

## **Code des obligations – Nouveautés droit des sociétés**

### **Entrée en vigueur 1<sup>er</sup> janvier 2023**

La fin de l'année approchant à grand pas, nous vous rappelons que le nouveau droit des sociétés entrera en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2023.

Il vise trois objectifs principaux : le renforcement de la gouvernance d'entreprise, la modernisation du régime de l'assemblée générale et l'assouplissement des règles relatives à la structure du capital.

Nous avons résumé les principales nouveautés de ce nouveau droit des sociétés ci-dessous.

<b>Thématique - aspects légaux</b>	<b>Nouveauté dans la loi</b>	<b>Article du Nouveau Code des Obligations</b>
<b>Monnaie du capital</b>	<p><u>Devises étrangères autorisées</u> :</p> <p>A la fondation, le capital peut être fixé dans une autre devise. Le Conseil fédéral émet la short-list des monnaies autorisées (GBP, EUR, USD, YEN).</p> <p>Même si le capital-actions a été fixé en CHF, il peut être libéré en devise (librement convertible, aucune short-list n'a été émise).</p> <p><u>Modification du capital en monnaie étrangère</u> :</p> <p>Si la monnaie fonctionnelle est une autre que le CHF et que la comptabilité est tenue dans cette même devise, elle peut être utilisée pour fixer le capital-actions, et ceci pour une société déjà constituée.</p> <p>Attention possible impact sur les réserves issues de capital.</p>	<i>Art. 621 al. 2 &amp; 3</i>
<b>Valeur nominale des actions</b>	<p>La valeur nominale de CHF 0.01 a disparu. Selon le nouveau droit, les actions ont une valeur nominale supérieure à zéro.</p> <p>Des valeurs par action &lt; CHF 0.01 sont imaginables.</p>	<i>Art 622 al 4</i>
<b>Flexibilisation du capital</b>	<p><u>Marge de fluctuation</u> :</p> <p>Augmentation et réduction autorisées pendant 5 ans dès la décision de l'Assemblée générale (anciennement 2 ans), jusqu'à 50% du capital.</p> <p>Forme authentique, modification des statuts ainsi qu'inscription au Registre du commerce nécessaires à chaque fluctuation. 4.</p> <p><u>Fiscalité</u> :</p> <p>Droit de timbre : imposition du montant net à l'issue des 5 ans.</p> <p>Impôt anticipé et impôt sur le revenu : attention aux impacts fiscaux concernant la réduction de capital considérée comme étant une liquidation partielle (actionnaire physique).</p> <p>Outil peu adapté pour une PME.</p>	<i>Art. 653s ss Art. 653s al. 2 à 4 Art. 653t al. 1</i>

Thématique - aspects légaux	Nouveauté dans la loi	Article du Nouveau Code des Obligations
<b>Représentation du droit de vote</b>	<p><u>Représentation individuelle</u> :</p> <p>Autorisée (possible par un tiers pas forcément un actionnaire) sauf si disposition contraire dans les statuts.</p> <p>Ce tiers peut être aussi un organe de la société. Dans ce cas, des instructions par écrit doivent avoir été données par l'actionnaire. Si aucune instruction donnée = abstention (Uniquement possible dans les sociétés non cotées).</p> <p>Sociétés cotées en bourse = tiers indépendant. Indépendance assimilable à celle de l'organe de révision dans le cadre d'un contrôle ordinaire.</p>	<p>Art. 689b al. 1 Art. 689d al. 1</p>
<b>Droit au renseignement</b>	<p>En dehors de l'Assemblée Générale :</p> <p><u>Sociétés non cotées</u> :</p> <p>10% du capital-actions ou des voix. Le Conseil d'administration a 4 mois pour donner suite.</p> <p><u>Sociétés cotées</u> :</p> <p>Aucune réglementation</p>	<p>Art 697</p>
<b>Droit de consultation</b>	<p><u>Dans chaque société</u> :</p> <p>5% du capital-actions ou des voix. Le Conseil d'administration a 4 mois pour donner suite.</p>	<p>Art. 697a</p>
<b>Droit de convocation</b>	<p><u>Sociétés non cotées</u> :</p> <p>10% du capital-actions ou des voix</p> <p><u>Sociétés cotées</u> :</p> <p>5% du capital-actions ou des voix</p>	<p>Art. 699 al. 3</p>
<b>Droit de proposition et d'inscription d'un objet à l'ordre du jour</b>	<p><u>Sociétés non cotées</u> :</p> <p>5% du capital-actions ou des voix</p> <p><u>Sociétés cotées</u> :</p> <p>0.5% du capital-actions ou des voix</p>	<p>Art. 699b al. 1 ch 1&amp;2</p>
<b>Requête relative à un examen spécial (auparavant contrôle spécial) en cas de rejet par l'AG</b>	<p><u>Sociétés non cotées</u> :</p> <p>10% du capital-actions ou des voix</p> <p><u>Sociétés cotées</u> :</p> <p>5% du capital-actions ou des voix</p>	<p>Art. 697d al. 1 ch 2 Art. 697d al. 1 ch 1</p>
<b>Requête relative à une dissolution</b>	<p><u>Dans chaque société</u> :</p> <p>10% du capital-actions ou des voix font la demande pour des justes motifs.</p>	<p>Art. 736 al. 1 ch 4</p>
<b>Détermination du (des) site(s) où l'Assemblée Générale se tiendra</b>	<p><u>Décision du Conseil d'administration</u> :</p> <p>Ne pas compliquer l'exercice des droits de l'actionnaire.</p> <p>S'il existe plusieurs sites : transmission immédiate avec support visuel et sonore.</p>	<p>Art. 701a</p>
<b>Site à l'étranger</b>	<p><u>Disposition statutaire</u> :</p> <p>Autorisé si mention dans les statuts et si le Conseil d'administration désigne un représentant indépendant dans la convocation.</p> <p><u>Représentant indépendant</u> :</p> <p>Dans les sociétés non cotées, possibilité de renoncer avec approbation de tous les actionnaires.</p>	<p>Art. 701b</p>

Thématique - aspects légaux	Nouveauté dans la loi	Article du Nouveau Code des Obligations
<p><b>Recours à des médias électroniques</b></p>	<p><u>Décision du Conseil d'administration</u> : Réglementation de l'utilisation des médias électroniques par le Conseil d'administration.</p> <p><u>Assurance (par le Conseil d'administration)</u> :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- de la présence de l'identité des participants ;</li> <li>- de la transmission immédiate des votes à l'assemblée générale ;</li> <li>- de la possibilité de soumettre des propositions et de prendre part aux discussions ;</li> <li>- de la non-falsification des résultats du vote.</li> </ul> <p>En cas de problèmes techniques qui empêchent le déroulement en bonne et due forme : répétition de l'Assemblée générale.</p>	<p><i>Art. 701c</i></p>
<p><b>Assemblée générale virtuelle</b></p>	<p><u>Disposition statutaire</u> : Autorisé si mention dans les statuts et si le Conseil d'administration désigne un représentant indépendant dans la convocation. Représentant indépendant (dans les sociétés non cotées, renonciation statutaire possible).</p> <p><u>Assurance (par le Conseil d'administration)</u> :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- de la connaissance de l'identité des participants ;</li> <li>- de la transmission immédiate des votes à l'assemblée générale ;</li> <li>- de la possibilité de soumettre des propositions et de prendre part aux discussions ;</li> <li>- de la non-falsification des résultats du vote.</li> </ul> <p>En cas de problèmes techniques qui empêchent le déroulement en bonne et due forme : répétition de l'Assemblée générale.</p>	<p><i>Art. 701d</i></p>
<p><b>Menace d'insolvabilité</b></p>	<p>Nouvelle notion introduite dans le droit des sociétés.</p> <p><u>Définition d'insolvabilité</u> : Il y a « insolvabilité » au sens de l'art. 725 CO lorsque la société ne peut plus faire face à ses engagements exigibles et qu'elle ne dispose donc ni des moyens de satisfaire aux engagements exigibles ni du crédit nécessaire pour se procurer ces moyens le cas échéant.</p> <p><u>Responsabilité du Conseil d'administration</u> :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Obligation de surveiller la solvabilité de la société ;</li> <li>• Si la société risque de devenir insolvable, le Conseil d'administration prend des mesures visant à garantir sa solvabilité ;</li> <li>• Au besoin, il prend des mesures complémentaires 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 ;</li> <li>• Le cas échéant, il dépose une demande de sursis concordataire (provisoire) ;</li> <li>• Le Conseil d'administration agit avec célérité.</li> </ul>	<p><i>Art 725</i></p>

Thématique - aspects légaux	Nouveauté dans la loi	Article du Nouveau Code des Obligations
<p><b>Perte de capital</b></p>	<p><u>Convocation AG d'assainissement</u> :</p> <p>Le Conseil d'administration n'est plus contraint de convoquer immédiatement une assemblée générale d'assainissement. Il doit prendre des mesures afin d'écartier la perte de capital. Dans la mesure où cela est nécessaire, 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.</p> <p><u>Opting-out et perte de capital</u> :</p> <p>Dans le cas d'une perte de capital, le Conseil d'administration des sociétés sans organe de révision doit confier la révision des comptes annuels à un réviseur agréé (contrôle restreint selon les droits des mandats), et avant l'approbation par l'assemblée générale desdits comptes.</p> <p><u>Perte de capital et avis concordataire</u> :</p> <p>Si le Conseil d'administration dépose une demande de sursis concordataire, l'obligation d'une révision restreinte des comptes annuels s'éteint.</p> <p><u>Calcul</u> :</p> <p>Le droit des sociétés spécifie le calcul en indiquant que lors que la moitié de la somme du capital-actions, de la réserve légale issue de capital et de la réserve légale issue de bénéfice qui ne sont pas remboursables aux actionnaires n'est plus couverte par l'actif net, il y a perte de capital. Nous vous présentons un exemple chiffré ci-après (cf. dernière page).</p>	<p>Art. 725a al. 1 à 3</p>
<p><b>Surendettement</b></p>	<p><u>Comptes intermédiaires</u> :</p> <p>Le nouveau droit des sociétés stipule qu'en cas de doute sérieux de surendettement, il faut établir des comptes intermédiaires et non un bilan intermédiaire comme par le passé. De ce fait, le jeu complet d'états financiers devra être établi, soit : bilan, compte de résultat et annexe (voir tableau de flux de trésorerie dans le cadre d'un contrôle ordinaire).</p> <p><u>Avis au juge</u> :</p> <p>L'avis au juge peut être évité non seulement en présence de postpositions suffisantes, mais aussi longtemps qu'il existe des raisons sérieuses d'admettre qu'il est possible de supprimer le surendettement en temps utile, mais au plus tard dans les 90 jours qui suivent l'établissement des comptes intermédiaires, et que l'exécution des créances ne s'en trouve pas davantage compromise.</p> <p><u>Postposition</u> :</p> <p>Au sens du nouveau droit des sociétés, la postposition est un acte juridique bilatéral conclu entre un créancier et un débiteur portant sur une créance existante. Il y est notamment convenu que la créance (montant dû <b>et intérêts</b>) sera ajournée pendant la durée du surendettement et que le créancier accepte qu'elle soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société en cas de faillite ou de liquidation concordataire.</p> <p>Dispositions transitoires : 2 ans pour remettre les postpositions en ligne avec les dispositions légales, soit pour inclure les intérêts.</p>	<p>Art. 725b al. 1 ch 2 Art. 725b al. 4 ch 2 Art. 725b, al. 4, ch. 1</p>

Thématique - aspects légaux	Nouveauté dans la loi	Article du Nouveau Code des Obligations
<b>Réévaluation d'immeubles et de participations</b>	<p>Afin de remédier à une perte ou à un surendettement, le droit de la société anonyme autorise également la réévaluation d'immeubles et de participations. La réévaluation est autorisée uniquement si l'organe de révision (ou s'il n'existe pas, un réviseur agréé) confirme par écrit que les dispositions légales sont respectées.</p> <p>Le nouveau droit de la société anonyme précise clairement que les réserves de réévaluation peuvent être dissoutes uniquement par la transformation en capital-actions ou en capital-participations ainsi que par une correction de valeur ou par une aliénation des actifs réévalués.</p>	<p>Art. 725c Art. 725c al. 2 &amp; 3</p>
<b>Dividendes intermédiaires</b>	<p><u>Dividende extraordinaire (rappel) :</u> Le dividende extraordinaire est un dividende basé sur les derniers comptes annuels révisés (ou pas si opting-out) et pour lequel une assemblée générale extraordinaire a été tenue et une certification de l'organe de révision a été faite. Aucun changement du droit des sociétés à ce sujet.</p> <p><u>Dividende intermédiaire :</u> Le dividende intermédiaire est un dividende versé sur la base des comptes intermédiaires. Nécessité d'établir des comptes intermédiaires et les soumettre à l'organe de révision. Jusqu'à maintenant, ce type de dividendes était interdit (absence de bases légales, refusé dans la pratique par les organes de révision). Possibilité de renoncer à la vérification si tous les actionnaires approuvent le dividende intermédiaire et que l'exécution des créances ne se trouve pas compromise (responsabilité du Conseil d'Administration).</p> <p><u>Opting-out :</u> Dans le cas où la société n'a pas d'organe de révision, les comptes intermédiaires sont de toute façon établis mais pas soumis à révision. Les dispositions relatives aux dividendes ordinaires s'appliquent également (art. 660, al. 1 et 3, 661, 671 à 674, 675, al. 2, 677, 678, 731 et 958e).</p>	<p>Art 675a</p>

**En guise de conclusion, voici les deux points majeurs à retenir :**

- 1) Perte de capital : dès le bouclage des comptes 2022, la société qui est en situation de perte de capital doit impérativement soumettre ses comptes annuels à révision par un réviseur agréé qui n'agit pas en tant qu'organe de révision mais en tant que mandataire et, dès lors, **ne doit pas** être inscrit au Registre du commerce. Si vous vous sentez concernés par cette situation, nous vous prions de prendre contact avec nous afin d'élucider la situation et d'éventuellement planifier le bouclage 2022 avec la possibilité de réviser les comptes 2022.

Voici le calcul de la détermination d'une éventuelle perte de capital :

**Perte de capital**

*Exemple du calcul :*

<b>Fonds propres</b>	<b>KCHF</b>	<b>Remboursable aux actionnaires ?</b>	<b>Montant pour calcul</b>
Capital-actions	100	Non remboursable	100
Réserve légale issue de bénéfice	50	Non remboursable à hauteur de 50% du capital-actions (les deux réserves ensemble)	25
Réserve légale issue de capital	50		25
Réserve pour actions propres	10	Non remboursable	10
Réserve de réévaluation	10	Non remboursable	10
Pertes reportées	-130		
Perte de l'exercice	-20		
<b>Total des fonds propres</b>	<b>70</b>		<b>Total 170</b>

Valeur de référence Art 725a al 1 **170 / 2 = 85**

**Total des fonds propres 70 < valeur de référence 85 = perte de capital**

2) Dividende intermédiaire : il existe la possibilité d'une distribution de dividende intermédiaire sur le résultat intermédiaire de l'exercice en cours (base pour le calcul = comptes intermédiaires révisés).

Nos collaborateurs se tiennent volontiers à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

BRUNNER ET ASSOCIES SA  
Société fiduciaire

Novembre 2022