



FAQ sur la révision du droit des sociétés (non cotées) : regard pragmatique et implémentation

16 janvier 2023

Table des matières

En résumé : Entrée en force, Action requise, Possibilités	3
Documents sociaux (statuts, règlements d'organisation, etc.)	4
Capital social et versements	5
Assemblée générale	7
Obligations du conseil d'administration	10

En résumé : Entrée en force, Action requise, Possibilités

1. Quelles bases légales ont subi des modifications suite à la révision du droit des sociétés au 1er janvier 2023 ?

La révision du droit des sociétés affecte principalement le Code des Obligations (CO) : les changements concernent les dispositions sur la société anonyme, la société à responsabilité limitée, et la coopérative. La révision affecte, toutefois, de nombreuses autres lois et ordonnances :

- Le Code Civil (CC) : divers changements concernant l'association et la fondation.
- La Loi sur la fusion (LFus) : les modifications concernent principalement les possibilités de fusion dans les cas de perte de capital ou de surendettement, ainsi que de garantie de créances en cas de scission.
- Le Code de Procédure Civile (CPC) : les changements concernent les dispositions relatives à l'examen spécial et aux matières sujettes à la procédure sommaire.
- La Loi fédérale sur les Poursuites et faillites (LP) : les modifications concernent principalement la suspension et le sursis de la faillite.
- Le Code Pénal (CP) : les changements concernent la punissabilité des membres du conseil d'administration et des directeurs de sociétés cotées en bourse, ainsi que les conséquences de la violation de dispositions sur les rapports en matière de paiements aux agences gouvernementales, de sujets non-financiers, de minerais et métaux provenant de zones de conflits, et de travail d'enfants.
- La réglementation fiscale, les changements ont trait à la marge de fluctuation (*voir question 14*) et aux transactions en devises étrangères.
- Diverses lois : la révision du droit des sociétés a aussi entraîné des modifications à la Loi fédérale sur la Prévoyance Professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), la Loi sur les Placements Collectifs de Capitaux (LPCC), la Loi sur les Banques (LB) et la Loi sur la Surveillance des Assurances (LSA).
- Ordonnances : des modifications ont aussi été apportées à diverses ordonnances, en particulier à l'Ordonnance sur le Registre du Commerce (ORC).

2. A partir de quand les changements apportés par la révision deviennent-ils applicables ?

La révision du droit des sociétés est entrée en force le 1er janvier 2023. Par conséquent, les dispositions du CO sont applicables depuis le 1er janvier 2023 aux sociétés existantes. Des périodes de transition spéciales sont applicables pour les modifications à apporter aux statuts et autres documents sociaux (*voir question 6*), ainsi que pour les capitaux-actions autorisés et conditionnels préexistants (*voir questions 11 et 13*).

3. Quelles actions doivent être immédiatement entreprises ?

A l'exception du respect des dispositions, nouvelles ou modifiées, de la révision dès le 1er janvier 2023 (*voir question 1*), il n'y a pas d'action urgente à entreprendre. Les statuts et règlements qui existaient déjà vont continuer à s'appliquer pour 2 ans. Il y a donc suffisamment de temps pour adapter les documents sociaux à la nouvelle législation (*voir question 2, 6 et 9*).

4. Que faut-il garder à l'esprit par rapport à la prochaine assemblée générale ?

Pendant les deux années précédentes, sous l'Ordonnance COVID-19, les assemblées générales pouvaient être tenues par des moyens écrits ou électroniques sans qu'il soit nécessaire de disposer d'un lieu de réunion physique. La révision du droit des sociétés a remplacé l'Ordonnance COVID-19 :

- Si la prochaine assemblée générale annuelle en 2023 doit être tenue comme un événement virtuel sans lieu de réunion physique, les statuts doivent au préalable être modifiés en conséquence (*voir question 24*).
- L'assemblée générale peut prendre des décisions écrites, soit sur papier, soit sous forme électronique (*voir questions 21 et 22*).

Il est conseillé de proposer l'adaptation des statuts à la révision du droit des sociétés à la prochaine assemblée générale annuelle (*voir question 6*) et, si vous le souhaitez, d'utiliser les nouvelles possibilités de structuration du capital social (*voir questions 10 et 14*).

5. Quelles sont les nouvelles possibilités organisationnelles sous le nouveau droit ?

Entre autres, la révision du droit des sociétés a introduit des réglementations plus souples et de nouvelles options de structuration :

- Capital social dans une devise étrangère (*voir question 10*) ;
- Valeur nominale minimale des actions : celle-ci doit désormais correspondre à un montant supérieur à zéro ;
- Pas de seconde attribution en cas de distribution de dividendes (*voir question 16*) ;
- Admissibilité des dividendes intermédiaires (*voir question 15*) ;
- Augmentations et réductions flexibles du capital social dans le cadre de la marge de fluctuation (*voir question 14*) ;
- L'assemblée générale peut adopter des décisions par écrit ou par voie électronique (*voir questions 21 et 22*) ; et
- Des assemblées générales hybrides qui peuvent être virtuelles et/ou se tenir à l'étranger (*voir questions 19, 22 - 26*).

Documents sociaux (statuts, règlements d'organisation, etc...)

6. Est-ce que les statuts et les règlements d'organisation doivent être adaptés pour être conforme à la révision du droit des sociétés ?

Les statuts et règlements doivent être adaptés au nouveau droit dans un délai de deux ans. Si ces documents ne sont pas adaptés, les dispositions incompatibles avec la révision cesseront de produire leurs effets à partir du 1er janvier 2025. Pour des raisons de sécurité juridique et de sécurité des transactions, mais aussi afin de bénéficier de diverses modernisations et simplifications juridiques (*voir question 5*), nous recommandons d'adapter les statuts, le règlement d'organisation et les autres documents sociaux dans les meilleurs délais (*voir question 9*). L'adaptation est nécessaire pour les raisons suivantes :

- Les statuts existants ne contiennent pas le nouveau contenu obligatoire pour les statuts, ou dans tous les cas, pas dans son intégralité.
- Les statuts préexistants et le règlement d'organisation préexistant contiennent des institutions juridiques ou prévoient des options de structuration qui ne sont plus autorisées par le nouveau droit.
- Les statuts préexistants contiennent des dispositions qui ne sont plus nécessaires en vertu de la révision du droit des sociétés et/ou qui ne reflètent plus correctement le droit des sociétés obligatoire ou dispositif en raison de sa modification.
- Plusieurs des nouvelles modernisations et options plus flexibles prévues dans le nouveau droit des sociétés nécessitent une base dans les statuts de la société pour permettre leur application.

7. Est-ce que les statuts d'une société qui est une filiale doivent être adaptés au nouveau droit ?

Une modification des statuts n'est pas obligatoire, mais à partir du 1er janvier 2025, les dispositions des statuts qui violent le nouveau droit des sociétés cesseront de produire leurs effets. Des statuts contenant des dispositions qui ne sont plus en vigueur entraînent une insécurité juridique. En outre, les statuts servent souvent aussi de directive pour les procédures de l'entreprise. Il est donc conseillé de modifier les statuts des filiales entièrement détenues. En outre, une modification des statuts est nécessaire si l'on veut mettre en œuvre certaines des options plus flexibles et modernisations nouvellement disponibles (*voir questions 21 - 24*).

8. Comment les modifications des statuts doivent-elles être adoptées ?

La modification des statuts requiert une décision de l'assemblée générale certifiée authentique. Lors de la préparation de l'ordre du jour, il est important de respecter le principe d'unité du sujet (*voir question 20*) :

- Une révision matérielle totale des statuts peut faire l'objet d'un seul point de discussion. Une révision matérielle totale est réputée avoir lieu, si un nombre substantiel de dispositions des statuts est modifié matériellement (en général : dix).
- Une révision formelle totale des statuts peut être votée en tant que point unique de l'ordre du jour. Une révision totale est de nature formelle si des changements uniquement rédactionnels et non matériels sont entrepris (par exemple, mise à jour des références aux dispositions légales).
- Dans le cas d'une révision formelle et matérielle combinée des statuts, les modifications formelles et matérielles doivent être votées séparément. Pour la partie matérielle, des votes individuels concernant les modifications sont à effectuer si elles ne constituent pas collectivement une révision totale. Des votes individuels sont également recommandés si un quorum qualifié est requis pour une décision. Cette troisième catégorie est susceptible d'être pertinente dans la plupart des cas de modifications des statuts effectuées en raison de la révision du droit des sociétés.

9. Quels autres documents sociaux devraient être adaptés ?

L'accent est mis sur l'adaptation des statuts et du règlement d'organisation (*voir question 6*). Nous recommandons de vérifier en outre si d'autres documents sociaux doivent être révisés, par exemple :

- Les règlements des comités du conseil d'administration (Committee Charters) ;
- Un code de conduite (Code of Conduct), par exemple, concernant le traitement des conflits d'intérêts ;
- Des modèles de décisions et de procès-verbaux du conseil d'administration et de l'assemblée générale ;
- Des modèles de convocation aux assemblées générales ;
- Un protocole pour l'assemblée générale.

Capital social et versements

10. De quoi faut-il tenir compte si l'on veut changer la devise du capital-actions ?

Il convient de noter ce qui suit :

- Le capital social ne peut être détenu que dans une devise étrangère autorisée qui est importante pour l'activité de la société. Les devises permises sont actuellement : la livre britannique, l'euro, le dollar américain et le yen.
- La comptabilité et les rapports financiers doivent être établis dans la même devise que le capital social.
- Au moment du changement de devise, la contre-valeur du capital social doit atteindre au moins CHF 100'000.-.
- Le changement de devise doit avoir lieu au début de l'exercice en cours ou de l'exercice suivant.

11. La société possède un capital-actions conditionnel. Est-ce qu'il peut être utilisé ?

Les augmentations découlant du capital-actions conditionnel restent possibles à l'avenir. Si la société dispose d'un capital-actions conditionnel qui a été décidé avant le 1er janvier 2023, elle peut continuer à l'utiliser ; dans ce cas, les anciennes dispositions du droit des sociétés restent applicables. Le capital-actions conditionnel préexistant ne peut toutefois être modifié que si les modifications sont autorisées par nouveau droit.

12. La société souhaite mettre en place un capital-actions autorisé. Est-ce possible ?

Non. A partir du 1er janvier 2023, les sociétés ne peuvent plus utiliser de capital-actions autorisé pour augmenter le capital-actions. L'introduction de la marge de fluctuation (*voir question 14*) a conduit à la suppression de l'institution de l'augmentation par capital-actions autorisé.

13. La société possède un capital-actions autorisé. Peut-il être utilisé ?

Oui. Le capital-actions autorisé introduit avant le 1er janvier 2023 peut continuer à être utilisé jusqu'à son expiration. Les délais découlent des statuts, ou plutôt des anciennes restrictions du droit des sociétés, et s'élèvent à un maximum de deux ans. A partir du 1er janvier 2023, le capital-actions autorisé préexistant ne peut plus être adapté ou étendu (sous réserve des adaptations nécessaires dues aux augmentations de capital-actions à partir du capital-actions autorisé). Si la société a besoin d'une marge de manœuvre pour effectuer des modifications de capital-actions, l'introduction d'une marge de fluctuation (et la dissolution simultanée du capital-actions autorisé préexistant) est recommandée (*voir question 14*).

14. Comment fonctionne la marge de fluctuation de façon générale ?

Les statuts peuvent donner au conseil d'administration la possibilité d'augmenter ou de réduire le capital de la société, dans une fourchette prédéfinie et pour une période maximale de cinq ans. Les valeurs limites de la fourchette étant une augmentation ou une diminution de 50 % du capital inscrit au registre du commerce (par exemple, CHF 300'000.- et CHF 100'000.- pour CHF 200'000.-). Toutefois, le capital-actions ne peut jamais être réduit en dessous de CHF 100'000.-. L'introduction d'une marge de fluctuation nécessite un quorum qualifié de l'assemblée générale (deux tiers des voix et la majorité de la valeur nominale des actions à représenter).

15. Est-ce que la société peut verser des dividendes intermédiaires ?

Oui, l'assemblée générale des actionnaires peut désormais, sur la base des états financiers intermédiaires, décider du versement d'un dividende intermédiaire, une base statutaire n'est pas requise. Les états financiers intermédiaires sont requis même si les états financiers annuels ont été préparés il y a moins de six mois. Si les états financiers de la société sont soumis à un contrôle restreint ou ordinaire, les états financiers intermédiaires doivent également être contrôlés. Toutefois, il est possible de renoncer à l'audit si tous les actionnaires approuvent les dividendes intermédiaires et si les droits des créanciers ne sont pas menacés.

16. Faut-il procéder à une deuxième attribution en cas de versements intermédiaires ?

Non. A partir du 1er janvier 2023, 5 % du bénéfice annuel doit être attribué au bénéfice reporté statutaire. Le bénéfice reporté statutaire doit être attribué jusqu'à ce qu'il atteigne, avec les réserves statutaires, 50 % du capital inscrit au registre du commerce ; pour les sociétés holding, la limite est de 20 %. Une seconde attribution n'est plus nécessaire.

17. Qu'est-ce qui a changé en ce qui concerne la comptabilisation et la distribution des réserves de capital ?

A partir du 1er janvier 2023, une distinction sera faite entre les réserves de capital statutaires, les réserves de bénéfices statutaires (*voir question 16*) et les réserves de bénéfices volontaires. L'agio (montant de l'émission moins la valeur nominale et les frais d'émission), le dépôt retenu sur les actions en défaut et les apports des actionnaires doivent être affectés à la réserve de capital statutaire. Les pertes doivent également être imputées sur le bénéfice reporté, les bénéfices reportés volontaires et statutaires, et les réserves de capital statutaires (dans cet ordre) si elles ne sont pas reportées sur les nouveaux états financiers. Les réserves de capital peuvent être distribuées aux actionnaires si les réserves statutaires de capital et les bénéfices non distribués, moins le montant des pertes éventuelles, dépassent la moitié du capital inscrit au registre du commerce (pour les sociétés holding : 20 %).

18. Quels changements s'appliquent à la compensation, aux apports en nature et aux acquisitions en nature ?

A partir du 1er janvier 2023, toutes les formes possibles de libérations d'actions sont désormais réglementées de manière exhaustive par la loi : libération en espèces, apport en nature, compensation et conversion de capital librement utilisable. Les statuts doivent fournir certaines informations concernant les libérations d'actions si le capital social n'a pas été libéré par un paiement en espèces. L'acquisition (prévue) d'actifs n'est plus soumise à l'obligation d'information. Toutefois, les apports en nature/acquisitions mixtes restent soumis à l'obligation de divulgation.

Assemblée générale

19. Comment une assemblée générale peut-elle avoir lieu sous le nouveau droit ?

Une assemblée générale peut maintenant être tenue comme suit :

- avec un ou plusieurs lieux de conférence différents ;
- par voie électronique sans lieu de réunion physique (assemblée générale virtuelle) ;
- avec un lieu de réunion physique ainsi que virtuel (hybride) ;
- avec un lieu de réunion à l'étranger ; et
- par écrit, sur papier ou sous forme électronique.

Aucune des formes mentionnées ci-dessus ne peut entraver l'exercice des droits des actionnaires de manière inappropriée. En outre, certaines exigences supplémentaires doivent être respectées (*voir questions 21 - 27*).

20. Qu'est-ce que le conseil d'administration doit prendre en considération lors de la convocation de l'assemblée en ce qui concerne l'ordre du jour ?

Le nouveau droit définit les points qui doivent être mentionnés dans la convocation de l'assemblée générale. En outre, toutes les informations nécessaires à l'adoption des décisions doivent être présentées à l'assemblée générale. Le conseil d'administration doit en outre veiller à ce que le principe de l'unité de l'objet soit respecté ; cette exigence vise à protéger les actionnaires contre le risque de devoir accepter une proposition à laquelle ils sont partiellement opposés, parce qu'ils ne peuvent voter sur l'objet que sous la forme d'une proposition globale qu'ils ne souhaitent accepter qu'en partie. Les points qui vont thématiquement ensemble peuvent être votés en tant qu'unité. Les points qui n'ont pas de thème commun doivent être votés individuellement (*voir question 8*).

21. Quand l'assemblée générale peut-elle adopter des décisions par voie écrite ou électronique ?

Cette possibilité est toujours donnée tant qu'aucun actionnaire ou son représentant ne demande une délibération orale. Il n'est pas nécessaire de prévoir dans les statuts une base pour l'adoption de décisions par voie écrite ou électronique (*voir toutefois question 22*).

22. Comment fonctionne en pratique l'adoption de décisions par l'assemblée générale par écrit sur papier ou sous forme électronique ?

Le nouveau droit ne prévoit pas de règles spécifiques pour l'adoption par l'assemblée générale de décisions écrites, que ce soit sur papier ou sous forme électronique. Nous recommandons donc que la procédure soit clairement réglementée dans les statuts. A notre avis, une distinction peut être faite entre la décision circulaire et le bulletin de vote :

- La décision circulaire : une décision préparée à l'avance est envoyée aux actionnaires pour une signature écrite, soit sur papier, soit sous forme électronique. Afin de prouver qu'aucun actionnaire ou son représentant n'ait demandé de délibération orale, tous les actionnaires ou leurs représentants doivent répondre à la décision circulaire. Ils doivent indiquer s'ils votent en faveur de la décision ou s'ils indiquent simplement qu'ils renoncent à la délibération orale. A notre avis, une signature n'est pas nécessaire. Ce point de vue est toutefois controversé.
- Bulletin de vote : à notre avis, un vote par bulletin reste admissible à l'avenir. Les actionnaires reçoivent à l'avance une invitation à voter. Les dispositions relatives à la convocation de l'assemblée générale sont applicables par analogie. Nous recommandons d'accorder aux actionnaires un délai pendant lequel des motions contraires peuvent être déposées avant l'envoi du matériel de vote. Après l'expiration de ce délai, le matériel de vote, y compris le bulletin de vote, doit être envoyé aux actionnaires. Le bulletin de vote rempli doit être retourné par les actionnaires dans un délai déterminé. Le fait de ne pas renvoyer le bulletin de vote est considéré par la suite comme une renonciation à la participation au scrutin et au consentement à la procédure. En cas de procédure civile ultérieure, la charge de la preuve incombera toutefois à la société. Après réception des documents de vote, le président et le secrétaire du conseil d'administration doivent compter les votes et notifier les résultats du scrutin aux actionnaires.

Pour les décisions concernant une transaction qui doit être inscrite au registre du commerce, ou une décision qui doit être soumise au registre du commerce comme pièce justificative, les décisions écrites ne sont pas recommandées. Si la société opte néanmoins pour l'adoption de décisions écrites, il est recommandé de soumettre préalablement les décisions à l'examen préliminaire du président du registre du commerce.

23. A quoi faut-il être attentif si la société tient une assemblée générale ?

Il convient de noter ce qui suit :

- Une base statutaire est requise, dont l'introduction est conditionnée un quorum qualifié.
- Dans l'avis de convocation de l'assemblée, le conseil d'administration doit désigner un mandataire indépendant. La désignation, à condition que tous les actionnaires soient d'accord, d'un mandataire indépendant peut être supprimée dans le cas de sociétés non cotées.
- L'assemblée générale peut se tenir à l'étranger même si une ou plusieurs décisions nécessitent d'être certifiées authentiques. Dans ce cas, l'Ordonnance sur le registre du commerce prévoit des exigences de forme particulières qui doivent être respectées.
- Il convient également d'examiner si la tenue de l'assemblée générale à l'étranger peut avoir des conséquences fiscales en vertu de la législation fiscale étrangère.

24. Quels sont les points à respecter en cas d'assemblée générale virtuelle ?

Il convient de garder à l'esprit les points suivants :

- Une base statutaire est nécessaire.
- Dans l'avis de convocation de l'assemblée, le conseil d'administration doit désigner un mandataire indépendant. Il est possible de renoncer à la désignation d'un mandataire indépendant dans le cas de sociétés non-cotées. La renonciation nécessite une base statutaire, dont l'introduction requiert un quorum qualifié.
- Le conseil d'administration doit réglementer l'utilisation des moyens électroniques et veiller à ce que certains aspects de l'assemblée générale soient assurés (établissement de l'identité, transmission immédiate des votes, possibilité d'interaction, pas de falsification du résultat du vote).
- L'assemblée générale peut se dérouler entièrement virtuellement, même si une ou plusieurs décisions doivent être certifiées authentiques. Toutefois, des restrictions découlant des lois notariales cantonales peuvent survenir (*voir question 27*).

25. Quels sont les points à respecter en cas d'assemblée générale hybride ?

La société peut tenir l'assemblée générale physiquement et permettre aux actionnaires qui ne sont pas présents physiquement d'exercer leurs droits par voie électronique (assemblée hybride). Comme pour les assemblées générales uniquement virtuelles, le conseil d'administration doit réglementer l'utilisation des moyens électroniques et certains aspects de la réunion doivent être garantis (établissement de l'identité, transmission immédiate des votes, possibilité d'interaction, pas de falsification du résultat du vote).

26. Que faire en cas de problèmes techniques lors d'une assemblée générale virtuelle ou hybride ?

Si des problèmes techniques surviennent pendant l'assemblée générale, de sorte qu'elle ne peut pas se dérouler correctement, elle doit être répétée ; dans ce cas, la période d'invitation n'a pas besoin d'être respectée pour convoquer une nouvelle assemblée générale (cependant, il existe des opinions différentes à ce sujet dans la doctrine). Les décisions prises avant l'apparition des problèmes techniques sont valables et ne doivent pas être répétées.

Une assemblée générale est considérée comme ne s'étant pas déroulée correctement si l'adoption des décisions et l'échange d'opinions (y compris l'exercice du droit de proposer des motions) ne peuvent pas se faire correctement. Si les actionnaires individuels ont des difficultés avec leur matériel et leur logiciel ou s'il y a des difficultés de connexion dues à une entreprise de télécommunication, il n'y a pas de problème technique (cependant, il y a des opinions différentes sur ce point dans la doctrine). Une exception existe si la connexion fait défaut à l'ensemble du conseil d'administration.

Si le conseil d'administration a connaissance d'une source d'erreur, il faut immédiatement vérifier s'il existe un problème technique au sens précité. Il est donc recommandé qu'un expert en informatique accompagne les assemblées générales virtuelles avec un grand nombre de participants et que le conseil d'administration informe les actionnaires que l'expert en informatique doit être contacté immédiatement en cas de problèmes techniques. L'expert informatique lui-même devrait être disponible peu avant et pendant l'assemblée générale par téléphone, par e-mail et éventuellement par chat.

En cas de problèmes techniques, nous recommandons la procédure suivante :

- Si un problème technique n'est que temporaire, il doit être résolu immédiatement et l'assemblée générale doit ensuite se poursuivre. Les discussions menées et les décisions adoptées pendant le problème technique doivent être répétées. La procédure doit être consignée dans le procès-verbal.
- Après la résolution d'un problème technique temporaire, nous recommandons de demander aux actionnaires s'ils peuvent assister à nouveau à l'assemblée générale sans problème technique. Dans le cas d'un petit groupe de participants, l'interrogation peut se faire oralement, le résultat doit être consigné dans le procès-verbal. Dans le cas d'un groupe plus important de participants, il est conseillé de procéder à un bref vote électronique, dont le résultat doit être consigné dans le procès-verbal.
- En cas de problème technique qui n'est pas seulement de nature temporaire, l'assemblée générale doit être répétée ou reconvoquée à une autre date (sans respecter le délai d'invitation ; voir toutefois la note ci-dessus concernant les différentes opinions doctrinales à ce sujet).

27. Est-ce que le président de l'assemblée générale peut disposer d'un vote prépondérant ?

Oui, les statuts peuvent prévoir que le président de l'assemblée générale dispose d'un vote prépondérant en cas d'égalité. L'introduction de cette base statutaire implique un quorum qualifié.

28. Les décisions de l'assemblée générale qui nécessitent une authentification peuvent-elles également être adoptées par des moyens écrits, électroniques ou hybrides ?

Les décisions de l'assemblée générale devant être authentifiées par un notaire peuvent également être adoptées par écrit, par voie électronique ou par des moyens hybrides si aucune restriction ne découle de la loi cantonale applicable en matière d'authentification. Dans chaque cas, la procédure d'authentification doit être coordonnée individuellement avec le notaire compétent au préalable, et vérifiée par le registre du commerce compétent.

Obligations du conseil d'administration

29. Qu'est-ce qui a changé concernant les obligations du conseil d'administration ?

Depuis le 1er janvier 2023, le CO prévoit explicitement que les membres du conseil d'administration doivent signaler sans délai et de manière exhaustive tout conflit d'intérêts au reste du conseil d'administration. De plus, en cas de conflit d'intérêts, les mesures nécessaires doivent être prises pour préserver les intérêts de la société (*voir question 30*).

En outre, le conseil d'administration doit surveiller en permanence la solvabilité (liquidité) de la société. S'il existe un risque que la société devienne insolvable, le conseil d'administration doit prendre des mesures pour garantir la solvabilité de la société (*voir question 31*).

30. Que faut-il prendre en compte concernant les conflits d'intérêts ?

Il convient de noter ce qui suit :

- Il existe un devoir d'information (*voir question 22*), ce devoir s'applique également aux membres du conseil d'administration.
- Le conseil d'administration doit prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde des intérêts de l'entreprise. Nous recommandons au conseil d'administration d'édicter des règles générales pour le traitement des conflits d'intérêts – actuellement, les réglementations à ce sujet se trouvent déjà fréquemment dans les règlements d'organisation des sociétés.
- Si une récusation générale et complète n'est pas possible, une double décision doit être adoptée (avec et sans la participation des membres du conseil d'administration en conflit).

31. Comment le conseil d'administration doit-il réagir en cas d'insolvabilité ?

Si la société risque de devenir insolvable, le conseil d'administration doit prendre des mesures pour assurer la solvabilité :

- Mesures visant à assurer la liquidité : par exemple plan de liquidité, réalisation d'actifs, gestion optimale des débiteurs, gel des dépenses ;
- mesures d'assainissement : par exemple déclarations de cession de rang, réévaluation de biens immobiliers et de participations ; quand les mesures d'assainissement relèvent de la compétence de l'assemblée générale, elles doivent être soumises à celle-ci (par exemple, réalisation d'une augmentation de capital) ; et
- mesure judiciaire : demande de sursis concordataire (provisoire).

32. Est-ce que le conseil d'administration doit immédiatement convoquer une assemblée générale pour approuver les mesures d'assainissement ?

Non. Le conseil d'administration agit avec la diligence nécessaire et doit, en cas d'insolvabilité imminente, d'abord prendre des mesures visant à garantir la liquidité (*voir question 31*) avant de convoquer l'assemblée générale. Cependant, si le conseil d'administration souhaite prendre des mesures d'assainissement pour remédier à une

menace d'insolvabilité ou de perte de capital, qui relèvent de la compétence de l'assemblée générale, il peut proposer les mesures correspondantes à l'assemblée générale.

Pour plus d'informations :

[Message du Conseil fédéral du 23 novembre 2016 concernant la modification du droit des obligations](#)

[Documents parlementaires concernant la révision du droit des sociétés](#)

[Communication OFRC 3/22 du 19 décembre 2022 : Questions en lien avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme](#)

Le Corporate & M&A Practice Group de MLL Legal se fera un plaisir de répondre à toutes vos questions sur la révision du droit des sociétés.

Cet article ne constitue pas un avis de droit ou des conseils juridiques. Il ne fait qu'exposer la compréhension actuelle des auteurs concernant les sujets juridiques évoqués, sans tenir compte de circonstances particulières. Toute responsabilité quant au contenu de cet article est exclue. En outre, MLL Legal n'est pas tenu d'informer les lecteurs de cet article sur les nouvelles jurisprudences, les changements de pratique ou tout autre changement.