

Modification de l'ordonnance sur le registre du commerce et révision totale de l'ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce - procédure de consultation

Madame la conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous consulter dans le cadre des procédures de révision en cours.

Vu les enjeux, nous procéderons, dans un premier temps, à l'examen de la révision totale de l'ordonnance sur les émoluments, puis, dans un deuxième temps, à un examen de détail du projet de modification de l'ordonnance sur le registre du commerce

A ce stade déjà, nous tenons à attirer votre attention sur le risque que fait courir le projet de révision de l'ordonnance sur les émoluments pour le Canton de Neuchâtel qui n'aura plus, s'il est accepté comme tel, les moyens nécessaires pour satisfaire à l'ensemble des tâches que la Confédération exige des cantons en matière de registre du commerce.

Ce risque est semble-il assumé, le message exposant que « la réduction des émoluments d'inscription d'environ 30% a été calculée de sorte que les cantons continuent d'être en mesure de couvrir *la majorité des coûts* des offices du registre du commerce grâce aux recettes des émoluments ». On comprend toutefois mal pourquoi seule la majorité des coûts devrait être couverte, et non pas la totalité des coûts, le principe de l'équivalence portant sur l'ensemble des coûts liés à la délivrance d'une prestation.

D'autre part, nous nous permettons de préciser que le rapport n'est pas complet puisqu'il omet d'indiquer que l'émolument progressif lié au montant du capital des sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée, prévu aux alinéas 2 et 3 de l'article premier de l'ordonnance actuelle, va être supprimé. Si nous sommes d'avis que ce principe de progressivité est manifestement contraire au principe de l'équivalence, la diminution des émoluments qui en dépend doit naturellement aussi être prise en compte dans l'appréciation globale du projet. Concrètement cela signifie une perte, pour Neuchâtel, de 5 à 10% d'émoluments supplémentaires. D'autre part et à priori, il nous apparaît également que les « extraits avant publication » vont aussi disparaître, entraînant une perte supplémentaire de 3% environ. Ainsi, au total, la diminution devrait être plutôt de l'ordre de 40% au moins.

Si le rapport expose que la situation d'un petit registre est différente de celle d'un grand registre et qu'il n'est pas aisé de les comparer, nous ne comprenons pas que le fait que des petits registres aient pu participer à un groupe de travail soit suffisant pour justifier de travailler sur des valeurs moyennes, dont on ignore au surplus tout sur leur calcul. Nous noterons ici que, pour un petit registre, les coûts de développement et de maintenance informatiques internes sont sans doute aussi importants que pour un grand registre ; nous joignons à la présente, et pour imaginer le processus, un schéma de la structure actuelle qui doit être supportée par notre canton.

Révision totale de l'ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce

Contexte général

Depuis 1883, l'organisation du registre du commerce repose sur le principe fédéraliste qui veut que chaque canton doit posséder un registre du commerce et que la Confédération leur donne les moyens d'exécuter ces tâches.

Ainsi, le Conseil fédéral a édicté une ordonnance sur les émoluments, révisée à de multiples reprises, la dernière au premier janvier 2008 suite à l'entrée en vigueur de la LFus. Le tarif de base n'a cependant subi aucune augmentation depuis de très nombreuses années, à priori depuis 1992. Si les registres ont pu poursuivre leur activité malgré aucune augmentation du tarif, cela a tenu au fait que le nombre d'entités inscrites depuis cette période a très sensiblement augmenté entraînant du même coup l'inscription de très nombreux faits soumis à émoluments.

Toutefois, depuis leur création, les registres du commerce se sont adaptés à de multiples reprises pour faire face à des enjeux toujours plus complexes et répondre aussi aux exigences renouvelées des dispositions légales sur le fonctionnement des registres du commerce. Pensons simplement au passage de grands livres à des fiches analytiques, puis à l'informatisation complète des registres, comprenant les sites internet, le scannage de toutes les pièces justificatives et une structuration détaillée des données selon un « blue book » édicté par la Confédération. Parallèlement, l'évolution législative a aussi très sensiblement complexifié le travail des registres du commerce ; pensons, par exemple, aux nouvelles procédures d'augmentation du capital des SA, aux procédures complexes de la loi sur les fusions, à la révision du droit de la Sàrl, et, plus récemment à l'obligation d'inscription des fondations de familles et des fondations ecclésiastiques. L'avenir semble également bien prometteur, si l'on en croit la complexité des futures procédures liées au capital flexible.

D'autre part, depuis une vingtaine d'années, de nombreux cantons ont centralisé leurs registres qui étaient souvent tenus par district, pour n'en faire qu'un seul, cantonal, comme ce fut le cas pour Neuchâtel en 1996. Cette centralisation s'est également suivie d'une professionnalisation des registres par l'engagement de préposés avocats ou notaires. A Neuchâtel, le préposé est avocat et son substitut, juriste ; il dispose au surplus d'une équipe de trois collaborateurs spécialisés, pour un total de 4,8 EPT.

Financièrement, il faut encore naturellement ajouter des coûts indirects de certains services de l'administration cantonale, notamment du service informatique, mais aussi du service financier, de la comptabilité générale et du contentieux pour le traitement de la comptabilité, par intégration des données comptables dans SAP. Le service des bâtiments de l'État est aussi mis à contribution, le registre du commerce ayant déménagé trois fois en 30 ans, et aussi pour la gestion d'un système différencié des archives papier (vivantes et mortes). Des inspections sont aussi régulièrement effectuées par le Contrôle cantonal des finances. Enfin, le registre du commerce paye aujourd'hui des frais qui n'existaient pas au moment où le tarif a été adopté dans sa teneur actuelle : pensons à la TVA et aux frais des publications dans la FOSC des sommations et décisions, ou à la redevance radio et télévision, par exemple.

La réduction envisagée

Dans le rapport du Conseil fédéral, la diminution attendue des émoluments est fixée à 30%. Toutefois, comme on l'a vu, cette réduction sera plutôt de l'ordre de 40%.

Sachant qu'en 2018, le montant total des émoluments s'est élevé à environ 1'100'000 francs (un record au surplus), la diminution attendue sera de l'ordre de 400'000 francs. En prenant également en compte la part de l'émolument à rétrocéder à la Confédération à hauteur de 100'000 francs, les projections, pour les années à venir, selon le tarif proposé, donne un budget de l'ordre de 600'000 à 700'000 francs. Si ce montant permet de couvrir les frais liés au personnel de l'office (composé de 4,8 EPT) soit environ 600'000 francs (salaire moyen brut de 125'000 francs), il ne permet pas de couvrir tous les autres coûts, notamment la charge informatique cantonale liée aux serveurs, aux licences, aux ordinateurs, photocopieuses, scanner, etc., au loyer pour les locaux du registre et des archives, à la TVA, ainsi qu'au financement de tous les développements informatiques à venir imposés par la Confédération. À ce titre, force est de constater que la Confédération, non seulement par l'office fédéral du registre du commerce (OFRC), mais aussi par l'office fédéral de la statistique (OFSTAT) et le Secrétariat à l'économie (SECO) n'a cessé et ne cesse d'exiger de plus en plus de développements informatiques liés aux évolutions du droit et de bases de données de la Confédération. Il suffit de penser aux actuels chantiers en cours, soit :

- a) La mise en place d'une base de données centrale comprenant un identifiant unique (n° AVS) pour les personnes physiques inscrites, selon l'article 14a al. 2 du projet de modification de l'ORC ;
- b) Les adaptations nécessaires à la mise en place de l'acte authentique électronique (consultation en cours) ;
- c) Les adaptations liées aux évolutions de la BDEE tenue par l'OFS (demande de modification des webservices) ;
- d) La nécessité d'adapter nos logiciels pour pouvoir s'interfacer avec l'application EasyGov mise en place par la SECO (projet en cours) ;
- e) Les modifications de l'application métier au niveau des champs de données pour satisfaire aux exigences renouvelées des modifications du droit des sociétés et commercial ;
- f) La nécessité de répercuter les modifications de structure dans la base Internet pour rendre publiques certaines pièces justificatives selon l'ouverture faite à l'article 12 du projet de modification de l'ORC ;
- g) La nécessité de s'adapter aux exigences qui seront posées dans la future directive sur les bases de données centrales, selon l'article 5 al. 3 du projet de modification de l'ORC ;
- h) L'obligation de garantir les fonctionnalités techniques et contraignantes énumérées à l'article 169 al. 2 de l'ORC ;
- i) La mise à jour du système électronique de calcul des émoluments.

En ce qui concerne le principe de la couverture des frais et de l'équivalence, le prix de deux prestations du registre du commerce de Neuchâtel est remonté jusqu'au Tribunal fédéral, en 1997, lequel a estimé que le principe de l'équivalence n'était pas enfreint. Dans sa décision, le Tribunal fédéral a par ailleurs rappelé que ce principe devait s'interpréter à l'aune de critères souples, citant de nombreux arrêts rappelant que « le principe d'équivalence signifie que le prélèvement ne doit pas constituer une disproportion évidente par rapport à la valeur objective de l'avantage et doit se situer dans des limites raisonnables » (ATF 121 I 230 consid. 3g/bb p. 238). A l'époque, le calcul s'était fait sur un revenu annuel de l'ordre de 620'000 francs (sans la part due à la Confédération). Compte tenu du renchérissement dû à l'inflation (20% environ) et des charges supplémentaires qui se sont accumulées sur les registres et qui vont encore s'accroître, nous estimons qu'un budget de l'ordre de 900'000 à 1 million de francs (non

compris le montant à rétrocéder à la Confédération) n'est pas contraire au principe de la couverture des frais et de l'équivalence. Cela donne un coût par collaborateur proche de celui de 200'000 francs fixé pour un collaborateur de l'OFRC, lequel s'élève cependant plutôt à 275'000 francs si l'on compte le montant de 900'000 consacré à l'infrastructure informatique (laquelle est comprise dans le calcul cantonal).

Enfin, nous noterons encore que, selon le Monitoring de la bureaucratie 2018, la charge administrative du registre du commerce pour les entreprises est la plus basse de toutes les prestations étudiées. De notre point de vue, cela tient au fait que les cantons ont fait d'énormes efforts pour se rapprocher de leurs clients et leur offrir des prestations rapides et professionnelles, notamment par leurs sites internet dédiés, lesquels sont financés et maintenus aux frais des cantons. Les entreprises sont ainsi très satisfaites des prestations du registre du commerce de Neuchâtel qui ne connaît au surplus aucune plainte en relation avec ses émoluments.

Conclusion

En conclusion, nous sommes d'avis que :

- a) L'émolument progressif lié au montant du capital doit être abandonné car il ne répond manifestement pas au principe de la couverture des frais et de l'équivalence.
- b) Pour le surplus, nous proposons de maintenir le système actuel qui devrait permettre au canton de Neuchâtel d'exécuter ses missions dans le respect du principe de la couverture des frais et de l'équivalence, tel que fixé par le Tribunal fédéral. A défaut, l'organisation fédéraliste qui régit les registres du commerce ne serait plus respectée, notre canton n'ayant plus les moyens nécessaires pour accomplir sa mission dans ce domaine.
- c) Une solution alternative serait que l'ordonnance donne la possibilité aux cantons de fixer leurs émoluments à l'intérieur d'une fourchette, pour tenir compte de la réalité de chaque registre.
- d) Avec le tarif envisagé, les développements informatiques (si nombreux et importants) ne seront plus garantis car ils vont directement grever le budget de l'État, sans contrepartie. Pour éviter ces problèmes, deux solutions alternatives sont aussi envisageables, soit :
 - a. La prise en charge, par la Confédération, de l'ensemble des frais informatiques des registres cantonaux (externes et internes) ;
 - b. La mise en place d'une solution informatique centrale, sous la responsabilité de la Confédération. Cette solution qui ne respecterait plus le principe fédéraliste de l'organisation des registres du commerce, nécessiterait une révision du Code des obligations et ne devrait pas être induite par une modification de tarif.
- e) Compte tenu des règles budgétaires cantonales, l'entrée en vigueur du nouveau tarif ne devra pas intervenir avant le 1^{er} janvier 2021.

Examen de détail :

Art. 4 : réduction des émoluments pour la communication électronique

Actuellement, le coût du traitement d'une réquisition électronique est bien plus élevé que celui d'une réquisition sous forme papier, et nous sommes d'avis que ce sera encore le cas avec des plateformes de communication électronique. En effet, l'expérience démontre que les formulaires électroniques ne permettent jamais de résoudre toutes les questions et que l'intervention d'un collaborateur de l'office est souvent plus compliquée lorsqu'il s'agit d'aiguiller un client dans un formulaire électronique.

Nous proposons donc de renoncer à cette réduction au surplus difficile à mettre en place sous l'angle pratique de la facturation et de l'intégration dans SAP.

Art. 6 Avance et paiement anticipé

Par principe, il s'agirait de donner le plus de souplesse possible aux préposés pour la gestion de leur office et de leurs débiteurs (comme c'est le cas actuellement), et ce d'autant plus que le dépôt d'une réquisition électronique pourrait justifier aussi un paiement électronique préalable avant l'inscription au registre journalier.

Art. 7 Prescription

Nous ne voyons pas l'intérêt de reprendre des dispositions générales du droit fédéral dans cette ordonnance.

Modification de l'ordonnance sur le registre du commerce

Examen de détail

Art. 5 al. 3 : transmission des décisions à l'OFRC

Nous ne voyons pas l'intérêt de transmettre les décisions rendues à l'OFRC qui n'a pas la qualité pour recourir contre elles ; en revanche, les décisions de justice doivent lui être transmises par les tribunaux, pour lui permettre d'exercer son droit de recours (art, 5 al. 2, lit. e ORC)

Art. 5a : inspection des registres cantonaux par les autorités de surveillance cantonales

Vu la particularité de la matière traitée par les offices du registre du commerce, les cantons doivent désigner un tribunal supérieur comme instance unique de recours (à Neuchâtel, le Tribunal cantonal). Il est dès lors évident que l'autorité de surveillance (à Neuchâtel le département dont dépend l'office) n'a pas les compétences suffisantes pour contrôler les inscriptions. C'est donc uniquement sur une surveillance administrative que peuvent porter les inspections. Toutefois, dans le Canton de Neuchâtel c'est l'inspection des finances qui procède périodiquement (mais pas tous les ans) à une inspection du registre du commerce par un audit qui porte notamment sur les aspects financiers (contrôle de la comptabilité) et organisationnels (vérification du système interne du contrôle des risques, etc.). Imposer une inspection annuelle nous semble dès lors trop contraignant, et nous serions plutôt favorables à ce que soit laissé à chaque canton le soin d'organiser la surveillance de son office.

A noter que, si l'OFRC juge que des mesures particulières doivent être prises (en dehors ou dans le cadre d'une inspection effectuée par ses soins) il pourra alors en aviser l'autorité cantonale de surveillance en vue de demander la suspension d'un collaborateur de l'office cantonal, en cas de faute grave ou répétée (art. 4 al. 2 ORC).

Nous proposons donc prévoir que chaque canton s'organise pour assurer un contrôle du fonctionnement administratif de son office, ainsi que du fait qu'il est tenu de façon professionnelle sans conflit d'intérêt.

Art. 17, al. 1 et 2 : signature de la réquisition par un tiers en possession d'une procuration

La signature d'une réquisition est un acte de gestion, indépendant de la représentation de la personne morale. Nous sommes donc d'avis qu'elle ne peut être que le fait d'un membre de l'organe de gestion.

En son temps, l'ordonnance prévoyait que le président ou son remplaçant (vice-président) et un second membre devaient signer la réquisition. Cette faculté permettait déjà de déroger au principe qui veut que les actes de gestion doivent être pris par l'organe lui-même (ou par délégation selon un règlement d'organisation). Donner à un tiers la possibilité de requérir des faits au registre du commerce, sur la base d'une procuration signée par un seul membre de l'organe supérieur de gestion nous semble donc aller trop loin. Si l'on veut favoriser la cyberadministration dans ce domaine, nous sommes d'avis que cela doit passer par la mise en place d'une signature électronique nationale efficace, et non pas par des allègements juridiques un peu chaotiques. Nous proposons donc d'abandonner l'ouverture envisagée, ainsi que le lien qui est fait entre pouvoirs de représentation et signature d'une réquisition d'inscription.

Art. 118, al. 2 ORC : publication intégrale du but de l'entité

Nous ne voyons pas l'utilité de cette exigence qui va au surplus à l'encontre de ce qui a été prévu dans le cadre de la dernière révision de l'ORC : publier le but principal et un renvoi aux statuts pour le surplus. En effet, les buts sont souvent longs et comprennent presque toujours des références sur les moyens que l'entité entend prendre pour réaliser son but. Ces moyens font d'ailleurs l'objet de formules plus ou moins stéréotypées qui ne présentent aucun intérêt juridique particulier, car une société peut faire tout ce qui est légal pour réaliser son but.

D'autre part, les statuts sont aujourd'hui accessibles sur les sites internet des offices, si bien que l'on ne voit pas l'utilité de faire figurer l'intégralité du but sur les extraits, sans les encombrer d'une information qui n'est au surplus pas relevante pour la protection des tiers.

Art. 123 al. 4 ORC : extrait multilingue

La possibilité de créer des extraits du registre du commerce multilingue rompt avec un principe datant de 1883 qui veut que les extraits sont tenus dans la ou les langues officielles du canton.

Nous sommes d'avis que ce principe devrait être maintenu et que la question de l'historique des données (non seulement actives, mais aussi radiées) devrait être résolue au moyen de liens sur les extraits Internet permettant de consulter l'extrait du registre précédent.

Art. 157 al. 2 et 3 ORC : recherche des entreprises et faits soumis à l'obligation d'inscription

Il nous semble un peu exagéré, notamment en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, que les offices du registre du commerce puissent exiger des tribunaux et des autorités de la Confédération, des cantons et des communes de leur indiquer gratuitement et par écrit si une entreprise pourrait être soumise à l'obligation de s'inscrire ou de modifier un fait inscrit. D'autre part, force est de constater qu'aucune information nous nous a jamais été fournie par ces autorités qui n'ont d'ailleurs pas accès à ces informations.

En revanche, il serait heureux de prévoir dans l'ORC ou ailleurs dans une disposition de droit fédéral, que l'administration fédérale des contributions est tenue d'informer les registres de toute entité non inscrite au registre du commerce et qui réalise un chiffre d'affaire supérieur à 100'000 francs, ainsi que toute association qui s'inscrirait spontanément à la TVA.

Pour ce qui est des communes, dans la mesure où elles deviennent de plus en plus grandes, elles n'ont pas connaissance de toutes les nouvelles entités qui se créent sur leur territoire d'autant plus que celle-ci peuvent prendre des formes diverses difficiles à analyser. Nous proposons donc d'exiger que les sites internet cantonaux permettent de faire des recherches par commune et de les autoriser à nous signaler les entités qu'elles estiment devoir être inscrites au registre du commerce. La procédure via la TVA, déjà mentionnée plus haut, nous semble beaucoup plus efficace pour résoudre le problème des entités soumises à inscription mais non inscrites.

En vous remerciant de nous avoir consulté sur ce dossier, nous vous prions de croire, Madame la conseillère fédérale, à l'expression de notre haute considération.

Neuchâtel, le 22 mai 2019

Au nom du Conseil d'État :

Le président,
L. KURTH

La chancelière,
S. DESPLAND