

Procédure de consultation relative au projet de 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) et du droit de la surveillance de la révision

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous consulter dans la cadre de la procédure mentionnée sous référence.

L'objet de la consultation étant juridiquement vaste et parfois très technique, nous n'entendons pas examiner le détail des dispositions soumises à notre examen, pour nous concentrer sur des considérations politiques, liées à la structure fédéraliste des registres du commerce et à l'organisation du notariat en Suisse.

Nos observations, qui développent essentiellement ces deux préoccupations, portent donc sur :

1. La réelle nécessité de moderniser les registres du commerce;
2. L'importance de l'intervention du notaire dans la constitution et la dissolution des personnes morales à caractère économique.

De la réelle nécessité de moderniser les registres du commerce

a) *Registre du commerce : une administration à moderniser ?*

La présentation qui nous est faite de la situation des registres du commerce et de l'organisation actuelle de cette institution au niveau national ne nous semble pas du tout correspondre à la réalité.

En effet, nous sommes plutôt d'avis que les registres du commerce sont des administrations modernes qui n'ont pas attendu la modification législative envisagée pour se doter d'instruments extrêmement efficaces pour satisfaire aux besoins des entreprises et à leur devoir de publicité. En fait, le développement informatique des registres du commerce s'est fait sans attendre l'impulsion de la Confédération, l'office fédéral du registre du commerce (OFRC) n'ayant jamais voulu prendre les choses en mains depuis le début de l'informatisation des registres. Cela a d'ailleurs posé passablement de problèmes, sans toutefois que ceux-ci n'aient d'influence négative sur les clients des registres qui ont ainsi pu voir apparaître des sites Internet performants leur permettant de chercher et trouver des extraits de toutes les entités juridiques inscrites en Suisse. D'autre part, les cantons ont développé des techniques de scannages très performantes, susceptibles de mettre toutes les pièces justificatives on-line. Notons toutefois que l'OFRC a laissé faire sans émettre de directive sur les principes d'ouverture sur le public si bien que certains cantons se montrent très libéraux en la matière (Zurich et Bâle-Ville) mettent toutes les pièces justificatives sur Internet), d'autre moins (Neuchâtel, Vaud et Fribourg mettent uniquement les statuts on-line) alors que d'autres n'en mettent aucune.

Sous l'angle de l'efficacité, nous insisterons sur le fait que les inscriptions sont, en tous les cas à Neuchâtel mais aussi dans de très nombreux autres registres, traitées le jour même de leur réception, et, pour celles qui réalisent les conditions légales, inscrites à cette même date dans le registre journalier. Les lenteurs dont certains peuvent se plaindre, - mais ils ne sont de loin pas légion -, sont plutôt dues, dans l'immense majorité des cas, au fait que les exigences de la loi (CC, CO, LFus et ORC, notamment) sont nombreuses et que certaines questions de droit, souvent très complexes, nécessitent de devoir revoir ou refaire l'une ou l'autre pièce justificative. Ces problèmes se situent donc plutôt en amont des registres du commerce. En ce sens, nous noterons que le SECO dans un rapport final sur "le monitoring de la bureaucratie – 2012" - qui vient de paraître - a constaté qu'une grande majorité des entreprises considère, subjectivement et objectivement, que la charge administrative liée au registre du commerce est plutôt faible. Le registre du commerce arrive ainsi en dernière position sur 23 domaines de réglementation évalués.

Sous ce jour, nous sommes d'avis que le projet de loi se fonde sur des pré-requis alarmistes qui ne correspondent pas à la réalité sur le terrain. Le fait qu'une commission d'experts ait travaillé quatre demi-journées en temps sur l'élaboration d'une vision du registre du commerce du futur ne nous semble pas suffisant pour justifier une pareille réforme de l'organisation des registres du commerce, d'autant plus que ses considérations relevaient plus d'un *brain storming* que d'une analyse approfondie et sérieuse prenant en compte toutes les expériences faites et qui sont aujourd'hui opérationnelles.

b) *Création d'un registre central des données des registres*

Comme on l'a vu plus haut, les autorités cantonales du registre du commerce ont fourni des efforts (et pas seulement financiers) conséquents pour créer des bases de données électroniques structurées, et offrir des sites Internet dotés de moteurs de recherche efficaces. Notons ici que le canton de Neuchâtel a développé une application commune avec les cantons de Genève, Vaud et Fribourg (RC-Matic), et que ces cantons se sont efforcés de créer des sites Internet identiques dans leur structure, qui présentent de nombreuses pages d'information sur toutes sortes de domaines en lien avec les inscriptions au registre du commerce. Le scannage systématique des pièces justificatives depuis 2007 permet d'avoir aujourd'hui accès à ces pièces de façon ciblée et performante. Ainsi, toutes ces pièces pourraient être mises en consultation sur Internet, de façon extrêmement simple et rapide. Les registres du commerce attendent toutefois que la Confédération édicte les bases légales nécessaires pour éviter tous problèmes en lien avec la protection des données personnelles. La mise en place du nouveau numéro d'identification des entreprises (IDE) est également effectuée et nous devons constater que les problèmes de mise en production se situent au niveau des offices fédéraux du registre du commerce et de la statistique.

Il nous semble dès lors que l'on peut dire, aujourd'hui, que les registres du commerce sont modernes et qu'ils vont parfois bien au-delà de ce qu'exige la Confédération. La structure de leurs données et leurs performances sont bonnes. En fait, les quelques questions de fond qui restent ouvertes tiennent souvent au fait que la loi présente certaines contradictions. Ainsi, par exemple, l'ORC exige que la langue utilisée sur les extraits du registre du commerce soit celle du siège de la société, alors qu'il est prévu, au niveau informatique, de reprendre toutes les données du registre précédent, même si celles-ci sont en une autre langue que celle du registre du nouveau siège.

D'autre part, force est de constater que la structure fédéraliste actuelle n'empêche en rien la création d'une base de données fédérale, puisqu'elle existe déjà au niveau de certaines informations qui permettent l'exploitation du site Internet de la Confédération (Zéfix). Ainsi, depuis de nombreuses années, le public peut consulter n'importe quelle entité en Suisse par des hyperliens sur les bases de données cantonales et sans qu'il s'en rende compte. Ceci

dit, nous n'avons aucune objection et surtout ne voyons aucun obstacle à ce que la Confédération puisse disposer également d'une base de données lui permettant d'offrir des recherches au niveau national sur d'autres critères que la raison de commerce. Au surplus, la faisabilité d'une telle base ne nous semble pas compliquée dans la mesure où l'OFRC peut disposer de toutes les données des registres, au surplus structurées, puisqu'elle les met gracieusement à disposition d'entreprises privées de renseignements (moneyhouse, databot, easymonitoring, infoclipper, shabex, etc.). Ainsi, ce qui peut être fait par des entreprises privées doit également pouvoir être facilement fait par la Confédération, sans qu'il soit besoin de créer une base de données fédérale.

D'autre part, il est important de relever que passablement de liens avec des administrations cantonales ont été développés avec les bases de données cantonales des registres du commerce (pensons simplement à SAP pour Neuchâtel). Si la nouvelle structure devait être approuvée, toutes ces questions devraient être reprises et repensées. Le coût et surtout le risque que représente une telle évolution nous semblent être beaucoup trop importants, surtout lorsque l'on voit les échecs que la Confédération a malheureusement essuyés ces dernières années dans le cadre de la mise en place ou dans la refonte d'applications informatiques centrales. Au surplus, les cantons ont consenti (depuis bientôt 20 ans !) des efforts considérables pour mettre en place, développer et intégrer leur application du registre de commerce dans leur architecture cantonale et dans celle de la Confédération, si bien qu'on ne voit pas pourquoi, aujourd'hui, la Confédération voudrait les déposséder de ce qui leur appartient.

En conclusion, nous ne voyons pas d'intérêt à créer une base de données centrale du registre du commerce qui suppléerait celle des cantons. Nous sommes plutôt d'avis que le fédéralisme doit jouer ici son rôle, d'autant plus que la Confédération peut disposer à sa guise de toutes les données des cantons pour mettre en place un site national du registre du commerce. Autrement dit, travailler sur des hyperliens nous semble, en l'état du développement de l'informatisation des registres, beaucoup plus sûr, efficace, moins coûteux et dangereux que d'aller vers une solution unique et centralisatrice.

c) Comment organiser la surveillance d'un registre central ?

La structure fédéraliste actuelle permet de hiérarchiser aisément la surveillance des registres cantonaux du commerce, en confiant la haute surveillance des registres cantonaux au département fédéral de justice et police qui peut déléguer cette tâche à l'office fédéral du registre du commerce.

Confier des missions de gestion d'une base de données fédérale, avec toutes les modifications que cela engendrerait dans l'organisation des offices, aurait sans doute pour conséquence de devoir créer une autorité fédérale de surveillance indépendante du DJSF. On pourrait imaginer que le Tribunal fédéral soit chargé de cette mission comme c'est le cas dans le domaine de la LP. Cela ne nous semble toutefois pas réaliste, d'autant plus que, à notre connaissance, il n'y a pas de problème important dans la tenue des registres en Suisse.

Nous sommes donc d'avis que, pour ce motif aussi, la structure fédéraliste d'organisation des registres du commerce ne doit pas être modifiée.

d) Unification des procédures et lutte contre les pratiques cantonales divergentes

Il est bien évident qu'il faut unifier les procédures pour lutter contre la formation de pratiques cantonales divergentes. En effet, la matière parfois très complexe laisse place à des marges

d'appréciation qui peuvent mener à des pratiques cantonales différentes, souvent sur des points de détail.

Ceci dit, la loi actuelle permet à l'office fédéral du registre du commerce d'édicter des directives et de procéder à des inspections. Ces compétences - peut-être trop peu utilisées aujourd'hui ? -, devraient permettre de limiter sensiblement le problème des pratiques divergentes, d'autant plus que le nombre de registres du commerce a fortement diminué (un par canton, sauf pour le Valais) et qu'ils se sont professionnalisés dans la mesure où ils sont actuellement tenus par des avocats ou des notaires. Le fédéralisme ne devrait donc pas être un problème pour l'unification des procédures, qui peuvent par ailleurs être aussi souvent divergentes à l'intérieur d'une grande administration centralisée.

e) *De l'utilisation du n° AVS comme identifiant des personnes physiques et des modifications automatiques entre bases de données*

S'il peut être effectivement utile de pouvoir disposer d'un identifiant unique susceptible d'assurer aisément le suivi des inscriptions liées à une personne physique (notamment son nom et son domicile), il nous semble dangereux de créer des automatismes entre des bases de données relevant d'administrations différentes. En effet, une erreur dans la transcription d'un numéro AVS, qui peut être le fait d'un notaire ou d'un collaborateur, peut avoir des conséquences très fâcheuses par la suite en cas de modifications automatiques, d'autant plus que le numéro AVS sera "caché" et que la personne inscrite au registre du commerce ne pourra pas contrôler la justesse des informations saisies. Enfin, l'automatisme ne pourra pas être la norme dans bien des situations; il suffit de penser au cas du changement de nom d'un titulaire d'une entreprise individuelle ou d'un associé dans une société en nom collectif, qui implique, juridiquement, de devoir requérir une nouvelle raison de commerce de l'entreprise elle-même.

Nous sommes donc d'avis qu'il est opportun de créer des liens entre les administrations, mais qu'il faut les utiliser au niveau d'alertes, pour permettre ensuite à l'autorité concernée (ici, les registres du commerce) de prendre les mesures utiles pour assurer une publication ne présentant aucun risque d'erreur. En tous les cas, l'utilisation de liens électroniques entre différentes administrations fédérales ne devrait pas justifier d'abandonner la structure fédéraliste des registres du commerce, puisqu'ils peuvent également être intégrés dans les applications cantonales, sans problème particulier.

f) *De la réquisition exclusivement électronique*

L'avant-projet est beaucoup trop ambitieux lorsqu'il prévoit que seules des réquisitions électroniques devraient pouvoir être déposées au registre du commerce. En effet, les registres du commerce travaillent avec des milliers de PME qui ne vont que très rarement disposer de signatures électroniques.

A ce jour, le nombre de réquisitions électroniques déposées en Suisse est inférieur aux doigts de la main, sur des centaines de milliers, et il faudra sans doute des décennies pour que l'on puisse un jour (mais cela arrivera-t-il ?) imposer l'usage de la forme électronique qualifiée à tous les citoyens de notre pays, en leur interdisant même de pouvoir se rendre physiquement dans les offices du registre du commerce pour signer une réquisition d'inscription manuellement.

On le voit, cette disposition extrême a pour but de justifier la création d'un registre du commerce centralisé, et elle nous amène à insister – encore, et une dernière fois ! - sur le fait que la structure fédéraliste des registres du commerce ne doit pas être remise en cause

et qu'il faut absolument garder un lien de proximité et d'humanité entre les entreprises et ces autorités administratives.

De l'importance de l'intervention du notaire dans la constitution et la dissolution des personnes morales à caractère économique

Nous reprenons ici (plus bas), en les partageant en tous points, les observations formulées par la Chambre des notaires neuchâtelois, et en insistant sur le fait que le canton de Neuchâtel tient à conserver son notariat indépendant latin. En effet, les notaires indépendants rendent des services - ô combien importants - lors de la constitution de sociétés commerciales, en informant les parties, en les protégeant, et en protégeant également indirectement les tiers, notamment les créanciers.

D'autre part, si des sociétés capitalistes pouvaient être créées sans devoir recourir à un notaire, alors le canton de Neuchâtel devrait engager plusieurs collaborateurs (notaires ou avocats) pour faire face à l'accroissement de travail engendré pour le registre du commerce. Il est en effet notoire, aujourd'hui, que l'inscription d'une association ou d'une société coopérative (qui ne nécessitent pas l'intervention d'un notaire) prend énormément de temps et d'énergie en vérification de projets et en conseils. Qu'en serait-il pour la constitution de personnes morales à caractère économiques ? On peut craindre le pire, comme l'expose la Chambre des notaires neuchâtelois. L'expérience faite, aujourd'hui, suite à l'abandon de la forme authentique pour le transfert des parts sociales, en 2010, est aussi éloquente : surcroît de travail pour les registres, responsabilité accrue des préposés (et donc des cantons), problèmes de confidentialité, difficulté de traiter les cas de représentation successive, etc.

Observations formulées par la Chambre des notaires neuchâtelois:

a) La forme authentique, son utilité

La forme authentique est la forme solennelle selon laquelle une personne autorisée à cet effet par un canton confectionne, selon la procédure prescrite par ce canton, un document écrit consignnant les déclarations de volonté ou la constatation de faits. Il s'agit de la forme légale la plus exigeante pour les actes juridiques les plus importants et les plus risqués. La forme authentique répond à plusieurs buts : expression claire de la volonté des parties et la constatation correcte de certains faits, la protection des parties et des tiers, ainsi que la sécurité du droit, notamment dans la gestion des registres publics. Elle constitue une partie intégrante de l'ordre public suisse (M. Moser, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005, page 1).

b) Du rôle du notaire lors de la constitution d'une société ?

Dans un premier temps, le notaire conseille les parties de façon générale sur les différentes formes de société et leurs incidences, sur la façon de distinguer le patrimoine privé du patrimoine commercial et sur les engagements et implications pour le(s) fondateur(s) et les tiers qu'implique la constitution d'une société.

Dans un deuxième temps et de façon très approfondie, il va examiner l'admissibilité de la raison sociale choisie par le(s) fondateur(s) et cas échéant les assister dans ce cadre. Il va examiner l'admissibilité du but proposé par le(s) fondateur(s) ; bien souvent il va synthétiser les idées qui lui sont soumises de manière à ce que le but soit clair et compréhensible pour tous. Il va examiner le siège choisi et la future adresse ou domiciliation de la société et préparer les documents idoines.

Il va examiner avec le(s) fondateur(s) les différentes possibilités qui s'offrent à lui/eux dans le cadre de l'adoption des statuts (majorité(s) au sein de l'assemblée générale et du conseil d'administration; quorum pour celui-ci; droit de préemption; utilité d'une convention d'actionnaires pour ne citer que quelques exemples). Cette étape va permettre de rappeler au(x) fondateur(s) les possibilités qui s'offrent à lui/eux en matière de révision et les obligations de base auxquelles il(s) est/sont dans tous les cas soumis (tenue d'une comptabilité par exemple malgré la décision d'opting out). De manière générale, cette étape permet au notaire de parcourir et d'expliquer le régime légal applicable à la personne morale choisie, ce qui ne se fera manifestement plus en cas de suppression de la forme authentique pour la constitution de la plupart des sociétés.

Le notaire va conseiller le(s) fondateur(s) sur la structure du capital de la société (type d'actions, valeur nominale) et rendre le(s) fondateur(s) attentif(s) aux limites prévues par le droit s'agissant de la libération du capital (libération fictive du capital, reprise de biens, reprise de biens envisagée) et possibilité d'utilisation future du capital notamment. L'acte authentique dresse finalement, sous contrôle du notaire, les constatations légales ainsi que les déclarations nécessaires à la constitution d'une société de capitaux quelle qu'elle soit.

Le notaire va également conseiller le(s) fondateur(s) sur les personnes habilitées à engager la société, sur les modes de représentation, sur les droits et obligations de celles-ci et les responsabilités qu'elles encourent en acceptant d'être nommées pour de telles fonctions, responsabilités qui revêtent une importance considérable ; on en veut pour preuves les assurances responsabilité civiles spécifiques qui sont systématiquement souscrites par les professionnels de la branche acceptant ce type de mandat.

Le notaire conseille en outre les parties sur les modalités, conséquences et obligations en cas de mise en liquidation d'une société.

c) Des motifs de la révision

Si l'on synthétise le message, l'objectif de la révision est de simplifier certaines constitutions (selon des critères pour le moins flous et dénués de toute objectivité), d'accélérer la procédure tout en réduisant son coût.

En aucun cas, la révision a pour objectif d'assurer et de maintenir la protection des fondateurs et encore moins celle des tiers et des futurs créanciers de la société, ce qui ne saurait être négligé sur la base de pseudo-considérations économiques à court terme.

d) Synthèse

La Chambre des notaires neuchâtelois est convaincue que les notaires sont les premiers spécialistes en matière de constitution de sociétés. Les notaires sont respectivement convaincus de la valeur ajoutée de leur intervention. S'ils ne sont pas les seuls à pouvoir fournir certains conseils en la matière, ils sont les seuls à pouvoir se prévaloir d'un devoir de neutralité et d'un devoir de conseils ancré dans la loi. L'optique de l'intervention du notaire est par ailleurs totalement différente de celle d'autres intervenants en la matière (avocats ou fiduciaires par exemple).

Les notaires sont respectivement convaincus que les points examinés par leur soin ne le seront plus si la modification est acceptée. Il faut ainsi s'attendre à quantité de libérations fictives de capital, à des reprises de biens systématiquement non annoncées avec toutes les conséquences pénales que cela suppose ; tout cela par ignorance du/des fondateur(s) ou par manque de conseils. Il est tout aussi évidemment que le(s) fondateur(s) n'aura/n'auront pas pris la mesure de leurs engagements, notamment du fait de la perte du caractère solennel de l'acte notarié. La portée et l'engagement des personnes habilitées à engager la

société seront également passés sous silence et donc source de nombreux conflits futurs et actions en responsabilité.

L'accélération de la procédure est un faux prétexte. Il convient de rappeler que toute constitution de société de capitaux nécessite la consignation du capital auprès d'un établissement bancaire, procédure qui prend et continuera de prendre plusieurs jours et qui ne sera en aucun cas raccourcie par le projet. Le notaire est parfaitement à même de préparer les différents documents nécessaires à la constitution d'une société durant cette phase et de constituer la société dans la journée durant laquelle l'attestation de consignation bancaire lui est délivrée. Ce n'est donc pas en supprimant la forme authentique que les procédures de constitution de sociétés de capitaux seront accélérées.

S'agissant du coût de la constitution d'une société de capitaux et si l'on prend l'exemple d'une Sàrl avec un capital de Fr. 20'000.00 libéré en espèces, il s'élève, dans un cas ordinaire, à Fr. 2'500.00 (plus ou moins 10%) y compris les frais du Registre du commerce (entre Fr. 800.00 et Fr. 900.00), débours et TVA.

La suppression de la forme authentique engendrera inévitablement une diminution du conseil et de la sécurité juridique et ne permettra qu'un report des frais sur le Registre du commerce et d'autres intervenants moins spécialisés mais néanmoins onéreux, de sorte que l'économie promise sera, dans la très grande majorité des cas, inexistante.

e) Conclusions

Les notaires neuchâtelois sont surpris de la méconnaissance de leur activité en matière de constitution de sociétés par les auteurs de l'avant-projet, des raccourcis que celui-ci comporte et des fausses bonnes idées et "simplification" qu'il prétend apporter.

Dans une logique strictement économique et sans vision globale, le projet occulte totalement le rôle du notaire, pourtant par exemple renforcé dans le projet de loi sur le titre final du Code civil qui est parallèlement mis en consultation et par les dernières modifications législatives en matière de droits réels notamment.

Ce projet enlève tout caractère de responsabilité, d'information et de solennité à la constitution d'une société alors que ces principes sont les garants de la sécurité du droit, des registres publics et de la protection du/des fondateur(s) et des tiers.

En vous remerciant encore une fois de nous avoir consultés et en espérant que nos préoccupations sauront retenir votre attention, nous vous présentons, Madame la Conseillère fédérale, nos salutations les plus distinguées.

Neuchâtel, le 25 mars 2013

Au nom du Conseil d'Etat:

Le président,
P. GNAEGI

La chancelière,
S. DESPLAND