



Communication OFRC 2/23

6 juin 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. L'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) a déjà pris position sur les premières questions d'interprétation en relation avec le nouveau droit dans le cadre des Communications OFRC 3/2022 et 1/2023. D'autres questions d'interprétation seront traitées ci-après.

2 Modifications du capital

2.1 Adaptation du capital conditionnel/autorisé

Selon l'art. 3 des dispositions transitoires de la modification du 19 juin 2020, les augmentations autorisées et les augmentations du capital-actions au moyen d'un capital conditionnel décidées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit restent régies par l'ancien droit. Les décisions de l'assemblée générale ne peuvent être prorogées ou modifiées.

¹ RS 220.

² RS 221.411.

Malgré la disposition transitoire précitée, des situations sont envisageables, dans lesquelles une adaptation de la disposition relative à **un capital autorisé, resp. un capital conditionnel** introduits sous l'ancien droit est autorisée, resp. nécessaire :

- Dans le cas d'une augmentation de capital autorisée ou d'une augmentation de capital à partir d'un capital conditionnel selon l'ancien droit, la disposition transitoire ne prescrit pas qu'une utilisation complète et donc une suppression de la disposition statutaire selon l'ancien droit sont nécessaires. Une utilisation partielle est possible et les dispositions statutaires de l'ancien droit doivent logiquement être adaptées conformément aux anciennes règles.
- Si une modification de la valeur nominale (division d'actions ou augmentation/réduction du capital) ou un changement de monnaie est effectué, il est impératif d'adapter la disposition de l'ancien droit relative à un capital autorisé ou conditionnel conformément aux règles en vigueur.
- Des adaptations rédactionnelles de la disposition statutaire relative à un capital autorisé ou conditionnel selon l'ancien droit peuvent également être approuvées par l'AG (p. ex. introduction de la forme féminine, etc.).

Par ailleurs, il peut être constaté, de manière générale, que l'art. 3 Disp. Trans. n'est guère pertinent en ce qui concerne le **capital conditionnel**, car ce dernier est une institution que connaît également le nouveau droit de la société anonyme et qui n'a fait l'objet que d'adaptations et de précisions ponctuelles dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme. La modification par l'AG d'une disposition de l'ancien droit relative à un capital conditionnel (p. ex. l'augmentation du montant du capital conditionnel) peut donc – pour autant que les conditions prévues aux art. 653 ss. CO sont respectées – généralement être considérée comme une transposition vers un capital conditionnel selon le nouveau droit de la société anonyme. Une radiation formelle de l'ancien capital conditionnel et une nouvelle inscription d'un capital conditionnel selon le nouveau droit de la société anonyme ne sont pas nécessaires et ne sont généralement pas possibles.

Remarque concernant l'art. 653i CO : l'art. 653i CO sert à protéger les titulaires de droits de conversion et d'option dans le cas d'un **capital conditionnel** et s'applique en cas de suppression ou de suppression partielle (= adaptation) du capital conditionnel (dans ce sens également la note marginale concernant l'art. 653i CO). En revanche, en cas d'autres modifications de la disposition statutaire relative au capital conditionnel (p. ex. augmentation du montant du capital conditionnel ou autres modifications), l'art. 653i CO ne doit pas être respecté et une confirmation par un expert-réviseur agréé n'est donc pas nécessaire.

2.2 Disposition statutaire introduisant une marge de fluctuation du capital (clause d'autorisation)

En cas d'introduction d'une marge de fluctuation du capital, une base statutaire définissant l'étendue des pouvoirs du conseil d'administration doit être introduite (« clause d'autorisation »). Le contenu de cette clause d'autorisation est décrit à l'art. 653t, al. 1, CO. Dans ce contexte, on peut se demander dans quelle mesure la clause d'autorisation doit être vérifiée par l'office du registre du commerce et dans quels cas la disposition statutaire doit être refusée.

En substance, il est possible de retenir ce qui suit :

- Les **limites supérieure et inférieure** doivent nécessairement figurer dans la clause d'autorisation (art. 653f, ch. 7, CO). La seule mention du montant de l'augmentation ou de la réduction n'est pas suffisante. Exception: dans le cas d'une autorisation uniquement à augmenter (correspondant au capital autorisé selon l'ancien droit), il peut être renoncé à l'indication de la limite inférieure, car il n'existe ici pas de limite inférieure fixe, mais plutôt une limite inférieure correspondant au capital-actions actuel. Attention: Si le capital-actions inscrit au registre du commerce au moment de l'introduction de la marge de fluctuation du capital est pris comme limite inférieure, on peut en principe partir du principe qu'une réduction du capital n'est pas exclue et qu'elle sera possible après une augmentation du capital.
- **Nombre et valeur nominale** : Le conseil d'administration peut être autorisé à augmenter le capital par l'émission d'un certain nombre d'actions, sur le modèle de l'augmentation de capital autorisée sous l'ancien régime. Dans ce cas, le nombre et la valeur nominale des actions à émettre sont mentionnés dans la clause d'autorisation. Mais si l'AG veut donner au conseil d'administration la compétence globale d'augmenter ou de réduire le capital à volonté à l'intérieur d'une certaine fourchette, l'indication du nombre et de la valeur nominale des actions à émettre n'est non seulement pas judicieuse, mais peut conduire à des formulations peu claires ou à des questions consécutives en relation avec l'adaptation de la clause d'autorisation (cf. ch. 2.3. ci-après). Le nombre et la valeur nominale des actions à émettre ne devraient figurer dans la clause d'autorisation que si l'autorisation du conseil d'administration doit être limitée en conséquence ; dans le cas contraire, il est possible de renoncer à ces indications malgré le libellé de l'art. 653f, al. 1, ch. 4, CO, qui ne fait aucune distinction à cet égard.
- Des **alternatives** dans le cadre de la clause d'autorisation (actions ou bons de participation, émission d'actions ou augmentation de valeur nominale, etc.) sont en principe possibles. Lors de la formulation, il y a lieu de prêter attention au fait que l'usage de toutes les alternatives ne doivent pas permettre de dépasser la limite supérieure de la marge de fluctuation du capital.

2.3 Adaptation de la clause d'autorisation de marge de fluctuation du capital

Si le capital est augmenté ou réduit dans le cadre d'une marge de fluctuation du capital, le conseil d'administration procède aux **constatations requises et modifie les statuts** conformément à l'art. 653u, al. 4, CO. En ce qui concerne les « constatations requises », il est fait référence à l'art. 652g CO resp. à l'art. 653g CO pour une augmentation de capital et à l'art. 653o CO pour une réduction de capital. Le montant du capital-actions et des apports effectués ainsi que le nombre, la valeur nominale et l'espèce d'actions doivent être adaptés dans les statuts.

La question se pose de savoir si la clause d'autorisation (art. 653f, al. 1, CO) doit également être adaptée dans le cadre de la modification nécessaire des statuts. Il est certain qu'au moins les limites inférieure et supérieure de la marge de fluctuation du capital ne peuvent pas être adaptées. **Les limites de la marge de fluctuation du capital sont rigides et ne peuvent être adaptées que par l'assemblée générale.** De même, les autres éléments de la clause d'autorisation ne peuvent en principe être modifiés que par l'assemblée générale. La clause

d'autorisation représente un instantané statique au moment de son introduction. **Après la modification du capital, seule la « disposition relative au capital » dans les statuts (capital, actions, valeur nominale) est adaptée, et non la clause d'autorisation.**

Il n'y a d'exception que lorsque la clause d'autorisation contient des indications sur le nombre et la valeur nominale des actions à émettre (cf. ch. 2.2). Pour des raisons de transparence et par analogie avec la pratique relative au « capital autorisé », des adaptations de la clause d'autorisation par le conseil d'administration après l'augmentation/la réduction du capital doivent être autorisées. L'adaptation signifie l'actualisation des indications correspondantes (comme c'était le cas sous l'ancien droit pour l'augmentation autorisée du capital) ou – si l'ajout du nombre et de la valeur nominale des actions à émettre n'avait pas pour but de limiter l'autorisation du conseil d'administration – la suppression des indications correspondantes.

2.4 Interaction entre marge de fluctuation du capital et capital conditionnel

Capital conditionnel en dehors de la marge de fluctuation du capital

En plus de la marge de fluctuation du capital, il peut exister un **capital conditionnel en dehors de la marge de fluctuation du capital** au sens des art. 653 ss CO. Celui-ci existait déjà avant l'intégration de la marge de fluctuation du capital ou peut être introduit ultérieurement. Si l'assemblée générale décide ultérieurement d'introduire un capital conditionnel, les limites supérieure et inférieure de la marge de fluctuation du capital sont augmentées en fonction de l'ampleur de l'augmentation du capital-actions, conformément à l'art. 653v, al. 2, CO.

Capital conditionnel dans le cadre de la marge de fluctuation du capital

L'assemblée générale a également la possibilité de créer un **capital conditionnel dans le cadre de la marge de fluctuation du capital**. Cela peut se faire soit lors de l'introduction de la marge de fluctuation du capital (art. 653t, al. 1, ch. 9, CO), soit à une date ultérieure (art. 653v, al. 2 deuxième phrase, CO). Dans les deux cas, la clause d'autorisation doit contenir les indications prévues à l'art. 653t, al. 1, ch. 9, CO (qui renvoie à son tour aux indications prévues à l'art. 653b CO). Pour des raisons de transparence et par analogie avec la pratique relative au capital conditionnel en dehors de la marge de fluctuation du capital, l'inscription suivante est effectuée au registre du commerce : « **marge de fluctuation du capital selon description plus détaillée dans les statuts, en partie avec capital conditionnel** ». Lors de la réalisation de l'augmentation de capital à partir du capital conditionnel dans le cadre de la marge de fluctuation du capital, l'inscription suivante est effectuée : « **augmentation de capital à partir du capital conditionnel dans le cadre de la marge de fluctuation du capital** ».

En cas de suppression anticipée de la marge de fluctuation du capital (p.ex. parce qu'une augmentation ordinaire du capital ou un changement de monnaie ont été décidés), les titulaires d'options et d'emprunts convertibles doivent être protégés si des options ou des emprunts convertibles ont déjà été émis en relation avec un capital conditionnel dans le cadre de la marge de fluctuation du capital. Le capital conditionnel doit donc, même s'il n'existe pas de base légale explicite à ce sujet, continuer à exister en tant que « capital conditionnel en dehors de la marge de fluctuation du capital » en ce qui concerne les emprunts à option et les emprunts convertibles déjà émis. Les indications correspondantes dans les statuts (art. 653t, al. 1, ch. 9, CO) ne doivent pas être supprimées pour des raisons de transparence (si ces indications ont été intégrées dans la clause d'autorisation, une nouvelle disposition sur le capital

conditionnel doit être insérée dans les statuts lors de la suppression de la clause d'autorisation).

2.5 Augmentation de capital par compensation avec indication du montant maximal

Conformément à l'art. 650, al. 2, ch. 1, CO, la loi autorise désormais explicitement l'augmentation de capital avec un montant nominal maximal. En conséquence, l'assemblée générale décide du montant nominal maximal dont le capital-actions doit être augmenté et du nombre maximal d'actions qui seront émises. On peut se demander si, dans un tel cas, une libération par compensation est également possible. Selon l'art. 650, al. 2, ch. 5, CO, l'assemblée générale fixe, dans le cadre de la libération par compensation, le montant de la créance compensée, le nom du créancier et les actions qui lui reviennent. Cette formule est en contradiction avec l'augmentation de capital avec un montant nominal maximal.

Il n'y a pas de raison pour qu'une augmentation de capital avec un montant nominal maximal ne soit pas également possible en cas de libération par compensation. Dans le sens d'une **extension téléologique**, l'art. 650, al. 2, ch. 5, CO peut être compris dans le sens que le **montant maximal des créances compensées et le nombre maximal d'actions à émettre doivent être indiqués**.

Même si cela n'est probablement pas relevant en pratique, une augmentation de capital avec un montant nominal maximal devrait théoriquement aussi être possible si la libération se fait par apport en nature (art. 650, al. 2, ch. 4, CO). L'extension téléologique devra également être appliquée ici.

2.6 Mention de la reprise de biens à l'art. 652f, al. 2, CO

La mention de la reprise de biens à l'art. 652f, al. 2, CO est une **erreur du législateur** qui devra être corrigée à l'occasion.

La reprise de biens ne constitue plus un fait qualifié et ne peut donc naturellement pas déclencher l'obligation d'établir une attestation de contrôle.

3 Divers

3.1 Renvoi aux normes du droit de la société anonyme lors d'assemblée des associés d'une Sàrl

L'art. 805, al. 5, ch. 2^{bis}, CO renvoie, en ce qui concerne l'assemblée des associés d'une Sàrl, aux dispositions du droit de la société anonyme relatives au lieu de réunion et au recours aux médias électroniques.

L'art. 808b, al. 1, CO définit quant à lui les décisions de l'assemblée des associés qui requièrent une **majorité qualifiée**. Contrairement au droit de la SA (art. 704, al. 1, CO), il manque dans ce catalogue l'introduction de la base statutaire pour l'assemblée des associés à l'étranger ou la base statutaire pour la renonciation au représentant indépendant lors de l'assemblée

virtuelle des associés. On peut donc se demander si une majorité simple suffit pour les décisions correspondantes ou si la norme de renvoi de l'art. 805, al. 5, ch. 2^{bis}, CO suffit pour exiger une décision à la majorité qualifiée également dans le droit de la Sàrl.

Il n'y a pas de raison apparente pour considérer qu'une décision qualifiée soit nécessaire dans le droit de la société anonyme et qu'une décision simple suffise dans le droit de la Sàrl. Il est donc recommandé d'exiger la prise de décision qualifiée également pour la Sàrl. En l'absence de base légale (lacune dans la loi), le respect du quorum correspondant ne peut toutefois pas être exigé.

3.2 Réunions virtuelles du CA

L'art. 713, al. 2, ch. 2, CO renvoie par analogie aux art. 701c-e pour l'utilisation de moyens électroniques au sein du CA. **Ce renvoi ne doit pas être compris dans le sens où une base statutaire serait également nécessaire pour les décisions virtuelles du CA et qu'un représentant indépendant devrait être désigné** (art. 701d CO). Comme il s'agit d'un simple renvoi par analogie et que le message prévoit de codifier la pratique actuelle, cela semble approprié.

3.3 Tenue du procès-verbal lors de réunions du CA

Conformément à l'art. 713, al. 3, CO, les délibérations et les décisions du conseil d'administration doivent être consignées dans un procès-verbal signé par le président et le rédacteur du procès-verbal.

Il n'y a pas de renvoi aux dispositions relatives au procès-verbal de l'AG, raison pour laquelle **l'art. 702 n'est pas applicable aux procès-verbaux du CA.**

3.4 Adaptation de l'art. 6 LFus (fusion d'assainissement)

Avec la révision du droit de la société anonyme, la disposition concernant la postposition des créanciers en cas de fusion d'assainissement est alignée sur l'art. 725 CO et sur les nouvelles dispositions relatives aux réserves (art. 671 s. CO) (art. 6, al. 1^{bis}, LFus). L'art. 6, al. 2, LFus n'a pas été modifié dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme.

Par cette modification législative, le législateur n'a pas voulu modifier la nécessité de la confirmation de l'expert-réviseur agréé. **Une confirmation au sens de l'art. 6, al. 2, LFus reste donc nécessaire aussi bien en cas de fonds propres libres suffisants qu'en cas de postposition.** Dans le sens d'une interprétation téléologique, le renvoi de l'alinéa 2 se réfère non seulement à l'alinéa 1 mais aussi à l'alinéa 1^{bis}.

3.5 Augmentation de capital dans la Sàrl

Dans l'ancienne ORC, le contenu de l'acte authentique relatif à la décision de l'assemblée des associés ainsi que le contenu de l'acte authentique relatif aux constatations des gérants et à la modification des statuts étaient inscrits à l'art. 75 en relation avec l'augmentation du capital d'une Sàrl. Conformément à l'art. 57, al. 1, let. l et al. 2, let. d, ORC, les droits de préférence, de préemption ou d'emption devaient être mentionnés.

La révision du droit de la société anonyme a abrogé l'art. 75 ORC, car le contenu d'un acte authentique doit être réglé dans la loi et non dans l'ordonnance. L'art. 781, al. 5, CO renvoie aux dispositions du droit de la société anonyme relatives à l'augmentation ordinaire du capital pour l'augmentation du capital social, comme le prévoyait déjà l'ancien droit. Par conséquent, avec l'abrogation de l'art. 75 ORC, il n'existe plus de base pour exiger dans les actes authentiques une mention des droits de préférence, de préemption ou d'emption en cas d'augmentation du capital social.

Conformément à l'art. 781, al. 3, CO, la souscription et l'apport sont toutefois régis par les dispositions relatives à la fondation de la société. **En conséquence, les droits de préférence, de préemption et d'emption doivent être mentionnés dans la souscription.** La mention des droits et obligations statutaires n'est pas nécessaire si le souscripteur est déjà associé. Cette éventuelle indication dans le cadre de la souscription est suffisante. **Une mention supplémentaire des droits de préférence, de préemption et d'emption dans le cadre de l'acte authentique n'est pas nécessaire et ne peut pas être exigée** – même si les bulletins de souscription, qui ne sont pas obligatoirement des pièces justificatives du registre du commerce, ne sont pas remis à l'office du registre du commerce.

OFFICE FÉDÉRAL DU REGISTRE DU COMMERCE

Nicholas Turin