



Hans-Jakob Käch

lic. en droit, avocat,
chef de division auprès de l'Office
du registre du commerce
du canton de Zurich

Les impacts de la nouvelle ordonnance sur le registre du commerce¹

La nouvelle ordonnance sur le registre du commerce ainsi que ses répercussions sur les diverses formes de sociétés sont présentées en deux parties; le second volet paraîtra dans TREX 2/2008.

En date du 16 décembre 2005, le Parlement a adopté les nouvelles règles applicables à la Sàrl ainsi que le nouveau régime concernant la révision obligatoire dans le droit des sociétés. Dans la foulée de la révision du droit de la Sàrl, des adaptations ont été décidées dans le droit de la société anonyme et de la société coopérative ainsi que dans les normes régissant les raisons de commerce et le registre du commerce. Enfin, le Conseil fédéral a arrêté, le 17 octobre 2007, la nouvelle ordonnance, entièrement révisée, sur le registre du commerce.

Les modifications du droit de la Sàrl et d'autres lois qui y sont liées ainsi que la révision totale de l'ordonnance précitée sont en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

1. Le nouveau régime après la révision

1.1 Obligation de révision, exigences posées à l'organe de révision et indépendance de l'organe de révision

Pour ces domaines partiels, nous renvoyons aux articles suivants, parus dans TREX:

- Frank Schneider: La nouvelle procédure d'agrément dans le secteur de la révision; TREX 5/2007, p. 278 ss.
- Michael Annen: Le nouveau droit de la révision; TREX 5/2007, p. 284 ss.
- Hans Hegetschweiler: L'indépendance de l'organe de révision selon le nouveau droit; TREX 6/2007, p. 343 ss.

1.2 Disposition transitoire

Les nouvelles dispositions relatives à l'organe de révision sont applicables dès l'exercice qui commence avec l'entrée en vigueur de la présente loi ou qui la suit (art. 7 disp. trans. CO). Il convient de considérer, à cet égard, que les comptes annuels 2007 de la société anonyme et de la société coopérative (ou 2007/08 au cas où l'exercice commercial ne coïncide pas avec l'année civile) doivent être vérifiés dans tous les cas.

Pour définir l'obligation de révision, la loi se base, comme cela a été mentionné, sur certains critères de taille. Afin d'apprécier la question de savoir si ces valeurs ont été dépassées, il y a lieu de se fonder sur les deux derniers exercices précédant l'entrée en vigueur.

1.3 Aspects dans l'optique des règles sur le registre du commerce

1.3.1 Statuts

Il est étonnant de constater que le nouveau droit n'exige non plus, pour les statuts de la Sàrl, de disposition applicable à l'organe de révision. Par contre, les statuts de la société anonyme et de la société coopérative doivent comporter une norme de ce genre.

L'office du registre du commerce doit examiner si les statuts d'une personne morale présentent le contenu qu'exige la loi. En outre, toutes les inscriptions au registre doivent être conformes à la vérité et ne doivent donner lieu à aucune induction en erreur. Ainsi, la situation de fait et les statuts ne doivent pas se contredire. Si les asso-

ciés renoncent à un organe de révision, bien que les statuts en prévoient l'élection, il faudra adapter ces derniers. Il en va de même au cas où la société, contrairement aux statuts, élit un organe de révision.

En outre, les statuts doivent être adaptés s'ils prescrivent un contrôle ordinaire, alors qu'en fait seul un contrôle restreint est entrepris, et inversement.

De pair avec la réquisition de radiation ou d'inscription de l'organe de révision, il convient de soumettre la pièce justificative portant sur la modification des statuts. Dans le cas de la société anonyme et de la Sàrl, il s'agit de l'acte authentique avec les nouveaux statuts. A titre exceptionnel, leur adaptation peut être décidée par l'organe supérieur de direction ou d'administration, cette compétence de modification se situant dans un cadre très étroit (cf. ci-dessous). Dans le cas de la société anonyme, c'est donc le conseil d'administration qui modifie les statuts et, dans le cas de la Sàrl, les gérants. Cependant, cette modification peut aussi être effectuée par l'assemblée générale ou par celle des associés respectivement.

Selon la pratique de l'Office du registre du commerce du canton de Zurich, il est également licite, pour une société anonyme ou une société coopérative, de prévoir une formulation ouverte de la disposition statutaire applicable à l'organe de révision. Un tel libellé couvre toutes les hypothèses. Une modification ultérieure du régime ne requerra plus de modification des statuts. La norme pourrait avoir la teneur suivante

1. L'assemblée générale élit un organe de révision.
2. Elle peut renoncer à l'élection d'un organe de révision:
 - a) si la société n'est pas tenue d'effectuer un contrôle ordinaire;
 - b) si tous les actionnaires y consentent; et
 - c) si la société n'a pas plus de dix emplois à plein temps en moyenne annuelle.
3. La renonciation s'applique également aux années suivantes. Chaque actionnaire a cependant le droit d'exiger, au plus tard dix jours avant l'assemblée générale, la mise en œuvre d'un contrôle restreint ainsi que l'élection d'un organe de révision afférent. Dans ce cas, l'assemblée générale ne prendra, jusqu'à l'établissement du rapport de révision, aucune décision sur l'approbation des comptes annuels et sur la détermination de l'emploi du bénéfice résultant du bilan, notamment sur la fixation du dividende.

Une telle adaptation des statuts dépasse la simple exécution d'une décision de l'assemblée générale et ne peut donc être effectuée que par cette dernière ou l'assemblée des associés respectivement.

1.3.2 Inscription de l'organe de révision

Un organe de révision n'est inscrit au registre du commerce que s'il procède à un contrôle ordinaire ou à un contrôle restreint. Les organes de révision qui, au sens d'un «opting down», n'effectuent aucune des révisions définies par la loi ne peuvent être inscrits. Seul l'organe de révision est inscrit, mais non le mode de révision et le genre d'organe de révision. Les personnes physiques ne peuvent fournir des prestations de services en matière de révision à titre indépendant que si elles sont inscrites en tant qu'entreprises individuelles au registre du commerce. Par conséquent, une personne physique qui n'est pas inscrite en qualité d'entreprise individuelle ne peut plus être inscrite à titre d'organe de révision. Le fait que la société n'entreprend ni contrôle ordinaire, ni contrôle restreint («opting out» ou «opting down»), est également inscrit au registre du commerce.

1.3.3 Réquisition et pièces justificatives

- Inscription de l'organe de révision:
 1. réquisition signée par deux membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ou par un membre autorisé à représenter la personne morale par sa signature individuelle;

2. procès-verbal ou extrait de celui-ci concernant l'élection de l'organe de révision, signé par le président et le rédacteur du procès-verbal;
3. déclaration d'acceptation de l'élection de l'organe de révision
4. le cas échéant, pièces justificatives relatives à la modification des statuts.

Dans le cas d'organes de révision externes au canton, il n'est désormais pas nécessaire de produire un extrait du registre du commerce.

- Renonciation à l'organe de révision:
 1. réquisition de radiation signée par deux membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ou par un membre autorisé à représenter la personne morale par sa signature individuelle;
 2. déclaration signée par un membre de l'organe supérieur de direction ou d'administration, en vertu de laquelle:
 - la société ne remplit pas les conditions pour être soumise au contrôle ordinaire;
 - son effectif ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle;
 - l'ensemble des actionnaires ont consenti à renoncer au contrôle restreint;
 3. il y a lieu de joindre à la déclaration des copies des documents déterminants (comptes de pertes et profits, bilans, rapports annuels, déclarations de renonciation ou procès-verbal de l'assemblée générale), ces documents n'étant pas soumis à la publicité du registre du commerce;
 4. dans le cas de sociétés existantes, une confirmation, signée par un membre de l'organe supérieur de direction ou d'administration, selon laquelle l'organe de révision a vérifié les comptes annuels pour l'exercice commercial qui a commencé avant l'entrée en vigueur du nouveau droit;

5. le cas échéant, pièces justificatives relatives à la modification des statuts.

La déclaration PME peut être remise déjà au moment de la fondation. Si la déclaration – telle qu'elle est prévue dans les modèles d'actes de l'Inspectorat des notariats du canton de Zurich – est intégrée à l'acte de fondation, il n'est pas nécessaire de soumettre une déclaration distincte. Dans ce cas, il convient d'inscrire au registre du commerce la date de la déclaration des fondateurs dans l'acte authentique. Il va de soi qu'à tout le moins lors d'une fondation sans reprise de commerce il n'est pas possible, ni exigé de produire de comptes de pertes et profits, de bilans et de rapports annuels. L'office du registre du commerce tire au clair l'agrément de l'organe de révision en consultant le registre de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision.

1.3.4 Déficiences de l'organe de révision

Les autorités du registre du commerce rejettent l'inscription de l'organe de révision lorsque se présente l'apparence d'une dépendance. Vu que l'appréciation de l'apparence d'une dépendance se fonde sur une considération purement extérieure, objectivée, un examen sommaire de l'indépendance requise de l'organe de révision fait partie des tâches des autorités du registre du commerce. A cet égard, il y a lieu de tenir compte aussi bien de circonstances résultant de la réquisition présentée ou des pièces justificatives que de faits connus d'une autre manière desdites autorités (par exemple, relations étroites de parenté). Les autorités du registre n'ont toutefois pas à entreprendre des investigations².

Si l'organe de révision élu à l'occasion de la fondation n'est pas agréé ou qu'il n'est apparemment pas indépendant, la fondation ne pourra être inscrite au registre du commerce. Si une

société déjà inscrite au registre ne dispose pas de l'organe de révision prescrit, l'office du registre du commerce a l'obligation d'en référer au tribunal. L'office enjoint au préalable les personnes tenues à la réquisition, par lettre recommandée et en impartissant un délai de 30 jours, de rétablir la régularité et de requérir l'inscription afférente. Dorénavant, l'office du registre du commerce a aussi la possibilité et le devoir de référer les sociétés au tribunal lorsqu'un organe de révision déjà inscrit au registre se révèle dépourvu d'indépendance. L'autorité judiciaire peut nommer un organe de révision. Comme le démontre l'expérience, ce n'est que dans de très rares cas que les sociétés référées au tribunal versent l'avance demandée par ce dernier pour les honoraires de révision. De tels cas se terminent, en règle générale, par une dissolution judiciaire de la société. Dans l'hypothèse d'une telle dissolution, la liquidation a désormais lieu conformément aux règles applicables à la faillite. La pratique exercée jusqu'alors, selon laquelle les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration étaient institués liquidateurs, n'a pas fait ses preuves. De telles sociétés ont fréquemment poursuivi leur activité commerciale. En général, la procédure de liquidation prévue par la loi n'a pas été mise en œuvre³.

2. La société anonyme

A l'avenir, une personne physique ou morale ou une autre société commerciale pourra fonder une société anonyme. Il sera ainsi possible de faire l'économie du détour par la souscription fiduciaire d'actions lors de la fondation. D'après le message, une société simple ne peut intervenir en tant que fondatrice⁴. L'agrément de sociétés unipersonnelles ne s'applique pas aux sociétés en commandite par actions, car cette forme juridique suppose, en raison de sa notion, deux types d'actionnaires (associés ordinaires et associés indéfiniment responsables). Nouvellement, l'officier public doit confirmer que les pièces justificatives lui ont été présentées ainsi qu'aux fondateurs.

2.1 Reprise de biens

A l'avenir, les reprises de biens et celles envisagées ne devront être indiquées dans les statuts que si les valeurs patrimoniales doivent être reprises d'actionnaires ou de personnes qui leur sont proches. La révision entraîne également une correction de l'arrêt du Tribunal fédéral 128 III 178 ss., selon lequel il se présente une reprise de biens uniquement lorsque elle n'est pas couverte par le but statutaire. Cependant, tout acte du conseil d'administration doit, par principe, être couvert par le but social. L'assemblée

générale peut supprimer des dispositions relatives aux reprises de biens envisagées si la société renonce définitivement à ladite reprise. Dans ces cas, il n'est pas nécessaire d'attendre le terme du délai de dix ans. Il est pratique de reprendre la confirmation de la renonciation définitive dans l'acte authentique portant sur la décision de l'assemblée générale. Cette adaptation de la loi correspond à une pratique déjà exercée par l'Office du registre du commerce du canton de Zurich.

2.2 Augmentation ordinaire

Contrairement au droit en vigueur jusqu'alors, l'office du registre du commerce doit maintenant examiner, lors d'une augmentation ordinaire du capital, si l'acte authentique concernant la décision de l'assemblée générale contient des données sur le sort de droits de souscription préférentiels non exercés ou supprimés et, le cas échéant, sur la limitation ou la suppression du droit de souscription préférentiel. Désormais, il faut inscrire la désignation en tant qu'augmentation ordinaire du capital au registre du commerce. Lors d'une augmentation de capital par des fonds propres, la couverture du montant représentant l'augmentation doit être prouvée avec les comptes annuels dans la version adoptée par les actionnaires et, nouvellement, avec le rapport d'un réviseur agréé. Les deux pièces justificatives doivent être produites à l'office du registre du commerce. Si la date de référence du bilan remonte à plus de six mois, une clôture intermédiaire contrôlée sera nécessaire. La clôture intermédiaire et le rapport de révision doivent être soumis à l'office du registre du commerce. A l'avenir, une référence à la libération du capital-actions par la conversion de fonds propres librement disponibles sera inscrite au registre du commerce. De même, à l'instar de la situation antérieure à la révision du droit de la société anonyme de 1992, les états de faits donnant lieu à une compensation seront inscrits en tant que tels au registre du commerce, en indiquant la créance et son montant ainsi que les actions émises à cet effet.

D'après l'ordonnance révisée sur le registre du commerce, la décision d'augmentation du conseil d'administration – qui ne doit pas revêtir la forme authentique – doit également inclure, en cas d'augmentation autorisée du capital, l'adaptation du montant nominal du capital autorisé ou la radiation de la disposition relative à l'augmentation autorisée du capital dans les statuts. Il s'agit là, sans doute, d'une inadvertance. La modification afférente des statuts est contenue dans la décision du conseil d'administration devant revêtir la forme authentique. La prise de décision de l'assemblée générale sur une augmentation autorisée ou conditionnelle du capital est inscrite au registre du com-

merce avec une référence à sa définition plus circonstanciée dans les statuts.

En cas de libération ultérieure par conversion de fonds propres librement disponibles, la décision de l'assemblée générale, en vertu de laquelle les réserves libres sont mises à la disposition du conseil d'administration en vue d'une libération ultérieure, ne doit pas revêtir la forme authentique, ce contrairement à l'ordonnance sur le registre du commerce. Le procès-verbal doit uniquement satisfaire aux exigences des art. 702 CO et 23 ORC.

Si une société anonyme a entièrement perdu le capital-actions, l'assemblée générale peut décider, à titre de mesure d'assainissement, une réduction dudit capital. Le capital-actions est réduit à zéro, puis immédiatement réaugmenté. Les anciennes actions sont détruites. Selon la pratique du Tribunal fédéral, les actionnaires qui ne participent pas à l'augmentation du capital conservent une voix. A l'avenir, l'apparition de tels «actionnaires fantômes» en cas de réduction du capital-actions sera empêchée, les anciens actionnaires étant mis au bénéfice d'un droit de souscription préférentiel inaliénable.

2.3 Conseil d'administration

Les membres du conseil d'administration ne doivent plus être actionnaires. Déjà par le passé, l'Office du registre du commerce du canton de Zurich n'a pas vérifié l'observation de cette prescription d'ordre. Les administrateurs ont le droit de prendre part à l'assemblée générale et de présenter des propositions. L'exigence de la nationalité et du domicile pour les membres du conseil d'administration devient caduque. L'art. 708 CO est abrogé, ce qui signifie que dorénavant tous les membres du conseil d'administration peuvent être des étrangers domiciliés hors de Suisse. Désormais, la société ne doit plus pouvoir être représentée par un administrateur domicilié dans notre pays. Un directeur ayant son domicile en Suisse suffit. L'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) procède à une interprétation très libérale de la loi et fait même un pas de plus. Ainsi, l'exigence du domicile est remplie lorsqu'une personne disposant du droit de signature individuelle et domiciliée en Suisse ou deux personnes disposant du droit de signature collective à deux et domiciliées dans notre pays sont inscrites. Partant, on ne se fonde pas sur la fonction de directeur, inscrite ou non. Dans tous les cas, une procuration ne saurait suffire. A l'avenir également, au moins un membre du conseil d'administration doit être autorisé à représenter la société. Des défauts d'organisation de la société ne peuvent plus être sanctionnés par l'office du registre du commerce. Une dissolution d'office de la société anonyme par cette autorité n'est plus possible dans de tels cas. L'absence d'adminis-

trateur ou de président du conseil d'administration ainsi que la violation d'exigences en matière de domicile ont dorénavant pour conséquence impérative que l'office du registre du commerce en avise le juge. Cette obligation reste limitée aux violations de prescriptions légales impératives découlant de l'inscription au registre du commerce et des pièces justificatives à produire. En revanche, il n'est pas du ressort des autorités du registre d'imposer des règles de nature purement statutaire⁵. L'office enjoint préalablement les personnes tenues à la réquisition, par lettre recommandée et en fixant un délai de 30 jours, de rétablir la régularité et de requérir l'inscription afférente. Si le tribunal dissout la société, la liquidation s'effectue, dans ces cas également, conformément aux prescriptions sur la faillite.

La dissolution ordinaire de la société par l'assemblée générale sera aussi soumise, à l'avenir, au quorum de prise de décision qualifié. Le cas échéant, il convient de combiner avec l'inscription de la dissolution au registre du commerce l'indication d'après laquelle la limitation statutaire du transfert d'actions (ou de bons de participation) est abrogée et que l'inscription afférente au registre du commerce est radiée.

3. La société à responsabilité limitée

Une Sàrl peut dorénavant aussi être fondée uniquement par une personne physique ou morale ou par une société commerciale en tant que «société unipersonnelle», une société simple ne pouvant à nouveau pas intervenir à titre de fondatrice⁶. Nouvellement, la forme juridique est également à disposition pour des buts idéels et d'utilité publique⁷. Avec la révision, seul le patrimoine social répond des engagements de la société. La responsabilité solidaire subsidiaire des associés dans l'étendue de tout le capital social devient caduque.

3.1 Capital social

Comme par le passé, le capital social minimum s'élève à CHF 20 000.–. L'ancienne limite supérieure de CHF 2 000 000.– est abrogée. Le capital social doit être entièrement libéré lors de la fondation, c'est-à-dire qu'il faut verser intégralement, pour chaque part sociale, une part correspondant au montant d'émission. La valeur nominale minimale des parts sociales s'élève désormais à CHF 100.–, chaque associé pouvant être maintenant propriétaire de plusieurs parts sociales. Ce n'est donc que dans des cas peu nombreux que le transfert de parts sociales a pour conséquence une modification des statuts⁸. En cas de création de parts sociales à droit de vote privilégié, les diverses valeurs nominales ne doivent pas dépasser la pro-

portion de 1 à 10. La réglementation du droit de la société anonyme, selon laquelle en cas de réduction du capital à des fins d'assainissement le droit de vote peut être préservé conformément à la valeur nominale initiale, n'est pas applicable par analogie à la Sàrl. Les associés doivent rester inscrits au registre du commerce, avec l'indication du nombre et de la valeur nominale de leurs parts sociales. La révision entraîne la caducité de l'obligation de remettre chaque année à l'office du registre du commerce une liste des associés⁹. Les statuts peuvent prévoir la création de bons de jouissance, les prescriptions du droit de la société anonyme étant applicables de façon correspondante. La loi renonce à la possibilité d'émettre des bons de participation dans la Sàrl (silence qualifiée de la loi).

3.2 Statuts

Les statuts peuvent obliger les associés à faire des versements supplémentaires. Ils doivent fixer le montant de l'obligation de procéder à de tels versements liée à une part sociale. Cette somme ne doit pas excéder le double de la valeur nominale de la part sociale. Les associés ne répondent que des versements supplémentaires se rapportant aux propres parts sociales. Une obligation d'opérer des versements de ce genre peut être prévue aussi bien pour toutes les parts sociales que pour certaines d'entre elles. Il doit toujours clairement résulter des statuts quelles parts sociales sont grevées d'une obligation en termes de versements supplémentaires et dans quelle étendue elles le sont¹⁰. S'il existe de telles obligations, il y a lieu d'inscrire au registre du commerce un renvoi à leur définition plus détaillée dans les statuts. Si une obligation statutaire de faire des versements supplémentaires doit être réduite ou abrogée, les prescriptions relatives à la réduction du capital social sont applicables de manière correspondante. Un associé obligé de procéder à de tels versements peut demander un contrôle ordinaire des comptes annuels.

Les règles en matière de fondation correspondent désormais, quant à leur teneur et à leur structure, à celles du droit de la société anonyme. Contrairement au libellé équivoque de la loi, il ne faut pas établir de bulletins de souscription distincts. La souscription s'effectue dans le cadre de la fondation simultanée directement dans l'acte constitutif, tout en portant impérativement l'attention sur les dispositions statutaires concernant les obligations d'opérer des versements supplémentaires et de fournir des prestations accessoires, l'interdiction faite aux associés de faire concurrence, les «Rights of First Offer», les droits de préemption et d'emption des associés ou de la société ainsi que les peines conventionnelles. En outre, les fondateurs doivent relever, le cas échéant, qu'ils reprennent les obligations d'opérer des versements supplémentaires et de fournir des prestations accessoires, prévues dans les statuts. En cas de libération en espèces, l'argent doit être versé sur un compte bloqué auprès d'une banque. Dans l'hypothèse d'apports en nature, de reprises de biens, d'états de fait donnant lieu à une compensation ou d'avantages particuliers, il convient de dresser un rapport de fondation, qui devra être signé par tous les fondateurs ou leurs représentants, et de le soumettre à l'office du registre du commerce. De plus, un réviseur agréé devra examiner si le rapport de fondation est complet et correct, et le confirmer en la forme écrite. L'attestation de vérification doit également être produite à l'office du registre du commerce.

3.3 Augmentation du capital social

L'augmentation du capital social est régie par les prescriptions applicables à la fondation de la Sàrl et celles du droit de la société anonyme sur l'augmentation de capital ordinaire. Elle a donc aussi lieu, nouvellement, dans le cadre d'une procédure comportant deux échelons. Dans une première étape, l'assemblée des associés décide de l'augmentation du capital, décision qui devra revêtir la forme authentique et qui sera suivie, dans une deuxième phase, de la décision d'exécution par les gérants, laquelle revêtira aussi la forme authentique et sera assortie des constatations et de la modification des statuts qu'exige la loi. Dorénavant, il faudra établir, dans chaque cas, un rapport sur l'augmentation du capital et le remettre à l'office du registre du commerce. L'ordonnance révisée sur le registre du commerce exige que contrairement aux normes applicables à la société anonyme le rapport sur l'augmentation du capital doit être signé par un gérant disposant du droit de signature. A teneur des renseignements fournis par l'OFRC, il s'agit, à ce propos, d'une inadvertance des auteurs de l'ordonnance, si bien que les offices du registre du com-

merce peuvent également accepter des rapports sur des augmentations de capital qui sont signés par un gérant ne disposant pas du droit de signature. De plus un réviseur agréé doit examiner si le rapport relatif à l'augmentation de capital est complet et correct, ce qu'il confirme par écrit. L'attestation de vérification doit être sollicitée même si la société n'a pas d'organe de révision. Elle n'est pas nécessaire au cas où la libération a lieu en espèces, qu'aucune reprise de biens n'est prévue et que le droit de souscription préférentiel n'est pas limité ou supprimé. L'attestation de vérification doit aussi être produite à l'office du registre du commerce. L'officier public doit confirmer que les pièces justificatives ont été présentées à lui ainsi qu'aux gérants. Une offre publique de souscription des parts sociales est exclue. L'augmentation du capital social doit être requise, dans les trois mois suivant la décision de l'assemblée des associés, auprès de l'office du registre du commerce pour y être inscrite. Les réquisitions soumises après ce délai doivent être rejetées. Le délai est sauvegardé lorsque la réquisition et les pièces justificatives nécessaires sont remises à la Poste suisse le dernier jour du délai à l'attention de l'office du registre du commerce. A l'instar de la société anonyme, les états de faits donnant lieu à une compensation sont inscrits comme tels au registre du commerce en indiquant la créance et son montant ainsi que les parts sociales émises à cet égard. Dans le cas de la Sàrl également, une référence à la libération du capital social par conversion de fonds librement disponibles est inscrite au registre. Les possibilités de l'augmentation autorisée et conditionnelle du capital n'existent pas auprès de la Sàrl¹¹.

3.4 Réduction de capital

La réduction de capital s'effectue, par principe, en conformité avec les dispositions du droit de la société anonyme. Dorénavant, il en va également ainsi de la réduction à des fins d'assainissement (élimination d'un bilan déficitaire résultant de pertes subies). Ainsi, il sera possible de

renoncer, dans ces cas, à l'injonction adressée aux créanciers. Suite à une réduction à des fins d'assainissement, la valeur nominale d'une part sociale doit s'élever à CHF 1.– au moins. Une telle réduction ne doit s'opérer que si les associés ont effectué intégralement les versements supplémentaires prévus dans les statuts. L'expert-réviseur agréé doit également en fournir la confirmation dans son rapport.

3.5 Cession de parts sociales

A ce jour, l'obligation de cession et la cession de parts sociales exigeaient la forme authentique. Nouvellement, ces opérations doivent uniquement revêtir la forme écrite. Toutefois, aussi longtemps que les statuts prescrivent la forme authentique, le transfert de parts sociales doit se faire en cette forme, même après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Le contrat de cession doit comporter les mêmes références aux droits et obligations statutaires que dans le cas de la souscription. Cela concerne les obligations d'opérer des versements supplémentaires et de fournir des prestations accessoires, l'interdiction faite aux associés de faire concurrence, les «Rights of First Offer», les droits de préemption et d'emption des associés ou de la société ainsi que les peines conventionnelles. Un contrat de cession violant ces exigences ne déploie aucun effet juridique¹². La cession ne pourrait pas être inscrite au registre du commerce¹³. Si l'on stipule en la forme écrite non pas l'acte générateur d'obligation, mais l'acte de disposition – la cession proprement dite – le vice de forme de l'acte générateur d'obligation sera sans doute, à l'avenir aussi, réputé guéri¹⁴. Il y a lieu de requérir l'inscription au registre du commerce de tous les transferts de parts sociales. L'acquisition ne peut être inscrite au registre que si l'on prouve, sans failles, que la part sociale a passé de l'associé inscrit à l'acquéreur.

La loi prévoit une restriction de transfert dispositive qui n'a pas besoin de concrétisation dans les statuts. Contrairement au droit de la société anonyme, un refus de consentement dénué de motifs par l'assemblée des associés, impérativement compétente, est, à cet égard, possible¹⁵. Les statuts peuvent prévoir un régime divergent de la restriction de transfert. Ainsi, il est possible de renoncer à l'exigence du consentement ou d'exclure la cession. Il est également possible de stipuler que le refus de consentement ne peut avoir lieu que pour de justes motifs. A l'opposé des règles applicables à la société anonyme, il n'est pas nécessaire, à cet égard, que les justes motifs soient cités concrètement et exhaustivement dans les statuts¹⁶. En cas de restriction de transfert dérogeant à la loi, il convient d'inscrire au registre du commerce un renvoi à sa définition plus circonstanciée dans les statuts.

Dorénavant, les statuts peuvent accorder à tous les associés ou à une partie d'entre eux un droit de veto contre toutes ou certaines décisions de l'assemblée des associés. Les décisions visées doivent être clairement définies dans les statuts. Un droit de veto direct à l'encontre des décisions des gérants est exclu.

3.6 Organe de gestion

Seules des personnes physiques peuvent être instituées gérantes. La disposition, en vertu de laquelle les associés gérants d'une Sàrl sont soumis à la poursuite par voie de faillite, est abrogée¹⁷. En outre, en cas de pluralité de gérants, l'assemblée des associés doit élire le président de l'organe de gestion, les statuts pouvant stipuler que l'élection est du ressort des gérants¹⁸. Le président de l'organe de gestion est inscrit, avec cette fonction, au registre du commerce. Au cas où aucun président n'est nommé dans le cadre de la fondation, la société ne pourrait être inscrite. Si, consécutivement à l'inscription, la fonction n'est plus occupée, il s'agirait d'un défaut d'organisation, lequel aurait pour conséquence que l'office du registre du commerce en avise le juge. Selon la règle dispositive de la loi, les gérants disposent nouvellement du droit de signature individuelle. Les statuts peuvent déterminer que l'organe de gestion règle les attributions des gérants en matière de représentation¹⁹. A l'avenir, les gérants qui ne sont pas associés pourront aussi être inscrits sans droit de signature au registre du commerce. La société doit pouvoir être représentée par les gérants. Désormais, elle ne doit plus pouvoir être représentée par un gérant domicilié en Suisse²⁰; un directeur ayant son domicile dans notre pays suffit. Là aussi s'applique, en conformité avec la pratique de l'OFRC, la règle selon laquelle l'exigence du domicile est déjà remplie si, indépendamment de la fonction, une personne disposant du droit de signature individuelle et domiciliée en Suisse ou deux personnes disposant du droit de signature collective à deux et ayant leur domicile dans notre pays sont inscrites. L'office du registre du commerce doit examiner l'observation de ces prescriptions. L'assemblée des associés nomme des directeurs, des fondés de procuration ainsi que des mandataires commerciaux. Les statuts peuvent accorder cette compétence également aux gérants. Dans ce cas aussi, le pouvoir de l'assemblée des associés de nommer les personnes citées demeure préservé. Les directeurs, fondés de procuration et mandataires commerciaux peuvent être engagés dans leur fonction uniquement sur la base d'une décision de l'organe de gestion²¹, et non plus par un seul gérant²².

En cas de défauts dans l'organisation de la société, les prescriptions du droit de la société

anonyme sont applicables de façon correspondante, ce qui signifie que l'office du registre du commerce transmet l'affaire au tribunal.

Les prétentions de l'associé sortant sont dorénavant réglées; il reçoit un dédommagement correspondant à la valeur réelle de ses parts sociales. Lors d'un départ en raison d'un droit de sortie statutaire, les statuts peuvent fixer une réglementation divergente.

4. La société coopérative

L'exigence de la nationalité et du domicile pour les membres de l'administration est également caduque dans le cas de la société coopérative²³. Celle-ci ne doit plus pouvoir être représentée par un membre de l'administration ayant la nationalité suisse et son domicile dans notre pays. A teneur de la loi, un gérant ou un directeur domicilié en Suisse suffit; dans ce cas également, les prescriptions légales sont réputées satisfaites, d'après la pratique, avec l'inscription d'une personne disposant du droit de signature individuelle sans désignation de fonction. La loi ne comporte plus de norme, selon laquelle au moins un membre de l'administration doit être autorisé à représenter la société. Selon les renseignements fournis par l'OFRC, il s'agit là d'une inadvertance législative.

Les associés soumis à une responsabilité personnelle ou à une obligation de faire des versements supplémentaires peuvent exiger un contrôle ordinaire des comptes annuels. L'obligation de l'office du registre du commerce d'établir et d'actualiser, pour chaque société coopérative assortie d'une responsabilité individuelle et d'une obligation d'opérer des verse-

ments supplémentaires, une liste des membres est supprimée. L'administration doit cependant toujours tenir une liste des sociétaires. La liste, signée par un membre de l'administration, doit être produite à l'office du registre du commerce. Chaque entrée ou sortie d'associé doit faire l'objet d'une réquisition de l'administration, dans les trois mois, auprès du registre du commerce, en joignant une liste actualisée et signée par un membre de l'administration. La liste est ouverte à la consultation.

En cas de défauts liés à l'organisation de la société coopérative, les prescriptions du droit de la société anonyme sont applicables de façon correspondante; en d'autres termes, l'office du registre du commerce transmet l'affaire au juge. Si, par exemple, l'office du registre du commerce apprend que le nombre des associés est devenu inférieur au nombre minimal de sept, l'affaire est transmise au tribunal.

Dispositions légales

Le présent article se fonde sur les articles de loi suivants, lesquels y n'ont pas tous été mentionnés directement, ce afin d'assurer une meilleure vue d'ensemble:

CO: Art. 651ss., en particulier art. 718, art. 731b; art. 777 ss., art. 828 ss. et art. 927 ss.

ORC: Art. 15, art. 17, art. 24, art. 26, art. 28, art. 44 ss., art. 71 ss., art. 84 ss., art. 119,

art. 121, art. 154 et art. 174.

OSRev: Art. 8 al. 1; LSR: Art. 15

La seconde partie de l'article suivra dans TREX 2/2008 et comportera les chapitres consacrés au droit commercial, sur le registre du com-

merce, à l'association, à la fondation, au droit de la tutelle, aux dispositions transitoires du CO et de l'ORC et droit des fusions.

L'OFRC a élaboré, avec les offices du registre du commerce des cantons de Zurich, de Saint-Gall, et de Genève, des modèles de statuts pour la nouvelle Sàrl. Ceux-ci sont disponibles sur le site Web de l'OFRC. En outre, les modèles d'actes de l'Inspectorat des notariats du canton de Zurich sont également mis à jour dans la perspective du nouveau droit. ■

¹ L'article paraît également, dans une version légèrement modifiée, dans la RNR 89 p. 1 ss.

² Message 4021

³ Message 3232

⁴ Message 3226, 3172 s.

⁵ Message 3239 s.

⁶ Message 3172 s.

⁷ Message 3171

⁸ Cf. art. 776, ch. 3, CO

⁹ Message 3192

¹⁰ Message 3195

¹¹ Message 3181

¹² Handschin/Truniger, Die neue GmbH, 2^e éd., Zurich 2006, § 19 N 31; Böckli, in: Böckli/Forstmoser, Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zurich 2006, p. 14

¹³ Handschin/Truniger, loc. cit., § 19 N 31; Gwelessiani, in: Böckli/Forstmoser, loc. cit., p. 190 s.

¹⁴ Handschin/Truniger, loc. cit., § 19 N 30 avec références

¹⁵ Art. 786, al. 1er, CO; Message 3185 s.

¹⁶ Message 3186

¹⁷ A ce jour, art. 39, al. 1^{er}, ch. 5, LP

¹⁸ Message 3212

¹⁹ Art. 814, al. 2, CO; Message 3216

²⁰ A ce jour, ATF 111 II 375 ss.

²¹ Par analogie à l'art. 726, al. 1^{er}, CO

²² Art. 815, al. 3, CO; Message 3217

²³ Suppression de l'art. 895 CO

→ Statuts types

http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gmbh_musterstatuten.html