



Bern, 25 janvier 2023

Lutte contre l'usage abusif de la faillite (Modification de l'ordonnance sur le registre du commerce et de l'ordonnance sur le casier judiciaire informatique VOSTRA)

Rapport explicatif
relatif à l'ouverture de la procédure de
consultation



1 Contexte

Le 26 juin 2019, le Conseil fédéral a adopté le message relatif à loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite¹. A l'issue des travaux parlementaires, ledit projet a été adopté au vote final, en date du 18 mars 2022, par le Parlement². Cela entraîne des modifications dans diverses lois : le code des obligations (CO)³, la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁴, le code pénal (CP)⁵, le code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)⁶, la loi fédérale du 17 juin 2016 sur le casier judiciaire informatisé VOSTRA (Loi sur le casier judiciaire, LCJ)⁷ et la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LFD)⁸. Le délai référendaire est échu le 7 juillet 2022, sans avoir été utilisé⁹.

Le Parlement a notamment adopté les mesures suivantes :

- Les créances de droit public, comme par exemple les créances fiscales, seront à l'avenir poursuivies par voie de faillite (suppression de l'art. 43, ch. 1, LP). Cela doit permettre d'éviter que les personnes et les sociétés qui ne paient pas ces créances continuent à participer aux activités commerciales et puissent causer des dommages supplémentaires à la collectivité et aux autres acteurs économiques.
- Les autorités de faillite seront à l'avenir tenues de dénoncer aux autorités de poursuite pénale les éventuels délits constatés en matière de faillite (cf. art. 11, al. 2, *nLP*).
- La livraison et l'ouverture d'envois postaux dans la procédure de faillite seront désormais régies par la loi (cf. art. 222a *nLP*).
- La loi stipulera que les transferts d'actions ou de parts sociales de sociétés surendettées sans activité commerciale ni actifs réalisables sont nuls (cf. art. 684a et 787a *nCO*).
- La renonciation rétroactive au contrôle restreint (appelée *opting-out* rétroactif) sera interdite (cf. art. 727a, al. 2 et 2^{bis} *nCO*).
- La possibilité de rechercher des personnes dans le registre du commerce sera introduite (cf. art. 928b *nCO*).
- Les interdictions d'exercer une activité inscrites au casier judiciaire (p. ex. pour cause de faillite ou d'escroquerie) seront désormais communiquées à l'autorité

¹ FF 2019 4977

² FF 2022 702

³ RS 220

⁴ RS 281.1

⁵ RS 311.0

⁶ RS 321.0

⁷ RS 330

⁸ RS 642.11

⁹ FF 2022 702

fédérale de haute surveillance du registre du commerce, soit au Département fédéral de justice et police, respectivement à l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC ; cf. art. 8, al. 1, let. c, de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police [Org DFJP]¹⁰ et art. 5, al. 1 s.). Celui-ci examinera si l'interdiction d'exercer est incompatible avec les inscriptions au registre du commerce. S'il y a incompatibilité, elle en informera l'office du registre du commerce afin que celui-ci puisse prendre les mesures nécessaires et, si nécessaire, radier la personne concernée du registre du commerce (cf. art. 47, let. e, et 64a nLCJ¹¹ ; art. 928a, al. 2^{bis} à 2^{quater}, nCO).

- A l'avenir, les administrations fiscales cantonales seront tenues d'informer les offices du registre du commerce lorsqu'une société n'a pas présenté les comptes annuels prescrits par la loi (cf. art. 112, al. 4, nLIFD¹²). Cela doit empêcher les entreprises d'exercer leur activité pendant une longue période sans tenir de comptabilité et de dissimuler aux créanciers et créancières leur éventuelle mauvaise situation financière.

Les modifications du CO, de la LCJ et de la LIFD ont pour conséquences que l'ordonnance du 17 octobre 2017 sur le registre du commerce (ORC)¹³ ainsi que l'ordonnance du 19 octobre 2022 sur le casier judiciaire informatique VOSTRA (Ordonnance sur le casier judiciaire, OCJ)¹⁴ doivent être révisées.

Dans le cadre de la mise en œuvre des nouvelles règles dans l'ordonnance sur le registre du commerce, une nouvelle disposition relative à la consultation des répertoires accessibles au public concernant les titulaires d'autorisation sera créée. Les offices du registre du commerce sont tenus à l'avenir de consulter directement ces répertoires au besoin et de vérifier l'existence de l'autorisation nécessaire à l'inscription. Il ne sera donc plus nécessaire de présenter l'autorisation comme pièce justificative. Des allègements administratifs sont ainsi créés aussi bien pour les assujettis que pour les autorités de surveillance et les offices du registre du commerce.

2 Présentation du projet

2.1 Réglementation proposée

2.1.1 Ordonnance sur le registre du commerce

En raison des modifications apportées au CO, à la LCJ et à la LIFD, l'ordonnance sur le registre du commerce doit être remaniée dans différents domaines. Le projet prévoit en particulier ce qui suit :

- Des dispositions relatives à la procédure et à la mise en œuvre des transferts d'actions ou de parts sociales entraînant la nullité sont introduites, notamment par le biais d'une énumération des cas pouvant donner lieu à des soupçons

¹⁰ RS 172.213.1

¹¹ FF 2022 702

¹² FF 2022 702

¹³ RS 221.411

¹⁴ RS 331

fondés de la part de l'office du registre du commerce (cf. art. 684a et 787a nCO et explications ci-dessous relatives aux art. 65a et 83).

- Les dispositions relatives à l'inscription de la renonciation au contrôle restreint vont être révisées afin de tenir compte de l'interdiction de la renonciation rétroactive au contrôle restreint adoptée par le Parlement (cf. explications ci-dessous relatives aux art. 45, al. 1, let. p ; 62 ; 68, al. 1, let. q ; 73, al. 1, let. r ; 87 al. 1 let. m);
- Les critères de recherche des personnes pour les interrogations spécifiques des données des personnes physiques inscrites au registre du commerce sont définis (cf. explications ci-dessous relatives à l'art. 14a) ;
- En ce qui concerne l'obligation des autorités fiscales de communiquer aux offices du registre du commerce que la personne morale n'a pas déposé de comptes annuels, le déroulement de la procédure sera fixé (cf. explications ci-dessous relatives à l'art. 62, al. 5 et art. 10, al. 2).

2.1.2 Ordonnance sur le casier judiciaire

La communication à l'OFRC des interdictions d'exercer une activité inscrites au casier judiciaire doit se faire par le biais d'une interface entre VOSTRA et la « base de données centrale des personnes » selon l'art. 928b nCO, conformément à l'art. 64a, al. 2, nLCJ. La mise en œuvre nécessite, outre les modifications de l'ORC (cf. explications ci-dessous relatives aux art. 10, al. 1, let. d ; 19, al. 3^{bis} ; 152, al. 1), une adaptation de l'ordonnance sur le casier judiciaire (cf. explications ci-dessous relatives à l'art. 61a P-OCJ).

2.2 Adéquation des moyens requis

Les coûts uniques de mise en œuvre pour l'adaptation des interfaces électroniques sur les plans fédéral et cantonal sont maîtrisés et n'entraînent pas de coûts récurrents (cf. ch. 4).

2.3 Mise en oeuvre

Afin que la communication des autorités fiscales aux offices du registre du commerce selon laquelle une personne morale n'a pas déposé de comptes annuels, puisse se faire électroniquement, les autorités fiscales cantonales et les autorités du registre du commerce doivent d'abord créer les interfaces nécessaires (cf. ch. 4.2).

3 Commentaire des dispositions

3.1 Ordonnance sur le registre du commerce

Titre 1 Dispositions générales

Chapitre 4 Publicité du registre du commerce

Art. 10 Exceptions

L'article 10 concernant les exceptions au principe de publicité du registre du commerce est désormais divisé en deux alinéas.

Al. 1: Il contient, comme jusqu'à présent, la liste des indications qui sont exclues de la publicité du registre du commerce selon l'art. 936 CO. Les lettres a à c ne sont pas modifiées.

Let. d: La lettre d est reformulée en raison des nouveaux art. 928a, al. 2^{bis} à 2^{quater} nCO. Les nouvelles dispositions dans le code des obligations engagent l'OFRC de veiller à ce que la base de données centrale des personnes ne contienne pas d'inscriptions incompatibles avec une interdiction d'exercer une activité. En cas d'incompatibilité, il en informe l'office du registre du commerce, qui devra ensuite sommer l'entité juridique de prendre les mesures nécessaires.

Les autorités impliquées vont ainsi devoir échanger des communications et des documents contenant en partie des informations sensibles. Ces informations ne doivent pas être soumises au principe de publicité selon l'art. 936 CO. A la lettre d, la liste contenant les exceptions à la publicité du registre du commerce est donc élargie par les communications et documents: les communications et documents, générés dans le cadre de l'examen des interdictions d'exercer une activité, seront explicitement exclus de la publicité du registre. Cela concerne notamment la communication de l'OFRC à l'office du registre du commerce, selon laquelle une inscription est incompatible avec une interdiction d'exercer une activité existante (cf. art. 928a, al. 2^{bis}-2^{quater}, nCO). Elle ne pourra dès lors être consultée. Toutefois, une décision de radiation exécutoire de l'office du registre du commerce, selon laquelle la personne concernée est radiée d'office du registre du commerce, constituera une pièce justificative et ne sera ainsi pas couverte par cette exception.

Al. 2: Les documents selon l'art. 62 mentionnés auparavant à l'alinéa 1, lettre d, en relation avec l'inscription de la renonciation au contrôle restreint, seront désormais soumis à une publicité restreinte. Ces documents seront, comme jusqu'à présent, exclus de la publicité pour le grand public. Seules les autorités de la Confédération et des cantons, notamment les administrations fiscales et les autorités de poursuite pénale, pourront maintenant les consulter. Cela permet par exemple à l'administration fiscale, qui doit désormais informer le registre du commerce lorsqu'une société n'a pas déposé de comptes annuels malgré l'obligation prévue par la loi (cf. art. 112, al. 4, nLIFD et explications ci-dessous relatives à l'art. 62, al. 5), de demander si des comptes annuels ont été déposés auprès du registre du commerce dans le cadre d'une inscription ou du renouvellement d'une renonciation au contrôle restreint. Les autorités se renseignent mutuellement. Les sociétés ne seront plus incitées à déposer leurs comptes annuels uniquement auprès de l'office du registre du commerce et à espérer obtenir une taxation par appréciation bienveillante de la part de l'administration fiscale. Il sera également possible de comparer les comptes annuels déposés auprès de l'administration fiscale et ceux déposés au registre du commerce. L'échange avec les autorités doit permettre de renforcer la compliance des sociétés avec le droit comptable.

Chapitre 7 Bases de données centrales

Art. 14a Base de données centrale des personnes

Al. 1^{bis}: L'OFRC est responsable de la gestion de la base de données centrale des personnes. Avec la modification de la loi à l'art. 928b al. 3 nCO, les données des personnes physiques seront dorénavant accessibles gratuitement pour procéder à des interrogations spécifiques sur Internet.

Le nouvel alinéa 1^{bis} précise désormais les critères de recherche qui doivent permettre d'effectuer une interrogation spécifique. Il doit être possible d'utiliser comme critères de recherche, notamment, les noms des personnes, c'est-à-dire le prénom et le nom, ainsi que les numéros personnels dits non signifiant de la base de données centrale des personnes (art. 928c, al. 3, CO).

Chaque personne saisie dans la base de données centrale des personnes se voit attribuer un numéro personnel non signifiant (art. 928c, al. 3, CO), qui sera également visible au registre du commerce. Lors d'une recherche effectuée uniquement à l'aide du prénom et/ou du nom de famille, les différentes manières d'orthographier des noms peuvent entraîner un résultat de recherche incomplet ou imprécis. Avec l'aide du numéro personnel non signifiant, la personne, c'est-à-dire les inscriptions au registre du commerce qui lui sont liées peuvent être clairement identifiées lors d'une recherche.

La recherche de personnes permettra d'identifier auprès de quelle entité juridique et avec quelle fonction une personne déterminée est ou était inscrite. Le public pourra ainsi se faire une idée de l'évolution économique de la personne dans le cadre de ses activités soumises à l'inscription au registre du commerce. Il s'agit par exemple d'obtenir des informations sur la question de savoir si la personne est ou était inscrite auprès d'une entité juridique, sur laquelle une procédure de faillite a été ouverte.

Ces possibilités de recherche serviront également aux autorités dans l'accomplissement de leurs tâches. Ainsi les juges pénaux pourront prononcer des interdictions d'exercer pour une activité spécifique, avoir connaissance des sociétés auprès desquelles la personne est inscrite et avec quelle fonction ainsi que le but desdites sociétés. Cela leur permettra de formuler l'interdiction d'exercer de manière suffisamment précise.

Par contre, le numéro AVS ne sera pas public (cf. art. 936, al. 1 *in fine*, CO) et ne pourra être utilisé comme critère de recherche. Il n'apparaîtra pas dans les résultats de recherche. Dans la base de données centrale des personnes, le numéro AVS sert uniquement d'identificateur de personne en arrière-plan et n'est pas rendu public pour des raisons de protection des données¹⁵.

La disposition relative à la recherche de personnes doit entrer en vigueur avec les autres dispositions contenues dans le projet. Le public ne pourra cependant effectuer des recherches de personnes qu'à une date ultérieure. D'une part, la base de données centrale des personnes nouvellement créée durant l'année 2020 (cf. art. 928b CO) ne recensera vraisemblablement pas encore toutes les personnes physiques à la date d'entrée en vigueur prévue. Ainsi, les cantons sont encore en train de créer les

¹⁵ FF 2019 4977, 4987; FF 2015 3255, 3274.

conditions nécessaires pour fournir à la base de données centrale des personnes les données personnelles requises. Une recherche de personnes pertinente ne sera possible que lorsque la base de données sera complète. D'autre part, la mise à disposition de la fonction de recherche requiert la création des conditions techniques nécessaires. L'interrogation spécifique sur internet de données relatives à des personnes physiques sera ainsi retardé et ne sera possible pour le public que dans les années à venir.

Titre 2 Procédure d'inscription

Chapitre 1 Réquisition et pièces justificatives

Section 1 Réquisition

Art. 19 Inscription fondée sur un jugement ou une décision

Al. 3^{bis}: Dans le cadre de l'examen de la compatibilité entre les inscriptions au registre du commerce et les interdictions d'exercer une activité, l'OFRC aura accès à l'extrait 3 destiné aux autorités (extrait du casier judiciaire; cf. art. 47, let. e, nLCJ). En revanche, les offices du registre du commerce n'y auront pas accès (cf. explications ci-dessous relatives à l'art. 152).

Par analogie aux compétences actuelles des offices du registre du commerce, l'OFRC doit avoir la possibilité, dans le cadre de son activité de contrôle, de demander des précisions écrites au tribunal en cas d'incertitudes. En conséquence, l'art. 19 doit être complété par cette compétence.

Section 2 Pièces justificatives

Art. 24c Inscription dans les répertoires accessibles au public d'autorités suisses

Les faits à inscrire doivent reposer sur des pièces justificatives (cf. art. 929, al. 2, CO). Il en va de même pour l'existence d'autorisations d'exercer une activité soumise à autorisation. Par conséquent, l'autorisation doit en principe être jointe à la réquisition d'inscription au registre du commerce en tant que pièce. Le nouvel art. 24c prévoira une exception à cette règle lorsque l'autorité qui délivre l'autorisation tient un répertoire accessible au public des détenteurs d'autorisation. Par exemple, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) tient sur son site internet des listes accessibles au public des établissements et des placements collectifs de capitaux qu'elle a autorisés.

Dans ces cas, selon l'art. 24c, la remise de l'autorisation comme pièce justificative n'est plus nécessaire. L'office du registre du commerce peut vérifier directement l'existence d'une autorisation en consultant le répertoire correspondant et le mentionner en conséquence dans le dossier.

Chapitre 3 Société anonyme

Section 1 Fondation

Art. 45 Contenu de l'inscription

Al. 1 let. p: La renonciation au contrôle restreint (appelé opting-out) ne pourra désormais être décidé que pour l'exercice annuel futur (cf. art. 727a, al. 2, nCO).

Pour l'inscription au registre du commerce, c'est la date de début de l'exercice annuel, à partir duquel la renonciation au contrôle restreint vaut, qui est relevant (cf. art. 62). En revanche, l'inscription de la date de la déclaration d'opting-out du conseil d'administration ne sera plus nécessaire. En conséquence, cette dernière exigence est supprimée à la lettre p et remplacée par la date du début de l'exercice annuel à partir duquel la renonciation au contrôle restreint est valable.

Section 9 Dispositions spéciales concernant la révision et l'organe de révision

Art. 62 Renonciation au contrôle restreint

L'actuel article 62 concernant la renonciation au contrôle restreint (appelé opting out) sera révisé et l'ordre des alinéas sera partiellement modifié.

Al. 1 et 3 ne subissent aucune modification.

Al. 2: A l'avenir, la date du début de l'exercice annuel à partir duquel la renonciation est valable devra être inscrite au registre du commerce (cf. explications ci-dessus concernant l'art. 45), ce qui nécessite une adaptation de l'alinéa 2, selon lequel cette date devra également figurer dans la déclaration de renonciation.

Les pièces justificatives à fournir avec la déclaration de renonciation seront précisées. Les comptes annuels à joindre à la déclaration de renonciation (cf. art. 727a, al. 2^{bis}, nCO) ne doivent être remis que sous forme de copie (let. a). Toutefois, comme les comptes annuels remis devront avoir été approuvés par l'assemblée générale, un extrait du procès-verbal de la décision de l'assemblée générale concernant ladite approbation sera également exigé (let. b). En outre, une copie du rapport de révision devra dorénavant être joint (let. c). Lorsque la société a un organe de révision, ce dernier doit également réviser les comptes annuels. La copie du rapport de révision permet à l'office du registre du commerce de constater si la révision a effectivement eu lieu. Comme précédemment, les déclarations de renonciation individuelles des actionnaires ou le procès-verbal de l'assemblée générale, qui constate que tous les actionnaires ont renoncé, devront également être joints à la déclaration de renonciation (let. d).

Al. 4: Il correspond à l'ancien alinéa 5. La modification de la formulation permet de préciser que ce n'est pas seulement le conseil d'administration, mais la société elle-même qui est compétente pour requérir la radiation ou l'inscription de l'organe de révision. Depuis la révision de l'article 17, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2021, la signature de la réquisition peut faire l'objet d'une représentation. Ce n'est pas seulement le conseil d'administration qui peut requérir la radiation ou l'inscription de l'organe de révision, mais toutes les personnes autorisées à signer au nom de la société ou même des tiers en possession d'une procuration.

Al. 5: La disposition concernant le renouvellement de la déclaration de renonciation (auparavant contenue à l'al. 4) sera désormais modifiée et ne prévoira plus une possibilité mais une obligation. Il est ainsi clairement établi que l'invitation à

renouveler la déclaration de renonciation n'est pas laissée à l'appréciation de l'office du registre du commerce. Si les conditions de l'al. 4 sont remplies, l'office du registre du commerce devra sommer la société de renouveler sa déclaration de renonciation ou de désigner un organe de révision. Par souci d'exhaustivité, il est précisé que la société peut également désigner un organe de révision au lieu de renouveler sa déclaration de renonciation. Il s'agit d'une sommation au sens de l'art. 939, al. 1, CO, étant donné qu'en l'absence d'un opting-out ou d'organe de révision inscrit, il existe un défaut d'organisation (cf. explications ci-dessous relatives à l'art. 62, al. 6).

En outre, les cas dans lesquels un renouvellement doit être demandé sont désormais précisés.

Ainsi, l'office du registre du commerce devra toujours sommer la société de renouveler sa déclaration de renonciation ou de désigner un organe de révision lorsque l'administration fiscale cantonale lui communique, conformément à l'art. 112, al. 4, nLIFD, que la société n'a pas déposé de comptes annuels (let. a). Si la société ne remet pas ses comptes annuels à l'administration fiscale, il existe un soupçon que la société n'a pas établi de comptes annuels et qu'elle ne tient pas une comptabilité correcte. Sans tenue correcte de la comptabilité, elle ne devrait pas non plus être en mesure de démontrer si les conditions de l'opting-out sont toujours remplies.

L'opting-out jouit d'une grande popularité, si bien qu'aujourd'hui, la plupart des PME n'ont plus d'obligation de révision. Sans obligation de révision, il n'est toutefois pas garanti que la société tienne une comptabilité. Sans comptabilité, la société n'est pas en mesure d'évaluer sa propre situation économique et de prendre à temps les mesures nécessaires à son assainissement¹⁶. Parallèlement, la décision de renonciation au contrôle restreint est en principe illimitée dans le temps (art. 727a, al. 4, CO). Lors des débats parlementaires, l'introduction d'un renouvellement périodique de la déclaration d'opting-out a été discutée, mais rejetée. Avec l'obligation de communication des administrations fiscales, le législateur a voulu éviter que toutes les sociétés ne doivent renouveler périodiquement leur opting-out et de permettre aux offices du registre du commerce d'agir de manière ciblée contre celles qui n'ont pas remis de comptes annuels à l'administration fiscale¹⁷. Comme alternative au renouvellement périodique de la décision d'opting-out, il a introduit l'obligation de communication. L'alinéa 5 lettre 5 reflète désormais cela.

Pour l'inscription du renouvellement de la décision d'opting-out, les mêmes pièces justificatives que pour la déclaration de renonciation initiale doivent être remises (cf. art. 62, al. 2). Par conséquent, les sociétés devront également déposer des comptes annuels auprès de l'office du registre du commerce (cf. art. 727a, al. 2^{bis}, et. 62, al. 2). Cela a pour conséquence que la société ne peut pas renouveler l'opting-out sans déposer de comptes annuels. Si la société ne renouvelle pas sa décision d'opting-out, l'al. 6 s'applique (cf. explications ci-dessous relatives à l'art. 62, al. 6).

Outre le cas spécifique de la communication par les autorités fiscales cantonales, une sommation à renouveler la déclaration d'opting-out doit avoir lieu de manière générale lorsque l'office du registre du commerce est amené à prendre connaissance de certaines informations, dans le cadre de son activité, qui indiqueraient que la société ne remplit plus les conditions pour renoncer au contrôle restreint (let. b). Ce serait par exemple le cas si l'office du registre du commerce, dans le cadre de l'examen d'une

¹⁶ Cf. FF **2019** 4977, 4994

¹⁷ Cf. BO **2021** E 354; BO **2021** E 1143

réquisition d'inscription d'un apport en nature ou d'une restructuration, constate sur la base des indications chiffrées que les conditions pour un contrôle légal sont dorénavant remplies. De même, l'office du registre du commerce pourra requérir le renouvellement ou la désignation d'un organe de révision, lorsque l'opting-out précédemment inscrit était documenté par des comptes annuels non actuels (cela est par exemple le cas lorsque la réquisition d'inscription au registre du commerce pour l'opting-out est déposée au début de l'exercice annuel, à un moment où l'assemblée générale n'a pas encore eu l'occasion d'approuver les comptes annuels de l'année précédente, et où, par conséquent, les comptes annuels [approuvés] de l'avant-dernier exercice serviront donc de pièces justificatives).

Al. 6: Cet alinéa est nouveau et il précise la procédure déjà applicable en vertu du droit en vigueur selon l'art. 939, al. 2, CO, en cas de sommation de renouvellement de la déclaration d'opting-out ou, à défaut, de désignation d'un organe de révision. Lorsque la société ne renouvelle pas la déclaration d'opting-out, l'opting-out ne sera plus valable. La société sera donc soumise à l'obligation de révision et devra nommer un organe de révision. Tant qu'un organe de révision n'est pas inscrit, il y aura une carence dans l'organisation. L'office du registre du commerce devra transmettre l'affaire au tribunal (art. 939 CO ; pour la sommation selon l'art. 939, al. 1, CO, cf. explications ci-dessus relatives à l'art. 62, al. 5), lequel va prendre les mesures nécessaires (art. 939, al. 2, CO), qui peuvent aller jusqu'à la dissolution de la société – comme *ultima ratio* (art. 731b, al. 1^{bis}, ch. 3, CO).

Sur le plan temporel, aucune disposition transitoire n'est nécessaire. Les nouvelles dispositions s'appliqueront dès leur entrée en vigueur aux nouvelles constitutions ainsi qu'aux nouvelles décisions d'opting-out. Les opting-out précédemment inscrits au registre du commerce ne devront pas être actualisées, sous réserve de motifs pour un renouvellement selon l'art. 62, al. 5.

Section 11 Transfert d'actions de sociétés surendettées sans activité commerciale et sans actifs réalisables

Tous les aspects relatifs au transfert nul d'actions de sociétés surendettées, sans activité commerciale et sans actifs doivent être traités au même endroit, dans un article spécifique. A cet effet, une nouvelle section sera créée dans le chapitre 3 relatif à la société anonyme. Le placement de la nouvelle section 11, à la fin du chapitre 3, après les dispositions relatives à la dissolution et à la radiation se justifie par le fait que son contenu porte sur la question des transactions nulles.

Art. 65a

Al. 1: L'art. 684a, al. 2, *nCO*, impose aux offices du registre du commerce une obligation d'agir lorsque, dans le cadre d'une réquisition, ils ont un soupçon fondé de transfert d'actions nul. Le présent alinéa 1 contient à cet égard une énumération non exhaustive de faits susceptibles de fonder un tel soupçon de transfert d'actions nul au sens de l'art. 684a *nCO*. Cela doit permettre à l'office du registre du commerce, mais aussi à des tiers, de reconnaître plus facilement un transfert d'actions nul au sens de l'art. 684a *nCO*. La liste des indices doit aider l'office du registre du commerce à décider dans quels cas il convient de procéder à des clarifications approfondies et donc

quand la société doit être invitée à présenter des comptes annuels (cf. art. 684a, al. 2, *nCO* et explications ci-dessous relatives à l'al. 2).

Les faits comme une modification simultanée ou successive de la raison sociale, du but de la société, du transfert de siège et/ou du changement des organes, en particulier des membres du conseil d'administration (let. a) constituent un point de repère¹⁸.

Un autre indice est le cas où une société a son domicile exactement à la même adresse qu'une autre société pour laquelle l'office du registre du commerce avait déjà refusé une inscription en raison d'un transfert nul au sens de l'art. 684a *nCO* (let. b). Ceci parce qu'il y a un soupçon qu'il pourrait s'agir d'un modèle commercial: commerce de sociétés surendettées, sans activité commerciale et sans actifs réalisables¹⁹.

Il en va de même lorsque les personnes qui requièrent l'inscription d'un transfert d'actions ont déjà participé à un transfert d'actions nul au sens de l'art. 684a *nCO* (let. c). Ici également, il existe un risque accru qu'il s'agisse d'un modèle commercial

Enfin, des indications de tiers, par exemple de personnes privées, d'autorités ou de rapports de médias, peuvent également constituer des indices pour soupçonner un transfert d'actions nul (let. d).

Al. 2: Les derniers comptes annuels disponibles et signés devront être remis à l'office du registre du commerce. Si la société dispose d'un organe de révision, une copie du rapport de révision des comptes annuels devra également être remise.

Les comptes annuels déposés devront être signés par le président du conseil d'administration et la personne qui répond de l'établissement des comptes au sein de l'entreprise, comme pour le rapport de gestion (cf. art. 958, al. 3, *CO*).

Al. 3: Les procédures déjà connues dans l'ordonnance sur le registre du commerce doivent être appliquées pour la sommation. Par exemple, le délai pour la présentation des comptes annuels doit être fixé selon le standard déjà connu dans l'ordonnance sur le registre du commerce. En cas de refus d'inscription, l'office du registre du commerce rendra, le cas échéant, une décision formelle (art. 684a, al. 2, *nCO*; art. 65a, al. 1 et 153 par analogie).

Chapitre 4 Société en commandite par actions

Art. 68 Contenu de l'inscription

Al. 1 let. q: La nouvelle lettre correspond à la nouvelle réglementation concernant la société anonyme à l'art. 45, al. 1, let. p. Il est renvoyé à cet égard aux explications relatives à l'art. 45.

Chapitre 5 Société à responsabilité limitée

¹⁸ FF **2019** 4977, 4997

¹⁹ Cf. sur la problématique de « fossoyage » de sociétés FF **2019** 4977, 4988 ss.

Section 1 Fondation

Art. 73 Contenu de l'inscription

Al. 1 let. r: La nouvelle lettre correspond à la nouvelle réglementation concernant la société anonyme à l'art. 45, al. 1, let. p. Il est renvoyé à cet égard aux explications relatives à l'art. 45.

Section 5 Monnaie du capital social, révision, organe de révision, dissolution, radiation, transfert de parts sociales de sociétés surendettées sans activité commerciale et sans actifs réalisables

Comme au niveau de la loi, il sera précisé au niveau de l'ordonnance que les règles applicables aux transferts d'actions nuls selon l'art. 684a nCO s'appliquent également aux cessions de parts sociales selon l'art. 787a nCO. A cet effet, le titre de la section 5 au chapitre 5 doit être complété, de sorte que le transfert de parts sociales de sociétés surendettées sans activités et sans actifs réalisables soit également mentionné.

Art. 83

L'art. 787a nCO (tout comme l'art. 684a, al. 2, nCO, dans le droit de la société anonyme) crée une obligation d'agir pour les offices du registre du commerce lorsque, dans le cadre d'une réquisition, ils ont un soupçon fondé de cession de parts sociales nul. Le renvoi de l'art. 83 aux dispositions relatives à la société anonyme doit être complété. Ainsi l'art. 65a relatif au transfert d'actions de sociétés surendettées, sans activité commerciale et sans actifs réalisables s'applique par analogie à la cession de parts sociales de sociétés surendettées sans activités commerciale et sans actifs réalisables. Il est renvoyé aux explications correspondantes concernant les dispositions applicables à la société anonyme (cf. explications ci-dessus relatives à l'art. 65a).

Chapitre 6 Société coopérative

Art. 87 Contenu de l'inscription

Al. 1 let. m: La nouvelle lettre correspond à la nouvelle réglementation concernant la société anonyme à l'art. 45, al. 1, let. p. Il est renvoyé à cet égard aux explications relatives à l'art. 45.

Titre 5 Inscription d'office

Chapitre 1 Inscription lacunaire ou inexacte

Art. 152 Contenu de la sommation de l'office du registre du commerce

Al. 1: Lorsque l'OFRC signale à l'office du registre du commerce qu'il y a une incompatibilité entre une interdiction d'exercer une activité et les fonctions inscrites dans la base de données centrale des personnes, l'office du registre du commerce sommera l'entité juridique de prendre les mesures nécessaires (cf. art. 928a, al. 2^{bis} - 2^{quater}, nCO). L'ordonnance précisera que les articles 152 et suivants s'appliquent à la sommation de l'office du registre du commerce.

Si l'entité juridique ne prend pas de mesures ou si elles sont insuffisantes et que la personne concernée ne requiert pas sa propre radiation du registre du commerce (art. 933, al. 2, CO), l'office du registre du commerce prendra d'office une mesure appropriée, par exemple la radiation de la personne concernée du registre du commerce. L'art. 153 sera alors applicable. Dans la mesure où les offices du registre du commerce n'auront pas d'accès direct à l'extrait 3 destiné aux autorités, mais que cet accès sera réservé à l'OFRC (art. 47, let. e, nLCJ), cette dernière assistera, dans l'esprit de la collaboration prévue à l'art. 928a CO, l'office du registre du commerce dans la rédaction de la décision, s'il le souhaite.

3.2 Ordonnance sur le casier judiciaire

Chapitre 6 Communication des données du casier judiciaire

Section 4 Communication automatique de données du casier judiciaire à des autorités

L'art. 64a nLCJ impose au service du casier judiciaire, par le biais du casier judiciaire informatique VOSTRA, au sein de l'Office fédéral de la justice (art. 3, al. 2, LCJ), de communiquer périodiquement à l'OFRC une liste de toutes les interdictions d'exercer en vigueur, inscrites dans VOSTRA, ordonnées contre des personnes inscrites dans la base de données centrale des personnes et pertinentes pour la vérification prévue à l'art. 928a, al. 2^{bis}, nCO. Pour mettre en œuvre cette obligation de communication réglée à l'art. 64a nLCJ, il doit être précisé à l'art. 61a de la nouvelle ordonnance sur le casier judiciaire (en tant que dernière disposition de la section 4 du chapitre 6) les détails de la mise en œuvre de la communication (comme c'est le cas pour les autres communications régies par les art. 58 ss LCJ).

L'art. 61a, al. 1, P-OCJ prévoit que la base de données centrale des personnes communique tous les trois mois à VOSTRA, via l'interface entre les deux registres, une liste actualisée des numéros AVS des personnes dont ledit numéro est saisi dans la base de données centrale des personnes. Ainsi, VOSTRA sait quelles personnes sont inscrites dans la base de données centrale des personnes. Par conséquent, le cercle des personnes dont les interdictions d'exercer une activité doivent être annoncées est également déterminé.

Conformément à l'art. 61a, al. 2, P-OCJ, VOSTRA devra communiquer le lendemain à la base de données centrale des personnes (sur la base des numéros AVS de la base de données centrale des personnes annoncés) une liste globale des interdictions d'exercer en vigueur, enregistrées dans VOSTRA, de ces personnes.

Cette procédure permet de garantir que seules les données personnelles pertinentes pour les tâches de VOSTRA sont transmises à la base de données centrale des personnes.

L'art. 61a, al. 2, P-OCJ devra préciser quelles données sont renvoyées dans la communication sous une forme structurée.

La communication devra contenir des « indications générales relatives à la communication », à savoir le titre de la communication, la description de la tâche, le moment de l'établissement de la communication et le destinataire de la communication, qui sont apposées sur chaque communication VOSTRA (cf. art. 61a, al. 2, let. A, P-OCJ). Ces informations permettent de déterminer clairement en quoi consiste la communication. Il est également possible de distinguer la communication d'autres déclarations sans devoir analyser la communication en détail.

La partie essentielle de la communication est toutefois constituée par les indications qui se rapportent aux interdictions d'exercer une activité en vigueur (cf. art. 61a, al. 2, let. b, P-OCJ). Pour chaque interdiction, les informations suivantes seront énumérées. Le destinataire doit pouvoir voir à quelle personne se rapporte l'interdiction, dans quel contexte l'interdiction a été prononcée et quels sont les principaux éléments de l'interdiction :

- Afin que l'OFRC puisse reconnaître quelle personne est soumise à l'interdiction d'exercer une activité, le numéro AVS et l'ID de dossier VOSTRA seront attribués à l'interdiction en question (cf. art. 61a, al. 2, let. b, ch., 1, P-OCJ). Grâce à ces informations, l'OFRC pourra à nouveau consulter, pour les personnes concernées, l'ensemble des données contenues dans VOSTRA par le biais de l'accès en ligne à l'extrait 3 destiné aux autorités, prévu à l'art. 47, let. e, nLCJ.
- Afin que les interdictions puissent être trouvées plus rapidement dans VOSTRA, la liste globale devra contenir également certaines informations relatives au jugement de base ou à la décision ultérieure dans lesquels l'interdiction a été prononcée, ainsi que la date du jugement ou de la décision et le numéro de dossier (cf. art. 61a, al. 2, let. b, ch. 2, P-OCJ).
- En outre, la communication indiquera également de quel type d'interdiction d'exercer une activité il s'agit (les interdictions d'exercer figurant sur VOSTRA se distinguent par leur désignation), quel est le contenu de cette interdiction et à partir de quand elle n'est plus valable (cf. art. 61a, al. 2, let. b, ch. 3, P-OCJ).
- L'énumération de la « date de premier saisie de l'interdiction » devra permettre de trier la liste globale afin d'identifier plus rapidement les interdictions qui ont déjà été examinées sur la base de communications antérieures (cf. art. 61a, al. 2, let. b, ch. 3, quatrième tiret, P-OCJ).

Il a été délibérément choisi une solution simple et peu coûteuse à mettre en œuvre, en soumettant toujours l'ensemble des données de VOSTRA à une comparaison avec les personnes dans la base de données centrale des personnes. Cela aura pour conséquence qu'une interdiction donnée réapparaîtra sur la prochaine communication (pour autant que la personne n'ait pas été retirée de la base de données centrale des personnes entre-temps). C'est pourquoi, au sens de l'art. 64a, al. 1, nLCJ, toutes les interdictions d'exercer une activité contenues dans VOSTRA seront « pertinentes »

lors de chaque communication – indépendamment du fait qu'il y ait eu une mutation depuis la dernière communication dans VOSTRA ou dans la base de données centrale des personnes.

Une comparaison complète et exhaustive des données entre VOSTRA et la base de données centrale des personnes ne sera toutefois possible que lorsque la base de données centrale des personnes aura été mise à jour par les cantons (cf. également explications ci-dessus relatives à l'art. 14a).

4 Conséquences

4.1 Conséquences pour la Confédération

Toutes les conséquences financières et en matière de personnel pour la Confédération liées aux modifications proposées découlent déjà de la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite (19.043)²⁰, puisque les présentes adaptations d'ordonnances ne font que mettre en œuvre les dispositions d'exécution correspondantes. Comme indiqué dans le message relatif à loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite, les dispositions proposées n'ont en principe pas de conséquences financières directes pour la Confédération en termes de dépenses supplémentaires. En particulier, aucune nouvelle autorité n'est prévue et aucune autorité existante n'est renforcée.

Le message relatif à loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite contient de plus amples informations sur les conséquences pour la Confédération²¹.

4.2 Conséquences pour les cantons

La communication des autorités fiscales aux offices du registre du commerce qu'aucun compte annuel n'a été déposé doit se faire, dans la mesure du possible, par voie électronique. Pour ce faire, une adaptation des systèmes informatiques cantonaux est nécessaire (fisc et registre du commerce).

Dans le cadre de cette obligation de communication des autorités fiscales, il faut en outre s'attendre à ce que les offices du registre du commerce aient, au moins au début, un surcroît de travail pour sommer les sociétés de renouveler leur renonciation au contrôle restreint, y compris le dépôt de comptes annuels auprès du registre du commerce. En effet, selon les informations fournies par les autorités fiscales, un grand nombre de sociétés ne déposent actuellement pas de comptes, ce qui donne lieu à de nombreuses taxations par voie d'estimation. Il faut toutefois s'attendre à ce que cette disposition ait un effet préventif et que le volume de communications diminuera rapidement en conséquence, car le non-dépôt des comptes annuels pourra finalement déboucher sur une procédure pour carence dans l'organisation, qui peut mener jusqu'à la dissolution de la société (cf. explications ci-dessus relatives à l'art. 62, al. 4, let. a).

Par ailleurs, les conséquences pour les cantons sont exposées dans le message relatif à loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite²².

²⁰ FF 2022 702

²¹ FF 2019 4977, 5001

²² FF 2019 4977, 5001 s.

4.3 Conséquences économiques

La communication des autorités fiscales qu'aucun compte annuel n'a été déposé et ainsi le déclenchement d'une procédure de renouvellement de la déclaration d'opting-out, puis – en tant qu'*ultima ratio* – la dissolution judiciaire de la société et, le cas échéant, l'ouverture d'une procédure de faillite dans le cadre d'une procédure de carence dans l'organisation, doivent notamment permettre d'obtenir une meilleure conformité dans la tenue et la présentation des comptes. Une bonne comptabilité signifie également un meilleur contrôle de la situation financière de la société. Cela permet de prendre des mesures précoces en cas de surendettement, voire de dépôt de bilan et d'ouverture de la faillite (art. 725 ss CO). L'ouverture plus précoce de la faillite réduira le nombre de faillites tardives et permettra de conserver un plus grand substrat de responsabilité dans la société. Cela profitera à tous les créanciers.

Par ailleurs, les effets sur l'économie nationale ont déjà été exposés dans le message relatif à loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite²³.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Les adaptations de l'ordonnance se fondent, pour le registre du commerce, sur les art. 933, al. 2, 943 et 950, al. 2, CO, et, pour l'ordonnance sur le casier judiciaire, sur la compétence d'édicter des dispositions d'exécution (art. 68 LCJ). En ce qui concerne la constitutionnalité, nous renvoyons aux explications du message²⁴.

5.2 Protection des données

Comme déjà mentionné dans le message²⁵, le numéro AVS sera utilisé uniquement pour l'identification des personnes et ne sera pas publié dans le registre du commerce. Il ne sera pas possible d'effectuer des recherches sur la base du numéro AVS des personnes (cf. explications ci-dessus relatives à l'art. 14a).

6 Entrée en vigueur

La modification de l'ORC et la modification de l'ordonnance sur le casier judiciaire entreront en vigueur en même temps que la modification du CO, de la LP, du CP, du CPM, de la LCJ et de la LIFD. Est planifiée une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2024. Le nouveau droit, notamment en ce qui concerne la recherche de personnes et la comparaison avec le casier judiciaire, ne pourra toutefois déployer tous ses effets qu'une fois que la base de données centrale des personnes aura été mise à jour par les cantons. Cela devrait prendre encore quelques années.

²³ FF 2019 4977, 5001

²⁴ FF 2019 4977, 5002

²⁵ FF 2019 4977, 5003