



Stefanie Meier-Gubser

licenciée en droit, avocate
partenaire, advokatur56 ag, Berne
membre de l'Institut fiduciaire et droit de
FIDUCIAIRE|SUISSE
CAS droit du travail Université de Zurich
www.advokatur56.ch



Cet article spécialisé est également disponible sous forme de fichier audio: rendez-vous sur www.trex.ch, écoutez-le directement ou téléchargez-le.

Conseil d'entreprise

Adaptation des statuts d'une SA

Les statuts non conformes aux dispositions du nouveau droit de la société anonyme doivent être modifiés par l'assemblée générale au plus tard en 2024. Le délai transitoire expire à la fin de cette année et, dès le 1^{er} janvier 2025, les dispositions statutaires contraires au droit n'auront automatiquement plus de validité. L'examen des dispositions statutaires requis est une bonne occasion de vérifier la conformité des statuts avec la loi de manière générale et de les adapter le cas échéant.

Diverses nouveautés du droit de la société anonyme requièrent – pour le cas où elles peuvent trouver application – une base statutaire, par exemple l'introduction d'une marge de fluctuation du capital ou tenue à l'étranger. Le présent article¹ propose un aperçu général des éventuelles adaptations requises dans les statuts d'une société anonyme privée.

La vérification des statuts quant à leur conformité légale s'accompagne en général d'un examen de leur contenu et doit répondre à la question de savoir si lesdits statuts sont toujours adaptés à la société visée. Les modifications prévues des statuts doivent être décidées dans le cadre d'une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire².

Selon la loi, la teneur minimale des statuts des sociétés anonymes privées³ consiste en des dispositions sur

- la raison sociale et le siège de la société,
- le but de la société,
- le montant du capital-actions, la monnaie dans laquelle il est fixé et le montant des apports effectués,
- le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions et
- la forme des communications de la société à ses actionnaires.

Toute décision de l'assemblée générale ou du conseil d'administration qui modifie les statuts doit faire l'objet d'un acte authentique et être inscrite au registre du commerce⁴.

doivent également être tenues dans la monnaie correspondante. Lors de la constitution de la société ou la modification de la monnaie de son capital-actions, la contre-valeur de la monnaie étrangère doit au moins correspondre au capital minimum de 100 000 francs.

Un changement de monnaie n'est possible qu'au début d'un exercice et doit être décidé par l'assemblée générale. Cette décision doit faire l'objet d'un acte authentique. Le conseil d'administration adapte les statuts en conséquence. Il constate alors le taux de change appliqué et le fait que les conditions d'un changement sont remplies. La décision du conseil d'administration doit elle aussi faire l'objet d'un acte authentique.

La réquisition d'inscription au registre du commerce d'une modification de la monnaie doit être accompagnée des pièces justificatives suivantes⁷: l'acte authentique relatif à la décision de l'assemblée générale, l'acte authentique relatif aux décisions du conseil d'administration et les statuts modifiés. L'inscription au registre du commerce mentionne la date de la modification des statuts, le montant et la monnaie du capital-actions et des apports effectués, ainsi que le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions⁸.

1. Capital et actions

1.1 Capital-actions en monnaie étrangère

Désormais, le capital-actions peut être fixé dans la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise⁵. Les mon-

naies autorisées sont, outre le franc suisse (CHF), quatre monnaies étrangères: la livre britannique (GBP), l'euro (EUR), le dollar américain (USD) et le yen japonais (JPY)⁶. Si le capital-actions est libellé dans une monnaie étrangère, la comptabilité et la présentation des comptes

Le changement de la monnaie dans laquelle le capital-actions est fixé étant considéré comme une décision importante, il requiert de la part de l'assemblée générale une décision recueillant au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité des valeurs nominales représentées⁹.

Précision: la perception et le prélèvement de l'impôt se font toujours en francs suisses. Si les comptes annuels sont établis dans une monnaie étrangère, le bénéfice net imposable doit être converti en francs. Le taux de change moyen des devises (vente) de la période fiscale est déterminant¹⁰. Le capital propre imposable doit lui aussi être converti en francs suisses. En l'espèce, c'est le taux de change des devises (vente) à la fin de la période fiscale qui est déterminant¹¹.

1.2 Marge de fluctuation du capital

L'assemblée générale peut autoriser le conseil d'administration à modifier lui-même le capital-actions à l'intérieur d'une fourchette (marge de fluctuation) pendant une durée maximale de cinq ans¹². L'assemblée générale fixe la durée de l'autorisation ainsi que les limites supérieure et inférieure de la marge de fluctuation du capital. La limite supérieure ne peut être supérieure de plus de la moitié du capital-actions inscrit et la limite inférieure ne peut être inférieure de plus de la moitié du capital-actions inscrit. Les statuts peuvent limiter les pouvoirs du conseil d'administration et prévoir notamment que le capital-actions ne peut être qu'augmenté ou réduit. Il ne peut y avoir de possibilité statutaire de réduire le capital-actions que si la société n'a pas renoncé au contrôle restreint (pas d'opting-out).

L'instauration de la marge de fluctuation du capital requiert les indications suivantes dans les statuts:

- les limites inférieure et supérieure de la marge de fluctuation;
- la date à laquelle cesse l'autorisation pour le conseil d'administration de modifier le capital-actions;
- les restrictions, charges et conditions de l'autorisation;
- le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions, ainsi que les privilèges accordés à certaines catégories d'actions ou de bons de participation;
- l'étendue et la valeur d'avantages particuliers, ainsi que les noms des bénéficiaires;
- les restrictions à la transmissibilité d'actions nominatives nouvelles;
- la limitation ou la suppression du droit de souscription préférentiel ou les justes motifs pour lesquels le conseil d'administration peut limiter ou supprimer ce droit, ainsi que le sort des droits de souscription préférentiels non exercés ou supprimés;

- les conditions d'exercice de droits de souscription préférentiels acquis par contrat;
- l'autorisation conférée au conseil d'administration d'augmenter le capital par du capital conditionnel et les indications requises à l'art. 653b CO;
- l'autorisation conférée au conseil d'administration de constituer un capital-participation.

Après chaque augmentation ou réduction du capital à l'intérieur de la marge de fluctuation de capital, le conseil d'administration doit faire les constatations nécessaires et modifier les statuts en conséquence. Ces constatations et la décision de modification des statuts doivent à chaque fois faire l'objet d'un acte authentique. L'instauration d'une marge de fluctuation du capital étant une décision importante, elle requiert de la part de l'assemblée générale une décision recueillant au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité des valeurs nominales représentées¹³.

Précision: si, pendant la durée de validité de la marge de fluctuation du capital, l'assemblée générale décide d'augmenter ou de réduire le capital-actions ou de changer de monnaie, la décision instituant une marge de fluctuation du capital devient caduque et les statuts doivent être adaptés en conséquence¹⁴.

1.3 Valeur nominale des actions

La valeur nominale des actions doit seulement être supérieure à zéro (auparavant: au moins 1 centime)¹⁵. Le nouveau droit de la société anonyme ne permet donc pas la création d'une action dépourvue de valeur nominale, telle qu'envisagée dans la révision. Pour mémoire, il convient donc de préciser que, puisque les statuts doivent mentionner le nombre, la valeur nominale et l'espèce des actions¹⁶, la modification de la valeur nominale des actions nécessite une adaptation des statuts.

2. Conseil d'administration et direction

2.1 Délégation de la gestion

Désormais, le conseil d'administration peut déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers (direction) si les statuts n'en disposent pas autrement¹⁷. Auparavant, c'était exactement l'inverse, le conseil d'administration ne pouvait déléguer la gestion que moyennant la possibilité statutaire d'une attribution de compétence. Les sociétés dans lesquelles une délégation ne doit pas être possible ou seulement de manière limitée doivent donc adapter leurs statuts en conséquence.

En cas de délégation totale ou partielle de la gestion à certains membres ou à des tiers, le conseil

d'administration doit impérativement édicter un règlement d'organisation qui régit la gestion, désigne les organes nécessaires, décrit leurs tâches et règle notamment les rapports.

3. Actionnaires et assemblée générale

3.1 Assemblée générale virtuelle

L'assemblée générale peut être organisée de manière purement virtuelle, sans lieu de réunion physique. L'assemblée générale virtuelle doit toutefois être prévue par les statuts¹⁸. Pour l'assemblée générale virtuelle, le conseil d'administration doit désigner un représentant indépendant dans la convocation. Dans les sociétés anonymes privées, les statuts peuvent prévoir de renoncer à la désignation d'un représentant indépendant.

Le renoncement statutaire à la désignation d'un représentant indépendant pour l'assemblée générale virtuelle d'une société anonyme privée étant considéré comme une décision importante, il doit recueillir au sein de l'assemblée générale au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité des valeurs nominales représentées¹⁹.

3.2 Assemblée générale à l'étranger

Un lieu de réunion à l'étranger pour l'assemblée générale n'est possible que si les statuts le prévoient²⁰. Dans la convocation à un lieu de réunion à l'étranger, le conseil d'administration doit désigner un représentant indépendant. Dans une société anonyme privée, il est possible de renoncer à un représentant indépendant, pour autant que tous (!) les actionnaires soient d'accord.

La décision statutaire de tenir une assemblée générale à l'étranger étant considérée comme une décision importante, elle doit, au sein de l'assemblée générale, recueillir au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité des valeurs nominales représentées²¹.

3.3 Voix prépondérante du président

Le nouveau droit de la société anonyme répond par l'affirmative à la question, jusqu'ici controversée, de savoir si le président de l'assemblée générale peut ou non disposer d'une voix prépondérante en cas d'égalité des voix. La voix prépondérante du président nécessite toutefois une disposition statutaire dans ce sens²².

L'introduction de la voix prépondérante du président de l'assemblée générale étant considérée comme une décision importante, elle doit, au sein de l'assemblée générale, recueillir au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité des valeurs nominales représentées²³.

4. Tribunal arbitral

Les statuts peuvent désormais prévoir que les différends relevant du droit des sociétés soient tranchés par un tribunal arbitral sis en Suisse (clause d'arbitrage)²⁴. Sauf disposition contraire des statuts, la société, ses organes, les membres des organes et les actionnaires sont liés par une telle clause d'arbitrage. La procédure s'aligne sur le Code de procédure civile suisse, les statuts pouvant en régler les détails et notamment établir un règlement d'arbitrage.

L'instauration d'une clause d'arbitrage statutaire étant considérée comme une décision importante, elle doit, au sein de l'assemblée générale,

→ Conseils pratiques

Acte authentique

La modification de statuts doit impérativement faire l'objet d'un acte authentique (art. 647 CO), qu'elle soit décidée par l'assemblée générale (ce qui est la règle) ou exceptionnellement (quand la loi le prévoit explicitement) par le conseil d'administration.²⁹ L'acte authentique est une condition de validité de la décision. À défaut d'acte authentique, la modification des statuts n'est pas considérée comme effectuée. La forme authentique s'applique désormais aussi à la modification des statuts d'une société coopérative (art. 838a CO).

Quorums requis

Les modifications simples des statuts sont adoptées de par la loi à la majorité des voix attribuées aux actions représentées (art. 703 al. 1 CO). Les statuts peuvent faciliter ou rendre plus difficile ce quorum.

Pour les décisions importantes, la loi exige l'approbation d'au moins deux tiers des voix attribuées aux actions représentées plus la majorité des valeurs nominales représentées (art. 704 al. 1 CO). Le quorum qualifié s'applique aux modifications du but de la société, à la réunion d'actions, aux augmentations de capital par des fonds propres, contre apport en nature, par compensation de créances, à l'octroi d'avantages particuliers, à la limitation ou suppression du droit de souscription, à l'introduction d'un capital conditionnel, à l'institution d'une marge de fluctuation ou à la création d'un capital de réserve, à la conversion de bons de participation en actions, à la restriction de la transmissibilité des actions nominatives, à l'introduction d'actions à droit de vote privilégié, au changement de monnaie du capital-actions, à

recueillir au moins les deux tiers des voix représentées et la majorité des valeurs nominales des actions représentées²⁵.

5. Délai transitoire pour les dispositions contraires à la nouvelle loi

Les sociétés ont encore temps jusqu'au 31 décembre 2024 pour adapter leurs statuts et règlements qui ne sont pas (ou plus) conformes au nouveau droit. Après cette date, les dispositions qui ne sont pas compatibles avec le nouveau droit des sociétés anonymes perdront auto-

l'introduction de la voix prépondérante du président de l'assemblée générale, à la disposition statutaire relative à la tenue de l'assemblée générale à l'étranger, à la décotation des titres de participation, au transfert du siège de la société, à l'introduction d'une clause d'arbitrage statutaire, à la renonciation à la désignation d'un représentant indépendant pour la tenue d'une assemblée générale virtuelle dans les sociétés anonymes privées et à la dissolution de la société.

Les statuts peuvent rendre le quorum qualifié encore plus difficile (par exemple, prévoir une majorité des trois quarts), mais pas l'abaisser.

Registre du commerce

Les statuts doivent être déposés à l'office du registre du commerce avec l'acte en la forme authentique (art. 43 al. 1 let. a et b ORC).

Le registre du commerce est public, la publicité s'applique aux inscriptions, aux réquisitions et aux pièces justificatives. Les inscriptions, les statuts et les actes de fondation peuvent être consultés en ligne gratuitement. Les autres pièces justificatives et les réquisitions peuvent être consultées auprès de l'office du registre du commerce compétent, qui peut également permettre leur consultation en ligne, sur demande (art. 936 CO).

Il faut penser à la publicité du registre du commerce aussi bien lors de la rédaction des statuts que lors de la présentation des pièces justificatives (p. ex. procès-verbaux). Les éléments qui, à juste titre, ne doivent pas être rendus publics ne devraient donc pas être réglés dans les statuts et, en ce qui concerne les procès-verbaux, seul l'extrait nécessaire pour le registre du commerce devrait être remis.

matiquement leur validité²⁶. Il en va de même des règlements²⁷ qui ne sont plus conformes à la législation et des contrats²⁸ qui relèvent de l'ancien droit. ■

¹ Cet article est une version actualisée et complétée de celui de l'autrice, intitulé «Neues Aktienrecht: Statutarischer Anpassungsbedarf», SwissBoardForum 3|2022.

² Art. 698 al. 2 ch. 1 CO.

³ Art. 626 al. 1 CO.

⁴ Art. 647 CO.

⁵ Art. 621 CO.

⁶ Annexe 3 ORC.

⁷ Art. 45b al. 1 ORC.

⁸ Art. 45b al. 2 ORC.

⁹ Art. 704 al. 1 ch. 9 CO.

¹⁰ Art. 80 al. 1^{bis} LIFD et art. 31 al. 3^{bis} LHID.

¹¹ Art. 31 al. 5 LHID.

¹² Art. 653ss CO.

¹³ Art. 704 al. 1 ch. 5 CO.

¹⁴ Art. 653v al. 2 CO.

¹⁵ Art. 622 al. 4 CO.

¹⁶ Art. 626 al. 1 ch. 4 CO.

¹⁷ Art. 716b al. 1 CO.

¹⁸ Art. 701d CO.

¹⁹ Art. 704 al. 1 ch. 15 CO.

²⁰ Art. 701b CO.

²¹ Art. 704 al. 1 ch. 11 CO.

²² Art. 703 al. 2 CO.

²³ Art. 704 al. 1 ch. 10 CO.

²⁴ Art. 697n CO.

²⁵ Art. 704 al. 1 ch. 14 CO.

²⁶ Art. 2 disp. trans.

²⁷ Art. 2 disp. trans.

²⁸ Art. 6 disp. trans.

²⁹ La plupart des registres du commerce mettent à disposition en ligne des modèles de statuts.