



REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

Département de l'économie et de la santé

Registre du commerce

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

Note à :

Mesdames et Messieurs les Notaires

N/réf. : TH/FL
V/réf. :

Genève, le 1er juillet 2008

Maîtres,

Voilà maintenant plus de 6 mois que nous sommes plongés dans affres de la nouvelle législation... Le temps est venu de faire un point de situation et de vous faire part de nos commentaires et réflexions. Comme à notre habitude, nous avons répertorié les différents sujets par thèmes.

Sàrl

Prestations accessoires

Il convient de relever que la loi et l'ordonnance ne sont pas très coordonnées en la matière. En effet, l'ordonnance tend à mettre sous la seule dénomination de prestations accessoires, les droits d'emption, de préemption et autres, alors que la loi fait une distinction entre ces différents aspects. Par conséquent, en cas de souscription de nouvelles actions (constitution, augmentation du capital et cession d'actions), nous vous prions de bien vouloir distinguer clairement ces différents droits et obligations conformément à l'article 777a CO.

Clause de non concurrence

Il ressort de la systématique de la loi que la notion de prestations accessoires ne comprend pas les obligations de non concurrence. En effet, l'art. 796 CO donne une définition précise des prestations accessoires, sans qu'il soit mentionné que les clauses de non-concurrence doivent être considérées comme telles. Dès lors, il est nécessaire que les associés acceptent expressément la clause de non-concurrence à la constitution de la société (art. 777a CO), en cas d'augmentation de capital (art. 781 al. 3 CO) et en cas de transfert de part (art. 785 al. 2 CO).

Apport en nature et reprise de biens

Nous vous rappelons que désormais les apports en nature et les reprises de biens doivent faire l'objet d'un rapport lequel doit être vérifié par un réviseur agréé.

Libération du solde du capital

L'OFRC a récemment pris position sur la problématique liée à la libération du solde du capital social des Sàrl constituées avant le 1^{er} janvier 2008. Nous vous résumons ici sa prise de position:

Les libérations ultérieures opérées depuis le 1er janvier 2008 sont régies par les dispositions du nouveau droit de la Sàrl (art. 1 al. 2 DT-CO). En vertu des renvois contenus aux arts. 777c al. 2 et 781 al. 5 CO, la libération ultérieure du capital social est régie par les dispositions du droit de la société anonyme qui s'appliquent par analogie. Lorsqu'une adaptation des statuts est nécessaire, la décision doit revêtir la forme authentique et être déposée au registre du commerce afin que la date de la modification des statuts puisse être inscrite (art. 780 CO et art. 54 al. 1 ORC). Cependant, l'ordonnance sur le registre du commerce ne prévoit pas expressément l'inscription au registre du commerce du montant des apports effectués ou du degré de libération du capital de la Sàrl (cf. art. 73 ORC). Néanmoins, les faits dont l'inscription n'est pas prévue par la loi ou par l'ordonnance peuvent être inscrits au registre du commerce sur demande si (i) leur inscription est compatible avec le but du registre du commerce et si (ii) un intérêt public majeur justifie la publication (art. 30 ORC). Dans la mesure où il existe une lacune de la loi en matière de libération ultérieure et que l'inscription vise la transparence des rapports de responsabilité, il y a lieu de considérer que les conditions de l'art. 30 al. 1 ORC sont remplies. Dès lors, la teneur de l'inscription au registre du commerce sera la suivante: "*Le capital social a été libéré ultérieurement à concurrence d'un montant de CHF ...*". En revanche, les libérations ultérieures intervenues avant le 1er janvier 2008 en application de l'ancien droit ne peuvent être inscrites au registre du commerce car elles n'offrent pas la garantie d'une libération effective, notamment du fait que l'ancien droit ne contenait pas de disposition relative à la protection du capital.

Statuts

Dans la mesure du possible, nous vous prions de vérifier que vos statuts soient un minimum cohérents. Par exemple, si la société a choisi de ne pas soumettre la cession de parts à l'approbation de l'assemblée, il est pour le moins contradictoire de laisser dans la liste des compétences de l'assemblée générale celle d'approuver ladite cession.

Ajoutons que la présence de clauses antagonistes de ce genre dans les statuts est susceptible d'induire en erreur les personnes qui en prennent connaissance, les associés comme les tiers, et constitue une source de litiges très concrète.

Dans le même ordre d'idée, il n'est pas nécessaire dans l'acte constitutif que les fondateurs acceptent le principe de non-concurrence des associés alors qu'aucune clause y relative ne figure dans les statuts.

SA

Augmentation autorisée du capital-actions

La délégation par l'assemblée générale du pouvoir de supprimer le droit préférentiel de souscription au conseil d'administration doit être suffisamment directrice (cf. *Arrêt BK Vision, JT 144 1996 177ss*). Par conséquent, il convient de supprimer le mot *notamment* lors de l'énumération des justes motifs car cela revient à permettre au conseil de fixer d'autres motifs d'exclusion que ceux prévus par l'assemblée, ce qui n'est pas compatible avec la règle de la séparation des pouvoirs entre les organes.

Réquisition

Nous vous rappelons que l'inscription des éléments suivants, entre autres, doit être requise:

- Type d'augmentation du capital-actions (ordinaire, autorisée, conditionnelle).
- Mode de libération (en espèce, en nature, par conversion de fonds propres, par compensation de créance).

LFUS

Transformation d'une Sàrl en SA avec un capital-actions libéré à 50%

Conformément à l'art. 777c CO, les Sàrl doivent désormais avoir un capital entièrement libéré. Dès lors se pose la question de savoir comment procéder pour transformer une Sàrl en SA avec un capital-actions partiellement libéré ?

Il est exclu pour la Sàrl d'augmenter son capital sans le libérer entièrement, même en vue de sa transformation en SA. En revanche, dès lors que l'actif net résultant du bilan de la Sàrl couvre le montant minimal de la libération de la future SA (CHF 50'000), on peut renoncer à une augmentation formelle du capital avant la transformation. Dans ce cas, il sera nécessaire d'intégrer dans l'acte authentique *l'engagement inconditionnel des actionnaires* de verser le montant non-libéré lorsque le conseil d'administration décidera de l'appel ultérieur des apports non encore effectués. De plus, *tous les associés devront approuver le projet de transformation*, étant donné que la libération partielle fait naître une obligation supplémentaire des actionnaires (par analogie à l'art. 64 al. 1 let. a *in fine* Lfus resp. comme dans le cas d'une nouvelle constitution). A la fin de l'opération, nous aurons donc une SA avec un capital de CHF 100'000, entièrement couvert du fait de l'actif net "transféré" (CHF 50'000) et de la créance existante vis-à-vis des actionnaires (engagement inconditionnel de libérer le solde de CHF 50'000) mais libéré qu'à hauteur de 50 pour cent.

Déclaration d'opting out

Il est nécessaire d'indiquer quels sont les documents qui sont annexés à la déclaration en cochant les cases correspondantes.

La déclaration doit être signée un membre de l'organe supérieur d'administration. Les fondateurs en tant que tels n'ont pas la capacité de signer cette déclaration (art. 62 ORC).

Par ailleurs, nous vous rappelons que les statuts doivent être adaptés au préalable si nécessaire (suppression de l'éventuelle clause prévoyant la nomination d'un organe de révision) et que le bilan présenté doit être celui de l'exercice commencé en 2007 et qu'il doit être révisé pour les SA.

Succursales d'entités suisses (article 110 ORC)

Lors de l'inscription de succursales sous le nouveau droit, l'inscription doit se limiter aux exigences formulées dans l'art. 110 ORC. Des indications complémentaires ne sont ni prévues, ni exigibles. En revanche, l'exigence relative à l'inscription de personnes habilitées à engager en particulier la succursale subsiste (critère de l'indépendance de la succursale).

Toute réquisition pour une succursale existante, qui porte sur un fait qui n'est plus tenu à inscription selon l'art. 110 ORC, doit être refusée.

Les informations relatives aux personnes disposant d'un pouvoir de représentation pour toute l'entreprise seront radiées conformément à l'art. 110 al. 1 lit. e ORC, suite à la modification de l'ORC.

Transfert de siège dans un autre arrondissement de registre

Lors d'un transfert de siège dans un autre arrondissement de registre, la réquisition ne doit indiquer que les éléments à modifier, soit par exemple: nouveau siège: Genève, rue du Puits-Saint-Pierre 4, 1204 Genève. Il n'est plus nécessaire de requérir l'ensemble des éléments inscrits, sauf si le transfert se fait vers un arrondissement de registre dont les inscriptions sont opérées dans une autre langue (art. 123 al. 5 ORC).

Enseigne

Contrairement à ce qui avait été communiqué dans la dernière Note du mois de décembre 2007, il sera désormais admis que des signes distinctifs soient indiqués dans le but des sociétés, à la condition qu'ils ne soient en aucun cas qualifiés d'enseignes ou de noms commerciaux. Il sera donc possible d'inscrire le but suivant : "Exploitation du restaurant de la Poste". Par contre, "Exploitation du restaurant à l'enseigne de la Poste", sera refusé. Cet assouplissement, décidé par l'OFRC, doit permettre aux entreprises de préciser leur but afin que leur activité puisse être aisément reconnaissable par les tiers.

Coprésidence

L'OFRC admet l'inscription d'une coprésidence dans l'organe supérieur de gestion ou d'administration de toutes les personnes morales (SA, Sàrl, Coopérative, Association, Fondation, etc.). La coprésidence doit être expressément prévue dans les statuts. Afin d'éviter des problèmes internes, il s'avère judicieux que la société dispose également d'un règlement d'organisation dans lequel sont fixées les tâches des co-présidents.

Déclaration I et II

Nous vous remettons, ci-annexées, le texte des Déclaration I et II légèrement adapté compte tenu de la nouvelle législation, avec notamment la mention suivant laquelle *qu'il n'y a pas d'apports en nature, reprises de biens, compensations de créance ou avantages particuliers autres que ceux mentionnés dans les pièces justificatives* ainsi que la substitution de l'art. 38 ORC par l'art. 26 ORC. Ces déclarations seront prochainement mises en ligne sur notre site internet qui est actuellement en cours de refonte complète.

Suspens 2007

Nous vous informons que les inscriptions qui ont été suspendues avant le 1^{er} janvier 2008 et qui n'ont pas encore été redéposées corrigées à ce jour, seront soumises aux règles en vigueur au moment du nouveau dépôt au registre du commerce. Les requérants ne pourront pas se prévaloir de l'application de règles actuellement plus en vigueur.

Numérisation du journal

Nous tenons ici à remercier les nombreuses études qui ont d'ores et déjà renoncé à agraffer les documents qu'elles nous remettent, ce qui nous permet un gain de temps précieux pour les opérations de numérisation du journal.

Nous vous informons que depuis le 1^{er} juin la correspondance est également numérisée.

Pseudo registre du commerce

Nous avons précédemment attiré votre attention (cf. Note du 19 août 2003) sur les activités de ces maisons d'éditions privées qui usent de moyens douteux pour faire enregistrer les entreprises dans leurs annuaires professionnels. Le problème, malheureusement, tend à prendre de l'ampleur, raison pour laquelle le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) vient d'éditer une brochure intitulée "*Attention à l'arnaque à l'annuaire*" dont nous vous remettons un exemplaire. Nous vous encourageons vivement à diffuser l'information le plus largement possible. Vous avez notamment la possibilité de commander ces brochures directement auprès du SECO.

Divers

Nous avons le plaisir de vous faire part du retour de Madame Corinne Jaquet Cornut depuis le 10 juin; elle ne travaillera désormais plus le lundi. Monsieur Gil Hyman qui a remplacé Madame Corinne Jaquet Cornut nous quittera au début du mois d'août prochain.

Madame Célia Wolff continue de remplacer Madame Sabine Cottet Sigg qui a souhaité profiter d'un congé parental jusqu'au mois de septembre 2009.

L'ensemble du service juridique et des gestionnaires de dossiers se tient à votre disposition pour tout complément d'information.

Veillez croire, Maîtres, à l'assurance de notre considération distinguée.

Thierry Hepp
Préposé

Fabienne Lefaux Rodriguez
Substitut