



Communication OFRC 1/24

20 juin 2024

Indications sur 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 1er janvier 2023. L'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) a déjà pris position sur des questions (d'interprétation) en lien avec le nouveau droit dans le cadre des Communications OFRC 3/2022, 1/2023, 2/2023 et 3/2023. D'autres questions (d'interprétation) relatives au nouveau droit de la société anonyme ont également été discutées dans la publication « Rückblick auf die Praxis 2023 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister » parue dans REPRAX 1/2/2024. D'autres questions (d'interprétation) relatives au nouveau droit de la société anonyme seront abordées ci-après.

2 Procès-verbal des décisions de l'assemblée générale

Après consultation de la Commission fédérale d'experts du registre du commerce (ci-après la Commission d'experts), les questions relatives à la consignation des décisions de l'assemblée générale sont clarifiées comme suit :

¹ RS 220-
² RS 221.411.

2.1 Prise de décision par voie écrite (art. 701 al. 3 CO)

2.1.1 Qu'entend-on par prise de décision par écrit ?

En vertu de l'art. 701, al. 3, CO, les actionnaires peuvent désormais prendre leurs décisions par écrit, sur papier ou sous forme électronique, à moins qu'un actionnaire ou son représentant ne demande une discussion. En ce qui concerne le *mode* de prise de décision, l'accord de tous est donc nécessaire. En ce qui concerne la prise de décision elle-même, une **décision à la majorité ou, le cas échéant, une décision à la majorité qualifiée est en revanche autorisée** (contrairement à la mention marginale quelque peu confuse "approbation donnée à une proposition").

La prise de décision des actionnaires par écrit est comparable à la votation par correspondance de la société coopérative selon l'art. 880 CO (attention, à la différence de la votation par correspondance qui n'est possible qu'avec une base statutaire correspondante, la prise de décision écrite dans la SA ne nécessite **pas de base statutaire**, mais **tous les actionnaires doivent être d'accord avec le mode de prise de décision**).

2.1.2 Procès-verbal de la prise de décision

La prise de décision valable doit être documentée pour le registre du commerce au moyen d'une pièce justificative appropriée. L'art. 23 ORC exige – pour autant que la décision ne doive pas faire l'objet d'un acte authentique - un procès-verbal, un extrait de procès-verbal ou une décision par voie de circulation. L'art. 702 CO contient des indications relatives au procès-verbal de l'assemblée générale.

Etant donné qu'en cas de prise de décision écrite, il n'y a pas d'assemblée qui soit consignée dans un procès-verbal, mais uniquement le résultat d'une prise de décision écrite (sur papier ou sous forme électronique) qui est consigné, le terme de « **procès-verbal de validation (*Erwahrungsprotokoll*)** » s'est imposé dans la pratique. **L'art. 702 CO s'applique par analogie.**

Le procès-verbal de validation en détail :

- À la différence du "procès-verbal ordinaire de l'AG", qui consigne une assemblée, le procès-verbal de validation consigne le résultat de la prise de décision de l'assemblée générale (en tant qu'organe suprême de la société anonyme). En règle générale, le procès-verbal correspondant ne sera donc pas intitulé "Procès-verbal de l'assemblée générale du ...", mais "Procès-verbal de validation (du conseil d'administration) du ... sur la décision de l'assemblée générale du ...". Tant un « procès-verbal ordinaire de l'AG » qu'un procès-verbal de validation **seront acceptés par les autorités du registre du commerce.**
- La date de la prise de décision de l'assemblée générale fait partie du contenu du procès-verbal de validation (art. 702, al. 2, ch. 1, CO). Le cas échéant, cette date est déterminante pour l'inscription au registre du commerce (p. ex. en cas de modification des statuts ; cf. art. 22, al. 1, let. b, ORC). La question de savoir quelle est la date de la prise de décision en cas de décision écrite est controversée dans la doctrine (dernier jour du délai, jour de réception du dernier vote, jour du dépouillement des votes ou de la consignation du résultat de la prise de décision). Cette question peut rester ouverte, car elle ne relève en principe pas du pouvoir de cognition des autorités du registre du commerce. **Si la date de la prise de décision est importante pour l'inscription au registre du commerce (notamment lors d'une modification des statuts), la décision doit dans tous les cas faire l'objet**

d'un acte authentique et les autorités du registre du commerce retiennent comme date déterminante le jour de l'acte authentique, à moins qu'une autre date ne ressorte explicitement de l'acte authentique comme date de la prise de décision.

- L'art. 702, al. 2, CO étant applicable par analogie, il convient d'indiquer, au lieu de « début et de fin » de l'assemblée, la date à laquelle les documents pour le vote par écrit ont été envoyés et le délai accordé aux actionnaires pour voter. Comme ces informations ne sont généralement pas pertinentes pour l'inscription au registre du commerce, elles ne sont pas vérifiées par l'office du registre du commerce et le document ne sera pas refusé si les informations correspondantes manquent.
- Comme la prise de décision écrite n'implique pas la tenue d'une assemblée pour laquelle un président est désigné, la signature du président de l'assemblée générale ne peut pas être exigée conformément à l'art. 702, al. 3, CO. En règle générale, le procès-verbal sera donc signé par le secrétaire et le président du conseil d'administration (art. 713, al. 2, CO).
- Les réponses individuelles des actionnaires ne peuvent être remises à l'office du registre du commerce en lieu et place du procès-verbal de validation (c'est au conseil d'administration, et non à l'office du registre du commerce, de vérifier si la décision a été valablement prise). Concernant l'admissibilité de la décision par voie de circulation, cf. toutefois ch. 2.1.3. ci-après.

2.1.3 Forme spéciale de la décision par voie de circulation

Dans la littérature, la prise de décision écrite selon l'art. 701, al. 3, CO est souvent assimilée à une « **décision par voie de circulation** ». La notion de décision par voie de circulation ne figure pas dans l'actuel CO; il n'existe pas de définition de la notion de décision par voie de circulation dans la loi (cette notion est toutefois utilisée à l'art. 23 ORC). On entend généralement par décision par voie de circulation « l'approbation écrite d'une proposition faite en règle générale également par écrit » (c'est également le cas de l'art. 713, al. 2, aCO ou de l'art. 66 CC). Comme l'indique le terme, dans ce type de prise de décision, un document circule et les participants à la prise de décision manifestent leur accord avec la prise de décision en signant ledit document. La prise de décision écrite au sens de l'art. 701, al. 3, CO ne doit pas nécessairement se faire par voie de circulation (il est possible d'envoyer des documents de vote à tous les actionnaires, qui les renvoient remplis). Mais il va de soi que **la prise de décision par voie de circulation est une forme possible de prise de décision écrite selon l'art. 701, al. 3, CO** (voir aussi le message sur le droit de la société anonyme, p. 503).

La question se pose alors de savoir quel document doit être remis à l'office du registre du commerce lorsque la décision a été prise par voie de circulation (la décision par voie de circulation suffit-elle ? A quelles exigences particulières la décision par voie de circulation doit-elle répondre ? Faut-il un procès-verbal supplémentaire ?). Il faut tenir compte des points suivants :

- Si les faits à inscrire se fondent sur des décisions ou des élections d'organes d'une personne morale et que la décision n'est pas soumise à la forme authentique, le procès-verbal ou un extrait du procès-verbal de la prise de décision ou une décision par voie de circulation doit être remis à titre de pièce justificative (art. 23 ORC). **Selon l'art. 23, al. 2, ORC, les décisions par voie de circulation doivent être signées par toutes les personnes qui font partie de l'organe.** Contrairement à l'assemblée des associés d'une Sàrl (et au conseil d'administration et à la direction), l'office du registre du commerce ne connaît pas les actionnaires et ne peut

donc pas vérifier si la décision par voie de circulation a été signée par tous les actionnaires et si une décision a été valablement prise. La signature de tous les actionnaires et l'aboutissement de la décision doivent donc ressortir expressément de la décision par voie de circulation ou être démontrés par une pièce justificative supplémentaire. On pourrait notamment envisager :

- une déclaration explicite du conseil d'administration sur la décision par voie de circulation (la signature d'un membre du conseil d'administration devrait être suffisante), selon laquelle la décision par voie de circulation a été signée par tous les actionnaires et que la décision a donc été valablement prise le [date] ;
 - une déclaration séparée du conseil d'administration indiquant que la décision par voie de circulation a été signée par tous les actionnaires et que la décision a donc été valablement prise le [date] ;
 - un procès-verbal supplémentaire qui consigne les faits mentionnés (« procès-verbal de validation de la décision de l'AG par voie de circulation » ; voir ci-dessus).
- Il convient de noter que l'art. 701, al. 3, CO n'exige l'unanimité que pour le mode de prise de décision, et non pour la prise de décision elle-même. **Une décision à la majorité sera donc également possible dans le cas d'une décision par voie de circulation.** En vertu de l'art. 23, al. 2, ORC, **la décision par voie de circulation doit dans tous les cas être signée par tous les actionnaires (même par ceux qui refusent la prise de décision).**

2.2 Assemblée générale virtuelle (art. 701d CO)

2.2.1 Qu'entend-on par assemblée générale virtuelle ?

En vertu de l'art. 701d CO, une assemblée générale peut désormais être tenue sous forme électronique sans lieu de réunion si les statuts le prévoient et si le conseil d'administration désigne un représentant indépendant dans la convocation (concernant la base statutaire, voir la Communication OFRC 1/2023 ; **l'existence de la base statutaire correspondante est examinée par le registre du commerce avec une pleine cognition, les pièces justificatives sont refusées si elles font défaut³**).

2.2.2 Procès-verbal de la prise de décision

La prise de décision valable doit être documentée pour le registre du commerce au moyen d'une pièce justificative appropriée. L'art. 23 ORC exige – pour autant que la décision ne doive pas faire l'objet d'un acte authentique - un procès-verbal, un extrait de procès-verbal ou une décision par voie de circulation. **L'art. 702 CO donne des indications sur le procès-verbal de l'assemblée générale et s'applique, selon l'OFRC, également à l'AG virtuelle.**

³ Il en va de même pour la base statutaire pour la tenue d'une **assemblée générale à l'étranger** (art. 701b CO). En revanche, la renonciation à la désignation d'un représentant indépendant ne nécessite pas de base statutaire pour l'assemblée générale à l'étranger. Au contraire, tous les actionnaires doivent se déclarer d'accord avec le lieu de réunion à l'étranger lors de chaque assemblée générale ; un accord tacite sera également admis.

L'art. 702, al. 1, CO donne des indications sur le **contenu du procès-verbal**. L'office du registre du commerce ne doit **vérifier que les aspects pertinents pour l'inscription au registre du commerce**. Les aspects non pertinents pour l'inscription au registre du commerce (p. ex. le début et la fin de l'assemblée, pour autant qu'ils ne soient pas déterminants pour la chronologie des faits à inscrire) ne doivent pas être vérifiés par l'office du registre du commerce.

Conformément à l'art. 702, al. 3, CO et à l'art. 23, al. 2, ORC, le procès-verbal doit être **signé** par le secrétaire et par le président de l'assemblée générale. Une signature électronique qualifiée au sens de la SCSE est assimilée à une signature manuscrite. L'obligation de faire signer le procès-verbal par le président et la personne qui le rédige est donc compatible avec les facilités offertes par l'AG virtuelle (il sera également admis que les signatures du secrétaire et du président de l'assemblée soient apposées sur des feuilles séparées. La situation est différente si la décision correspondante doit faire l'objet d'un acte authentique ; voir à ce sujet les explications ci-dessous).

2.3 Procès-verbal des décisions de l'AG devant faire l'objet d'un acte authentique

Les différentes formes de prise de décision au sein de l'AG sont en principe également possibles lorsque la décision doit faire l'objet d'un acte authentique (Message sur le droit de la société anonyme, p. 506). Les prescriptions du droit cantonal en matière d'instrumentation demeurent toutefois réservées (Message sur le droit de la société anonyme, p. 506)⁴. **Il est en premier lieu de la responsabilité du notaire de veiller à ce que le droit notarial cantonal soit respecté. Le pouvoir de cognition des autorités du registre du commerce est très limité dans ce domaine.**

La question se pose de savoir avec quelles pièces justificatives la prise de décision doit être documentée au registre du commerce, respectivement quelles exigences formelles s'appliquent à ces pièces justificatives lorsque la décision est instrumentée. Selon l'OFRC, l'art. 702 CO s'applique en principe aussi lorsque la décision de l'AG doit faire l'objet d'un acte authentique. Dans ce contexte, il convient toutefois de préciser ce qui suit :

- Si, *en plus* du procès-verbal selon l'art. 702 CO, un acte authentique est établi sur (certaines ou toutes) les décisions de l'AG, l'acte authentique doit répondre aux exigences du droit notarial cantonal. **Le respect supplémentaire des prescriptions de l'art. 702 n'est pas exigé, car le « procès-verbal régulier » remplit ces prescriptions.** La question se pose de savoir si l'acte authentique et le procès-verbal au sens de l'art. 702 CO doivent tous deux être remis au registre du commerce. De l'avis de l'OFRC, la réponse est négative, car les faits à inscrire ressortent de l'acte authentique et le procès-verbal ne doit donc pas être déposé (art. 23 ORC a contrario).
- **Si l'acte authentique remplace le procès-verbal selon l'art. 702 CO, l'acte authentique doit, en plus des exigences du droit notarial cantonal, satisfaire aux**

⁴ Le droit notarial du canton de l'officier public est déterminant. En ce qui concerne la compétence territoriale du notaire lors de la rédaction du procès-verbal de la prise de décision d'une AG, il faut veiller à ce que tant le lieu de la constatation que le lieu de la rédaction du procès-verbal aient lieu sur le territoire du canton correspondant pour que la compétence territoriale puisse être affirmée. Dans le cas de l'AG virtuelle, tant les constatations que la rédaction du procès-verbal ont lieu auprès du notaire.

exigences de l'art. 702 CO. L'acte authentique doit donc en principe avoir le contenu prévu à l'art. 702 al. 2 CO (cf. les explications ci-dessus au ch. 2.2.2. sur la cognition du registre du commerce) et doit être signé par le secrétaire (qui est probablement le notaire) et par le président de l'assemblée générale conformément à l'art. 702 al. 3 CO. Il convient toutefois de noter que le registre du commerce ne sait généralement pas si l'acte authentique remplace le procès-verbal selon l'art. 702 CO ou si l'acte authentique est établi en plus du procès-verbal selon l'art. 702 CO. Le registre du commerce n'a ici aucun pouvoir de cognition et peut supposer qu'un procès-verbal supplémentaire est établi en plus de l'acte authentique conformément à l'art. 702 CO (cf. ci-dessus). S'il ressort expressément de l'acte authentique que celui-ci remplace le procès-verbal selon l'art. 702 CO, l'acte authentique peut toutefois être refusé, selon l'opinion défendue ici, si les prescriptions de l'art. 702 CO ne sont pas respectées (en particulier, s'il n'est pas signé par le président et le secrétaire ; en ce qui concerne la cognition pour l'examen du contenu selon l'art. 702, al. 2, CO, cf. les explications données précédemment).

3 Modifications du capital

3.1 Marge de fluctuation du capital / capital-participation

Par une marge de fluctuation du capital, l'assemblée générale peut autoriser le conseil d'administration à modifier le capital-actions ou le capital-participation dans une fourchette déterminée (art. 653s en relation avec l'art. 653t, al. 1, ch. 4, CO). Selon l'art. 653t, al. 1, ch. 10, CO, le conseil d'administration peut également être autorisé à *créer* un capital-participation dans le cadre d'une marge de fluctuation du capital (ainsi que l'art. 656a, al. 4, ch. 4, CO). La clause d'autorisation doit indiquer clairement si le capital-actions et/ou le capital-participation peut/peuvent être augmenté(s), respectivement s'il est possible de créer un capital-participation.

En relation avec l'art. 653v, al. 1, CO (suppression de la marge de fluctuation du capital en cas de décision de l'assemblée générale d'augmenter ou de réduire le capital ou en cas de changement de monnaie), la question se pose de savoir comment évaluer le rapport capital-actions/capital-participation dans le cadre de la marge de fluctuation du capital. La marge de fluctuation du capital tombe-t-elle également si elle est limitée à l'augmentation du seul capital-actions et que l'augmentation ordinaire du capital décidée ultérieurement ne concerne que le capital-participation ou inversement ? La loi ne donne pas de réponse claire à cette question et l'art. 653v, al. 1, CO ne fait pas de distinction. D'un point de vue strictement grammatical, la marge de fluctuation du capital serait dans tous les cas supprimée et devrait être renouvelé ou confirmé. Le sens et le but de cette norme étaient toutefois d'éviter une situation confuse où "une augmentation de capital est suivie d'une autre". Dans la mesure où l'augmentation de capital ne concerne que le capital-participation et la marge de fluctuation du capital que le capital-actions ou inversement, l'OFRC est d'avis qu'il ne s'agit pas d'une situation visée par l'art. 653v, al. 1, CO ; la suppression de la marge de fluctuation du capital ne semble pas être obligatoire dans ce cas. Il est bien entendu possible de supprimer la marge de fluctuation du capital dans un tel cas, respectivement de la confirmer, si une augmentation ordinaire du capital est exécutée.

3.2 Applicabilité des « dispositions relatives à la compensation » lors d'une augmentation conditionnelle de capital

Une "disposition de compensation" doit-elle être inscrite dans les statuts ou publiée au registre du commerce en cas d'augmentation de capital à partir d'un capital conditionnel ?

La question de la publicité dans le registre s'est déjà posée sous l'ancien droit de la société anonyme et n'est pas liée au nouveau droit de la société anonyme. En raison de la nouvelle publicité des statuts, la thématique a peut-être simplement pris un peu plus d'importance. Sous l'ancien droit, la "libération par compensation" n'était jamais publiée en cas d'augmentation conditionnelle du capital. La révision du droit de la société anonyme ne devrait rien changer à cette situation. Le législateur n'avait pas l'intention de durcir la situation. L'inscription d'une "disposition de compensation" dans les statuts ou dans le registre du commerce n'a pas de sens, car une compensation a lieu par définition lors d'une augmentation de capital à partir d'un capital conditionnel. Une publication supplémentaire de la compensation n'est donc ni nécessaire ni judicieuse.

3.3 Détermination du degré de libération dans le cadre de la marge de fluctuation du capital

Dans le cadre de l'ancienne augmentation autorisée du capital, il était renvoyé à la disposition relative à l'augmentation ordinaire du capital en ce qui concernait la clause d'autorisation. A l'exception des indications relatives au prix d'émission, à la nature des apports, aux reprises de biens et au début du droit au dividende, les statuts devaient contenir les indications requises pour l'augmentation ordinaire du capital (art. 652, al. 3, aCO). Les statuts devaient donc notamment indiquer le montant des apports à effectuer (art. 650, al. 2, ch. 1, aCO).

En ce qui concerne les dispositions relatives à la marge de fluctuation du capital, qui doivent notamment couvrir le cas de l'ancienne augmentation autorisée du capital, il manque une disposition analogue selon laquelle la clause d'autorisation doit renseigner sur le montant des apports à effectuer (art. 653^t, al. 1, CO ; c'était déjà le cas dans le projet de 2007). Il est peu probable que le législateur ait eu l'intention de laisser au conseil d'administration le soin de fixer le degré de libération. Il est donc recommandé que le degré de libération soit également fixé par l'assemblée générale et inclus dans la clause d'autorisation.

En raison de l'absence de base légale, les autorités du registre du commerce ne devraient toutefois pas contester les clauses d'autorisation qui ne se prononcent pas sur le degré de libération. Dans ce cas, les autorités du registre du commerce peuvent laisser ouverte la question de savoir comment le degré de libération est fixé (par le conseil d'administration, le nouveau degré de libération correspond au degré de libération actuel, etc.). En cas de litige, un tribunal devra se pencher sur la question.

4 Sociétés fondées avant 1985 avec un capital-actions inférieur à CHF 100'000 / Questions de droit transitoire

En relation avec l'art. 2 des dispositions finales du Titre XXVI (Tit. fin.) et les dispositions transitoires de la modification du 19 juin 2020 (Disp. trans.), la question se pose de savoir si les

sociétés fondées avant le 1^{er} janvier 1985 continuent d'être exemptées de l'obligation d'adapter leurs statuts au capital minimum de CHF 100'000 (Grandfathering), ou si cela a changé avec l'entrée en vigueur de la révision du droit de la société anonyme le 1^{er} janvier 2023.

Ni le message ni les autres documents législatifs ne font état d'une obligation d'augmenter le capital actuel à au moins CHF 100'000 pour les sociétés fondées avant le 1^{er} janvier 1985. De l'avis de l'OFRC et selon consultation de la Commission d'experts, l'art. 2 Tit. fin. reste valable. L'art. 2 Disp. trans. ne se réfère pas à l'adaptation au montant du capital minimum de CHF 100'000 selon l'art. 621 al. 1 CO, d'autant plus que le montant du capital minimum n'a pas été modifié dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme (l'art. 621 a seulement été adapté en ce qui concerne le capital-actions en monnaie étrangère). **Les sociétés anonymes fondées avant 1985 et dont le capital est inférieur à 100 000 CHF peuvent continuer à bénéficier d'un grandfathering.**

Autre opinion sur ce sujet MARKUS VISCHER, dans Basler Kommentar concernant l'art. 2 Disp. trans., en particulier N. 7 et 11.

OFFICE FÉDÉRAL DU REGISTRE DU COMMERCE

Nicholas Turin