Zurich  
christoph.vonlanthen@swlegal.ch



**Marcel Jakob**  
Associé Zurich  
marcel.jakob@swlegal.ch



**Pascal Hubli**  
Associé Zurich  
pascal.hubli@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.com

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

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