

Pratiques relatives au nouveau droit

Le contenu du présent support est purement informatif. Il reflète la pratique, issue notamment de divers échanges de courriels entre le RC de Neuchâtel et l'OFRC. Toute modification demeure réservée

A. Nouveau droit de la Srl

1. Maintien de la forme authentique pour le transfert des parts sociales

Les sociétés peuvent conserver dans leurs statuts l'obligation de respecter la forme authentique pour le transfert de leurs parts. Elles ne sont pas obligées de profiter de la possibilité offerte par le nouveau droit en la matière. L'article 785 CO pose comme condition minimale la forme écrite, laissant la possibilité aux sociétés d'aller au-delà. Bien entendu, si une société conserve dans ses statuts l'obligation de passer par la forme authentique, les associés ne pourront pas se prévaloir de l'article 785 CO automatiquement et transférer les parts en la forme écrite. Une modification des statuts sur ce point est alors nécessaire préalablement.

2. Nature et contenu du contrat de cession (ajouté le 16.04.2008)

Il n'est pas obligatoire d'établir un contrat de cession de part sociale comprenant tous les éléments essentiels dont la mention du prix de vente de la part. Une dissociation entre l'acte d'engagement (promesse de céder) et l'acte de disposition (le contrat de cession) est possible. Seul le contrat de cession doit être déposé au registre du commerce. Ainsi, le prix de vente des parts sociales peut ne pas figurer au niveau de l'acte de cession et peut ne pas être dévoilé au registre du commerce (protection du secret des affaires).

L'acte de cession doit, en tous les cas, comprendre les éléments mentionnés à l'article 785 alinéa 2 CO, lequel renvoie à l'article 777a CO, à savoir "les mêmes renvois aux droits et obligations statutaires que l'acte de souscription des parts sociales". Il peut s'avérer utile de joindre, en annexe de l'acte de cession, un exemplaire des statuts pour faciliter les renvois aux droits et obligations statutaires.

3. Vérification des signatures des contrats de cession (modifié le 12.12.2008)

Les signatures apposées sur les contrats de cession doivent être légalisées, sauf si la signature de l'une ou l'autre des parties a déjà été légalisée dans le dossier de la société concernée.

La légalisation devra, au surplus, indiquer que la personne qui signe dispose bien des pouvoirs nécessaires.

Il en va de même pour les procurations, lesquelles devront être jointes au contrat de cession.

Pour les sociétés qui sont associées (qu'elles soient suisses ou étrangères), les signatures des personnes qui signent en leur nom devront, dans tous les cas, être légalisées (et munies de l'apostille au besoin) avec indication des pouvoirs de représentation.

4. Division et réunion de parts (ajouté le 14.04.2008)

Il n'est pas nécessaire que le fractionnement de parts sociales soit inscrit au registre du commerce avant que les associés puissent procéder à leur transfert. Les deux opérations peuvent se suivre et être inscrites simultanément. Si les statuts prévoient que le transfert de parts doit être approuvé par l'assemblée des associés, il est nécessaire que l'assemblée décide en premier lieu le splitting de parts, et approuve ensuite les contrats de transfert de celles-ci.

Article 73 alinéa 1 lit. i ORC:

Si le nombre et la valeur nominale des parts sociales sont modifiés, l'indication de la situation préexistante doit être clairement formulée dans l'inscription.

Ces faits devront être requis de la façon suivante:

"Division/réunion de X parts de CHF xxx de l'associé Y en X parts de CHF xxx."

5. Prestations accessoires, droits de préférence, de préemption ou d'emption

Article 73 alinéa 1 lit. k ORC :

Ils n'ont pas à figurer de manière précise dans l'inscription. Un simple renvoi aux statuts doit inviter le tiers intéressé à consulter ce document pour en connaître l'étendue exacte.

Les faits devront être requis de la façon suivante:

"Prestations accessoires, droits de préférence, de préemption ou d'emption: selon statuts".

6. Obligation de fidélité ou de non-concurrence

Article 73 alinéa 1 ORC:

Une obligation de fidélité ou de non-concurrence d'un associé n'est pas considérée comme une prestation accessoire. Si de telles obligations figurent dans les statuts, l'inscription au registre ne les mentionne pas.

7. Modalités de transfert des parts sociales

Article 73 alinéa 1 lit. n ORC :

Ces faits devront être requis de la façon suivante:

"Les modalités de transfert des parts sociales dérogent à la loi selon les statuts."

Si un quorum particulier, qui déroge au quorum légal de l'article 808b CO, est prévu pour l'approbation du transfert des parts sociales, il y a lieu de le mentionner dans l'inscription en tant que dérogation au système légal.

8. Adaptation des inscriptions au nouveau droit lors d'une modification statutaire

L'ORC ne prévoit pas une obligation absolue d'adapter toutes les inscriptions au nouveau droit en cas de transfert de siège ou de parts sociales, par exemple. L'adaptation des inscriptions peut se faire d'office, sur initiative du registre, ou sur réquisition de la société.

Pratique du registre du commerce du canton de Neuchâtel

Suivant le principe général de la véracité des inscriptions au registre du commerce, il est important d'avoir des extraits qui relatent tous les faits à inscrire au registre du commerce selon la loi, après qu'une modification des statuts soit intervenue. Dès lors, les réquisitions doivent comprendre également tous les faits à inscrire selon le nouveau droit et qui ne l'auraient pas encore été.

Si des faits devaient manquer, l'inscription sera suspendue jusqu'à qu'elle soit complétée. En cas d'opposition motivée, une décision sera prise en fonction des circonstances.

9. Président des gérants

Articles 73 alinéa 1 lit. p et 119 alinéa 1 lit. g ORC en relation avec l'article 809 alinéa 3 CO :

Lorsque la Sàrl a plusieurs gérants, l'assemblée des associés doit en régler la présidence. Le président doit être inscrit au registre du commerce.

Cette fonction devra être requise de la façon suivante: "**gérant président**".

10. Communication de l'OFRC du 10.06.2008 concernant l'inscription de la libération ultérieure du capital social de Sàrl constituées sous l'ancien droit (ajouté le 13.06.2008)

Le nouveau droit de la Sàrl prévoit que les parts sociales doivent être entièrement libérées (articles 774 alinéa 2 et 777c alinéa 1 CO). Les sociétés inscrites au registre du commerce lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit de la Sàrl (1^{er} janvier 2008) et qui ne disposent pas d'un capital social entièrement libéré doivent opérer l'apport de la part non libérée du capital dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur.

Aussi longtemps que les parts sociales n'ont pas été intégralement libérées, la responsabilité subsidiaire des associés conformément à l'article 802 CO dans sa teneur du 18 décembre 1936 est maintenue (article 3 des dispositions transitoires de la modification du code des obligations du 16.12.2005).

Ni le nouveau droit de la Sàrl, ni les dispositions transitoires, ni la nouvelle ordonnance sur le registre du commerce ne se prononcent sur la manière dont le registre du commerce doit appréhender la libération ultérieure du capital social. Il y a donc lieu de constater une lacune de la loi.

Les office du registre du commerce ne sont pas tenus de contrôler l'état de la libération du capital social des Sàrl constituées avant le 1^{er} janvier 2008 et de sommer d'office les associés de procéder à la libération ultérieure.

Les libérations ultérieures opérées depuis le 1^{er} janvier 2008 sont régies par les dispositions du nouveau droit de la Sàrl (article 1 alinéa 2 DT-CO). En vertu du renvoi contenu à l'article 777c alinéa 2 CO, la libération ultérieure du capital social est régie par les dispositions du droit de la société anonyme, qui s'appliquent par analogie. La libération ultérieure peut avoir lieu soit en espèces, soit par apport en nature, soit par compensation de créance, ou encore par conversion de fonds propres librement disponibles. Les exigences formelles des articles 634a alinéa 2 CO en relation avec les articles 633 ss et 652d CO doivent être respectées. Conformément à l'article 634a alinéa 1 CO, les gérants décident de l'appel d'apports relatifs à des parts sociales partiellement libérées et de l'éventuelle modification des statuts (par exemple en raison d'un apport en nature ou parce que le degré de libération du capital social figure dans les statuts).

Lorsqu'une adaptation des statuts est nécessaire, la décision doit revêtir la forme authentique et être déposée au registre du commerce avec les autres pièces justificatives requises afin que la date de la modification des statuts puisse être inscrite au registre du commerce (article 780 CO et article 54 alinéa 1 ORC). L'ordonnance sur le registre du commerce ne prévoit cependant pas expressément l'inscription au registre du commerce du montant des apports effectués ou du degré de libération du capital de la Sàrl (cf. article 73 ORC).

Conformément à l'article 30 alinéa 1 ORC, 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 leur inscription est compatible avec le but du registre du commerce et si un intérêt public majeur justifie la publication. 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'article 30 alinéa 1 ORC sont remplies. La teneur de l'inscription au registre du commerce est la suivante: "le capital social a été libéré ultérieurement à concurrence d'un montant de CHF ...".

Les libérations ultérieures intervenues avant le 1^{er} 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.

B. Nouvelle ORC

1. Entreprise individuelle

Article 38 lit. c ORC :

La forme juridique de l'entreprise individuelle doit être indiquée avec la terminologie actuelle (entreprise individuelle et non plus raison individuelle).

2. Publication de la nature de l'augmentation de capital

Articles 48 alinéa 1, 49 alinéa 3 lit. a, et 51 alinéa 3 lit. a ORC :

En cas d'augmentation "mixte", nous sommes d'avis que le texte de publication peut être formulé de la manière suivante:

"augmentation ordinaire à hauteur de CHF xxx et autorisée à hauteur de CHF xxx et conditionnelle à hauteur de CHF xxx."

3. Nécessité de devoir modifier les statuts en cas d'opting out

Article 62 alinéa 5 ORC :

Les statuts doivent être adaptés lorsque la société procède à la radiation d'un organe de révision suite à un opting out.

Afin d'éviter de devoir procéder à une nouvelle modification statutaire à futur (en cas de réinscription d'un organe de révision), il peut être conseillé à la société d'intégrer une clause statutaire identique à celle figurant dans les statuts-modèles mis à disposition par l'Office fédéral du registre du commerce sur zefix.

4. Dissolution de la société / Transmissibilité des actions (ajouté le 21.11.2008)

Article 63 alinéa 3 lit. g ORC en relation avec l'article 685a alinéa 3 CO (**transmissibilité des actions**) :

En cas de dissolution de la société, l'inscription au RC doit nouvellement indiquer que les restrictions statutaires à la transmissibilité des actions ou des bons de participation ont été levées et que leur inscription dans le registre du commerce est biffée.

Ces faits devront être requis de la façon suivante:

"Transmissibilité des actions: les restrictions statutaires de la transmissibilité des actions sont levées de par la loi. "

5. Dissolution et liquidation / Obligation de maintenir un organe de gestion / Signature de la réquisition (ajouté le 02.12.2008)

La nouvelle ORC n'a pas repris le principe de l'ancien article 88 ORC qui exposait que:

Réquisition
d'inscription de la
dissolution

Art. 88 Lorsque l'administration d'une société anonyme n'est pas en mesure de requérir à l'office du registre du commerce l'inscription de sa dissolution et de la nomination des liquidateurs, conformément aux art. 737 et 740, al. 2, du code des obligations, l'assemblée générale qui décide la dissolution doit désigner les personnes chargées de requérir l'inscription.

En conséquence, le ou les liquidateurs nommés par l'assemblée générale ne peuvent plus requérir eux-mêmes l'inscription de la dissolution d'une société anonyme (art. 737 CO), d'une société à responsabilité limitée (art. 821a CO) ou d'une société coopérative (art. 913 CO). Cette faculté est donc, aujourd'hui, de la compétence exclusive de l'organe de gestion, lequel doit signer la réquisition d'inscription conformément aux principes prévus à l'article 17 alinéa 1 lettre c ORC.

Autrement dit, et pour une SA, si la réquisition d'inscription est signée par au moins deux membres du conseil d'administration (art. 17 al. 1 lit. c (1^{ère} partie) ORC), ceux-ci pourront ne pas être nommés liquidateurs, car ils pourront signer la réquisition, même s'ils ne disposent pas de

pouvoirs de représentation. En revanche, si la société ne compte qu'un administrateur, alors celui-ci devra aussi être nommé liquidateur avec signature individuelle pour pouvoir signer la réquisition d'inscription (art. 17 al. 1 lit. c (2^{ème} partie) ORC), en raison du fait que seuls des liquidateurs peuvent représenter une personne morale en liquidation.

6. Succursales suisses

Article 110 ORC :

Lors de l'inscription de succursales sous le nouveau droit, l'inscription doit se limiter aux exigences formulées à l'article 110 ORC. Des indications complémentaires ne sont ni prévues, ni exigibles. Il est cependant possible de requérir l'inscription des personnes habilitées à engager la succursale uniquement. Toute réquisition pour une succursale existante, portant sur un fait qui n'est plus tenu à inscription selon l'article 110 ORC, doit être refusée par le préposé au registre du commerce. Dans ce cas, l'inscription de la succursale devra être épurée en radiant les personnes inscrites qui sont également inscrites au siège principal.

Ces faits devront être requis de la façon suivante:

"Les informations relatives aux personnes disposant d'un pouvoir de représentation pour toute l'entreprise sont radiées conformément à l'article 110 alinéa 1 lit. e ORC, suite à la modification du droit du registre du commerce."

7. Enseignes et noms commerciaux (modifié le 16.04.2008)

Article 177 ORC :

Selon la volonté du législateur, les enseignes et les noms commerciaux ne doivent plus être inscrits au registre du commerce. Il est 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" ou "exploitation d'un restaurant sous l'appellation restaurant de la Poste". Par contre, si le but indique "exploitation du restaurant **à l'enseigne** de la Poste", il sera refusé. Cette assouplissement a été décidé pour permettre aux entreprises de préciser leur but afin que leur activité puisse être aisément reconnaissable par les tiers.

C. Nouveau droit de la révision (ajouté le 17.04.2008)

1. Obligation d'inscription au registre du commerce

Selon l'article 8 de l'Ordonnance sur la surveillance de la révision (RS 221.302.3, OSRev), une personne physique ne peut fournir des prestations en matière de révision à titre indépendant que si elle est inscrite au registre du commerce en tant qu'entreprise individuelle.

2. Adaptation des statuts en cas d'opting out, dans la société anonyme, la société à responsabilité limitée et la société coopérative (ajouté le 13.06.2008)

Si la société procède à un opting out alors que ses statuts prévoient la nomination d'un organe de révision, l'article 62 alinéa 5 ORC prévoit expressément que ceux-ci doivent être adaptés.

Formellement, l'adaptation des statuts peut intervenir de la façon suivante:

Société anonyme: par l'assemblée générale des actionnaires (article 698 alinéa 2 chiffre 1 CO) ou par le conseil d'administration (article 727a alinéa 5 CO), en la forme authentique (article 647 CO),

Société à responsabilité limitée: par l'assemblée des associés (article 804 alinéa 2 chiffre 1 CO) ou par les gérants (article 818 alinéa 1 CO), en la forme authentique (article 780 CO),

Société coopérative: par l'assemblée générale des associés (article 879 alinéa 2 chiffre 1 CO) ou par l'administration (article 906 alinéa 1 CO), sous seing privé.

3. Organe de révision et associations (ajouté le 13.06.2008)

Si l'association réalise les conditions d'un contrôle ordinaire, elle doit, en application de l'article 69b alinéa 1 CC, procéder à l'inscription d'un organe de révision (expert-réviseur agréé).

Si les statuts prévoient une responsabilité personnelle des membres ou une obligation d'effectuer des versements supplémentaires et qu'un membre l'exige, l'association doit alors procéder à l'inscription d'un organe de révision (réviseur agréé), en application de l'article 69b alinéa 2 CC.

Dans les autres cas, les associations peuvent s'organiser librement; elles n'ont donc pas l'obligation de nommer et d'inscrire un organe de révision au registre du commerce.

4. Organe de révision et fondations (ajouté le 13.06.2008)

Toutes les fondations doivent être pourvues d'un organe de révision (un expert-réviseur agréé si elles sont soumises à un contrôle ordinaire, ou un réviseur agréé si elles sont soumises à un contrôle restreint) à moins d'en avoir été dispensées par leur autorité de surveillance (article 83b alinéa 2 CC et article 1 de l'Ordonnance concernant l'organe de révision des fondations du 24.08.2005).

Etat au 14.04.2010