



Communication OFRC 3/22

19 décembre 2022

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

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

1 Situation initiale

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

2 Questions de droit transitoire en relation avec les modifications du capital-actions

2.1 Augmentation du capital-actions

Le nouveau droit de la société anonyme apporte divers changements dans le domaine de l'augmentation du capital-actions. Des questions de droit transitoire se posent en rapport avec les augmentations qui seront décidées par l'assemblée générale en 2022, mais qui ne seront annoncées à l'office du registre du commerce qu'en 2023.

Les dispositions transitoires de la modification du 19 juin 2020 ne contenant pas de règle spécifique pour l'augmentation ordinaire du capital-actions, la règle générale de l'art. 1 des dispositions transitoires et des art. 1 à 4 tit. fin. CC s'appliquent. Les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau droit continuent à être régis par les dispositions du droit sous l'empire duquel ces faits se sont passés. Au contraire, les faits postérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau droit sont régis par celui-ci, sous réserve des exceptions prévues par la loi.

Ainsi, si la décision d'augmentation est prise par l'assemblée générale en 2022, **l'ensemble de la procédure d'augmentation du capital-actions (décision de l'assemblée générale,**

¹ RS 220.

² RS 221.411.

décision du conseil d'administration, inscription au registre du commerce) est régi par l'ancien droit (indépendamment du fait que la décision du conseil d'administration intervienne en 2022 ou en 2023). Le délai de trois mois prévu à l'art. 650 aCO est applicable, aucune clause statutaire n'est requise pour les augmentations avec libération par compensation de créance ou conversion de fonds propres librement disponibles et la reprise de biens (envisagée) constitue un cas de fondation qualifiée (rapport d'augmentation de capital et attestation de vérification, clause statutaire et mention au registre du commerce). **Le nouveau droit s'applique sans restriction à toutes les augmentations du capital-actions décidées par l'assemblée générale après le 1^{er} janvier 2023.**

2.2 Réduction du capital-actions

Avec le nouveau droit de la société anonyme, les dispositions relatives à la réduction du capital-actions sont révisées et de nouvelles règles s'appliquent, notamment en ce qui concerne l'appel aux créanciers (art. 653k nCO). Des questions de droit transitoire se posent en relation avec les réductions qui seront décidées en 2022 par l'assemblée générale, mais qui ne seront annoncées à l'office du registre du commerce qu'en 2023.

Les dispositions transitoires de la modification du 19 juin 2020 ne contenant pas de règle spécifique pour la réduction du capital-actions, la règle générale de l'art. 1 des dispositions transitoires et des art. 1 à 4 tit. fin. CC s'appliquent. Les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau droit continuent à être régis par les dispositions du droit sous l'empire duquel ces faits se sont passés. Au contraire, les faits postérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau droit sont régis par celui-ci, sous réserve des exceptions prévues par la loi.

Ainsi, si la décision de réduction est prise par l'assemblée générale en 2022, **l'ensemble de la procédure de réduction du capital-actions (décision de l'assemblée générale, appel aux créanciers, décision du conseil d'administration, réquisition d'inscription au registre du commerce) est régi par l'ancien droit** (indépendamment de la date de publication de l'appel aux créanciers et indépendamment du fait que la décision du conseil d'administration intervienne en 2022 ou déjà en 2023). **Le nouveau droit s'applique sans restriction à toutes les réductions du capital-actions décidées par l'assemblée générale après le 1^{er} janvier 2023.**

3 Questions de droit transitoire dans le droit de l'assainissement

La révision du droit de la société anonyme a également apporté des modifications au droit de l'assainissement (art. 725 ss. nCO). Diverses questions de droit transitoire se posent en la matière.

Les dispositions transitoires de la modification du 19 juin 2020 ne contenant pas de disposition spécifique concernant l'art. 725a nCO, la règle générale de l'art. 1 des dispositions transitoires et des art. 1 à 4 tit. fin. CC s'applique.

Par conséquent, le nouveau droit de l'assainissement s'appliquera pleinement à partir du 1^{er} janvier 2023. Ainsi, si les comptes annuels au 31 décembre 2022 font apparaître une perte de capital au sens de l'art. 725a nCO, le conseil d'administration devra prendre les mesures nécessaires et les *comptes annuels 2022* devront être soumis à un contrôle restreint.

Il convient également de noter qu'à partir du 1^{er} janvier 2023, les dispositions relatives au remboursement de la réserve légale issue du capital (art. 671, al. 2, nCO), à la constitution de réserves (art. 672 ss. nCO), à la compensation des pertes (art. 674 nCO), à la fixation des

dividendes (art. 675, al. 3, nCO), etc. s'appliqueront sans restriction (**pas de régime particulier pour les comptes annuels 2022**).

4 Constatations des fondateurs/du conseil d'administration

Dans le cadre de la constitution (art. 629, al. 2, ch. 3, nCO), respectivement de l'augmentation du capital-actions (art. 652g, al. 1, ch. 3, nCO), les fondateurs, respectivement le conseil d'administration, doivent constater que les exigences fixées par la loi, par les statuts et par la décision de l'assemblée générale concernant la libération des apports sont remplies **au moment de la signature de l'acte constitutif, respectivement au moment de la constatation**. Cela permet de créer une sécurité juridique, en particulier lorsqu'il est fait référence à une monnaie étrangère (capital-actions en monnaie étrangère ou libération au moyen d'une monnaie étrangère), car la date déterminante pour la conversion est ainsi précisée. Les variations de cours qui surviennent ultérieurement ne doivent pas être prises en compte. **Les constatations des fondateurs, respectivement du conseil d'administration, dans le cadre de la fondation ou de l'augmentation du capital-actions devront désormais être rédigées conformément au nouveau texte de loi.**

Si des actes authentiques contenant d'*anciennes* formulations sont remis à l'office du registre du commerce (constatation "que les exigences légales et statutaires relatives au versement des apports sont remplies"), **la validité de l'opération ne doit pas être remise en question et l'inscription doit être effectuée sur la base des pièces justificatives remises** (les constatations ne sont pas fausses mais seulement imprécises et le nouveau droit s'applique indépendamment du fait que la date déterminante soit mentionnée ou non dans les constatations). **Les notaires sont invités à apporter les adaptations nécessaires à leurs modèles d'actes.**

5 Mention du degré de libération dans le cadre de l'augmentation du capital-actions

Dans le cadre de l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme, il était prévu de supprimer la possibilité d'une libération partielle dans la société anonyme³. La suppression de cette possibilité n'ayant pas permis de dégager une image claire, il a été décidé de la maintenir, notamment en raison de la situation économique tendue et des résultats peu clairs de l'analyse d'impact de la réglementation. Dans le cadre du remaniement de l'avant-projet, l'adaptation de l'art. 650, al. 2, let. 1, nCO semble avoir été oubliée ; le nouveau libellé ne contient plus l'obligation de mentionner le montant des apports qui doivent être effectués. **Il va de soi que, même avec le nouveau droit de la société anonyme, l'assemblée générale doit fixer le montant nominal total ou, le cas échéant, le montant nominal maximal, dont le capital-actions doit être augmenté, ainsi que le montant des apports à effectuer.** Comme dans le cadre de la constitution, le degré de libération doit impérativement figurer dans les statuts et une délégation au conseil d'administration par l'assemblée générale n'est pas envisagée par le législateur ; dans le cas contraire, une norme de délégation comme celle prévue à l'art. 650, al. 2, ch. 3, nCO aurait dû être introduite.

³ Cf. art. 632 de l'avant-projet de modification du code des obligations (droit de la société anonyme) du 28 novembre 2014.

6 Pièces justificatives à remettre

L'ordonnance sur le registre du commerce précise à plusieurs endroits qu'un acte authentique doit être remis comme pièce justificative (cf. par exemple art. 43, al. 1, let. a, nORC). La question se pose de savoir si tous les documents annexés à l'acte authentique doivent être remis en même temps que ce dernier (cf. par exemple art. 631, al. 2, nCO).

Si les annexes à l'acte authentique doivent également être remises au registre du commerce, elles seront explicitement mentionnées dans l'ordonnance sur le registre du commerce (cf. par exemple, dans le cadre de la fondation, les statuts, le rapport de fondation, l'attestation de vérification, éventuellement l'attestation de la banque et les éventuels contrats d'apport en nature). **Les pièces justificatives non mentionnées dans l'ordonnance sur le registre du commerce ne doivent pas être remises au registre du commerce, même si elles sont annexées à l'acte authentique** (cf. procurations, bulletins de souscription, etc.).

7 Signature de la réquisition d'inscription

Depuis le 1^{er} janvier 2021, le nouvel art. 17 ORC prévoit que, sous réserve d'une disposition légale contraire, la réquisition d'inscription au registre du commerce est signée par une ou plusieurs personnes autorisées à représenter l'entité juridique, conformément à leur droit de signature, ou par un tiers en possession d'une procuration⁴.

La phrase introductive de l'art. 17 ORC fait une réserve expresse pour le cas où la loi ou une ordonnance réglemente différemment la compétence de requérir l'inscription⁵. La révision du droit de la société anonyme a modifié ou abrogé certaines de ces dispositions, qui obligent par exemple le conseil d'administration⁶. **Dans ces domaines, c'est donc la règle générale de l'art. 17 ORC qui s'applique désormais.** Il subsiste encore dans la loi quelques dispositions qui règlent la question de la signature de la réquisition dans le domaine de la société anonyme en dérogation à l'art. 17 ORC⁷. **Dans ce cas, la réglementation légale continue de prévaloir.** Il est prévu d'abroger également ces dispositions dans le cadre des prochains projets de révision, afin que l'art. 17 ORC puisse s'appliquer sans restriction.

⁴ Cf. Communication OFRC 4/2020, p. 5.

⁵ Pour la liste, voir la Communication OFRC 4/2020, p. 4

⁶ Par exemple, art. 652h, art. 653h et art. 720 aCO.

⁷ Par exemple, art. 727a al. 5, art. 740 al. 2 et art. 746 CO ainsi que l'art. 62 al. 5 ORC et diverses dispositions dans la loi sur la fusion.

Enfin, il convient de noter que **l'Office fédéral du registre du commerce n'a pas l'intention de publier des statuts-types**, relatifs au nouveau droit de la société anonyme. Nous renvoyons à cet égard au matériel des offices cantonaux du registre du commerce.

Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme le 1.1.2023, diverses autres questions d'interprétation se poseront. L'Office fédéral du registre du commerce publiera en temps voulu de nouvelles communications, afin de garantir une application du droit aussi uniforme que possible dans les cantons.

OFFICE FÉDÉRAL DU REGISTRE DU COMMERCE

Nicholas Turin