



DSES - RC
Registre du commerce
Case postale 3597
1211 Genève 3

Note à :

Mesdames et Messieurs les Notaires

N/réf. :
V/réf. :

Genève, le 28 janvier 2020

Maîtres,

Nous vous communiquons ci-après certaines informations en rapport avec la tenue du registre du commerce.

I. Modifications législatives en cours

1. Révision du droit de la société anonyme

Le 23 novembre 2016, le Conseil fédéral a adopté un message sur la révision du droit de la société anonyme. Le premier tour de consultation au Conseil national et au Conseil des Etats est terminé. La phase actuelle porte sur l'élimination des divergences.

2. Modernisation du registre du commerce (modifications du titre trentième du CO: Du registre du commerce, de l'Ordonnance sur le registre du commerce et de l'Ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce)

La modification de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC) et la nouvelle ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce (OEmol-RC) entreront en vigueur en même temps que la modification du CO, au 1^{er} janvier 2021, à l'exception des dispositions sur les actions au porteur et les dispositions sur le no AVS et la base de données centrale des personnes, lesquelles entrent en vigueur le 1^{er} mars 2020.

3. Message du 27 novembre 2019 relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués du 27 novembre 2019

Le projet (FF 2020 223) comporte notamment une modification du droit de la société anonyme qui permet d'émettre des actions non seulement sous forme de papiers-valeurs, mais aussi sous forme de droits-valeurs inscrits au sens de l'art. 973d P-CO.

4. Message du 26 juin 2019 relatif à la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite (modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du code des obligations, du code pénal, du code pénal militaire et de la loi sur le casier judiciaire)

Le projet (FF 2019 4977) vise à éviter que les débiteurs fassent un usage abusif de la procédure de faillite pour échapper à leurs obligations.

L'objet central du projet est d'améliorer l'application de l'interdiction pénale d'exercer une activité qui permet à un tribunal d'interdire à une personne d'exercer une fonction au sein d'une entreprise.

En outre, des mesures préventives serviront à diminuer le risque des faillites abusives. Le public doit pouvoir rechercher des personnes physiques dans le registre du commerce. Il sera ainsi en mesure de connaître quelles fonctions la personne exerce ou exerçait, et au sein de quelle entreprise. La jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'interdiction de transfert de cadre d'actions doit être codifiée et la possibilité d'un opting-out rétroactif supprimée. Enfin, en droit de la poursuite pour dettes et la faillite, les créanciers de droit public doivent pouvoir choisir la continuation de la poursuite, par voie de saisie ou de faillite.

En ce qui concerne le transfert de cadre d'actions (ou manteaux d'actions), la jurisprudence civile du Tribunal Fédéral considère déjà que l'achat d'un cadre d'actions est un acte juridique nul (pour des références, cf. FF 2019 4977, p. 4988, et point 15 ci-après).

5. Message du 26 juin 2019 concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent

Le projet (FF 2019 5237) prévoit notamment d'améliorer la transparence des associations exposées à un risque accru de financement du terrorisme ou de blanchiment d'argent. Ces associations devront s'inscrire au registre du commerce. Toutes les associations tenues de s'inscrire au registre du commerce devront en outre établir une liste de leurs membres et pouvoir être représentées par une personne domiciliée en Suisse.

II. Entrées en vigueur récentes

6. Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales du 21 juin 2019

Entrée en vigueur au 1er novembre 2019 (RO 2019 3161), cette loi a modifié le Code des obligations en ce qui concerne les actions au porteur.

Le nouvel art. 622 CO prévoit que les actions au porteur ne sont autorisées que si la société a des titres de participation cotés en bourse ou si elles sont émises sous forme de titres intermédiés au sens de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés et sont déposées auprès d'un dépositaire en Suisse désigné par la société ou inscrites au registre principal (art. 622, al. 1bis, CO).

Avant le 1er mai 2021, les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions ayant des actions au porteur qui ont des titres de participation cotés en bourse ou qui ont des actions au porteur émises sous forme de titres intermédiés, doivent demander une inscription au registre du commerce compétent conformément à l'art. 622, al. 2bis. Dès le 1er mai 2021, les actions au porteur non autorisées seront converties de plein droit en actions nominatives. Les sociétés devront adapter leurs statuts et le registre du commerce devra rejeter toute réquisition d'inscription d'une autre modification des statuts aussi longtemps que cette adaptation n'aura pas été faite (art. 2, 4 et 5 des Dispositions transitoires de la modification du 21 juin 2019; cf. aussi https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/dokumentation/fachinformationen/anleitungen_global_forum.html).

Dès le 1^{er} mai 2021, le fait qu'une société anonyme ait émis des actions au porteur sans avoir de titres de participation cotés en bourse ou sous une forme autre que celle de titres intermédiés constitue un cas de carence dans l'organisation qui permet de requérir du tribunal qu'il prenne les mesures nécessaires (art. 731b, al. 1, ch. 4, CO).

7. Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LEFin)

Entrée en vigueur le 1er janvier 2020 (RO 2018 5247; RS 954.1), cette loi abroge la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, LBVM) du 24 mars 1995. Elle a des incidences importantes en matière de **raison de commerce** et de **but social**.

Ainsi, dans une récente communication, l'OFRC rappelle que seules les personnes qui disposent de l'autorisation requise peuvent faire figurer, seules ou en relation avec d'autres termes, les désignations «gestionnaire de fortune», «trustee», «gestionnaire de fortune collective», «direction de fonds» ou «maison de titres» dans leur raison sociale, dans la description de leur but social ou dans des documents professionnels (art. 13, al. 1 et 2, LEFin).

L'autorisation est délivrée par la FINMA. L'obligation d'obtenir l'autorisation avant la réquisition d'inscription au registre du commerce incombe à l'entité juridique concernée (Message du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers [LEFin], FF 2015 8101).

Pour les entités juridiques déjà inscrites au registre du commerce, il n'y a pas, selon l'art. 13 LEFin, d'obligation active de vérification de la raison sociale, respectivement du nom ou du but. Toutefois, dès qu'une entité juridique adapte sa raison de commerce, respectivement son nom et/ou son but, de telle sorte qu'une autorisation au sens de l'art. 13 LEFin est requise, elle doit disposer de l'autorisation correspondante de la FINMA (cf. la Communication OFRC 1/19 du 17 décembre 2019).

III. Pratique

A. SA/Sàrl

8. L'acte constitutif doit indiquer le **domicile** civil des fondateurs, respectivement de leurs représentants, ainsi que celui des membres du conseil d'administration ou des gérants (art. 119, al. 1, let. e, ORC). Il ne s'agit pas d'un domicile "élu" ou d'un domicile "professionnel".

9. La souscription dans l'acte constitutif doit indiquer le **prix d'émission** des actions ou des bons de participations (art. 630, ch. 1, et 656a, al. 2, CO). S'il y a un agio, respectivement une prime d'émission, il ne peut pas y avoir d'émission "au pair", c'est-à-dire à la valeur nominale des titres. La mention "au-dessus du pair", en cas d'émission avec agio, n'est pas un prix d'émission déterminé ; il convient d'indiquer le prix d'émission par action ou bon.

10. Le montant de l'apport en espèces consigné en **monnaie étrangère** doit couvrir le capital en francs suisses au jour de l'inscription au registre journalier, et non seulement au jour de l'assemblée constitutive ou de l'exécution de l'augmentation du capital. Il y a lieu de prévoir une marge suffisante.

11. En matière de **compensation de créance** pour la libération du capital, outre les conditions usuelles (même espèce, réciprocité, disponibilité, exigibilité), il convient d'indiquer aussi, dans le rapport, la cause de la créance que le souscripteur compense (existence).

12. Si l'**apport en nature** comporte des parts sociales d'une Sàrl dont les statuts prévoient des droits et obligations et sens de l'art. 777a al. 2 CO, le contrat d'apport en nature, qui vaut le plus souvent cession au sens de l'art. 785 al. 1 CO, doit aussi comporter les références nécessaires aux statuts selon l'art. 785 al. 2 CO (par exemple prohibition de concurrence imposée aux associés, droit de préemption des associés). Il convient aussi de requérir, pour la Sàrl, la cession de parts sociales qui résulte de l'apport en nature (art. 27 et 73, al. 1, let. i, ORC).

13. Le **rapport de fondation** et le **rapport d'augmentation**, soumis à vérification, portent sur la nature et l'état des apports en nature ou des reprises de biens et du bien-fondé de leur évaluation (art. 635, ch. 1, et 635a CO; art. 652e, ch. 1, et 652f CO). Les fondateurs, respectivement le conseil d'administration en cas d'augmentation du capital, doivent rendre publique les considérations déterminantes pour la valeur attribuée à l'apport en nature ou à la reprise de biens, au point que les créanciers (et non seulement le réviseur ou les éventuels autres associés) puissent réexaminer ces aspects (Message du Conseil fédéral du 23 février 1983, FF 1983 757, p. 880; CR CO II-Lombardini, art. 635, no 1, 3, 4 et 5; CR CO II-Zen-Ruffinen/Urban, art. 652e, no 5 et 6; BSK OR II-Schenker, art. 635, no 3; BSK OR II-Zindel/Isler, art. 652e, no 4; note aux notaires du 8 novembre 2002, page 2). Il faut pouvoir reproduire la méthode. A cet effet, les indications doivent être chiffrées et les éventuelles références à des documents sociaux ou comptables précises (typiquement bilan).

14. La société doit formuler son **but** de telle manière que son domaine d'activité soit clairement reconnaissable par les tiers (art. 118, al. 1, ORC). Sa rédaction est parfois problématique s'agissant de l'usage des adjectifs ou des verbes qui ne pas sont accordés correctement et qui sont ainsi susceptibles de créer une incertitude sur le sens de l'inscription. Par ailleurs, les formulations techniques ou commerciales, y compris les abréviations, doivent être explicitées. Enfin, les désignations en anglais doivent être assorties d'un équivalent en français (art. 16, al. 4, ORC).

15. Les prêts intragroupes contreviennent à l'interdiction de remboursement du capital prévue par l'art. 680 al. 2 CO s'ils ne respectent pas le principe de pleine concurrence (ATF 140 III 533). Le libellé du **but** social ne doit pas comporter d'indications expresses contraires.

16. On entend par **transfert d'un manteau d'actions ou de parts sociales** la cession de droits de participation permettant à leur acquéreur de disposer d'une société non encore dissoute juridiquement, mais économiquement liquidée (Arrêt du Tribunal Fédéral 2C_176/2008 du 26 août 2008, cons. 5.1.), soit que la société n'a plus d'actifs ou que ses seuls actifs sont liquides ou facilement réalisables (par ex. argent comptant, avoirs en banque, titres, prêts aux actionnaires ou avoirs facilement réalisables) (SJ 2014 II 197, p. 199 et 200). La jurisprudence considère ce type de transactions comme illicites et nulles en tant que moyen pour éluder les prescriptions légales relatives à la fondation de sociétés (ATF 123 III 473, SJ 1990, p. 108, ATF 80 I 60, ATF 64 I 361). Du moment que le contrat de vente d'actions ou de parts est nul, les décisions de l'assemblée générale sont également nulles et ne peuvent faire l'objet d'une inscription au registre du commerce (ATF 67 I 36).

17. Sont inscrits au registre du commerce tous les membres du conseil d'administration, respectivement de l'organe supérieur de direction, qu'ils soient ou non titulaires d'un pouvoir de signature, de même que les personnes habilitées à représenter l'entité juridique (signataires et fondés de procuration) (art. 45, al. 1, let. n et o, et 73, al. 1, let. p et q, ORC). Un **directeur sans pouvoir de signature**, par exemple, ne remplit aucune de ces conditions et ne peut être inscrit.

18. En matière de **révision**, une personne physique ne peut fournir à titre indépendant des vérifications et des attestations qui, en vertu du droit fédéral, doivent être opérées ou délivrées par un (expert-) réviseur agréé (art. 2, let. a, ch. 1, LSR) que si elle est inscrite au registre du commerce en tant qu'entreprise individuelle et si elle-même et son entreprise individuelle ont été agréées par l'Autorité de surveillance (art. 8, al. 1, let. a et b, OSRev).

B. SA

19. Selon la pratique de l'OFRC, lorsque les conditions du maintien des actions au porteur ne sont pas réalisées au sens de l'art. 622 al. 1bis CO, il n'est pas possible d'augmenter le capital-actions par l'émission d'**actions au porteur** puis de les convertir en actions nominatives.

20. Bien que les statuts puissent prévoir que des actions nominatives devront ou pourront être converties en actions au porteur, ou des actions au porteur en actions nominatives (art. 622, al. 3, CO), la mention d'une **conversion** "en tout temps" d'actions nominatives en actions au porteur ne reflète pas les restrictions prévues par l'art. 622 al. 1bis CO.

C. Sàrl

21. À propos des **constatations** relatives aux apports, il ne peut être question d'apports "promis" pour une Sàrl (cf. les art. 777, al. 2, ch. 2, et 777c, al. 1, CO). La constatation ne peut viser matériellement que les apports effectués puisque le capital doit être entièrement libéré.

22. Lorsque le contrat de **cession de parts** sociales revêt la forme écrite, comme la loi l'autorise, il convient de déposer une copie conforme des procurations conférées par les parties en cas de représentation (art. 20, al. 1, et 82, al. 2, let. a, ORC).

D. LFus

23. La "**reverse merger**", c'est-à-dire l'absorption par voie de fusion, par la société fille, de la société mère, consiste en une fusion ordinaire et non en une fusion simplifiée au sens de l'art. 23 LFus. Il n'est ainsi possible de renoncer à l'établissement d'un rapport de fusion ou à la vérification du contrat de fusion et du bilan de fusion au sens de la LFus que si les sociétés sont des PME selon l'art. 2 let. e LFus.

E. LFAIE

24. Depuis le 1^{er} octobre 2019, il est nécessaire, pour les sociétés détenues par un étranger avec domicile légalement constitué en Suisse, de prouver le **domicile effectif en Suisse** de cette personne, par la production de l'annexe 24 aux Directives cantonales d'interprétation de la LFAIE (état au 1^{er} octobre 2019). Il s'agit d'une attestation supplémentaire (<https://www.ge.ch/document/directives-cantonales-interpretation>).

IV. Divers

25. Dès lors que l'**examen de projets** ne rentre pas dans les fonctions premières du registre du commerce, le traitement des réquisitions d'inscription est prioritaire par rapport à la formulation des préavis, spécialement en périodes chargées.

26. Pour des questions de responsabilité essentiellement, nous renonçons à communiquer des **dates limites**, en fin de semestre (juin-décembre), pour le dépôt des réquisitions en vue d'opérer des inscriptions avant l'échéance semestrielle.

Les 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

Pascal Juillerat
Substitut