



Communication OFRC 1/23

21 mars 2023

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

Questions en relation avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme

1 Situation initiale

La modification du code des obligations (CO)¹ du 19 juin 2020 et la modification de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC)² sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

2 Modifications du capital

2.1 Augmentation ordinaire et conditionnelle du capital

La réglementation de l'augmentation du capital au moyen d'un capital conditionnel a été en principe maintenue. Seules des adaptations et des précisions ponctuelles sont apportées.

L'art. 653a CO détermine le montant nominal dont le capital-actions peut être augmenté au moyen d'un capital conditionnel. Selon l'ancien droit, « la moitié du capital-actions existant » ne pouvait pas être dépassée (la même formulation était utilisée à l'art. 651 al. 2 aCO en relation avec l'augmentation autorisée du capital). Selon le nouveau droit, c'est « la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce » qui est déterminante. Cette **modification**

¹ RS 220.

² RS 221.411.

n'entraîne aucun changement matériel. La nouvelle formulation ancre le principe de la date de référence (« *Stichtagsprinzip* ») déjà appliqué en pratique. Le capital-actions inscrit au registre du commerce est déterminant. Les modifications ultérieures du capital n'ont aucune influence sur la délimitation. Une augmentation ou une réduction de capital pendant qui n'est pas encore inscrite au registre du commerce n'est pas prise en compte. Il en va de même pour un capital autorisé ou une marge de fluctuation du capital qui n'ont pas encore été utilisés. **Toutefois, si lors de la même assemblée générale, une décision d'augmentation ordinaire du capital est prise avant la décision d'introduction du capital conditionnel, il est possible de tenir compte du montant augmenté du capital-actions,** pour autant que l'augmentation ordinaire du capital et la modification des statuts relative au capital conditionnel fassent l'objet d'une réquisition d'inscription au registre du commerce en même temps. Cette pratique s'est imposée auprès des autorités du registre du commerce sous l'ancien droit, tant pour l'augmentation autorisée du capital que pour l'introduction du capital conditionnel.³ **La nouvelle formulation de l'art. 653 CO n'entraîne aucune modification de cette pratique éprouvée.**⁴

2.2 Augmentation ordinaire, réduction et marge de fluctuation du capital

A l'art. 653s al. 2 CO, la même formulation est utilisée s'agissant de la limite de la marge de fluctuation du capital que pour le capital conditionnel : la limite supérieure de la marge de fluctuation du capital ne peut être supérieure à une fois et demie le capital-actions inscrit au registre du commerce. La limite inférieure de la marge de fluctuation du capital ne peut être inférieure à la moitié du capital-actions inscrit au registre du commerce.

Comme pour le capital conditionnel, la question se pose de savoir quel est le montant du capital déterminant lorsque, lors de la même assemblée générale, une augmentation ou une réduction ordinaire du capital est décidée avant l'introduction de la marge de fluctuation du capital. Etant donné que le texte légal relatif à la marge de fluctuation du capital est le même que celui relatif au capital conditionnel et que la pratique actuelle en matière d'augmentation autorisée du capital ne doit en principe pas être rendue plus difficile avec une marge de fluctuation du capital, il peut être renvoyé aux développements figurant au ch. 2.1. **Pour fixer la limite de la marge de fluctuation du capital, il est possible de partir du montant augmenté, respectivement réduit, du capital-actions, pour autant que l'augmentation ordinaire ou la réduction du capital et la modification des statuts relative à la marge de fluctuation du capital fassent l'objet d'une réquisition d'inscription au registre du commerce en même temps.**⁵ Cette pratique n'est pas en contradiction avec la formulation de l'art. 653s al. 2 CO, car *au moment de l'inscription au registre du commerce*, la marge de fluctuation du capital reste dans le cadre des prescriptions légales. Le principe de la date de référence⁶, ancré dans la loi, selon lequel les modifications *ultérieures* du capital n'ont plus d'influence sur la définition statutaire de la marge de fluctuation (sous réserve des « mesures d'adaptation » des art. 653g al. 2 et 653v CO), n'est donc pas violé.

³ Cf. Stellungnahme des EHRA vom 2. Juli 2002 zum Höchstbetrag einer genehmigten Kapitalerhöhung in REPRAX 2/2002, p. 49 s.

⁴ Message du 23 novembre 2016 sur la révision du droit de la société anonyme, p. 452.

⁵ Concernant les conditions-cadres correspondantes cf. Stellungnahme des EHRA vom 2. Juli 2002 zum Höchst-betrag einer genehmigten Kapitalerhöhung in REPRAX 2/2002, p. 49 s.

⁶ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. édition, §2 N 236.

2.3 Augmentation autorisée existante et nouvelle marge de fluctuation du capital

Avec la révision du droit de la société anonyme, l'augmentation autorisée du capital-actions prévue par l'ancien droit a été remplacée par la marge de fluctuation du capital, qui permet désormais également la « réduction autorisée du capital-actions ». Les dispositions de l'ancien droit relatives à l'augmentation autorisée du capital (art. 651 et 651a aCO) sont abrogées.

Conformément à l'art. 3 des dispositions transitoires de la modification du 19 juin 2020, l'ancien droit s'applique aux augmentations autorisées du capital qui ont été décidées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit (clause de "*grandfathering*"). Les décisions de l'assemblée générale ne peuvent toutefois plus être prolongées ou modifiées matériellement.

La question se pose de savoir si une société dont les statuts contiennent un « capital autorisé selon l'ancien droit » peut en plus intégrer une marge de fluctuation du capital (avec la possibilité d'augmenter le capital). De cette manière, le conseil d'administration serait autorisé, dans un cas extrême (en cas d'épuisement complet), à augmenter le capital dans le cadre du capital autorisé de la moitié du capital actuel et, dans le cadre de la marge de fluctuation du capital, *encore une fois* de la moitié du capital actuel. Le conseil d'administration pourrait ainsi doubler le capital actuel, ce qui n'est compatible ni avec l'institution de l'augmentation autorisée du capital ni avec l'institution de la marge de fluctuation du capital.

Même si ni la loi ni les dispositions transitoires n'interdisent expressément l'introduction d'une marge de fluctuation du capital dans le cas d'un capital autorisé existant, il faut voir dans le cumul de ces deux instruments un **contournement du droit**. Avec la révision du droit de la société anonyme, l'augmentation autorisée du capital a été remplacée par la marge de fluctuation du capital ; le législateur n'a pas prévu la coexistence des deux institutions. **L'introduction d'une marge de fluctuation du capital avec autorisation d'augmenter (également) le capital n'est possible que si l'assemblée générale supprime en même temps la disposition relative au capital autorisé.**

3 Assemblée générale

3.1 Représentant indépendant lors d'une assemblée générale à l'étranger ou d'une assemblée générale virtuelle

3.1.1. Assemblée générale à l'étranger

Selon l'art. 701b CO, l'assemblée générale peut se tenir à l'étranger si les statuts le prévoient et si le conseil d'administration désigne un représentant indépendant dans la convocation. L'introduction d'une disposition statutaire prévoyant la tenue de l'assemblée générale à l'étranger nécessite une décision prise à la majorité qualifiée (art. 704 al. 1 ch. 11 CO).⁷ Le conseil d'administration de sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse peut renoncer à désigner un représentant indépendant **si l'ensemble des actionnaires y consentent.**

⁷ Dans le projet 2016, la majorité qualifiée n'était pas encore requise. Celle-ci a été introduite dans le cadre des débats parlementaires – en raison du scepticisme du Conseil des Etats.

La représentation indépendante garantit que les actionnaires qui ne se rendent pas à l'étranger et ne peuvent donc pas participer directement aux discussions de l'assemblée générale puissent au moins exercer leur droit de vote. Pour les sociétés cotées en bourse, cela découle déjà de l'art. 689c CO.

Conformément au sens et au but de la norme, **le consentement à la renonciation au représentant indépendant pour une société non cotée en bourse doit être renouvelé lors de chaque assemblée générale**. Cela s'explique par le fait que toute modification de la composition de l'actionnariat doit être prise en compte, c'est-à-dire que tout nouvel actionnaire doit également donner son accord à la renonciation à l'institution d'un représentant. Par ailleurs, il faut tenir compte de la situation concrète et du fait que le besoin d'un représentant indépendant n'existe peut-être que dans certains cas. Si les modalités d'obtention du consentement ne sont pas réglées dans les statuts, elles sont fixées par le conseil d'administration.⁸ Contrairement à la formulation quelque peu confuse du message relatif à la révision du droit de la société anonyme, **il n'est pas autorisé de renoncer de manière générale (dans les statuts) à la désignation d'un représentant indépendant pour toutes les assemblées générales futures**.

3.1.2. Assemblée générale virtuelle

Selon l'art. 701d CO, l'assemblée générale peut se tenir sous forme électronique et sans lieu de réunion physique (virtuellement) si les statuts le prévoient et que le conseil d'administration désigne dans la convocation un représentant indépendant. La clause statutaire correspondante est adoptée à la majorité simple. Pour les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, **les statuts peuvent prévoir la possibilité de renoncer à la désignation d'un représentant indépendant**.⁹ L'introduction d'une clause statutaire prévoyant la renonciation à la désignation d'un représentant indépendant nécessite une décision prise à la majorité qualifiée (art. 704 al. 1 ch. 15 CO).

La représentation indépendante garantit que les actionnaires qui ne bénéficient pas des moyens techniques ou du savoir-faire correspondant, et ne peuvent donc pas participer directement aux discussions de l'assemblée générale, puissent au moins exercer leur droit de vote. Pour les sociétés cotées en bourse, cela découle déjà de l'art. 689c CO.

Si une clause statutaire est introduite, le conseil d'administration décide, dans le cadre de la convocation de l'assemblée générale et selon la situation concrète, s'il peut être renoncé à la désignation d'un représentant indépendant ou non. **Un renouvellement du consentement de l'assemblée générale à la renonciation à la désignation du représentant indépendant n'est plus nécessaire. Une clause statutaire prévoyant la renonciation générale n'est en revanche pas possible**¹⁰, car les statuts ne peuvent prévoir, selon l'art. 701d al. 2 CO, que

⁸ Message du 23 novembre 2016 sur la révision du droit de la société anonyme, p. 556.

⁹ Dans le projet 2016, la même formulation était encore utilisée pour la renonciation à la désignation d'un représentant indépendant que pour la tenue d'une assemblée générale à l'étranger (« si l'ensemble des actionnaires y consentent »). **Dans le cadre des débats parlementaires, il a toutefois été décidé d'appliquer une solution plus libérale pour les assemblées générales virtuelles** et, en lieu et place du consentement de tous les actionnaires, seule l'adoption d'une clause statutaire est requise, étant donné que la tenue d'une assemblée générale à l'étranger restreint les possibilités de participer à l'assemblée générale nettement plus que lors d'une participation à une assemblée générale virtuelle.

¹⁰ La formulation statutaire « Une assemblée générale peut se tenir sous forme électronique sans lieu de réunion physique. Il est renoncé à la désignation d'un représentant indépendant. » serait inadmissible.

la possibilité de la renonciation et non pas la renonciation elle-même (« ...les statuts peuvent prévoir la *possibilité* de renoncer... »).

Proposition de formulation : « *Une assemblée générale peut se tenir sous forme électronique sans lieu de réunion physique (assemblée générale virtuelle). Le conseil d'administration peut, dans ce cas, renoncer à la désignation d'un représentant indépendant prévu par la loi* ».

3.2 Assemblée générale écrite

Selon l'art. 701 al. 3 CO, les décisions de l'assemblée générale peuvent être prises par écrit sur papier ou sous forme électronique, **à moins qu'une discussion ne soit requise par un actionnaire ou son représentant**.

Contrairement à la formulation quelque peu confuse figurant dans la note marginale (« approbation donnée à une proposition »), l'unanimité n'est requise que pour le *mode* de décision. **Pour la prise de décision elle-même, la majorité suffit**. La prise de décision par écrit n'est ainsi pas synonyme de décision par voie de circulation.

Le procès-verbal au sens de l'art. 702 al. 2 CO est remis au registre du commerce comme pièce justificative pour la prise de décision. Le procès-verbal est, comme à l'accoutumée, signé par la personne qui l'a rédigé et par le président de l'assemblée générale (art. 702 al. 3 CO). Les « bulletins de vote écrits » des actionnaires ou une circulaire de décision signée par l'ensemble des actionnaires ne sont pas à produire auprès du registre du commerce. La composition conforme de l'assemblée générale, le consentement des actionnaires sur le mode de formation des décisions et la décision elle-même ne sont pas examinés par le registre du commerce.

4 Apport en nature avec autre contre-prestation

Les dispositions relatives à l'apport en nature (art. 634 CO) restent fondamentalement inchangées et n'ont été que légèrement adaptées (cf. Factsheet N° 5 sur le thème « apport en nature »). Une nouveauté essentielle est le fait que la reprise de bien (envisagée) ne constitue désormais plus un fait qualifié. Un apport en nature avec une « autre contre-prestation » dans le sens d'un « mixte apport en nature/reprise de biens » reste toutefois possible.

L'éventuelle « autre contre-prestation » doit, selon l'art. 624 al. 4 CO, être mentionnée dans les statuts, mais n'est pas soumise à la publicité du registre du commerce. Une inscription facultative de l'« autre contre-prestation » sur la base de l'art. 30 ORC sera également refusée. De même, les formulations telles que « d'une valeur de... », « au prix de... » et « accepté pour ce prix », lesquelles laissent conclure à d'autres contre-prestations, ne sont pour cette raison pas à reprendre dans le texte de publication. Est en outre admissible dans le cadre de la description de l'objet de l'apport en nature, la formulation « actifs (CHF...) et passifs envers les tiers (CHF ...) de Modèle SA, [soit un actif net de ...] ». La cognition du registre du commerce en relation avec les autres contre-prestations *introduites dans les statuts* est très limitée.

Les dispositions relatives au transfert de patrimoine n'ont pas été fondamentalement modifiées. Dans le cadre d'une inscription au registre du commerce, la contre-prestation complète (consistant en actions ou en créance éventuelle) doit toujours être inscrite (art. 139 let. d ORC).

OFFICE FÉDÉRAL DU REGISTRE DU COMMERCE

Nicholas Turin