



Communication OFRC 1/25

7 avril 2025

Indications sur la pratique de l'Office fédéral du registre du commerce

A. 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 des questions (d'interprétation) en rapport avec le nouveau droit dans le cadre des communications OFRC 3/2022, 1/2023, 2/2023, 3/2023 ainsi que 1/2024. D'autres questions (d'interprétation) relatives au nouveau droit de la société anonyme ont également été discutées dans les publications « Rückblick auf die Praxis 2023 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister » parue dans REPRAX 1/2/2024 et « Rückblick auf die Praxis 2024 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister » parue dans REPRAX 1/2025. Les paragraphes suivants traitent d'autres questions (d'interprétation) qui se posent en relation avec le nouveau droit de la société anonyme ou abordent de manière plus approfondie des thèmes déjà discutés.

2 Inscription simultanée de l'augmentation ordinaire du capital et de la marge de fluctuation du capital

Comme déjà indiqué dans la communication OFRC 1/2023, on peut se fonder sur le montant augmenté ou réduit du capital-actions pour fixer la limite de la marge de fluctuation du capital, pour autant que l'inscription au registre du commerce de l'augmentation ou de la réduction ordinaire du capital soit requise en même temps que la modification des statuts concernant la marge de fluctuation du capital. En ce qui concerne les conditions générales, la communication

¹ RS 220.

² RS 221.411.

ORFC 1/2023 a renvoyé à l'avis de l'OFRC du 2 juillet 2002 sur le montant maximal d'une augmentation autorisée du capital, parue dans la REPRAX 2/2002, p. 49 s.

Cette règle, qui semble claire au premier abord, a conduit en pratique à des questions complémentaires. Il y a lieu de distinguer trois situations différentes.

2.1 Cas n° 1 : l'augmentation de capital est immédiatement réalisée par le conseil d'administration

Dans le cas n° 1, l'assemblée générale décide, dans le cadre d'un premier point de l'ordre du jour, d'une augmentation ordinaire du capital, qui est aussitôt exécutée (par le conseil d'administration). A l'occasion d'un point suivant de l'ordre du jour, l'assemblée générale décide ensuite d'introduire une marge de fluctuation du capital. Il convient de respecter l'ordre chronologique correct ; l'assemblée générale est interrompue (entre les points un et deux de l'ordre du jour) afin que le conseil d'administration puisse prendre une décision d'exécution. Il est également possible de tenir deux assemblées générales, entre lesquelles le conseil d'administration prend une décision d'exécution. Les actionnaires nouvellement arrivés dans le cadre de l'augmentation de capital participent à la prise de décision sur la marge de fluctuation du capital. L'augmentation ordinaire du capital et l'introduction d'une marge de fluctuation du capital sont annoncées et inscrites ensemble (dans un délai de 6 mois à compter de la décision de l'assemblée générale) auprès du registre du commerce.

Cette procédure ne pose pas de problème et correspond à la procédure décrite dans l'avis de l'OFRC du 2 juillet 2002 (concernant l'augmentation autorisée du capital). Pour la limite supérieure et inférieure de la marge de fluctuation du capital, c'est déjà le nouveau capital (après l'augmentation ordinaire du capital) qui est déterminant.

2.2 Cas n° 2 : l'augmentation de capital est réalisée après les décisions de l'AG sur l'augmentation de capital ordinaire et la marge de fluctuation du capital

Dans le cas n° 2, l'assemblée générale décide, lors d'un premier point de l'ordre du jour, d'une augmentation ordinaire du capital et, lors d'un point suivant de l'ordre du jour, de l'introduction d'une marge de fluctuation du capital à condition que l'augmentation ordinaire du capital soit réalisée et inscrite simultanément au registre du commerce. Plus tard, l'augmentation ordinaire du capital est réalisée par le conseil d'administration et l'augmentation ordinaire du capital et l'introduction de marge de fluctuation du capital sont annoncées et inscrites ensemble (dans un délai de 6 mois à compter de la décision de l'assemblée générale) au registre du commerce. La question s'est posée de savoir si, dans cette constellation également, il était déjà possible de s'appuyer sur le nouveau capital augmenté lors de l'introduction de la marge de fluctuation du capital pour la limite supérieure et inférieure de la marge de fluctuation du capital lors de son introduction.

Certes, dans cette constellation, l'augmentation de capital n'est pas encore réalisée au moment de la décision sur la marge de fluctuation du capital. Néanmoins, la majorité des offices cantonaux du registre du commerce admettent que l'on se base déjà sur le nouveau capital (augmenté) pour fixer la limite supérieure et inférieure de la marge de fluctuation du capital. Cette manière de procéder est convaincante, car (1) la chronologie des décisions de l'assemblée générale est correcte (elle décide d'abord de l'augmentation du capital, puis de la marge

de fluctuation du capital) ; (2) les décisions conditionnelles de l'assemblée générale sont autorisées (la décision sur la marge de fluctuation du capital est soumise à la condition que l'augmentation de capital ordinaire soit réalisée et inscrite) et (3) il n'y a en principe pas de risque à craindre pour les intérêts des actionnaires ou des créanciers. Pour des raisons de transparence, les éventuels nouveaux actionnaires entrant dans le cadre de l'augmentation de capital doivent toutefois être informés de manière appropriée de l'introduction déjà décidée de la marge de fluctuation du capital. Une suppression d'office de la marge de fluctuation du capital (art. 653v al. 1 CO) lors de l'exécution de l'augmentation ordinaire du capital par le conseil d'administration peut être exclue, car l'art. 653v al. 1 CO ne s'applique que si *l'assemblée générale décide, pendant la durée de l'autorisation*, d'augmenter le capital, ce qui n'est justement pas le cas en l'espèce, puisque l'assemblée générale a décidé d'augmenter le capital avant l'introduction de la marge de fluctuation du capital. Une autre interprétation par le tribunal reste bien entendu expressément réservée.

2.3 Cas n° 3 : L'augmentation de capital avec un *montant nominal maximal* est réalisée après la décision de l'AG sur la marge de fluctuation du capital

Dans le cas n° 3, la situation est encore plus complexe par le fait que l'assemblée générale décide, lors d'un premier point de l'ordre du jour, d'une augmentation ordinaire du capital avec un *montant nominal maximal*, puis, lors d'un point suivant de l'ordre du jour, de l'introduction d'une marge de fluctuation du capital à condition que l'augmentation ordinaire du capital soit réalisée et inscrite simultanément au registre du commerce. Plus tard, l'augmentation ordinaire du capital est réalisée par le conseil d'administration et annoncée et inscrite au registre du commerce en même temps que l'introduction de la marge de fluctuation du capital (dans un délai de 6 mois à compter de la décision de l'assemblée générale). Dans cette constellation, le montant du capital après l'augmentation ordinaire du capital n'est pas encore connu au moment de la décision de l'assemblée générale sur l'introduction de la marge de fluctuation du capital. La question se pose de savoir si l'on peut (ou doit) néanmoins partir du capital augmenté (mais encore inconnu) pour les limites supérieure et inférieure de la marge de fluctuation du capital et comment une telle autorisation se présente concrètement, respectivement comment la clause d'autorisation doit être formulée dans l'acte authentique de la décision de l'AG ou dans les statuts.

Si le cas n° 2 est autorisé, le cas n° 3 doit l'être également (sous les conditions mentionnées au point 2.2), car les deux situations ne diffèrent ni en ce qui concerne la chronologie des décisions ni en ce qui concerne les compétences du conseil d'administration. Certes, l'assemblée générale ne décide que du montant nominal maximal dont le capital doit être augmenté. Aucun pouvoir d'appréciation supplémentaire n'est toutefois accordé au conseil d'administration : le montant définitif du capital après augmentation ordinaire dépendant uniquement du nombre d'actions souscrites. En ce qui concerne la procédure pratique, il est nécessaire d'utiliser une « formule » lors de l'introduction (clause d'autorisation) de la marge de fluctuation du capital (par ex. « Capital-actions après réalisation de l'augmentation ordinaire du capital plus/moins 20% » ou « Capital-actions après augmentation ordinaire du capital plus/moins un certain nombre d'actions ») ou d'exprimer les faits de façon transparente d'une autre manière. Après avoir procédé à l'augmentation ordinaire du capital, le conseil d'administration adapte les statuts en ce qui concerne le capital et, dans ce cadre, peut également « corriger » la clause d'autorisation en remplaçant par exemple la « formule » de la clause d'autorisation par les chiffres effectifs. Les chiffres à utiliser par le conseil d'administration sont le résultat d'une

déduction purement arithmétique déterminée par l'assemblée générale - le conseil d'administration n'a aucun pouvoir discrétionnaire à cet égard. L'OFRC considère cette procédure comme admissible. Une autre interprétation par le tribunal reste bien entendu expressément réservée.

3 Suppression d'office de la marge de fluctuation du capital (art. 653v al. 1 CO)

3.1 Généralités sur la suppression d'office

Si, pendant la durée de l'autorisation du conseil d'administration, l'assemblée générale décide, en relation avec la marge de fluctuation du capital, une augmentation ordinaire du capital, une réduction du capital ou un changement de monnaie, la décision relative à la marge de fluctuation du capital devient caduque pour des raisons de sécurité juridique (art. 653v al. 1 CO). La marge de fluctuation du capital (clause d'autorisation) doit être supprimée des statuts.

Il est bien entendu possible que l'assemblée générale introduise immédiatement une nouvelle marge de fluctuation du capital (message concernant la révision du droit de la société anonyme, p. 465). En ce qui concerne l'introduction d'une nouvelle marge de fluctuation du capital, on peut se référer aux explications données au point 2 ci-dessus.

Dans le cadre de l'inscription de l'augmentation ordinaire du capital (resp. de la réduction du capital ou du changement de monnaie), les registres du commerce doivent vérifier si la marge de fluctuation du capital a été supprimée des statuts, resp. si l'assemblée générale a décidé d'une nouvelle marge de fluctuation du capital. En l'absence à la fois de la suppression de la marge de fluctuation du capital et de la décision de l'assemblée générale concernant l'adoption d'une nouvelle marge de fluctuation du capital, l'office du registre du commerce rejette le dossier.

3.2 Adaptation des statuts en cas de suppression d'office

En ce qui concerne la suppression de la disposition relative à la marge de fluctuation du capital des statuts, il existe des questions d'interprétation. La loi ne s'exprime pas sur le moment exact ni sur la compétence pour l'adaptation correspondante des statuts.

L'OFRC est d'avis que la suppression correspondante de la marge de fluctuation du capital et l'inscription au registre du commerce doivent avoir lieu en même temps que l'exécution et l'inscription de l'augmentation ou de la réduction du capital décidée par l'assemblée générale et toute nouvelle inscription d'une marge de fluctuation du capital. Cela correspond à l'esprit et à l'objectif de l'article 653v al. 1 CO, qui vise à garantir la sécurité juridique et permet de remplacer sans interruption la marge de fluctuation du capital par une nouvelle. Le conseil d'administration est donc responsable de la modification des statuts, tout comme de l'exécution de l'augmentation de capital (ou de la réduction de capital ou du changement de monnaie), qui est à l'origine de la suppression. Dans le cadre de la modification des statuts selon l'art. 652g CO (resp. art. 653o ou 621 al. 3 CO), le conseil d'administration doit également procéder à l'adaptation au sens de l'art. 653v al. 1 CO. La décision relative à la marge de fluctuation du capital, et donc l'autorisation donnée au conseil d'administration de procéder à des modifications du capital dans le cadre de la marge de fluctuation du capital, devient toutefois caduque dès que l'assemblée générale a décidé d'augmenter ou de réduire le capital. À partir de ce

moment, le conseil d'administration n'est plus autorisé à modifier le capital dans le cadre de la marge de fluctuation du capital. Cependant, il existe un état d'incertitude jusqu'à l'exécution de la modification du capital. Si la modification du capital n'est finalement pas réalisée, l'OFRC est d'avis que l'autorisation continue de s'appliquer, sauf décision contraire de l'AG (dans ce sens également Candreia/Zindel/Isler in BaK-OR II, Art. 653v OR, N 6 ou Büchler, Das Kapitalband, N 240). La conséquence de cette interprétation est que si l'augmentation ou la réduction ordinaire du capital n'est pas annoncée au registre du commerce dans les 6 mois prescrits (art. 650 al. 3 ou art. 653j al. 4 CO), la marge de fluctuation du capital n'est pas supprimée au sens de l'art. 653v CO. Une autre interprétation par le tribunal est bien entendu expressément réservée.

B. Opting-out

Suite à l'entrée en vigueur de la loi sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite³, divers cas de figure se sont présentés et nécessitent des éclaircissements par rapport à la renonciation au contrôle restreint (opting-out) et le texte d'inscription.

1 Transfert en Suisse du siège d'une entité juridique étrangère

Le premier cas de figure concerne le transfert en Suisse du siège d'une entité juridique étrangère. Dans la mesure où le transfert a pour conséquence l'inscription d'une nouvelle société de capitaux en Suisse, l'inscription du transfert sera constitutive. Concernant l'opting-out, il s'agira d'une inscription similaire à celle à la constitution d'une société de capitaux. Le texte d'inscription suivant est accepté :

« La société renonce au contrôle restreint à partir de l'inscription du transfert de siège en Suisse. »

2 Transformation

Lors de transformation de société en nom collectif, de société en commandite et d'association en société de capitaux, la même question que pour les transferts de siège depuis l'étranger se pose. En effet, l'entité juridique n'avait pas d'obligation de révision avant sa transformation. Dès lors, de par la transformation, la société doit désigner un organe de révision, si elle fait l'objet d'un contrôle ordinaire ou restreint, ou alors procéder à une renonciation au contrôle restreint. Concernant l'opting-out, il s'agira d'une inscription similaire à celle à la constitution d'une société de capitaux. Le texte d'inscription suivant est accepté :

« La société renonce au contrôle restreint à partir de l'inscription de la transformation. »

Office fédéral du registre du commerce (OFRC)

Félix Reinmann
Chef

³ RO 2023 628.