



Communication OFRC 2/24

11 octobre 2024

Indications sur la pratique de l'Office fédéral du registre du commerce

Mise en œuvre de la loi sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite

1 Transfert d'actions/parts sociales

1.1 Conditions et procédure

Conformément à l'art. 684a CO, le transfert d'actions est nul si la société n'a plus d'activité commerciale ni d'actifs réalisables et si elle est surendettée.

Si, dans le cadre d'une réquisition, le registre du commerce a un soupçon fondé d'un transfert d'actions nul selon l'art. 684a, al. 1, CO, il somme la société de produire les derniers comptes annuels signés, respectivement les derniers comptes annuels révisés si elle dispose d'un organe de révision. Si la société n'y donne pas suite ou si les comptes annuels viennent confirmer le soupçon, l'inscription au registre du commerce est refusée.

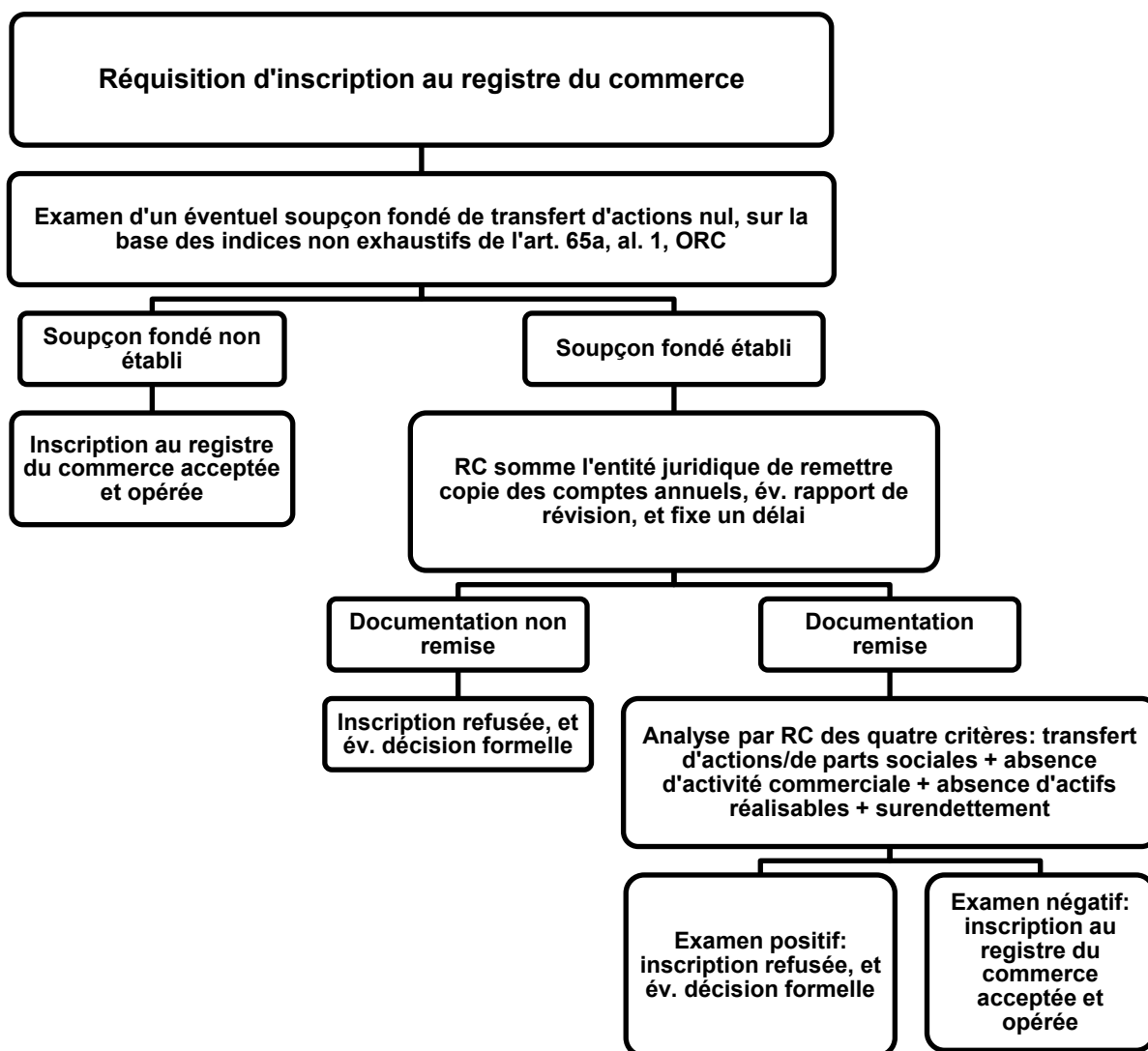
L'art. 65a ORC explicite la notion de soupçon fondé et fixe la procédure à suivre.

La notion de soupçon fondé n'est pas définie exhaustivement. La liste de l'art. 65a, al. 1, ORC, est exemplative. Sont notamment visés les cas suivants :

- Plusieurs faits inscrits, comme le but, le siège, la raison sociale et les membres du conseil d'administration, sont modifiés simultanément ou successivement ;
- Le domicile de la société est à la même adresse que le domicile d'une société dont une inscription a été refusée pour cause de transfert d'actions nul ;
- Les personnes qui transfèrent ou acquièrent les actions ont déjà été parties à un transfert d'actions nul dont l'inscription a été refusée.

Les circonstances du cas d'espèce sont importantes, par exemple quant à savoir quelle limite temporelle doit être prise en compte pour la réalisation des états de fait susmentionnés. Ces circonstances ne jouent toutefois de rôle que dans la mesure où il y a effectivement un transfert des droits portant sur la société. En l'absence de transfert, la procédure prévue à l'art. 65a ORC ne peut être mise en œuvre. Dans le cadre d'un transfert portant sur des parts sociales d'une Sàrl, ces faits seront aisés à établir, dans la mesure où la titularité des parts sociales et le transfert de celles-ci doivent être requis auprès du registre du commerce et inscrits (cf. art. 82, al. 1, ORC). En revanche, s'agissant d'actions d'une SA, ce transfert peut s'avérer plus compliqué à étayer. Toutefois, la formulation « soupçon fondé » incorpore également l'acte de transfert en lui-même. L'office du registre du commerce doit établir les faits sous l'angle de la vraisemblance¹. La partie requérante est tenue de collaborer à l'établissement des faits, dès lors que la demande adressée au registre du commerce est dans son propre intérêt².

Au niveau procédural, le schéma suivant illustre les différentes étapes :



¹ Concernant la vraisemblance, l'autorité ne doit pas être persuadée de la véracité du fait allégué. Un fait est tenu pour vraisemblable s'il est non seulement possible, mais également probable, sur la base d'une appréciation objective des moyens de preuve (ATF 144 II 65 consid. 4.2.2).

² Dans ce sens, voir ATF 132 III 731 consid. 3.5.

Concernant la procédure de sommation, les règles ordinaires de l'art. 152a ORC s'appliquent. Concernant la notion de surendettement, il est renvoyé à l'art. 725b CO et aux explications concernant cette disposition.

1.2 Jurisprudence relative au transfert d'un cadre d'actions

De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère que l'achat d'un cadre d'actions – à savoir le transfert d'une société *de facto* liquidée économiquement mais non juridiquement – est un acte juridique nul. Celui-ci permettrait en effet d'éluder les règles concernant la fondation et la liquidation de la société³. Une société liquidée de fait doit être radiée. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la révocation de la décision de dissolution n'est plus admise à ce stade⁴ et il y a obligation de radier la société⁵.

Dans ce cadre, il est rappelé la position suivante énoncée dans le cadre des débats parlementaires : « *Die Rechtsprechung zum Mantelhandel hat dann eben – das will die Kommission zuhanden des Amtlichen Bulletins klarstellen –, was auch immer der Inhalt und die Tragweite dieser Rechtsprechung ist, ihren unveränderten Bestand.* »⁶.

2 Renonciation au contrôle restreint (opting-out)

2.1 Procédure

Conformément à l'art. 727a, al. 2, CO, la renonciation au contrôle restreint ne vaut que pour les exercices futurs et son inscription au registre du commerce doit être requise avant le début de l'exercice.

L'inscription de la renonciation au registre du commerce doit dorénavant être accompagnée des comptes annuels du dernier exercice écoulé (art. 727a, al. 2^{bis}, CO).

La question de l'admission de l'*opting-out* à la fondation de la société s'est posée à plusieurs reprises. En effet, la problématique est que, si la déclaration d'*opting-out* ne vaut que pour les exercices futurs, alors une telle déclaration serait exclue *de facto* pour le premier exercice comptable d'une nouvelle entité juridique, dans la mesure où la déclaration ne vaudrait que pour l'exercice suivant. Cependant, selon le Message du Conseil fédéral, « *il restera possible de décider de l'opting-out au moment de la création de la société, comme tel est déjà le cas* »⁷. Le Parlement a, par ailleurs, explicitement salué le maintien de cette pratique⁸. L'art. 62, al. 3, ORC le prévoit explicitement⁹.

³ Message Faillites abusives, FF 2019 4988 ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.19/2001 du 25 mai 2001, consid. 2a ; ATF 123 III 473 consid. 5c ; ATF 80 I 60 consid. 2a ; ATF 80 I 30 consid. 1 ; ATF 67 I 36 ; ATF 65 I 139 consid. 3 ; ATF 64 II 361 consid. 1 ; ATF 55 I 134.

⁴ ATF 123 III 473 consid. 5c.

⁵ ATF 64 II 361 consid. 1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.19/2001 du 25 mai 2001, consid. 2a.

⁶ VOGT BO 2021 N 2011.

⁷ Message Faillites abusives, FF 2019 4998.

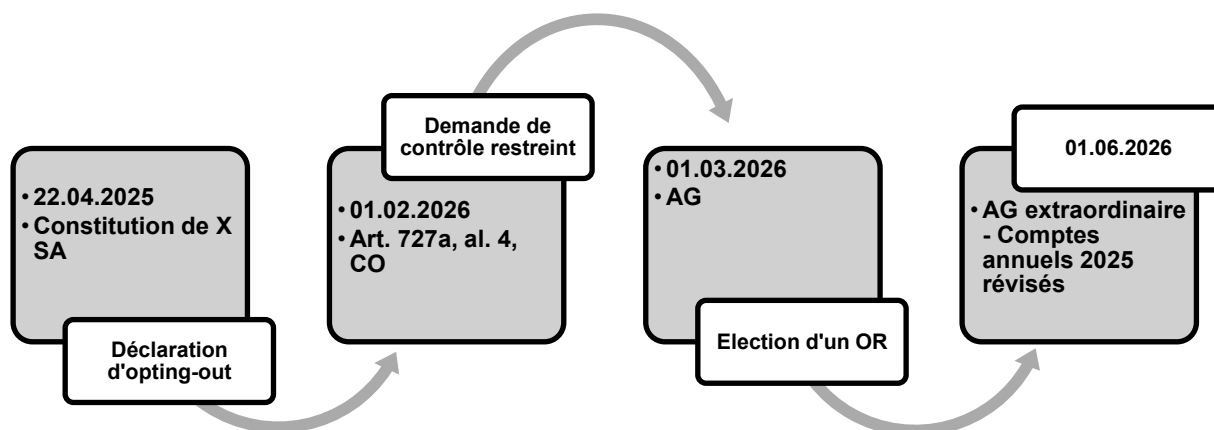
⁸ VOGT BO 2021 N 2011.

⁹ Rapport explicatif, p. 12.

Plusieurs situations peuvent se présenter en matière de renonciation au contrôle restreint. Ainsi, différents scénarios sont schématisés et explicités ci-dessous :

Scénario 1 :

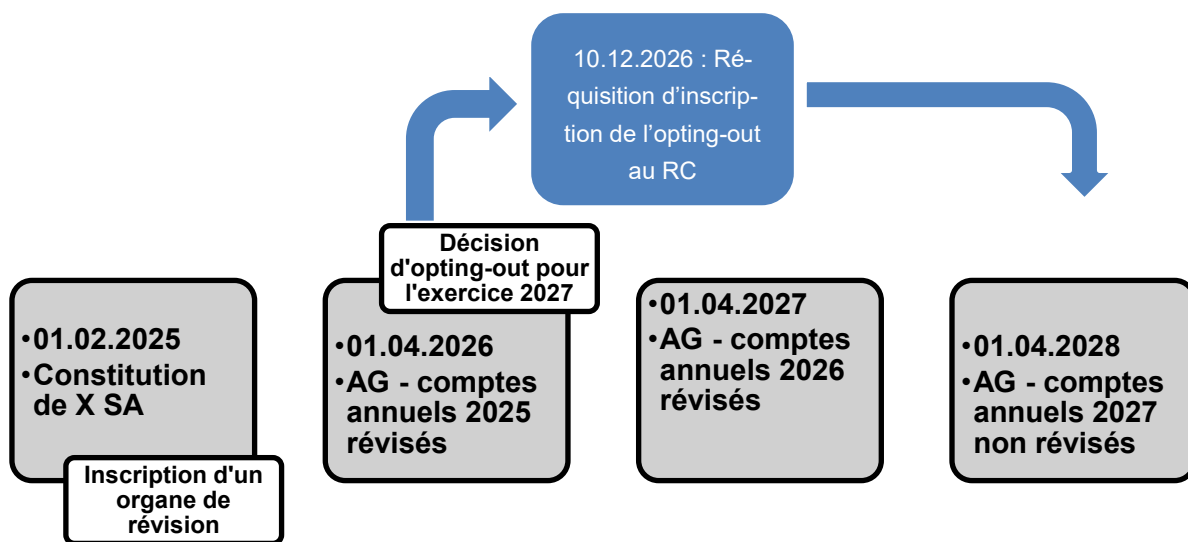
Constitution d'une société anonyme avec opting-out, suivi d'une demande de contrôle restreint dans le délai pour l'année écoulée.



1. Le 22.04.2025, la société X SA est constituée avec une déclaration d'opting-out. L'inscription au registre du commerce mentionne l'opting-out.
2. Les comptes annuels du 22.04.2025 au 31.12.2025 sont établis, sans révision.
3. Le 01.02.2026, un actionnaire demande un contrôle restreint, selon l'art. 727a, al. 4, CO.
4. Le 01.03.2026 a lieu l'assemblée générale, lors de laquelle un organe de révision doit être élu. L'organe de révision doit être inscrit rapidement au registre du commerce. Une nouvelle assemblée générale doit être convoquée : l'organe de révision doit pouvoir procéder à la révision d'ici là.
5. L'organe de révision procède à la révision restreinte des comptes annuels 2025. Une nouvelle assemblée générale extraordinaire est convoquée.
6. Le 01.06.2026 a lieu l'assemblée générale extraordinaire, qui va porter sur l'approbation des comptes annuels 2025 révisés.
7. Sous réserve d'une nouvelle décision d'opting-out, la société continue à être soumise à un contrôle restreint les années suivantes.

Scénario 2 :

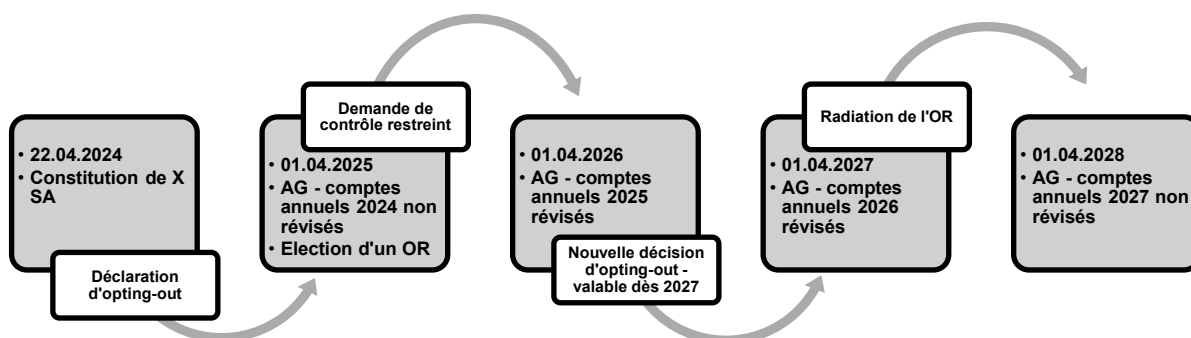
Constitution d'une société anonyme avec organe de révision, suivi d'une demande d'opting-out pour le futur.



1. Le 01.02.2025, la société X SA est constituée, avec l'inscription d'un organe de révision.
2. Le 01.04.2026 a lieu l'assemblée générale, qui va porter sur l'approbation des comptes annuels 2025 révisés. Dans le cadre de cette assemblée générale, une décision d'opting-out est prise, valable à partir de l'exercice 2027. L'inscription de la décision d'opting-out doit être requise auprès du registre du commerce d'ici au 31.12.2026, au plus tard.
3. La réquisition d'inscription au registre du commerce de la décision d'opting-out est adressée le 10.12.2026. L'inscription est opérée au registre du commerce.
4. Les comptes annuels 2026 devront faire l'objet d'une révision. Les comptes annuels 2027 ne feront par contre pas l'objet d'une révision, en raison de la décision d'opting-out.

Scénario 3 :

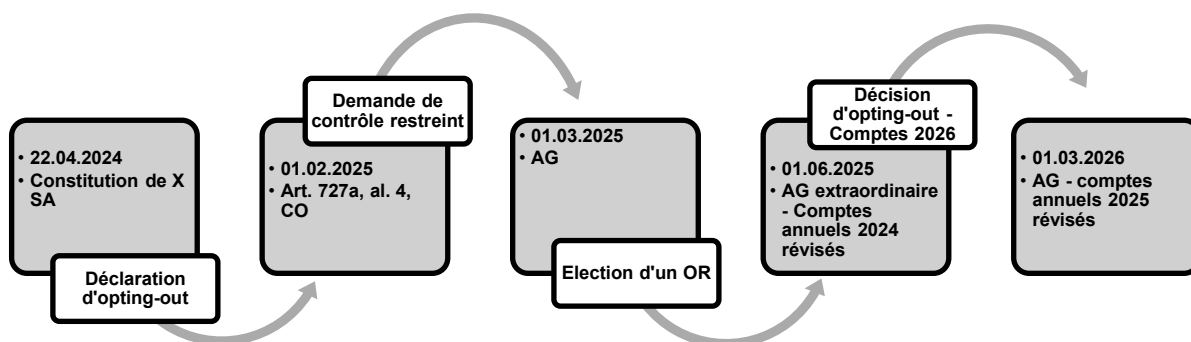
Constitution d'une société anonyme avec opting-out, suivi d'une demande de contrôle restreint hors délai pour l'année écoulée.



1. Le 22.04.2024, la société X SA est constituée avec une déclaration d'opting-out. L'inscription au registre du commerce mentionne l'opting-out.
 2. Les comptes annuels du 22.04.2024 au 31.12.2024 sont établis, sans révision.
 3. Le 01.04.2025 a lieu l'assemblée générale, qui va porter sur l'approbation des comptes annuels 2024 non révisés.
 4. Moins de 10 jours avant l'AG ou alors pendant l'AG, un actionnaire demande un contrôle restreint. Cette demande va concerner l'année en cours, c'est-à-dire 2025. En effet, la demande est hors délai pour les comptes 2024. L'AG élit ainsi un organe de révision. L'organe de révision est ensuite inscrit au registre du commerce.
 5. Les comptes annuels du 01.01.2025 au 31.12.2025 sont établis, avec une révision restreinte.
 6. Le 01.04.2026 a lieu l'assemblée, qui va porter sur l'approbation des comptes annuels 2025 révisés.
 7. Sous réserve d'une nouvelle décision d'opting-out, la société continue à être soumise à un contrôle restreint les années suivantes.
 8. Si un opting-out est à nouveau souhaité, une nouvelle décision doit être prise durant l'année 2026. L'opting-out sera ainsi valable à partir de l'exercice 2027. Son inscription au registre du commerce doit être requise avant la fin de l'année 2026. L'inscription au registre du commerce mentionne à partir de quand l'opting-out déploie ses effets.
- Pendant un certain temps, l'extrait du registre du commerce de la société indiquera l'existence d'un organe de révision, ainsi que d'un opting-out. Toutefois, l'indication de la date à partir de laquelle l'opting-out est valable permettra de garantir la transparence vis-à-vis du public.
9. Le 01.04.2027 a lieu l'assemblée générale, qui porte sur l'approbation des comptes annuels 2026 révisés. Avec la fin de son mandat, l'organe de révision doit être radié du registre du commerce. La réquisition peut être adressée par la société ou par l'organe de révision.
 10. Le 01.04.2028 a lieu l'assemblée générale, qui porte sur l'approbation des comptes annuels 2027 non révisés.

Scénario 4 :

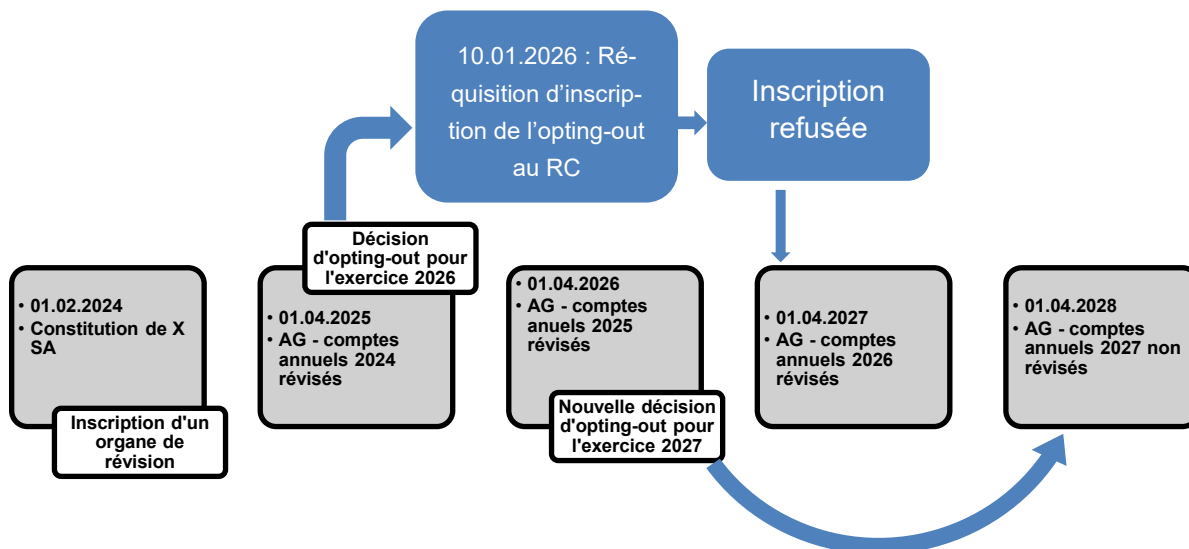
Constitution d'une société anonyme avec opting-out, suivi d'une demande de contrôle restreint dans le délai pour l'année écoulée. Révision puis tenue d'une AG extraordinaire pour l'approbation des comptes annuels révisés.



1. Le 22.04.2024, la société X SA est constituée avec une déclaration d'opting-out. L'inscription au registre du commerce mentionne l'opting-out.
2. Les comptes annuels du 22.04.2024 au 31.12.2024 sont établis, sans révision.
3. Le 01.02.2025, un actionnaire demande un contrôle restreint, selon l'art. 727a, al. 4, CO.
4. Le 01.03.2025 a lieu l'assemblée générale, lors de laquelle un organe de révision doit être élu. L'organe de révision doit être inscrit rapidement au registre du commerce. Une nouvelle assemblée générale doit être convoquée : l'organe de révision doit pouvoir procéder à la révision d'ici là.
5. L'organe de révision procède à la révision restreinte des comptes annuels 2024. Une nouvelle assemblée générale extraordinaire est convoquée.
6. Le 01.06.2025 a lieu l'assemblée générale extraordinaire, qui va porter sur l'approbation des comptes annuels 2024 révisés.
7. La demande de révision restreinte par un actionnaire (ch. 3 ci-haut) a pour conséquence que l'exercice en cours sera également soumis au contrôle restreint.
8. Si une nouvelle décision d'opting-out est prise, celle-ci ne sera valable qu'à partir de l'exercice 2026 (conformément à l'art. 727a, al. 2, CO). L'inscription de la décision d'opting-out au registre du commerce doit être requise au plus tard d'ici à fin 2025.
9. Le 01.03.2026 a lieu l'assemblée générale, qui va porter sur l'approbation des comptes annuels 2025 révisés.
10. Avec la fin de son mandat, l'organe de révision doit être radié du registre du commerce. La réquisition peut être adressée par la société ou par l'organe de révision.

Scénario 5 :

Constitution d'une société anonyme, avec organe de révision, suivi d'une demande d'opting-out. Réquisition d'inscription de l'opting-out tardive.



1. Le 01.02.2024, la société X SA est constituée, avec l'inscription d'un organe de révision.
2. Le 01.04.2025 a lieu l'assemblée générale, qui va porter sur l'approbation des comptes annuels 2024 révisés. Dans le cadre de cette assemblée générale, une décision d'opting-out est prise, valable à partir de l'exercice 2026. L'inscription de cette décision d'opting-out doit être requise auprès du registre du commerce d'ici au 31.12.2025, au plus tard.
3. La réquisition d'inscription au registre du commerce de la décision d'opting-out est adressée le 10.01.2026. Il est ainsi trop tard : une décision d'opting-out rétroactive n'est pas admissible. Cette décision ne peut dès lors plus être inscrite et est refusée par l'office du registre du commerce.
4. Les comptes annuels 2026 devront faire l'objet d'une révision.
5. Si X SA n'a entrepris aucune démarche pour radier l'organe de révision existant, l'office du registre du commerce ne doit rien entreprendre et peut partir du principe que le mandat de l'organe existant a été prolongé. Si X SA a toutefois déjà procédé à la radiation de son organe de révision, il existe une situation de carence dans l'organisation et le registre du commerce peut ainsi débiter la procédure correspondante.
6. Lors de l'assemblée générale du 01.04.2027, ce sont bien des comptes annuels 2026 révisés qui doivent être soumis à approbation.
7. Si X SA souhaite corriger son erreur pour le futur, elle doit alors prendre une nouvelle décision d'opting-out. Cette décision ne sera valable qu'à partir de l'exercice 2027 et son inscription au registre du commerce doit être requise avant le 31.12.2026.

8. Le 01.04.2028 a lieu l'assemblée générale, qui va porter sur l'approbation des comptes annuels 2027 non révisés.

2.2 Texte d'inscription

En cas d'opting-out à la constitution, le texte d'inscription suivant est proposé :

« Selon déclaration à la constitution de la société, il est renoncé à un contrôle restreint. ».

En cas d'opting-out en cours de vie, le texte d'inscription suivant est proposé :

« La société renonce à un contrôle restreint à partir de l'exercice débutant le DATE. ».

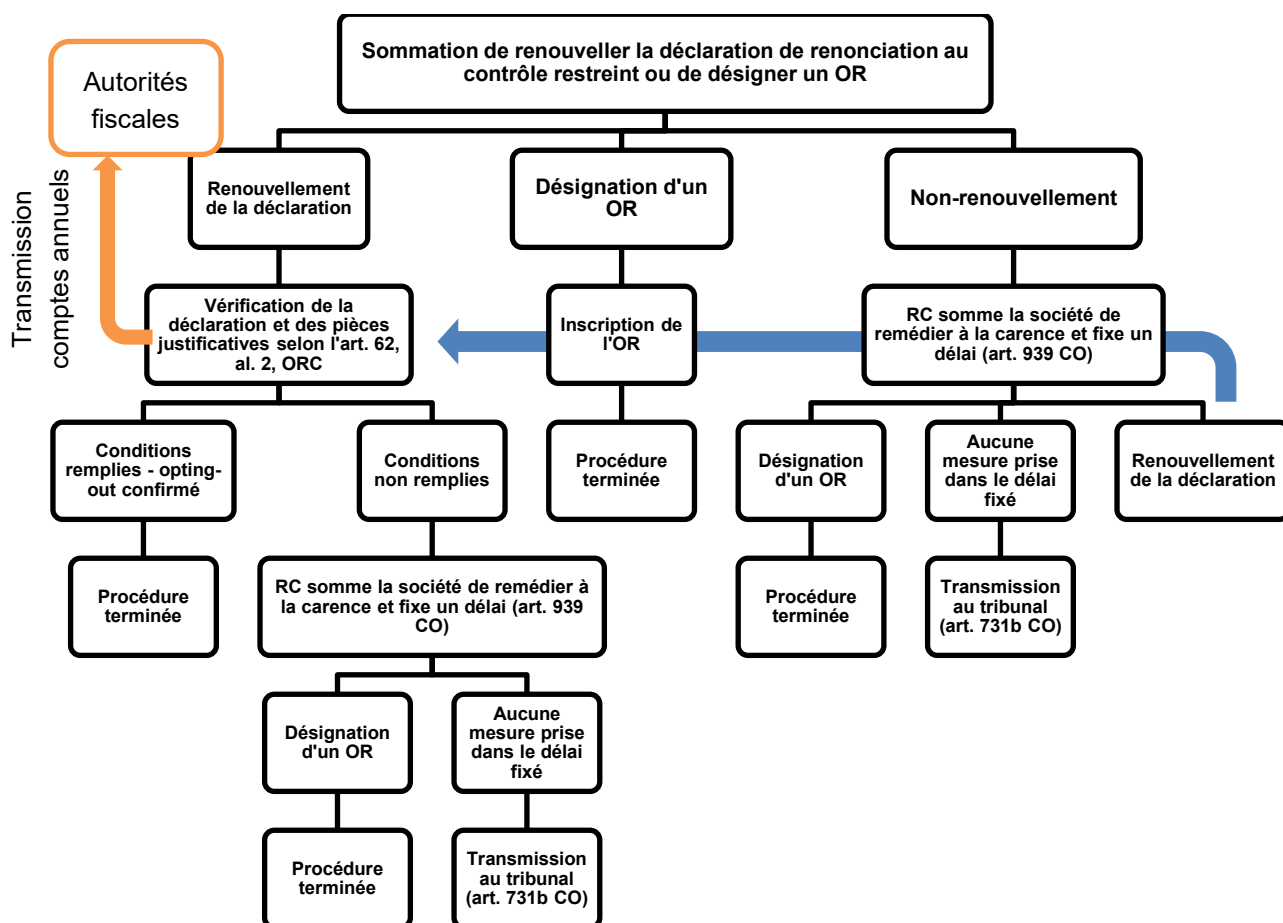
3 Renouvellement de la renonciation au contrôle restreint

3.1 Conditions et procédure

Conformément à l'art. 62, al. 5, ORC, l'office du registre du commerce somme la société de renouveler la déclaration de renonciation ou de désigner un organe de révision :

- lorsqu'il reçoit des autorités fiscales cantonales la communication qu'une société n'a pas déposé de comptes annuels (art. 112, al. 4, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct [LIFD]), ou
- lorsqu'il existe des circonstances qui donnent à penser que les conditions pour renoncer à un contrôle restreint ne sont plus remplies.

La procédure à suivre est illustrée dans le schéma suivant :



3.2 Communication par l'autorité fiscale et application temporelle

L'art. 112, al. 4, LIFD indique que la communication des autorités fiscales à l'office cantonal du registre du commerce doit avoir lieu dans les trois mois qui suivent l'expiration des délais correspondants. Il s'agit ici de prendre en compte tous les délais officiels.

Déroulement :

1. La société doit remettre en 2026 sa déclaration d'impôt, accompagnée de ses comptes annuels signés 2025 (art.125, al. 2, let. a, LIFD).
2. La société ne remet finalement pas ses comptes annuels. L'autorité fiscale informe l'office du registre du commerce de ce fait, dans les trois mois qui suivent l'expiration des délais correspondants (art. 112, al. 4, LIFD).
3. L'office du registre du commerce somme la société de renouveler la déclaration de renonciation au contrôle restreint ou de désigner un organe de révision (art. 62, al. 5, let. a, ORC).
4. Si l'office du registre du commerce obtient les comptes annuels et que les conditions de renonciation sont remplies, la procédure de renouvellement prend fin.
 - L'office du registre du commerce transmet les comptes annuels à l'autorité fiscale (art. 62, al. 7, ORC).
 - L'opting-out inscrit au registre du commerce reste valable.
5. Si l'office du registre du commerce n'obtient pas les comptes annuels, il y a une situation de carence (art. 939 CO).
 - L'office du registre du commerce somme la société de remédier à la carence et lui fixe un délai à cet effet.
 - Si la société désigne un organe de révision, elle requiert son inscription au registre du commerce.
 - Si la société ne désigne pas d'organe de révision, le registre du commerce transmet l'affaire au tribunal (art. 939, al. 2, CO).

OFFICE FÉDÉRAL DU REGISTRE DU COMMERCE

Nicholas Turin