

Nouveau droit de la SA : anticipation des changements à intervenir dans les statuts

= Resolution

LEGAL PARTNERS

Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme (SA) au 1^{er} janvier 2023, se pose la question des possibilités d'adopter ou de modifier les statuts de manière anticipée afin d'intégrer tout ou partie des possibilités offertes par le nouveau droit dès son entrée en vigueur.

I. Nouveau droit de la SA : essentiel en bref

Au 1^{er} janvier 2021, certaines nouvelles dispositions de la modification du 19 juin 2020 sont déjà entrées en vigueur¹. La grande majorité des nouvelles dispositions visant à moderniser le droit de la société anonyme² entrera quant à elle en vigueur le 1^{er} janvier 2023³.

Il s'agit notamment des modifications suivantes :

- l'ORAb⁴ est intégrée dans le Code des obligations (CO)⁵ ;
- le capital-actions peut être fixé dans la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise⁶ ;
- la valeur nominale des actions doit rester supérieure à zéro⁷ ;
- les statuts peuvent prévoir une marge de fluctuation du capital, autorisant le conseil d'administration à modifier le capital-actions de plus ou moins 50% (au maximum) et pour une période maximale de cinq ans⁸ ;

- la réduction ordinaire de capital n'est soumise qu'à une seule publication de l'appel aux créanciers (plutôt que trois) dans la Feuille Officielle Suisse du Commerce (FOSC) et les créanciers ne disposent plus que de trente jours pour exiger la garantie de leur créance⁹ ;
- le versement de dividendes intermédiaires est dorénavant autorisé¹⁰ ;
- l'assemblée générale peut être tenue en ligne (AG virtuelle) et dans différents lieux simultanément, même à l'étranger ; les actionnaires peuvent exercer leurs droits par voie électronique¹¹ ;
- le conseil d'administration peut prendre ses décisions par voie électronique¹² ;
- la durée de fonction des membres du conseil d'administration de sociétés cotées en bourse s'achève à la fin de l'AG ordinaire suivante ; ils sont en principe élus individuellement. La durée est de trois à six ans pour les sociétés non cotées ; la réélection est possible dans les deux cas¹³ ;
- le conseil d'administration doit surveiller la capacité de paiement de la société avant la survenance d'une perte de capital ; si une perte de capital intervient, le conseil d'administration prend les mesures qui entrent dans sa compétence, sans convoquer l'AG¹⁴. En cas de surendettement, l'avis au juge n'est plus nécessaire si des postpositions proportionnelles sont effectuées ou si des éléments permettent de juger qu'il sera supprimé dans les nonante jours¹⁵.

II. Modifications statutaires anticipées

Par communication du 17 janvier 2022¹⁶, l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) a publié une information concernant sa pratique en vue de l'entrée en vigueur du nouveau droit de la SA fixée au 1^{er} janvier 2023. Il propose dans ce cadre essentiellement **deux options permettant de modifier les statuts d'une SA par anticipation durant l'année 2022**, afin de permettre aux SA d'appliquer directement le nouveau droit pour l'année 2023 (marge de fluctuation du capital, AG virtuelle, etc.). Ces modifications anticipées, qui pourraient déjà être adoptées lors d'une assemblée en 2022 – cas échéant constitutive –, doivent toutefois rester conformes à l'interdiction de l'effet anticipé du droit futur. Il convient dès lors de bien distinguer les modifications statutaires (qui peuvent déjà être modifiées avant le 1^{er} janvier 2023 moyennant les modalités qui sont précisées ci-après) des inscriptions de celles-ci au registre

du commerce (RC) (qui ne seront possibles qu'au 1^{er} janvier 2023). La date des statuts modifiés par anticipation doit toujours être celle du jour de leur adoption¹⁷.

IIa. Modifications statutaires à terme

Une première solution consiste à procéder à des modifications statutaires par décision « à terme ». Elle ne concerne cependant que les faits dont la publication n'est pas requise (par exemple la mise en place d'une AG virtuelle). En outre, les réquisitions au RC concernant ces modifications ne pourront être déposées qu'après l'adoption des dispositions d'exécution du Conseil fédéral¹⁸.

De telles modifications à terme requièrent que les statuts décrivent précisément quel régime s'applique et à partir de / jusqu'à quelle date. L'OFRC propose que les statuts distinguent clairement les dispositions vouées à s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2022 de celles (nouvelles ou adaptées) applicables dès le 1^{er} janvier 2023, avec la précision que les premières seront remplacées par les secondes dès cette date¹⁹.

IIb. Modifications statutaires conditionnelles

Pour toute réquisition au RC portant sur des modifications statutaires qui concernent des nouveautés soumises à publication (modification de la devise du capital-actions, introduction d'une marge de fluctuation du capital, etc.), celles-ci ne pourront être requises qu'après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Des dispositions statutaires adaptées ou nouvelles pourront toutefois déjà être décidées en 2022, sous forme de décision de modification sous condition suspensive : les modifications adoptées ne déploieront effet qu'à partir de l'entrée en vigueur du nouveau droit, soit au 1^{er} janvier 2023. L'inscription au RC ne pourra être requise qu'à cette date²⁰.

Les SA n'ont toutefois aucune obligation d'anticiper la modification de leurs statuts par les deux moyens exposés ci-dessus d'ici au 1^{er} janvier 2023. Elles doivent en revanche se mettre en conformité avec le nouveau droit dans un délai de deux ans après son entrée en vigueur, soit d'ici au 31 décembre 2024²¹.

Le contenu de cette Newsletter, établie le 3 août 2022, ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, l'un des avocats répondra volontiers à vos questions.

Resolution

LEGAL PARTNERS

Av. de l'Avant-Poste 4, Case postale 5747
1002 Lausanne

Place Pury 3
2000 Neuchâtel

T. +41 21 312 59 40 / +41 32 710 10 90
F. +41 21 312 59 41



Pascal de Preux
Avocat associé
depreux@resolution-lp.ch



Julien Gafner
Avocat associé
gafner@resolution-lp.ch



Marc-Henri Fragnière
Avocat associé
fragniere@resolution-lp.ch



Françoise Martin Antipas
Avocate associée
martinantipas@resolution-lp.ch

¹ Prescriptions en matière de transparence (contre-projet « entreprises responsables ») et règles relatives aux seuils pour la représentation des sexes dans les sociétés cotées en bourse (art. 734f CO). Les dispositions transitoires précisent que le rapport visé aux art. 964a ss CO devra être rédigé dès l'exercice 2022 (art. 7 Dispositions transitoires de la modification du 19 juin 2020), tandis que les exigences visées par l'art. 734f CO devront être respectées dès l'année 2026 (art. 4 Dispositions transitoires de la modification du 19 juin 2020).

² RO 2020 4005.

³ Le Conseil fédéral a fixé cette date d'entrée en vigueur lors de sa séance du 2 février 2022.

⁴ Ordonnance sur les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse, RS 221.331.

⁵ Art. 732 ss nCO.

⁶ Art. 621 nCO.

⁷ Art. 622 al. 3 et 4 nCO ; et la possibilité de transformer des actions nominatives en actions au porteur est dorénavant prévue par la loi et s'applique aux sociétés cotées (ou si les actions ont été émises en titres intermédiés).

⁸ Art. 653 ss nCO.

⁹ Art. 653j ss nCO, qui prévoient encore d'autres simplifications en la matière.

¹⁰ Art. 675a nCO.

¹¹ Art. 701a ss nCO.

¹² Art. 713 al. 2 ch. 2 et 3 nCO.

¹³ Art. 710 nCO.

¹⁴ Art. 725 et 725a nCO.

¹⁵ Art. 725b nCO.

¹⁶ Communication OFRC 1/22 du 17 janvier 2022 : https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/Praxismitteilung-EHRA-1_2022-FR-1.pdf (consulté le 2 août 2022).

¹⁷ Art. 22 al. 1 let. b ORC, et non pas la date d'entrée en vigueur du nouveau droit.

¹⁸ Modification de l'ORC du 2 février 2022 ; RO 2022 114, entrée en vigueur prévue le 1^{er} janvier 2023. Comme les faits qui doivent faire l'objet d'une publication sont décrits dans la nouvelle ORC, les dispositions statutaires à terme ne pourront faire l'objet d'une réquisition d'inscription au RC seulement après le 1^{er} janvier 2023.

¹⁹ Communication OFRC 1/22, p. 2. En cas d'intégration de dispositions statutaires proprement nouvelles, une mention doit logiquement préciser qu'elles ne s'appliqueront qu'à partir du 1^{er} janvier 2023.

²⁰ Communication OFRC 1/22, p. 2. L'OFRC explique effectivement que le RC ne pourrait pas « garder en suspens » ce type de décisions de modifications statutaires conditionnelles. Aucune réquisition ne pourra dès lors être adressée avant le 1^{er} janvier 2023, sous peine de la voir retournée par le RC.

²¹ Art. 2 al. 1 et 2 Dispositions transitoires de la modification du 19 juin 2020.