

# **Rapport explicatif concernant la révision totale de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC) du 28 mars 2007**

---

## **1. Le point de la situation**

Le 16 décembre 2005, les Chambres fédérales ont adopté le nouveau droit de la société à responsabilité limitée (Sàrl) ainsi que le nouveau régime de l'obligation de révision en droit des sociétés (FF 2005 6809 ss.). Elles ont, en outre, avalisé une adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce, qui était proposée dans l'annexe au projet de révision du droit de la Sàrl.

La mise en œuvre de ces modifications fondamentales du code des obligations exige l'adoption de dispositions d'exécution à l'échelon de l'ordonnance, notamment en matière de registre du commerce.

Le nouveau droit (modifications du code des obligations [ci-après «n-CO»] et ordonnance) devrait, selon toute probabilité, entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008.

## **2. Nécessité d'une révision totale de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC)**

Les modifications qui doivent être apportées à l'ORC sont de grande ampleur:

- Dans la norme de délégation figurant à l'art. 929 n-CO, le législateur a statué que le Conseil fédéral édicte des dispositions concernant spécifiquement le registre du commerce et portant notamment sur la réquisition d'inscription, les pièces justificatives et leur examen ainsi que sur le contenu de l'inscription. Par voie de conséquence, nombre de dispositions du code des obligations ont été abrogées, dont la teneur sera, toutefois, intégrée dans l'ordonnance.
- Quand bien même, aujourd'hui, tous les cantons ont informatisé la tenue du registre du commerce, l'ORC en vigueur en est, de manière générale, restée au stade du registre papier. Pourtant, dès l'année 2005, le code des obligations a été complété par des dispositions concernant la tenue informatisée du registre du commerce (art. 929a CO). Il est donc indispensable que le Conseil fédéral édicte des dispositions d'exécution relatives à la tenue informatisée dudit registre.
- L'ORC en vigueur date de 1937. Depuis lors, elle a subi une multitude de révisions partielles, ce qui explique qu'elle ait perdu progressivement sa systématique initiale et sa cohérence. Aujourd'hui, l'ORC est désuète, manque de clarté et est incomplète; en outre, elle contient des dispositions qui sont partiellement obsolètes d'un point de vue matériel. Résultat d'innombrables révisions partielles, le texte actuel est un patchwork qui ne répond plus aux exigences des praticiens.

Soumettre l'ORC à une nouvelle révision partielle ne paraît pas judicieux, car la cohérence du texte s'en trouverait encore un peu plus détériorée. En effet, les modifications à apporter sont d'une ampleur telle qu'il faudrait remanier en profondeur un nombre non négligeable de dispositions. Une telle entreprise n'irait

pas sans se heurter à de considérables difficultés. Aussi s'impose-t-il de procéder à une révision totale de l'ORC.

Une refonte du droit régissant le registre du commerce permet de créer un instrument normatif facilement accessible aux praticiens. Aussi le projet fait-il davantage appel aux outils que constituent les listes de contrôle, telles qu'elles sont notamment prévues dans les dispositions d'exécution de la loi sur la fusion et qui donnent toute satisfaction. Elles permettent d'améliorer la prévisibilité de l'application du droit par les cantons et d'uniformiser davantage les pratiques en la matière. Le nouveau texte a, en outre, pour effet de simplifier notablement les formalités pour nombre d'inscriptions.

### 3. Grandes lignes du projet

Nous nous bornerons ci-après à commenter les principales innovations contenues dans le projet.

#### 3.1 Consultation gratuite via Internet des données du registre du commerce

Aujourd'hui, un tiers environ des cantons offrent un accès gratuit via Internet aux données de leur registre du commerce. Dans ces cantons, on a constaté que le nombre de consultations par la *voie électronique a été plus de 200 fois supérieur* à ce qu'il est dans les autres cantons.

La présomption de connaissance des faits inscrits au registre du commerce (art. 933 CO) a pour corollaire que le public doit en tout temps pouvoir accéder gratuitement et de manière illimitée à ces données. Compte tenu de cette situation juridique et des impératifs réels de l'économie, un postulat (Imfeld; 06.3026) a été déposé. Il charge le Conseil fédéral d'examiner s'il ne faudrait pas rendre les données des registres du commerce accessibles gratuitement par Internet pour tous les cantons. Ce postulat a été transmis par le Conseil national.

La nouvelle ordonnance sur le registre du commerce qui fait l'objet du présent rapport répond à cette préoccupation en généralisant l'accès gratuit par Internet aux inscriptions figurant dans le registre principal (art. 9 du projet de nouvelle ORC [ci-après «n-ORC»]). Cette innovation accroît la transparence de faits pertinents au regard du droit, ce qui contribue à la qualité du *gouvernement d'entreprise*.

#### 3.2 Tenue informatisée du registre du commerce

De manière générale, l'ordonnance en vigueur en est restée au stade du *registre tenu sur support papier* (registre principal et journal; réquisition d'inscription et pièces justificatives). Or, aujourd'hui, il est de fait que dans tous les cantons la tenue du registre du commerce est informatisée. Dans quelques cantons, l'administration compétente va même jusqu'à scanner les originaux des réquisitions et des pièces justificatives et à les archiver par les moyens informatiques, les originaux sur support papier étant en outre conservés. Par ailleurs, plusieurs cantons ont développé des outils informatiques qui aident à formuler correctement les réquisitions sans toutefois les remplacer (du moins pour l'instant).

Les normes en vigueur obligent les préposés à conserver tous les documents qui ont servi à l'inscription d'une entité juridique aussi longtemps que celle-ci subsiste. Il ne peut les détruire que dix ans après la radiation. L'obligation de conserver «ad aeternam» lesdits documents va trop loin, les offices du registre du commerce ayant une autre vocation que l'archivage. En outre, la conservation

des pièces justificatives occasionne aux cantons des frais importants, sans répondre réellement aux besoins des clients du registre du commerce.

La nouvelle ORC est censée se traduire par les innovations suivantes:

- *Passage à la tenue entièrement informatisée du registre du commerce:* le journal et le registre principal seront informatisés. En fait, il s'agit de codifier la pratique actuelle.
- *Transmission informatisée des réquisitions et des pièces justificatives:* l'art. 14, al. 2<sup>bis</sup>, CO assimile la signature électronique qualifiée à la signature manuscrite. La nouvelle ordonnance instaurera les bases juridiques régissant la réception de documents transmis par la voie électronique en vue de l'inscription au registre du commerce. A l'avenir, les entités juridiques pourront - et c'est là une nouveauté - adresser aux offices compétents par la voie électronique leurs réquisitions et les pièces justificatives. S'agissant des réquisitions, ils devront toutefois uniquement utiliser le formulaire électronique en vigueur dans le canton. Cette obligation aura pour effet de prévenir la prolifération des formats, ce qui contribuera à garantir la sécurité des données et à en assurer la lisibilité et la conservation à long terme. Les réquisitions et les pièces justificatives transmises par la voie électronique devront être munies d'un certificat qualifié au sens de l'ordonnance sur la signature électronique (OSCSE). Toutefois, à titre probatoire, les signatures manuscrites dûment légalisées des personnes qui requièrent l'inscription continueront d'être déposées à l'office du registre du commerce compétent.
- *Archivage électronique et scannage des réquisitions et des pièces justificatives:* le projet ne prévoit pas de soumettre les offices cantonaux à l'obligation générale de scanner (rétroactivement) les réquisitions et les pièces justificatives. Toutefois, les réquisitions et les pièces transmises par la voie électronique devront être conservées dans des archives informatisées.
- *Durée de conservation:* si le journal et le registre principal doivent continuer à être conservés pour une durée illimitée, nous proposons en revanche que les pièces justificatives ne soient plus archivées que pendant 30 ans et ce qu'elles aient été remises sur support papier ou transmises par la voie électronique. La période de 30 ans est supérieure à la plupart des délais de prescription et correspond au délai de prescription extraordinaire en cas d'acquisition de la propriété foncière (art. 662 CC). Force est de supposer qu'à l'expiration d'une période de 30 ans, les pièces justificatives auront notablement perdu de leur importance. Si l'entité juridique est radiée du registre du commerce, les pièces justificatives pourront être détruites dix ans après la radiation, au plus tôt. Toutefois, cette règle ne s'appliquera pas lorsque la radiation est intervenue suite à une restructuration (notamment à une fusion), car en pareil cas les pièces justificatives gardent toute leur importance ou presque en raison de la succession universelle.

### 3.3 Inscriptions d'office

L'ordonnance en vigueur prévoit diverses procédures qui visent à garantir l'exactitude et la conformité au droit des faits inscrits. Il s'agit, par exemple, de l'inscription par sommation et de la procédure d'office lorsque l'organisation de l'entité juridique présente des carences, que celle-ci n'a pas de domicile légal ou encore cesse son activité commerciale faute d'actifs. Toutefois, les dispositions en la matière sont en partie lacunaires et souffrent d'un manque de cohérence.

A la faveur de la révision du droit de la Sàrl, la procédure applicable en cas de carences dans l'organisation et de cessation de l'activité commerciale fautive d'actifs fera l'objet d'une réglementation totalement nouvelle. Eu égard aux effets drastiques des mesures prévues, la loi transfère aux *seuls tribunaux* la compétence décisionnelle, les autorités en matière de registre du commerce n'ayant plus qu'un *droit de proposition* qu'elles pourront exercer devant les tribunaux dans le but d'obtenir d'eux qu'ils prennent les mesures nécessaires dans le cas d'espèce. L'ORC doit être modifiée en conséquence.

Le projet tend en outre à préciser et à unifier la procédure à suivre pour les inscriptions d'office. Il en règle les différentes étapes par des normes de droit positif. Ces nouvelles dispositions sont notamment applicables lorsqu'une entité juridique ne respecte pas l'obligation de s'inscrire au registre du commerce ou a négligé de faire adapter une inscription existante à l'évolution d'une situation factuelle ou juridique (art. 41 n-ORC).

Enfin le projet modifie partiellement les dispositions concernant la procédure à suivre pour l'inscription des faillites et des sursis concordataires ainsi que pour les autres inscriptions ordonnées par un tribunal ou une autre autorité (art. 37 s. n-ORC).

### **3.4 Blocage du registre (ordonnance provisionnelle demandée contre une réquisition)**

Aux termes de l'actuel art. 32 ORC, des tiers peuvent former auprès de l'office du registre du commerce une opposition de droit privé à une inscription non encore opérée, en alléguant une violation de leurs droits. Le préposé impartit aux opposants un délai pour obtenir du juge une ordonnance provisionnelle. L'opposition a pour effet de suspendre l'inscription jusqu'à ce que le juge ait rendu sa décision.

Matériellement, cette réglementation n'est pas satisfaisante. En outre, elle peut inciter à commettre des abus de droit. D'une part, elle permet à des tiers de former une opposition sans qu'ils soient tenus de motiver celle-ci. D'autre part, la société concernée peut, dans certains cas, se soustraire à la suspension de l'inscription en déplaçant son siège.

Aussi le projet instaure-t-il les nouvelles règles suivantes (art. 47 n-ORC):

- L'opposition a pour effet immédiat de suspendre l'inscription pendant cinq jours. Il s'agit d'un délai de péremption non prolongeable.
- Le blocage du registre devient caduc de plein droit si, dans les cinq jours, l'opposant n'a pas apporté à l'office compétent la preuve qu'il a demandé au juge de rendre une ordonnance provisionnelle. A cette fin, il pourra produire une copie de la demande et du récépissé de la poste. La date déterminante est le jour de réception par l'office du registre du commerce et non la date d'envoi par la poste. La suspension devient également caduque lorsque le juge a rejeté la demande et que sa décision est exécutoire.
- L'office du registre du commerce informe la société concernée de l'opposition formée contre son inscription.
- Il accorde à l'opposant le droit de consulter le dossier pour autant que le juge le lui ait ordonné.
- Si la suspension est devenue caduque, il est tenu de procéder à l'inscription.

### 3.5 Devoir de contrôle

Par principe, les normes légales régissant l'obligation de contrôle incombant aux autorités du registre du commerce ne fixent pas de limite à l'ampleur de ce contrôle (art. 940 CO). En revanche, dans sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a posé une restriction au pouvoir d'examen desdites autorités. Ce qu'il est convenu d'appeler «formule de cognition» (v. par exemple ATF 4A.4/2006/ruo du 20 avril 2006, cons. 2.1, publié dans REPRAX n°2/06, p. 1 ss.) a été salué par certains auteurs de la doctrine et résolument critiqué par d'autres. Sous l'angle matériel, cette formule est problématique en ceci qu'elle peut compromettre la protection juridique de tiers si elle appliquée avec rigidité. Que l'interprétation des dispositions déterminantes soit incontestée ou qu'elle prête à controverse entre auteurs de la doctrine, voilà un point qui, logiquement, doit continuer à ne pas avoir d'importance pour l'application de dispositions impératives que le législateur a adoptées dans le but de protéger les tiers. Comme les tiers (et en particulier les créanciers) n'ont pas la qualité de parties dans la procédure d'inscription et, à la différence des actionnaires, n'ont pas la faculté d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale, ils sont tributaires de l'application des dispositions impératives par les autorités du registre du commerce (il en va de même de l'application des normes impératives et des autres prescriptions qui ont trait à la structure des sociétés, lorsqu'elles répondent à l'intérêt public).

Compte tenu du pluralisme des opinions qui caractérise aujourd'hui la doctrine, le critère de «violation manifeste de la loi» tel qu'il est énoncé dans la formule de cognition traditionnelle n'est plus assez convaincant pour déterminer la conduite à tenir. Aussi, dans la pratique, certains éléments de la formule de cognition ne conviennent-ils plus lorsqu'il s'agit de circonscrire les tâches des autorités du registre du commerce. Si le Tribunal fédéral n'a cessé de réitérer cette formule, certains auteurs de la doctrine n'ont pas manqué de relever – et à juste titre – que la jurisprudence ne s'en tient pas toujours strictement à ladite formule. La formule de cognition est, elle aussi, sujette à interprétation. Le Tribunal fédéral a donc eu raison d'accorder une importance déterminante aux intérêts qui sont touchés dans le cas d'espèce. Dans quelques arrêts (v. notamment ATF 125 III 18 cons. 3b et 3c, ATF 132 III 470 cons. 2.2 et 2.3), la juridiction suprême a émis à propos de la cognition des considérations qui vont au-delà de la simple formule, ce qui l'a amené, du moins au final, à s'écarter de sa jurisprudence antérieure. Compte tenu de ce qui précède, nous renonçons à consacrer la formule de cognition dans l'ORC (v. art. 32 n-ORC). En prenant cette option, nous permettrons à la jurisprudence de se développer compte tenu des spécificités du cas d'espèce.

### 3.6 Régime des voies de droit au niveau cantonal

Sous l'empire du droit en vigueur, l'autorité cantonale de surveillance statue sur les recours dirigés contre les décisions du préposé (art. 3, al. 3, ORC). Lorsque l'autorité cantonale de surveillance n'est pas elle-même une autorité judiciaire, ses décisions doivent être déférées au tribunal cantonal compétent, avant que la voie du recours au Tribunal fédéral soit ouverte (art. 3, al. 4<sup>bis</sup>, ORC). Ainsi donc, selon l'organisation adoptée par les cantons, les voies de droit en matière de registre du commerce peuvent présenter de notables différences.

Afin de permettre, dans l'intérêt même des personnes concernées, une élucidation rapide de la situation juridique et dans le but d'unifier les voies de droit, le

projet ne prévoit plus qu'une seule autorité judiciaire compétente pour connaître des recours en matière de registre du commerce. Cette importante innovation présente l'avantage de garantir au justiciable l'accès direct à un tribunal et de raccourcir les voies de droit.

Le fait qu'à l'avenir les recours contre les décisions des offices cantonaux du registre du commerce devront être impérativement formés devant un tribunal, à l'exclusion de toute autre autorité (art. 48 n-ORC) n'empêche, cependant, aucunement que la surveillance administrative de l'activité des offices du registre du commerce soit exercée par des autorités administratives auxquelles ceux-ci sont hiérarchiquement subordonnés (art. 4 n-ORC).

L'innovation susmentionnée permet une harmonisation générale du système des voies de recours à l'échelon cantonal avec le nouveau régime des voies de droit instauré au niveau fédéral par la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) [rappelons que les décisions de l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) peuvent être attaquées devant le Tribunal administratif fédéral, les prononcés de celui-ci étant sujets à recours devant le Tribunal fédéral]. Ainsi donc, les décisions des autorités du registre du commerce ne pourront plus être déférées qu'à une seule et unique autorité judiciaire dont les jugements pourront être attaqués devant le Tribunal fédéral. Les cantons qui ont institué des tribunaux de commerce devront déterminer s'il ne conviendrait pas d'ériger ceux-ci en instances de recours, compte tenu de leur spécialisation. Au sein du Tribunal fédéral, c'est la 1<sup>ère</sup> Cour civile qui est chargée de connaître des décisions sur recours en matière de registre du commerce.

### 3.7 Nouveau régime des compétences aux échelons cantonal et fédéral

Dans le cadre du projet de révision totale de l'ORC, il s'agit également de réexaminer la répartition actuelle des compétences et, au besoin, de soumettre celles-ci à un nouveau régime. Les transferts de compétences préconisés à l'échelon des cantons et de la Confédération visent au premier chef à concrétiser les principes qui sous-tendent la réforme de l'organisation judiciaire fédérale et à optimiser les structures. Le projet innove plus précisément sur les points suivants:

- *A l'échelon cantonal:* sous l'empire du droit actuel, l'autorité cantonale de surveillance a la compétence de trancher en cas d'opposition à une inscription par sommation (nouvelle inscription, modification d'une inscription et radiation). Selon les nouvelles dispositions régissant les inscriptions d'office, les décisions des offices cantonaux du registre du commerce ne pourront plus être attaquées que devant les tribunaux cantonaux compétents. Il en ira de même dans le cadre de la procédure au sens de l'art. 938a n-CO (radiation d'office pour absence d'activité commerciale et défaut d'actifs réalisables); la décision de radiation arrêtée par l'office cantonal du registre du commerce pourra être attaquée directement devant le tribunal compétent; il n'y aura plus lieu de la transmettre à l'autorité de surveillance pour qu'elle statue.

Les règles nouvelles applicables à la procédure en cas de manquement aux exigences légales portant sur l'organisation des sociétés (art. 731b en liaison avec l'art. 941a n-CO) aura de profondes répercussions sur la pratique. En effet, les offices cantonaux du registre du commerce ne seront plus habilités à dissoudre les sociétés qui, à l'expiration du délai fixé, n'auront pas rétabli la situation légale. A l'exception des dispositions applicables dans le cadre de la

procédure pour absence de domicile légal et qui, pour l'essentiel, correspondront à la réglementation statuée à l'actuel art. 88a ORC, les offices du registre du commerce n'auront plus que la compétence de proposer au tribunal de prendre les mesures nécessaires.

- *A l'échelon de la Confédération*: sous l'empire du droit en vigueur, le Département fédéral de justice et police peut exiger des cantons que les préposés qui ne s'acquittent pas réglementairement de leurs obligations soient appelés à répondre de leurs manquements et, au besoin, suspendus de leurs fonctions. Cette attribution ponctuelle de compétence déroge au régime général d'organisation de la haute surveillance en matière du registre du commerce, laquelle relève ordinairement de l'OFRC, rattaché à l'Office fédéral de la justice (OFJ). Aussi, à l'avenir, l'OFRC pourra-t-il exiger de son propre chef que les autorités cantonales de surveillance prennent les mesures nécessaires à l'encontre des préposés défaillants ou des collaborateurs des offices du registre du commerce qui ont manqué à leurs obligations (art. 5, al. 2, let. d, n-ORC).

La nouvelle ordonnance induira un autre transfert de compétences s'agissant des recours contre les décisions des autorités cantonales en matière de registre du commerce. A l'heure actuelle, c'est l'OFJ qui a qualité pour recourir devant les autorités cantonales compétentes et devant le Tribunal fédéral contre les décisions des autorités cantonales de surveillance. Ce régime des compétences est peu rationnel, puisque, dans le cadre de la procédure d'approbation des inscriptions, l'OFRC est parfois appelé à statuer sur les mêmes points de droit que l'OFJ. Aussi paraît-il plus cohérent de concentrer toutes les compétences en rapport avec l'exercice de la haute surveillance entre les mains d'un seul et même organe. C'est la raison pour laquelle nous préconisons de conférer directement à l'OFRC la qualité pour recourir contre les prononcés des tribunaux cantonaux en matière de registre du commerce (cf. art. 111, al. 1 et 2, LTF).

De même, il convient à l'avenir que l'OFRC (et non plus l'OFJ) puisse directement attaquer devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile les décisions rendues par le Tribunal administratif fédéral en matière de registre du commerce (art. 76, al. 2, en liaison avec l'art. 72, al. 2, let. b, LTF). Ce nouveau régime de compétences est expressément réglé dans le projet (art. 5, al. 2, let. e, n-ORC).

### 3.8 Pièces justificatives et teneur des inscriptions

Dans l'annexe à la révision du droit de la Sàrl le législateur a procédé à une modification en profondeur des dispositions touchant le registre du commerce. Dorénavant, les pièces justificatives, le contenu minimum de certaines d'entre elles et la teneur des inscriptions ne seront plus réglés dans le CO, d'où l'abrogation des art. 554, 602, 641, 781 et 836 de ce code. En contrepartie, l'art. 929 n-CO charge le Conseil fédéral d'édicter par voie d'ordonnance les dispositions d'exécution nécessaires.

Ce passage du degré législatif au degré réglementaire permettra d'apporter rapidement aux dispositions légales les modifications qui se révéleraient nécessaires, ce qui offrira *d'avantage de souplesse* pour adapter le droit à l'évolution rapide qui caractérise le domaine en question.

L'art. 929 n-CO a des répercussions non négligeables sur le contenu de l'ordonnance sur le registre du commerce. Pour chaque type de société, celle-ci définira de manière détaillée les pièces justificatives (et leur contenu) à produire et les données qui doivent être inscrites au registre du commerce. La possibilité de recourir à des listes de contrôle exhaustives facilitera la préparation des inscriptions, permettra d'unifier la pratique et accroîtra la sécurité du droit.

S'agissant des pièces justificatives, le projet introduit des *innovations supplémentaires* qui contribueront à rendre le droit plus transparent et à simplifier les procédures.

- *Langue dans laquelle les pièces justificatives peuvent être produites (art. 24, al. 2, n-ORC)*: selon l'ordonnance actuelle (art. 7, al. 2), lorsque des pièces justificatives sont produites dans une langue autre que la langue officielle et qu'il en résulte une entrave au droit de consultation de tiers, l'office du registre du commerce peut exiger une traduction légalisée. Dans la pratique, l'interprétation de cette disposition a été source de difficultés. Aussi le projet prévoit-il une nouvelle règle claire et précise: de manière générale, les pièces justificatives peuvent être produites dans une langue qui n'est pas langue officielle de la Confédération ou du canton. En pareil cas, l'office du registre du commerce peut exiger une traduction (non légalisée) lorsqu'elle est indispensable à l'examen des documents en question ou à la consultation ultérieure de ceux-ci par des tiers. Il peut également exiger a posteriori une traduction non légalisée s'il constate que le fait que les pièces justificatives sont rédigées dans une langue non officielle entrave la consultation de celles-ci par des tiers. Selon la nouvelle réglementation, la traduction requise par l'office sera - au même titre que l'original - considérée comme pièce justificative, car c'est elle qui servira au contrôle et sera consultée par les tiers.
- *Exemplaires actualisés des statuts et des actes de fondation (art.26, al. 3, n-ORC)*: les modifications de statuts donnent lieu aujourd'hui à des pratiques diverses. Si quelques offices du registre du commerce exigent qu'on leur remette un exemplaire actualisé des statuts, d'autres se chargent eux-mêmes de la mise à jour (parfois avec une paire de ciseaux et de la colle). Sous l'empire du nouveau droit, il sera *obligatoire* d'adresser à l'office du registre du commerce *une nouvelle version complète des statuts* (à titre de pièce justificative et dans les formes prescrites), chaque fois que ceux-ci subiront une modification. Les offices du registre du commerce auront ainsi l'assurance de disposer dans chaque cas d'une version à jour des statuts. La même exigence s'appliquera aux actes de fondation.
- *Existence d'entités juridiques suisses (art. 28, al. 1, n-ORC)*: selon le droit en vigueur l'existence légale de toute entité juridique doit être attestée (par exemple, lors de l'inscription de l'organe de révision) au moyen d'un extrait légalisé délivré par l'office du registre du commerce compétent. Cette obligation de produire un tel document, établi sur support papier et soumis à émolument, non seulement est désuète mais encore est devenue superflue. Aussi le projet prévoit-il de *lever l'obligation* générale imposée aux entités juridiques suisses de prouver leur existence légale. Dorénavant, l'office du registre du commerce compétent pour l'inscription d'une entité juridique déterminée vérifiera l'existence de cette entité en *consultant par voie électronique* les données figurant dans le registre du commerce informatisé. Ce mode de faire aura pour effet de simplifier la procédure d'inscription.



### 3.9 Obligation de révision et organe de révision

Le droit en vigueur assujettit à la révision toutes les sociétés anonymes, mais non les Sàrl. En revanche, le nouveau droit en matière de révision soumet l'obligation de révision à un régime harmonisé qui vaut pour toutes les formes juridiques.

Il instaure plusieurs options possibles en matière de révision, à savoir:

- le contrôle ordinaire;
- le contrôle restreint;
- la renonciation à une révision prévue par la loi. Il peut s'agir de renoncer à toute révision (*opting-out*) ou d'opter pour une révision qui ne répond pas aux exigences légales auxquelles doit satisfaire le contrôle ordinaire ou le contrôle restreint (*opting-down*).

De même, le nouveau droit prévoit plusieurs catégories d'organes de révision:

- les entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat;
- les experts-réviseurs agréés;
- les réviseurs agréés.

Les autorités du registre du commerce jouent un rôle éminent dans la mise en application des nouvelles règles concernant l'obligation de révision. En effet, c'est à elles qu'il incombe de vérifier que les entités juridiques ont instauré un organe de révision. En outre, elles doivent s'assurer que l'organe de révision dont l'inscription a été requise a été agréé comme il se doit par l'autorité de surveillance en matière de révision. En cas de manquement à ces obligations légales, les offices du registre du commerce sont tenus de demander au juge qu'il ordonne les mesures nécessaires (art. 731*b* en liaison avec l'art. 941*a*, al. 1, n-CO). Imposer le respect de l'obligation légale de révision, rôle des offices du registre du commerce, est d'une importance capitale. En effet, comme sous l'empire de l'ancien droit de la société anonyme qui remonte à 1936, l'organe de révision n'était pas inscrit au registre du commerce, l'obligation de révision statuée par ce droit est restée souvent lettre morte.

Les lignes de force du nouveau régime instauré à l'échelon de l'ordonnance sont les suivantes (art. 85 s., n-ORC):

- L'organe de révision ne sera inscrit que s'il pratique l'un des *modes de révision prescrits par la loi*. Les organes de révision qui ont choisi de pratiquer un mode de révision qui ne répond pas aux exigences légales (*opting-down*) ne doivent pas être inscrits. Leur inscription pourrait en effet induire en erreur les tiers quant à l'ampleur des contrôles effectivement pratiqués.
- Ne peuvent être inscrits en qualité d'organes de révision que les réviseurs qui ont été agréés par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision. L'office du registre du commerce vérifie qu'il y a eu agrément en consultant le registre des personnes physiques et des entreprises de révision agréés que tient l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (v. art. 15, al. 2, LSR ; FF 2005, p. 6873).
- Lorsqu'une entité juridique renonce à un contrôle ordinaire ou à un contrôle restreint (*opting-out*), elle doit requérir l'inscription de ce fait au registre du commerce. Elle doit joindre à sa réquisition une déclaration d'où il ressort que

l'entité juridique en question remplit les conditions permettant de renoncer à un mode de révision prévu par la loi. A cette déclaration seront annexées des copies des documents déterminants tels que les comptes de résultats et les bilans. Ces documents ne relèvent toutefois pas de la publicité du registre du commerce. Aussi sont-ils archivés séparément. Comme la déclaration ne reflète qu'une situation factuelle à un moment déterminé, il est loisible à l'office du registre du commerce de demander ultérieurement le renouvellement de la déclaration sans qu'il faille que des conditions particulières soient réunies à cet effet. Il est également admissible que la déclaration soit remise à l'office dès la fondation.

- Seul l'organe de révision est inscrit au registre du commerce et non le mode de révision qu'il pratique ni la catégorie à laquelle il appartient. Ces dernières données sont, en effet, fluctuantes au point qu'il est impossible de les actualiser constamment. Aussi a-t-on renoncé à prévoir dans le projet la publication du mode de révision et la catégorie à laquelle l'organe de révision appartient, afin de ne pas risquer que les tiers soient induits en erreurs par des informations rapidement dépassées. Il en résulte des formalités réduites pour les sociétés inscrites au registre.
- Il importe que les nouvelles dispositions légales concernant l'obligation de révision soient également respectées au sein des organes de révision qui sont déjà inscrits au registre du commerce. En particulier, il y a lieu de garantir que les 200 000 à 250 000 organes de révision inscrits remplissent les conditions auxquelles est subordonné l'agrément. Cet objectif exige l'adoption de *dispositions transitoires*. Le projet prévoit donc des règles qui créent le *cadre juridique* permettant de mettre en œuvre les mesures nécessaires. Selon celles-ci, l'OFRC peut exiger des autorités cantonales du registre du commerce les données concernant les organes de révision, collaborer et échanger des données avec l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision, enfin édicter des directives et prévoir des obligations de notification entre les autorités du registre du commerce et ladite autorité fédérale. Ces modes d'opérer visent à restreindre autant que faire se peut la charge de travail et les coûts engendrés par la mise en œuvre du nouveau droit.

### 3.10 Publicité élargie du registre du commerce

La nouvelle ordonnance précise et élargit à divers égards le contenu des inscriptions au registre du commerce. Les points suivants méritent plus particulièrement d'être mentionnés:

- *Obligation d'effectuer des versements supplémentaires dans le cadre de la Sàrl*: les versements supplémentaires sont des apports financiers qui sont fournis en sus de la libération de leurs parts sociales par les associés qui en ont l'obligation, dans la mesure où les conditions sont réunies. Il s'agit de prestations obligatoires prévues par les statuts, qui sont liées aux parts sociales et représentent pour les créanciers des fonds supplémentaires permettant à la société de répondre des engagements financiers qu'elle a contractés. Les tiers, en particulier les créanciers, estiment qu'ils ont un intérêt éminent à pouvoir s'informer, pour le moins, de l'existence d'une obligation d'effectuer des versements supplémentaires. Le droit en vigueur ne prévoit aucunement la publication des obligations d'effectuer des versements supplémentaires, non plus que celle des prestations accessoires que doivent fournir les associés.

Le montant des versements supplémentaires que doivent effectuer les associés est fonction de leurs apports et d'éventuels remboursements opérés par la société. Aussi, en pratique, devrait-il se révéler difficile de publier de manière fiable dans le registre du commerce le montant des obligations d'effectuer des versements supplémentaires incombant à chaque associé. C'est pourquoi le texte du projet se borne à prescrire de manière générale que l'inscription au registre du commerce doit mentionner l'obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires. Pour obtenir de plus amples informations, les tiers doivent consulter les statuts et, éventuellement, se renseigner auprès de la société elle-même. Le projet renonce donc à exiger l'inscription de données détaillées sur les versements supplémentaires qui ont déjà été effectués ou qui restent dus par les associés.

- *Augmentation autorisée et augmentation conditionnelle du capital dans le cadre de la société anonyme*: lorsqu'une société anonyme décide de procéder à une augmentation – autorisée ou conditionnelle – de capital, elle est tenue, sous l'empire du droit actuel, de remettre à l'office du registre du commerce les pièces justificatives correspondantes. L'inscription ne fournit cependant aucune information sur l'augmentation du capital; elle se borne à mentionner que les statuts ont été modifiés pour tenir compte de faits qui ne sont pas publics, ce qui est source de confusion.

Il est important pour les tiers (notamment pour les investisseurs et les créanciers) de savoir qu'une société anonyme a décidé de procéder à une augmentation autorisée ou conditionnelle de capital. Aussi le projet prévoit-il qu'à l'avenir l'inscription au registre mentionnera en termes généraux que la société a décidé une augmentation autorisée ou conditionnelle de capital (v. art. 73, al. 3 et art. 75, al. 3, n-ORC).

- *Instituts de droit public*: actuellement, les instituts de droit public doivent être inscrits au registre du commerce lorsqu'ils exploitent une entreprise en la forme commerciale. En outre, le droit public peut rendre l'inscription obligatoire. Le droit en vigueur ne règle toutefois pas la réquisition, ni les pièces justificatives, ni le contenu de l'inscription. Cette lacune fait obstacle à une unification des pratiques au niveau des cantons.

La nouvelle ORC réglera les modalités de l'inscription des instituts de droit public par analogie avec les dispositions applicables aux entités juridiques de droit privé (art. 129 ss. n-ORC).

### **3.11 Société à responsabilité limitée: transfert de parts sociales**

Sous l'empire du droit actuel la cession de parts sociales doit faire l'objet d'un acte authentique. Quant aux changements d'associés, leur inscription au registre du commerce doit être requise. Selon la pratique, les pièces justificatives qui doivent être produites sont notamment les actes authentiques portant sur la cession de parts sociales et, le cas échéant, le document prouvant que l'ensemble des associés a consenti à la cession. Le recours à une personne habilitée à dresser des actes authentiques permet également de garantir que le changement des associés fera l'objet d'une réquisition d'inscription au registre du commerce.

Le nouveau droit de la Sàrl n'exige plus d'acte authentique. Il suffit désormais de produire un contrat de cession écrit. Il en résulte un certain risque que les personnes concernées omettent de requérir l'inscription au registre du commerce

des modifications intervenues au niveau des associés et, partant, ne soient plus en mesure ultérieurement d'établir la preuve du transfert de parts sociales.

En réglementant l'inscription des associés au registre du commerce, il importe de garantir dans toute la mesure du possible la sécurité du droit concernant la propriété des parts sociales. A cet égard, le projet prévoit ce qui suit (v. art. 105 n-ORC):

- Comme sous l'empire du droit actuel (art. 781, ch. 4, CO), le nom de chaque associé devra être inscrit au registre du commerce, ce qui n'est pas sans importance, notamment, dans la perspective d'éventuels versements supplémentaires à effectuer.
- La société devra requérir l'inscription de toute modification intervenue au niveau des associés. A titre de pièces justificatives elle devra produire le contrat de transfert des parts sociales et, le cas échéant, le document prouvant que l'assemblée des associés a consenti à la cession.
- L'office du registre du commerce ne peut inscrire aucun changement intervenu au niveau des associés si l'acquisition des parts sociales ne peut pas être établie sans discontinuité. Cette disposition revêt une portée certaine dans la mesure où le transfert de parts sociales qui ne satisfait pas aux exigences légales – touchant notamment la forme – ne produit aucun effet juridique.

### **3.12 Sociétés coopératives: liste des membres tenus d'effectuer des versements supplémentaires**

Le droit en vigueur exige que les sociétés coopératives dont les associés sont, en vertu des statuts, personnellement responsables ou tenus d'effectuer des versements supplémentaires, remettent à l'office du registre du commerce une liste des associés tenus d'effectuer de tels versements. L'office assure la mise à jour de cette liste (art. 94 s. ORC), ce qui lui occasionne une charge de travail non négligeable et fait double emploi avec l'actualisation de la liste à laquelle l'administration de la société coopérative est tenue de procéder de son côté (art. 902, al. 3, CO). Aussi le projet prévoit-il que l'administration d'une société coopérative dont les associés assument une responsabilité personnelle ou sont tenus d'effectuer des versements supplémentaires remettent chaque année à l'office du registre du commerce une liste actualisée des associés (art. 111 n-ORC).

### **3.13 Entreprises individuelles: obligation de requérir l'inscription au registre du commerce**

Aux termes de l'art. 934 CO, celui qui fait le commerce, exploite une fabrique ou exerce en la forme commerciale quelque autre industrie est tenu de s'inscrire au registre du commerce. Aux art. 52 ss. ORC, le Conseil fédéral a précisé les conditions auxquelles les entreprises individuelles sont assujetties à l'obligation de s'inscrire. En règle générale, sont assujetties à cette obligation les entreprises qui réalisent un chiffre d'affaire d'au moins 100 000 francs par année. Les entreprises exerçant des activités bien déterminées sont cependant tenues de requérir leur inscription quel que soit leur chiffre d'affaires (art. 53 ORC).

La nouvelle réglementation proposée (art. 60 n-ORC) maintient le chiffre d'affaires minimal de 100 000 francs mais instaure pour les *entreprises individuelles* une obligation générale de s'inscrire quelle que soit l'activité économique

qu'elles exercent. Pour certaines catégories de professions, ce nouveau régime se traduit par une restriction de l'obligation de s'inscrire (tel est, par exemple le cas des fiduciaires). En revanche il ne change rien pour les personnes qui exercent une activité économique à titre indépendant et qui exploitent une entreprise: conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, elles continueront d'être soumises à l'obligation de s'inscrire (v., par exemple, ATF 130 III 707 ss.).

L'inscription de l'entreprise individuelle produit les effets juridiques suivants:

- conformément à l'art. 957 CO, le titulaire a l'obligation de tenir une comptabilité commerciale ;
- le titulaire est sujet à la poursuite par voie de faillite;
- la raison de commerce de l'entreprise individuelle bénéficie d'une meilleure protection.

### **3.14 Raison de commerce: codification des principes essentiels régissant la formation de la raison de commerce**

A l'heure actuelle, la raison de commerce est réglée de manière rudimentaire tant au niveau de la loi qu'à celui de l'ordonnance (principe de la véracité et interdiction d'induire en erreur; quelques règles spécifiques aux différentes formes juridiques). L'OFRC a défini dans une directive la pratique à suivre en matière de formation de la raison de commerce; ce faisant, il a tenu compte des nombreuses décisions rendues en la matière par le Tribunal fédéral.

A l'avenir, les règles essentielles concernant la formation de la raison de commerce seront inscrites dans l'ordonnance (art. 57 s. n-ORC), ce qui ne peut qu'être propice à *une application uniforme du droit* et qu'accroître *la sécurité juridique*.

Outre la *définition matérielle de la raison de commerce*, fondée sur la notion légale de *signe distinctif*, la nouvelle ordonnance énoncera les principales règles non contestées qui sont applicables à la formation de la raison de commerce (une seule raison de commerce par entité et, partant, interdiction d'adopter une double raison de commerce ; graphie et définition des signes et symboles admissibles ; cas dans lesquels la raison de commerce est libellée en plusieurs langues ; formulation faisant foi pour l'inscription).

### **3.15 Numéro d'identification: obligation de le faire figurer sur la correspondance**

Aux termes de l'art. 936a, al. 3, CO, le Conseil fédéral peut prévoir que le numéro d'identification figure, avec la raison de commerce, sur les lettres, les notes de commande et les factures. Cette obligation vise à permettre une identification à la fois simple et sûre des entités juridiques, ce qui accroît la transparence des relations d'affaire et contribue à améliorer la qualité du *gouvernement d'entreprise*.

Seules les *personnes morales* sont tenues d'indiquer le numéro d'identification (art. 59, al. 2, n-ORC). Comme cette obligation représente une innovation dont la mise en œuvre exige des préparatifs de la part des entreprises, le projet prévoit un délai transitoire suffisamment long, à savoir cinq ans (art. 174 n-ORC).

### 3.16 Pas d'inscription des noms commerciaux ni des enseignes

L'ORC en vigueur définit le nom commercial comme la désignation spéciale de l'établissement commercial et l'enseigne comme la désignation spéciale du local affecté au commerce. Les noms commerciaux et les enseignes peuvent être inscrits au registre du commerce; l'inscription ne produit toutefois aucun effet juridique (art. 48 ORC).

Dans la pratique, cette réglementation n'a pas donné satisfaction. Elle a même abouti à une situation malheureuse puisque l'inscription des noms commerciaux et des enseignes sert parfois à éluder les règles concernant la formation des raisons de commerce et des marques.

Dans le cadre de la présente révision, le Conseil fédéral propose donc que l'on supprime la possibilité de faire inscrire au registre du commerce les noms commerciaux et les enseignes. En agissant ainsi on soulignera également que seule la *raison de commerce* peut être inscrite *en tant que signe distinctif déterminant au regard du droit régissant le registre du commerce*. Quand bien même les noms commerciaux et les enseignes ne pourront plus être inscrits, leur utilisation complémentaire dans la correspondance continuera d'être admissible pour autant qu'elle n'empêche pas de respecter l'obligation d'utiliser la raison de commerce (v. art. 954a n-CO). En outre, il restera possible de faire référence à une enseigne pour définir le but de la société.

## 4. Conséquences pour les cantons

Les cantons qui ont désigné une autorité administrative pour connaître des recours contre les décisions de l'office du registre du commerce (v. ch. 3.6) ne doivent pas perdre de vue que, sous l'empire de la nouvelle ordonnance, les recours devront être directement formés devant un tribunal, ce qui revient à dire qu'il n'y aura plus qu'une seule instance de recours au niveau cantonal.

S'agissant des procédures administratives, la révision du droit de la Sàrl induira également un transfert de compétences des autorités du registre du commerce aux tribunaux (v. ch. 3.7). Ce transfert de compétences est déjà inscrit dans la loi. Dans certains cas, il nécessitera une adaptation de l'organisation judiciaire des cantons; aussi, en fixant l'entrée en vigueur du nouveau droit, le Conseil fédéral accordera-t-il aux cantons un délai transitoire pour leur permettre de procéder à cette adaptation.

Diverses modifications affectant la tenue du registre du commerce (transmission par voie électronique des réquisitions, possibilité de communiquer et d'archiver électroniquement des pièces justificatives, publicité du registre du commerce; consultation gratuite des données du registre du commerce via Internet) auront des incidences sur les systèmes informatiques des cantons. Dans ce contexte, il y aura également lieu de prendre en compte les nouvelles «listes de contrôle» du contenu des différentes inscriptions. Ces adaptations engendreront des charges financières.

L'introduction de la possibilité de consulter gratuitement via Internet les données du registre du commerce, se traduira, dans les cantons qui n'offrent pas encore ce service, par une baisse des émoluments encaissés, baisse qui ira cependant de pair avec un allègement de la charge de travail. Au demeurant, telles qu'elles sont proposées, les modifications de l'ORC ne devraient pas avoir de notables incidences sur les recettes tirées des émoluments. On peut donc supposer que

le principe de la couverture des frais continuera d'être respecté. Si tel n'était pas le cas, il y aurait lieu d'examiner la nécessité de procéder à un réajustement du tarif des émoluments, nécessité que les cantons devraient toutefois prouver, documents à l'appui.

## 5. Conséquences pour la Confédération

La solution informatique adoptée par la Confédération pour la transmission et le traitement des données émanant des offices cantonaux du registre du commerce doit être revue en prévision de l'entrée en vigueur de la nouvelle ORC. Les charges financières en résultant sont d'ores et déjà inscrites dans la planification budgétaire.

## 6. Conséquences pour l'économie

La plupart des innovations intéressant l'économie, instaurées dans le cadre de la révision de l'ORC, découlent directement du nouveau droit de la Sàrl et de l'introduction de l'obligation de révision dans le droit des sociétés.

La refonte de l'ORC aura pour les entreprises les principales conséquences que voici:

- Accroissement de la transparence, grâce à la possibilité de consulter gratuitement les données du registre du commerce via Internet, dans toute la Suisse.
- Concrétisation des nouvelles normes législatives régissant l'obligation de révision, notamment en ce qui concerne *l'opting-out*. Lorsqu'une société renonce à toute révision, elle doit adresser à l'office du registre du commerce une déclaration d'où il ressort qu'elle remplit les conditions permettant de renoncer à un mode de révision prévu par la loi. A cette déclaration seront annexées des copies des documents justificatifs nécessaires (par exemple, bilans). Toutefois, le bilan échappe expressément à la publicité des pièces justificatives qui doivent être produites en vue de l'inscription au registre du commerce.
- Modifications des formalités applicables à diverses inscriptions: ces modifications ont notamment trait à la signature des réquisitions, à la preuve de l'existence d'entités juridiques suisses ainsi qu'à l'inscription du transfert de siège, de la succursale et de la domiciliation d'entités juridiques. Dans l'ensemble, ces modifications se traduisent par des simplifications.
- Inscriptions au registre du commerce: le recours à des listes de contrôle exhaustives (concernant notamment les pièces justificatives nécessaires et le contenu de la réquisition) aura pour effet de simplifier la préparation de l'inscription. Il permettra, en outre, d'améliorer la prévisibilité de l'application du droit par les cantons et d'uniformiser davantage les pratiques en la matière.
- Voies de droit: au niveau de certains cantons, les voies de droit seront raccourcies et harmonisées avec le nouveau régime des voies de droit instauré au niveau fédéral.