

Rapport explicatif concernant la modification du code des obligations (Droit du registre du commerce et adaptation des droits de la société anonyme, de la société à responsabilité limitée et de la société coopérative) ainsi que du droit de la surveillance de la révision

Modernisation du registre du commerce et allègements pour les PME

du 19 décembre 2012

Condensé

Après 1937, les dispositions du code des obligations régissant le registre du commerce n'ont plus fait l'objet d'aucune révision globale. En 2010, la Commission fédérale d'experts en matière de registre du commerce a rendu son rapport sur l'avenir du registre du commerce en Suisse, qui analyse les potentiels d'amélioration et formule différents scénarios de développement. Dans leurs conclusions, les auteurs estiment que le régime juridique du registre du commerce doit être modernisé. Le droit actuel ne répond plus aux besoins des utilisateurs du registre du commerce. Certaines innovations et améliorations fondamentales ne peuvent être réalisées dans le cadre des dispositions légales en vigueur.

Se fondant sur le rapport de la commission d'experts, l'avant-projet propose une révision totale du titre trentième du code des obligations (art. 927 CO ss.) avec deux objectifs principaux dans sa ligne de mire: moderniser l'infrastructure et les procédures du registre du commerce et simplifier les tâches incombant aux entreprises.

Un élément central de la modernisation du registre du commerce est la mise en place d'un registre du commerce électronique national reposant sur un logiciel uniforme.

Un autre élément saillant de ce train de mesures est l'utilisation systématique du numéro AVS en qualité d'identifiant pour les personnes physiques inscrites au registre du commerce, comme cela se fait déjà par ailleurs pour d'autres registres (par ex. pour le registre informatisé de l'état civil Infostar). Le registre des personnes qui doit être créé sur cette base permettra d'informer le public sur toutes les personnes physiques inscrites au registre du commerce. En revanche, le numéro AVS à proprement parler sera utilisé exclusivement à des fins administratives et ne sera pas rendu public.

L'avant-projet prévoit aussi quelques adaptations ponctuelles du droit des sociétés, qui constituent autant d'allègements substantiels pour les PME. A l'avenir, il devrait ainsi être possible de constituer, dissoudre et radier une société sans le

concours d'un officier public, pour autant que les structures de l'entité soient très simples. La forme authentique ne sera donc plus nécessaire pour ce type de sociétés.

La légalité, l'égalité et la transparence sortent renforcés de cette révision totale du titre trentième du code des obligations. D'importantes dispositions inscrites dans l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce sont notamment transférées dans le code des obligations. Divers aspects relatifs à la protection des données sont également réglés, sans restreindre excessivement l'accès aux informations économiques dont les utilisateurs du registre du commerce ont besoin.

La modernisation du registre du commerce s'inscrit dans la droite ligne de la stratégie suisse de cyberadministration, dont l'objectif est que l'économie et la population puissent effectuer leurs affaires importantes avec les autorités par voie électronique. Le projet tient également compte du mouvement de modernisation constaté à l'étranger.

Par ailleurs, il s'agit de concrétiser le champ d'application extraterritorial de la loi sur la surveillance de la révision pour améliorer l'équilibre entre la protection des investisseurs, les mesures assurant une surveillance effective et efficace et la compétitivité du marché suisse des capitaux. Les exigences en matière d'assurance-qualité interne des entreprises de révision seront en parallèle adaptées aux nouvelles valeurs seuil de la révision ordinaire, qui ont été relevées le 1^{er} janvier 2012, afin que les réviseurs des PME bénéficient de facilitations.

Table des matières

1 Grandes lignes du projet	4
1.1 Contexte	4
1.1.1 Bases légales	4
1.1.2 Organisation actuelle	5
1.1.3 Appréciation de l'organisation actuelle	7
1.1.4 Rapport de la Commission fédérale d'experts en matière de registre du commerce	9
1.2 Nouvelle réglementation proposée	10
1.2.1 Généralités	10
1.2.2 Modernisation du registre du commerce	11
1.2.2.1 Registre du commerce national et publication sur internet	11
1.2.2.2 Utilisation du numéro AVS et registre des personnes	11
1.2.3 Allègements pour les sociétés de capitaux aux structures simples	12
1.2.4 Renforcement des principes de légalité et d'égalité ainsi que de la transparence	13
1.3 Alternatives et idées de révision rejetées	14
1.3.1 Création d'un office du registre du commerce fédéral	14
1.3.2 Développement de la décentralisation des données	15
1.4 Interventions parlementaires	15
1.5 Droit comparé et rapports avec le droit européen	16
1.5.1 Tendances à l'interconnexion des registres au sein de l'UE	16
1.5.2 Tendances mondiales au traitement électronique des données	18
1.6 Mise en œuvre	19
2 Commentaire article par article	19
2.1 Titre trentième du code des obligations: Du registre du commerce	19
2.2 Modification d'autres dispositions du code des obligations	39
2.2.1 Titre premier: De la formation des obligations	39
2.2.2 Titre dix-septième: Des fondés de procuration	39
2.2.3 Titre vingt-sixième: De la société anonyme	41
2.2.4 Titre vingt-huitième: De la société à responsabilité limitée	45
2.2.5 Titre vingt-neuvième: De la société coopérative	46
2.2.6 Titre trentième ^{bis} : De la Feuille officielle suisse du commerce (<i>nouveaux</i>)	48
2.2.7 Titre trente et unième: Des raisons de commerce	49
2.3 Dispositions transitoires	49
2.4 Modification du droit en vigueur	50
2.4.1 Code civil	50
2.4.2 Loi sur la surveillance de la révision	51
2.4.2.1 Assurance-qualité des entreprises de révision	51
2.4.2.1.1 Contexte	51
2.4.2.1.2 Assurance-qualité interne	53
2.4.2.1.3 Assurance-qualité externe	53
2.4.2.2 Surveillance des entreprises de révision étrangères	57

2.4.2.3 Commentaires particuliers	58
3 Conséquences	63
3.1 Conséquences pour la Confédération et les cantons	63
3.2 Conséquences pour l'économie	64
4 Liens avec le programme de la législature et avec d'autres stratégies nationales du Conseil fédéral	65
4.1 Liens avec le programme de la législature	65
4.2 Liens avec d'autres stratégies nationales du Conseil fédéral	65
5 Aspects juridiques	66
5.1 Constitutionnalité	66
5.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse	67
5.3 Délégations législatives	67

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Bases légales

Le registre du commerce est régi par le titre trentième du code des obligations¹ (art. 927 ss. CO). Les dispositions de la loi sont succinctes et fragmentaires, ce qui a conduit le législateur à octroyer d'amples compétences au Conseil fédéral (art. 929 s. et 931, al. 3, CO). Ce dernier en a fait usage en édictant l'ordonnance sur le registre du commerce², l'ordonnance sur les émoluments du registre du commerce³ et l'ordonnance FOSC⁴.

Quelques dispositions du titre trentième ont subi de légères modifications dans le cadre de la modification du droit de la société à responsabilité limitée et du droit de la révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008⁵. Quelques nouveautés devraient également faire leur entrée dans le droit du registre du commerce avec la révision en cours du droit de la société anonyme⁶. La Commission des affaires juridiques du

¹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, CO; RS 220)

² Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC; RS 221.411)

³ Ordonnance du 3 décembre 1954 sur les émoluments en matière de registre du commerce (RS 221.411.1)

⁴ Ordonnance du 15 février 2006 sur la Feuille officielle suisse du commerce (ordonnance FOSC; RS 221.415)

⁵ Version selon le ch. I 3 de la LF du 16 décembre 2005 (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008, RO 2007 4791 4832, FF 2002 2949, 2004 3745.

⁶ Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407

Voir également BO 2009 E 715 ss. et RINO SIFFERT/FLORIAN ZIHLER, Handelsregisterrecht, Entwicklungen 2011, Berne 2012, p. 7 ss.

Conseil national (CAJ-N) a toutefois suspendu l'examen détaillé de ce projet le 3 septembre 2010, notamment en ce qui concerne ces dispositions⁷. Cette suspension sera effective jusqu'à la votation sur l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» qui aura lieu en mars 2013⁸.

Depuis son entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 1937⁹, le titre trentième du code des obligations n'a subi aucune révision totale. L'ordonnance sur le registre du commerce du 7 juin 1937, qui était devenue opaque et incohérente sous l'effet de multiples révisions partielles, a certes été remplacée par la nouvelle ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007¹⁰, mais les procédures et la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, de même que les modalités de la publication des inscriptions au registre du commerce n'ont subi aucun changement à cette occasion.

1.1.2 Organisation actuelle

La tenue du registre du commerce est une responsabilité qui incombe aux cantons (art. 927 CO, art. 3 ORC). Cette activité comprend notamment la réception et la vérification des réquisitions d'inscription au registre du commerce et des pièces justificatives (par ex. les statuts et les procès-verbaux des assemblées), la rédaction des textes à publier, la mise à jour de la base de données cantonale du registre du commerce, l'établissement d'extraits authentiques des inscriptions au registre du commerce et la conservation des pièces. Les cantons appliquent le droit fédéral depuis 1883 sous la haute surveillance de la Confédération, qui est exercée dans les faits par l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC; art. 5 ORC)¹¹.

L'OFRC tient depuis 1990 l'Index central des raisons de commerce (Zefix) qui sert – conjointement à la Recherche des raisons de commerce¹² – à garantir le droit exclusif des entités juridiques d'user de la raison de commerce inscrite (voir art. 946 et 951 CO). Aujourd'hui, Zefix est géré comme une base de données internet¹³ et contient toutes les raisons de commerce actives ainsi que toutes celles qui ont été radiées après le 1^{er} janvier 2000. Il offre une fonction de recherche gratuite qui permet d'identifier dans toute la Suisse, le siège d'une entité juridique et l'office cantonal du registre du commerce compétent. D'autres informations relatives à l'entité en question peuvent également être trouvées grâce à Zefix, comme la raison de commerce, le but social et le domicile légal. Les données et les renvois fournis

⁷ Communiqué de presse de la CAJ-N du 3 septembre 2010, ad objet 08.011

⁸ Communiqué de presse de la CAJ-N du 30 mars 2012, ad objet 08.011 et BO 2010 N 842.

⁹ Version selon la LF du 18 décembre 1936 en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1937, RO 53 185, FF 1928 I 233, 1932 I 217.

Voir également les dispositions finales et transitoires des titres vingt-quatrième à trente-troisième à la fin du CO, ainsi qu'EDUARD HIS, Commentaire bernois, art. 927 à 964, Berne 1940, notes liminaires, p. 14 ss.

¹⁰ RO 2007 4851 et rapport explicatif concernant la révision totale de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC), projet pour la consultation du 28 mars 2007.

Voir également HANS-JAKOB KÄCH, Die Auswirkungen der neuen Handelsregisterverordnung, TREX 2008, p. 10 ss. (1^{re} partie) et p. 90 ss. (2^e partie).

¹¹ Voir NICHOLAS TURIN, Un Office fédéral du registre du commerce: pour quoi faire?, REPRAX 2/3/2008, p. 15 ss. et FLORIAN ZIHLER, Ist das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) tatsächlich schon 125 Jahre alt?, REPRAX 2/3/2008, p. 3 ss.

¹² Voir <http://www.regix.ch>

¹³ Voir <http://www.zefix.ch>

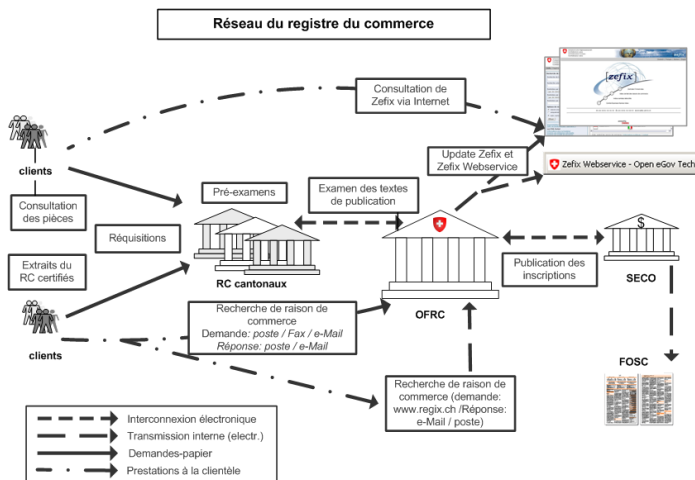
dans Zefix n'ont cependant aucun effet juridique. Seuls font foi l'extrait authentique établi par l'office du registre du commerce compétent ainsi que les textes publiés électroniquement par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Zefix n'est ni un registre du commerce national ni un recueil des données du registre du commerce publiées en Suisse¹⁴. Il ne peut être considéré *que* comme une infrastructure d'accès aux registres du commerce cantonaux. Le numéro d'identification d'entreprise des entités juridiques (IDE; actuellement le numéro CH) y fait office d'hyperlien et renvoie directement l'utilisateur à l'inscription du registre cantonal.

Dans 25 cantons, l'office du registre du commerce est centralisé. Seul le Valais a trois offices du registre du commerce régionaux. Chaque canton doit également désigner une autorité de surveillance (art. 927, al. 3, CO) qui n'exerce cependant qu'une surveillance administrative et disciplinaire. C'est l'OFRC qui, dans le cadre de sa fonction de haute surveillance, veille à la bonne application du droit fédéral en validant toutes les inscriptions portées par les offices cantonaux du registre du commerce dans leurs registres journaliers (nouvelles inscriptions et modifications d'inscriptions existantes), autrement dit toutes les futures inscriptions au registre du commerce (art. 31 ss. ORC).

La saisie des données incombe aux offices cantonaux du registre du commerce. Ce sont eux qui sont en contact direct avec la clientèle. Même si, à partir du 1^{er} janvier 2013, les offices cantonaux du registre du commerce seront tenus d'accepter les réquisitions et les pièces justificatives sous forme électronique (art. 175 ORC), les clients pourront quant à eux continuer de remettre leur documentation uniquement sur papier.

L'échange de données entre les offices cantonaux du registre du commerce et l'OFRC et entre ce dernier et le SECO intervient presque exclusivement sous forme électronique depuis quelques années déjà.

¹⁴ MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zurich 2008, N 12 et N 61.



1.1.3 Appréciation de l'organisation actuelle

En Suisse, l'informatisation du registre du commerce a commencé dans les années 1990. Parallèlement, à l'exception du Valais, tous les cantons se sont dotés d'un office du registre du commerce unique. Berne est pour le moment le dernier à avoir franchi ce pas, en 2008, en fusionnant ses quatre offices régionaux dans un office du registre du commerce centralisé. Mais globalement, les procédures décrites sous ch. 1.1.2 n'ont pas changé depuis plus de 125 ans.

Plusieurs acteurs de la Confédération, des cantons et de l'économie privée – surtout dans le domaine de l'informatique – participent aux activités du registre du commerce avec des intentions et des attentes différentes. Par la force des choses, les échanges d'expériences sont fréquents.

Malgré certains aspects positifs, les inconvénients de l'organisation actuelle du registre du commerce sont aujourd'hui prépondérants. Pour le petit espace économique que représente la Suisse, il n'existe aucune base de données nationale, aucun archivage centralisé des informations relatives au registre du commerce et par conséquent aucun registre du commerce d'envergure nationale. L'utilisateur qui a besoin d'informations ne se limitant pas à un seul canton doit ainsi consulter plusieurs registres du commerce, ce qui rend la recherche d'informations relativement laborieuse et, par la force des choses, sujette à des erreurs. Or le registre du commerce devrait être en mesure de répondre aux besoins d'information des utilisateurs rapidement, sans complications et de manière fiable.

A cause du nombre d'acteurs impliqués, l'application uniforme du droit du commerce, des sociétés et des restructurations à l'échelle nationale s'avère difficile. Il n'existe pratiquement pas de liens entre les entités juridiques.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le marché intérieur¹⁵, le 1^{er} juillet 1996, tous les acteurs de l'économie privée peuvent déployer des activités hors de leur canton. Il est relativement simple, pour une entité juridique, de déplacer son siège dans un autre canton et par conséquent dans la sphère de compétence géographique d'un nouvel office du registre du commerce. Si les exigences des offices du registre du commerce en matière d'inscription divergent, cela crée une concurrence indésirable sur le plan de l'application des mêmes dispositions légales et réglementaires, en contradiction avec le principe de l'application uniforme du droit fédéral. Certains acteurs de l'économie privée pourraient ainsi être attirés par la voie de la moindre résistance. Pour la plupart d'entre eux, les pratiques cantonales divergentes, par exemple en matière de contenu des statuts, de preuve des apports ou d'admissibilité des désignations de fonction des personnes physiques, entraînent des charges supplémentaires en temps et en argent. Mais cela se traduit aussi par une perte de confiance dans la qualité des pièces justificatives ainsi que par des déficits au niveau de la lisibilité et de la comparaison intercantonale des inscriptions au registre du commerce.

L'enregistrement d'informations économiques par des services différents, dans des bases de données différentes, au sein des administrations cantonales et fédérales accroît les risques d'erreur et de données insuffisamment structurées. Ainsi, une erreur de saisie au début du processus ne peut pratiquement plus être décelée par la suite.

Malgré les progrès de l'informatisation, il s'écoule encore un temps trop précieux pour l'économie entre l'inscription dans le registre journalier de l'office cantonal et la publication opposables aux tiers dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Il serait techniquement possible, aujourd'hui déjà, de publier les données dès leur approbation par l'OFRC, mais il n'existe aucune base légale pour le faire.

Il n'existe aucun lien entre les registres du commerce cantonaux et d'autres registres publics contenant également des données économiques importantes, comme le registre des faillites, le registre de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) ou les registres des professions soumises à autorisation. La Confédération et les cantons disposent ainsi d'une grande quantité d'informations économiques, mais ils ne peuvent pas les mettre à la disposition du public sous une forme conviviale car il n'existe pas de registre du commerce national, structuré de façon uniforme et offrant les options de recherche ainsi que les liens requis. Cette lacune est comblée par des services d'information privés qui retraitent les données fédérales et cantonales et proposent les résultats de leur travail aux utilisateurs, le plus souvent contre paiement. Souvent, ils offrent aussi une fonction de recherche par personne. De cette façon, l'économie doit faire confiance à des données qui n'ont pas été vérifiées par un organisme étatique. Et en fin de compte, les utilisateurs paient pour des informations dont la plupart pourraient être mises à leur disposition par l'Etat à moindres coûts, voire gratuitement, puisqu'elles sont déjà enregistrées dans l'une ou l'autre de ses bases de données.

¹⁵ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02)

1.1.4 **Rapport de la Commission fédérale d'experts en matière de registre du commerce**

La Commission fédérale d'experts en matière de registre du commerce est une commission extra-parlementaire du Département fédéral de justice et police (DFJP). Elle conseille l'OFRC, qui fait partie de l'Office fédéral de la justice (OFJ), dans les questions de droit du registre du commerce.

Pendant des décennies, le registre du commerce a pu offrir une image relativement figée car il devait répondre à des besoins d'information limités émanant d'utilisateurs principalement nationaux. Mais la situation s'est modifiée dès le début des années 2000. L'accélération de la dynamique de l'économie, l'intégration internationale des espaces économiques et l'informatisation ont une influence directe sur l'activité des autorités du registre du commerce. Début 2010, la commission d'experts a donc jugé qu'il était temps d'élaborer une vision d'avenir pour le registre du commerce.

La commission d'experts a discuté de cette vision lors de ses séances du 1^{er} février, des 20 et 21 avril et du 23 septembre 2010, et consigné les résultats de ses discussions dans un rapport dont elle a adopté la version finale le 9 novembre 2010. Ce rapport, qui présente les axes de développement possibles du registre du commerce pour les dix à quinze prochaines années, a été publié en français et en allemand dans la revue de droit REPRAX¹⁶ début 2011.

La commission d'experts a jugé que les trois domaines suivants étaient prioritaires, car leur mise en place complète sur les plans juridique et technique prendra assez de temps:

Le futur registre pourrait comprendre trois niveaux: un niveau étatique, qui correspondrait au registre du commerce actuel et fournirait des indications de base sur les entités juridiques, un deuxième niveau – nouveau – à l'attention d'autres autorités fédérales, cantonales et communales, et un niveau privé, également nouveau, mis à la disposition des entités juridiques à différentes fins d'information. S'agissant du premier niveau, les autorités du registre du commerce disposeraient à tout le moins du pouvoir d'examen actuel. Il serait identique dans chaque canton, ce qui permettrait de garantir des extraits du registre du commerce uniformes et des inscriptions au registre du commerce comparables dans toute la Suisse. Le contenu de ce premier niveau devrait être clarifié de manière détaillée. Le deuxième niveau se baserait sur le premier. Il servirait notamment à intensifier la coopération entre les autorités du registre du commerce et d'autres autorités et à actualiser les inscriptions au registre du commerce pour des faits importants (par ex. déclaration de faillite, nomination d'un chargé d'enquête ou d'un commissaire au sursis concordataire, changement de domicile ou de nom, agrément de réviseurs/experts-réviseurs). Les entités juridiques gèreraient alors le troisième niveau (par ex. adresses courriel et internet, numéros de téléphone, fonctions et pouvoirs, informations aux associés). Les autorités du registre du commerce se borneraient à mettre à disposition une infrastructure. Certains aspects seraient prédéterminés (par ex. au moyen de formulaires), de manière à assurer autant que possible l'uniformité de ce troisième niveau,

¹⁶ COMMISSION FÉDÉRALE D'EXPERTS EN MATIÈRE DE REGISTRE DU COMMERCE, Quel avenir pour le registre du commerce?, Berne, 9 novembre 2010, REPRAX 1/2011, p. 1 ss. et 9 ss.

dont le contenu ne serait pas contrôlé par les autorités du registre du commerce, eu égard à la stricte indépendance entre le premier et le troisième niveau.

Un registre purement électronique ainsi que l'archivage électronique requièrent un logiciel uniforme. Il faudrait examiner minutieusement qui pourrait le développer et l'exploiter (une entreprise privée, une entité juridique des cantons et/ou de la Confédération, un organisme semi-public?). Tout type de dépendance devrait en outre être évité.

Le registre du commerce possède un contenu spécifique, par exemple la raison de commerce, la description du but social ou les indications sur les modifications du capital. S'y ajoutent des informations qui sont certes publiées dans le registre du commerce, mais ne sont pas examinées du point de vue matériel par les autorités du registre, comme les déclarations de faillite ou les décisions des autorités de surveillance. La coopération entre les autorités communales, cantonales et fédérales qui traitent des données pertinentes pour le registre du commerce serait institutionnalisée. L'harmonisation et la combinaison des bases de données entre elles y contribueraient notamment. L'efficacité en serait accrue et les duplications évitées.

La commission d'experts a en outre estimé que le droit matériel, en particulier le code des obligations et l'ordonnance sur le registre du commerce, mériterait un examen approfondi dans les domaines de la publicité du registre et de l'efficacité des procédures d'inscription et de radiation. Il conviendrait peut-être d'envisager s'il est opportun de transférer certaines informations du premier au troisième niveau du registre, comme celles sur les pouvoirs de représentation ou sur les fonctions.

Il faudrait enfin s'interroger sur l'étendue des actes authentiques, non seulement en vue de restreindre les obligations en la matière, mais aussi d'une éventuelle extension à certains éléments ou à certains processus du droit des sociétés. La tendance perceptible depuis plusieurs années visant à ce que des différences ne soient opérées entre les formes juridiques que si elles s'imposent objectivement, devrait être prise en considération lors de cette réflexion.

1.2 Nouvelle réglementation proposée

1.2.1 Généralités

L'avant-projet proposé concerne principalement le code des obligations (art. 927 ss. CO¹⁷). Il modifie certaines dispositions du droit existant et en introduit d'autres, totalement nouvelles. Cette révision du droit du registre du commerce comporte les volets suivants, qui se recouvrent en partie et sont solidaires les uns des autres:

la modernisation du registre du commerce, qui constitue le noyau dur du projet (ch. 1.2.2);

des allègements pour les sociétés de capitaux qui ont des structures simples (ch. 1.2.3); et

le renforcement de la légalité, de l'égalité et de la transparence (ch. 1.2.4).

¹⁷ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, CO; RS 220)

D'un point de vue terminologique, le droit du registre du commerce utilise les expressions «réquisition» et «inscription» avec les sens suivants: la *réquisition d'inscription* est l'acte par lequel une personne demande à l'office du registre du commerce d'inscrire un fait relatif à une entité juridique et lui remet à cette fin les pièces justificatives requises par la loi; par *inscription*, on entend à la fois le fait inscrit dans le registre du commerce et le processus par lequel l'office du registre du commerce enregistre le fait.

1.2.2 Modernisation du registre du commerce

1.2.2.1 Registre du commerce national et publication sur internet

Selon la conception proposée dans l'avant-projet, la tenue du registre incombe toujours à l'office cantonal du registre du commerce. Celui-ci continue donc à contrôler les réquisitions et les pièces justificatives telles que les statuts, et à formuler le libellé des inscriptions. La nouveauté est que la Confédération, agissant par l'OFRC, est responsable de la structure, de l'exploitation et du développement du registre du commerce électronique national, dans lequel l'office cantonal du registre du commerce saisit directement les inscriptions et où toutes les pièces justificatives sont enregistrées. Dès lors que les conditions requises sont remplies, l'office cantonal du registre du commerce peut libérer l'inscription pour validation par l'OFRC. La publication des inscriptions validées pourrait par exemple intervenir à minuit tous les jours ouvrables.

Les inscriptions dans le registre du commerce – nouvelles inscriptions et modifications d'inscriptions existantes – sont directement publiées sur internet, sous forme électronique, sur la base du registre du commerce national. Dans les limites de la publicité du registre du commerce, les utilisateurs peuvent consulter le registre du commerce directement par le biais d'internet. L'Index central des raisons de commerce (Zefix) devient donc superflu. Grâce au registre du commerce national, les transferts de données ne sont plus nécessaires.

1.2.2.2 Utilisation du numéro AVS et registre des personnes

De nombreuses modifications portées au registre du commerce sont des informations concernant des personnes physiques. La création d'un registre des personnes physiques inscrites dans le registre du commerce et l'utilisation du numéro AVS dans les bases de données de la Confédération devrait permettre la mise à jour automatique des données personnelles. De ce fait, l'obligation de déclarer les changements de nom ou de nationalité pourrait être supprimée. On pourrait même imaginer renoncer à la publication de certaines informations sur les personnes physiques qui figurent aujourd'hui dans le registre du commerce (par ex. la commune de domicile), si ces personnes peuvent être identifiées par d'autres canaux (voir art. 928b s.) – notamment par l'utilisation interne du numéro AVS. Bien entendu, le numéro AVS ne sera ni affiché ni publié (voir art. 936, al. 2).

1.2.3

Allègements pour les sociétés de capitaux aux structures simples

La constitution et la dissolution des sociétés de capitaux sont simplifiées. L'objectif visé est que des sociétés de capitaux aux structures simples puissent être constituées, dissoutes et liquidées sans l'intervention de tiers. Dans le cadre de la modernisation du registre du commerce, il est donc prévu de créer une base permettant la création de ce type de sociétés dans la journée (jour ouvrable).

Si les statuts d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée comportent exclusivement les «dispositions nécessaires» exigées par la loi et si les apports sont effectués en espèces, il est possible de renoncer à la forme authentique (art. 629, al. 3, 777, al. 3 et 830, al. 2). On peut aussi y renoncer pour les modifications ultérieures de ces statuts, pour autant que leur contenu se limite toujours au minimum requis par la loi. La forme authentique reste toutefois de rigueur lorsqu'elle sert à protéger les intérêts des créanciers, à savoir en cas de réduction du capital-actions ou du capital social et en cas d'augmentation du capital-actions ou du capital social n'intervenant pas exclusivement en espèces (art. 647, al. 2 ainsi que 780, al. 2). Cette réflexion vaut par analogie pour la société coopérative (art. 888, al. 4).

La déclaration «Stampa» est abolie en tant que justificatif distinct (art. 43, al. 1, let. h, ORC). Cette déclaration en vertu de laquelle il n'y a pas d'apports en nature, de reprises de biens effectuées ou envisagées, de compensations de créance ou d'avantages particuliers autres que ceux mentionnés dans les pièces justificatives devient partie intégrante de l'acte constitutif (art. 629, al. 2, ch. 4, 777, al. 2, ch. 5 et 834, al. 2, 2^e phrase).

La possibilité de libérer partiellement le capital-actions est abrogée (art. 632). Dans la pratique, celle-ci entraîne en effet de fréquents problèmes. Il n'est par exemple toujours pas défini clairement si l'obligation de libérer ultérieurement les apports incombe à l'actionnaire d'origine, à un éventuel acquéreur des actions ou aux deux solidairement. Dans le cadre des restructurations du capital également, la question de savoir à qui incombe l'obligation de libération ultérieure des apports de la société anonyme qui disparaît dans le cadre d'une fusion ou d'une scission n'est pas définitivement tranchée. Enfin, cela établit un parallélisme avec la société à responsabilité limitée, car il n'existe aucune raison objective justifiant un traitement différencié de la société anonyme en matière de libération de la valeur nominale du capital. Si les fondateurs ne peuvent pas réunir les 100 000 francs nécessaires à la constitution d'une société anonyme, ils ont toujours la possibilité de constituer une société à responsabilité limitée avec un capital minimal de 20 000 francs.

Un autre allègement concerne la cession de parts sociales d'une société à responsabilité limitée. Si les parts sociales sont cédées à des associés, le contrat de cession ne doit plus renvoyer aux droits et obligations statutaires des parts sociales (art. 785, al. 2). On peut en effet attendre des associés qu'ils connaissent les statuts de leur propre société et par conséquent, aucun besoin de protection ne justifie cet élément obligatoire du contrat de cession. Tandis qu'en cas de cession des parts sociales à des tiers, ce besoin de protection existe.

La décision de l'assemblée générale ou de l'assemblée des associés de dissoudre la société ne doit plus être constatées par un acte authentique (art. 736, ch. 2, ainsi que 821, al. 2). Cette mesure représente elle aussi un allègement considérable pour les entreprises de petite taille.

D'autres allègements pourront être mis en œuvre dans l'ordonnance (ORC), comme: la suppression de l'obligation de joindre à la réquisition d'inscription la déclaration de renonciation au contrôle restreint du bilan et du compte de résultat (art. 62, al. 2, ORC);

la suppression des dispositions spéciales relatives au blocage du registre (art. 162 s. ORC) au profit d'une mesure (super)provisionnelle conformément au code de procédure civile.

1.2.4 Renforcement des principes de légalité et d'égalité ainsi que de la transparence

La révision totale du titre trentième consacré au registre du commerce (art. 927 ss.) renforce la légalité et la transparence. Certaines dispositions sont transférées de l'ordonnance sur le registre du commerce dans le code des obligations et les dispositions du code des obligations sont précisées et structurées de manière plus claire. Cela concerne plus particulièrement les points suivants:

but du registre du commerce (art. 927, al. 1; actuellement art. 1 ORC);

base légale unique pour l'ordonnance sur le registre du commerce (art. 940; actuellement art. 929 s. CO);

principes de l'inscription (art. 929 ss.; actuellement art. 15 ss. et 26 ss. ORC);

moment à partir duquel la réquisition est réputée avoir été déposée (art. 930, al. 3; actuellement art. 15, al. 3, ORC);

base juridique pour la recherche selon des critères personnels (art. 936, al. 4; actuellement formulé de manière générale à l'art. 12, al. 3, ORC);

base juridique pour la collaboration entre les autorités du registre du commerce et les autorités administratives et judiciaires (art. 928a; actuellement réglé en partie aux art. 19, 96 s. et 157 ss. ORC);

réinscription d'une entité juridique radiée (art. 935; actuellement réglé en grande partie à l'art. 164 ORC);

absence de domicile légal considérée comme carence dans l'organisation impérativement prescrite par la loi (art. 731b en relation avec l'art. 937b; actuellement réglé de manière indépendante aux art. 153 ss. ORC);

paiement et perception des émoluments (art. 939; actuellement art. 929, al. 1, CO et ordonnance sur les émoluments du registre du commerce¹⁸)

droit à l'oubli (art. 936, al. 5).

L'art. 942 CO, qui régit la responsabilité pour le dommage consécutif à l'omission de requérir une inscription dans le registre du commerce (nouvelle inscription, modification ou radiation), ne figure plus dans le projet. Cette disposition est une

¹⁸ RS 221.411.1

répétition superflue des principes généraux du droit de la responsabilité énoncés à l'art. 41 CO.

La norme sur la responsabilité des autorités du registre du commerce prévue dans le message du 21 décembre 2007¹⁹ n'a pas été reprise dans le projet car ces aspects sont réglés de manière équivalente et autonome tant dans le droit cantonal que dans le droit fédéral public²⁰ (voir art. 61, al. 1, CO).

Le titre dix-septième du code des obligations est modernisé. L'art. 462 CO sur les mandataires commerciaux est abrogé. Aujourd'hui déjà, les mandataires commerciaux ne peuvent pas être inscrits dans le registre du commerce et ce type de pouvoir peut être remplacé sur le plan matériel par des dispositions existantes du code des obligations. En revanche, les dispositions sur les fondés de procuration sont conservées, précisées et partiellement assouplies. La portée de la procuration ne change pas (art. 458 ss.).

L'institution juridique de l'indivision régie par les art. 336 à 348 du code civil²¹ est abrogée. Pratiquement personne ne recourt aujourd'hui à l'indivision. D'autres institutions juridiques prévues par le code civil offrent des alternatives appropriées comme la société simple, la société en nom collectif ou la société en commandite, voire la fondation. Les indivisions existantes pourront toutefois être perpétuées (voir le nouvel art. 13d du titre final du CC).

La société coopérative est mise sur un pied d'égalité avec les sociétés de capitaux en matière de forme des décisions relatives aux statuts. Seules les coopératives aux structures simples pourront encore recourir à la forme écrite. Pour toutes les autres, la forme authentique sera requise pour toutes les décisions relatives aux statuts. Un traitement différencié entre sociétés de capitaux et sociétés coopératives ne se justifie pas objectivement sur ce point (voir notamment art. 830).

1.3 Alternatives et idées de révision rejetées

1.3.1 Création d'un office du registre du commerce fédéral

Il serait possible de créer un office du registre du commerce fédéral unique, en lieu et place des offices cantonaux. Du fait de cette centralisation, les offices cantonaux du registre du commerce deviendraient superflus. Comme la réquisition et l'inscription dans le registre du commerce sera de toute façon possible par des moyens exclusivement électroniques à partir du 1^{er} janvier 2013, la question de la proximité géographique entre le registre du commerce et les acteurs de l'économie va perdre énormément d'importance. Il serait cependant possible d'établir des succursales de l'autorité fédérale du registre du commerce dans certains cantons ou régions.

¹⁹ Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1550 s. et 1625 s.

²⁰ Au niveau fédéral, cela a été fait par le biais de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité, LRCF; RS **170.32**).

²¹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS **210**)

L'exploitation d'un registre du commerce fédéral par une autorité fédérale garantirait une application plus uniforme du droit et instituerait un interlocuteur centralisé. Mais elle engendrerait aussi la mise en place d'un appareil administratif coûteux. Les offices cantonaux du registre du commerce emploient plus de 200 personnes et disposent déjà d'une infrastructure. En outre, la fragmentation régionale de la gestion du registre du commerce s'est sensiblement réduite au cours des dix à quinze dernières années, puisque 25 cantons n'exploitent plus qu'un seul registre du commerce cantonal.

Selon l'art. 5a de la Constitution²², l'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité en vertu duquel, dans un Etat fédéral, une collectivité territoriale ne doit assumer une tâche ou une tâche partielle que s'il est démontré qu'elle peut l'exécuter mieux que les collectivités territoriales subordonnées (art. 43a, al. 1, Cst.). La nouvelle réglementation proposée maintient la tenue du registre du commerce auprès des cantons (voir ch. 1.2.2 ci-dessus et art. 928). Elle permet simultanément de remédier aux carences de l'organisation actuelle (voir ch. 1.1.3 ci-dessus et art. 928) et met en œuvre quelques-unes des propositions centrales formulées dans le rapport de la Commission fédérale d'experts en matière de registre du commerce (voir ch. 1.1.4 ci-dessus). Dans ces circonstances, la mise en place d'un registre du commerce fédéral ne paraît pas opportune.

1.3.2 Développement de la décentralisation des données

Aujourd'hui déjà, il n'est plus possible de parler de bases de données totalement décentralisées dans la mesure où de nombreux offices du registre du commerce utilisent le même serveur physique pour leurs bases et leurs fichiers de données. De plus, 22 cantons recourent à la solution logicielle et aux prestations du même fournisseur externe. Le choix de cette centralisation partielle de fait a permis d'économiser des coûts d'installation, de maintenance et de personnel.

Le maintien du système actuel ne permettrait toutefois ni de remédier aux carences de l'organisation (voir ch. 1.1.3 ci-dessus et art. 928) ni de mettre en œuvre les principales propositions du rapport de la commission d'experts (voir ch. 1.1.4 ci-dessus). Il resterait nécessaire d'échanger des données entre les offices cantonaux du registre du commerce et les différents services fédéraux concernés. Le développement de l'organisation décentralisée des données accentuerait encore les problèmes identifiés et impliquerait même un démantèlement de la centralisation partielle déjà mises en œuvre.

1.4 Interventions parlementaires

Aucune intervention parlementaire en suspens n'exige explicitement la modernisation complète du registre du commerce.

L'ORC du 17 octobre 2007 a déjà permis de concrétiser le postulat Imfeld du 8 mars 2006 «Accès libre par internet aux données des registres du commerce»²³. Par

²² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101)

²³ **06.3026**. Voir également Question IMFELD du 18 juin 2007 «Allégement administratif des PME. Hâter le libre accès aux données des registres du commerce », **07.5199**.

ailleurs, la révision partielle de l'ORC du 23 septembre 2011 a défini un cadre juridique pour la gestion électronique des affaires²⁴. La question Noser du 27 septembre 2012 «Promouvoir la SuisseID. Modifier le registre du commerce au moyen de la signature électronique»²⁵ s'inscrit dans la même ligne. L'obligation légale de déposer la réquisition et les justificatifs sous forme électronique, comme le prévoit l'avant-projet, encourage l'utilisation de la SuisseID et promeut sa diffusion nationale.

De nombreuses interventions demandant des allègements pour les PME ont été déposées, mais seules quelques-unes formulent des exigences concernant le registre du commerce, et pas en priorité (voir par ex. l'interpellation Hochreutener du 29 septembre 2011 «Des guichets uniques pour simplifier les tâches administratives des PME»²⁶ ou le postulat Schmid du 27 septembre 2012 «Rendre possible la fondation d'une société en cinq jours ouvrables grâce au principe du guichet unique»²⁷). Le projet allège considérablement la charge administrative des PME, notamment par le biais d'un assouplissement des exigences quant à la forme des statuts des sociétés à responsabilité limitée et satisfait ainsi à l'une des revendications du postulat Noser du 14 avril 2011 («Réduction des charges administratives et fiscales pour le financement des jeunes sociétés»²⁸).

Le postulat Schwaab du 14 mars 2012 «Droit à l'oubli numérique»²⁹ présente un lien avec la modernisation du registre du commerce, et plus particulièrement avec la publicité des inscriptions au registre du commerce. Le Conseil fédéral s'est déjà déclaré prêt à examiner l'opportunité de préciser le droit à l'oubli dans divers domaines³⁰.

1.5 Droit comparé et rapports avec le droit européen

1.5.1 Tendances à l'interconnexion des registres au sein de l'UE

Les 27 Etats-membres de l'Union européenne (UE) disposent d'un registre du commerce. Ces derniers sont gérés à l'échelon national, régional, voire local et sont organisés de différentes façons. Le contenu des registres, l'accès aux documents ainsi que le contrôle juridique et le traitement des modifications divergent également. Il existe cependant un noyau commun de prestations minimales: la vérification, l'enregistrement et la publication d'informations telles que la forme juridique, le siège, le but social ou encore les pouvoirs de représentation au sein de l'entreprise. Les offices nationaux du registre du commerce ne sont actuellement pas en mesure d'échanger des informations entre eux de manière efficace et transparente. Certains d'entre eux ont institué une collaboration, mais elle repose sur des bases volontaires et reste limitée. Avec la croissance du marché intérieur de l'UE, les

²⁴ Voir CHRISTIAN CHAMPEAUX, Einige Erläuterungen zur Teilrevision der Handelsregisterverordnung vom 23. September 2011, REPRAX 4/2011, p. 1 ss.

²⁵ **12.1092**. Le Conseil fédéral n'a pas encore répondu à cette question.

²⁶ **11.3877**. L'intervention a été classée, l'auteur ayant quitté le conseil.

²⁷ **12.3842**. Le postulat n'a pas encore été traité.

²⁸ **11.3430**. Le postulat a été adopté par le Conseil national le 20 septembre 2011.

²⁹ **12.3152**. Le postulat a été adopté par le Conseil national le 15 juin 2012.

³⁰ Voir Rapport du Conseil fédéral du 9 décembre 2011 sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, FF **2012** 255, 268 s.

partenaires commerciaux, les créanciers et les consommateurs ont pourtant de plus en plus souvent besoin d'informations sur les entreprises provenant de plusieurs Etats-membres, que ce soit à des fins commerciales ou pour faciliter des démarches judiciaires.

Pour répondre à ces besoins et pour accroître globalement la compétitivité des entreprises, le 24 février 2011 la Commission européenne a adopté une proposition de directive sur l'interconnexion des registres des sociétés au sein de l'UE³¹. Un accord sur l'approche en matière d'interconnexion des registres du commerce et des sociétés a pu être atteint lors du sommet du Conseil européen des 5 et 6 décembre 2011³². Cela permet tout d'abord d'instituer une communication électronique entre les registres du commerce de tous les Etats-membres et la transmission d'informations à certains utilisateurs sous une forme standardisée dans toute l'UE. Il ne s'agit pas de créer une base de données centralisée des registres de l'UE. Mais en mettant à disposition des informations issues de leurs registres nationaux, les Etats-membres créent une plateforme commune, centralisée à l'échelle européenne, et garantissent ainsi l'interopérabilité. Cette plateforme doit servir de point de convergence entre les différentes applications informatiques et les services offerts et elle pourra être utilisée par tous les registres nationaux³³. Le système d'interconnexion des registres des sociétés est considéré comme l'une des pierres angulaires de l'amélioration du marché intérieur de l'UE. Elle doit accroître la sécurité juridique pour les entreprises et les citoyens et supprimer des obstacles et des coûts grevant les activités économiques transfrontalières. L'objectif de la directive est donc l'interconnexion purement technique des registres nationaux actuels. Tous les Etats-membres sont tenus de faciliter l'accès aux informations officielles concernant les sociétés afin que les utilisateurs puissent obtenir les renseignements souhaités sous forme électronique. A cette fin, la directive règle la standardisation et l'échange de informations contenues dans les registres et institue une plateforme européenne commune. Les données relatives aux fusions, aux transferts de siège et aux filiales étrangères devront être transmises automatiquement et les informations sur les liquidations et les faillites devront être tenues à jour.

Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté la nouvelle directive le 13 juin 2012³⁴. Le Portail européen e-Justice³⁵ jouera ultérieurement le rôle de point d'accès centralisé. Chaque entreprise sera dotée d'un code spécifique qui permettra de l'identifier à travers l'Union. Les numéros d'identification nationaux ne seront pas remplacés mais complétés par un code pays. Une assistance multilingue garantira la mise à disposition d'écrans de recherche dans toutes les langues de l'UE. De la sorte, les informations provenant de tous les registres du

³¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 modifiant les directives 89/666/CEE, 2005/56/CE et 2009/101/CE en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés (COM/2011/0079 final)

³² Voir http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/intm/126579.pdf, p. 9.

³³ Voir http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st16/st16968-re01_en11.pdf, p. 7 ss.

³⁴ Directive 2012/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés (voir <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:156:0001:01:FR:HTML>)

³⁵ Voir <https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=fr&init=true>

commerce nationaux pourront être mis à la disposition de tous les autres Etats-membres dans un format standard et dans une version linguistique appropriée.

1.5.2 Tendances mondiale au traitement électronique des données

Sur le plan mondial, on observe une nette tendance à l'enregistrement toujours plus rapide et à l'instauration de services électroniques. Dans de nombreux pays, l'enregistrement totalement électronique est déjà une pratique standard, voire obligatoire. Des émoluments sont perçus dans la plupart des pays, mais le montant et le calcul de ces coûts sont très variables. La tenue du registre du commerce incombe également à des autorités très différentes selon les pays³⁶.

En Allemagne, le registre du commerce est tenu par un tribunal. Celui-ci doit procéder à toutes les inscriptions concernant les commerçants inscrits dans l'arrondissement du tribunal chargé de la tenue du registre et fournir des renseignements sur les documents qui y sont déposés. Le registre du commerce fournit des informations sur la situation juridique et économique des commerçants et des entreprises et peut être consulté par tout le monde. Depuis 2007, la tenue du registre du commerce allemand est entièrement électronique. La transmission et le dépôt des réquisitions d'inscription, tout comme les renseignements sur le contenu des inscriptions et des pièces justificatives se font à l'aide de systèmes électroniques d'information et de communication.

La Norvège a institué un registre central des entreprises commerciales («Register of Business Enterprises»), qui a repris les fonctions de près de 100 registres du commerce locaux. Les services électroniques se développent en permanence³⁷.

Les procédures relatives au registre du commerce se déroulent aussi de manière exclusivement électronique dans d'autres pays hors d'Europe, comme la Nouvelle-Zélande et Singapour³⁸. Au Canada et en Australie, plus de 80 % des réquisitions d'inscription de nouvelles sociétés se font déjà sous forme électronique³⁹.

Dans son rapport 2011 sur les possibilités de dissimulation d'actifs volés, la Banque mondiale encourage ses Etats-membres à tenir un registre du commerce national aussi moderne que possible. Elle recommande en particulier d'améliorer l'actualité des données enregistrées et de miser sur la tenue électronique du registre, mais aussi d'offrir de plus amples possibilités de recherche dans le registre, notamment sur la base de critères relatifs aux personnes physiques⁴⁰.

³⁶ European Commerce Registers' Forum Report 2011, p. 6 ss.

³⁷ Voir <http://www.brreg.no/english/registers/business/business.html>

³⁸ European Commerce Registers' Forum Report 2011, p. 23 ss.

³⁹ European Commerce Registers' Forum Report 2011, p. 24

⁴⁰ EMILE VAN DER DOES DE WILLEBOIS ET AL., The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It, World Bank Publications, Washington 2011, p. 104 s. (voir http://www1.worldbank.org/finance/star_site/documents/Puppet%20Masters%20Report.pdf).

1.6 **Mise en œuvre**

L'ordonnance sur le registre du commerce⁴¹ devra subir des modifications de fond, notamment en ce qui concerne la structure, l'exploitation et le développement du registre du commerce national (art. 928), l'utilisation interne du numéro AVS aux fins propres du registre du commerce (art. 928*b* s.) et les allègements prévus pour les sociétés de capitaux et les PME (voir ch. 1.2.4).

Les dispositions de la loi relatives aux émoluments en matière de registre du commerce ayant été remodelées (art. 939), l'ordonnance correspondante doit être modifiée, au moins ponctuellement.

2 **Commentaire article par article**

2.1 **Titre trentième du code des obligations: Du registre du commerce**

Art. 927 A. But

Les art. 927 ss. du CO ne comportent aucune description du but du registre du commerce. L'art. 1 ORC définit ce but dans les termes suivants: «Le registre du commerce sert à la constitution et à l'identification des entités juridiques. Il a pour but d'enregistrer et de publier les faits juridiquement pertinents et de garantir la sécurité du droit ainsi que la protection de tiers dans le cadre des dispositions impératives du droit privé.» Cette description est relativement lourde et difficile à comprendre pour qui n'a pas l'habitude de déchiffrer des normes juridiques. C'est pourquoi l'art. 927 prend le parti d'une formulation plus svelte, mais qui contient néanmoins tous les éléments fondamentaux de la définition du registre du commerce.

La notion de constitution renvoie à la fonction constitutive du registre du commerce. Une société anonyme en constitution n'acquiert la personnalité juridique qu'à partir du moment où elle est inscrite dans le registre du commerce (art. 643, al. 1, CO). La réduction du capital-actions doit être inscrite dans le registre du commerce pour être opposables aux tiers externes (art. 734 CO). Le transfert de patrimoine au sens de la loi sur la fusion ne déploie ses effets qu'avec son inscription au registre du commerce (art. 73, al. 2, LFus⁴²).

La fonction de publicité du registre du commerce est inhérente aux notions d'enregistrement et de publication. Grâce au registre du commerce, les utilisateurs peuvent prendre connaissance de faits juridiquement pertinents concernant divers types d'entités juridiques, comme la raison de commerce, le siège ou le domicile légal, le but social, les droits de signature et les fonctions.

La fonction probatoire du registre du commerce est inhérente à la notion d'identification, en relation avec l'art. 9 CC selon lequel les registres publics – et incontestablement, le registre du commerce en est un⁴³ – font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée. C'est pourquoi les faits qui sont

⁴¹ Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC; RS **221.411**)

⁴² Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus; RS **221.301**)

⁴³ ATF **106** II 346, consid. 1, p. 348

inscrits dans le registre du commerce et qui ont été publiés en conformité avec le droit ont qualité de faits notoires, soit de faits connus de manière générale⁴⁴.

La garantie du droit ne figure pas à l'al. 1, car cette notion se rapporte plus à l'activité du personnel des autorités du registre du commerce qu'au registre du commerce en tant que tel, en sa qualité d'infrastructure instituée par le droit économique privé. C'est la raison pour laquelle la notion de garantie du droit est inscrite dans les dispositions sur les obligations de l'office du registre du commerce (voir art. 937).

L'al. 2 définit la notion d'entité juridique. Cette définition figure déjà à l'art. 2, let. a, ORC et elle est reprise telle quelle, sans changement matériel. Il est nécessaire de définir ce qu'est une entité juridique car le projet utilise cette expression dans plusieurs de ses dispositions (par ex. art. 458 et 934 s.).

Art. 928 B. Organisation / I. Autorités du registre du commerce

Selon l'art. 122, al. 1, de la Constitution⁴⁵, la législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération. Cela vaut aussi pour les registres institués par le droit civil, en particulier pour le registre du commerce⁴⁶. Le Parlement fédéral a fait usage de cette compétence législative aux art. 927 ss. CO. Le Conseil fédéral aussi, en édictant notamment l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC)⁴⁷ et l'ordonnance du 3 décembre 1954 sur les émoluments en matière de registre du commerce⁴⁸.

Même s'il n'était pas tenu de le faire, le législateur fédéral a confié la tenue du registre du commerce de même que la gestion des offices du registre du commerce aux cantons (art. 927 CO et art. 3 ORC; cf. ch. 5.1 ci-dessous). La tenue du registre du commerce comprend la réception et la vérification (préliminaire) de la réquisition et des pièces justificatives (par ex. les statuts), la rédaction du libellé des publications, la mise à jour du registre du commerce cantonal, l'établissement d'extraits authentiques et la conservation des pièces. Les cantons exécutent le droit fédéral dans le cadre de la législation fédérale. C'est l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) qui exerce la haute surveillance de la Confédération (art. 5 et 32 ORC)⁴⁹. L'expression «autorités du registre du commerce» est utilisée ici pour désigner globalement les offices cantonaux du registre du commerce et l'OFRC.

L'al. 1 arrête que la Confédération met en place une infrastructure nationale du registre du commerce et institue de la sorte un registre du commerce national. Le droit en vigueur permet déjà au Conseil fédéral d'imposer aux cantons la tenue informatisée du registre du commerce et de régler les conditions auxquelles le dépôt électronique des réquisitions et des pièces justificatives est admissible (art. 929a CO; nouveau notamment art. 940, al. 2, ch. 1, 2, 3 et 9). Le Conseil fédéral a en outre réglementé la gestion électronique des affaires de manière détaillée au

⁴⁴ Arrêt 5A.62/2009 du Tribunal fédéral du 2 juillet 2009, consid. 2

⁴⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101)

⁴⁶ ATF 137 III 217, consid. 2.4.1.4, p. 223 avec renvois

Voir également CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Zurich 1996, p. 24 ss.

⁴⁷ RS 221.411

⁴⁸ RS 221.411.1

⁴⁹ NICHOLAS TURIN, Un Office fédéral du registre du commerce: pour quoi faire? REPRAX 2/3/2008, p. 15 ss.

1^{er} janvier 2012, notamment en ce qui concerne la réquisition d'inscription par des moyens exclusivement électroniques (art. 12b ss. et 175 ORC). Dorénavant, la Confédération devra donc aussi mettre à la disposition des cantons l'infrastructure informatique du registre du commerce électronique national. Cette tâche englobe notamment le développement dudit système ainsi que du logiciel d'exploitation.

En vertu de l'al. 2, la tenue du registre du commerce national institué à l'al. 1 demeure de la compétence des cantons. Ces derniers sont libres de tenir un registre du commerce à plusieurs. En revanche, la tenue des registres par district n'est plus mentionnée (voir art. 927, al. 2, CO), car seul le canton du Valais connaît encore trois offices du registre du commerce régionaux. La tenue du registre du commerce implique la participation à la structuration et à la migration des données du registre du commerce en vue de la constitution du registre du commerce national. Les cantons doivent également fournir les biens mobiliers (notamment ordinateurs et scanners) et immobiliers ainsi que le personnel nécessaires à la tenue professionnelle du registre du commerce.

Les modalités actuelles de la collecte, de la gestion et de l'archivage des données par les cantons présentent des inconvénients majeurs pour les autorités du registre du commerce, les entités juridiques et les utilisateurs des registres du commerce cantonaux. La création du registre du commerce national au sens de l'al. 1 et l'utilisation d'un logiciel unique permettraient d'obvier à ces désavantages.

Si l'OFRC et les offices du registre du commerce peuvent tous accéder à un registre du commerce national, la transmission quotidienne des données entre les cantons et la Confédération n'est plus nécessaire, éliminant ainsi une source d'erreurs. Cette simplification des procédures débouche sur un gain de temps de plusieurs jours. La réquisition, l'inscription et la publication de la constitution d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, par exemple, pourraient même être possibles en l'espace d'un seul jour ouvrable.

Le registre du commerce national et la suppression des échanges de données susmentionnés constituent le fondement d'une recherche uniforme et fiable, à l'échelle nationale, des entités juridiques et des personnes physiques inscrites au registre du commerce avec une fonction ou un droit de signature.

La coordination de faits juridiques importants, tels que les restructurations au sens de la loi sur la fusion⁵⁰ ou les transferts de siège d'un canton à l'autre, pourra se faire directement dans le registre du commerce national. La modification d'une inscription au siège principal, par exemple la publication de la déclaration de faillite, pourra entraîner l'adaptation automatique des inscriptions des filiales ayant leur siège dans d'autres cantons. Le registre du commerce national simplifiera donc significativement la collaboration entre les autorités cantonales. Il permettra aussi une collaboration plus étroite avec les pays voisins, par exemple pour coordonner efficacement les restructurations internationales ou les transferts de siège transnationaux (voir ch. 1.5.1 ci-dessus). Enfin, le registre du commerce national pourra se profiler comme une entité unique et clairement identifiable, surtout à l'intention des autorités, entités juridiques et utilisateurs étrangers qui ne sont pas familiers de l'organisation du registre du commerce en Suisse.

Il est plus simple d'administrer des données enregistrées dans un registre du commerce national selon des critères uniformes. Cela facilite aussi la structuration et la

⁵⁰ RS 221.301

migration des données lorsqu'un nouveau logiciel doit être installé ou qu'un nouveau serveur est mis en service. Les innovations techniques peuvent être mises en œuvre plus rapidement, de manière plus avantageuse et sans bureaucratie. On pourrait par exemple imaginer un service push qui permettrait d'avertir les abonnés au moyen d'un SMS ou d'un courriel de toute modification de l'inscription au registre du commerce d'une entité juridique donnée. La centralisation des données simplifie aussi la résolution des problèmes quotidiens de l'exploitation.

Le registre du commerce national et l'utilisation d'un logiciel unique permettent une mise en œuvre plus efficace et efficiente du droit suisse des sociétés et du registre du commerce. Cela améliore la lisibilité et la comparabilité intercantonale des inscriptions au registre du commerce. On pourrait par exemple remédier au foisonnement actuel de désignations de fonctions qui ne sont pas prévues par la loi (questeur, gérant, commandeur, garde-port, sous-directeur, etc.) en prévoyant un champ offrant un choix limité de fonctions dans le logiciel standard⁵¹.

Aujourd'hui, chaque canton exploite sa propre base de données et ses propres archives, en partie sous forme électronique et en partie sous forme papier. Quinze cantons enregistrent leurs données électroniques au même endroit; les données sont cependant séparées les unes des autres. Onze cantons enregistrent leurs données de manière autonome. Le registre du commerce national permet aussi de gérer cet aspect de manière uniforme. Il est probable que de nombreux cantons pourront ainsi réduire sensiblement leurs archives du registre du commerce.

Après la phase de mise en place, le registre du commerce national et le logiciel unique déboucheront sur une baisse des coûts de maintenance – archivage compris – et de développement.

Un registre du commerce national pourrait présenter les inconvénients suivants:

Une panne technique ou un piratage informatique du registre du commerce national pourrait affecter le registre du commerce dans l'ensemble du pays. Cet inconvénient peut paraître important, mais il doit être relativisé dans la mesure où aujourd'hui déjà, 22 cantons et 24 offices du registre du commerce recourent aux prestations du même fournisseur externe. Quant à la probabilité d'un piratage informatique, on rappellera que toutes les inscriptions au registre du commerce, y compris les pièces justificatives, sont déjà accessibles au public (art. 930 CO, art. 10 ORC). De plus, du fait de l'existence d'un registre national, de nombreux échanges entre les cantons et la Confédération et entre les services de la Confédération n'auront plus lieu d'être. Enfin, la Confédération mettra en œuvre tous les moyens dont elle dispose afin d'éviter les pannes techniques et les attaques de pirates informatiques. Elle dispose d'ailleurs d'un certain bagage d'expérience en matière de protection des banques de données et des systèmes informatiques centralisés grâce à Infostar, le registre centralisé de l'état civil (art. 45a CC⁵²),⁵³ et à VOSTRA, le casier judiciaire centralisé et entièrement automatique (art. 365 CP⁵⁴).

Le registre du commerce national pourrait être perçu comme une perte d'autonomie de la part des cantons. Cette perte n'est cependant pas si grande. Selon l'al. 2, les

⁵¹ Au sujet des désignations de fonction, voir FLORIAN ZIHLER/SAMUEL KRÄHENBÜHL, Zeichnungsberechtigungen und Funktionen in der handelsregisterrechtlichen Praxis, REPRAX 3/2010, p. 62 ss.

⁵² RS 201

⁵³ Voir <http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/themen/gesellschaft/zivilstand.html>

⁵⁴ RS 311

cantons continuent de tenir le registre du commerce et ils vérifient si les inscriptions et les pièces justificatives sont conformes aux prescriptions et si elles ne dérogent pas à des dispositions de caractère impératif (voir art. 937). En créant un registre national, la Confédération ne retire aucun droit exclusif des cantons sur les données. Les données fondamentales du registre du commerce (réquisitions, pièces justificatives, publications) sont déjà publiées dans le régime actuel (art. 930 CO; art. 10 ORC). Tous les textes doivent être publiés dans la FOOSC (art. 932, al. 2, CO), sous réserve de quelques exceptions insignifiantes (voir par ex. art. 177 ORC). Le SECO, qui est l'instance responsable de la FOOSC, met les données structurées du registre du commerce à la disposition d'organisations privées qui en assurent la diffusion sous d'autres formes⁵⁵. Les fournisseurs privés complètent ces données avec d'autres informations intéressant l'économie ou offrent des fonctions de recherche plus précises. L'utilisation du standard XML par tous les cantons depuis mars 2012 a déjà débouché sur une structuration des données que les cantons ne peuvent plus influencer que de façon limitée.

Selon l'al. 3, la Confédération exerce la haute surveillance sur la tenue du registre du commerce. Cette disposition reprend l'actuel art. 5, al. 1, ORC. C'est actuellement le Département fédéral de justice et police (DFJP) qui exerce cette haute surveillance. Au sein du département, cette tâche a été confiée à l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC), lui-même subordonné à l'Office fédéral de la justice (OFJ)⁵⁶. Aujourd'hui, la haute surveillance consiste principalement à édicter des directives et des communications⁵⁷ ainsi qu'à vérifier que les inscriptions cantonales sont conformes aux prescriptions et à les approuver (art. 5, al. 2, let. a et b, et art. 31 ss. ORC). Elle inclut aussi la compétence de l'OFRC de recourir contre les décisions du Tribunal administratif fédéral et des tribunaux cantonaux (let. e)⁵⁸.

Le renvoi aux autorités cantonales de surveillance de l'office du registre du commerce (art. 927, al. 3, CO) est supprimé. Mais la portée de cette disposition est déjà limitée dans le régime actuel puisque toutes les décisions de l'office du registre du commerce peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'un tribunal supérieur qui est l'unique instance de recours du canton (art. 165, al. 2, ORC)⁵⁹. Les cantons peuvent toutefois instituer une autorité de surveillance spécifique pour les questions administratives, opérationnelles ou disciplinaires dans le droit cantonal.

La réalisation du registre du commerce national est un processus ambitieux et il se peut que le Conseil fédéral soit amené à envisager une entrée en vigueur échelonnée des nouvelles dispositions. Il devra en outre édicter les normes d'application requises dans les ordonnances d'exécution (voir art. 940, al. 2, ch. 1).

Art. 928a II. Collaboration entre les autorités

Cette disposition crée les bases juridiques de l'échange d'informations entre les différentes instances concernées, à savoir entre les autorités du registre du commerce

⁵⁵ Art. 12 s. de l'ordonnance du 15 février 2006 sur la Feuille officielle suisse du commerce (Ordonnance FOOSC; RS 221.415)

⁵⁶ Voir Arrêt 2008/16 du Tribunal administratif fédéral du 26 février 2008, consid. 7.2.1. Art. 8, al. 1, let. c de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP; RS 172.213.1).

⁵⁷ Voir <http://www.e-service.admin.ch/wiki/display/ehrabasis/Contenu>

⁵⁸ Voir par ex. ATF 137 III 217 ss.

⁵⁹ ECKERT, Commentaire bâlois du code des obligations II, art. 927 N 13 ss.

elles-mêmes (al. 1) et entre ces dernières et d'autres autorités administratives ou judiciaires (al. 2 et 3). Cette réglementation doit permettre de répondre à l'exigence de véracité du registre du commerce et protéger ainsi les intérêts de l'économie. Une norme comparable a déjà été proposée dans le projet de révision du code des obligations du 21 décembre 2007⁶⁰.

L'objectif visé à l'al. 1 est que les autorités du registre du commerce puissent se communiquer mutuellement, de manière simple et rapide, les faits juridiquement pertinents dont elles ont besoin pour exécuter leurs tâches (voir art. 927, al. 1).

L'al. 2 institue en sus une possibilité générale d'entraide administrative. Cette possibilité doit cependant être concrétisée dans une loi ou une ordonnance pour que d'autres autorités puissent livrer des informations au registre du commerce. Il existe de nombreux domaines dans lesquels il serait judicieux que les autorités judiciaires et administratives puissent aider les autorités du registre du commerce à maintenir l'actualité et la qualité des renseignements contenus dans le registre du commerce. Ce serait aussi le meilleur moyen pour garantir que les faits inscrits sont complets et exempts d'erreurs et pour répondre aux attentes des utilisateurs d'aujourd'hui. En ce qui concerne la collaboration avec l'Autorité fédérale en matière de surveillance de la révision (ASR), par exemple, une annotation dans le registre du commerce permettrait d'indiquer à tous les utilisateurs si une entreprise dispose d'un agrément en vertu de la loi sur la surveillance de la révision. Cette note pourrait faire l'objet d'une communication de l'ASR aux autorités du registre du commerce via l'entraide administrative. La base légale d'un tel échange d'informations existe aujourd'hui déjà à l'art. 170, let. b, ORC. Les dispositions de la législation spéciale sur le maintien du secret, notamment le secret fiscal, l'emportent toutefois sur cette disposition.

En vertu de l'al. 3, les offices du registre du commerce doivent mettre les inscriptions, les réquisitions d'inscription et les pièces justificatives à disposition des autres autorités. La transmission de renseignements entre autorités doit être gratuite afin de ne pas entraver les flux réciproques d'informations. La portée de l'échange d'informations est limitée aux renseignements et documents dont les autorités ont besoin pour exécuter leurs tâches. Les autorités concernées n'ont aucune obligation de procéder à des recherches approfondies mais doivent simplement transmettre les informations dont elles ont connaissance dans le cadre de leurs activités courantes.

Art. 928b III. Registre des personnes

L'infrastructure exploitée par la Confédération contient des données sur les personnes physiques inscrites au registre du commerce. En vertu de l'al. 1, la Confédération doit également gérer un système d'information (registre des personnes) pour traiter automatiquement les données personnelles séparément des données sur les entreprises. L'institution de ce registre des personnes met un terme à la saisie redondante – et souvent discordante – des données concernant les mêmes personnes physiques, dans les différents registres du commerce cantonaux concernés. Le registre des personnes permet d'identifier sans équivoque des personnes physiques inscrites dans le registre du commerce et garantit le traitement uniforme des données

⁶⁰ Voir art. 941 P CO in Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407, 1552.

personnelles. Il ne contiendra pas de données sensibles ni de profils de personnalité au sens de l'art. 3, let. c et d, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)⁶¹. Les données personnelles seront utilisées pour identifier les personnes à inscrire dans le registre du commerce et celles-ci en seront informées.

Conformément à l'al. 2, les autorités du registre du commerce doivent pouvoir accéder en ligne au registre des personnes exploité par la Confédération. Ainsi, au moment de l'inscription, l'office cantonal du registre du commerce peut vérifier si la personne à inscrire figure déjà dans le registre des personnes. Il peut vérifier lui-même les données fournies en identifiant clairement la personne dans le registre des personnes et si celle-ci n'y figure pas encore, il peut créer une nouvelle entrée. Les autorités du registre du commerce traitent donc les données personnelles directement dans le registre des personnes. La création de cet accès en ligne à des fins administratives internes répond à un intérêt public et ne s'oppose pas aux intérêts manifestement dignes de protection des personnes concernées.

La Confédération est le «maître du fichier» et à ce titre, il est responsable aux termes de l'al. 3 de la sécurité du registre des personnes et de la légalité du traitement des données personnelles qu'il contient. Les personnes physiques inscrites dans le registre des personnes peuvent exercer leur droit d'accès aux données les concernant auprès des autorités du registre du commerce. Aucune restriction de ce droit n'est prévue.

Art. 928c IV. Numéro AVS et numéro d'identification

Les données sur les personnes physiques inscrites au registre du commerce seront répertoriées dans le registre des personnes (voir art. 928*b*) sous le numéro AVS (NAVS13) des personnes concernées, celui-ci faisant ici office d'identifiant unique. Le registre des personnes sera connecté à la base de données UPI (Unique Person Identification Database) de la Centrale de compensation de l'AVS (CdC). Cette connexion est rendue possible par l'utilisation du NAVS13 prévue à l'al. 1.

Conformément à l'al. 2, la connexion à la base de données UPI sert à garantir que les données du registre des personnes sont traitées correctement. Cela assure en d'autres termes l'actualité et la qualité constante des données. Grâce à la connexion avec l'UPI et à l'utilisation du NAVS13, les personnes ne devront communiquer les changements de statut personnel (par ex. changement de nom ou d'état civil) qu'une seule fois à l'office du registre du commerce ou à une autre autorité utilisant l'UPI. Le lien établi entre les personnes physiques enregistrées dans le registre des personnes et les entités juridiques au sein desquelles elles ont une fonction d'organe (par ex. administrateur) ou un droit de signature (par ex. comme fondé de procuration) garantit également l'actualité des données sur les personnes physiques qui figurent dans les extraits du registre du commerce.

La Confédération sera chargée de la synchronisation des données avec l'UPI et sera responsable de la gestion du NAVS13 dans le registre des personnes (voir art. 928*b*, al. 3).

Le NAVS13 n'apparaîtra jamais sur des documents publics tels que les extraits du registre du commerce ou d'autres documents officiels (voir art. 936, al. 2). Pour que les données sur les personnes physiques figurant dans le registre des personnes

⁶¹ RS 235.1

puissent être publiées plus simplement dans le registre du commerce, il est donc nécessaire – comme le prévoit l'al. 3 – de recourir à un numéro d'identification spécifique qui puisse être publié. La nature et la structure de ce numéro d'identification seront réglées par voie d'ordonnance (voir art. 940, al. 2, ch. 8).

Art. 929 C. Inscription, modification et radiation / I. Principes

Les inscriptions au registre du commerce ne doivent pas induire en erreur ni être contraire à un intérêt public. Ces principes sont les mêmes que ceux applicables au droit des raisons de commerce (voir art. 944, al. 1, CO).

Contrairement aux art. 26 ORC et 944, al. 1, CO, l'al. 1 ne mentionne plus explicitement le principe de vérité. En effet, celui-ci n'a plus de substance propre puisque les réquisitions et les pièces justificatives qui ne sont pas ou que partiellement vraies entraînent la publication de textes induisant en erreur. Par conséquent, le principe de vérité fait totalement partie intégrante de l'interdiction de la tromperie⁶². Cette interdiction s'adresse en premier lieu aux personnes tenues de requérir une inscription – sous réserve de la structure et de la formulation du libellé de la publication. L'observateur moyen doit être pris comme référence pour déterminer si une pièce justificative ou le libellé d'une publication est contraire au principe de l'interdiction de la tromperie, et non un cercle spécifique, ni un connaisseur du groupe d'entreprises concernées, et pas non plus un utilisateur particulièrement ignorant du registre du commerce⁶³. Si la réquisition et les pièces justificatives ont été déposées conformément à l'art. 930, al. 3, les autorités du registre du commerce peuvent supposer que les faits exposés sont vrais⁶⁴.

Quant à la notion d'intérêt public, conformément à la pratique courante du registre du commerce et selon la doctrine dominante il est admis qu'il s'agit ici de protéger des intérêts concrets et non des intérêts généraux de nature économique, sociale ou fiscale. On ne saurait en effet imposer aux autorités du registre du commerce la charge de garantir l'intérêt public au-delà de ce qui est prévu explicitement par la loi⁶⁵. On trouve des exemples d'intérêts publics concrets dont la garantie incombe aux autorités du registre du commerce dans le droit bancaire et dans le domaine de la prévoyance professionnelle⁶⁶.

Le principe de justification énoncé à l'al. 2 est un autre aspect fondamental de la tenue du registre du commerce. Tous les faits inscrits au registre du commerce doivent se fonder sur des pièces justificatives (voir art. 20 ss. ORC). De simples déclarations orales à l'autorité du registre du commerce ne sont pas suffisantes. Dans la plupart des cas, les pièces requises pour l'inscription d'un fait précis figurent dans l'ordonnance sur le registre du commerce. Cette dernière contient en quelque sorte

⁶² KÜNG, Commentaire bâlois du code des obligations, art. 929 N 145 s.

⁶³ ATF 123 III 220, consid. 4b, p. 226; voir ALTENPOHL, Commentaire bâlois du code des obligations II, art. 944 N 15 et HIS, Commentaire bâlois du code des obligations, art. 944 N 90.

⁶⁴ Voir Arrêts du Tribunal cantonal de St-Gall du 11 mai 2011 (AB.2011.3-AH), consid. 4b et du Tribunal cantonal de Fribourg du 27 février 2012 (603 2012-19/20), p. 4 s.

⁶⁵ HIS, Commentaire bâlois du code des obligations, Art. 940 N 54; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10^e éd., Berne 2007, § 6 N 53; CLEMENS MEISTERHANS, Die Bewilligung als Voraussetzung für die Handelsregistereintragung, REPRAX 1/2012, p. 43 ss.

⁶⁶ Voir art. 1, al. 4 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB; RS 952) et art. 94, al. 1, let. f, ORC.

des check-lists et prescrit le contenu de certaines pièces (par ex. art. 43, 55, et 94 ORC). L'ordonnance sur le registre du commerce énonce en outre des conditions de forme générales quant aux pièces justificatives. Les procès-verbaux doivent par exemple être signés par le rédacteur du procès-verbal et par le président de l'organe qui a pris la décision (art. 23, al. 2, ORC). La loi formule aussi quelques exigences de forme et de contenu pour certains documents qui servent en tout ou en partie de pièce justificative en vue de l'inscription au registre du commerce (par ex. art. 627, 650, al. 2, 702, al. 2 et 734 CO).

Art. 930 II. Réquisition

L'art. 15, al. 1, ORC exige que l'inscription au registre du commerce repose sur une réquisition. Vu sa portée pour la tenue du registre du commerce, cette disposition doit figurer dans une norme du degré législatif.

Il restera toutefois possible aux autorités du registre du commerce de modifier certains contenus des publications directement et sans réquisition préalable, afin de garantir l'actualité du registre du commerce national et d'alléger la charge administrative incombant aux entités juridiques. Pour les données relatives aux personnes physiques (changements de nom, d'état civil, de nationalité, etc.), une mise à jour automatisée est possible à l'aide d'une autre base de données de l'Etat: la base UPI de la Centrale de compensation de l'AVS. C'est dans ce but qu'est prévue l'utilisation systématique du numéro AVS (voir art. 928*b* et 928*c*). Le Conseil fédéral édictera des dispositions d'exécution à ce sujet (voir art. 940, al. 2, ch. 1, 3 et 8).

L'al. 2 prévoit qu'une inscription peut également être effectuée sans la réquisition exigée au sens de l'al. 1, en vertu d'une décision d'une autorité judiciaire ou administrative, ou encore d'office. Ce sont alors les conclusions du dispositif du jugement ou de la décision qui tiennent lieu de réquisition. Cette règle correspond à celle actuellement en vigueur dans l'ordonnance sur le registre du commerce (art. 19, al. 1, première phrase, ORC).

L'al. 3 établit qu'une réquisition est réputée valablement déposée lorsque toutes les pièces justificatives requises (voir art. 929, al. 2) ont été déposées auprès de l'office du registre du commerce et que la réquisition et les pièces justificatives satisfont aux exigences juridiques. Il peut s'agir d'exigences matérielles (par ex. art. 626 s., 631, al. 2 et 652*e* CO) mais aussi formelles ou linguistiques (signatures requises, date actuelle, actes consolidés, bonne langue officielle, etc.; voir art. 16 ss. ORC). Le délai n'est garanti que si toutes les pièces justificatives requises sont jointes à la réquisition d'inscription. L'al. 3 inscrit dans une loi formelle la règle fixée à l'art. 15, al. 3, ORC et codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶⁷. Cette mesure était déjà prévue dans le projet de révision du droit de la société anonyme du 21 décembre 2007⁶⁸ dont l'examen a été suspendu par le Parlement le 3 septembre 2010.

⁶⁷ ATF 69 I 51, consid. 1, p. 54.

⁶⁸ Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407, 1551

L'al. 4 prévoit en outre que la réquisition et les pièces justificatives peuvent uniquement être déposées sous forme électronique, alors qu'actuellement elles peuvent aussi être déposées sous forme papier. Cette restriction s'inscrit dans la mouvance globale de la gestion électronique des affaires (art. 12b ss. ORC). Contrairement aux limites posées à l'étranger, toute personne peut déposer une réquisition électronique auprès de l'office du registre du commerce, et pas uniquement les officiers publics et les avocats. La période transitoire de cinq ans donne suffisamment de temps à tous les intervenants pour se préparer à la procédure de réquisition d'inscription entièrement électronique (voir art. 3 des dispositions transitoires).

La règle selon laquelle l'organe supérieur de gestion ou d'administration d'une personne morale est responsable de la réquisition d'inscription (voir art. 931a, al. 2, CO) ne figure plus dans la loi. Cela permet au Conseil fédéral, le cas échéant, de prévoir une solution plus souple au niveau de l'ordonnance (voir art. 940, al. 2, ch. 3).

Art. 931 III. Numéro d'identification des entreprises

L'al. 1 introduit la notion d'entité juridique (voir art. 927, al. 2), absente de l'art. 936a CO qui régleme actuellement ce point. Cette disposition vise donc aussi explicitement les entités juridiques prévues par la loi sur les placements collectifs⁶⁹ (voir art. 927, al. 2, ch. 10 à 12).

L'al. 2 reprend l'actuel art. 936a, al. 2, CO en y introduisant toutefois la notion d'entité juridique et en précisant celle de transformation.

La compétence du Conseil fédéral d'édicter des dispositions d'exécution au sujet du numéro d'identification des entreprises (IDE) découle de l'art. 14 de la loi sur l'IDE⁷⁰. C'est donc pour supprimer une redondance formelle que l'on renonce ici à reprendre le contenu actuel de l'art. 936a, al. 3, CO.

Art. 932 IV. Droit et obligation de s'inscrire / 1. Entreprises individuelles et succursales

L'al. 1 établit le principe selon lequel une personne physique qui exploite une entreprise en la forme commerciale doit requérir son inscription au registre du commerce. Il en va déjà ainsi dans le droit en vigueur (art. 934, al. 1, CO). L'art. 36, al. 1, ORC fixe en outre un seuil à 100 000 francs de chiffre d'affaires annuel.

Le libellé de l'art. 934, al. 1, CO pose régulièrement des problèmes d'interprétation car il n'utilise pas la notion précise de «personne physique» mais «celui qui». La discussion porte notamment sur la question de savoir si les instituts de droit public tels que les hôpitaux universitaires cantonaux peuvent aussi être astreints à requérir leur inscription au registre du commerce en vertu de cette disposition, puisqu'ils exploitent une entreprise en la forme commerciale. Ce problème peut être éliminé grâce à la précision apportée à l'al. 1. L'obligation de requérir l'inscription au registre du commerce opposable aux instituts de droit public est désormais régie à l'art. 932a, al. 1.

⁶⁹ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (Loi sur les placements collectifs, LPCC; RS **951.31**)

⁷⁰ Loi fédérale du 18 juin 2010 sur le numéro d'identification des entreprises (LIDE; RS **431.03**)

Les art. 641, 778a et 836 CO concernant l'inscription des succursales dans le registre du commerce sont regroupés à l'al. 2 pour plus de clarté. En contrepartie, ces dispositions sont abrogées dans le droit de la société anonyme, de la société à responsabilité limitée et de la société coopérative. Par souci de précision et par analogie avec l'al. 1, il est aussi établi que l'obligation de requérir l'inscription d'une succursale naît dès le moment où celle-ci exploite une entreprise en la forme commerciale.

Le Tribunal fédéral s'est exprimé sur différents aspects de la notion d'entreprise exploitée en la forme commerciale, en soulignant à chaque fois qu'il fallait prendre en considération l'ensemble des circonstances dans lesquelles une activité est exercée⁷¹. Dans la mesure où ce sont les circonstances du cas d'espèce qui sont déterminantes, une définition exacte de cette notion n'est pas possible. Dans certains cas, la notion d'entreprise au sens de l'art. 2, let. b, ORC, à savoir «une activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier», nécessite aussi d'être précisée⁷². Il ressort toutefois clairement de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'une entreprise n'a qualité d'entreprise exploitée en la forme commerciale qu'à partir du moment où les fonds propres ou les fonds de tiers sont investis dans une organisation professionnelle du point de vue de la gestion d'entreprise, de la comptabilité et de la présentation des comptes. Le propriétaire de l'entreprise n'exécute plus le travail professionnel lui-même et revêt plutôt une fonction d'organisateur ou de dirigeant de personnes salariées qui ont souvent les mêmes qualifications professionnelles que lui. D'autres indices de l'existence d'une entreprise exploitée en la forme commerciale sont un chiffre d'affaires élevé, un appareil de production coûteux et des frais de comptabilité et de conseil juridique élevés⁷³.

L'al. 3 permet aux personnes physiques et aux succursales qui exploitent une entreprise qui ne remplit pas entièrement les critères de l'exploitation en la forme commerciale, de requérir malgré tout leur inscription au registre du commerce. L'inscription volontaire au sens de l'al. 3 est toutefois limitée à ces deux entités juridiques. Il reste impossible aux sociétés simples (art. 530 ss. CO) ou aux trusts institués en vertu d'un droit étranger (art. 149a ss. LDIP⁷⁴) de se faire inscrire au registre du commerce.

Art. 932a 2. Instituts de droit public

Pour être reconnue en qualité d'institut de droit public au sens de l'art. 927, al. 2, ch. 13, l'institution doit être autonome sur le plan de l'organisation. Le critère de l'indépendance dans l'organisation ne se recoupe pas forcément avec celui de la personnalité juridique. Ainsi un institut de droit public ne doit-il pas obligatoirement

⁷¹ Parmi de nombreux autres ATF **135** III 304, consid. 5.4, p. 312 ss., arrêt 4A.526/2008 du 21 janvier 2009, consid. 4, ATF **130** III 707, consid. 4, p. 710 ss.

⁷² Clairement décrit par ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10^e éd., Berne 2007, § 4 N 34 ss.

⁷³ Voir ANNINA MENGELT, *Freie Berufe und deren Eintragung ins Handelsregister – (K)eine Sonderbehandlung*, REPRAX 4/2009, p. 24 s. (au sujet de l'arrêt 4A.526/2008 du 21 janvier 2009) et FLORIAN ZIHLER, *Praxisänderung des Bundesgerichts bei der handelsregisterrechtlichen Eintragungspflicht landwirtschaftlicher Einzelunternehmer*, REPRAX 3/2009, p. 52 s. (au sujet de l'ATF **135** III 304 ss.).

⁷⁴ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS **291**); voir Adrian Tagmann, *Handelsregisterrechtliche Behandlung des Trusts bei der GmbH*, REPRAX 2/2010, p. 46.

être une personne morale⁷⁵. L'existence d'un patrimoine distinct est un indice majeur d'indépendance dans l'organisation⁷⁶. L'office du registre du commerce doit donc appuyer l'inscription d'un institut de droit public au registre du commerce, afin que celui-ci puisse recourir aux instruments de restructuration prévus par la loi sur la fusion (art. 99 ss. LFus⁷⁷), mais pour autant que son indépendance sur le plan de l'organisation ne fasse pas manifestement défaut. Dans ces circonstances, une commune politique peut aussi être qualifiée d'institut de droit public (cantonal).

Même si la question est disputée au regard du droit en vigueur⁷⁸, le Tribunal fédéral a déjà rendu plusieurs décisions dans lesquelles il estime qu'un institut de droit public a l'obligation de requérir son inscription au registre du commerce s'il exploite une entreprise en la forme commerciale⁷⁹ (quant à la portée de cette expression, voir art. 932). C'est pour cette raison que l'al. 1 exige des instituts de droit public qui exploitent une entreprise en la forme commerciale qu'ils requièrent leur inscription au registre du commerce. Cette obligation répond à un besoin de transparence du registre du commerce, mais surtout à un impératif d'égalité de traitement entre toutes les entités juridiques qui exploitent une entreprise en la forme commerciale, qu'elles soient de droit privé ou de droit public. Les pièces justificatives requises ainsi que le contenu de l'inscription sont aujourd'hui déjà prescrits par le droit fédéral (art. 106 ss. ORC).

Le Tribunal fédéral a précisé qu'en règle générale, l'inscription d'un institut de droit public n'avait pas un effet constitutif. Il est toutefois admissible que le droit public prévoie qu'un institut de la collectivité publique intéressée ne soit constitué qu'une fois inscrit au registre du commerce⁸⁰. L'institut ne peut cependant pas acquérir la personnalité juridique par son inscription au registre du commerce, si le droit public ne la lui confère pas⁸¹.

Les instituts de droit public qui exploitent une entreprise en la forme commerciale et qui ont été fondés avant l'entrée en vigueur du nouveau droit devront requérir leur inscription au registre du commerce dans les deux ans qui suivent l'entrée en vigueur du nouveau droit (voir art. 2 des dispositions transitoires).

A l'instar des propriétaires d'entreprises individuelles et des succursales (voir art. 932), l'organe supérieur de gestion ou d'administration peut requérir l'inscription volontaire de l'institut de droit public au registre du commerce. Le grand avantage de l'inscription volontaire prévue à l'al. 2 est la présomption de connaissance au sens de l'art. 936a, al. 2, notamment en matière de représentation, qui déploie alors tous ses effets.

⁷⁵ Message concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion; LFus), FF **2000** 3995, 4044 et 4134 s.

⁷⁶ MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD, Fusionsgesetz (FusG), Kommentar, Bâle 2008, Art. 2 N 14.

⁷⁷ RS **221.301**

⁷⁸ Voir par exemple ECKERT, Commentaire bâlois du code des obligations II. Art. 934 N 1 contre RIEMER, Commentaire bernois, Art. 52–59, Berne 1993, Art. 52 N 14 s.

⁷⁹ ATF **115** Ib 233, consid. 3, p. 237, Zuger Kantonalbank; ATF **80** I 383, p. 384, Oberwaliser Kreisspital; ATF **57** I 315, consid. 3, p. 319, Aargauische Kantonalbank.

⁸⁰ Voir RIEMER, Commentaire bernois, Art. 52–59, Berne 1993, Art. 52 N 14 s.

⁸¹ ATF **51** I 212, consid. 2, p. 232; voir HUGUENIN, Commentaire bâlois du code civil I, Art. 52 N 9 s.

Art. 933 V. Modification de faits

L'art. 933 reprend intégralement l'actuel art. 937 CO, dont la teneur est répétée à l'art. 27 ORC.

Si un fait inscrit change, ce changement doit figurer dans le registre (modification ou radiation du fait). Cette obligation porte aussi sur les faits dont la publication n'est pas prescrite par la loi, mais qui ont été inscrits au registre du commerce en qualité de faits dits supplémentaires (art. 30 ORC). Toute réquisition de modification doit être déposée dans les formes prévues (voir art. 930) et être accompagnée des pièces justificatives exigées par la loi (voir art. 929, al. 2) afin que l'inscription puisse être effectuée valablement dans le registre.

Si l'organe supérieur de gestion ou d'administration faillit à son obligation de requérir l'inscription d'une modification, l'office du registre du commerce doit procéder à l'inscription d'office (voir art. 934 et 937a ss.).

Le droit des personnes qui quittent leurs fonctions de requérir elles-mêmes leur radiation ne figure plus explicitement dans la loi, car il s'agit d'un aspect matériel qui peut être réglé de manière plus souple et plus ample au niveau de l'ordonnance (voir art. 940, al. 2, ch. 3 et art. 17, al. 2, ORC).

Art. 934 VI. Radiation d'office

L'al. 1 correspond quant au fond à l'art. 938a CO, mais son champ d'application est élargi dans la mesure où il ne vise plus seulement les sociétés mais toutes les entités inscrites au registre du commerce au sens de l'art. 927, al. 2, sans distinction quant leur forme juridique. La radiation d'office du propriétaire d'une entreprise individuelle ou d'une association peut en effet être appropriée si aucune activité n'est exercée et s'il n'y a plus d'actifs réalisables. La notion d'entité juridique est déjà utilisée à l'art. 155 ORC, qui concrétise l'art. 938a CO, mais le fondement légal de cette disposition d'exécution est contesté⁸². La «triple sommation publique» est remplacée par la procédure actuelle des trois publications dans la FOSC (voir également art. 733 CO).

L'al. 2 subit de légères modifications de nature rédactionnelle notamment quant à la désignation individuelle des ayants-droits qui n'entraînent aucun changement matériel.

La compétence d'édicter des dispositions d'exécution déléguée au Conseil fédéral à l'art. 938a, al. 3, CO est transférée à l'art. 940, al. 2, ch. 3.

Art. 935 VII. Réinscription

Actuellement, la réinscription d'une entité juridique qui a été radiée du registre du commerce est réglée à l'art. 164 ORC, sans base légale formelle claire. Vu l'importance pratique de cette disposition, les principes qu'elle énonce doivent figurer dans une norme de degré législatif.

⁸² Voir Arrêts du Tribunal administratif du canton de Zurich du 7 septembre 2011 (VB.2011.00276), consid. 3.3 et du Tribunal de district de Lausanne du 4 janvier 2011 (PP10.034248), in: RINO SIFFERT/FLORIAN ZIHLER, Handelsregisterrecht, Entwicklungen 2011, Berne 2012, p. 92 ss. et 112 s.

La compétence de la réinscription est laissée au tribunal. Selon l'al. 1, il faut toujours rendre vraisemblable un intérêt digne de protection pour pouvoir demander la réinscription d'une entité juridique radiée.

Les motifs énoncés à l'art. 164, al. 1, let. a à d, ORC qui fondent un intérêt digne de protection justifiant la réinscription d'une entité juridique radiée sont repris matériellement à l'al. 2, ch. 1 à 4. Les motifs permettant une réinscription sont toutefois étendus sous deux aspects. Premièrement, la liste n'est plus exhaustive du fait de l'utilisation de l'adverbe «notamment» dans la phrase introductive. Et deuxièmement, l'al. 5 introduit explicitement comme motif de réinscription la radiation d'office (voir art. 934) effectuée de manière injustifiée. Le droit actuel n'énonce en effet pas clairement qui, du tribunal ou du registre du commerce, est compétent en l'espèce. La compétence matérielle du tribunal est jugée adéquate afin que toutes les réquisitions de réinscription puissent être examinées par un juge et qu'une jurisprudence puisse ainsi se développer. De la sorte, ce motif de réinscription déjà appliqué dans la pratique⁸³ figure aussi dans la loi.

Lorsque le juge ordonne la réinscription d'une entité juridique radiée, il est tenu, en vertu de l'al. 3, de veiller à ce que d'éventuelles carences dans l'organisation impérativement prescrite par la loi soient levées (voir art. 937b en relation avec l'art. 731b; art. 154 ORC). Cela peut le conduire à prononcer, simultanément à la réinscription de l'entité juridique, sa dissolution et à ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite (art. 731b, al. 1, ch. 3, CO).

Art. 936 D. Publicité et effets / I. Publicité et publication

L'al. 1 énonce le principe de publicité du registre du commerce. Cette publicité s'applique aux réquisitions, aux pièces justificatives et aux inscriptions. La portée de la publicité du registre du commerce ne change pas (art. 930 CO; art. 10 ORC).

A teneur de l'al. 2, le numéro AVS (voir art. 928c) n'est pas soumis au principe de publicité. Cette exception est explicitée en raison de son importance pour la protection des données.

Selon le droit en vigueur, les inscriptions au registre du commerce (textes des publications) sont publiées électroniquement dans la FOSC (art. 931 CO)⁸⁴. L'éditeur de la FOSC est le SECO⁸⁵. La première phrase de l'al. 3 propose une simplification majeure, à savoir que les inscriptions sont directement publiées sur internet, sur la base du registre du commerce national. Les inscriptions au registre sont également publiées dans la Feuille officielle suisse du commerce.

Dans les limites de la publicité du registre au sens de l'al. 1, les utilisateurs du registre du commerce peuvent consulter directement le registre du commerce national par le biais d'internet. En vertu de la première phrase de l'al. 3, la publicité englobe les libellés des publications, mais aussi les statuts et les actes de fondation. Si d'autres pièces justificatives doivent être rendues publiques, les détails devront être

⁸³ Arrêts du juge unique du Tribunal de district de Zurich du 13 décembre 2010 (EO100312/U) et du juge unique du Tribunal civil de première instance du canton de Genève du 27 juin 2011 (C/8397/2011-13 SP), in: RINO SIFFERT/FLORIAN ZIHLER, Handelsregisterrecht, Entwicklungen 2011, Berne 2012, p. 114 ss.

⁸⁴ La FOSC peut être consultée sur internet à l'adresse <https://www.fosc.ch> (rubrique Registre du commerce).

⁸⁵ Art. 5 de l'ordonnance FOSC.

réglés dans l'ordonnance sur le registre du commerce (voir art. 940, al. 2, ch. 5 et 6). Il s'agit notamment de veiller à la protection des données, et notamment d'éviter que des adresses privées, des signatures ainsi que des copies et des numéros de pièces d'identité ne soient publiés sur internet. Le droit à l'oubli conformément à l'al. 5 ci-dessous s'applique aussi aux autres pièces justificatives publiées sur internet.

La publication des données du registre du commerce dans la FOSC est prévue à titre complémentaire; cette publication ne déploie plus les effets prévus à l'art. 936a.

Toutes les modifications opérées dans le registre du commerce doivent pouvoir être constatées. L'utilisateur du registre du commerce ne doit pas être confronté exclusivement aux inscriptions consolidées d'une entité juridique, qui l'obligent à reconstruire les modifications par lui-même. Il doit pouvoir identifier les modifications publiées un jour donné par rapport au texte publié la veille. C'est la raison pour laquelle la deuxième phrase de l'al. 3 exige que la traçabilité chronologique des modifications soit garantie. Cela correspond à la fonction actuelle du registre journalier (art. 8 ORC).

L'al. 4 crée une base légale explicite permettant d'effectuer une recherche par personne et par date dans le registre du commerce national. Les modalités seront réglées par le Conseil fédéral (voir art. 940, al. 2, ch. 1 et 8; voir également art. 12, al. 3, ORC). Cette disposition concernant la recherche par le biais de critères se rapportant à la personne avait déjà été proposée dans le message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations⁸⁶. Quelques cantons offrent aujourd'hui déjà des fonctions de recherche de ce type⁸⁷.

En vertu de l'al. 5, l'inscription, les statuts et les actes de fondation, ainsi que les autres pièces justificatives éventuelles cesseront d'être accessibles publiquement sur internet dix ans après la radiation de l'entité. Cette disposition concrétise le droit à l'oubli dans le domaine de l'internet, un droit demandé depuis de nombreuses années par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence⁸⁸. Cette disposition matérialise aussi l'un des objectifs formulés dans le rapport du Conseil fédéral du 9 décembre 2011 sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données⁸⁹. Il restera cependant possible aux créanciers, aux associés ou aux chercheurs de consulter l'inscription, la réquisition et les pièces justificatives à l'office cantonal du registre du commerce et d'en exiger des copies, y compris électroniques. L'al. 5 restreint uniquement la publicité dans le domaine de l'internet; les informations et documents visés conservent donc leur caractère public au sens de l'al. 1. Le Conseil fédéral réglera les détails dans l'ordonnance d'application (voir art. 940, al. 2, ch. 6). L'on pourrait par exemple imaginer une publication annonçant la restriction de la publicité sur internet peu avant l'échéance des dix ans. Les utilisateurs abonnés au service Push du registre du commerce en seraient ainsi informés directement.

⁸⁶ Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1548 s.

⁸⁷ Voir Arrêt **2008/16** du Tribunal administratif fédéral du 26 février 2008, consid. 5.2.8 en relation avec consid. 5.2.2.

⁸⁸ <http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00819/01193/01194/index.html?lang=fr>

⁸⁹ FF **2012** 255, 268 s.

Art. 936a II. Effets

L'al. 1 renvoie à l'art. 936, al. 3 en statuant que les inscriptions au registre du commerce déploient leurs effets dès leur publication sur internet. L'inscription n'est toutefois opposable aux tiers qu'à partir du jour ouvrable qui suit la date de la publication sur internet. Ce jour ouvrable correspond aussi au point de départ des délais qui commencent à courir avec la publication de l'inscription. L'al. 1 correspond à l'art. 932, al. 2, CO, sans faire toutefois référence à la publication dans la FOSC mais à la publication sur internet.

L'al. 2 reprend matériellement l'art. 933, al. 1, CO. L'objection selon laquelle quelqu'un n'aurait pas pris connaissance de la publication d'une inscription au registre du commerce est exclue (effet de publicité positif). En vertu de l'art. 9 CC⁹⁰, les registres publics – le registre du commerce en est un⁹¹ – font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée. Cela signifie qu'une inscription au registre du commerce qui a été publiée, par exemple la modification de la raison de commerce d'une société anonyme, est réputée de notoriété publique et ne doit de ce fait plus être prouvée, en particulier dans le cadre d'une procédure judiciaire⁹².

Les utilisateurs du registre du commerce doivent pouvoir se fier au silence du registre du commerce au sujet de faits qui devraient y être inscrits⁹³. C'est pourquoi un fait dont l'inscription est obligatoire et qui n'a pas été inscrit au registre du commerce ne peut, selon l'al. 3, être opposé à un tiers que s'il est établi que ce dernier en a eu connaissance (effet de publicité négatif). L'al. 3 correspond à l'art. 933, al. 2, CO.

Art. 937 E. Obligations de l'office du registre du commerce / I. Devoir de contrôle

Il n'a pas été jugé utile de reprendre textuellement la formule du pouvoir d'examen du préposé⁹⁴ à laquelle le Tribunal fédéral se réfère de longue date en relation avec l'art. 940 CO. Cela laisse aussi la possibilité aux tribunaux cantonaux et au Tribunal fédéral de faire évoluer encore la jurisprudence. Dans la pratique, le devoir de contrôle du préposé au registre du commerce prévu à l'art. 940 CO ne pose pas de problème majeur, car la plupart des offices du registre du commerce ont aujourd'hui une approche globale de «fournisseur de prestations». De nombreux problèmes

⁹⁰ RS 210

⁹¹ ATF 106 II 346, consid. 1, p. 348

⁹² Arrêt 5A.62/2009 du Tribunal fédéral du 2 juillet 2009, consid. 2

⁹³ ATF 65 II 85 ss.

⁹⁴ ATF 125 III 18, consid. 3b, p. 21: «Selon la jurisprudence, le préposé vérifie d'abord les conditions formelles posées par le droit en matière de registre du commerce, soit la portée des normes qui régissent immédiatement la tenue du registre. Il jouit à cet égard d'un plein pouvoir d'examen. Il contrôle également, mais avec un pouvoir limité, les conditions matérielles, soit l'interprétation des règles, de droit civil ou de droit public, qui fondent la conformité de la réalité constatée avec la loi et dont le respect constitue la condition indirecte de l'inscription. (...) Il se borne à vérifier le respect des dispositions impératives de la loi qui sont édictées dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers. Il doit renvoyer à agir devant le juge civil les justiciables qui invoquent des prescriptions de droit dispositif ou concernant uniquement des intérêts privés. Comme la délimitation entre les unes et les autres peut s'avérer difficile, l'inscription ne sera refusée que s'il est manifeste et indiscutable qu'elle est contraire au droit; elle ne devra en revanche pas l'être si elle repose sur une interprétation plausible de la loi, dont l'appréciation doit être laissée en définitive au juge (...).»

juridiques peuvent en outre être résolus à la satisfaction de tous les intervenants dans la phase qui précède la réquisition d'inscription.

La portée matérielle de la première moitié de phrase de l'art. 937 est identique à celle de l'art. 940, al. 1, CO. L'expression «le préposé au registre du commerce» est remplacée par «l'office du registre du commerce» et il est en outre précisé que l'office du registre du commerce doit vérifier si les conditions juridiques prescrites (jusqu'ici: les conditions légales requises) sont remplies. Selon la pratique actuelle, il incombe aussi au registre du commerce de faire appliquer certaines dispositions ressortissant au droit spécial, par exemple dans le domaine de la prévoyance professionnelle ou des banques (voir art. 929). Cela correspond à la fonction de garant de l'application du droit qui revient au registre du commerce (voir art. 927, al. 1).

Sur le plan matériel, la deuxième moitié de phrase de l'art. 937 correspond à l'actuel art. 940, al. 2, CO. Elle est toutefois formulée sans référence à la forme juridique des entités visées, dans la mesure où l'expression «les statuts» y est remplacée par les termes propres au droit du registre du commerce de «réquisition» et de «pièces justificatives» (voir art. 16 ss. et 20 ss. ORC et art. 929, al. 2 et 930). Les expressions «dispositions légales de caractère impératif» et «clauses exigées par la loi» ont aussi été remplacées par la formule «dispositions de la loi relatives au contenu, à la forme et à la langue» déjà employée à l'art. 930, al. 3. L'office du registre du commerce vérifie si les statuts d'une société anonyme contiennent les dispositions nécessaires prévues par la loi (voir art. 626), si le capital social d'une société à responsabilité limitée a été libéré à sa valeur nominale (art. 774, al. 2, CO), si la procédure de réduction du capital a été entièrement respectée (art. 732 ss. CO) ou encore si la réquisition d'inscription au registre du commerce a été signée par les personnes prévues par le droit (art. 17 ORC).

Art. 937a II. Sommatum et inscription d'office

L'art. 937a est la contrepartie administrative à l'obligation faite aux entités juridiques de faire inscrire toute modification des faits figurant au registre du commerce et de fournir les pièces justificatives correspondantes (voir art. 933). Il reprend matériellement le contenu de l'art. 941 CO en remplaçant l'expression «le préposé au registre du commerce» par «l'office du registre du commerce».

La procédure visant à faire appliquer l'obligation de s'inscrire est actuellement précisée à l'art. 152 ORC. La compétence d'édicter les dispositions d'exécution en matière de sommatum et d'inscription d'office doit rester du ressort du Conseil fédéral (voir art. 940, al. 2, ch. 2 et 3).

Art. 937b III. Carences dans l'organisation de sociétés

L'art. 941a CO entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008 a permis d'atteindre l'objectif visé par le Conseil fédéral et le Parlement lorsqu'ils ont créé cet instrument⁹⁵ visant à combattre les carences dans l'organisation des sociétés et des fondations impérativement prescrite par la loi (art. 941a en relation avec l'art. 731b CO). Il reste toutefois un point sur lequel cette disposition ne donne pas entièrement satisfaction:

⁹⁵ Message du 19 décembre 2001 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2002 2949, 3028 s. et 3036

l'office du registre du commerce ne peut intervenir auprès d'une association que si des prescriptions impératives concernant l'organe de révision ne sont pas respectées (art. 941a, al. 3, CO). Cette restriction est infondée et dans le cas concret d'une association qui n'avait plus aucun membre de la direction inscrit au registre, l'office du registre du commerce n'a pas pu intervenir directement afin de remédier à cette carence dans l'organisation⁹⁶. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet ne reprend pas l'art. 941a, al. 3, CO. La disposition correspondante du code civil est également adaptée (voir art. 69c, al. 1).

Le terme «société» utilisé à l'al. 1 recouvre aussi les associations inscrites au registre du commerce.

Selon l'al. 1, l'office du registre du commerce doit adresser sa demande au tribunal. En dérogation à cette règle, l'al. 2 prévoit, pour les fondations, que la levée des carences soit sollicitée auprès de l'autorité de surveillance. La levée des carences dans l'organisation d'une fondation qui n'est soumise à aucune autorité de surveillance doit cependant aussi être sollicitée auprès du tribunal (art. 95, al. 1, let. k, en relation avec l'al. 2, ORC).

L'absence de domicile ou de domiciliataire (voir art. 2, let. c et 117, al. 2 et 3, ORC) est désormais aussi qualifiée de carence dans l'organisation impérativement prescrite par la loi (voir art. 731b, al. 1). C'est également ce que prévoyait le message du 21 décembre 2007 concernant la révision du droit de la société anonyme⁹⁷.

Lorsqu'une entreprise individuelle n'a pas de domicile, l'office du registre du commerce peut engager la procédure prévue à l'art. 152 ORC (non-respect de l'obligation de s'inscrire) contre la fautive (voir art. 937a). Par analogie, cette règle s'applique également en cas de carence dans l'organisation des succursales.

Art. 938 F. Amendes d'ordre

Le projet de révision du droit de la société anonyme du 21 décembre 2007, dont l'examen a été suspendu par le Parlement le 3 septembre 2010, prévoyait un relèvement des amendes d'ordre. La fourchette actuelle de 10 à 500 francs n'ayant subi aucune adaptation depuis 1937, il proposait de fixer le nouveau seuil à 500 francs et le plafond à 5000 francs. Le manquement à l'obligation d'inscrire une entité juridique au registre du commerce devait être sanctionné par une amende de 1000 francs au moins. La proposition initiale visant à introduire une norme pénale sous forme de contravention dans le code pénal avait été abandonnée en raison des réactions négatives qu'elle avait suscitées lors de la procédure de consultation⁹⁸.

⁹⁶ Voir par exemple Arrêt du Tribunal de district de Lausanne du 4 janvier 2011 (PP10.034248). Également LUKAS BERGER/DAVID RÜETSCHI/FLORIAN ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, *REPRAX* 1/2012, p. 4.

⁹⁷ Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1511

⁹⁸ Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1552

Contrairement au projet du 21 décembre 2007, l'art. 938 ne fixe pas de montant minimum pour les amendes d'ordre. La marge de manœuvre de l'office du registre du commerce est en outre assouplie dans la mesure où celui-ci ne doit pas, mais peut infliger des amendes d'ordre.

Si l'office du registre du commerce a l'intention d'infliger une amende, il doit impérativement le mentionner dans la sommation au sens de l'art. 937a, en indiquant soit son montant exact (par ex. 300 francs) soit la fourchette générale des amendes d'ordre (entre 0 et 5000 francs)⁹⁹. Le montant maximal de l'amende et le délai imparti pour s'acquitter de l'obligation doivent être clairs pour les personnes concernées.

Art. 939 G. Emoluments

L'al. 1 crée la base légale d'une obligation de s'acquitter d'un émolument dans le domaine du registre du commerce. Selon cette disposition, toute personne qui provoque une décision d'une autorité du registre du commerce ou sollicite d'elle une prestation doit payer un émolument. Cette obligation n'était jusqu'ici formulée que de façon générale dans une norme de degré législatif (art. 929, al. 1, CO).

Selon l'al. 2, le Conseil fédéral fixe les modalités de perception des émoluments, notamment leur montant, la procédure de perception, la responsabilité dans le cas où plusieurs personnes sont assujetties au prélèvement d'émoluments¹⁰⁰, la prescription du droit au recouvrement des émoluments et la part des émoluments perçus que les cantons doivent remettre à la Confédération. Hormis la question de la prescription, le Conseil fédéral a déjà réglé tous ces aspects dans l'ordonnance sur les émoluments du registre du commerce¹⁰¹.

Les émoluments du registre du commerce doivent être qualifiés de taxes causales. Les principes de l'équivalence et de la couverture des coûts inscrits à l'al. 3 concrétisent deux principes constitutionnels applicables en matière de fixation de ce type de taxes. Le principe de l'équivalence fiscale veut qu'il n'y ait pas de disproportion manifeste entre la taxe perçue et la valeur objective de la prestation fournie. Il n'exige cependant pas que la taxe corresponde toujours précisément à la charge financière du service étatique concerné. Les barèmes schématiques fondés sur des probabilités et des valeurs empiriques ne sont donc pas fondamentalement contraires au principe de l'équivalence. La schématisation ne doit cependant pas conduire à des résultats indéfendables ou inéquitable. Le principe de la couverture des coûts veut quant à lui que le montant total des recettes de la taxe ne dépasse pas – ou que très légèrement – la charge financière globale du service étatique concerné. La charge

⁹⁹ Voir par ex. Arrêt du Tribunal cantonal des Grisons du 27 avril 2011 (ZK2 11 16) ainsi que FLORIAN ZIHLER, Urteil des Kantonsgerichts Graubünden zur Mahnung bei einer Ordnungsbusse und zur Beweislastverteilung bei einer amtlichen Löschung (Art. 153 HRRegV), REPRAX 3/2011, p. 52 ss.

¹⁰⁰ Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407, 1552 s. (art. 943a P CO)

¹⁰¹ Ordonnance du 3 décembre 1954 sur les émoluments en matière de registre du commerce (RS 221.411.1)

financière globale ne recouvre cependant pas que les dépenses courantes du service concerné, mais également des provisions, amortissements et réserves adéquats¹⁰².

En vertu de l'al. 4, le Conseil fédéral peut prévoir des dérogations à la perception des émoluments s'il existe un intérêt public à la décision ou à la prestation de service. Cela devrait surtout concerner les autorités administratives et judiciaires qui déposent une réquisition d'inscription ou exigent un acte d'office auprès de l'autorité du registre du commerce dans le cadre de leurs activités, par exemple en relation avec la publication d'une déclaration de faillite ou avec la levée de carences dans l'organisation d'une société. Conformément à la pratique constante du registre du commerce, les autorités administratives et judiciaires pourraient ainsi être exonérées de l'obligation de payer des émoluments sur la base de l'al. 4. Cette exclusion ne s'applique cependant pas lorsqu'une autorité administrative requiert sa propre inscription au registre du commerce (par ex. un établissement de droit public).

L'art. 939 et l'ordonnance d'application du Conseil fédéral fixeront de manière exhaustive les émoluments qui pourront être perçus par les offices cantonaux du registre du commerce. Tout autre émolument cantonal sera donc illicite¹⁰³.

Art. 940 Ordonnance

L'art. 940 regroupe toutes les compétences réglementaires que les dispositions actuelles du titre trentième délèguent au Conseil fédéral (art. 929, al. 1, 929a, 936, 936a, al. 3 et 938a, al. 3, CO) et les présente ainsi de façon plus transparente.

Il introduit aussi de nouvelles compétences concernant la structure et le développement de l'infrastructure nationale (ch. 1; voir art. 928, al. 1), la réinscription (ch. 3; voir art. 935), la publicité et les effets des inscriptions (ch. 6; voir art. 936 s.), la collaboration entre autorités administratives et judiciaires dans le cadre du registre du commerce (ch. 7; voir art. 928a et 930, al. 2), l'utilisation du numéro AVS ainsi que le registre des personnes (ch. 8; voir art. 928b s.) et les modalités de la transmission électronique (ch. 9; voir art. 930, al. 4).

Les autres chiffres de l'art. 940, al. 2, reprennent le droit en vigueur (voir art. 929, al. 1, CO).

Art. 941

L'art. 941 CO est abrogé pour des questions de systématique. La sommation et l'inscription d'office sont désormais réglées à l'art. 937a.

Art. 941a

L'art. 941a CO est abrogé pour des questions de systématique. La réglementation matérielle sur les carences dans l'organisation est transférée à l'art. 937b.

¹⁰² Voir pour les généralités PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne 2009, § 58 N 13 et N 19 ss.; plus particulièrement pour les émoluments du registre du commerce Arrêt du tribunal administratif du canton de Zurich du 13 juillet 2011 (VB.2010.00372, VB.2010.00659, VB.2010.00660), in: RINO SIFFERT/FLORIAN ZIHLER, *Handelsregisterrecht, Entwicklungen 2011*, Berne 2012, p. 63 ss.

¹⁰³ Voir au sujet de l'ordonnance sur les émoluments actuelle: arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 7 mars 2012 (VB.2012.00096/VB.2012.00104, consid. 4).

2.2 Modification d'autres dispositions du code des obligations

2.2.1 Titre premier: De la formation des obligations

Art. 40

L'art. 40 doit être adapté en raison de l'abrogation de la disposition sur les mandataires commerciaux (art. 462 CO).

2.2.2 Titre dix-septième: Des fondés de procuration

Art. 458

Selon l'al. 1, le fondé de procuration qui reçoit d'une entité juridique inscrite au registre du commerce le pouvoir de signer en son nom, et par conséquent de l'obliger juridiquement, peut uniquement être une personne physique. Il en va déjà ainsi dans l'art. 120 ORC, et cela correspond à la pratique du registre du commerce depuis plusieurs décennies. Il est également précisé que le fondé de procuration doit non seulement être capable de discernement mais doit en outre avoir l'exercice des droits civils. La loi répond ainsi explicitement à une question longtemps débattue¹⁰⁴.

Seules entités juridiques qui sont inscrites au registre du commerce peuvent nommer des fondés de procuration. Les titulaires d'entreprises individuelles qui ne sont pas inscrites au registre du commerce ou, par exemple, les sociétés simples ne peuvent pas désigner de fondés de procuration. Par conséquent, la distinction entre les procurations commerciales et non commerciales n'est plus nécessaire (art. 458, al. 3, CO et art. 149 ORC). La procuration non commerciale est devenue insignifiante¹⁰⁵.

Le fondé de procuration doit, en vertu de l'al. 2, signer en ajoutant sa fonction et sa signature derrière le nom ou la raison de commerce de l'entité juridique. C'est intentionnellement que cette disposition ne régleme pas explicitement comment la fonction de fondé de procuration et la signature doivent être liées. Le droit en vigueur exige que le fondé de procuration signe en faisant suivre son nom de l'expression «per procura». Mais on pourrait aussi imaginer une signature du type «en qualité de fondé de procuration pour X SA, Michel Y».

Conformément à l'al. 3, le fondé de procuration doit être inscrit au registre du commerce sous la rubrique de l'entité juridique. Il va toutefois de soi que celle-ci peut déjà être obligée par les actes de ses fondés de procuration avant leur inscription au registre du commerce. Par conséquent cette inscription n'a, comme par le passé, qu'un effet déclaratif.

¹⁰⁴ Voir WATTER, Commentaire bâlois du code des obligations I, Art. 458 N 8 avec renvois.

¹⁰⁵ RINO SIFFERT, Exoten des Handelsregisters – Eintragungen von besonderen Vertretungsverhältnissen und von Beschlüssen der Gläubigerversammlung von Anleiheobligationen, REPRAX 1/2009, p. 70.

Art. 459

La portée de l'al. 1 est adaptée en fonction de la modification du contenu de l'art. 458, mais aucun autre changement matériel n'y est apporté. Il va de soi qu'un fondé de procuration oblige l'entité juridique tant qu'il agit dans les limites des pouvoirs que celle-ci lui a octroyés. S'il outrepassé ses pouvoirs internes, il n'oblige l'entité juridique que si le tiers de bonne foi pouvait penser qu'il disposait d'une procuration au sens de la loi ou d'une procuration ad hoc¹⁰⁶. Au surplus, les restrictions internes demeurent sans effet à l'égard des tiers de bonne foi¹⁰⁷.

La portée de la procuration ne doit plus être étendue explicitement aux engagements de change puisque l'art. 462 sur les mandataires commerciaux, qui exclut les engagements de change pour ce type de pouvoir, est abrogé.

Art. 460

Dans la pratique courante du registre du commerce, la procuration peut être restreinte tant aux affaires de l'établissement principal qu'à celles d'une succursale. L'al. 1 mentionne désormais explicitement l'établissement principal. Les deux types de restrictions peuvent être inscrits au registre du commerce¹⁰⁸.

Art. 461

L'al. 1 reprend l'art. 465, al. 1, CO pour la procuration seulement. La révocation de la procuration n'a aucune influence sur le rapport juridique sous-jacent entre l'entité et le fondé de procuration. Les délais de résiliation prévus dans le droit du travail doivent par exemple être respectés, en dépit de la révocation de la procuration¹⁰⁹.

En vertu de la première phrase de l'al. 2, la radiation des données relatives au fondé de procuration doit être publiée dans le registre du commerce. Cela correspond au régime actuel (art. 461, al. 1, CO) et à l'obligation générale inscrite à l'art. 933. Si le fondé de procuration n'a pas été inscrit dans le registre du commerce – en violation de l'obligation légale prévue à l'art. 458, al. 3 –, la radiation doit comporter une mention à cet égard. La publication de la seule radiation de la procuration pourrait en effet induire en erreur l'utilisateur moyen du registre du commerce (voir art. 929, al. 1).

Selon l'al. 3, la procuration continue de déployer ses effets à l'égard des tiers de bonne foi tant que la radiation du fondé de procuration n'a pas été publiée conformément à l'al. 2 (voir art. 936a). C'est la conséquence logique du fait que l'inscription au registre du commerce n'a ici qu'un effet déclaratif (voir art. 458, al. 3).

Art. 462

Les dispositions sur les mandataires commerciaux contenues à l'art. 462 sont abrogées. S'il s'agit de conclure des opérations très précises, les personnes physiques

¹⁰⁶ Voir WATTER, Commentaire bâlois du code des obligations I, Art. 459 N 10.

¹⁰⁷ Voir WATTER, Commentaire bâlois du code des obligations I, Art. 460 N 12 ss.

¹⁰⁸ Communication OFRC 1/2008, N 16.

Voir FLORIAN ZIHLER/SAMUEL KRÄHENBÜHL, Zeichnungsberechtigungen und Funktionen in der handelsregisterrechtlichen Praxis, REPRAX 3/2010, p. 61 s.

¹⁰⁹ Voir WATTER, Commentaire bâlois du code des obligations I, Art. 465 N 5.

peuvent se voir conférer les pouvoirs nécessaires en vertu d'un contrat de base, par exemple un contrat de travail ou un mandat, en combinaison avec les dispositions générales sur le droit de représentation prévues aux art. 32 ss. CO.

Les entités juridiques peuvent en outre désigner des personnes physiques comme fondés de procuration et les faire inscrire au registre du commerce en tant que tels, si elles souhaitent conférer à ces personnes des pouvoirs allant au-delà de la conclusion d'actes juridiques isolés. Dans ces circonstances, il n'est pas nécessaire de maintenir l'institution juridique du mandataire commercial au sens de l'art. 462 CO, que la pratique actuelle du registre du commerce ne permet pas d'inscrire au registre du commerce.

Art. 464

Les dispositions sur les mandataires commerciaux (art. 462 CO) étant abrogée et celles sur les fondés de procuration ayant subi de profondes modifications (art. 458 à 461), cette disposition sur l'interdiction de faire concurrence doit être adaptée en conséquence.

Le champ d'activités de l'entité juridique, qui détermine la portée de la procuration, découle de la description du but social dans les statuts et dans l'inscription au registre du commerce (voir art. 459, al. 1 et art. 118, al. 1, ORC).

Les conséquences de la violation de l'interdiction de faire concurrence restent également inchangées¹¹⁰.

Art. 465

L'al. 1 est transféré à l'art. 461, al. 1, sans modification quant au fond.

L'art. 462 CO sur les mandataires commerciaux étant abrogé et seules les entités juridiques inscrites au registre du commerce pouvant désormais nommer des fondés de procuration (voir art. 458), l'indication selon laquelle la mort du chef de la maison ou la perte de l'exercice de ses droits civils n'entraîne pas la fin de la procuration ou du mandat commercial devient caduque et l'al. 2 peut donc être abrogé.

Par conséquent, l'art. 465 CO est abrogé dans sa totalité.

Art. 591

A l'al. 1, l'expression «la Feuille officielle suisse du commerce» est remplacée par «le registre du commerce» (voir art. 643).

2.2.3 Titre vingt-sixième: De la société anonyme

Art. 626, ch. 5, 6 et 7

Les dispositions nécessaires des statuts prescrites par la loi doivent se limiter au strict minimum. Dans la pratique, les règles statutaires prévues aux ch. 5 et 6 reprennent le plus souvent le libellé exact du droit dispositif. Par mesure de simplification

¹¹⁰ Voir WATTER, Commentaire bâlois du code des obligations I, Art. 464 N 7 ss. avec renvois.

de la loi, ces deux chiffres peuvent donc être abrogés. Ainsi, sauf dispositions contraires des statuts, les règles extensives prévues dans le droit en vigueur s'appliqueront (à savoir les art. 692 ss. CO pour le droit de vote, les art. 699 ss. CO pour la convocation de l'assemblée générale, les art. 707 ss. CO pour le conseil d'administration et les art. 727 ss. CO pour l'organe de révision).

Selon l'art. 626, ch. 7, CO, les statuts doivent impérativement contenir des dispositions sur la forme à observer pour les publications de la société. Par publications, l'on entend ici aussi bien les communications aux actionnaires qu'aux tiers (par ex. aux créanciers de la société). L'art. 931, al. 2, CO prévoit que toutes les publications exigées par la loi soient faites dans la FOSC (voir art. 942, al. 1, ci-dessous). Les publications exigées par la loi incluent toutes les communications qui ne sont pas inscrites au registre du commerce, comme l'appel aux créanciers en cas de liquidation (art. 742, al. 2, CO). Etant donné que ces communications doivent de toute façon être publiées dans la FOSC, il n'est pas utile de préciser encore une fois explicitement dans les statuts que la FOSC est l'organe de publication de la société pour les communications à l'égard des tiers. C'est pourquoi, selon le nouveau ch. 7, seule la forme à observer pour les communications de la société à ses actionnaires fait encore partie des dispositions nécessaires des statuts. Ce faisant, les statuts stipuleront aussi la forme à observer pour convoquer l'assemblée générale (art. 700, al. 1, CO).

Art. 627, ch. 15 et 16 (nouveaux)

Les dispositions sur la convocation de l'assemblée générale, hormis celles concernant la forme de la convocation (voir art. 626, ch. 7), et sur les modalités du droit de vote des actionnaires font désormais partie du contenu conditionnel des statuts. Si la société veut qu'une réglementation déploie ses effets sur les plans interne et externe, elle doit l'inscrire dans ses statuts.

Art. 629, al. 2, ch. 4 et al. 3 (nouveaux)

Aujourd'hui la constitution d'une société anonyme n'est possible que moyennant un acte authentique: les fondateurs doivent obligatoirement passer devant un notaire pour authentifier l'acte constitutif (art. 629, al. 1, CO). A l'avenir, les fondateurs auront la possibilité, en vertu de l'al. 3, de renoncer à passer un acte authentique, pour autant que les apports soient effectués en espèces et que les statuts se limitent aux dispositions minimales prévues à l'art. 626. Cette procédure de constitution simplifiée s'adresse aux personnes qui veulent créer une société anonyme simple, rapidement et à moindres coûts. Etant donné que la marge de manœuvre des statuts est limitée explicitement aux dispositions nécessaires prévues par la loi et que la libération ne peut être effectuée au moyen d'apports en nature, la forme authentique qui est l'exigence de forme la plus stricte, ne se justifie pas. La forme écrite simple est suffisante dans ce cas de figure, puisque que tous les autres aspects du processus constitutif (souscription des actions, adoption des statuts, etc.) restent les mêmes. Reste que pour acquérir la personnalité juridique, la société devra tout de même être inscrite au registre du commerce (voir art. 643).

En outre, les fondateurs doivent fournir une pièce justificative distincte à l'office du registre du commerce, dans laquelle ils attestent qu'aucun bien au sens de l'art. 628, al. 1 et 2, CO n'a été accepté (sous forme d'apport en nature ou de reprise de biens) ou ne sera accepté juste après la constitution de la société (reprise de bien envisagée), qu'aucune compensation de créances n'a été effectuée et qu'aucun avantage

particulier au sens de l'art. 628, al. 3, CO n'a été octroyé, au-delà de ceux déjà mentionnés dans les pièces justificatives déposées auprès du registre du commerce. Cette déclaration connue sous le nom de «Stampa», qui n'est actuellement réglementée qu'au niveau de l'ordonnance (art. 43, al. 1, let. h, ORC), entre ainsi dans la loi. De toute évidence, cette déclaration doit être formulée dans le contexte de l'acte constitutif, raison pour laquelle il paraît logique d'inscrire cette disposition à l'art. 629, al. 2, en tant que nouveau ch. 4.

Art. 632

L'art. 632 institue une nouvelle règle selon laquelle toutes les actions doivent être émises à leur valeur nominale au moins. La pratique des offices du registre du commerce montre que dans la plupart des cas, les actions des sociétés nouvellement constituées sont entièrement libérées. Seule une petite minorité fait usage de la possibilité d'une libération partielle. Or la doctrine dominante ne donne pas de réponse claire quant à savoir ce qu'il advient de la créance résiduelle de la société envers l'actionnaire, au moment où celui-ci cède ses actions partiellement libérées (voir ch. 1.2.3 ci-dessus). Cette question en matière de responsabilité est source d'insécurité juridique. Par la même occasion, cette nouvelle règle met un terme à la pratique très répandue mais contraire à la lettre de la loi, qui consiste à émettre des actions au porteur partiellement libérées. Par ailleurs, la conception de la libération partielle ne paraît plus en phase avec les besoins, surtout depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société à responsabilité limitée qui permet, moyennant un capital minimum de 20 000 francs, de fonder une société de capitaux qui présente de nombreux points communs avec la société anonyme. Dans ces circonstances, le législateur se doit d'adopter une réglementation concise sur l'apport minimum.

Art. 634a

Cette disposition devient caduque puisque, la libération partielle des actions n'étant plus admise, à l'avenir les actions et les bons de participation seront tous entièrement libérés (voir également l'art. 4 des dispositions transitoires).

Art. 641

Cette disposition du droit de la société anonyme sur l'obligation d'inscrire les sucursales au registre du commerce est transférée à l'art. 932, dont la formulation est neutre quant à la forme juridique des entités, et l'art. 641 peut donc être abrogé.

Art. 643

Les inscriptions au registre du commerce sont directement publiées sur internet, sous forme électronique, sur la base du registre du commerce national (voir art. 936, al. 3). En raison de ce nouveau mode de publication, l'art. 931, al. 1, CO peut être abrogé (voir art. 942) puisque la publication obligatoire dans la FOSC n'est plus nécessaires. Par conséquent, l'expression «la Feuille officielle suisse du commerce» doit être remplacée par «le registre du commerce» à l'al. 4, sans modification quant au fond.

Art. 647

Dans le régime actuel, toute décision de l'assemblée générale ou du conseil d'administration portant modification des statuts doit faire l'objet d'un acte authentique (art. 647 CO). Le principe strict de cette exigence de forme est maintenu à l'al. 1. Pour une question de cohérence, il faut toutefois qu'en cas de constitution simplifiée au sens de l'art. 626, la modification ultérieure des statuts puisse aussi se faire en la forme écrite simple. Deux exceptions importantes sont toutefois prévues à l'al. 2: pour des raisons de protection du capital, les décisions relatives à la réduction du capital-actions et aux augmentations du capital-actions qui ne sont pas réalisées en espèces, devront aussi faire l'objet d'un acte authentique.

Les sociétés existantes ont la possibilité de réduire leurs statuts aux dispositions nécessaires prévues par la loi (voir art. 626). La garantie de la sécurité du droit impose dans ces cas que la décision de modification soit encore une fois dressée en la forme authentique par un officier public. Il en va de même pour les sociétés qui ont été constituées après l'entrée en vigueur de cette loi et dont les statuts ont été passés en la forme authentique.

Si certaines dispositions statutaires ne peuvent être supprimées qu'après une période donnée (voir en particulier art. 628, al. 4, CO), elles doivent demeurer dans les statuts malgré les nouvelles règles sur le contenu minimum des statuts.

Art. 650, al. 4 (nouveau)

L'al. 4 prévoit, en conformité avec l'art. 647, que si une société a été constituée sous l'empire de l'art. 629, al. 3, la forme écrite simple est aussi valable en cas d'augmentation ordinaire du capital-actions, mais à condition que les apports soient effectués en espèces. Les augmentations de capital moyennant une libération par compensation ou des apports en nature devront encore être constatées par un acte authentique.

Art. 652g, al. 4 (nouveau)

En principe, les décisions de constatation et de modification du conseil d'administration doivent revêtir la forme authentique. Cette exigence de forme peut toutefois aussi être assouplie et la forme simple être acceptée aux mêmes conditions que celles prévues à l'art. 650, al. 4, pour les décisions en modification des statuts prises par l'assemblée générale.

Art. 693, al. 2, Ire phrase

Selon l'art. 632, toutes les actions doivent être entièrement libérées. Dans ces circonstances, il est superflu d'indiquer dans la première phrase de l'al. 2 que les actions nominatives doivent être intégralement libérées.

Art. 704, al. 3

L'expression «la Feuille officielle suisse du commerce» est remplacée par «le registre du commerce» à l'al. 3, sans modification quant au fond (voir art. 643).

Art. 731b, al. 1, phrase d'introduction

L'absence de domicile légal ou de domiciliaire (voir art. 2, let. c et 117, al. 2 et 3, ORC) est désormais qualifiée de carence dans l'organisation impérativement prescrite par la loi. La procédure spéciale prévue aux art. 153 ss. ORC devient ainsi caduque et c'est aux tribunaux qu'il revient dès lors de prendre les mesures nécessaires. Cette modification avait déjà été proposée dans le projet de révision du droit de la société anonyme du 21 décembre 2007, dont l'examen a été suspendu par le Parlement le 3 septembre 2010¹¹¹. Elle permet l'harmonisation des procédures administratives prévues aux art. 153 ss. et 154 ORC.

Art. 736, ch. 2

Aucune raison objective ne permet de justifier l'obligation de constater la décision de dissolution d'une société en la forme authentique. Cette exigence de forme exagérément stricte peut donc être abandonnée au profit de la rentabilité, sans porter préjudice à la sécurité du droit. La décision de dissolution doit être constatée dans le procès-verbal de l'assemblée générale (art. 702, al. 2, ch. 2, CO).

2.2.4 Titre vingt-huitième: De la société à responsabilité limitée

Art. 776, ch. 4

Le terme «publications» est remplacé par «communications», qui est plus approprié dans ce contexte. Les statuts ne devront plus indiquer que la forme à observer pour les communications aux associés (voir art. 626, ch. 7). Ce faisant, les statuts stipuleront aussi la forme à observer pour convoquer l'assemblée des associés (voir art. 805, al. 5, ch. 1, en relation avec art. 700, al. 1, CO).

Art. 777, al. 2, ch. 5 et al. 3 (nouveaux)

Par analogie avec la procédure de constitution simplifiée de la société anonyme (voir art. 629), l'exigence de la forme authentique est aussi abandonnée pour la société à responsabilité limitée, pour autant que le contenu des statuts se limite aux dispositions nécessaires prévues à l'art. 776 et que les apports soient effectués en espèces. L'al. 3 inscrit aussi formellement la déclaration dite «Stampa» dans le droit de la société à responsabilité limitée, comme dans le droit de la société anonyme.

Art. 778a

Cette disposition du droit de la société à responsabilité limitée sur l'obligation d'inscrire les succursales au registre du commerce est transférée à l'art. 932, dont la formulation est neutre quant à la forme juridique des entités, et l'art. 778a peut donc être abrogé.

¹¹¹ Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1511

Art. 779, al. 4

L'expression «la Feuille officielle suisse du commerce» est remplacée par «le registre du commerce» à l'al. 4, sans modification quant au fond (voir art. 643).

Art. 780

Nous renvoyons ici aux explications fournies pour la société anonyme (voir art. 647).

Art. 785, al. 1, 2e phrase (nouvelle)

En vertu de l'art. 785, al. 2, CO, le contrat de cession doit contenir les mêmes renvois aux droits et obligations statutaires que l'acte de souscription des parts sociales (art. 777a, al. 2, CO). Cette règle pose souvent des problèmes dans la pratique, car lors de la cession de parts sociales à un associé les parties oublient régulièrement d'inclure les renvois aux droits et obligations statutaires dans le contrat de cession. Or si l'acquéreur est déjà un associé de la société à responsabilité limitée, on peut présumer qu'il est informé du contenu des statuts en vigueur. Dans ce cas de figure, une redite dans le contrat de cession paraît superflue.

Art. 821, al. 2

La décision de dissolution de l'assemblée des associés ne doit plus être constatée en la forme authentique (voir art. 736).

2.2.5 Titre vingt-neuvième: De la société coopérative

Art. 828, al. 1

L'art. 86, let. b, ch. 2, ORC admet déjà explicitement l'utilité publique comme but statutaire de la société coopérative. Il existe d'ailleurs des sociétés coopératives d'utilité publique dans la pratique du registre du commerce et la doctrine estime aussi qu'un but statutaire de ce type est admissible¹¹². Le code des obligations ne prévoit cependant pas explicitement l'utilité publique comme but statutaire de la société coopérative (voir art. 828, al. 1, CO). L'art. 828, al. 1, est donc complété de façon à créer une base légale formelle pour les sociétés coopératives d'utilité publique et à garantir la sécurité du droit.

Art. 830

Par analogie avec le droit de la société anonyme et de la société à responsabilité limitée, l'al. 1 institue le principe de la forme authentique de l'acte constitutif pour la société coopérative aussi. En effet, un traitement distinct des sociétés de capitaux et de la société coopérative ne se justifie pas. Le régime juridique des sociétés ne doit être différencié que si la nature de l'entité juridique l'impose. C'est la seule

¹¹² BAUDENBACHER, Commentaire bâlois du code des obligations II, Art. 828 N 16 et PETER FORSTMOSER/Franco TAISCH/TIZIAN TROXLER/INGRID D'INCÀ-KELLER, Der Genossenschaftszweck - gestern und heute, REPRAX 2/2012, pp. 25 et 33, tous deux avec renvois.

manière d'éviter des divergences qui ne sont pas imposées matériellement, dans l'intérêt de la cohérence et de l'harmonie interne du droit des sociétés¹¹³.

Comme pour la société anonyme et la société à responsabilité limitée (voir art. 629, al. 3 et 777, al. 3), l'al. 2 propose une procédure de constitution simplifiée lorsque les fondateurs limitent le contenu des statuts aux dispositions nécessaires des statuts prévues par la loi (voir art. 832) et que les éventuels apports sont effectués en espèces. Dans ce cas de figure, la forme écrite simple reste suffisante.

Les sociétés coopératives constituées avant l'entrée en vigueur de la loi pourront encore modifier leurs statuts par une décision constatée en la forme écrite pendant deux ans à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit (voir art. 5 des dispositions transitoires).

Art. 832, ch. 1 et 3 à 5

Une modification rédactionnelle ne concernant que la version allemande est apportée au ch. 1.

L'art. 832, ch. 3, CO est abrogé et transféré à l'art. 833, ch. 5^{bis}. Du point de vue matériel et systématique, cette disposition fait partie du contenu conditionnel des statuts, autrement dit des autres dispositions prévues à l'art. 833 CO, comme l'indique l'utilisation du mode conditionnel («pourraient») dans le libellé actuel.

L'organisation de l'administration et de la représentation au sein de la société coopérative est réglée aux art. 894 ss. et 898 ss. CO. Il n'est donc pas nécessaire d'imposer l'adoption de dispositions statutaires sur les organes chargés de l'administration et sur le mode de représentation. L'art. 832, ch. 4 peut donc être abrogé (voir également art. 626).

Comme pour la société anonyme et la société à responsabilité limitée, il convient de remplacer l'expression «publications» par «communications» au ch. 5 (voir art. 626 et 776).

Art. 833, ch. 5^{bis} (nouveau)

L'art. 832, ch. 3, CO est transféré tel quel à l'art. 833, ch. 5^{bis} (voir art. 832).

Art. 834, al. 2, 2e phrase (nouvelle)

Le contenu de la déclaration «Stampa» est également repris dans l'article sur la constitution de la société coopérative (voir art. 629).

Art. 836

Cette disposition du droit de la société coopérative sur l'obligation d'inscrire les succursales au registre du commerce est transférée à l'art. 932, dont la formulation est neutre quant à la forme juridique des entités, et l'art. 836 peut donc être abrogé.

¹¹³ Message du 19 décembre 2001 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2002** 2949, 2966

Art. 888, al. 3 et 4 (nouveaux)

Les prescriptions de forme relatives à la modification des statuts sont harmonisées avec celles de la société anonyme et de la société à responsabilité limitée (voir art. 830).

2.2.6 Titre trentième^{bis}: De la Feuille officielle suisse du commerce (nouveaux)

Art. 942 Feuille officielle suisse du commerce

La Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) est actuellement régie par l'art. 931 CO. Cette réglementation est transférée à l'art. 942, sous un nouveau titre trentième bis. La création de ce nouveau titre s'impose du fait que, dans le nouveau régime proposé, la publication qui fait foi est l'inscription au registre du commerce publiée directement sur internet, sur la base du registre du commerce national (voir art. 936, al. 3). Du point de vue de la systématique du droit, l'inclusion des dispositions régissant la FOSC dans le titre trentième du CO (Du registre du commerce) ne se justifie donc plus.

L'al. 1 correspond à l'art. 931, al. 2, CO et statue que les publications exigées par la loi doivent être effectuées dans la FOSC. Il s'agit par exemple de la déclaration de déchéance des droits d'un actionnaire (art. 681, al. 2, CO), de l'avis aux créanciers dans le cadre de la procédure de réduction du capital-actions (art. 733 CO) ou de l'appel aux créanciers lors de la liquidation d'une société anonyme (art. 742, al. 2, CO). La version électronique de la FOSC est déjà celle qui fait foi dans le régime actuel (art. 9 ordonnance FOSC¹¹⁴).

En raison du nouveau mode de publicité des inscriptions basé sur le registre du commerce national (voir art. 936, al. 3), l'art. 931, al. 1, CO est abrogé. Seule la publication dans le registre électronique national fera foi (voir art. 936a).

Selon l'al. 2, le Conseil fédéral peut édicter des dispositions concernant l'organisation de la FOSC. Il peut aussi mettre les informations qui y sont publiées à la disposition du public sous une autre forme. Le contenu de cet alinéa correspond à l'art. 931, al. 2^{bis} et 3, CO. Le Conseil fédéral a déjà fait usage de cette délégation de compétence dans le régime actuel en édictant l'ordonnance FOSC.

Art. 943

Les dispositions de l'art. 943 CO sur les amendes d'ordres en matière de registre du commerce sont transférées à l'art. 938. L'art. 943 peut donc être abrogé.

¹¹⁴ Ordonnance du 15 février 2006 sur la Feuille officielle suisse du commerce (Ordonnance FOSC; RS 221.415)

2.2.7

Titre trente et unième: Des raisons de commerce

Art. 956, al. 1

Le renvoi de l'al. 1 à la Feuille officielle suisse du commerce est supprimé (voir art. 643).

2.3

Dispositions transitoires

Art. 1

L'art. 1 reprend une disposition générale courante du droit transitoire. Il renvoie aux dispositions du titre final du code civil¹¹⁵, sous réserve des dispositions qui suivent (voir art. 2 à 5 des dispositions transitoires).

Art. 2

Les instituts de droit public fondés avant l'entrée en vigueur du nouveau droit sont tenus de requérir leur inscription au registre du commerce dans les deux ans qui suivent l'entrée en vigueur du nouveau droit s'ils exploitent une entreprise en la forme commerciale. Ce délai transitoire de deux ans offre aux instituts de droit public une période suffisamment longue pour s'adapter au nouveau régime (voir art. 932a).

Art. 3

Pendant les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du nouveau droit, les réquisitions d'inscription et les pièces justificatives (voir art. 929, al. 2 et 930) pourront encore être produites sur support papier. Pendant cette période, les offices du registre du commerce auront donc l'obligation d'accepter ces documents sous forme papier et de les numériser.

Art. 4

Les actions et les bons de participation émis avant l'entrée en vigueur du nouveau droit restent soumis à l'ancien régime juridique. Le législateur renonce ainsi à exiger une libération ultérieure des titres en question. En cas de libération ultérieure, ces actions et bons de participation devront cependant être entièrement libérés. Une libération ultérieure partielle serait illicite.

Art. 5

Les sociétés coopératives constituées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit pourront encore modifier leurs statuts par une décision prise en la forme écrite pendant deux ans à compter de l'entrée en vigueur. Ensuite, les nouvelles exigences quant à la forme (voir art. 830 et 888, al. 3 et 4) seront pleinement applicables. La première modification des statuts entraînera la constatation en la forme authentique des statuts dans leur ensemble.

2.4 Modification du droit en vigueur

2.4.1 Code civil

Art. 69c, al. 1

L'art. 69c, al. 1, CC est adapté à l'art. 937b en ce sens que l'office du registre du commerce est également autorisé à requérir que les mesures nécessaires soient prises lorsqu'il constate une carence dans l'organisation d'une association.

Art. 336 à 348

L'indivision est une relique de la société paysanne du moyen âge et du début de l'époque moderne, qui repose sur l'idée que le partage successoral ne doit pas être effectué immédiatement après le décès, afin d'éviter un morcellement de la propriété¹¹⁶. La noblesse a abandonné cette pratique au 13^e siècle au profit du partage¹¹⁷. Cette institution avait été reprise dans le code civil fédéral car elle était ancrée dans le droit coutumier et que certains codes civils cantonaux s'y référaient¹¹⁸. L'intention du législateur fédéral était qu'un bien hérité puisse être lié étroitement à une famille¹¹⁹.

L'indivision est définie comme une union contractuelle entre les membres d'une famille ou d'une succession (parenté au sens large), qui fonde une communauté juridique dans le but d'exploiter et d'administrer durablement un patrimoine en main commune¹²⁰. Conformément au droit suisse, il s'agit d'une communauté de biens constituée par un acte authentique portant la signature de tous les indivis¹²¹. En principe, les indivis agissent conjointement. Ils peuvent toutefois désigner un «chef» en qualité de représentant de l'indivision. Cette représentation n'est toutefois opposable aux tiers que si le chef est inscrit au registre du commerce¹²². L'art. 150, al. 1, ORC institue d'ailleurs à cet égard une obligation générale, pour le chef de l'indivision, de requérir son inscription au registre du commerce¹²³.

Le régime de l'indivision présente de gros inconvénients: la constitution, l'administration et la représentation sont compliquées, la structure des rapports internes est rigide (principe du vote par tête et unanimité¹²⁴). L'indivision n'a pas la personnalité juridique et les indivis sont solidairement responsables¹²⁵. En contrepartie, elle ne présente aucun avantage spécifique par rapport à la succession indivi-

¹¹⁶ LEHMANN/HÄNSELER, Commentaire bâlois du code civil I, Art. 336 N 1s.

¹¹⁷ Voir l'article sur l'Indivision dans le Dictionnaire historique de la Suisse: <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8977.php>.

¹¹⁸ PIOTET, Commentaire romand du code civil I, Art. 336 N 2.

¹¹⁹ LEHMANN/HÄNSELER, Commentaire bâlois du code civil I, Art. 336 N 17.

¹²⁰ LEHMANN/HÄNSELER, Commentaire bâlois du code civil I, Art. 336 N 4.

¹²¹ Art. 337 et 342, al. 1, CC

¹²² Art. 341, al. 3, CC

¹²³ Voir à ce sujet RINO SIFFERT, Exoten des Handelsregisters - Eintragungen von besonderen Vertretungsverhältnissen und von Beschlüssen der Gläubigerversammlung von Anleihenobligationen, REPRAX 1/2009, p. 74 s.

¹²⁴ Art. 340, al. 1, CC

¹²⁵ Art. 342, al. 2, CC

se, à la communauté de biens, à la société simple et à la fondation¹²⁶. Sur le plan fiscal, l'indivision est traitée depuis toujours comme une société simple; autrement dit le produit est imposé en qualité de revenu auprès de chaque indivis¹²⁷.

Dans ces circonstances, il n'est pas surprenant que cette institution ne soit pratiquement plus utilisée¹²⁸. A peine une cinquantaine d'indivisions sont inscrites au registre du commerce¹²⁹. Au cours des dix dernières années, seules huit nouvelles indivisions ont été constituées dont six en Suisse romande (quatre pour le seul canton de Vaud) et deux seulement en Suisse alémanique (une à Schwyz et une en Argovie).

La protection de la propriété foncière rurale est aujourd'hui assurée par la loi fédérale sur le droit foncier rural¹³⁰, notamment à travers l'interdiction de partage matériel et de morcellement (art. 58 LDFR) et par l'obligation d'obtenir une autorisation pour acquérir les entreprises et les immeubles agricoles (art. 61 LDFR). De plus, d'autres institutions juridiques permettent de garantir la sauvegarde du patrimoine plus simplement (communauté de biens, société simple, fondation, société en nom collectif). De toute manière, la gestion des grandes fortunes est généralement confiée à des structures professionnalisées.

L'institution juridique de l'indivision est donc désuète et peut par conséquent être abrogée.

Art. 13d du titre final du code civil (nouveau)

Les indivisions qui ont été constituées avant l'entrée en vigueur de l'abrogation des dispositions régissant cette institution juridique (voir art. 336 à 348 ci-dessus) restent soumises à l'ancien droit et ne sont donc pas automatiquement dissoutes.

2.4.2 Loi sur la surveillance de la révision

2.4.2.1 Assurance-qualité des entreprises de révision

2.4.2.1.1 Contexte

Les prestations de révision se caractérisent par un niveau élevé de complexité et de dynamisme, lié à l'évolution constante des sociétés révisées et du référentiel normatif. Par ailleurs, la pression concurrentielle contraint les entreprises de révision à fournir leurs prestations au meilleur prix. Le risque résultant est que les prestations de révision ne soient pas toujours conformes aux dispositions légales et aux règles professionnelles.

Il incombe aux entreprises de révision de maîtriser ce risque en se dotant d'un système interne d'assurance-qualité. Un tel système englobe l'ensemble des procédures et des règles visant à garantir le respect des dispositions légales et des règles

¹²⁶ MARGARETA BADDELEY, L'indivision de famille (art. 336-348 CC), in: Mélanges publiés par l'Association des notaires vaudois à l'occasion de son centenaire, Zurich 2005, p. 70.

¹²⁷ LEHMANN/HÄNSELER, Commentaire bâlois du code civil I, Art. 336 N 18.

¹²⁸ Voir PIOTET, Commentaire romand du code civil I, Art. 336 N 3.

¹²⁹ Etat au 12 avril 2012

¹³⁰ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (LDFR; RS 211.412.11)

professionnelles¹³¹. L'importance du système interne d'assurance-qualité est essentielle, raison pour laquelle le législateur en a fait l'une des conditions d'agrément pour les entreprises de révision (art. 6, al. 1, let. d, LSR¹³² et art. 9 OSRÉv¹³³). Les règles professionnelles prévoient également cette obligation¹³⁴.

La mise en place d'un système interne d'assurance-qualité présuppose que l'entreprise compte au minimum deux professionnels au bénéfice du même type d'agrément que cette entreprise elle-même. Si l'entreprise ne compte qu'un professionnel au bénéfice d'un tel agrément, son travail ne sera pas contrôlé ou le sera forcément par une personne moins qualifiée. Il est donc impossible de respecter le principe du système interne d'assurance-qualité dans une telle situation. L'entreprise de révision se trouve ainsi en contradiction avec la mention figurant dans ses rapports de révision, à savoir que toutes les règles professionnelles sont respectées.

Conscient de ce problème, le Conseil fédéral a décidé d'aménager la possibilité de s'affilier à un système de revue par des pairs pour les entreprises de révision comptant une seule personne au bénéfice de l'agrément requis, le délai pour remplir cette condition étant fixé au 31 août 2013 (art. 9, al. 2, en rel. avec art. 49 OSRÉv; c'est ce qu'on appelle en anglais le système "Peer Review", cf. à ce propos ch. 2.4.2.1.3).

A défaut d'un système *interne* d'assurance-qualité, l'entreprise de révision doit donc s'affilier à un système *externe* d'assurance-qualité. Le système de revue par des pairs nécessite toutefois la mise en place de bases légales qui n'existent pas encore. Le délai d'affiliation à un tel système devrait donc être prorogé de trois ans, soit jusqu'au 31 août 2016¹³⁵.

Toutefois, cet objectif doit être repensé à la lumière des récents développements au plan législatif. Ainsi, le législateur a introduit au 1^{er} janvier 2012 un relèvement important des valeurs seuils de la révision ordinaire par rapport au contrôle restreint, les faisant passer de 10/20/50 à 20/40/250 (art. 727, al. 1, ch. 2, CO¹³⁶). Les entreprises qui n'atteignent pas ces valeurs seuils sont réputées appartenir à la catégorie des petites et moyennes entreprises (PME). Les entreprises qui dépassent ces valeurs

¹³¹ Le système interne d'assurance-qualité englobe typiquement les règles d'organisation générale de l'entreprise, les règles de procédure ayant trait au traitement des prestations de révision et les règles de supervision (supervision des travaux par une personne qualifiée, mais qui ne participe pas à l'exécution du mandat de révision).

¹³² RS 221.302

¹³³ RS 221.302.3

¹³⁴ Cf. à ce propos, selon le profil de la société révisée, les International Standards on Quality Control 1 (ISQC 1), la norme ISA 220 (International Standard on Auditing 220 Quality Control for an Audit of Financial Statements), éditée par l'International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB), la norme d'audit suisse 220 „Contrôle qualité dans l'audit“, éditée par la Chambre Fiduciaire, et les Instructions sur l'assurance-qualité dans les petites et moyennes entreprises de révision, éditées par la Chambre Fiduciaire et FIDUCIAIREISUISSE.

¹³⁵ Cf. le rapport explicatif du 16 août 2012 à propos de l'audit du Département fédéral de justice et police (DFJP) concernant l'entrée en vigueur de la modification du code des obligations du 23 décembre 2011 (droit comptable) et des dispositions d'exécution, 2e partie de la révision partielle de l'ordonnance sur la surveillance de la révision (OSRÉv), ch. 2.2.

¹³⁶ Art. 727, al. 1, ch. 2, CO: " Les sociétés suivantes sont tenues de soumettre leurs comptes annuels et, le cas échéant, leurs comptes de groupe au contrôle ordinaire d'un organe de révision: 2. les sociétés qui, au cours de deux exercices successifs, dépassent deux des valeurs suivantes: a. total du bilan: 20 millions de francs, b. chiffre d'affaires: 40 millions de francs, c. Effectif: 250 emplois plein temps en moyenne annuelle". Cf. Florian Zihler, Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR, ST 9/2011, p. 670 ss.

seuils font logiquement partie des grandes entreprises. Ces nouvelles valeurs seuils remettent en question le dispositif prévu par le législateur en ce qui concerne le système interne d'assurance-qualité et le système externe d'assurance-qualité, la question étant de savoir si ce dispositif est encore une réponse valable face aux risques inhérents à la révision des entreprises concernées.

2.4.2.1.2 Assurance-qualité interne

Considérons les mandats de révision émanant d'entreprises dont la taille, la complexité et l'importance économique sont supérieures aux valeurs seuils (total du bilan: 20 millions de francs, chiffre d'affaires: 40 millions de francs, effectifs: 250 équivalents plein-temps en moyenne annuelle): aucune simplification ne se justifie objectivement en ce qui concerne le système interne d'assurance-qualité. Les entreprises de révision mandatées pour la révision de telles sociétés doivent par conséquent être dotées d'un système interne d'assurance-qualité à partir du 1^{er} septembre 2013¹³⁷.

En revanche, il apparaît raisonnable de supprimer l'obligation légale du système interne d'assurance-qualité pour les entreprises de révision dont les activités se limitent au contrôle restreint (cf. à ce propos art. 6, al. 1, let. d et al. 1^{bis} P-LSR). Par rapport à la législation en vigueur, les nouvelles dispositions allègent considérablement les organes de révision des PME. L'abandon de l'obligation légale n'empêchera pas les entreprises de révision de s'astreindre au régime du système interne d'assurance-qualité pour se prémunir contre les risques de responsabilité. Par ailleurs, les associations professionnelles pourront toujours adresser à leurs membres des directives en matière d'assurance-qualité interne. Les acteurs du marché seront finalement aussi appelés à se prononcer sur la valeur qu'ils accordent à l'assurance-qualité interne et sur la justesse du nouveau dispositif légal. Dans cette optique, il serait judicieux, encore sous la législation en vigueur, d'ajouter au registre ASR une mention indiquant si l'entreprise de révision dispose d'une assurance-qualité interne et quelles en sont les modalités de fonctionnement¹³⁸.

2.4.2.1.3 Assurance-qualité externe

Le contrôle de qualité *externe* consiste à faire examiner par une tierce personne qualifiée et indépendante si le système interne d'assurance-qualité est adéquat et efficace. Le système *interne* d'assurance-qualité (cf. supra, ch. 2.4.2.1.1 s) constitue un préalable important pour réaliser des révisions de haute qualité. Mais l'assurance-qualité interne ne suffit pas toujours à consolider la fiabilité de la révision. Une assurance-qualité externe s'impose donc dans tous les cas où il faut crédibiliser le

¹³⁷ Cf. à ce propos art. 9, al. 2 et art. 49, al. 1 P-OSRév ainsi que le rapport explicatif du 24 août 2012 à propos de l'audition du Département fédéral de justice et police (DFJP) concernant l'entrée en vigueur de la modification du code des obligations du 23 décembre 2011 (droit comptable) et des dispositions d'exécution, 2e partie de la révision partielle de l'ordonnance sur la surveillance de la révision (OSRév), ch. 2.2.

¹³⁸ Cf. à ce propos art. 20, let. f^{bis} P-OSRév ainsi que le rapport explicatif du 24 août 2012 à propos de l'audition du Département fédéral de justice et police (DFJP) concernant l'entrée en vigueur de la modification du code des obligations du 23 décembre 2011 (droit comptable) et des dispositions d'exécution, 2e partie de la révision partielle de l'ordonnance sur la surveillance de la révision (OSRév), ch. 2.2.

système interne d'assurance-qualité en le soumettant à un contrôle externe, indépendant et qualifié.

De manière générale, on distingue deux systèmes externes de contrôle-qualité¹³⁹:

La revue par les pairs (ce qu'on appelle en anglais la *Peer Review*) est une procédure de surveillance et d'autorégulation dans le cadre de laquelle le contrôle de qualité est effectué par un professionnel de qualification égale (le pair ou le peer selon la terminologie établie). Ce spécialiste est choisi, mandaté et rémunéré par l'entreprise de révision faisant l'objet du contrôle externe. L'association faïtière de la branche prend en charge en principe l'organisation et la gestion de la procédure, de sorte que le contrôle en lui-même se fonde essentiellement sur l'autorégulation. Les principaux avantages d'un tel système sont: la valorisation du savoir-faire des professionnels expérimentés, une meilleure acceptation au sein de la branche, une meilleure réponse face aux nouvelles questions pratiques, un allègement administratif pour l'Etat, avec pour corollaire une compression des coûts.

Le monitoring (*monitoring* en anglais) est le nom donné à la surveillance de l'Etat. C'est un contrôle de qualité opéré par des inspectrices et des inspecteurs qui sont employés par une autorité de surveillance étatique ou au moins tenus de respecter ses instructions. Cette autorité a pour compétence d'organiser et d'opérer les inspections. Les avantages essentiels de ce système sont: l'indépendance des inspectrices et des inspecteurs face aux entreprises de révision inspectées, la garantie d'égalité de traitement pour les entreprises de révision contrôlées, et le désamorçage des conflits d'intérêt possibles au niveau de la branche, laquelle est à la fois l'instance normative, l'instance exécutive et l'instance défendant les intérêts de la branche. De plus, les inspections sont en général opérées par des spécialistes qui ne pratiquent pas et qui sont de surcroît tenus par le secret professionnel: ils n'ont donc pas la possibilité de recueillir des informations sensibles via leur activité de contrôle pour concurrencer les entreprises de révision contrôlées. On évite ainsi des atteintes inutiles à la concurrence. Enfin, lorsque des lacunes sont relevées dans le cadre des inspections, les mesures d'amélioration et les éventuelles sanctions sont plus faciles à imposer dans un système de contrôle étatique que dans un système d'autorégulation.

Au plan international, on observe une nette tendance à privilégier la surveillance étatique depuis l'entrée en vigueur du Sarbanes-Oxley Act en 2002 aux Etats-Unis. L'UE a certes pris le parti de l'équivalence des deux systèmes présentés ci-dessus¹⁴⁰, mais prescrit un contrôle externe d'assurance-qualité par une autorité de surveillance étatique pour les entreprises d'intérêt général¹⁴¹.

L'évolution internationale a également conduit la Suisse à instaurer en 2007 une surveillance étatique visant les entreprises de révision. L'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) est toutefois dotée de compétences qui limite

¹³⁹ Voir par exemple Günther Gabor, *Systeme der externen Qualitätskontrolle im Berufsstand der Wirtschaftsprüfer*, thèse à Zurich, 2005, publié dans la collection Deutscher Universitätsverlag, Wiesbaden 2006, 28 sqq., avec d'autres références.

¹⁴⁰ Recommandation de la Commission du 15 novembre 2000, relative aux exigences minimales en matière de contrôle de la qualité du contrôle légal des comptes dans l'Union européenne, JOCE L 91, 91 ss.

¹⁴¹ Art. 29 ss. de la directive 43/2006/CE, JOCE L 157 du 9 juin 2006, 87 ss.; Recommandation de la Commission du 6 mai 2008 relative à l'assurance qualité externe des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit qui contrôlent les comptes d'entités d'intérêt public, JOCE L 120 du 7 mai 2008, 20 ss.

son champ d'action actuellement à quelque vingt entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat, c'est-à-dire les entreprises qui révisent des sociétés ouvertes au public¹⁴². Les quelque 3'500 entreprises de révision restantes reçoivent certes l'agrément de l'ASR pour autant qu'elles remplissent certaines conditions minimales, mais ne sont pas soumises à la surveillance de l'Etat. L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) surveille pour sa part les organes de révision des instituts financiers. Le Conseil fédéral a décidé le 14 juin 2012, sur proposition de la FINMA et de l'ASR, de concentrer ces compétences de surveillance au sein de l'ASR¹⁴³. Le projet de réglementation correspondant fera l'objet d'une procédure d'audition avant fin 2012.

En ce qui concerne les entreprises de révision opérant uniquement des contrôles restreints en Suisse, les considérations relatives à l'assurance-qualité externe vont dans le même sens que pour l'assurance-qualité interne (cf. supra, ch. 2.4.2.1.2): il y a lieu de renoncer à l'obligation légale de s'affilier à un système externe d'assurance-qualité, comme c'est déjà le cas sous la législation en vigueur. Cela s'applique également aux entreprises de révision qui sont certes au bénéfice d'un agrément en qualité d'expert-réviseur et qui sont théoriquement habilitées à accepter des mandats de révision ordinaire, mais qui n'opèrent que des contrôles restreints. Dans ce cas également, les acteurs du marché doivent pouvoir reconnaître en consultant le registre ASR quelles sont les entreprises de révision affiliées à un système d'assurance-qualité externe¹⁴⁴.

En ce qui concerne les entreprises de révision qui opèrent des révisions ordinaires, les mêmes considérations s'appliquent, mais à l'inverse: la taille, la complexité et l'importance économique des entreprises révisées nécessitent la mise en place d'une assurance-qualité externe, à l'instar de l'évolution internationale dans ce domaine.

En Suisse également, il y a lieu de se poser la question si l'assurance-qualité externe doit se fonder sur un régime d'autorégulation ou sur un régime de surveillance étatique. Abstraction faite des avantages des deux systèmes, qui font pencher la balance plutôt pour la surveillance étatique, le contexte helvétique appelle les considérations suivantes: la création d'un système de revue par les pairs nécessiterait des bases légales relativement développées¹⁴⁵; le régime d'autorégulation serait lié à des conditions matérielles minimales¹⁴⁶. De plus, il faudrait étudier les modalités selon

¹⁴² Cf. la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR; RS 221.302). La notion de société ouverte au public est définie à l'art. 727, al. 1, ch. 1 du code des obligations (CO; RS 220).

¹⁴³ Cf. le communiqué de presse du 21 juin 2012 de la FINMA, intitulé „Réforme de la surveillance des sociétés d'audit pour les marchés financiers“.

¹⁴⁴ Cf. art. 20, let. 1^{re} P-OSRÉv ainsi que le rapport explicatif du 24 août 2012 à propos de l'audition du Département fédéral de justice et police (DFJP) concernant l'entrée en vigueur de la modification du code des obligations du 23 décembre 2011 (droit comptable) et des dispositions d'exécution, 2e partie de la révision partielle de l'ordonnance sur la surveillance de la révision (OSRÉv), ch. 2.2.

¹⁴⁵ Il faut considérer l'aménagement d'une exception au maintien du secret professionnel (art. 730b, al. 2 CO), de manière à ce que l'entreprise de révision inspectée par un pair puisse le renseigner sur ses mandats de révision. Le pair inspecteur doit nécessairement bénéficier d'un droit d'accès et de renseignement pour remplir sa mission. De plus, le pair inspecteur doit être assujéti au maintien du secret professionnel, dont l'infraction est punissable (art. 321 du code pénal, CP; RS 311.0).

¹⁴⁶ Restent à définir les modalités, par exemple le nombre, le type et la profondeur des inspections, les exigences professionnelles, l'indépendance des pairs inspecteurs par rapport aux entreprises inspectées.

lesquelles l'Autorité fédérale de surveillance (ASR), instaurée en 2007, et le système autorégulateur peuvent travailler main dans la main¹⁴⁷. Un fonctionnement harmonieux nécessiterait à coup sûr des efforts d'organisation considérables¹⁴⁸.

La surveillance étatique a des arguments de poids face à cette problématique. En effet, les bases légales de cette surveillance ont déjà été élaborées par l'ASR – et amplement testées dans la pratique. On possède donc aujourd'hui déjà une sécurité juridique assez développée par rapport aux compétences de la surveillance étatique et aux points de contrôle prioritaires dont elle fait son programme. L'ASR dispose d'une équipe d'inspecteurs qui ont acquis une précieuse expérience pendant ces cinq dernières années. Dans la branche de l'audit en revanche, rares sont les inspections qui ont lieu sur une base volontaire. Par conséquent, les professionnels dotés de l'expérience nécessaire font défaut. Il faut donc compter avec des insécurités juridiques pendant la phase de mise en place et de rodage du système de revue par les pairs, ce qui ne serait pas le cas en recourant au système de la surveillance étatique.

L'extension de la surveillance étatique se justifie aussi au plan financier: le relèvement des valeurs seuils (cf. supra ch. 2.4.2.1.1) devrait nettement réduire à partir de 2013 le nombre d'entreprises de révision qui effectuent des révisions ordinaires et qui ne sont pas déjà légalement ou volontairement assujetties à la surveillance de l'ASR. Selon les projections, ce nombre devrait se situer autour de quelques dizaines d'entreprises de révision seulement. Par ailleurs, la branche de la révision prévoit d'appliquer en Suisse dès 2013/2014 les nouvelles normes internationales d'audit et d'assurance-qualité dans l'audit (les normes ISA dites „clarifiées“)¹⁴⁹. Or, il faut s'attendre à ce que, sous l'effet de cette nouvelle réglementation, les révisions ordinaires ne pourront désormais être assumées que par des entreprises de révision ayant une taille critique suffisante. Dès lors, il faut considérer l'équilibre financier entre un nouveau système de revue par les pairs, dont la création engendrerait des coûts relativement élevés, à répartir sur un nombre relativement limité d'entreprises, et le système de surveillance de l'ASR, déjà fonctionnel et validé par la pratique, dont ces entreprises pourraient profiter à moindres coûts.

En résumé, la création d'un système d'autorégulation coûteux pour un nombre limité d'entreprises ne se justifie pas si le système de surveillance étatique existant peut intégrer à moindre coût cette nouvelle fonctionnalité.

Les entreprises de révision qui prennent en charge des mandats de révision ordinaire pour des entreprises ouvertes au public ou des instituts financiers sont soumises à une surveillance moins sévère dans la mesure où elles ne sont pas contrôlées tous les trois ans, mais seulement tous les cinq ans (cf. infra, art. 16, al. 1^{bis}, P-LSR). De plus, l'obligation de renouveler l'agrément tous les cinq ans est supprimée par rapport au droit en vigueur (cf. infra, art. 3, al. 2, P-LSR). Par ailleurs, l'ASR dose

¹⁴⁷ Il faut considérer que l'ASR, autorité responsable de l'agrément, doit être informée du résultat des inspections. Dans les cas graves, elle doit pouvoir engager une action à l'encontre des entreprises et des personnes fautives, de manière à garantir la protection contre les révisions non conformes. A l'inverse, il faut également étudier si l'ASR peut transmettre les informations qu'elle a collectées dans le cadre de son activité au système autorégulateur, afin que celui-ci puisse agir de manière proportionnelle aux risques.

¹⁴⁸ Il faudrait notamment considérer la nécessité de créer un organisme d'autorégulation (OAR), doté d'un organe stratégique chargé de définir les directives opérationnelles, et un organe opérationnel, qui planifie et qui opère les inspections.

¹⁴⁹ Cf. THORSTEN KLEIBOLD / RETO ZEMP, Projet ISA clarifiées – Etat des lieux et perspectives, Introduction en Suisse, in: L'Expert-Comptable Suisse 2012, 199 ss.

ses contrôles en fonction des risques encourus: en clair, elle définit l'envergure et la profondeur de chaque examen en fonction de la taille et de la complexité des mandats de révision considérés.

2.4.2.2 Surveillance des entreprises de révision étrangères

Aux fins de protection des investisseurs sur le marché suisse et à l'instar des réglementations étrangères régissant la même matière¹⁵⁰, la loi sur la surveillance de la révision¹⁵¹ déploie certains effets extraterritoriaux. C'est ainsi que les entreprises de révision étrangères doivent aussi être surveillées par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR), ou par une autorité de surveillance étrangère reconnue par le Conseil fédéral, si elles audient des sociétés étrangères qui sont actives directement ou indirectement sur le marché suisse des capitaux (art. 8 al. 1 LSR). De cette manière, le champ d'application interne de la surveillance de la révision est étendu aux sociétés qui opèrent sur le plan international¹⁵². L'art. 8 LSR est la base légale de cette extra-territorialité, mais il n'est pas encore entré en force car des accords de collaboration et de reconnaissance réciproque doivent d'abord être signés avec les principales autorités étrangères partenaires.

Etant donné le champ d'application extraterritorial de la LSR, l'organe de révision d'un groupe actif au plan international tombe sous le coup de la surveillance de plusieurs Etats. Pour éviter les redondances, la LSR prévoit deux exceptions à l'agrément obligatoire et à la surveillance par l'ASR:

lorsque l'entreprise de révision étrangère est placée sous la surveillance d'une autorité étrangère reconnue par le Conseil fédéral (art. 8, al. 2 LSR);

lorsque l'emprunt par obligations est garanti par une société qui dispose d'une entreprise de révision placée sous la surveillance de l'ASR ou d'une autorité de surveillance étrangère reconnue par le Conseil fédéral (art. 8, al. 3 LSR)¹⁵³.

A l'instar de l'UE et du Japon, mais à la différence des USA, la Suisse applique le modèle de la surveillance par l'Etat de domicile, ce modèle étant étroitement lié au principe de la reconnaissance mutuelle (mutual recognition en anglais). Selon ce modèle, l'agrément et la surveillance des entreprises de révision relèvent en premier lieu de la compétence de l'autorité de surveillance de l'Etat dans lequel l'entreprise

¹⁵⁰ Cf. Section 106 de la loi américaine Sarbanes-Oxley-Act de 2002 et art. 44 et suivants de la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil, Journal officiel de l'Union européenne L.157/87 du 9 juin 2006, p. 87 ss, p 104 ss.

¹⁵¹ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (Loi sur la surveillance de la révision, LSR; RS **221.302**)

¹⁵² Message du 23 juin 2004 concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF **2004** 3745, 3839 ss.

¹⁵³ Les emprunts obligatoires étrangers sont souvent émis par des émetteurs ayant leur siège dans des Etats off-shore, mais sont garantis par une société mère établie dans un état on-shore. Les investisseurs ne sont pas désavantagés dans la mesure où l'emprunt obligatoire est intégralement garanti par une société mère dont l'organe de révision est placé sous surveillance (cf. message du Conseil fédéral concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF **2004** 3745, 3841).

de révision a son siège ou son domicile. Si l'entreprise ne reçoit pas l'agrément en qualité d'entreprise de révision soumise à la surveillance de l'Etat, les titres sont décotés et l'émetteur est sanctionné par la SIX Swiss Exchange Regulation (SER)¹⁵⁴.

L'expérience pratique de ces cinq dernières années a montré que les systèmes de surveillance étatiques sont très hétérogènes. Il faut s'attendre à ce que la Suisse ne puisse reconnaître les autorités de surveillance de certains Etats, notamment lorsqu'il n'y a aucun dispositif de surveillance en place ou que son équivalence s'avère très problématique. En tout état de cause, il faut s'attendre à ce que de nombreuses entreprises de révision étrangères ne puissent bénéficier des deux dérogations susmentionnées (art. 8, al. 2 et 3, LSR) et que leur nombre sera plus élevé qu'estimé historiquement par le législateur. Ces entreprises tomberont logiquement sous le coup de la surveillance directe de l'ASR. La surveillance des entreprises de révision sises à l'étranger se heurte toutefois à des limites de nature politique, juridique et pratique (par exemple la langue de communication). L'agrément en qualité d'entreprise de révision soumise à la surveillance de l'Etat et l'inspection par l'ASR à l'étranger sont liés à un certain coût pour l'organe de révision étranger et représentent par conséquent une charge indirecte pour la cotation des actions et des emprunts en Suisse. Cela peut avoir des effets sur l'attrait du marché suisse des capitaux. A l'opposé, les investisseurs participant au marché suisse des capitaux ont également droit à une révision conforme aux normes internationales même si l'entreprise dans laquelle ils investissent a son siège à l'étranger.

Les intérêts de la protection des investisseurs, la mise en place d'une surveillance effective et efficace et la compétitivité du marché suisse des capitaux sont antinomiques: il faut donc aménager le dispositif de surveillance étatique de manière différenciée (cf. supra, art. 8, art. 9, al. 2 et art. 43b, al. 2, P-LSR).

2.4.2.3 Commentaires particuliers

Remplacement d'une expression

Le terme «société ouverte au public» est remplacé par le terme «société d'intérêt public» dans le titre de la section 3 ainsi qu'aux art. 7, al. 1, art. 9 al. 1, art. 11 al. 1 phrase introductive et al. 2, LSR. Cette modification clarifie le fait que les entreprises de révision ne sont pas seulement placées sur la surveillance de l'ASR lorsqu'elles fournissent des prestations de révision pour des sociétés ouvertes au public, mais aussi lorsqu'elles fournissent de telles prestations pour des entités d'intérêt public (cf. supra, ch. 2.4.2.1.3. et infra, art. 2, let. c, P-LSR).

Art. 2, let. c

L'art. 2, let. c, énumère les entreprises qui ont l'obligation légale de faire réviser leurs comptes par une entreprise de révision placée sous la surveillance de l'ASR. Il s'agit des entreprises suivantes:

¹⁵⁴ Art. 8, al. 3^{bis} Loi sur les bourses (LBVM; RS 954.1) en rel. avec art. 13 règlement de cotation du Swiss Exchange SIX.

les sociétés ouvertes au public (art. 2, let. c, ch. 1, P-LSR): déjà selon le droit en vigueur (art. 2, let. c, LSR), l'ASR surveille toutes les entreprises de révision qui fournissent des prestations de révision soumises à surveillance pour des sociétés ouvertes au public. Actuellement, c'est le cas de 22 entreprises de révision, dont cinq se sont placées volontairement sous la surveillance de l'ASR.

Les sociétés qui doivent soumettre leurs comptes annuels et, le cas échéant, leurs comptes consolidés à un organe de révision dans le cadre de la révision ordinaire (art. 2, let. c, ch. 2, en rel. avec art. 727, al. 1, ch. 2 et 3, CO¹⁵⁵): désormais, la surveillance de l'ASR englobera également les sociétés de révision qui opèrent des révisions ordinaires pour le compte d'entités qui ne sont pas des sociétés ouvertes au public (cf. supra, ch. 2.4.2.1.3). Ces entreprises de révision sont placées sous une surveillance moins étroite, dans la mesure où elles font l'objet d'une inspection tous les cinq ans au lieu de tous les trois ans, et dans la mesure aussi où l'ASR module l'étendue et la profondeur de son examen en fonction de la taille et de la complexité des mandats de révision (cf. infra, art. 16, al. 1^{bis}, P-LSR). De plus, l'obligation de renouveler l'agrément tous les cinq ans est supprimé par rapport au droit en vigueur (cf. commentaires suivants).

Art. 3, al. 2

Selon le droit en vigueur, les personnes physiques sont agréées pour une durée illimitée, tandis que les entreprises de révision sont agréées pour une durée de 5 ans (art. 3, al. 2, LSR). La durée limitée de l'agrément n'est pas très judicieuse dans le cas des entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat, parce que l'ASR contrôle régulièrement ces entreprises et que, au moindre doute, elle vérifie sur-le-champ si elles remplissent les conditions d'agrément (art. 16, LSR). Les entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat bénéficieront donc à l'avenir d'un agrément illimité dans le temps, ce qui les décharge de la procédure assez lourde du renouvellement de l'agrément.

Art. 6, al. 1, let. d et al. 1^{bis}

Comme sous le droit en vigueur, une entreprise de révision est agréée en qualité d'expert-réviseur ou de réviseur (art. 6, al. 1, let. d, LSR) lorsqu'elle dispose d'un système interne d'assurance-qualité adéquate et efficace (art. 6, al. 1, let. d, P-LSR). Cette disposition est reformulée en intégrant la définition plus précise de l'art. 9, al. 1, OSRév.

Dans l'optique de décharger les entreprises de révision qui opèrent des prestations de révision uniquement pour le compte de PME (cf. supra, ch. 2.4.2.1.2), le nouvel alinéa 1^{bis} prévoit que les entreprises de révision qui n'opèrent que des contrôles restreints, respectivement des prestations de révision nécessitant seulement l'agrément en qualité de réviseur, sont exemptées de l'obligation de se doter d'un système interne d'assurance-qualité (art. 6, al. 1^{bis}, P-LSR).

Selon la version actuelle de l'art. 8 LSR, qui n'a pas encore été mis en vigueur, doivent également être agréées en qualité d'entreprise de révision soumise à la surveillance de l'Etat les sociétés de révision qui fournissent des prestations en matière de révision selon le droit suisse ou selon le droit étranger pour le compte de sociétés régies par le droit étranger dont les titres de participation sont cotés à une bourse suisse (art. 8, al. 1, let. a, LSR). Cette disposition ne change pas.

De plus, la version actuelle de l'art. 8 LSR prévoit que l'organe de révision d'une société régie par le droit étranger qui est débitrice, en Suisse, d'un emprunt obligataire doit être agréé par l'ASR ou être placé sous la surveillance d'une autorité étrangère reconnue par le Conseil fédéral (art. 8, al. 1, let. b en relation avec art. 2 LSR). Cette formulation englobe aussi bien les emprunts obligataires cotés en bourse en Suisse que ceux qui ne le sont pas¹⁵⁶. Selon l'expérience accumulée jusqu'ici, il est très difficile d'identifier les émetteurs suisses d'emprunts non cotés ainsi que leur organe de révision, car les emprunts en question ne sont pas négociés, ou en tout cas pas sur un marché libre et transparent. Toutefois, l'identification en Suisse est possible parce que les entreprises de révision suisses concernées sont informées en conséquence. Ces difficultés sont encore accentuées dans le cas des émetteurs étrangers et de leur organe de révision, parce que les entreprises de révision concernées sont disséminées dans le monde entier, qu'elles ne font pas forcément l'objet d'une surveillance locale et qu'elles sont peu sensibilisées par rapport aux relations internationales. L'engagement lié à la surveillance des organes de révision d'émetteurs d'emprunts non cotés en bourse est disproportionné par rapport aux bénéfices que l'on pourrait en espérer pour la protection des investisseurs (cf. supra ch. 2.4.2.2). Le champ d'application de la LSR doit donc être limité aux organes de révision d'émetteurs étrangers dont les emprunts sont cotés à une bourse suisse.

L'art. 8 LSR prévoit encore que l'organe de révision des principales sociétés affiliées (suisse et étrangères) soit placé sous la surveillance de l'autorité compétente (art. 8, al. 1, let. c et d, LSR). Initialement, cette prescription avait pour but de coordonner le champ d'application de la surveillance de la révision en Suisse avec les Etats-Unis¹⁵⁷. Mais la pratique a montré que l'entraide administrative fonctionne aussi sans cette coordination. De plus, il est probable que les principales sociétés affiliées étrangères ne pourront être identifiées que moyennant un effort sans commune mesure avec le bénéfice que l'on serait en droit d'en attendre en termes de protection des investisseurs. Par conséquent, il convient aussi de renoncer à la surveillance de l'organe de révision des principales sociétés affiliées étrangères. Les dispositions correspondantes (art. 8, al. 1, let. c et d, LSR) sont donc biffées.

Les entreprises de révision étrangères qui sont placées sous la surveillance d'une autorité étrangère reconnue par le Conseil fédéral sont dispensées de l'agrément obligatoire (art. 8, al. 2, LSR). L'application de cette disposition n'est pas clairement définie, de sorte que cette disposition a été reformulée. Désormais, l'ASR libère, sur demande, les entreprises de révision de l'obligation d'agrément lorsqu'elles sont placées sous la surveillance d'une autorité étrangère reconnue par le Conseil fédéral. Le Conseil fédéral fixe les critères applicables. Il faut notamment considérer ici qu'une autorité de surveillance étrangère reconnue est à même de fournir une entrai-

¹⁵⁶ Ibid., FF 2004 3745, 3787 et 3839

¹⁵⁷ Ibid., FF 2004 3745, 3840

de administrative. Les entreprises de révision libérées de l'obligation d'agrément sont publiées dans le registre de l'ASR (art. 15, al. 2, LSR). L'autorité de surveillance étrangère reconnue par le Conseil fédéral ne doit pas impérativement être l'autorité de surveillance de l'Etat de domicile de l'entreprise de révision concernée. En effet, si l'entreprise de révision est domiciliée dans un Etat n'ayant aucune autorité officielle de surveillance en matière de révision, elle peut se placer volontairement sous la surveillance d'une autorité de surveillance reconnue d'un Etat tiers.

La disposition actuelle de l'art. 8, al. 3, LSR a seulement été revue au plan rédactionnel.

Art. 9, al. 2

Malgré la limitation du champ d'application extraterritorial de la LSR (cf. supra, ch. 2.4.2.2, et les commentaires ci-dessus concernant l'art. 8, P-LSR), il n'est pas exclu qu'une entreprise de révision dont le siège est à l'étranger adresse à l'ASR une demande d'agrément en qualité d'entreprise de révision soumise à la surveillance de l'Etat. Dans ce cas, les conditions d'agrément doit être fixées par analogie aux conditions s'appliquant aux entreprises de révision suisses (art. 9, al. 1, LSR).

Les entreprises de révision dont le siège est à l'étranger sont agréées en qualité d'entreprise de révision soumise à la surveillance de l'Etat lorsqu'elles remplissent les conditions s'appliquant aux entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat dont le siège est en Suisse (art. 9, al. 1, LSR) ou lorsqu'elles sont agréées par l'Etat de leur siège et que les conditions d'agrément sont équivalentes à celles exigées en Suisse (art. 9, al. 2, let. a, P-LSR). L'examen de l'équivalence d'une condition relève de la libre appréciation de l'ASR. L'équivalence s'étend au minimum aux conditions suivantes:

Les entreprises de révision étrangères doivent remplir les conditions d'agrément en qualité d'expert-réviseur (art. 9, al. 1, let. a, en rel. avec art. 6, al. 1, LSR). Selon le droit suisse, la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration (p. ex. le conseil d'administration pour une société anonyme) ou encore de la direction doit avoir reçu l'agrément nécessaire; un cinquième au moins des personnes qui sont appelées à fournir des prestations en matière de révision a reçu l'agrément nécessaire; toutes les personnes qui dirigent les prestations en matière de révision ont reçu l'agrément nécessaire; l'entreprise de révision doit disposer d'un système interne d'assurance-qualité adéquat et efficace (cf. supra, art. 6, al. 1, let. d, P-LSR).

Les entreprises de révision étrangères doivent offrir la garantie qu'elles se conforment aux dispositions légales (art. 9, al. 1, let. b, LSR).

Les entreprises de révision étrangères doivent avoir une couverture d'assurance suffisante contre les risques en matière de responsabilité civile (art. 9, al. 1, let. c, LSR).

Par ailleurs, une entreprise de révision dont le siège est à l'étranger ne reçoit l'agrément que si elle démontre qu'elle est à même de remplir les exigences légales relatives à l'obligation de renseigner et au devoir de communiquer (art. 9, al. 2, let. b, P-LSR, en rel. avec art. 13 s., LSR). Cette condition vise en particulier l'exécution des contrôles (art. 16, LSR) et l'accès aux dossiers de révision des entreprises qui sont actives sur le marché suisse des capitaux. Dans la pratique, cette disposition peut conduire à une impasse en ce sens qu'il est difficile d'inspecter une entreprise

de révision sise à l'étranger lorsque son contexte légal ne l'y autorise pas ou ne l'y autorise que sous certaines conditions. Il en va de même pour la communication d'informations depuis l'étranger à l'Autorité de surveillance suisse. Les modalités doivent être précisées par voie d'ordonnance ou fixées au cas par cas par l'ASR.

Selon le droit en vigueur (art. 9, al. 2, LSR), l'ASR peut octroyer l'agrément à une entreprise de révision sur la base d'un agrément étranger lorsque les exigences de la LSR sont remplies. Cette disposition est trop rigide en pratique. L'expérience a en effet montré que les conditions d'agrément des différents pays ne sont pas identiques, mais tout au plus équivalentes. C'est la raison pour laquelle cette disposition a été remplacée par une réglementation plus souple dans le projet de révision (art. 9, al. 2, let. a, P-LSR).

Art. 16, al. 1, 1^{bis} et 1^{ter}

Selon le droit en vigueur, l'ASR soumet tous les trois ans au moins les entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat à un contrôle approfondi (art. 16, al. 1, première phrase, LSR). L'ASR module ses contrôles en fonction des risques encourus (art. 8 ordonnance ASR sur la surveillance¹⁵⁸). Le contrôle est toujours approfondi lorsqu'il s'agit d'entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat qui fournissent des prestations de révision aux sociétés ouvertes au public (art. 16, al. 1 en rel. avec art. 2, let. c, ch. 1, P-LSR).

Si on considère le rapport entre les risques liés aux entreprises révisées et les coûts de la surveillance, le rythme de contrôle de trois ans n'apparaît pas judicieux lorsque les entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat fournissent uniquement des révisions ordinaires pour le compte de sociétés qui ne sont pas des sociétés ouvertes au public (cf. art. 2, let. c, ch. 2, P-LSR et supra, commentaires sous ch. 2.4.2.1.3). Ces entreprises de révision seront désormais soumises à un contrôle approfondi tous les cinq ans (art. 16, al. 1^{bis}, P-LSR). Dans ce cas également, les contrôles sont modulés en fonction des risques encourus: l'étendue et la profondeur du contrôle sont adaptées du fait que l'entreprise de révision ne révisé aucune société ouverte au public. De plus, l'obligation de renouveler l'agrément tous les cinq ans est abrogée, comme indiqué plus haut (cf. supra art. 3, al. 2, P-LSR). L'ASR peut recourir aux services de tiers pour l'inspection des entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat, de manière à conserver des effectifs aussi réduits que possible (art. 20, LSR).

En cas d'infraction présumée aux obligations légales, l'ASR procède aux vérifications nécessaires (art. 16, al. 1, seconde phrase, LSR). Pour des motifs de nature rédactionnelle, cette disposition fait l'objet d'un nouvel alinéa (art. 16, al. 1^{ter}, P-LSR).

Art. 43a Dispositions transitoires relatives à la modification du ...

Deux dispositions du projet de révision impliquent des dispositions transitoires:

¹⁵⁸ Ordonnance du 17 mars 2008 de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision sur la surveillance des entreprises de révision (ordonnance ASR sur la surveillance, OSur-ASR; RS 221.302.33).

Il faut tenir compte en premier lieu du fait que le nouveau droit doit entrer en vigueur avant que les entreprises de révision puissent demander l'agrément dont elle ont besoin en vertu du nouveau droit pour leurs activités futures. Ensuite, l'ASR a besoin de suffisamment de temps pour évaluer ces demandes d'agrément. Les prestations en matière de révision pour lesquelles le nouveau droit prescrit l'agrément en qualité d'entreprise de révision soumise à la surveillance de l'Etat peuvent encore être fournies par des entreprises de révision au bénéfice de l'agrément requis selon l'ancien droit pendant six mois à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit (art. 43a, al. 1, P-LSR).

La deuxième disposition transitoire concerne les entreprises de révision dont le siège est à l'étranger: dans la mesure où elles fournissent des prestations de révision pour des sociétés dont les titres de participation ou les emprunts obligataires sont cotés en bourse en Suisse lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit doivent requérir un agrément provisoire ou demander à être libérées de l'agrément obligatoire (cf. art. 8, al. 1 et 2, P-LSR). L'entreprise de révision peut, jusqu'à ce que l'autorité de surveillance rende sa décision, continuer de fournir des prestations de révision. L'ASR confirme par écrit à l'entreprise de révision le dépôt de la demande dans le délai prévu et informe la bourse du dépôt de la demande (art. 43a, al. 2, P-LSR).

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération et les cantons

Pour estimer le coût de la modernisation du registre du commerce, l'on peut se référer aux valeurs empiriques concernant la mise en place et la gestion du registre informatisé de l'état civil Infostar. Au total, environ 20 millions de francs ont été investis pour créer Infostar et pour les développements consécutifs. Le coût de l'exploitation initiale s'élève à environ 750 000 francs et cinq postes à plein temps.

Actuellement, les autorités du registre du commerce ont besoin de 0,5 million de francs environ et deux postes à plein temps à la Confédération pour la gestion et le support informatique et de 3 millions de francs et 10 postes à plein temps environ du côté des cantons. L'abandon des systèmes informatiques actuels au cours des prochaines années coûterait aux alentours d'un million à la Confédération, tandis que les cantons devraient tabler sur des investissements de l'ordre de 7 à 10 millions de francs.

La Confédération maintient son droit à une participation au produit des émoluments du registre du commerce (cf. art. 939, al. 2, let. e). Selon la clé de répartition actuelle¹⁵⁹, la part fédérale s'élève à 15 %. L'investissement initial pour le développement et la mise en place du système informatique unique sera de 4 à 6 millions de francs. Trois postes à plein temps devront vraisemblablement être créés pour la migration des données du registre du commerce vers le registre national. La structuration et la migration complète des données prendront plus de cinq ans, période pendant laquelle l'exploitation – au moins partielle – du système actuel devra se poursuivre en parallèle.

Il faudra examiner l'opportunité d'une adaptation de la part fédérale au produit des émoluments du registre du commerce, car les cantons vont réaliser des économies

¹⁵⁹ Art. 23, al. 1 de l'ordonnance du 3 décembre 1954 sur les émoluments en matière de registre du commerce (RS 221.411.1).

sur les frais d'exploitation, tandis que la Confédération devra supporter des coûts supplémentaires.

Les modifications relatives à l'assurance-qualité des entreprises de révision qui ne révisent aucune société ouverte au public (cf. supra, ch. 2.4.2.1), et au régime de surveillance différenciée des entreprises de révision étrangères (cf. supra, ch. 2.4.2.2) n'ont aucun effet sur les cantons, parce que la surveillance est prise en charge au niveau fédéral par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR). Le nouveau droit n'aura pas davantage d'effet pour la Confédération: les coûts de surveillance sont financés par les entreprises de révision surveillées (cf. art. 21 LSR et art. 37 ss. OSRév¹⁶⁰).

3.2 Conséquences pour l'économie

L'avant-projet comporte de nombreux allègements pour les entités juridiques de Suisse. S'agissant des entités aux structures simples constituées en société anonyme, en société à responsabilité limitée ou en société coopérative, il n'exige que la forme écrite pour les décisions relatives aux statuts (voir art. 647, al. 2, 777, al. 3, et 830, al. 2). La forme authentique n'est plus requise pour la décision de l'organe suprême de dissoudre ou de mettre en liquidation l'entité juridique (voir art. 736, ch. 2, 821, al. 2). Cela permettra de faire l'économie d'un acte authentique, coûteux en temps et en argent, et une assemblée universelle de l'organe suprême de l'entité juridique pourra être organisée très rapidement.

D'autres allègements sont prévus, tels que la simplification des formes en matière de cession des parts sociales entre associés de la société à responsabilité limitée (voir art. 785, al. 1), l'harmonisation des dispositions nécessaires des statuts (voir art. 626, 776, 832) ou la simplification des dispositions relatives aux fondés de procuration (voir art. 458 ss.).

Le registre du commerce électronique national (voir art. 928) et la création d'un registre des personnes (voir art. 928*b*) débouchent sur une application plus uniforme du droit civil fédéral et permettent de supprimer des transmissions de données sujettes à perturbations. La qualité des informations du registre du commerce s'en trouvera améliorée, de même que la sécurité du droit. Le ch. 3.1 ci-dessus fournit de plus amples détails sur l'aspect financier, notamment en ce qui concerne la création du registre du commerce national et de l'infrastructure nationale du registre du commerce.

De généreux délais de transition permettront à tous les intervenants de se préparer convenablement au nouveau régime, notamment en ce qui concerne la forme authentique des décisions relatives aux statuts et à la tenue d'un registre du commerce exclusivement électronique.

L'élargissement de la surveillance étatique aux entreprises de révision qui ne révisent aucune société ouverte au public (supra, ch. 2.4.2.1) occasionne certains surcoûts qui seront supportés par les entreprises de révision surveillées (art. 21 LSR et art. 37 ss. OSRév). Ces surcoûts sont à mettre en relation avec le nombre d'entreprises de révision, qui sera limité selon les projections, mais surtout en balance avec la nette amélioration de la qualité de la révision et par conséquent de la

¹⁶⁰ Ordonnance du 22 août 2007 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (OSRév, état du 1er mai 2012; RS 221.302.3).

présentation des comptes des entreprises révisées¹⁶¹. Le nouveau droit améliore le contrôle des entreprises et les bases requises pour les décisions d'investissement, ce qui contribue à éviter ou à réduire les pertes inutiles. Par ailleurs, les surcoûts évoqués ci-dessus sont en partie compensés par le fait que le système interne d'assurance-qualité est supprimé pour les entreprises de révision qui opèrent uniquement des contrôles restreints (cf. art. 6, al. 1bis, P-LSR), et que le renouvellement de l'agrément tous les cinq ans est également supprimé (art. 3, al. 2, P-LSR).

4 Liens avec le programme de la législature et avec d'autres stratégies nationales du Conseil fédéral

4.1 Liens avec le programme de la législature

La révision législative qui est proposée ici ne figure explicitement ni dans le programme de la législature¹⁶² ni dans le projet d'arrêté fédéral¹⁶³ sur le programme de la législature 2011 à 2015. On peut toutefois la rattacher à plusieurs objectifs qui y sont formulés. Le Conseil fédéral veut par exemple renforcer l'économie suisse par les meilleures conditions générales possibles (objectif 2), optimiser les capacités d'action et les performances des institutions suisses (objectif 5) et saisir les chances offertes par les technologies de l'information et de la communication (objectif 7).

Les modifications relatives à l'assurance-qualité des entreprises de révision qui ne révisent aucune société ouverte au public (supra, ch. 2.4.2.1) et au régime de surveillance différenciée des entreprises de révision étrangères (supra, ch. 2.4.2.2) ne figurent pas non plus dans le programme de la législature 2011-2014. Mais les éléments du projet présenté ici peuvent être reliés aux objectifs 2, 5 et 7 mentionnés plus haut. A cela s'ajoute la consolidation de la stabilité et de l'attrait de la place financière suisse (objectif 3).

4.2 Liens avec d'autres stratégies nationales du Conseil fédéral

«E-Government Suisse» est le nom du programme de cyberadministration mené conjointement par la Confédération, les cantons et les communes afin que les activités de l'administration se rapprochent du citoyen et deviennent aussi économiques que possible, grâce à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication (TIC). L'objectif formulé dans la Stratégie suisse de cyberadministration¹⁶⁴

¹⁶¹ Message du 23 juin 2004 concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs), FF **2004** 3745, 3751 s. et Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1440 s.

¹⁶² Message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015, FF **2012** 349 (12.008)

¹⁶³ FF **2012** 493

¹⁶⁴ Voir <http://www.egovernment.ch/fr/grundlagen/rahmenvereinbarung.php>; Convention-cadre de droit public concernant la collaboration en matière de cyberadministration en Suisse (2007 - 2015)

est que l'économie et la population règlent leurs affaires avec les autorités par voie électronique et que les autorités modernisent leurs processus.

L'effort de modernisation entrepris en rapport avec le registre du commerce national (art. 928, al. 2), la collaboration entre les autorités (art. 928*a*), le registre des personnes (art. 928*b*) et la réquisition d'inscription électronique (art. 930, al. 4) est en plein accord avec cette volonté d'améliorer durablement l'offre de services en ligne de l'administration. L'accélération des procédures et l'utilisation accrue d'informations conjointes sont également des objectifs visés dans la Stratégie TIC de l'administration fédérale¹⁶⁵.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Bien que les registres relèvent fondamentalement de la puissance publique et par là du droit public, le projet de loi proposé se fonde sur l'art. 122 de la Constitution¹⁶⁶, qui confère à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile. Les dispositions régissant le registre du commerce (art. 927 ss.) sont étroitement liées au droit civil car elles permettent une application efficace et uniforme du droit, en particulier du droit des associations, du droit des fondations, du droit des sociétés et du droit des raisons de commerce. C'est d'ailleurs pour cela que le Tribunal fédéral les qualifie de droit public complémentaire, voire de droit civil fédéral formel et les inclut dans le droit civil¹⁶⁷.

La Confédération dispose d'une compétence intégrale à établir le droit, dérogoire a posteriori, en matière de droit civil et de procédure civile¹⁶⁸. Dans les domaines où elle l'estime nécessaire pour garantir une application uniforme et correcte du droit civil et de procédure civile, elle peut imposer des prescriptions d'organisation aux cantons (art. 928, al. 1, et art. 165 ORC). Dans le domaine du registre du commerce, elle pourrait même créer un office du registre du commerce fédéral (voir ch. 1.3.1 ci-dessus). Il faudrait pour cela que le Parlement abroge, entre autres, l'art. 927 CO (voir art. 928) qui prévoit explicitement que le registre du commerce est tenu par les cantons.

Les modifications relatives à l'assurance-qualité des entreprises de révision qui ne révisent aucune société ouverte au public (supra, ch. 2.4.2.1), et au régime de surveillance différenciée des entreprises de révision étrangères (supra, ch. 2.4.2.2) se fondent sur les art. 94 et 95 de la constitution fédérale (Principes de l'ordre économique et Activité économique lucrative privée)¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Voir <http://www.isb.admin.ch/themen/strategien/00070/index.html?lang=fr>; Stratégie TIC de l'administration fédérale 2011-2015

¹⁶⁶ RS 101

¹⁶⁷ ATF 137 III 217, consid. 2.4.1.4, p. 223 avec renvois

¹⁶⁸ Voir CHRISTOPH LEUENBERGER ad Art. 122 N 4 et 11, in: BERNHARD EHRENZELLER/ PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER J. SCHWEIZER/ KLAUS A. VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2^e éd., St-Gall/Zurich, 2008; CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Zurich 1996, p. 24.

¹⁶⁹ Cf. message du 23 juin 2004 du Conseil fédéral concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF 2004 3745 ss.

5.2 **Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse**

L'Office fédéral du registre du commerce prend part aux réunions du «European Commerce Registers' Forum»¹⁷⁰. La Suisse essaie de ne pas rester en marge de l'évolution internationale en matière de registre du commerce, par exemple dans le domaine des opérations électroniques. Elle n'a toutefois souscrit aucun engagement international à ce sujet.

Les accords bilatéraux I et II conclus avec l'Union européenne en 1999 et 2004 ne comportent également aucune obligation pour la Suisse d'organiser le registre du commerce d'une façon particulière. La révision totale du titre trentième du code des obligations (art. 927 ss.) qui est proposée ne comporte aucune disposition susceptible d'engendrer une inégalité de traitement aux dépens des ressortissants des Etats parties. Elle ne prévoit notamment aucune discrimination du fait de la nationalité des personnes physiques.

Les modifications relatives à l'assurance-qualité des entreprises de révision qui ne révisent aucune société ouverte au public (supra, ch. 2.4.2.1) et au régime de surveillance différenciée des entreprises de révision étrangères (supra, ch. 2.4.2.2) qui font l'objet du présent projet de révision sont compatibles avec les engagements internationaux de la Suisse. Ce projet ne touche aucune des obligations de la Suisse en rapport avec l'affiliation aux organisations internationales ou avec les traités internationaux.

5.3 **Délégations législatives**

Le projet précise l'ample délégation de compétences matérielles contenue aujourd'hui à l'art. 929 CO¹⁷¹, sur laquelle se fondent l'ordonnance sur le registre du commerce¹⁷² et l'ordonnance sur les émoluments du registre du commerce¹⁷³. Il regroupe les délégations législatives au Conseil fédéral à l'art. 939 et 940, afin d'en améliorer la lisibilité et la transparence.

Parmi les nouvelles délégations il convient en particulier de mentionner l'art. 940, al. 2, ch. 1, relatif à l'infrastructure nationale, dont le principe est cependant déjà établi dans la loi (voir art. 928, al. 1).

La nouvelle compétence législative du Conseil fédéral concernant l'utilisation systématique du numéro AVS dans le registre du commerce est inscrite à l'art. 940, al. 2, ch. 8. Les aspects fondamentaux de cette utilisation sont prescrits dans des normes du degré législatif, aux art. 928c et 936, al. 2.

Enfin, une base légale formelle est instituée à l'art. 940, al. 2, ch. 7 et 9, pour permettre au Conseil fédéral de régler par voie d'ordonnance la collaboration entre les autorités et les modalités de transmission électronique.

¹⁷⁰ Voir à ce sujet <http://www.ecrforum.org>

¹⁷¹ RS 220

¹⁷² RS 221.411

¹⁷³ RS 221.411.1

