

SwissBoardForum 4 | 2024

Stefanie Meier-Gubser / décembre 2024

Échos du Palais fédéral et du Tribunal fédéral

NOUVEAUTÉS JURIDIQUES ET ACTUALITÉS POUR LES CA : les nouveautés au niveau politique et législatif ont des incidences sur le travail des conseils d'administration, tout comme les développements jurisprudentiels. Une sélection d'actualités politiques et juridiques importantes pour les conseils d'administration.

Dans le but déclaré de lutter contre les faillites abusives, plusieurs mesures entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2025. Ainsi, un opting-out de l'obligation de révision restreinte ne sera possible que dans le futur, la vente de manteaux d'actions sera limitée et il sera possible de rechercher des personnes physiques dans le registre du commerce. En outre, la collaboration entre les autorités et leur obligation d'informer sont renforcées.

La loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques (LTPM) est actuellement débattue au Parlement. Elle vise, d'une part, à introduire un registre central des ayants droit économiques (avec les obligations correspondantes d'identification et de déclaration des entreprises) et, d'autre part, à étendre le champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent et à renforcer les prescriptions.

Les conseils d'administration trouveront ci-après une sélection de nouveautés et d'actualités juridiques destinée à leur faciliter la tâche.

Nouvelles prescriptions légales

Mesures renforcées contre l'usage abusif des faillites

La loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite¹ contient notamment des modifications du code des obligations, de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du code pénal et de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct. Elle entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2025.

Les nouveautés suivantes sont intéressantes pour les conseils d'administration :

1. Opting-out uniquement possible dans le futur

Les sociétés soumises à un contrôle restreint comptant au maximum dix emplois à plein temps en moyenne annuelle peuvent, avec l'accord de tous les actionnaires, renoncer à un opting-out du contrôle restreint (opting-out). Désormais, la renonciation n'est possible que pour les exercices à venir et doit être annoncée à l'autorité du registre du commerce avant le début de l'exercice.²

¹ RO 2023 628

² Art. 727a, al. 2, nCO

2. Nullité de la vente de manteaux d'actions
Si une société surendettée n'a plus d'activité commerciale et n'a plus d'actifs réalisables, le transfert d'actions est désormais explicitement nul.³ En cas de soupçons fondés, l'office du registre du commerce doit demander à la société de lui remettre ses comptes annuels actuels signés et, le cas échéant, révisés. Si la société ne donne pas suite à la demande, l'autorité du registre du commerce refusera l'inscription. Il en va de même pour la société à responsabilité limitée.⁴
3. Recherche de personnes au registre du commerce
Désormais, le registre du commerce⁵ permet de rechercher non seulement des personnes morales, mais aussi des personnes physiques inscrites. Celles-ci sont reliées aux données de la ou des sociétés correspondantes.
4. Meilleure application des interdictions d'exercer
Les interdictions d'exercer inscrites au casier judiciaire (p. ex. pour des délits de faillite) sont désormais annoncées à l'Office fédéral du registre du commerce, qui examine les incompatibilités avec les inscriptions au registre du commerce.
5. Obligation de déclaration des autorités fiscales
Les administrations fiscales cantonales sont désormais tenues de déclarer aux autorités du registre du commerce si une société ne remet pas les comptes annuels prescrits.⁶
6. Exécution de créances de droit public par le biais de la procédure de faillite
Jusqu'à présent, la poursuite par voie de faillite était exclue pour les créances de droit public telles que les impôts, les redevances et les émoluments ainsi que pour les primes LAA obligatoires. Désormais, de telles créances seront également exécutées par la poursuite par voie de faillite.⁷

Code de procédure civile

Le code de procédure civile (CPC) révisé entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2025. Des modifications ponctuelles doivent permettre d'améliorer l'applicabilité du CPC, de faciliter l'accès au tribunal et de comprendre la jurisprudence. Pour les entreprises, les deux points suivants sont particulièrement intéressants :

1. Droit de refus de collaborer des juristes d'entreprise
Désormais, une partie peut refuser de collaborer et de fournir des documents en rapport avec l'activité du service juridique interne de l'entreprise si elle est inscrite au registre du commerce, si le service juridique est dirigé par un avocat et si l'activité d'avocat en question est considérée comme spécifique à la profession.⁸ Les avocats internes à l'entreprise doivent ainsi être mis sur un pied d'égalité avec les avocats externes en ce qui concerne la collaboration et le refus de collaborer.
2. Comparution personnelle de la personne morale dans la procédure de conciliation
Dans la procédure de conciliation, les parties doivent en principe comparaître en personne. Elles peuvent se faire accompagner par un conseil juridique ou une personne de confiance. Désormais, les personnes physiques qui assurent la comparution personnelle de la personne morale sont explicitement réglementées : soit un organe inscrit au registre du commerce, soit une personne familière avec l'objet du litige

³ Art. 684a, al. 1, nCO

⁴ Art. 787a nCO

⁵ www.zefix.ch

⁶ Art. 112, al. 4, nLIFD

⁷ Les exceptions correspondantes de l'art. 43, ch. 1 et 1bis ont été supprimées

⁸ Art. 167a nCPC

disposant d'un mandat commercial et d'un mandat de conduite de procédure, qui est également habilitée à transiger.⁹

Projets de loi et interventions politiques

LTPM : registre de transparence et blanchiment d'argent

En mai 2024, le Conseil fédéral a adopté le message et le projet de loi fédérale sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droit économiques (P-LTPM) à l'attention du Parlement.¹⁰ Le Conseil fédéral vise un double objectif : créer un registre central de transparence permettant d'identifier les ayants droit économiques d'une entreprise et durcir les prescriptions en matière de lutte contre le blanchiment d'argent en étendant aux conseillers le champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA).

En tant que commission d'examen préalable, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E) a délibéré sur l'objet et l'a scindé en deux. Le projet 1 concerne le registre de transparence. Il est soutenu par la majorité de la CAJ-E et devrait être traité au Conseil des États lors de la session d'hiver 2024. Le projet 2 concerne la révision partielle de la LBA. Il sera probablement débattu par la CAJ-E au premier trimestre 2025. La CAJ-E va moins loin que le Conseil fédéral. Elle ne veut pas soumettre à la LBA l'activité de conseil, mais uniquement les risques de base.

Registre de transparence

Le registre de transparence sera tenu de manière centralisée et sous forme électronique ; il fournira des renseignements sur l'identité des ayants droit économiques d'une entreprise.¹¹ À cette fin, les entreprises doivent identifier leurs ayants droit économiques et déclarer au registre leurs nom, prénom, date de naissance, nationalité, adresse et pays de résidence, ainsi que des informations sur la nature et l'étendue du contrôle exercé.¹²

Le projet de LTPM définit qui est considéré comme l'ayant droit économique. En principe, il s'agit de toute personne physique qui contrôle une entité du fait qu'elle détient, directement ou indirectement, seule ou de concert avec un tiers, une participation d'au moins 25 % du capital ou des voix, ou qui exerce un contrôle par d'autres moyens. Si aucune personne ne correspond à ces critères, est réputé ayant droit économique de l'entité le membre le plus haut placé de son organe de direction.¹³ Les membres du conseil d'administration exerçant à titre fiduciaire, les directeurs et les actionnaires ou associés doivent également figurer dans le registre de transparence.

Le projet définit également quelles autorités et personnes ont accès (en ligne) au registre de transparence.¹⁴ La liste va des autorités policières, administratives et pénales aux adjudicateurs de marchés publics et aux unités administratives de la Confédération versant des aides financières et des indemnités, en passant par l'Office fédéral de la statistique, les offices du registre foncier, les autorités douanières, le Secrétariat d'État à l'économie et l'Office fédéral de la police.

⁹ Art. 204, al. 1, nCPC

¹⁰ Objet [24.046](#)

¹¹ Selon le projet du Conseil fédéral, les prescriptions doivent s'appliquer aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions, aux sociétés à responsabilité limitée, aux coopératives, aux sociétés d'investissement à capital variable (SICAV), aux sociétés d'investissement à capital fixe (SICAF), aux sociétés en commandite de placement collectifs, aux associations tenues de s'inscrire au registre du commerce, aux fondations, aux entités juridiques de droit étranger qui détiennent une succursale inscrite au registre du commerce, à celles dont l'administration effective se trouve en Suisse et à celles qui sont propriétaires ou s'obligent à acquérir un immeuble en Suisse (art. 2, al. 1, P-LTPM). Sont exclues les sociétés cotées et leurs filiales, les institutions de prévoyance professionnelle et les personnes morales dont 75 % au moins des droits de participation sont détenus par la collectivité publique.

¹² Art. 7, al. 1, P-LTPM

¹³ Art. 4 P-LTPM

¹⁴ Art. 33 ss P-LTPM

Loi sur le blanchiment d'argent

Si l'objet du Conseil fédéral est adopté, les conseillers seront aussi soumis à la LBA. Est considéré comme conseiller toute personne qui, à titre professionnel, offre des conseils juridiques ou comptables en relation avec l'achat/la vente de terrains, la création d'une entreprise, la gestion/l'administration d'une entreprise, la recherche de fonds, l'achat/la vente de l'entreprise. Sont également soumis à la LBA l'octroi de domicile à des sociétés, la création d'une entreprise et le fait d'agir en tant qu'actionnaire fiduciaire.

Loi fédérale sur la prolongation du délai de compensation des pertes

Pour mettre en œuvre une motion de 2021¹⁵, le Conseil fédéral a mis en consultation, du 28 juin au 19 octobre 2024, l'avant-projet de loi fédérale sur la prolongation du délai de compensation des pertes.

Aujourd'hui, les entreprises peuvent compenser leurs pertes avec des bénéfices ultérieurs pendant sept ans au plus. Ce délai de compensations des pertes doit passer à dix ans au plus. Le projet et le message du Conseil fédéral au Parlement concernant la loi fédérale sont encore en suspens. Une entrée en vigueur et donc prolongation du délai de compensation des pertes de sept à dix ans sont à prévoir au plus tôt en 2026.

Rapport ESG

En 2024, certaines entreprises ont dû rendre compte pour la première fois de questions non financières (rapport ESG) pour l'exercice 2023. Le Conseil fédéral prévoit d'ores et déjà d'étendre cette obligation. L'obligation de rapport s'applique actuellement aux sociétés d'intérêt public (sociétés ouvertes au public, entreprises soumises à l'autorité de surveillance des marchés financiers et placements collectifs de capitaux) qui atteignent au cours de deux exercices consécutifs un effectif de 500 emplois à plein temps au moins en moyenne annuelle et qui dépassent au cours de deux exercices consécutifs au moins une des valeurs de 20 millions de francs de total du bilan ou de 40 millions de francs de chiffre d'affaires.¹⁶

Désormais, l'obligation de rendre compte des questions non financières ne s'appliquera pas seulement aux sociétés ouvertes au public, mais aussi aux entreprises qui dépassent les seuils de 250 emplois à plein temps, de 25 millions de francs de total du bilan et de 50 millions de francs de chiffre d'affaires. Les informations requises sont étendues, l'approche « Comply or Explain » est abandonnée et l'organe de révision (ou un organisme d'évaluation de la conformité) doit vérifier si le rapport présente des incohérences. Environ 3500 entreprises seraient ainsi concernées, contre environ 300 aujourd'hui.

La consultation sur l'avant-projet a pris fin le 17 octobre 2024. Le Conseil fédéral adoptera ensuite le projet et le message à l'attention du Parlement.

Jurisprudence

Fin du mandat d'administrateur et de révision

Dans un arrêt publié du 3 décembre 2021, le Tribunal fédéral avait décidé qu'en cas d'assemblée générale non tenue ou d'élection du conseil d'administration non inscrite à l'ordre du jour, le mandat prend fin « *à l'expiration du sixième mois suivant la clôture de l'exercice concerné* »¹⁷ et qu'il n'y a pas de prolongation tacite.

¹⁵ Mo. 21.3001 CER-N Étendre à dix ans la possibilité de compenser des pertes

¹⁶ Art. 964a CO

¹⁷ ATF 148 III 69 Regeste

Dans son arrêt du 2 mai 2024¹⁸, le Tribunal fédéral a retenu que cette jurisprudence ne s'appliquait pas à l'organe de révision en raison de bases juridiques différentes. Le mandat de l'organe de révision n'expire pas si l'assemblée générale (ordinaire) n'a pas lieu, mais se prolonge automatiquement.

Défaut d'organisation en cas d'impasse dans l'actionnariat

Si une société ne dispose pas d'un organe prescrit (in concreto le conseil d'administration), elle se trouve en situation de défaut d'organisation et un actionnaire ou un créancier (ou l'office du registre du commerce) peut demander au tribunal de prendre les mesures nécessaires pour remédier au défaut d'organisation.¹⁹ Dans le cas d'une société anonyme à deux personnes bloquée en raison d'une impasse durable dans l'actionnariat, la vente des actions d'un actionnaire à l'autre peut constituer une mesure nécessaire.²⁰

Délai de demande de clôture selon les normes reconnues de présentation des comptes

Conformément à l'art. 962, al. 2, les actionnaires représentant au moins 20 % du capital-actions peuvent exiger des comptes annuels conformes aux normes reconnues de présentation des comptes²¹. Jusqu'à présent, la question de savoir jusqu'à quand la clôture selon une norme reconnue devait être exigée pour un exercice donné était controversée. Dans un arrêt publié du 3 janvier 2024, le Tribunal fédéral a décidé que le droit, en tout cas pour les sociétés anonymes, doit être exercé au plus tard six mois avant la date de référence du bilan de clôture (c'est-à-dire généralement jusqu'au mois de juin de l'année correspondante inclus).²²

Convocation judiciaire de l'assemblée générale

Dans les sociétés anonymes privées, les actionnaires représentant 10 % du capital-actions ou des voix peuvent requérir par écrit la convocation d'une assemblée générale en indiquant les objets de l'ordre du jour et les propositions.²³ (Dans les sociétés cotées en bourse, le seuil est de 5 %.) Si le conseil d'administration ne donne pas suite à la requête de convocation d'une assemblée générale dans un délai raisonnable (60 jours au maximum), les requérants peuvent demander au tribunal d'ordonner la convocation de l'assemblée générale.

Dans un arrêt du 9 octobre 2023, le Tribunal fédéral retient que le tribunal qui convoque l'assemblée générale n'a pas à juger si l'objet dont l'inscription à l'ordre du jour est demandée relève ou non de la compétence de l'assemblée générale. Il lui suffit de vérifier si les conditions formelles pour une convocation sont réunies. Il en va de même pour le conseil d'administration : si les conditions formelles sont remplies et si l'objet dont l'inscription à l'ordre du jour est demandée ne sort pas indubitablement de la compétence de l'assemblée générale, celle-ci doit être convoquée. En cas d'incertitude, le conseil d'administration (ou le tribunal) doit accéder à la requête de l'actionnaire et inscrire l'objet à l'ordre du jour.

¹⁸ TF 4A_387/2023, 4A_429/2023

¹⁹ Art. 731b, al. 1, CO

²⁰ TF 4A_50/2024 du 5 juin 2024

²¹ IFRS, IFRS for SMEs, Swiss GAAP RPC, US GAAP, IPSAS (cf. art. 1 al. 1, ONCR)

²² ATF 150 III 174, consid. 6.6

²³ Art. 699 CO