

Nouveau droit de la SA dernière ligne droite

Nicolas Cottier
Avocat - associé
CDC Avocats – St-Prex

Lausanne 17 janvier 2018

CDC AVOCATS
CONSEILS EN DROIT COMMERCIAL

Rappel des projets législatifs



Fin des disonances – réserve de réévaluation et réserve pour actions propres...

Droit actuel	Projet
Réserve de réévaluation (670 et 671b CO)	670 et 671b CO sont repris dans 725c P-CO: • Possibilité de réévaluer les immeubles ou les participations au maximum jusqu'à leur valeur réelle • Montant de la réévaluation à faire figurer séparément dans la réserve légale issue du bénéfice • Attestation de l'organe de révision ou d'un réviseur agréé (si opting out) que les conditions légales (p.ex. perte de capital) sont remplies • Dissolution de la réserve uniquement par transformation en capital-actions <u>ou participation</u>, correction de valeur ou aliénation des actifs réévalués
Réserve pour actions propres (671a CO)	671a CO est abrogé 659a al.4 P-CO confirme le NDC: « Dans le bilan, la société fait figurer un montant correspondant à la valeur d'acquisition des propres actions en diminution des capitaux propres » (cf. art. 959a, al.2 ch.3, let. e CO)

Projet

659ss ont été réécrits pour l'essentiel sans apporter de modification matérielle sauf:

- Plafond des 20% applicable aux actions en dissolution de la SA
- Le Message précise que la société peut acquérir ses propres actions lors d'une augmentation (≠ conversion de fonds propres)
- l'article 659a al.2 P-CO s'applique aussi aux actions détenues par des tiers dans le cadre d'un prêt de titres par la société ou d'un acte juridique économiquement comparable (portage, p.ex.). Selon le Message, les raisons de l'opération sont sans importance
- Renvoi explicite à la participation sans droit de 691 CO (659a al.3 P-CO)

Actions propres au sein du groupe:

- 659b P-CO reprend l'actuel 659b CO (acquisition d'actions propres par les filiales) -> il faut constituer une «réserve légale issue du bénéfice séparée»
- L'article 963 CO s'applique pour définir le contrôle (avant: «participation majoritaire»)
- Le Message indique que le «système actuel est maintenu» et renvoie au MSA

Projet – Réserves – alignement sur le NDC et modifications

Réserve légale issue du capital

671P-CO adaptation au nouveau droit comptable (fin du terme réserve générale)

671/1 ch.2 P-CO les apports et versements supplémentaires des actionnaires/participants sont spécifiquement indiqués comme étant affectés à la réserve légale issue du capital (cf. art. 20 al.3 LIFD)

671/2 P-CO suppression de l'indication des mesures permettant l'emploi de la réserve légale issue du capital (cf. 671/3 CO)

671/4 P-CO les réserves particulières (issues du bénéfice) de réévaluation et d'actions propres dans le groupe ne sont toujours pas prises en compte dans le calcul du seuil des 50%

Remboursement de la réserve légale issue du capital (671/2 PC CO):

«la réserve légale issue du capital peut être remboursée aux actionnaires si les réserves légales issues du capital et du bénéfice [réd: l'ancienne réserve générale] dépassent la moitié du capital-actions [réd: + du capital participation] inscrit au registre du commerce»



Postes dans le droit actuel	Postes dans le projet
Réserve générale (671 CO) • Agio • 5% du bénéfice de l'exercice -> 20% du CA <u>libéré</u> • 10% du «super dividende» Seuil de blocage: 50% CA Réserves particulières Réserve de réévaluation (670 CO) Réserve pour actions propres (659b CO et 671a CO)	Réserve légale issue du capital (671 P-CO) • Agio • apports et versements supplémentaires des actionnaires/participants Réserve légale issue du bénéfice (672 P-CO) • 5% du bénéfice de l'exercice (959b al.2, ch.11 et al.3 ch. 8 CO) après élimination du report de perte éventuel et -> 50% du CA <u>émis</u> (20% pour les holdings) • plus de deuxième affectation Seuil de blocage du total RLIC + RLIB: 50% CA + CP (656b/3 ch.1 P-CO) émis (20% pour les holdings) Réserves particulières Réserve de réévaluation (725c P-CO) Réserve pour actions propres <u>au sein du groupe</u> (659b P-CO)

Postes dans le droit actuel	Postes dans le projet
Réserves facultatives statutaires (673 CO) et «de l'AG» (674 CO): «...en particulier pour créer et soutenir des IP» (673 et 674/3 CO) «...nécessaires à des fins de remplacement» (674 CO) «...pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise ou la distribution d'un dividende aussi constant que possible, compte tenu de l'intérêt de tous les actionnaires.» (674 CO)	Réserves facultatives issues du bénéfice (673 P-CO): «...assurer durablement la prospérité de l'entreprise, compte tenu des intérêts de tous les actionnaires.» <u>Message:</u> «la société ne peut pas constituer des réserves à un but étranger à l'activité de l'entreprise, ou pour «affamer» les personnes détenant des participations minoritaires, ni non plus pour maintenir abusivement les cours de l'action à un bas niveau au moyen de faibles distributions de dividendes.» Disparition des <u>réserves à des fins de remplacement</u> mais corrections de valeur et amortissements sont bien sûr possibles selon 960a al. 4 et 960e al. 4 CO.

Projet – compensation des pertes (674 P-CO)

- «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.»

Objectif selon le Message: ne pas présenter à la fois une perte annuelle et un report de bénéfice ceci pour respecter le principe de clarté et d'intelligibilité (674 P-CO)

La notion de «perte au bilan» de l'AP n'a plus lieu d'être: les pertes annuelles de l'exercice étant soit compensées (al.1), soit reportées (al.2).

L'article 677a P-CO précise que tout report de perte doit être supprimé pour procéder à un remboursement des réserves légales (RLIB ou RLIC) ainsi que pour une réduction du capital (677a P-CO)

Projet – dividendes intermédiaires (675a P-CO)

«1. L'assemblée générale peut décider de verser un dividende intermédiaire dans la mesure:

- 1. où les statuts le prévoient, et*
- 2. où des comptes intermédiaires ont été établis.*

2. Les comptes intermédiaires [réf: art. 960f P-CO] doivent être vérifiés par l'organe de révision avant que l'assemblée générale ne statue.

3. Les dispositions relatives aux dividendes s'appliquent également (art. 660, al.1 et 3, 661, 671 à 674, 675, al.2, 677, 678, 731 et 958e).»

Le Message rappelle le devoir de diligence du CA quant au maintien d'une capitalisation et de liquidités suffisantes (art. 717 CO et 725 P-CO). Blocage possible entre l'AG et le CA en cas de divergences de vue, car le CA engage sa responsabilité.

Projet – Restitution de prestations (678 P-CO)

Le projet étend et renforce l'actuel article 678 CO:

- Personnes concernées supplémentaires: les personnes qui s'occupent de la gestion (aussi les organes de fait) et les membres du conseil consultatif
- Types de versement supplémentaires (alinéa 1):
 - les rémunérations (notamment celles concernées par Minder – 735a et 735c s. P-CO)
 - les réserves légales issues du capital
 - les réserves légales issues du bénéfice
 - les autres «*remboursements*»
- Critères de responsabilité (alinéa 1): montants perçus indûment. La mauvaise foi n'est plus exigée.
- Disproportion entre prestation et contre-prestation (alinéa 2): abandon de la notion de «situation économique de la société»
- Légitimité active: la société ou l'actionnaire (= droit actuel) ainsi que le créancier en cas de situation intragroupe (nouveau)

Projet – Etablissement et présentation des comptes (957ss CO)

959a al.2 ch.3 «capitaux propres» lettre f: bénéfice reporté ou perte reportée [réd: non compensée selon 674 P-CO] en diminution des capitaux propres;
lettre g: bénéfice de l'exercice ou perte de l'exercice en diminution des capitaux propres

959c «annexe» l'annexe donnera des indications sur le nombre d'actions propres, les raisons du départ de l'organe de révision et les cas d'usage de la marge de fluctuation

960f P-CO règle sur l'établissement des comptes intermédiaires (exemples cités: la réduction du CA ou fusion six mois après la date de clôture ou dividendes intermédiaires mais pas 725b P-CO);

selon l'alinéa 2, possibilité de simplifications si elles n'altèrent pas la représentation de la marche des affaires et du moment que l'annexe indique les simplifications et tout facteur d'influence des comptes intermédiaires (ex: saisonnalité)

961d P-CO l'établissement d'états financiers selon une norme comptable reconnue permettra de renoncer à 961ss CO (présentation des comptes des grandes entreprises)

Projet - abrogations

663bbis CO (indications dans le rapport de gestion de sociétés cotées) -> art. 734ss P-CO/art. 13ss ORAB (rapport de rémunération)

et

663c CO (indication dans l'annexe au bilan des sociétés cotées des participations des actionnaires importants) -> art. 734d P-CO (rapport de rémunération) et art. 120 LIMF

Projet – 725 à 725c P-CO et LP

But: mise en place des systèmes d'alerte précoce «dans le but de rendre le CA plus attentif aux liquidités et à la couverture du capital».

Menace d'insolvabilité dans les 6 mois (725 P-CO). Critère nouveau nécessitant un plan de trésorerie sur 12 mois (cf indications du P-CO sur le contenu du plan) puis une demande de sursis concordataire «si nécessaire» par le CA qui doit agir «avec célérité» (725 P-CO)

Perte de capital (725a P-CO): $\frac{2}{3}$ et plus $\frac{1}{2}$ du capital + RLIC + RLIB -> évaluation de la situation économique et mesures pour mettre un terme à la perte de capital + contrôle restreint des comptes annuels si opting out. Par contre plus de référence à une AGE

Surendettement (725b P-CO): seul critère pour l'avis au juge du réviseur.

Renonciation à l'avis:

- Les postpositions restent possibles et les créances postposées ne sont plus prises en compte dans le calcul du dommage (757 al.4 P-CO). Enfin!
- Délai de 90 jours après l'établissement des bilans intermédiaires si le surendettement n'augmente pas sensiblement
- Principe de célérité (CA, OR ou réviseur agréé)

Ajournement de faillite: 725a CO -> 173a al.2 P-LP

Associations (si inscription RC obligatoire) et fondations: renvoi à 725ss P-CO

Le respect de ses devoirs par le CA sera mesuré selon sa «capacité d'utiliser à temps tous les instruments» à disposition.

Projet – Quelques bonnes nouvelles pour le réviseur

Le P-CO renonce à l'examen de la plausibilité du plan de trésorerie par le réviseur.

L'organe de révision ne peut être révoqué que pour de justes motifs (730a al.4 P-CO).

Le P-CO se départit du système de responsabilité solidaire différenciée en ce qui concerne le réviseur et prévoit à l'art. 759/2 P-CO:

«Les personnes soumises à une responsabilité dans la révision qui n'ont causé que par négligence (réd.) un dommage avec d'autres personnes en répondent à concurrence du montant au versement duquel elles seraient tenues à la suite d'un recours.»

Fin du système «deep pocket» et du «report de la responsabilité des organes de direction sur l'organe de révision» (Message).

Mais comment prouver les résultats d'un recours si les administrateurs et directeurs ne sont pas appelés dans le procès?

Projet – Monnaie étrangère et valeur nominale

Monnaie étrangère:

621 (SA), 773 (Sàrl) P-CO possibilité dans les statuts de fixer le capital en monnaie étrangère si:

- Monnaie la plus importante selon les activités de l'entreprise
- Contre-valeur de 100'000.- au moment de la signature de l'acte constitutif (629/3 P-CO: les fondateurs doivent indiquer le taux de change utilisé)
- Même monnaie pour la comptabilité commerciale et la présentation des comptes

621/3 P-CO l'AG peut changer la monnaie étrangère à la majorité qualifiée et le CA doit effectuer les conversions nécessaires

958b/3 P-CO la valeur de 100'000 francs est déterminée selon le cours moyen de l'exercice.

Valeur nominale

622/4 P-CO valeur nominale de l'action inférieure à un centime

Projet – Libération du capital et reprise de biens

634 P-CO reprend les 4 critères de la pratique: un apport en nature doit être (1) activable (donc évaluable), (2) transférable, (3) disponible et (4) réalisable (donc convertible en liquidités).

Une éventuelle contre-prestation supplémentaire («apport hybride») devra être inscrite dans les statuts et au RC.

634a P-CO augmentation de capital par compensation de créance possible même en cas de surendettement MAIS publication nécessaire dans les statuts sous peine de nullité

Abrogation de 628 CO la reprise de biens et la reprise de biens envisagée ne sont plus des cas de fondation ou augmentation qualifiée car selon le Message 678, 680, 717 et 754 CO ainsi que le NDC et d'autres dispositions (art. 725, CP et LP) offrent suffisamment de protection.

Projet – Marge de fluctuation du capital et dispositions sur l'augmentation ou la réduction du capital

650ss P-CO complètent les dispositions sur l'augmentation et la réduction de capital-actions tout en introduisant la possibilité pour le CA de réduire ou d'augmenter le capital-actions dans une marge fixée par l'AG. Dans ce cas, pas d'opting out possible.

653w P-CO fait supporter par le CA la responsabilité d'une réduction de capital dans la marge laissée par l'AG. L'appel aux créanciers et l'attestation du réviseur sont donc mis en œuvre de manière anticipée «seulement».

652b P-CO restreint la possibilité de diluer les actionnaires lors d'une augmentation de capital en fixant un prix d'émission trop bas. L'article 706 CO est alors ouvert. Quelle est toutefois la «valeur réelle» des actions?

Projet – Suppression de la forme authentique dans les cas «simples»

Le P-CO renonce à l'usage de la forme authentique pour la constitution, la dissolution, et la liquidation de sociétés de capitaux (SA ou Sàrl) dans les cas suivants:

- capital social fixé en francs
- apports libérés en francs
- statuts limités au minimum imposé par la loi (626 CO)

Sous réserve des cas de réduction de capital, les statuts peuvent également être modifiés sans forme authentique si les 3 conditions restent toujours valables après modification.

Ainsi, des augmentations de capital pourraient se faire sans forme authentique (apports en espèce, anciens cas de reprise de biens ou reprise de biens envisagée).

La simple existence d'actions nominatives liées empêche toutefois d'être dispensé de la forme authentique.

Projet – Renforcement des droits des actionnaires (sociétés non cotées)

Suivant la tendance du moment, le P-CO cherche à renforcer les droits des actionnaires, notamment:

- en donnant le droit aux actionnaires représentant 5% du CA ou des voix de demander par écrit au Conseil des renseignements sur les affaires de la société ou de consulter les livres (697 et 697a P-CO)
- en baissant le seuil de 10 à 5% pour l'inscription d'un objet à l'ordre du jour ou de faire des propositions sur les objets inscrits (699 P-CO)
- en introduisant un seuil à 10% des voix pour demander au juge un examen spécial (697d P-CO)
- A certaines conditions, par l'introduction des moyens électroniques pour le vote des actionnaires (CA) ou pour la tenue de l'AG (clause statutaire nécessaire),

Projet – Minder et représentation au conseil d'administration

Le P-CO traite de volets plus politiques qui ont été bien entendu traités en priorité par la CAJ CN:

- Reprise pour les sociétés cotées de l'Ordonnance sur les Rémunérations abusives avec quelques précisions sur les primes d'embauche, les clauses de non concurrence et les indemnités interdites, notamment en complétant le droit de la Société anonyme (chapitre IV – 732ss P-CO) mais aussi le Code pénal
- Toujours pour les sociétés cotées en bourse, le P-CO prévoit à l'article 734f P-CO que si la représentation de chaque sexe n'atteint pas au-moins 30% au sein du CA et 20% au sein de la direction, la société concernée doit indiquer dans le rapport de rémunération pourquoi c'est le cas et quelles mesures sont envisagées ou ont été prises pour y remédier. La CAJ-CN veut limiter ce dispositif à 10 ans.
- Enfin, le projet propose des règles de transparence dans les grandes sociétés exportatrices de matières premières avec l'obligation de communiquer sur les paiements effectués au profit des gouvernements.

Discussion

Merci de votre attention

Nicolas Cottier
Avocat - associé
CDC Avocats
Chemin de Beaufort 12
CP 38
1162 Saint-Prex

T: 021 806 34 61
P: 078 807 35 36
ncottier@cdcavocats.ch

CDC AVOCATS
CONSEILS EN DROIT COMMERCIAL