



Communication OFRC 1/11

25 octobre 2011

Information concernant la pratique de l'Office fédéral du registre du commerce

1. Art. 110 ORC¹

Depuis la révision de l'ordonnance sur le registre du commerce de 2008, les personnes physiques habilitées à représenter une entité juridique qui sont inscrites au siège principal de l'entreprise ne sont plus inscrites une deuxième fois auprès de la succursale.

Le libellé de l'art. 110, al. 1, let. e, ORC correspond à celui des art. 38, let. f, 41, al. 1, let. g, et al. 2, let. i, 45, al. 1, let. o, 68, al. 1, let. o, 73, al. 1, let. q, 87, al. 1, let. l, 92, let. l, et 95, al. 1, let. j, 99, let. k, 101, al. 1, let. l, 104, let. l, et 107, let. l, qui ne mentionnent pas non plus la fonction des personnes habilitées à représenter une entité juridique. L'inscription de fonctions est réglée indépendamment de la forme juridique à l'art. 119, al. 1, let. g, ORC. Selon cette disposition, les personnes physiques inscrites auprès de succursales, conformément à l'art. 110, al. 1, let. e, ORC, peuvent requérir l'inscription d'une fonction spécifique pour la succursale.

Ni la loi, ni l'ordonnance ne réglementent plus précisément les fonctions admissibles pour les succursales. Par souci de clarté, il convient toutefois d'empêcher l'inscription de désignations par trop diverses pour les fonctions exercées au sein d'une succursale et d'autoriser *de lege lata* uniquement celles de «chef de la succursale», «directeur de la succursale» et «gérant de la succursale».

2. Art. 114 ORC

Selon l'art. 114, al. 1, let. f, ORC, les personnes habilitées à représenter une succursale suisse d'une entreprise ayant son siège à l'étranger sont inscrites au registre du commerce.

La Communication 1/10 du 27 octobre 2010 (ch. 5, p. 2 s.) précise que seules les fonctions spécifiques à la succursale telles que "directeur de la succursale" ou "chef de la succursale" sont inscrites, de sorte que celles qui figurent au siège de l'entité juridique à l'étranger ne sont pas mentionnées de nouveau pour la succursale suisse.

¹ Ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (ORC; RS 221.411).

Tout comme pour les succursales d'entreprises ayant leur siège en Suisse (cf. ch. 1 ci-dessus), la fonction de «gérant de la succursale» est également admissible.

3. **Art. 628, al. 2, CO²**

Conformément à sa définition, une reprise de biens au sens du droit des sociétés, implique toujours une valeur patrimoniale positive. Une reprise présentant un excédent passif ne peut pas constituer une reprise de biens et ce, même si les biens à reprendre contiennent des réserves latentes.

Les réserves latentes ne peuvent pas simplement être «activées» pour un montant supérieur à la valeur d'acquisition, sans respecter les conditions d'une réévaluation au sens de l'art. 670 CO. Un tel procédé porterait atteinte au principe de réalisation, déterminant pour la présentation des comptes.

4. **Art. 653, al. 1, CO**

L'art. 653, al. 1, CO ne mentionne pas les actionnaires parmi les bénéficiaires d'une augmentation conditionnelle du capital, même si cette possibilité répond à un besoin légitime de la pratique. De nombreuses sociétés ont émis des options en faveur des actionnaires (options gratuites) leur permettant d'acquérir dans le futur de nouvelles actions à des conditions préalablement fixées. D'autres sociétés offrent à leurs actionnaires le droit d'acquérir de nouvelles actions à la place de dividendes (dividendes optionnels). En dépit du libellé étroit de la loi, une majorité dominante de la doctrine considère l'utilisation du capital conditionnel en faveur des actionnaires comme admissible.³

5. **Art. 735 CO**

Les conditions d'une réduction déclarative de capital selon l'art. 735 CO ne sont pas réunies lorsque le bilan n'est pas réellement déficitaire, c'est-à-dire lorsque le bilan contient encore des réserves.

Le bilan est réellement déficitaire lorsque le montant de la perte inscrit à l'actif du bilan n'est plus couvert par les réserves ouvertes. Selon l'ATF 76 I 166 c. 3, le rapport de révision doit confirmer que les conditions pour une réduction déclarative du capital au sens de l'art. 735 CO sont réalisées, notamment l'existence d'un bilan déficitaire. Une société n'a dès lors pas de déficit si les réserves ouvertes dépassent les pertes reportées; une réduction du capital-actions, conformément à l'art. 735 CO, est dans ce cas exclue.⁴

6. **Art. 814 CO**

Un gérant au moins de la société à responsabilité limitée doit être habilité à représenter la société (art. 814, al. 4, en relation avec 718, al. 3, CO). Le but de cette réglementation est d'assurer que l'organe supérieur de direction ou d'administration puisse agir au nom de la société.

Dans l'hypothèse où une société à responsabilité limitée n'a qu'un seul gérant, celui-ci doit impérativement disposer d'un pouvoir de représentation individuel. Les conditions légales ne sont pas réunies lorsque l'unique gérant ne peut signer que collectivement avec un directeur, une autre personne habilitée à signer ou un fondé de procuration. Lorsque les personnes

² Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: droit des obligations; CO; RS 220).

³ Cf. ISLER/ZINDEL, Commentaire bâlois, CO II, 3^{ème} éd., Bâle 2008, ad art. 653 n. 17 s.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 52 n. 330 s.; Message du 21 décembre 2007 sur la révision du droit de la société anonyme, p. 1465 s.

⁴ Cf. KÜNG, Commentaire bâlois, CO II, 3^{ème} éd., Bâle 2008, ad art. 735 n. 4 ss; BÜRGI, Commentaire zurichois, Zurich 1969, vol. V5b/2; ad art. 735 n. 6.

chargées de la gestion bénéficient d'une signature collective à deux, deux gérants au moins doivent être nommés.

7. Art. 70, al. 1, LFus⁵

Selon l'art. 70, al. 1, LFus, le contrat de transfert doit être conclu par les organes supérieurs de direction ou d'administration des sujets participant au transfert de patrimoine. Cette réglementation est impérative, car cette compétence fait partie des tâches inaliénables et intransmissibles de l'organe supérieur de direction ou d'administration.⁶

La conclusion du contrat de transfert doit être distinguée de la signature de ce dernier: le contrat peut être signé par toute personne disposant d'un pouvoir de signature inscrit au registre du commerce ou ayant reçu le pouvoir d'agir au nom de la société.⁷ Les personnes qui signent ne doivent pas être membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration. Lorsque tous les membres de cet organe n'ont pas signé le contrat de transfert, une pièce justificative relative à l'approbation du contrat par l'organe supérieur de direction ou d'administration (p. ex. procès-verbal) doit être remise à l'office du registre du commerce.

OFFICE FEDERAL DU REGISTRE DU COMMERCE

Nicholas Turin

⁵ Loi fédérale du 13 juin 2000 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus, RS 221.301).

⁶ Message du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, FF 2000 3995, 4114 en lien avec 4060 s.

⁷ Message Loi sur la fusion, 4114 en lien avec 4061. Cf. également LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2ème éd., Berne 2008, n. 283 ss.