



Communication OFRC 1/09

12 mars 2009

Information concernant la pratique de l'Office fédéral du registre du commerce

1. **Art. 82 ORC¹**

Les sociétés à responsabilité limitée doivent requérir l'inscription au registre du commerce de l'ensemble des transferts de parts sociales. La pièce justificative, sur laquelle est fondée le transfert, doit satisfaire aux exigences suivantes:

Exigences de forme

Pour garantir la sécurité du droit, l'art. 785, al. 1, CO² prévoit que l'obligation de céder une part sociale, de même que la cession proprement dite, doivent revêtir la forme écrite. Les dispositions statutaires plus contraignantes (qui peuvent par exemple prévoir l'exigence d'un acte authentique) demeurent réservées. Dans le cadre de son devoir d'examen, l'office du registre du commerce doit vérifier si les éventuelles exigences de forme prévues par les statuts sont respectées³. Le cas échéant, la pièce justificative relative au transfert de part doit satisfaire à cette forme particulière.

Pièce justificative au sens de l'art. 82, al. 2, let. a, ORC

Le libellé de l'art. 785, al. 1, ORC distingue l'acte générateur d'obligations ("obligation de céder") de l'acte de disposition ("cession de parts sociales"). Bien souvent l'acte générateur d'obligations ainsi que l'acte de disposition sont contenus dans un seul et même document contractuel. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine, le transfert d'une part

¹ Ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (ORC; RS 221.411).

² Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (livre cinquième: Droit des obligations) (CO; RS 220).

³ Pour les sociétés constituées avant l'entrée en vigueur du droit révisé de la Sàrl et dont les statuts prévoient encore, conformément aux anciennes dispositions du CO, une obligation de transférer les parts par acte authentique (voire une simple référence aux anciennes dispositions légales) l'on part du principe que la forme authentique est toujours déterminante et doit être exigée en cas de transfert de part sociale.

sociale est valable si l'acte de disposition seul (sans acte générateur d'obligations) est consigné par écrit; le vice de forme de l'acte générateur d'obligations est guéri par le contrat de cession qui lui respecte la forme prescrite⁴. Seul le contrat de cession de parts sociales doit être déposé comme pièce justificative au sens de l'art. 82, al. 2, let. a, ORC. L'acte générateur d'obligations n'est pas requis.

Eléments essentiels du contrat de cession

Le contrat de cession écrit (acte de disposition) doit contenir les éléments suivants:

- la désignation des parties ainsi que de la part sociale à transférer (raison de commerce de la société, valeur nominale de la part, etc.). Il n'est pas nécessaire d'indiquer la source de l'obligation ("causa"), le prix, les modalités de paiement ainsi que d'éventuelles garanties;
- la volonté claire des parties de céder la part sociale d'une partie à l'autre;
- le renvoi à d'éventuelles dispositions statutaires concernant: l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires, de fournir des prestations accessoires, la prohibition pour les associés de faire concurrence, les droits de préférence, de préemption et d'emption ainsi que les peines conventionnelles (cf. art. 785, al. 2, en relation avec l'art. 777a, al. 2, ch. 1 – 5, CO).

Si les droits et obligations statutaires décrits aux art. 785, al. 2, en relation avec l'art. 777a, al. 2, ch. 1 – 5, CO), ne sont pas mentionnés⁵ dans le contrat de cession (acte de disposition), ce dernier est frappé de nullité et le préposé au registre du commerce doit refuser l'inscription du transfert de part.

2. Art. 87, al. 1, let. i et j, ainsi que art. 92, let. i, ORC

L'inscription de sociétés coopératives ne mentionne les obligations des associés de fournir des prestations, la responsabilité personnelle des associés et les obligations d'effectuer des versements supplémentaires que lorsque celles-ci sont explicitement prévues dans les statuts (art. 87, al. 1, let. i et j, ORC).

Texte d'inscription:

Obligation de fournir des prestations: selon statuts.

Responsabilité personnelle ou obligation d'effectuer des versements supplémentaires: selon statuts.

Les mêmes principes valent également pour les associations, pour lesquelles il n'y a lieu d'inscrire la responsabilité personnelle des membres ou l'obligation des membres d'effectuer des versements supplémentaires que lorsqu'elles sont explicitement prévues par les statuts (art. 92, let. i, ORC).

Des formulations négatives, précisant par exemple qu'il n'existe pas d'obligations supplémentaires ou que l'entité répond des dettes uniquement sur sa fortune sociale, ne peuvent pas être inscrites.

⁴ Voir notamment: ATF 4C.175/2003 du 28 octobre 2003, cons. 3.1; HANDSCHIN Lukas/TRUNIGER Christof, Die neue GmbH, 2ème édition, Zurich 2006, § 19 N 30; SIFFERT Rino/FISCHER Marc Pascal/PETRIN Martin, GmbH-Recht, Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Art. 772 – 827 OR, Berne 2008, Art. 785 N 5; KÄCH Hans-Jakob, Die Auswirkungen der neuen Handelsregisterverordnung, Teil 1, dans: TREX 2008, p. 14 et BERTHEL Reto, Das neue GmbH-Recht, Die Änderungen von Bestimmungen weiterer Rechtserlasse und die Übergangsbestimmungen aus notarieller und registerrechtlicher Sicht, St. Gall 2008, N 227.

⁵ Le contrat de cession peut renoncer à décrire en détail les droits et obligations statutaires mentionnés aux art. 785, al. 2, en relation avec l'art. 777a, ch. 1 – 5, CO à la condition que le texte du contrat s'y réfère sommairement (p. ex. "obligation d'effectuer des versements supplémentaires selon art. 12 des statuts") et que les statuts de la société fassent partie intégrante du contrat.

3. Art. 95 ORC

Il n'y a pas lieu d'inscrire le dépôt au registre du commerce du règlement d'organisation ou d'autres documents de la fondation.

Ces documents (dans leur intégralité ou par extrait) peuvent bien entendu être déposés au registre du commerce. En effet, il arrive que des dispositions concernant des faits à inscrire au registre du commerce ne figurent pas dans l'acte de fondation mais dans un règlement (p. ex. composition du conseil de fondation, mode de signature, etc.). La légalité des règlements et autres documents n'est examinée que dans la mesure où ceux-ci servent de pièce justificative.

4. Art. 119, al. 3, ORC

Lorsqu'une personne morale ou une société de personnes est inscrite au registre du commerce avec une fonction, l'inscription doit se limiter aux faits prévus par l'ORC.

Il n'est notamment pas nécessaire de préciser que la personne morale ou la société de personnes n'est pas habilitée à signer (art. 120 ORC). La mention qu'une personne morale ou une société de personnes est représentée par ses organes n'est pas non plus inscrite.

Texte d'inscription:

... XY SA, à Genève, associée pour une part sociale de CHF 20'000. ...

[non pas: XY SA, à Genève, associée sans pouvoir de signature, pour une part...]

... ABC Sàrl, à Lausanne, liquidatrice ...

[non pas: ABC Sàrl, à Lausanne, liquidatrice, représentée par les personnes habilitées à l'engager]

[non pas: ABC Sàrl, à Lausanne, liquidatrice, agissant par les personnes habilitées à l'engager]

5. Art. 153 et 154 ORC

Lorsqu'une entité juridique n'a plus de domicile et n'a pas les organes prescrits impérativement par la loi, il y a lieu de privilégier la procédure prévue en cas de carences dans l'organisation à l'art. 154 ORC. Il n'est pas nécessaire d'engager simultanément la procédure prévue à l'art. 153 ORC.

6. Art. 154 ORC (en relation avec art. 731b, al. 1, ch. 3, CO)

Selon l'art. 731b, al. 1, ch. 3, CO, le juge peut prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite. Lorsque la liquidation est opérée par l'administration des faillites, il n'est pas nécessaire de l'inscrire en tant que liquidatrice au registre du commerce. Si le juge ordonne une "liquidation ordinaire" (art. 739 ss CO) en lieu et place d'une liquidation selon les dispositions applicables à la faillite, le liquidateur doit alors être inscrit au registre du commerce.

Texte d'inscription:

... Par décision du Tribunal de l'arrondissement de ... du jmmma, la société a été déclarée dissoute au sens de l'art. 731b CO et sa liquidation a été ordonnée. Personnes inscrites: X Y, de ... à ..., liquidatrice avec signature individuelle.

7. Art. 152 et 155 ORC

La procédure de l'art. 155 ORC trouve son fondement à l'art. 938a CO, dont le champ d'application est cependant limité aux "sociétés". En conséquence, la radiation d'une entreprise individuelle dont le titulaire aurait disparu ou serait décédé ne peut être opérée conformément à ces dispositions mais doit suivre la procédure de l'art. 152 ORC.

8. Art. 165 ORC

Selon l'art. 4, al. 3, ORC, (toutes) les décisions des offices cantonaux peuvent être attaquées conformément à l'art. 165 ORC. Les décisions relatives aux émoluments, aux amendes d'ordre ainsi qu'aux remboursements de frais et débours entrent également dans le champ d'application de cette disposition.

9. Art. 628, al. 2, et 777c, al. 2, ch. 1 et 2, CO ("personne proche")

L'art. 628, al. 2, CO prévoit que si la société anonyme reprend des biens ou envisage la reprise de biens d'un actionnaire ou d'une personne qui lui est proche, les statuts doivent indiquer l'objet de la reprise, le nom de l'aliénateur et la contre-prestation de la société. Cette disposition est également applicable à la société à responsabilité limitée par le renvoi de l'art. 777c, al. 2, CO.

La notion de "personne proche" n'est pas définie dans la loi mais n'est pas inconnue du droit suisse (p. ex. art. 663b^{bis}, al. 1, ch. 5, et 678, al. 1, CO et art. 20, al. 1, OIA⁶). Cette notion englobe les personnes qui ont une relation étroite, peu importe que la relation soit de nature personnelle, économique, juridique ou factuelle.

Sont notamment des "personnes proches": un parent, l'époux ou le concubin, voire le conseiller ou la personne de confiance d'un actionnaire ou d'un associé⁷. Une société de personnes ou une société de capitaux peut également être une "personne proche" si l'actionnaire (ou l'associé) a sur elle une influence déterminante (notamment parce qu'il siège dans la direction ou détient une participation importante).

10. Transformation d'actions en bons de participation

La loi ne règle pas explicitement la transformation d'actions en bons de participation ni d'ailleurs l'opération inverse. La transformation *indirecte* d'actions en bons de participation moyennant une réduction du capital-actions combinée avec l'émission simultanée de nouveaux bons de participation entièrement libérés est admise. Quant à la transformation *directe* d'actions en bons de participation, elle doit remplir les conditions suivantes:

a) *Base statutaire*

Une disposition des statuts doit prévoir la transformation *directe* d'actions en bons de participations, comme c'est le cas pour la transformation d'actions au porteur en actions nominatives ou inversement (cf. art. 622, al. 3, et 627, ch. 7, CO).

b) *Accord de l'ensemble des actionnaires*

Tous les actionnaires concernés par la transformation doivent consentir à l'opération. Ils peuvent donner leur accord soit dans le cadre d'une décision unanime de l'assemblée générale (à laquelle a pris part ou était représenté l'ensemble des actionnaires concernés), soit dans une déclaration écrite à l'attention de la société. Si tous les associés concernés ne sont pas présents à l'assemblée générale, la décision de transformation est soumise à la condition (suspensive) que les actionnaires absents donnent ultérieurement leur accord.

⁶ Ordonnance d'exécution du 19 décembre 1966 sur l'impôt anticipé (Ordonnance sur l'impôt anticipé) OIA; RS 642.211).

⁷ Cf. également le message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007, concernant la révision du code des obligations, FF 2008 1407, 1459, note de bas de page 104.

- c) *Majorité absolue pour la décision*
La décision de transformation des actions en bons de participation doit être approuvée par l'assemblée générale à la majorité absolue des valeurs nominales représentées (art. 703 CO).

11. Transformation de bons de participation en actions

Les conditions pour la transformation *directe* de bons de participation en actions sont:

- a) *Base statutaire*
Comme pour une transformation directe d'actions en bons de participation, une disposition statutaire doit prévoir la transformation de bons de participation en actions. Cette clause statutaire peut être adoptée lors de la même assemblée générale que celle qui décide de la transformation.
- b) *Quorum qualifié*
La transformation de bons de participation en actions revient à supprimer le droit préférentiel de souscription des actionnaires. Le quorum qualifié prévu à l'art. 704, al. 1, ch. 6, CO doit être respecté.

L'accord de tous les participants concernés n'est pas exigé car, en perdant leur statut de participant, aucun droit ne leur est retiré. Au contraire, en devenant actionnaires, ils reçoivent des droits supplémentaires.

Office fédéral du registre du commerce

Nicholas Turin