REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE
Département de l'économie et de l'emploi
Office cantonal de l'inspection et des relations du travail
Registre du commerce

DEE - RC
Registre du commerce
Case postale
1211 Genève 3

Note à :

Mesdames et Messieurs les Notaires

N/réf. :
V/réf. :

Genève, le 26 janvier 2024

Maîtres,

Nous souhaitons vous faire part de diverses informations concernant la tenue du registre du commerce, tant en matière législative et réglementaire (pt I) qu'en matière de pratique (pt II) et sur des points divers (pt III).

I. Législation

1. Entrée en vigueur au 1er janvier 2024

Modification du Code civil du 17 décembre 2021 (Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations)

Cette modification du Code civil, qui touche les **fondations**, comporte les nouveautés suivantes:

- modification de l'organisation de la fondation (en plus du but désormais) selon le droit réservé au fondateur,
- plus de nécessité d'un acte authentique pour les modifications de l'acte de fondation soumises à l'autorité compétente pour décision,
- réglementation de la plainte auprès de l'autorité de surveillance contre les actes ou les omissions des organes de la fondation.

2. Modifications législatives adoptées mais non encore entrées en vigueur

Loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite du 18 mars 2022

La date de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la lutte contre l'**usage abusif de la faillite** est fixée au 1er janvier 2025.

II. Pratique

1. En matière de **dépôt électronique** au sens des art. 12b et 12c ORC, il est nécessaire de certifier électroniquement chaque pièce justificative séparément, car nous ne pouvons pas modifier une pièce électronique en séparant, par exemple, la réquisition des statuts ou l'acte authentique de la déclaration d'opting-out qui auraient été scannés et certifiés électroniquement sous forme de pièce unique (art. 8 al. 3 let. e, art. 20 al. 2 et 3, et art.

166 ORC; cf. aussi la section 3 de l'Ordonnance sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique (OAAE – RS 211.435.1).

2. Les pièces originales électroniques ne peuvent pas être déposées sous forme de simple impression papier. Il est possible de les déposer soit sous **forme électronique**, ce qui implique un dépôt au sens de l'art. 12c ORC, savoir par PrivaSphere ou Incamail en l'état actuel de l'offre en la matière, ou sous **forme papier**, en ayant préalablement converti le document électronique au format papier au sens des sections 1 et 4 de l'OAAE (art. 20 al. 1 et 3 ORC). Cela vaut en particulier pour les pièces qui n'existent que sous forme électronique, telles que les extraits du registre du commerce en provenance de certains pays ou les apostilles délivrées à l'étranger uniquement sous forme électronique.

3. Pour les Etats parties, un acte public en provenance de l'étranger doit être muni de l'**apostille** au sens de la Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers – RS 0.172.030.4). Au sens d'acte public, on entend en particulier les documents qui émanent d'une autorité ou d'un fonctionnaire relevant d'une juridiction d'un Etat contractant, les documents administratifs et les actes notariés (art. 1 de la convention). L'apostille atteste la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu (art. 2 de la Convention). En ce qui concerne les documents qui émanent d'une autorité ou d'un fonctionnaire ou les documents administratifs, ils ne doivent pas être légalisés préalablement par un notaire du pays de provenance: l'apostille est suffisante (art. 2 de la Convention).

4. Les **pièces justificatives** qui accompagnent la réquisition d'inscription sont publiques (art. 936 al. 1 CO). Elles peuvent être consultées (art. 936 al. 2 CO; art. 11 al. 1 ORC) et doivent être conservées (art. 166 al. 1 ORC). Il en découle que les pièces justificatives portées au dossier à l'occasion d'une inscription ne peuvent pas être modifiées ou remplacées postérieurement (Rückblick auf die Praxis 2021 des Eidgenôssischen Amtes für das Handelsregister, in REPRAX 1/22, p. 10). Nous ne pouvons donc pas remplacer, en particulier, un acte ou des statuts enregistrés par un autre exemplaire de ces documents.

5. Les faits à inscrire doivent être accompagnés des pièces justificatives nécessaires (art. 929 al. 2 CO). Un **dossier incomplet** ne peut pas être déposé en précisant qu'il sera complété par un dépôt ultérieur (par exemple, d'une attestation de domiciliation, d'une lettre d'acceptation, d'une légalisation de signature, d'une attestation FINMA).

6. Les **modifications des statuts de fondations** soumises à surveillance ne peuvent être inscrites au registre du commerce que sur décision de l'autorité de surveillance des fondations compétente (art. 85, 86, 86a et 86b CC; art. 97 ORC). Le dépôt au registre du commerce, par la fondation, d'une réquisition, accompagnée d'un procès-verbal et d'un nouvel exemplaire des statuts ne peut s'y substituer.

7. Lorsque le but social indique que la société n'a **pas de but économique**, les statuts ne peuvent pas prévoir, en particulier, un droit des actionnaires ou des associés au dividende et au produit de liquidation (art. 660 al. 1 et 2, 798 et 826 al. 1 CO).

8. Lorsqu'il est prévu de mentionner dans les statuts le catalogue complet des décisions de l'assemblée générale soumises à la double majorité qualifiée de l'art. 704 CO, une omission totale ou partielle dans le contenu de la disposition statutaire constitue une **dérogation à cette exigence légale** qui ne peut pas être admise (seule une aggravation de la majorité légale étant admissible: CR CO II-Peter/Cavadini, art. 704, no 2, et BSK OR II-Dubs/Truffer, art. 703, no 19, et 704, no 13). Par exemple, lorsque les actions de la société ne sont pas cotées, la **réunion d'actions** est non seulement soumise à la majorité qualifiée de l'art. 704 CO, mais aussi au consentement de tous les actionnaires concernés (art. 704 al. 1 ch. 2 CO; FF 2017 353, p. 436).

9. De même, lorsqu'il est prévu de mentionner dans les statuts le catalogue complet des compétences ou des tâches d'un organe, une énumération partielle ne peut être considérée que comme une **dérogation à la loi** qui ne peut pas être admise. Par exemple, le contenu du registre des parts sociales ou les tâches du président des gérants ou du gérant unique doivent être restitués en intégralité (cf. à ce sujet les art. 790 al. 2 et 810 al. 3 CO).

10. Lorsque le capital est libéré par **compensation de plusieurs créances**, la réquisition doit (aussi) indiquer la somme des créances compensées et non (seulement) chacune des créances compensées (art. 45 al. 2 let. c et 48 al. 2 ORC; art. 73 al. 2 et 76 al. 2 ORC).

11. Lorsque le cours de **conversion de monnaie** est indiqué dans l'acte authentique, celui-ci doit être appliqué de manière exacte. Ni le capital-actions, ni la valeur nominale des actions ne doit faire l'objet d'un arrondi, car cela constituerait une augmentation ou une réduction cachée du capital (cf. la factsheet no 1 de de l'OFRC publiée dans le REPRAX 4/2022, p. 177 et 178). C'est le conseil d'administration, respectivement les gérants, qui fixe le taux de change (art. 621 al. 3 CO; art. 773 al. 2 CO). Quant au cours de conversion, il ne fait pas l'objet d'un examen de la part du registre du commerce à moins qu'il n'apparaisse de manière manifeste qu'un taux de change erroné a été utilisé (FF 2017 353, p. 433). Il convient d'être attentif au fait que certains calculateurs sont susceptibles d'arrondir le résultat lorsque celui-ci comporte de nombreux chiffres après la virgule.

12. Tant sur la réquisition que dans l'acte authentique relatif à la décision de l'assemblée générale, il convient de **qualifier le type d'augmentation de capital-actions**, ordinaire ou au moyen d'un capital-conditionnel (art. 48 al. 1 let. a ORC; art. 51 al. 3 let. a ORC; art. 59b ORC).

13. La décision de l'assemblée générale d'augmenter (augmentation ordinaire) ou de réduire le capital annule automatiquement, pour des questions de sécurité juridique, la décision instituant la **marge de fluctuation** du capital (FF 2017 353, p. 465): la décision est **caduque** et les statuts doivent être adaptés en conséquence (art. 653v al. 1 CO). La clause statutaire y relative ne peut pas être modifiée: elle doit être supprimée des statuts (art. 652g al. 1 CO, resp. 653o al. 1 CO) et, s'il y a lieu, remplacée par une nouvelle clause (art. 698 al. 2 ch. 9, et 704 al. 1 ch. 5 CO).

14. Les nouvelles actions souscrites par la société dont le capital est augmenté ne peuvent pas être libérées par consignation d'un montant en espèces, s'agissant de l'**utilisation de fonds propres**. Ce sont les pièces nécessaires pour l'augmentation du capital par conversion de fonds propres librement disponibles qui doivent être réunies pour opérer une inscription correspondante au registre du commerce (art. 652d CO; art. 46 ORC) (Praxis der Oltner Arbeitstagung 2014 in REPRAX 3/15, p. 28, pt. VI).

15. Si tant est que les statuts de Sàrl puissent comporter un droit d'**emption** applicable aux situations déjà visées par l'art. 788 CO, la disposition statutaire ne peut pas déroger au principe de la reprise à la valeur réelle (au moins), s'agissant de situations où les parts sociales ont déjà été acquises (art. 788 al. 3 CO; FF 2002 2949, p. 2988 in initio; sur la valeur réelle, cf. Rückblick auf die Praxis 2021 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, REPRAX 1/22, p. 5 et 6).

16. En matière de Sàrl, le **droit de veto statutaire** est incessible (art. 807 al. 3 CO). C'est donc un droit personnel de l'associé, qui n'est pas lié à une part sociale; il s'éteint avec le départ de l'ayant droit ou son décès (s'agissant d'une personne physique) (FF 2002 2949, p. 3007 ad art. 807 P-CO). Cela implique que les statuts déterminent le bénéficiaire du droit de veto par le biais d'éléments liés à sa personne, tels que son nom ou sa qualité de fondateur (CR CO II-Chapuis, art. 807 no 4; BSK OR II-Truffer/Dubs, art. 807 no 3).

17. Les statuts qui mentionnent le détail de l'**affectation aux réserves** ne peuvent plus faire référence à la "réserve générale", notion de l'ancien droit (cf. actuellement les art. 671 à 673 et 959a al. 2 ch. 3 let. b, c et d CO) ni se référer au capital "libéré" puisque l'art. 672 al. 2 CO, de même que l'art. 801 CO par renvoi, se réfère au capital "inscrit au registre du commerce" (c'est-à-dire au capital émis, cf. FF 2017 353, p. 473, ad art. 672 P-CO).

18. L'organe de révision ne peut désormais pas être **révoqué** "en tout temps" avec "effet immédiat", comme les statuts l'indiquent parfois, mais seulement en cas de justes motifs (art. 730a, al. 4, et 818, al. 1, CO; FF 2017 353, p. 529).

19. Le contrat de transfert de patrimoine doit comporter un **inventaire** (art. 71 al. 1 let. b LFus; FF 2000 3995, p. 4115 et 4116), et non un bilan (d'ailleurs, les postes purement comptables ne peuvent pas être retenus) ni un simple renvoi à des pièces distinctes, telles que des factures ou des extraits de comptes.

20. Lorsque la pièce d'identité, au sens de l'art. 24a al. 1 ORC, ne distingue pas clairement le nom de famille du ou des prénoms, la réquisition doit faire cette distinction pour permettre une inscription conforme au principe de véracité en matière d'**indications personnelles** (art. 119 al. 1 let. a et b ORC).

III. Divers

21. Pour les décisions et les prestations d'une ampleur, d'une difficulté ou d'une urgence exceptionnelles, les **émoluments** perçus par notre office seront **majorés** de 50 % au maximum (art. 3 de l'Ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce - OEmol-RC - RS 221.411.1).

    Sont en particulier concernés les fondations qualifiées, les dispositions statutaires complexes, les restructurations d'ampleur, les inscriptions qui doivent être approuvées le jour même ("hyper express"), ou les examens préalables approfondis qui nécessitent que des questions juridiques soient clarifiées (cf. à ce sujet les exemples du rapport explicatif de la modification de l'ordonnance sur le registre du commerce et de l'ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce du 20 février 2019, p. 17, art. art. 3 P-OEmol-RC).

22. Le traitement des réquisitions d'inscription est prioritaire par rapport à l'**examen de projets** ou aux **demandes de renseignements**, spécialement en périodes chargées (cf. notre note aux notaires du 28 janvier 2021, p. 6, pt. 17 in fine). Les préavis et renseignements fournis sont soumis à émoluments. Aux fins de gestion, les demandes par courriel doivent être envoyées à l'adresse de courriel générale de l'office et non à une adresse de courriel personnelle.

Les collaboratrices et collaborateurs de l'office se tiennent à votre disposition pour tout complément d'information.

Nous vous prions de croire, Maîtres, à l'assurance de notre considération distinguée.

Fabienne Lefaux Rodriguez
Directrice / Préposée

Anna Juillerat
Substitute