

Le nouveau droit de la société anonyme

Conséquences juridiques et comptables

Séminaire Pro-Economy.vs, 15 décembre 2022

Fanny Chapuis

Directrice Audit au sein de Mazars Suisse, experte-comptable diplômée, chargée de cours à HEC Lausanne

Pierre-Alain Coquoz

Directeur Audit au sein de Mazars Suisse, expert-comptable diplômé

Me Julien Rouvinez

Associé au sein de l'étude Kellerhals Carrard (Sion), avocat, docteur en droit, chargé de cours à HEC Lausanne



Plan (thèmes choisis)

- Remarques introductives
- Modernisation de l'assemblée générale
- Renforcement du droit des actionnaires
- Assainissement et insolvabilité
- Dividende intermédiaires
- Capital-actions
- Divers (DTE, RAC, réserves, pertes)



Remarques introductives

- Lignes de force de la révision
 - Flexibilisation et modernisation du droit de la SA
 - ✓ Marge de fluctuation du capital
 - ✓ Digitalisation (notamment dans l'assemblée générale)
 - Renforcement des droits des actionnaires
 - ✓ Abaissement des seuils et assouplissement des conditions
 - Transposition de l'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb) – initiative Minder
 - Inclusion de thèmes socio-politiques (égalité des genres – focalisation sur certaines industries)
- Entrée en vigueur des dispositions principales discutées ce jour : 1^{er} janvier 2023

Modernisation de l'assemblée générale

- Le nouveau droit modernise les dispositions légales concernant la préparation et l'exécution des assemblées générales des actionnaires
- Ces règles sont considérées comme «adaptées aux besoins actuels»
- Les modifications concernent essentiellement les trois éléments suivants :
 - Site de l'assemblée générale
 - Assemblée générale virtuelle
 - Communication électronique

Modernisation de l'assemblée générale – site(s) de l'assemblée générale

- Art. 701a**⁵³⁰
6. Lieu de réunion
- a. En général
- ¹ Le conseil d'administration décide du lieu où se tient l'assemblée générale.
- ² La détermination du lieu de réunion ne doit, pour aucun actionnaire, compliquer l'exercice de ses droits liés à l'assemblée générale de manière non fondée.
- ³ L'assemblée générale peut se tenir simultanément en plusieurs lieux. En pareil cas, les interventions sont retransmises en direct par des moyens audiovisuels sur tous les sites de réunion.
- Art. 701b**⁵³¹
- b. À l'étranger
- ¹ L'assemblée générale peut se tenir à l'étranger si les statuts le prévoient et si le conseil d'administration désigne un représentant indépendant dans la convocation.
- ² Le conseil d'administration de sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse peut renoncer à désigner un représentant indépendant si l'ensemble des actionnaires y consentent.

Modernisation de l'assemblée générale – site(s) de l'assemblée générale

Assemblées générales multisites (art. 701a al. 3 nCO) :

Possibilité désormais de tenir une assemblée générale sur plusieurs sites en même temps.

Exigence : retransmission en direct par des moyens audiovisuels sur tous les sites simultanément.

Assemblée générale à l'étranger (art. 701b nCO) :

Possibilité désormais de tenir une assemblée générale à l'étranger d'une société ayant son siège en Suisse.

Exigences :

- disposition statutaire (décision importante nécessitant une décision prise à la majorité qualifiée),
- désignation d'un représentant indépendant (pour les sociétés non cotées sauf si tous les actionnaires y renoncent),
- cela ne complique pas inutilement l'exercice des droits de l'actionnaire relation avec l'AG (art. 701a nCO).

Modernisation de l'assemblée générale – assemblée virtuelle

Art. 701d⁵³³

b. Assemblée générale virtuelle

¹ L'assemblée générale peut se tenir sous forme électronique et sans lieu de réunion physique si les statuts le prévoient et que le conseil d'administration désigne dans la convocation un représentant indépendant.

² Les statuts des sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse peuvent prévoir la possibilité de renoncer à la désignation d'un représentant indépendant.

Modernisation de l'assemblée générale – assemblée virtuelle

L'assemblée générale peut se tenir virtuellement (sous forme électronique et sans lieu de réunion physique), pour autant que les conditions suivantes soient remplies :

- i. base statutaire (art. 701*d* al. 1 nCO)
- ii. le Conseil d'administration doit désigner un représentant indépendant (art. 701*d* al. 1 nCO)
 - pour les sociétés non cotées, les statuts peuvent prévoir la possibilité de renoncer à la désignation d'un représentant indépendant (art. 701*d* al. 2 nCO)
 - décision nécessitant la majorité qualifiée (art. 704 ch. 15 nCO)
- iii. exigences techniques respectées :
 - Art. 701*e* nCO : (i) identité des parties, (ii) retransmission en direct, (iii) tout participant peut faire des propositions et participer aux débats et (iv) le résultat du vote ne peut pas être falsifié.
 - si déroulement ne respecte pas la loi, l'AG doit être convoquées à nouveau, sauf si les décisions ont été prises avant que les problèmes techniques n'apparaissent.

Modernisation de l'assemblée générale – communication électronique

La communication par moyens électroniques est introduite à divers niveaux :

- art. 686 al. 2bis nCO : inscription au registre des actions par voie électronique (attention : pour sociétés cotées)
- art. 699a nCO : rapports de gestion et révision accessibles par voie électronique
- art. 700 al. 4 nCO : informations concernant les objets à l'ordre du jour détaillées peuvent être mises à disposition par voie électronique
- art. 701c nCO : le CA peut autoriser les actionnaires non présents à l'AG à exercer leurs droits par voie électronique
- art. 701 al. 3 nCO : la voie électronique permet de tenir une AG universelle
- art. 713 al. 2 et 3 nCO : le CA peut prendre ses décisions sous une forme électronique

Renforcement du droit des actionnaires – droit de demander des renseignements

Aujourd'hui :

- lors de l'assemblée, chaque actionnaire a le droit de demander des renseignements sur les affaires de la société et d'exiger des renseignements auprès de l'organe de révision concernant l'exécution et le résultat de la révision (art. 697 al. 1 CO) ;
- le renseignement est oral et fourni dans la mesure où il est indispensable à l'exercice des droits de l'actionnaire et ne compromet par le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux dignes de protection.

Renforcement du droit des actionnaires – droit de demander des renseignements

IV. Droit aux renseignements et à la consultation

1. Renseignements

Art. 697⁴⁹⁷

¹ Lors de l'assemblée générale, tout actionnaire peut demander des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société et à l'organe de révision sur l'exécution et le résultat de sa vérification.

² Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, des actionnaires représentant ensemble au moins 10 % du capital-actions ou des voix peuvent demander par écrit des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société.

³ Le conseil d'administration fournit les renseignements dans un délai de quatre mois. Les réponses du conseil d'administration sont mises à la disposition des actionnaires pour consultation au plus tard lors de l'assemblée générale suivante.

⁴ Les renseignements doivent être fournis dans la mesure où ils sont nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire et ne compromettent pas le secret des affaires ni d'autres intérêts sociaux dignes de protection. Tout refus de fournir les renseignements demandés doit être motivé par écrit.

Renforcement du droit des actionnaires – droit de demander des renseignements

Nouveau droit :

- la loi donne le droit aux actionnaires de sociétés non cotées de demander des renseignements, même en dehors des assemblées générales.
- Exigence : 10% (seul ou collectivement) du capital-actions ou des voix ;
- Demande :
 - au conseil d'administration
 - concernant les affaires de la société (art. 697 al. 2 nCO)
 - déposée par écrit
 - réponse dans les 4 mois
- Refus possible dans certains cas et à certaines conditions (renseignement pas indispensable à l'exercice de droits de l'actionnaire ou s'il entraîne la violation du secret d'affaires ou d'autres intérêts sociaux dignes de protection)

Renforcement du droit des actionnaires – droit de consultation

Aujourd'hui :

- consultation des livres et de la correspondance possible qu'avec l'accord de l'AG ou par une décision du CA (art. 697 al. 3 CO)

Renforcement du droit des actionnaires – droit de consultation

Art. 697a⁴⁹⁸

2. Consultation

¹ Les livres et les dossiers peuvent être consultés par des actionnaires représentant ensemble au moins 5 % du capital-actions ou des voix.

² Le conseil d'administration accorde le droit de consultation dans un délai de quatre mois à compter de la réception de la demande. Les actionnaires peuvent prendre des notes.

³ Le droit de consultation doit être accordé dans la mesure où il est nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire et ne compromet pas le secret des affaires ni d'autres intérêts sociaux dignes de protection. Tout refus d'accorder le droit de consultation doit être motivé par écrit.

Art. 697b⁴⁹⁹

3. Refus de la demande de renseignements ou de consultation

Si les actionnaires se sont vu refuser les renseignements ou la consultation, ou ont été empêchés d'exercer ces droits, totalement ou partiellement, ils peuvent, dans un délai de 30 jours, demander au tribunal d'ordonner à la société de fournir les renseignements ou d'accorder le droit de consultation.

Renforcement du droit des actionnaires – droit de consultation

Nouveau droit :

- si des actionnaires représentent (seul ou collectivement) 5% du capital-actions ou des voix, ils ont un droit de consultation (art. 697a al. 1 nCO)
- ce droit doit être accordé dans les 4 mois suivant la demande. Peut être refusé à certaines conditions (renseignement pas indispensable à l'exercice de droits de l'actionnaire ou s'il entraîne la violation du secret d'affaires ou d'autres intérêts sociaux dignes de protection)

Renforcement du droit des actionnaires – droit de convocation

Aujourd'hui :

- 10% du capital-actions nécessaire pour l'exercice du droit de convocation (art. 699 al. 3 CO)

Renforcement du droit des actionnaires – droit de convocation

II. Convocation
et déroulement
de l'assemblée
générale
1. Mode de con-
vocation

Art. 699⁵²⁵

¹ L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration et, au besoin, par l'organe de révision. Elle peut également être convoquée par les liquidateurs et les représentants des obligataires.

² L'assemblée générale ordinaire a lieu chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice.

³ Des actionnaires peuvent requérir la convocation de l'assemblée générale s'ils détiennent ensemble au moins une des participations suivantes:

1. dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse: 5 % du capital-actions ou des voix;
2. dans les autres sociétés: 10 % du capital-actions ou des voix.

⁴ La convocation d'une assemblée générale doit être requise par écrit. Les objets de l'ordre du jour et les propositions doivent être mentionnés dans la requête.

⁵ Si le conseil d'administration ne donne pas suite à la requête dans un délai raisonnable, mais au plus tard dans les 60 jours, les requérants peuvent demander au tribunal d'ordonner la convocation de l'assemblée générale.

Renforcement du droit des actionnaires – droit de convocation

Nouveau droit :

- 10% du capital-actions ou des voix pour les sociétés non cotées (art. 699 al. 3 ch. 2 nCO)
- 5% du capital-actions ou des voix pour les sociétés cotées (art. 699 al. 3 ch. 1 nCO)

Renforcement du droit des actionnaires – droit de proposition et d’inscription d’un objet à l’ordre du jour

Aujourd’hui :

- 10% du capital-actions ou 1 million de valeur nominale (art. 699 al. 3 CO)

Renforcement du droit des actionnaires – droit de proposition et d’inscription d’un objet à l’ordre du jour

Art. 699b⁵²⁷

3. Droit à l’inscription d’un objet à l’ordre du jour et droit de proposition

¹ Des actionnaires peuvent demander l’inscription d’un objet à l’ordre du jour s’ils détiennent ensemble au moins une des participations suivantes:

1. dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse: 0,5 % du capital-actions ou des voix;
2. dans les autres sociétés: 5 % du capital-actions ou des voix.

² Aux mêmes conditions, les actionnaires peuvent demander l’inscription dans la convocation à l’assemblée générale de propositions concernant les objets portés à l’ordre du jour.

³ Les actionnaires peuvent joindre une motivation succincte à leur demande d’inscription d’un objet à l’ordre du jour ou à leur proposition. Cette motivation doit être retranscrite dans la convocation à l’assemblée générale.

⁴ Si le conseil d’administration ne donne pas suite à la requête, les requérants peuvent demander au tribunal d’ordonner l’inscription de l’objet à l’ordre du jour ou l’inscription de la proposition dans la convocation à l’assemblée générale, avec les motivations correspondantes.

⁵ Lors de l’assemblée générale, tout actionnaire peut formuler des propositions concernant les objets portés à l’ordre du jour.

Renforcement du droit des actionnaires – droit de proposition et d’inscription d’un objet à l’ordre du jour

Nouveau droit :

- 5% du capital-actions ou des voix, pour les sociétés non cotées (art. 699b al. 1 ch. 2 CO)
- 0.5% du capital-actions ou des voix pour les sociétés cotées (art. 699b al. 1 ch. 1 CO)

Possibilité d’intégrer un bref argumentaire qui doit être joint à la convocation, dans le cadre de la demande de point à l’ordre du jour ou de proposition.

Renforcement du droit des actionnaires – examen spécial

Art. 697c⁵⁰⁰

V. Droit à l'institution d'un examen spécial

1. Avec l'accord de l'assemblée générale

1 Tout actionnaire qui a déjà exercé son droit à être renseigné ou son droit de consultation peut proposer à l'assemblée générale de faire examiner par des experts indépendants des faits déterminés si cela est nécessaire à l'exercice de ses droits.

2 Si l'assemblée générale donne suite à la proposition, la société ou tout actionnaire peut, dans un délai de 30 jours, requérir du tribunal qu'il désigne des experts pour mener à bien l'examen spécial.

Art. 697d⁵⁰¹

2. En cas de refus de l'assemblée générale

1 Si l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition, des actionnaires peuvent, dans un délai de trois mois, demander au tribunal d'ordonner un examen spécial s'ils détiennent ensemble au moins une des participations suivantes:

1. dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse: 5 % du capital-actions ou des voix;
2. dans les autres sociétés: 10 % du capital-actions ou des voix.

2 La requête demandant l'institution d'un examen spécial peut porter sur toute question qui a fait l'objet d'une demande de renseignements ou de consultation ou qui a été soulevée durant les débats de l'assemblée générale concernant la proposition d'institution d'un examen spécial, dans la mesure où la réponse est nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire.

3 Le tribunal ordonne un examen spécial lorsque les requérants rendent vraisemblable que des fondateurs ou organes ont enfreint les dispositions de la loi ou des statuts et que cette violation est de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires.

Renforcement du droit des actionnaires – examen spécial

Le contrôle spécial s'appelle désormais examen spécial

- Chaque actionnaire ayant exercé le droit au renseignement et de consultation peut demander à l'assemblée générale l'examen de faits précis par un expert indépendant
- Si l'assemblée y donne suite, la société ou tout actionnaire peut, dans un délai de 30 jours, requérir du tribunal qu'il désigne des experts pour réaliser l'examen spécial

Nota : le droit de vote proportionnel au nombre d'action ne s'applique pas pour décider d'instituer un examen spécial

- Si l'assemblée générale n'y donne pas suite, peuvent demander au tribunal d'ordonner un examen spécial :
 - Sociétés non cotées : les actionnaires qui représentent (seul ou collectivement) au moins 10% du capital-actions ou des voix (art. 697d al. 1 ch. 2 nCO)
 - Sociétés cotées : 5% (art. 697b al. 1 ch. 1 nCO)

Renforcement du droit des actionnaires – révocation de l'organe de révision

Aujourd'hui :

- L'assemblée générale peut, en tout temps, révoquer l'organe de révision avec effet immédiat (art. 730a al. 4 CO)

Renforcement du droit des actionnaires – révocation de l'organe de révision

Art. 730a

2. Durée de
fonction de l'or-
gane de révision

¹ L'organe de révision est élu pour une durée de un à trois exercices comptables. Son mandat prend fin avec l'approbation des derniers comptes annuels. Il peut être reconduit dans ses fonctions.

² En matière de contrôle ordinaire, la personne qui dirige la révision peut exercer ce mandat pendant sept ans au plus. Elle ne peut reprendre le même mandat qu'après une interruption de trois ans.

³ Lorsqu'un organe de révision démissionne, il en indique les motifs au conseil d'administration; ce dernier les communique à la prochaine assemblée générale.

⁴ L'assemblée générale ne peut révoquer l'organe de révision que pour de justes motifs.⁶¹⁶

Assainissement et insolvabilité

Ancien droit – perte en capital et surendettement

- Perte de capital, art. 725 al. 1 CO : convocation d'une assemblée extraordinaire et proposition de mesures d'assainissement
- Surendettement, art. 725 al. 2 CO : avis au juge (exception faite d'une postposition suffisante). Faillite ou ajournement de faillite (art. 725a al. 2 CO) ou sursis concordataire (art. 173a et 293 ss LP)

– VII. Perte de capital et surendettement

– 1. Avis obligatoires

– Art. 725⁵⁰⁷

¹ S'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement.

² S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification d'un réviseur agréé.⁵⁰⁸ S'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration en avise le tribunal, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif.

³ 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.⁵⁰⁹

– 2. Ouverture ou ajournement de la faillite

– Art. 725a⁵¹⁰

¹ Au vu de l'avis, le tribunal déclare la faillite. Il peut l'ajourner, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible; dans ce cas, il prend les mesures propres à la conservation de l'actif social.

² Le tribunal peut désigner un curateur et soit priver le conseil d'administration de son pouvoir de disposition soit subordonner ses décisions à l'accord du curateur. Il définit en détail les attributions de celui-ci.

³ L'ajournement de la faillite n'est publié que si la protection de tiers l'exige.

Assainissement et insolvabilité

Nouveau droit

- Notion d'insolvabilité
- Obligation de prendre des mesures
- Notion comportementale « agir avec célérité »

Art. 725

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.



Quelles sont les obligations de l'organe de révision dans le cadre de cette disposition légale ?

Assainissement et insolvabilité

Nouveau droit – perte en capital

- Al. 1 : disposition plus précise que par le passé sur le calcul
 - Obligation de prendre des mesures par le CA
- Al. 2 / 3 : soumis à un contrôle restreint ou réviseur agréé
 - Indication également que le contrôle restreint devient caduque si le CA effectue une demande de sursis concordataire
- Al. 4 : Notion comportementale « agir avec célérité »

Art. 725a

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.

Assainissement et insolvabilité

NAS-CH 290 Menace d'insolvabilité, perte de capital ou surendettement

⇒ **Mise en application au 01.01.2023 avec le nouveau droit de la SA**

Question: est-ce que l'organe de révision doit déjà appliquer, après le 1^{er} janvier 2023, la nouvelle NAS-CH 290 pour les audits des états financiers clôturés au 31 décembre 2022 (ou à une date antérieure, par ex. au 30 septembre 2022) ?

Réponse: Oui. Les obligations du conseil d'administration et de l'organe de révision selon les nouveaux articles 725 et 725a à 725c nCO s'appliquent dès l'entrée en vigueur du droit révisé de la société anonyme. La nouvelle NAS-CH 290 sera donc également appliquée à partir du 1^{er} janvier 2023 pour l'audit des états financiers dont la date de clôture est antérieure au 1^{er} janvier 2023.

Assainissement et insolvabilité

NAS-CH 290 Menace d'insolvabilité, perte de capital ou surendettement

Procédures et devoirs en cas de perte de capital

⇒ **Détermination de la perte de capital sur la base des derniers comptes annuels** (par. 11); en premier lieu par le conseil d'administration ou éventuellement (seulement) par l'organe de révision au cours de l'audit des comptes annuels.

Calcul des fonds propres protégés

- a) Le capital-actions nominal (capital-participation nominal)
- b) La réserve légale issue du capital (art. 671, al. 1, CO) et la réserve légale issue du bénéfice au sens strict (art. 672, al. 1, CO) pour un montant cumulé de 50% au maximum, ou de 20% pour les sociétés holding, du capital-actions et du capital-participation inscrits au registre du commerce
- c) le montant total des réserves légales pour les propres parts de capital du groupe (art. 659b, al. 2, CO) et pour les réévaluations des immeubles et des participations (art. 725c, al. 1, CO)

⇒ **Le calcul comparatif** = (FP protégés / 2) vs FP

Perte de capital si :

FP < 50% FP protégés

⇒ **Mesures d'assainissement et, le cas échéant, assemblée générale d'assainissement (par. 12-14) par le CA**; s'il ne le fait pas, l'organe de révision en tiendra compte de manière appropriée lors de l'établissement de son rapport. L'organe de révision n'a pas l'obligation de convoquer l'AG à titre subsidiaire.

⇒ **Vérification des derniers comptes annuels en cas de perte de capital et opting-out** (par. 15); le CA charge le réviseur agréé d'effectuer un contrôle restreint ou dépose une demande de sursis concordataire.

Assainissement et insolvabilité

NAS-CH 290 Menace d'insolvabilité, perte de capital ou surendettement

Procédures et devoirs en cas de perte de capital – Exemples société non holding

Perte de capital?

	KCHF	
Capital actions	200	
Rés. légales issues du capital	70	Calcul du capital protégé:
Rés. légales issues du bénéfice	30	- C-A à 100% 200
Réserve de réévaluation	10	- Rés. Rééval à 100% 10
Reports de pertes	-30	- Rés légales à 50% C-A 100
Perte de l'exercice	-150	-----
Total Fonds propres	130	Total 310
		½ 155
		Val réf. > FP 155 > 130
		perte en capital!
Capital protégé	310	
Valeur de référence	155	

Perte de capital?

	KCHF	
Capital actions	100	
Rés. légales issues du capital	170	Calcul du capital protégé:
Rés. légales issues du bénéfice	30	- C-A à 100% 100
Réserve de réévaluation	10	- Rés. Rééval à 100% 10
Reports de pertes	-30	- Rés légales à 50% C-A 50
Perte de l'exercice	-150	-----
Total Fonds propres	130	Total 160
		½ 80
		Val. Réf < FP 80 < 130
		Pas de perte de capital
Capital protégé	160	
Valeur de référence	80	

Assainissement et insolvabilité

Nouveau droit – surendettement

- Al. 1 : explications détaillées du type de comptes à établir et dans quelles circonstances (continuation ou cessation de l'exploitation)
 - Indication de délais (« immédiatement »)
- Al. 2 : différenciation entre les sociétés disposant d'un organe de révision et les autres
- Al. 3 :
 - Par comptes intermédiaires, il y a lieu de se référer à l'art. 960f nCO
 - Statu quo sur les conséquences du surendettement, à savoir, faillite et ajournement par le biais d'un sursis concordataire

Art. 725b

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.

Assainissement et insolvabilité

Nouveau droit – surendettement

- Al. 4 : clarifications quant aux circonstances permettant la suppression de l'obligation d'aviser le juge
 - Au plus tard 90 jours commence dès que les comptes intermédiaires vérifiés sont disponibles NAS-CH 290 A15
- Al. 6 : Notion comportementale « agir avec célérité »

Art. 725b

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.

Assainissement et insolvabilité

Nouveau droit – Nota Bene

Associations

- Concernant les associations, les dispositions de la SA s'appliqueront par analogie aux associations tenues de requérir leur inscription au RC

Fondations

- Pour les fondations, notamment l'art. 84a al.1 CC, est modifié : « en cas de menace d'insolvabilité ou de surendettement, l'organe suprême de la fondation en avise sans délai l'autorité de surveillance. »

Dividende intermédiaire

Ancien droit

- Interdits



Nouveau droit

- Autorisation des dividendes intermédiaires – en cours d'exercice (art. 675a nCO). Il existe cependant des conditions à remplir :
 - comptes intermédiaires
 - vérification par l'organe de révision (exception : la société est soumise à un opting-out ou tous les actionnaires approuvent le dividende intermédiaire et l'exécution des créances ne s'en trouve pas compromise) - devoir de diligence du CA de l'art. 717 CO
 - respect des dispositions relatives au versement de dividendes
 - décision de l'AG



Simplifications dans l'établissement des comptes intermédiaires très limitée dans ce cas (art 960f nCO).

La norme d'audit applicable au contrôle des comptes intermédiaires selon l'art. 675a nCO est la même que celle appliquée lors du contrôle des comptes annuels.

Garder à l'esprit que s'appliquent notamment les dispositions légales relatives à l'attribution aux réserves.

Capital-actions en monnaie étrangère - fondation

Ancien droit

- Le capital-actions ne peut être inférieur à CHF 100'000 (art. 621 CO)



Nouveau droit

- Le capital-actions peut être fixé en monnaie étrangère au moment de la constitution de l'entreprise (monnaie la plus importante au regard des activités de l'entreprise – monnaie fonctionnelle) pour autant que la contre-valeur soit de CHF 100'000 min. - art. 621 al. 2 nCO
- Cette monnaie doit également être utilisée pour la comptabilité commerciale et la présentation des comptes.
- Monnaies étrangères autorisées art. 45a nORC – Annexe 3 nORC
 - Livre britannique (GBP)
 - Euro (EUR)
 - Dollar américain (USD)
 - Yen japonais (JPY)
- L'acte constitutif, dressé en la forme authentique, doit préciser le taux de change appliqué, si :
 - le capital-actions est fixé dans une monnaie étrangère, ou ;
 - les apports sont effectués dans une autre monnaie que celle du capital-actions.art. 44 let. J nORC

Capital-actions en monnaie étrangère – société existante

Ancien droit

- Le capital-actions ne peut être inférieur à CHF 100'000 (art. 621 CO)



Nouveau droit

- L'assemblée générale peut décider au début de l'exercice de modifier la monnaie dans laquelle le capital-actions est fixé. - art. 621 al. 3 nCO
- Décision de l'AG à la majorité qualifiée - art. 704 al.9 nCO
- Modification statutaire (art. 626 al. 1 ch. 3 nCO) s'ensuit par le CA, par acte authentique, constatant que les conditions de l' art. 621 al. 2 nCO sont réunies et fixe le taux de change applicable
- L'application comptable de la nouvelle monnaie peut être fixée rétroactivement au début de l'exercice en cours ou prospectivement pour le début de l'exercice suivant

Capital-actions – valeur nominale

Ancien droit

- Art. 622 al. 4 CO: la valeur nominale des actions ne peut être inférieure à 1 centime.

Nouveau droit

- Les actions peuvent avoir une valeur nominale inférieure à un centime, mais doit cependant être supérieure à zéro. **Art. 622 al. 4 nCO**



- Quid des monnaies étrangères autres que celles arrêtées dans la liste du Conseil fédéral ?
- Ces monnaies peuvent uniquement servir à la libération du capital-actions.
- Le taux de change doit être mentionné dans l'acte authentique (constitutif ou de constatation), lequel doit démontrer la couverture du capital/de la valeur nominale.

Capital-actions – libération

Ancien droit

- En espèces (art. 633 CO)
- Apport en nature (art. 634 CO)
- Compensation
- Reprise de biens



Nouveau droit

- En espèces
 - Apport en nature (**art. 634 nCO**) – doit toujours répondre aux 4 conditions suivantes :
 - portable à l'actif
 - transférable
 - possibilité d'en disposer
 - possibilité de réalisation
- Statuts:
- ils doivent préciser les éléments essentiels de l'apport en nature (objet et évaluation de l'apport en nature, nom de l'apporteur et actions émises en échange, ainsi que toute autre contre-prestation de la société)
 - abrogation de la disposition statutaire possible après 10 ans
- Compensation : vaut également lorsque la créance n'est plus couverte par les actifs (**art. 634a nCO**)

Précédemment, l'utilisation d'une créance postposée n'était possible qu'à certaines conditions

- Les statuts doivent mentionner le montant de la créance à compenser, le nom du créancier et les actions qui lui reviennent.

Quid de l'anonymat ?

- La libération par compensation doit faire l'objet d'une décision de l'assemblée générale prise à la majorité qualifiée (art. 704 al. 1 nCO)

Capital-actions – marge de fluctuation

IV. Marge de
fluctuation du
capital
1. Autorisation

Art. 653^{s399}

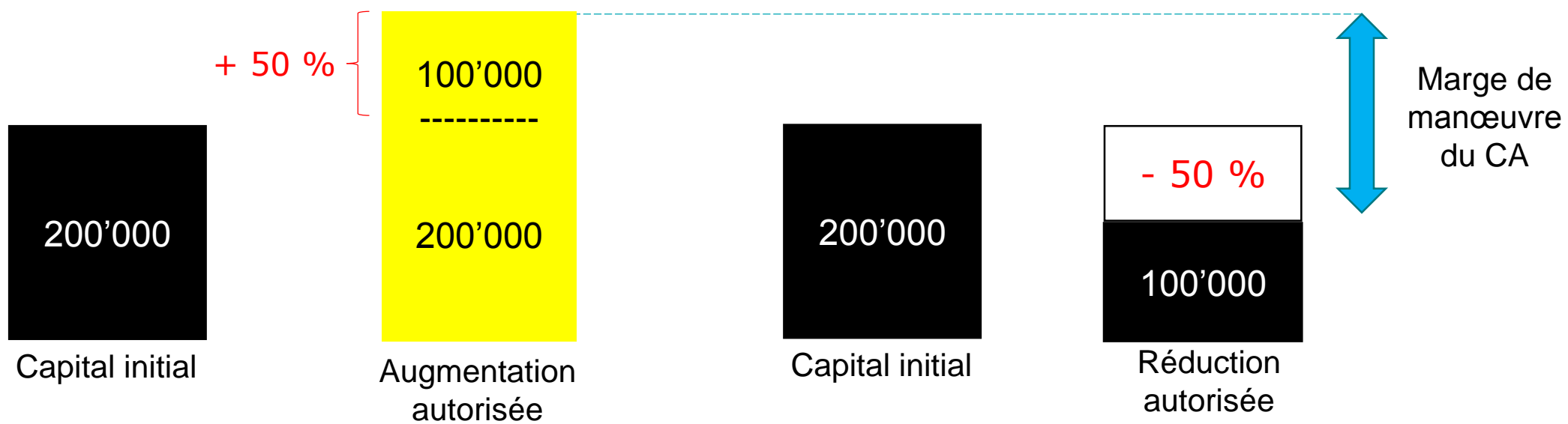
¹ Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à modifier le capital-actions dans certaines limites (marge de fluctuation) pendant une durée n'excédant pas cinq ans. Ils précisent les limites dans lesquelles le conseil d'administration peut augmenter ou réduire le capital.

² La limite supérieure de la marge de fluctuation ne peut être supérieure à une fois et demie le capital-actions inscrit au registre du commerce. La limite inférieure de la marge de fluctuation ne peut être inférieure à la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce.

³ Les statuts peuvent limiter les attributions du conseil d'administration. Ils peuvent notamment prévoir qu'il est autorisé soit uniquement à augmenter le capital soit uniquement à le réduire.

⁴ Les statuts ne peuvent autoriser le conseil d'administration à réduire le capital que si la société n'a pas renoncé au contrôle restreint de ses comptes annuels.

Capital-actions – marge de fluctuation



Capital-actions – marge de fluctuation

Ancien droit

- Augmentation ordinaire
- Augmentation conditionnelle
- Augmentation autorisée
- Réduction du capital



Nouveau droit

- L'augmentation autorisée est remplacée par la marge de fluctuation du capital (**art. 653s al. 1 nCO**) :
 - l'AG autorise (majorité qualifiée ; art. 704 al. 1 ch. 5 nCO) le CA à augmenter ou réduire le capital-actions pendant une durée n'excédant pas cinq ans depuis la date de décision de l'AG
 - la marge de fluctuation du capital remplace le capital autorisé actuel qui ne permet que des augmentations du capital-actions et ne s'applique que pendant deux ans au maximum
 - les sociétés peuvent désormais prévoir une marge de fluctuation du capital qui s'inscrit entre 0.5x à 1.5x du capital-actions inscrit au RC
 - si la base statutaire autorise le CA uniquement à augmenter le capital-actions, aucun contrôle des comptes de la société n'est nécessaire (**art. 653s al. 4 nCO a contrario**). En revanche, la société doit au moins être soumise au contrôle restreint si la base statutaire autorise le conseil d'administration à réduire le capital-actions
 - dans les limites de la loi, l'AG a carte blanche pour restreindre le CA dans son utilisation de la marge de fluctuation (**art. 653s al. 3 nCO**)
 - lorsqu'une marge de fluctuation du capital est instituée, les statuts indiquent le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions ainsi que les privilèges attachés à certaines catégories d'actions ou de bons de participation (**art. 653t al. 1 ch. 4 nCO**)
 - réduction de capital : comptes intermédiaires (**art. 653l nCO**) et attestation de vérification (**art. 653m nCO**)

Capital-actions – réduction

Ancien droit

- Augmentation ordinaire
- Augmentation conditionnelle
- Augmentation autorisée
- Réduction du capital



Nouveau droit

- La procédure de réduction du capital-actions fait désormais l'objet d'une réglementation nouvelle aux **art. 653j-o nCO** :
 - assemblée générale décide et le conseil d'administration exécute – il dispose d'un délai de 6 mois
 - la réduction s'opère par réduction de la valeur nominale ou par destruction d'actions
 - attestation de vérification de l'expert-réviseur agréé doit se fonder également sur l'issue de l'appel aux créanciers, en sus des comptes, le cas échéant intermédiaires si > 6 mois entre la date de clôture et date de la décision de l'assemblée générale (déjà le cas en pratique)
 - expert-réviseur est présent à l'assemblée générale
 - la procédure est accélérée : une seule publication aux créanciers (contre 3 actuellement) + les créanciers disposent d'un délai de 30 jours pour exiger la garantie de leurs créances (contre 2 mois actuellement dès la dernière publication).

Droit de timbre d'émission (DTE)

Ancien droit

- L'augmentation de capital est soumise au DTE.
- La créance naît en principe au moment de l'inscription au registre du commerce ou pour les droits de participation qui sont créés lors de l'augmentation au moyen d'un capital-actions conditionnel au moment de leur émission.
- Une augmentation de capital-actions ne peut pas être compensée par une réduction de capital.



Nouveau droit

- Naissance de la créance fiscale à l'échéance de la marge de fluctuation du capital - art. 7 al. 1 let. f nLT
 - report d'imposition du DTE de 5 ans au plus ;
- Les augmentations du capital-actions peuvent être compensées avec les réductions du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation du capital - art. 9 al. 3 nLT

Réserves issues d'apport en capital (RAC) – impôt sur le revenu et impôt anticipé

Ancien droit

- Les RAC sont constituées par des apports, des agios et des versements supplémentaires effectués directement par les détenteurs de droits de participation.
- Les RAC reconnues par l'AFC au moyen de la formule 170 :
 - peuvent être distribuées sans déduction de l'impôt anticipé ;
 - ne sont pas soumises à l'impôt sur le revenu pour les détenteurs des actions domiciliés en Suisse, pour autant que les titres soient détenus dans la fortune privée.



Nouveau droit

- Les RAC ne sont confirmées qu'à l'échéance de la marge de fluctuation du capital selon le principe du montant net :
 - les augmentations du capital peuvent être compensées avec les réductions du capital-actions ;
 - le remboursement en franchise d'impôt des RAC n'est possible que dans la mesure où les apports dépassent les remboursements - art. 5 al. 1 *ter* nLIA, art. 20. al. 4 nLIFD, art. 7b al. 2 nLIHD
- Dans le cadre d'une marge de fluctuation de capital :
 - les RAC ne peuvent être créées que dans la mesure où les apports et les agios effectués dépassent les remboursements des autres réserves ;
 - les RAC préexistantes peuvent être conservées et distribuées sans incidence fiscale.

Réserves

Ancien droit

C. Réserves
I. Réserves
légales
1. Réserve
générale

Art. 671³⁸⁸

¹ 5 % du bénéfice de l'exercice sont affectés à la réserve générale jusqu'à ce que celle-ci atteigne 20 % du capital-actions libéré.

² Sont aussi affectés à cette réserve, même lorsqu'elle a atteint la limite légale:

1. après paiement des frais d'émission, le produit de l'émission des actions qui dépasse la valeur nominale en tant qu'il n'est pas affecté à des amortissements ou à des buts de prévoyance;
2. le solde des versements opérés sur des actions annulées, diminué de la perte qui aurait été subie sur les actions émises en leur lieu et place;
3. 10 % des montants qui sont répartis comme part de bénéfice après le paiement d'un dividende de 5 %.

³ Tant que la réserve générale ne dépasse pas la moitié du capital-actions, elle ne peut être employée qu'à couvrir des pertes ou à pren-

Nouveau droit

Art. 672

II. Réserve
légale issue du
bénéfice

¹ 5 % du bénéfice de l'exercice sont affectés à la réserve légale issue du bénéfice. Un report de pertes éventuel est compensé avec le bénéfice de l'exercice écoulé avant l'affectation à la réserve légale.

² La réserve légale issue du bénéfice est alimentée jusqu'à ce qu'elle atteigne, avec la réserve légale issue du capital, la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce. Une société holding doit alimenter la réserve légale issue du bénéfice jusqu'à ce qu'elle atteigne, avec la réserve légale issue du capital, 20 % du capital-actions inscrit au registre du commerce.

Pertes

Ancien droit

- Les pertes sont compensées dans un certain ordre (MSA I – tenue de la comptabilité) :
 - bénéfice reporté
 - réserves facultatives issues du bénéfice
 - réserve légale issue du bénéfice
 - réserve légale issue du capital
- Au lieu de procéder à une compensation avec les réserves, les pertes restantes peuvent être reportées à nouveau intégralement ou partiellement.

Nouveau droit

Art. 672

¹ 5 % du bénéfice de l'exercice sont affectés à la réserve légale issue du bénéfice. Un report de pertes éventuel est compensé avec le bénéfice de l'exercice écoulé avant l'affectation à la réserve légale.

Art. 674

¹ Les pertes doivent être compensées avec, dans l'ordre suivant:

1. le bénéfice reporté;
2. les réserves facultatives issues du bénéfice;
3. la réserve légale issue du bénéfice;
4. la réserve légale issue du capital.

² Les pertes résiduelles peuvent être reportées partiellement ou intégralement dans les nouveaux comptes annuels au lieu d'être compensées avec la réserve légale issue du bénéfice ou avec la réserve légale issue du capital.

Questions

