



Berne, le 17 février 2020

Modification de l'ordonnance sur le registre du commerce

Rapport explicatif

Table des matières

1	Contexte	3
2	Commentaire des dispositions.....	3
2.1	Titre 2 Procédure d'inscription.....	3
2.2	Titre 3 Dispositions spéciales concernant l'inscription	4
2.3	Titre 4 Dispositions concernant l'inscription applicables à toutes les formes juridiques	13
2.4	Titre 5 Inscriptions d'office	15
3	Conséquences	16
3.1	Conséquences pour la Confédération	16
3.2	Conséquences pour les cantons	16
3.3	Conséquences économiques	17
4	Normes de délégation	17

1 Contexte

La modification du code des obligations (CO)¹ concernant le droit de la société anonyme a été adoptée le 19 juin 2020 au vote final par 143 voix contre 51 et 4 abstentions au Conseil national et par 37 voix contre 4 et 4 abstentions au Conseil des États². Le délai référendaire est échu le 8 octobre 2020 sans avoir été utilisé. Le 11 septembre 2020, le Conseil fédéral a décidé d'une entrée en vigueur partielle de cette révision au 1^{er} janvier 2021 pour les dispositions relatives aux seuils de représentation des sexes et à la transparence dans le secteur des matières premières³. Il a en outre décidé d'une autre entrée en vigueur partielle le 14 octobre 2020 : l'art. 239a, al. 2, LP est entré en vigueur le 20 octobre 2020⁴. Les autres dispositions entreront en vigueur en même temps que les dispositions d'exécution, et en particulier que la modification de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC)⁵. Des ajustements étant encore nécessaires dans le domaine informatique (cf. ch. 3), l'entrée en vigueur avant 2023 est par conséquent peu probable.

La révision du CO entraîne des adaptations de l'ORC, en particulier s'agissant des prescriptions en matière de fondation des sociétés et de capital. Tout d'abord, il convient dans la mesure du possible d'adapter le libellé de l'ORC à celui du CO afin de garantir la sécurité du droit. Ensuite, les nouvelles dispositions légales sur la marge de fluctuation du capital et sur la possibilité de fixer le capital-actions dans une monnaie étrangère nécessitent l'ajout de nouvelles dispositions dans l'ORC. Avec la révision du droit de la société anonyme, le législateur charge enfin le Conseil fédéral de définir la liste des monnaies étrangères dans lesquelles le capital-actions peut être fixé (art. 621, al. 2, CO). Cette liste est intégrée dans l'ORC. La révision du droit de la société anonyme contient également des normes de délégation au Conseil fédéral en matière de transparence dans le secteur des matières premières (art. 694d, al. 3, et 964f CO). Il s'agit toutefois de normes potestatives et aucune disposition d'exécution sur ce sujet ne s'impose pour le moment.

Par ailleurs, ce projet met en œuvre la motion Romano 18.3262 « SCoop. Modifier en italien et en français l'abréviation trompeuse de la forme juridique de la société coopérative ».

2 Commentaire des dispositions

2.1 Titre 2 Procédure d'inscription

Chapitre 1 Réquisition et pièces justificatives

Art. 22 Statuts et actes de fondation

La forme authentique est désormais requise pour l'acte de fondation d'une société coopérative (art. 830 CO ; voir les commentaires relatifs aux art. 84 s.). La société coopérative est constituée par un acte passé en la forme authentique dans lequel les fondateurs déclarent fonder une société coopérative, arrêtent le texte des statuts et désignent les organes. Cela signifie que les statuts d'une société coopérative, à l'instar de ceux d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, doivent aussi être attestés conformes par un officier public. L'art. 22, al. 4, est donc adapté en ce sens.

Selon l'art. 838a CO, toute décision de l'assemblée générale ou de l'administration modifiant les statuts doit également faire l'objet d'un acte authentique et être inscrite au registre du commerce. Une version complète des nouveaux statuts devra alors être remise au registre du

¹ RS 220
² FF 2020 5409
³ RO 2020 4005
⁴ RO 2020 4145
⁵ RS 221.411

commerce (art. 22, al. 3). L'obligation de faire attester par un officier public la conformité d'une modification des statuts est valable dès l'entrée en vigueur de la révision.

2.2 Titre 3 Dispositions spéciales concernant l'inscription

Chapitre 3 Société anonyme

Art. 43 Réquisition et pièces justificatives

Dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme, la terminologie utilisée dans l'art. 633 CO a été adaptée à celle de la loi sur les banques (ne concerne que l'allemand). Cette adaptation se répercute également sur l'ORC, de sorte que l'expression « Bankinstitut » doit être remplacée par « Bank » (al. 1, let. f).

La révision de la société anonyme fixe en outre de nouvelles règles en ce qui concerne les formes qualifiées de fondation ou d'augmentation de capital. Ainsi, la reprise de biens (effective ou envisagée) n'est plus considérée comme un acte qualifié (pour les explications, voir le chapitre 1.4.1.3 du message sur la révision du droit de la société anonyme⁶). Il faut donc biffer la mention de la reprise de biens (effective ou envisagée) dans l'ORC (al. 3, phrase introductive, et let. b).

Le libellé actuel de la disposition relative à l'entreprise de révision qui émet l'attestation de vérification (entreprise de révision soumise à la surveillance de l'État, expert-réviseur agréé ou réviseur agréé) est adapté (al. 3, let. d), mais sans modification quant au fond. Il ne s'agit que d'une simplification linguistique visant à éviter des malentendus ou des interprétations fautives. Les exigences auxquelles doit répondre l'entreprise de révision sont définies à l'art. 727b CO.

Art. 44 Acte constitutif

La révision du droit de la société anonyme assouplit les règles sur la constitution de la société et sur le capital-actions. Les dispositions relatives à la fondation de la société anonyme ont été refondues et l'art. 44 doit donc être adapté au nouveau libellé de l'art. 629 CO. Pour garantir la sécurité du droit, il est en effet important que les dispositions sur le contenu de l'acte constitutif dressé en la forme authentique soient libellées de manière strictement identique dans l'ORC et dans le CO.

À la let. g, ch. 3, il est donc précisé que le moment à partir duquel les apports doivent respecter les exigences légales et statutaires est celui de la signature de l'acte constitutif. Au ch. 4, la mention de la reprise de biens (effective ou envisagée) est biffée (voir les commentaires relatifs à l'art. 43, al. 3, let. b).

La let. g^{bis} se réfère au capital-actions en monnaie étrangère et aux apports qui sont effectués dans une autre monnaie que celle du capital-actions. Dans les deux cas, le taux de change appliqué doit être mentionné dans l'acte authentique. Cela garantit la traçabilité des transactions, que ce soit lors de la fondation de la société ou par la suite.

Art. 45 Contenu de l'inscription

La révision du droit de la société anonyme introduit la possibilité de fixer le capital-actions dans une monnaie étrangère (art. 621, al. 2, CO). La monnaie du capital doit donc désormais faire

⁶

Message du 23 novembre 2016 concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme), FF 2017 323

l'objet d'une rubrique à part (al. 1, let. h). S'agissant des monnaies étrangères admises, nous renvoyons aux explications relatives à l'art. 118a et à l'annexe 3.

Par ailleurs, la let. s est aussi adaptée aux nouvelles prescriptions du droit de la société anonyme. Selon le droit en vigueur, le contenu minimal des statuts exigé par la loi comprend la forme à observer pour les publications de la société. La notion de publication recouvre ici toutes les communications de la société, aussi bien aux actionnaires qu'à des tiers. Selon l'art. 931, al. 2, CO, toutes les publications exigées par la loi doivent se faire dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Mentionner explicitement dans les statuts que la FOSC est l'organe de publication de la société fait donc double emploi et n'a guère de sens. De fait, les statuts ne comportent souvent aucune disposition sur les publications de la société et, par conséquent, seule la FOSC figure dans le registre du commerce en tant qu'organe de publication officiel. C'est pourquoi la révision du droit de la société anonyme précise que la forme des communications de la société à ses actionnaires fait partie du contenu des statuts exigé par la loi (art. 626, al. 1, ch. 7, CO). Par analogie, la forme des communications de la société aux actionnaires doit aussi être inscrite au registre du commerce.

Les al. 2 et 3 sont adaptés au fait que la reprise de biens (effective ou envisagée) ne constitue plus un fait qualifié en cas de fondation d'une société (voir les commentaires relatifs à l'art. 43, al. 3, let. b).

Art. 46 Réquisition et pièces justificatives

Le droit actuel accorde au conseil d'administration un délai de trois mois pour exécuter une augmentation ordinaire du capital-actions. Dans la pratique, ce laps de temps s'avère souvent trop bref et c'est la raison pour laquelle la révision du droit de la société anonyme fait passer ce délai à six mois (art. 650, al. 3, CO). Le délai indiqué à l'art. 46, al. 2, doit donc être adapté en conséquence.

À l'al. 2, la terminologie est adaptée à celle de la loi sur les banques (voir les commentaires relatifs à l'art. 43, al. 1, let. f ; ne concerne que l'allemand et l'italien).

À l'al. 3, la let. b est abrogée pour tenir compte du fait que la reprise de biens (effective ou envisagée) ne constitue plus un fait qualifié pour une augmentation de capital (voir les commentaires relatifs à l'art. 43, al. 3, let. b). S'agissant de la nouvelle formulation de la let. c, nous renvoyons aux explications relatives à l'art. 43, al. 3, let. d. Enfin, la let. d redéfinit les conditions qui doivent être remplies lorsque l'augmentation ordinaire du capital-actions se fait par conversion de fonds propres dont la société peut librement disposer. La base légale qui règle cette conversion se trouve à l'art. 652d CO. La preuve que le montant de l'augmentation est couvert est apportée par les comptes annuels dans la version approuvée par l'assemblée générale et vérifiée par un réviseur agréé. Si la date de clôture du bilan remonte à plus de six mois au jour de la décision de l'assemblée générale, des comptes intermédiaires sont exigés. Le rapport de révision doit être remis avec les comptes annuels ou, le cas échéant, les comptes intermédiaires.

S'agissant des adaptations linguistiques apportées à l'al. 4, nous renvoyons aux commentaires relatifs à l'art. 43, al. 3, let. d.

Art. 47 Actes authentiques

L'al. 1 fixe le contenu de l'acte authentique qui constate la décision de l'assemblée générale. Ce contenu est défini à l'art. 650, al. 2, CO et le libellé de l'ORC est donc adapté à cette disposition. Il est en effet judicieux que la terminologie utilisée soit strictement identique dans l'ORC et dans le CO afin de garantir la sécurité du droit. Pour plus de clarté, l'ordre d'apparition

des différents éléments dans le CO est également repris dans l'ORC. La plupart des modifications apportées ici sont donc de nature purement formelle et n'ont aucun effet quant au fond. La disposition sur la reprise de biens (effective ou envisagée) est en outre supprimée puisqu'il ne s'agit plus d'un acte qualifié en cas d'augmentation de capital, tandis que la libération par compensation d'une créance (let. e) et la conversion de fonds propres dont la société peut disposer librement (let. f) sont maintenant mentionnées explicitement. La suppression d'une éventuelle marge de fluctuation du capital (art. 653s ss. CO) fait l'objet de la let. k. La base légale de la suppression est l'art. 653v CO, selon lequel la décision instituant une marge de fluctuation du capital devient caduque si l'assemblée générale décide d'augmenter le capital-actions pendant la durée de validité de la marge de fluctuation du capital. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'assemblée générale prenne une décision formelle sur la suppression de la marge de fluctuation du capital. Il paraît toutefois judicieux d'inclure ce point dans l'acte authentique afin de s'assurer que le conseil d'administration ne l'oublie pas lors de la modification subséquente des statuts.

L'al. 2 fixe le contenu de l'acte authentique relatif aux constatations du conseil d'administration et à la modification des statuts. Il découle de la nouvelle systématique de cet alinéa que l'acte authentique doit comporter trois parties, à savoir les constatations du conseil d'administration, la décision relative à la modification des statuts, ainsi que la mention des pièces justificatives et l'attestation de l'officier public. Les constatations du conseil d'administration (let. a) sont définies à l'art. 652g, al. 1, CO et le libellé de l'ORC est strictement identique à celui du CO. La décision du conseil d'administration relative à la modification des statuts (let. b) se fonde sur la décision de l'assemblée générale (al. 1). Il convient notamment de ne pas oublier de supprimer les dispositions éventuelles sur la marge de fluctuation du capital. Cette suppression doit se faire même si la décision de l'assemblée générale ne la mentionne pas (la marge de fluctuation du capital devient caduque d'office ; art. 653v CO). En ce qui concerne l'attestation par un officier public (let. c), il convient de souligner que, jusqu'à présent, celui-ci devait attester que les pièces justificatives lui avaient été soumises, de même qu'au conseil d'administration. Attester que les pièces justificatives ont aussi été présentées au conseil d'administration pose cependant un problème lorsque le règlement d'organisation de la société prévoit qu'un membre du conseil d'administration peut prendre seul les décisions de modifier les statuts et de constater cette modification. C'est pourquoi l'officier public ne peut être tenu de constater que les pièces justificatives ont été présentées au conseil d'administration, et c'est bien au conseil d'administration qu'il incombe de dresser ce constat (let. a, ch. 5). Il revient au conseil d'administration ou au membre du conseil d'administration qui en a reçu le mandat de veiller à ce que les membres absents puissent prendre connaissance des documents et puissent ainsi partager la responsabilité de la décision d'exécution de l'augmentation de capital prise par le conseil d'administration. L'officier public mentionne seulement les pièces justificatives et atteste qu'elles lui ont été présentées personnellement.

Art. 48 Contenu de l'inscription

L'art. 48 fixe le contenu de l'inscription au registre du commerce lors d'une augmentation ordinaire du capital-actions.

À l'al. 1, la suppression de la marge de fluctuation du capital est mentionnée à la let. k (art. 653v CO ; voir les commentaires relatifs à l'art. 47, al. 1, let. k).

À l'al. 2, la mention de la reprise de biens (effective ou envisagée) en tant que fait qualifié est biffée (voir les commentaires relatifs à l'art. 43, al. 3, let. b).

Section 3 Augmentation autorisée du capital (art. 49 et 50)

La marge de fluctuation du capital (art. 653s ss. CO ; voir les commentaires relatifs aux art. 59a ss.) rend caduques les dispositions de l'ORC sur l'augmentation autorisée de capital (art. 49 et 50), puisqu'une telle augmentation peut désormais être réalisée dans le cadre d'une marge de fluctuation du capital. Les dispositions correspondantes s'appliquent donc aussi dans ce cas et la section 3 peut donc être abrogée.

Art. 51 Décision de l'assemblée générale relative à l'octroi de droits

Les règles actuelles valables en cas d'augmentation au moyen d'un capital conditionnel sont globalement maintenues et seules des modifications ponctuelles et des précisions y sont apportées. On précise notamment qu'il s'agit d'une « augmentation au moyen d'un capital conditionnel » et non d'une « augmentation conditionnelle du capital ».

L'al. 2 est abrogé car le contenu des statuts doit être fixé dans le CO et non dans l'ORC. Cette abrogation n'entraîne toutefois aucune modification quant au fond.

Art. 52 Constatations du conseil d'administration et modification des statuts

Les modifications apportées à l'al. 1 sont purement linguistiques et n'ont aucun effet quant au fond (voir les commentaires relatifs à l'art. 43, al. 3, let. d).

Le contenu de l'acte authentique relatif aux constatations du conseil d'administration et à la modification des statuts est fixé à l'art. 653g CO. Le libellé de l'al. 2 est strictement identique à celui du CO. Les modifications apportées à la let. a, ch. 1 à 3, sont purement linguistiques et n'ont aucun effet quant au fond. Selon la let. a, ch. 4, le conseil d'administration doit désormais constater que les pièces justificatives sur lesquelles se fonde l'augmentation de capital lui ont été présentées, et selon la let. c, l'officier public doit mentionner ces pièces et confirmer qu'elles lui ont été présentées (voir les commentaires relatifs à l'art. 47, al. 2, let. c).

Art. 53 Suppression ou modification de la clause statutaire relative à l'augmentation au moyen d'un capital conditionnel

L'art. 53 est précisé afin de régler non seulement la suppression de la clause statutaire relative à l'augmentation au moyen d'un capital conditionnel, mais également sa modification (voir également l'art. 653i CO). L'al. 1 reprend à la lettre le libellé de l'art. 653i CO.

L'al. 2 reprend en substance l'ancien al. 2 en y apportant une précision à la let. a, afin de préciser que la clause statutaire peut non seulement être supprimée, mais aussi modifiée. La let. b fait l'objet d'une modification purement linguistique (voir les commentaires relatifs à l'art. 43, al. 3, let. d).

L'al. 3 porte sur le contenu de l'acte authentique et prévoit que ce dernier doit indiquer la décision du conseil d'administration relative à la suppression ou à la modification de la clause statutaire concernant l'augmentation au moyen d'un capital conditionnel. Étant donné que le registre du commerce vérifie si l'attestation de l'expert-réviseur agréé contient les informations requises, il n'y a plus lieu d'exiger cette constatation de la part de l'officier public qui instruit l'acte (voir art. 653i CO).

L'al. 4 est également précisé afin que la clause relative à l'augmentation au moyen d'un capital conditionnel puisse être modifiée ou supprimée.

Art. 54 Libération ultérieure des apports

En substance, les modalités de la libération ultérieure des apports ne changent pas (art. 643b CO), mais quelques adaptations de l'art. 54 sont rendues nécessaires par la modification des autres dispositions sur la fondation et le capital-actions.

À l'al. 1, let. c, la terminologie est adaptée à celle de la loi sur les banques (voir les commentaires relatifs à l'art. 43, al. 1, let. f ; ne concerne que l'allemand). À la let. d, les règles relatives à la conversion de fonds propres dont la société peut librement disposer sont reformulées par analogie à l'art. 652d CO. Enfin, à la let. e, la mention de la reprise de biens (effective ou envisagée) est biffée (voir les commentaires relatifs à l'art. 43, al. 3, let. b).

L'al. 2 est également reformulé par analogie aux autres dispositions sur le capital. Notamment, s'agissant de la présentation des pièces justificatives, l'officier public peut, dans ce cas aussi, seulement attester que les pièces justificatives lui ont été présentées, tandis qu'il incombe au conseil d'administration lui-même de constater que ces pièces lui ont été présentées (voir les commentaires relatifs à l'art. 47, al. 2, let. c). Aux let. b et e, la mention de la reprise de biens (effective ou envisagée) est biffée (voir les commentaires relatifs à l'art. 43, al. 3, let. b).

La reprise de biens (effective ou envisagée) est également biffée à l'al. 3 (voir les commentaires relatifs à l'art. 43, al. 3, let. b).

Art. 55 Réduction ordinaire du capital-actions

Dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme, la réglementation relative à la réduction du capital a été regroupée avec les différentes formes d'augmentation du capital dans le chapitre relatif aux procédures de modification du capital-actions (art. 653j ss. CO) et les imprécisions ainsi que les lacunes du droit en vigueur ont été éliminées. Dès lors, les dispositions de l'ORC correspondantes doivent aussi être modifiées.

La réduction ordinaire du capital-actions (réduction constitutive), qui fait désormais l'objet des art. 653j à 653o CO, est réglée à l'art. 55.

L'al. 1 énumère les pièces justificatives qui doivent être déposées au registre du commerce, tandis que le contenu des actes authentiques est défini dans les alinéas suivants. La structure choisie pour cette disposition est donc identique à celle des autres dispositions sur le capital. La let. d mentionne que les comptes annuels, ou les comptes intermédiaires lorsque la date de clôture du bilan remonte à plus de six mois au jour de la décision de réduction du capital-actions prise par l'assemblée générale, doivent désormais être remis au registre du commerce (art. 653l CO).

L'al. 2 fixe le contenu de l'acte authentique qui constate la décision de l'assemblée générale. Pour garantir la sécurité du droit, le libellé de l'ORC est strictement identique à celui de l'art. 653n CO. Sur le fond, l'aspect important est que l'appel aux créanciers peut avoir lieu avant ou après l'assemblée générale. Par conséquent, l'attestation de vérification ne doit pas obligatoirement déjà être établie au moment de l'assemblée générale (art. 653k et 653m CO). La let. d mentionne en outre la suppression de la marge de fluctuation du capital (art. 653v CO ; voir les commentaires relatifs à l'art. 47, al. 1).

L'al. 3 règle le contenu de l'acte authentique relatif aux constatations du conseil d'administration et à la modification des statuts. Il reflète l'art. 653o CO. Il ressort de la nouvelle structure que tant l'officier public que le conseil d'administration doivent attester que les pièces justificatives leur ont été présentées (voir les commentaires relatifs à l'art. 47, al. 2, let. c).

L'al. 4 porte sur l'attestation de vérification, dont le contenu est défini à l'art. 653m CO.

L'al. 5 énumère les éléments qui doivent être inscrits au registre du commerce. Étant donné que le texte de l'inscription doit être aussi bref que possible, on renonce désormais à exiger que le montant de la réduction soit mentionné, celui-ci correspondant à la différence entre l'ancien et le nouveau capital-actions. On n'exige plus non plus d'indiquer si la réduction se fait par destruction d'actions ou par réduction de la valeur nominale des titres, cette information découlant automatiquement du nombre et de la valeur nominale des actions avant et après la réduction du capital-actions. Si la réduction du capital-actions va de pair avec une division des actions, il convient de le mentionner dans l'inscription au registre du commerce pour plus de clarté. La let. g mentionne en outre la suppression de la marge de fluctuation du capital (art. 653v CO ; voir les commentaires relatifs à l'art. 47, al. 1).

L'al. 6 traite de la question du rachat et de la destruction des actions propres de la société, qui implique aussi une procédure de réduction du capital-actions. Selon l'art. 659a, al. 4, CO, en cas de rachat de ses propres actions, la société doit faire figurer un montant correspondant à la valeur d'acquisition en diminution des capitaux propres, ce qui conduit à une réduction des fonds propres dont la société peut librement disposer et à une réduction de la somme du bilan, de la même manière que lors d'une réduction du capital-actions. En cas de destruction des actions propres, le capital-actions doit être réduit (art. 659, al. 3, CO).

Art. 56 Réduction du capital en cas de bilan déficitaire

La réduction du capital en cas de bilan déficitaire (réduction déclarative) est désormais réglée à l'art. 653p CO. L'art. 56 est adapté à cette disposition et la norme est construite de la même manière que celle sur la réduction ordinaire du capital-actions (art. 55).

Il découle de l'al. 1 que la procédure simplifiée peut être adoptée lorsqu'il s'agit de réduire ou de supprimer un excédent passif constaté au bilan. Les pièces justificatives qui doivent être produites sont énumérées aux let. a à c.

Le contenu de l'acte authentique relatif à la décision de l'assemblée générale est fixé à l'al. 2. La décision comporte les mêmes informations que lors d'une réduction ordinaire du capital-actions (art. 653p, al. 2, en relation avec l'art. 653n CO) et le libellé est donc strictement identique à celui de l'art. 55.

S'agissant enfin de l'inscription au registre du commerce, on renonce ici aussi à exiger que le montant de la réduction soit mentionné (al. 3, let. d, dans la version actuelle), celui-ci correspondant à la différence entre l'ancien et le nouveau capital-actions.

Art. 57 Réduction et augmentation simultanée du capital-actions

La réduction accompagnée d'une augmentation simultanée du capital-actions (coup d'accordéon) est désormais réglée à l'art. 653q CO. La norme correspondante de l'ORC est légèrement adaptée sur le plan linguistique et, sur le plan de la systématique, elle est restructurée par analogie aux autres dispositions relatives à la modification du capital. L'al. 1 énumère les pièces justificatives, l'al. 2 fixe le contenu de l'acte authentique relatif à la décision de l'assemblée générale (lequel est fondamentalement le même que pour la décision relative à une réduction ordinaire du capital-actions ; s'y ajoutent uniquement les informations sur l'augmentation de capital) et l'al. 3 dresse la liste des éléments qui doivent figurer dans l'inscription au registre du commerce.

Section 6a Marge de fluctuation du capital

La révision du droit de la société anonyme crée une nouvelle institution, la marge de fluctuation du capital (art. 653s CO), qui offre une plus grande flexibilité dans les procédures de réduction et d'augmentation du capital-actions. Ainsi, les statuts pourront à l'avenir autoriser le conseil d'administration à augmenter ou à réduire le capital-actions inscrit au registre du commerce entre deux valeurs fixes. Dans l'ORC, les normes concernant la marge de fluctuation du capital font l'objet des art. 59a à 59c. L'art. 59a traite de l'inscription de l'autorisation de l'assemblée générale et les art. 59b et 59c respectivement de l'augmentation et de la réduction du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation du capital.

Art. 59a Autorisation de l'assemblée générale

Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à modifier le capital-actions dans certaines limites (marge de fluctuation) pendant une durée n'excédant pas cinq ans (art. 653s CO).

L'al. 1 énumère les pièces justificatives qui doivent être déposées au registre du commerce. En plus de l'acte authentique relatif à la décision de l'assemblée générale concernant l'autorisation du conseil d'administration de modifier le capital-actions (let. a), il s'agit notamment des statuts modifiés (let. b). Le contenu des statuts est défini à l'art. 653t CO et n'est donc pas répété dans l'ORC. Comme les statuts ne peuvent autoriser le conseil d'administration à réduire le capital-actions que si la société n'a pas renoncé au contrôle restreint de ses comptes annuels, il est possible qu'il faille aussi déposer les pièces relatives à l'inscription d'un organe de révision, à savoir le procès-verbal de l'assemblée générale concernant la nomination de l'organe de révision et la preuve que l'organe de révision prescrit par la loi a accepté sa nomination (let. c).

L'al. 2 énumère les éléments qui doivent être inscrits au registre du commerce. Outre la mention de l'existence d'une marge de fluctuation du capital (let. a) et de la date de la décision de la modification des statuts (let. e), l'inscription doit contenir les limites inférieure et supérieure de la marge de fluctuation du capital (let. b) ainsi que la date jusqu'à laquelle court l'autorisation (let. d). Une mention particulière est par ailleurs obligatoire si le capital peut seulement être augmenté ou seulement réduit (let. c). À défaut de cette mention, le conseil d'administration est autorisé à augmenter et à réduire le capital-actions. Cette mention est aussi nécessaire afin que l'inscription au registre du commerce permette de constater que, si la société a renoncé au contrôle restreint, elle l'a fait dans son bon droit. Le libellé de l'inscription pourrait par exemple être le suivant : « Par décision de l'AG, la société a introduit une marge de fluctuation du capital telle que décrite dans les statuts et pour une durée limitée au 31.12.2024. Limite inférieure : CHF 100 000.00. Limite supérieure : CHF 300 000.00. [Le cas échéant : La société peut uniquement augmenter / réduire le capital-actions.] »

Après l'expiration de la durée de validité de l'autorisation, la société doit requérir la radiation de la disposition statutaire relative à la marge de fluctuation du capital auprès de l'office du registre du commerce (al. 3).

Art. 59b Augmentation du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation

L'augmentation du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation est réglée à l'art. 59b.

S'agissant des pièces justificatives qui doivent être déposées, l'al. 1 renvoie aux dispositions sur l'augmentation ordinaire du capital-actions (art. 46). En lieu et place de l'acte authentique relatif à la décision de l'assemblée générale, il faut toutefois remettre la décision du conseil

d'administration d'augmenter le capital-actions. Le contenu de cette décision – qui ne doit pas être dressée en la forme authentique – est fixé à l'al. 2. Le contenu de l'acte authentique relatif à la modification des statuts et aux constatations du conseil d'administration est défini à l'al. 3, par renvoi à l'art. 47, al. 2 (augmentation ordinaire du capital-actions).

La durée de validité de l'autorisation du conseil d'administration doit être inscrite au registre du commerce, conformément à l'art. 59a, al. 2, let. e, et elle ne peut excéder cinq ans (art. 653s, al. 1, CO). Selon l'al. 4, si la réquisition d'inscription au registre du commerce de l'augmentation du capital-actions est déposée après l'expiration de la durée de validité de l'autorisation du conseil d'administration, l'augmentation du capital-actions ne peut pas être inscrite au registre du commerce.

L'al. 5 fixe le contenu de l'inscription au registre du commerce par renvoi aux dispositions de l'ORC sur l'augmentation ordinaire du capital-actions (art. 48). Du fait du renvoi à l'art. 48, al. 1, let. a, l'inscription doit obligatoirement mentionner qu'il s'agit d'une augmentation de capital dans le cadre d'une marge de fluctuation du capital, en indiquant par exemple dans la rubrique « remarque concernant le capital » : « Augmentation de capital dans le cadre de la marge de fluctuation du capital ».

Art. 59c Réduction du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation

La réduction du capital-actions dans les limites de la marge de fluctuation est réglée à l'art. 59c par renvoi aux dispositions sur la réduction ordinaire du capital-actions (art. 55). En lieu et place de l'acte authentique relatif à la décision de l'assemblée générale, il faut toutefois remettre la décision du conseil d'administration de réduire le capital-actions. Le contenu de cette décision – qui ne doit pas être dressée en la forme authentique – est fixé à l'al. 2. Le contenu de l'acte authentique relatif à la modification des statuts et aux constatations du conseil d'administration est défini à l'al. 3, par renvoi à l'art. 55, al. 2 (réduction ordinaire du capital-actions).

La durée de validité de l'autorisation du conseil d'administration doit être inscrite au registre du commerce, conformément à l'art. 59a, al. 2, let. e, et elle ne peut excéder cinq ans (art. 653s, al. 1, CO). Selon l'al. 4, si la réquisition d'inscription au registre du commerce de la réduction du capital-actions est déposée après l'expiration de la durée de validité de l'autorisation du conseil d'administration, la réduction du capital-actions ne peut pas être inscrite au registre du commerce.

L'al. 5 fixe le contenu de l'inscription au registre du commerce par renvoi aux dispositions sur la réduction ordinaire du capital-actions (art. 55, al 4). Comme pour l'augmentation de capital dans le cadre d'une marge de fluctuation du capital, la rubrique « remarque concernant le capital » de l'inscription doit comporter une mention spécifique dont le libellé pourrait par exemple être : « Réduction de capital dans le cadre de la marge de fluctuation du capital ».

Art. 59d Modification de la monnaie

La révision du droit de la société anonyme introduit la possibilité de fixer le capital-actions dans une monnaie étrangère (art. 621, al. 2, CO ; voir les explications relatives à l'art. 118a et à l'annexe 3).

Selon l'art. 621, al. 3, CO, l'assemblée générale peut décider de modifier la monnaie dans laquelle le capital-actions est fixé. Les modalités de l'inscription au registre du commerce qui en découle sont réglées à l'art. 59d.

L'al. 1 énumère les pièces justificatives qui doivent être déposées au registre du commerce en cas de modification de la monnaie dans laquelle le capital-actions est fixé. Comme pour l'augmentation du capital-actions, il s'agit d'une part de l'acte authentique relatif à la décision de principe prise par l'assemblée générale (let. a) et d'autre part de l'acte authentique relatif aux décisions opérationnelles prises par le conseil d'administration (let. b). Il convient de relever que la modification de la monnaie ne doit pas conduire à une augmentation ni à une réduction occultes du capital-actions. La modification de la monnaie consiste uniquement en une conversion du capital existant dans la nouvelle monnaie choisie au taux de change actuel. Si le capital-actions doit être arrondi par excès ou par défaut à la suite de la modification de la monnaie, cela doit faire l'objet d'une décision distincte d'augmentation ou de réduction du capital-actions à concurrence de la différence. Les pièces justificatives relatives à cette opération doivent être déposées avec celles relatives à la modification de la monnaie (let. c).

Conformément à l'al. 2, l'acte authentique relatif aux décisions de l'assemblée générale doit mentionner la monnaie dans laquelle le capital-actions sera fixé et l'exercice comptable au début duquel la modification de la monnaie doit avoir lieu. La modification de la monnaie doit impérativement avoir lieu au début d'un exercice afin de garantir la cohérence avec la présentation des comptes. La société dispose d'une marge de manœuvre suffisante, dans la mesure où la décision de modifier la monnaie peut être rétroactive, au début de l'exercice en cours, ou prospective, pour le début de l'exercice suivant. La modification de la monnaie ne peut être inscrite au registre du commerce qu'au cours de l'exercice au début duquel la modification de la monnaie a lieu. Si la décision est rétroactive, l'inscription au registre du commerce doit être requise et effectuée sans délai. Si la décision de l'assemblée générale est prospective, l'inscription de la modification de la monnaie doit être requise et inscrite au registre du commerce pour le début du nouvel exercice. L'al. 2 mentionne en outre la suppression de la marge de fluctuation du capital (art. 653v CO ; voir les commentaires relatifs à l'art. 47, al. 1).

L'al. 3 définit les indications que doit contenir l'acte authentique relatif aux décisions du conseil d'administration (art. 621, al. 3, CO). Selon la let. a, le conseil d'administration doit tout d'abord constater que les conditions fixées à l'art. 621, al. 2, CO sont remplies, à savoir que la monnaie étrangère choisie est la plus importante au regard des activités de l'entreprise (ch. 1), que la contre-valeur du capital-actions est de 100 000 francs au moins (ch. 2) et que la même monnaie est utilisée pour la comptabilité commerciale et la présentation des comptes (ch. 3). L'acte authentique doit également mentionner le taux de change appliqué (let. b) ainsi que la décision relative à la modification des statuts (let. c).

L'al. 4 énumère les éléments qui doivent être inscrits au registre du commerce.

Art. 60 Capital-participation

L'art. 60 sur le capital-participation renvoie aux dispositions relatives au capital-actions et mentionne désormais aussi la modification de la monnaie. En effet, le capital-participation peut aussi être libellé dans une monnaie étrangère.

Chapitre 4 Société en commandite par actions

Les art. 66 ss. concernent la société en commandite par actions. Ces dispositions sont largement analogues à celles concernant la société anonyme et subissent donc les mêmes adaptations. Référence est faite aux commentaires correspondants en droit la société anonyme.

Chapitre 5 Société à responsabilité limitée

Les art. 71 ss. concernent la société à responsabilité limitée. Ces dispositions sont largement analogues à celles concernant la société anonyme et subissent donc les mêmes adaptations. Référence est faite aux commentaires correspondants en droit la société anonyme.

Chapitre 6 Société coopérative

Art. 84 Réquisition et pièces justificatives

Selon l'art. 830 CO, la société coopérative est désormais constituée par un acte passé en la forme authentique dans lequel les fondateurs déclarent fonder une société coopérative, arrêtent le texte des statuts et désignent les organes. Par conséquent, le passage devant un officier public est devenu inévitable pour fonder une société coopérative et l'acte authentique relatif à l'acte constitutif doit être fourni comme pièce justificative pour l'inscription de la société au registre du commerce (al. 1, let. a).

Art. 85 Acte constitutif

L'art. 85 définit le contenu de l'acte constitutif dressé en la forme authentique en s'alignant sur les dispositions applicables à la société anonyme (art. 44). Comme la société coopérative n'a pas un capital fixe, les constatations relatives à la souscription des actions et à la libération des apports n'y figurent cependant pas.

Art. 87 Contenu de l'inscription

La mention de la reprise de biens (effective ou envisagée) est biffée (voir les explications relatives à l'art. 43, al. 3, let. b).

Art. 102, al. 1, let. g, et 104, let. q

Initialement, dans le cadre de la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial, il était prévu de soumettre la SICAV aux mêmes règles que les sociétés de capitaux prévues par le CO. Cette proposition a toutefois été rejetée et les actions d'investisseurs d'une SICAV peuvent donc continuer à revêtir la forme d'actions au porteur, sans les restrictions prévues à l'art. 622, al. 1^{bis}, CO. De ce fait, les art. 102, al. 1, let. g (réquisition et pièces justificatives) et 104, let. q (contenu de l'inscription) récemment modifiés ne sont pas applicables et peuvent être abrogés.

2.3 Titre 4 Dispositions concernant l'inscription applicables à toutes les formes juridiques

Art. 118a, annexe 3 Monnaie

Selon les nouvelles dispositions du droit de la société anonyme, la valeur nominale des actions ne doit plus obligatoirement être libellée en francs suisses et le capital-actions peut également être fixé dans la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise (art. 621 CO). Les conditions définies sont cumulatives : premièrement, la monnaie choisie

doit être la monnaie étrangère la plus importante au regard des activités de l'entreprise ; deuxièmement, le capital-actions en monnaie étrangère doit avoir une contre-valeur de 100 000 francs au moins lors de la constitution ; troisièmement, la même monnaie doit être utilisée pour la comptabilité commerciale et la présentation des comptes. Ces conditions ont pour but de garantir la cohérence entre le droit comptable et le droit de la société anonyme. L'établissement d'un lien avec le droit comptable permet de s'assurer que le choix d'une monnaie étrangère pour le capital-actions soit fondé et que le capital-actions soit librement convertible en francs suisses. Le Conseil des États a toutefois estimé que cela allait trop loin et, dans le cadre de la procédure d'élimination des divergences, l'art. 621, al. 2, CO a été complété afin de déléguer au Conseil fédéral la compétence de fixer les monnaies autorisées. La genèse de cette norme de délégation invite le Conseil fédéral à faire preuve d'une très grande retenue lors de l'établissement de sa liste, qui doit contenir en tout cas l'euro et le dollar américain. Avec cette norme de délégation, le Parlement a tout de même voulu donner au Conseil fédéral la possibilité d'étendre la liste avec modération et, si nécessaire, de la compléter ultérieurement sans complications. L'intention du Parlement n'était cependant pas que la liste des monnaies autorisée contienne toutes les devises librement convertibles en francs. Cela irait à l'encontre des réticences exprimées au Conseil des États. Le Conseil fédéral a donc décidé d'y faire figurer les cinq monnaies les plus échangées à travers le monde (état en mars 2020)⁷. Comme le franc suisse fait partie de ces cinq monnaies, la liste des monnaies autorisées ne contient que quatre autres devises, à savoir le dollar américain, l'euro, la livre britannique et le yen. Ces monnaies font l'objet de l'annexe 3. La liste établie par le Conseil fédéral comprend ainsi les principales monnaies et tient compte des réticences exprimées au Conseil des États. Elle garantit en outre la sécurité juridique requise puisque ces cinq monnaies sont stables et qu'il n'y a donc aucun risque que l'on doive modifier la liste en permanence, au gré de l'évolution de la situation.

Art. 121 Organe de révision

Voir les commentaires relatifs à l'art. 43 al. 3, let. d.

Art. 129 Moment de l'inscription

L'art. 129 définit le moment de l'inscription au registre du commerce dans le cadre d'une restructuration. La mention de la reprise de biens (effective ou envisagée) est biffée (voir les commentaires relatifs à l'art. 43, al. 3, let. b).

Art. 131 Pièces justificatives

D'un point de vue méthodologique, un bilan intermédiaire sans compte de résultat intermédiaire ne fait aucun sens. La notion imprécise de bilan intermédiaire est donc supprimée et cette disposition est reformulée afin d'exprimer que le bilan de fusion déposé au registre du commerce fait partie intégrante des comptes annuels ou des éventuels comptes intermédiaires qui doivent être dressés. Cette modification linguistique n'a aucune portée sur le fond. La révision du droit de la société anonyme définit de manière explicite les règles applicables pour l'établissement des comptes intermédiaires à l'art. 960f CO. Pour plus de détails à ce sujet, il est renvoyé au message relatif à la révision du droit de la société anonyme (commentaire de l'art. 960f CO).

⁷

<https://de.fxssi.com/meist-gehandelten-waehrungen>

Par souci de clarté, il convient ici de relever que la notion de bilan de fusion est utilisée au pluriel, comme dans le droit en vigueur, du fait que plusieurs entités transférantes peuvent intervenir dans la transaction et que chacune doit dresser un bilan de fusion.

Art. 132 Contenu de l'inscription

Cette disposition fait l'objet d'une adaptation purement linguistique, sans conséquence quant au fond. D'un point de vue méthodologique, un bilan intermédiaire sans compte de résultat intermédiaire ne fait aucun sens, raison pour laquelle la notion imprécise de bilan intermédiaire est biffée. De toute manière, le bilan de fusion fait partie intégrante des comptes annuels ou des comptes intermédiaires, comme cela ressort de l'art. 131 (voir également les commentaires relatifs à l'art. 131). Par conséquent, seule la date du ou des bilans de fusion des entités juridiques transférantes doit être inscrite au registre du commerce.

Art. 136, 137 Réquisition et pièces justificatives, contenu de l'inscription

Voir les commentaires relatifs aux art. 131 et 132.

Art. 140 Fusion

Voir les commentaires relatifs aux art. 131 et 132.

Art. 142 Fusion

Voir les commentaires relatifs aux art. 131 et 132.

2.4 Titre 5 Inscriptions d'office

Art. 152 Violation de l'obligation de requérir l'inscription

Seul un renvoi est adapté.

Art. 159 Contenu de l'inscription de la faillite

Seules des adaptations rédactionnelles sont apportées à la version actuelle.

Annexe 2 Désignation de la forme juridique dans la raison de commerce

Le conseiller national Marco Romano a déposé la motion 18.3262, « SCoop. Modifier en italien et en français l'abréviation trompeuse de la forme juridique de la société coopérative », le 15 mars 2018. L'abréviation « SCoop », qui a été introduite le 1^{er} juillet 2016, signifie Société coopérative, Società cooperativa ou Sociedad cooperativa. Pour l'auteur de la motion, cette abréviation est source de malentendus voire de tromperies, d'une part, parce que le mot « scoop » est un anglicisme qui désigne une nouvelle importante donnée en primeur ou en exclusivité par un média et, d'autre part, parce que l'acronyme SCoop est souvent associé au détaillant Coop. La motion a été adoptée par le Conseil national et par le Conseil des États, respectivement le 15 juin 2018 et le 4 mars 2020⁸.

Les abréviations « Sco » et « SC » ont été proposées en remplacement. L'abréviation « SC » est exclue car elle est déjà utilisée pour la « Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants ». Conformément à l'art. 6 de la loi fédérale du 15 décembre 1961 concernant la protection des noms et emblèmes de l'Organisation des Nations Unies et d'autres organisations intergouvernementales⁹, il est donc interdit de l'utiliser dans une raison de commerce. Quant à l'abréviation « Sco », elle est déjà très utilisée, notamment comme code de pays pour l'Écosse. De plus, au moins cinq sociétés inscrites au registre du commerce – et qui ne sont pas des sociétés coopératives – contiennent déjà cette abréviation dans leur raison de commerce. L'utilisation de l'acronyme « Sco » pour Société coopérative, Società cooperativa et Sociedad cooperativa créerait donc un nouveau risque d'erreur ou de tromperie.

La nouvelle abréviation proposée pour Société coopérative, Società cooperativa et Sociedad cooperativa est « SCoo ». Actuellement, aucune société inscrite au registre du commerce ne contient cet acronyme. Comme les possibilités d'abrégier les expressions Société coopérative, Società cooperativa et Sociedad cooperativa sont très limitées, l'acronyme « SCoo » apparaît comme un compromis judicieux qui remplit le but poursuivi par la motion Romano.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Les conséquences sur les finances et sur l'état du personnel de la Confédération qui découlent des modifications proposées ont déjà été exposées dans le message relatif à la révision du droit de la société anonyme (16.077)¹⁰, puisque la révision de l'ORC consiste uniquement à concrétiser la modification du CO. Les nouvelles dispositions n'auront pas de conséquences directes sur les finances de la Confédération puisqu'elles n'engendrent pas de dépenses supplémentaires. Elles ne nécessitent en particulier pas la mise en place d'une nouvelle autorité, ni la montée en puissance d'une autorité existante.

Certaines adaptations seront toutefois nécessaires dans le domaine de l'informatique de l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC), notamment en raison de l'introduction de la marge de fluctuation du capital et de la possibilité de fixer le capital-actions dans une monnaie étrangère. Pratiquement toutes les composantes des systèmes devront être adaptées, à commencer par les interfaces avec les autorités du registre du commerce dans les cantons, avec les banques de données et avec les applications techniques, en passant par toutes les interfaces avec les diverses autorités qui échangent des informations avec l'OFRC, comme la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC).

La mise en application des dispositions fiscales concernant le capital en monnaie étrangère et la marge de fluctuation du capital nécessitera également un grand nombre d'adaptations dans les formulaires et les systèmes informatiques de l'Administration fédérale des contributions (AFC).

3.2 Conséquences pour les cantons

Les cantons doivent transposer dans leur législation fiscale les dispositions concernant l'imposition du capital en monnaie étrangère et de la marge de fluctuation du capital. Des adaptations de leurs systèmes informatiques seront également nécessaires (administration fiscale et registre du commerce).

⁹

RS 232.23

¹⁰

FF 2017 323

D'autres conséquences pour les cantons sont exposées dans le message concernant la modification du code des obligations¹¹.

3.3 Conséquences économiques

Les conséquences économiques ont déjà été exposées dans le message concernant la modification du code des obligations¹².

4 Normes de délégation

Le projet de révision de l'ORC se fonde sur les art. 621, al. 2, 933, al. 2, 943 et 950, al. 2, CO, ainsi que sur l'art. 102, let. a, de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion¹³.

¹¹ FF 2017 323
¹² FF 2017 323
¹³ RS 221.301