



25 octobre 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)

Synthèse des résultats de la procédure de consultation



Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

Table des matières

1	Introduction.....	3
2	Remarques générales sur l'avant-projet	4
3	Remarques par article	4
3.1	Ordonnance sur le registre du commerce	4
3.1.1	Art. 10	4
3.1.2	Art. 14a	5
3.1.3	Art. 19	6
3.1.4	Art. 24c.....	7
3.1.5	Art. 45	7
3.1.6	Art. 62	7
3.1.7	Art. 65a	12
3.1.8	Art. 68	15
3.1.9	Art. 73	15
3.1.10	Art. 83	15
3.1.11	Art. 87	16
3.1.12	Art. 152	16
3.2	Ordonnance sur le casier judiciaire	17
4	Remarques sur l'entrée en vigueur	17
5	Autres propositions.....	17
6	Accès aux avis.....	18
	Anhang / Annexe / Allegato.....	19

Résumé

La loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite a été adoptée le 18 mars 2022 par le Parlement. Celle-ci modifie le code des obligations (CO)¹, la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)², le code pénal (CP)³, le code pénal militaire (CPM)⁴, la loi fédérale sur le casier judiciaire informatique VOSTRA (LCJ)⁵ et la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD)⁶. La réglementation concernant le transfert d'actions nul, l'interdiction de l'opting-out rétroactif, la recherche de personnes physiques dans la base de données centrale des personnes, la communication des interdictions d'exercer une activité figurant au casier judiciaire et la procédure applicable nécessite des dispositions d'exécution dans l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC)⁷ et l'ordonnance sur le casier judiciaire informatique VOSTRA (OCJ)⁸. La loi doit entrer en vigueur en même temps que les dispositions d'exécution.

La procédure de consultation relative à la modification de l'ORC et de l'OCJ a eu lieu du 25 janvier au 5 mai 2023. Sur le principe, tous les participants à la consultation sont favorables à la modification de l'ORC et de l'OCJ. Les demandes d'adaptation sont majoritairement de nature rédactionnelle ou relative à des exigences formelles. Certains participants regrettent que les nouvelles procédures introduites ne soient pas suffisamment claires, par rapport aux tâches concrètes des offices du registre du commerce.

Une partie des participants a relevé des difficultés pratiques dans la mise en œuvre et proposent un report de l'entrée en vigueur, initialement envisagée au 1^{er} janvier 2024.

1 Introduction

La procédure de consultation relative à la modification de l'ORC et de l'OCJ a eu lieu du 25 janvier 2023 au 5 mai 2023. Les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagnes et de l'économie, qui œuvrent au niveau national ont été invitées à se prononcer.

Ont répondu, 25 cantons, 2 partis politiques et 12 organisations et autres participants. Au total, 39 prises de position ont été reçues.

5 organisations ont renoncé⁹ expressément à formuler un avis.

Le présent rapport résume les résultats de la consultation publique. Pour le détail, il est renvoyé aux prises de position originales (cf. ch. 6).

¹ RS 220

² RS 281.1

³ RS 311.0

⁴ RS 321.0

⁵ RS 330

⁶ RS 642.11

⁷ RS 221.411

⁸ RS 331

⁹ Union patronale suisse; Dettes Conseils Suisse; CCDJP; SSDP; ASM.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

Une liste des participants à la consultation figure en annexe.

2 Remarques générales sur l'avant-projet

Tous les participants approuvent en principe les modifications de l'ORC et de l'OCJ. Aucune opposition de principe n'a été exprimée.

Plusieurs cantons¹⁰ regrettent que le dispositif retenu engendre une charge supplémentaire de travail pour les autorités concernées – notamment les autorités fiscales, les autorités cantonales du registre du commerce, les offices de poursuites et faillites, ainsi que les tribunaux – entraînant parfois un surcoût qui ne peut pas être répercuté. En outre, un canton¹¹ fait valoir que le dispositif retenu ne produira pas d'effet à court terme au vu du délai nécessaire à chaque étape de la procédure de communication par les autorités fiscales, puis par les offices du registre du commerce.

Deux intervenants¹² estiment que des dispositions d'exécution sont également nécessaires à la procédure de communication entre l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) et les offices cantonaux du registre du commerce en matière d'interdiction d'exercer prévue à l'art. 928a nCO. Un canton¹³ considère que la question du moment de la communication entre les autorités fiscales et celles du registre du commerce n'est pas réglée de manière suffisamment détaillée.

Enfin, un canton¹⁴ a indiqué ne pas avoir « approuvé » l'abrogation de l'art. 43, ch. 1 et 1^{bis}, LP et regrette que la loi ait été modifiée dans ce sens.

3 Remarques par article

3.1 Ordonnance sur le registre du commerce

3.1.1 Art. 10

Al. 1

Certains intervenants¹⁵ ont demandé que le champ d'exclusion prévu à l'art. 10, al. 1, let. d, P-ORC¹⁶ soit étendu aux décisions rendues en application de l'art. 153 ORC, lorsqu'une entreprise n'obtempère pas à la sommation de l'office du registre du commerce. La publicité complète de ces décisions rendrait l'art. 10, al. 1, let. d, P-ORC vide de sens et serait disproportionnée. Le canton de Bâle-Ville propose que la communication soit limitée au dispositif du jugement d'interdiction d'exercer une activité et qu'il soit exclu de la publicité.

A l'inverse, le canton de Zurich demande que soit maintenue la pratique actuelle selon laquelle les tribunaux communiquent le dispositif entré en force concernant les interdictions d'exercer directement aux offices du registre du commerce cantonaux, pour information, lequel reste donc soumis à la publicité de l'art. 936 CO.

¹⁰ TG; GL; ZH, p. 1 s.; BE, p. 4; GE; VS, p. 2.

¹¹ ZH, p. 1 s.

¹² ZG, p. 2; UDC.

¹³ OW, p. 2.

¹⁴ BE, p. 4.

¹⁵ PS, p. 1 s.; ZG, p. 2 s.; BS, p. 1 s.

¹⁶ P-ORC désigne le projet d'ORC soumis à la consultation publique le 25 janvier 2023.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

Le canton du Valais demande qu'il soit précisé que les documents produits dans le cadre d'une renonciation au contrôle restreint (art. 62, al. 2, let. a et d, P-ORC) soient également mentionnés à l'art. 10, al. 1, P-ORC.

Al. 2

Certains participants¹⁷ considèrent que la limitation aux « copies des documents » telle qu'elle figure à l'art. 10, al. 2, P-ORC ne tient pas suffisamment compte de l'art. 62 P-ORC, auquel il renvoie. En effet, certains documents à produire selon l'art. 62, al. 2 P-ORC, ne sont pas des copies, mais des originaux. Une réglementation uniforme et cohérente serait souhaitable, soit qu'ils puissent tous être communiqués en tant qu'originaux ou copies.

Une partie des intervenants¹⁸ considère que le champ des titulaires du droit de consultation est défini de manière trop restreinte, dans la mesure où il exclut les autorités communales. Une partie des participants¹⁹ demande que la police puisse consulter directement les documents mentionnés, sans requérir la production du dossier selon l'art. 194 du code de procédure pénale (CPP)²⁰ et sans agir par la voie déléguée du Ministère public selon l'art. 312 CPP, dans le cadre d'une enquête policière. La Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse considère que la disposition ne tient pas suffisamment compte de l'organisation des offices selon le droit cantonal, qui peuvent notamment être régionaux ou locaux. Elle considère par ailleurs la réglementation comme non justifiée, dans la mesure où l'art. 222, al. 5, LP permettrait selon le droit actuel à ces autorités d'avoir accès aux documents, qui seraient donc exclus en application de l'art. 10, al. 2, P-ORC. D'autres participants²¹, à l'inverse, sont d'avis que le champ est formulé de manière trop large, en tant qu'il conférerait un droit de consultation à d'autres autorités que le fisc et les autorités de poursuite pénale de la Confédération et des cantons.

Le canton de Neuchâtel demande qu'il soit précisé que les documents concernés soient archivés séparément, comme c'est le cas en application de l'actuel art. 62, al. 2, ORC.

Le canton du Valais considère que certains documents produits dans le cadre de l'art. 62, al. 2, P-ORC restent publics, tels que le procès-verbal de l'assemblée générale concernant la nomination ou la révocation de l'organe de révision. Il demande donc que le procès-verbal de l'assemblée générale figure à l'art. 62, al. 1, P-ORC. Seuls les documents prévus à l'art. 62, al. 2, let. a et d, P-ORC devraient être exemptés de la publicité.

3.1.2 Art. 14a

La mise en œuvre de la base de données centrale des personnes a été unanimement saluée par les participants. Certains d'entre eux²² souhaitent une mise en œuvre effective aussi rapide que possible, pour certains dès le 1^{er} janvier 2024. Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures demande que la date de mise en œuvre soit à tout le moins indiquée. Le canton d'Argovie craint que la mise en application de cette disposition prenne plusieurs années,

¹⁷ UR, p. 2; BS, p. 2; SG, p. 1; AR, p. 1-2.

¹⁸ ZH, p. 3; AI, p. 2; GR, p. 1; CPFS, p. 1 s.

¹⁹ CPS, p. 1; GR, p. 1.

²⁰ RS 312.0

²¹ EXPERTSuisse, p. 2; AR, p. 1 s.

²² CPS, p. 1; Veb.ch, p. 2; CPFS, p. 1 s.; LU, p. 1; ZH, p. 3; BE, p. 2.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

notamment en raison de l'intégration nécessaire au registre des personnes des cantons et de la nécessité, pour ceux-ci, d'adapter leur logiciel.

Une partie des participants²³ estime que, comme la recherche de personnes physiques existe déjà auprès des offices cantonaux du registre du commerce, seule une centralisation dans Zefix est nécessaire. Le perfectionnement du système moyennant un numéro personnel pourrait se faire dans un second temps, afin de ne pas retarder la mise en fonction.

Plusieurs cantons²⁴ font valoir que la mise en œuvre de cette disposition entraînera une charge supplémentaire de travail et de ressources – notamment informatiques – pour les offices cantonaux du registre du commerce. Le canton du Tessin demande que les mesures concrètes à la charge de cantons pour alimenter la base de données des personnes soient précisées.

Un parti politique²⁵ salue le fait qu'une recherche via le numéro AVS de personnes ne soit pas possible. Il demande, afin de garantir la protection et la sécurité des données, que ces principes soient mentionnés explicitement dans l'art. 14a ORC, ceci d'autant plus que la saisie des données est du ressort des offices cantonaux.

Le canton de Bâle-Campagne considère qu'il y a une erreur rédactionnelle et propose une autre formulation.

Enfin, le canton de Zurich demande que le texte de l'ordonnance soit adapté de manière à pouvoir rechercher, non seulement les « noms de personnes », mais également les « parties de noms ». De même, il demande qu'une recherche au moyen du lieu d'origine et/ou du domicile devrait être possible, à tout le moins aussi longtemps que les numéros non significatifs n'ont pas été mis en œuvre.

3.1.3 Art. 19

S'agissant de l'art. 19, al. 3^{bis}, P-ORC, plusieurs intervenants²⁶ ont demandé que l'accès à l'extrait 3 du casier judiciaire destiné aux autorités et la possibilité de demander des précisions par écrit soient également accordés aux offices cantonaux du registre du commerce.

Le canton de Bâle-Campagne considère que le nouvel alinéa 3^{bis} ne correspond pas à la systématique de l'art. 19, qui, selon la note marginale, porterait sur les inscriptions opérées sur la base d'un jugement ou d'une décision. Le canton estime que, dans la mesure où l'inscription a lieu ici soit sur demande de la société suite à une sommation, soit d'office, il conviendrait de supprimer l'alinéa 3^{bis} et de l'insérer dans une disposition séparée.

Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures demande que les autres articles relatifs à la publication découlant de la LP soient également mentionnés à l'art. 19, al. 1, ORC (alinéa non modifié par le présent projet), à savoir les art. 195 al. 3, 268 al. 4, 296 et 342 LP.

²³ CPS, p. 1; ZH, p. 3.

²⁴ SG, p. 1; UR, p. 2.

²⁵ PS, p. 2.

²⁶ FR; ZH, p. 4; GR, p. 2; CPS, p. 2.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

3.1.4 Art. 24c

Cette disposition a reçu un accueil mitigé auprès des intervenants. Plusieurs cantons²⁷ considèrent que cet article ne s'appliquerait pas dans de nombreuses situations, notamment en présence de modifications de statuts ou de transferts de patrimoine de sociétés assujetties à la surveillance de la FINMA. Par ailleurs, la FINMA tarderait à publier et mettre à jour les données relatives aux entités autorisées sur son site Internet. Enfin, les informations publiées par la FINMA seraient lacunaires, en se limitant à l'indication de la raison de commerce, du siège et du genre d'autorisation. Il conviendrait, selon ces cantons, de calquer la législation sur le modèle de la liste tenue par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR), qui peut être consultée selon le droit actuel.

Le canton de Zurich considère, par ailleurs, cette disposition comme redondante, dans la mesure où les faits notoires connus des autorités ne doivent pas être prouvés. Il propose de supprimer cette disposition.

Le canton de Berne a demandé que l'autorisation doive être indiquée dans la réquisition d'inscription. Une précision de la disposition de manière à satisfaire aux exigences de publicité (art. 936 CO), de transparence et de clarté du registre du commerce a été demandée.

EXPERTSuisse a salué la solution retenue.

3.1.5 Art. 45

Plusieurs cantons²⁸ considèrent que le texte de l'art. 45, al. 1, let. p, P-ORC n'est adapté que pour les sociétés anonymes existantes disposant déjà d'un organe de révision. Une précision serait nécessaire pour les sociétés nouvellement constituées, en ce que le début de l'opting-out coïncide avec la date de fondation de la société.

Le canton de Zurich demande que le moment auquel l'organe de révision doit être radié du registre du commerce (suite à un opting-out) soit précisé. Il propose de considérer qu'une inscription de l'opting-out et de la radiation de l'organe de révision puisse avoir lieu en même temps. Une suspension des radiations des organes de révision auprès des offices cantonaux du registre du commerce ne serait pas souhaitable.

EXPERTSuisse a demandé l'introduction de dispositions transitoires pour les sociétés existantes et déjà inscrites au registre du commerce.

Le canton de Bâle-Campagne a demandé que la date du début de l'exercice soit également inscrite pour les fondations libérées de l'obligation de révision par l'autorité de surveillance, afin d'assurer une uniformité et en raison du renvoi de l'art. 83b, al. 3, CC. Pour ces raisons, l'art. 95, al. 1, let. l, ORC devrait être adapté comme l'art. 45, al. 1, let. p, P-ORC.

3.1.6 Art. 62

Cette disposition a donné lieu à quelques critiques de la part des participants. Certains²⁹ estiment qu'elle engendrera une augmentation du nombre de procédures et créera de nouvelles tâches pour les cantons. Le canton de Nidwald a fait valoir qu'il résidait une grande incerti-

²⁷ SG, p. 1 s.; UR, p. 2; ZH, p. 4.

²⁸ UR, p. 3; SG, p. 2; AR, p. 2.

²⁹ AI, p. 1 s.; TI, p. 3.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

tude quant au moment auquel l'opting-out, respectivement la radiation de l'organe de révision, devaient être inscrits au registre du commerce. Une annonce simultanée de l'opting-out et de la radiation de l'organe de révision risquerait de causer une charge de travail considérable pour les offices cantonaux du registre du commerce, dans la mesure où les demandes de radiation devront rester pendantes aussi longtemps que l'opting-out ne deviendra pas effectif.

Le canton du Tessin a demandé qu'il soit précisé si l'office cantonal du registre du commerce a l'obligation d'informer l'administration fiscale du renouvellement de l'opting-out et de la production des comptes annuels et, le cas échéant, la manière dont cette communication doit intervenir. Il demande également qu'une interface uniforme de communication entre les autorités fiscales cantonales et les offices du registre du commerce soit développée par la Confédération. Enfin, le canton estime que les autorités fiscales n'ont à informer l'office cantonal du registre du commerce que lorsqu'elles n'ont pas reçu les comptes annuels, ce qui doit exclure toute comparaison croisée entre les documents reçus par l'office du registre du commerce et les autorités fiscales, une base légale faisant défaut (contrairement au texte du rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation du 25 janvier 2023, p. 5).

Le canton de Lucerne a demandé l'introduction de dispositions transitoires pour les sociétés déjà inscrites au registre du commerce.

Le canton du Valais considère que cette nouvelle disposition supprimerait le pouvoir de cognition de l'office du registre du commerce concernant les pièces. Par ailleurs, il conviendrait d'assurer l'exhaustivité de cette disposition en mentionnant notamment l'acceptation tacite de l'opting-out. Enfin, le canton considère que les pièces produites dans le cadre de l'opting-out – soit les réquisition et déclaration, de même que le procès-verbal de l'assemblée générale concernant la nomination et la révocation de l'organe de révision – doivent rester publiques.

Enfin, le Parti socialiste a demandé qu'il soit ajouté, dans la disposition, que le contrôle restreint est limité dans le temps.

Al. 1

Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures demande l'ajout d'une condition dans la déclaration à produire, selon laquelle la société n'a pas de poursuites entrées en force – à démontrer moyennant la production d'un extrait actuel du registre des poursuites.

Le canton du Valais estime que le procès-verbal de l'assemblée générale devrait figurer sous l'alinéa 1, qui serait ainsi un document public, au contraire des autres documents sous l'alinéa 2, qui seraient exemptés de la publicité.

Al. 2

Certains participants³⁰ ont considéré que cette disposition n'était adaptée que pour les sociétés existantes disposant déjà d'un organe de révision, mais pas pour les sociétés nouvellement constituées. Par ailleurs, certains documents seraient à produire sous forme de copie, alors que d'autres seraient des originaux³¹. Une harmonisation serait souhaitable.

³⁰ UR, p. 3 s.; SG, p. 2; AR, p. 2.

³¹ Dans ce sens également ZH, p. 5 qui considère qu'il y aurait une contradiction avec l'art. 10, al. 2, P-ORC qui se limiterait aux copies.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

Deux cantons³² demandent que la déclaration prévue à l'art. 62, al. 2, P-ORC soit complétée pas d'autres documents, de manière à rendre plausible les allégations du conseil d'administration, soit par la production du registre des actionnaires ou une attestation confirmant que tous les actionnaires ont signé.

Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures a demandé qu'un extrait actuel du registre des poursuites doive également être produit.

Le canton de Lucerne a demandé que les statuts modifiés de la société soient également joints à la déclaration.

Let. a

Le canton de Zurich demande que la formulation des let. a et c soit harmonisée avec l'art. 652d, al. 2, CO.

Le canton du Valais estime que les comptes annuels en copie doivent également être signés, par renvoi aux prescriptions légales. Ces documents doivent être exemptés de la publicité du registre du commerce.

Let. b

Le canton de Zurich considère, qu'en ne requérant qu'un extrait, il n'est pas suffisamment tenu compte du fait qu'une assemblée générale extraordinaire pourrait porter exclusivement sur la question de l'approbation des comptes annuels (notamment sur sommation de l'office du registre du commerce cantonal).

Let. c

Le canton de Zurich demande que la formulation des let. a et c soit harmonisée avec l'art. 652d, al. 2, CO.

Let. d

Le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures se demande si l'office du registre du commerce peut se baser sur la déclaration du conseil d'administration sur l'exhaustivité et l'exactitude. Il propose de requérir, en plus, le registre des actions ou une ou une attestation confirmant que tous les actionnaires ont signé. Le cas échéant, cette disposition devrait être précisée.

Le canton de Zurich demande que l'ensemble des documents puissent être produits sous forme de copies.

Enfin, le canton du Valais propose de remplacer les documents prévus par cette disposition par des preuves de l'acceptation de la renonciation comme le procès-verbal de l'assemblée générale, les déclarations des actionnaires et une confirmation d'au moins un membre du conseil d'administration attestant que les conditions de l'acceptation tacite de l'opting-out ont été respectées. Ces documents devraient être exemptés de la publicité du registre.

³² UR, p. 3.; SG, p. 2.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

Al. 4

Plusieurs cantons³³ considèrent que le rapport explicatif – lequel indique que la réquisition de radiation peut intervenir par toute personne autorisée, y compris au moyen d'une procuration – est contraire au texte légal de l'art. 727a, al. 5, CO, l'art. 17 ORC ne s'appliquant pas.

Le canton de Zurich estime que l'art. 727a, al. 5, CO devrait également être révisé, afin que toute personne autorisée selon l'art. 17, al. 1, ORC puisse requérir l'inscription d'un opting-out ou d'un organe de révision.

Al. 5

Certains participants³⁴ ont explicitement salué la systématique introduite par cette disposition.

Des avis quant à la formulation du texte et/ou les conditions formelles à respecter ont été émis, de la manière suivante :

- Qu'il soit précisé que les exigences mentionnées aux let. a et b sont alternatives³⁵ ;
- Quant au droit d'être entendu de la société et notamment la question de savoir si la société elle-même doit être informée de la communication par les autorités fiscales à l'office du registre du commerce³⁶ ;
- Que la procédure entre le moment de la production des comptes annuels et du renouvellement de l'opting-out et le moment où l'autorité fiscale demande les comptes annuels soit définie³⁷ ;
- Que les pièces justificatives à fournir dans le cadre du renouvellement de l'opting-out soient précisées dans une disposition à part³⁸ (dans ce cadre, le canton de Bâle-Ville suggère que les mêmes documents que pour toute autre déclaration d'opting-out soient produits) ;
- Qu'une communication des offices des poursuites et faillites mentionnant les poursuites entrées en force contre la société ou les personnes inscrites soit ajoutée³⁹ ;
- Qu'au vu de la jurisprudence stricte du Tribunal fédéral en matière de renouvellement de l'opting-out, la sommation soit une obligation de l'office du registre du commerce et non une possibilité⁴⁰ ;

³³ UR, p. 3; BS, p. 2; GR, p. 3; SG, p. 3; AR, p. 3.

³⁴ CPS, p. 2; BL, p. 2.

³⁵ SO, p. 2.

³⁶ UR, p. 3; SG, p. 3.

³⁷ UR, p. 3; SG, p. 3.

³⁸ BL, p. 2.

³⁹ AI, p. 3.

⁴⁰ GR, p. 3.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

- Que les délais fixés dans le cadre de cette procédure ne doivent pas être excessivement longs⁴¹.

Le canton de Zurich soulève que, contrairement à ce qui est indiqué dans le rapport explicatif, il ne ressort pas du P-ORC que des pièces justificatives actuelles doivent être produites avec le renouvellement de la déclaration de l'opting-out. Il mentionne également que le rapport de révision au sens de l'art. 62, al. 2, let. c, P-ORC ne pourrait plus être produit, puisqu'il s'agirait d'un renouvellement.

Plusieurs intervenants⁴² ont demandé qu'un devoir de dénoncer aux autorités de poursuite pénale les violations présumées de l'art. 325 CP (inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité) soit introduit dans l'ORC, lorsque les comptes n'ont été remis ni au fisc, ni à l'office du registre du commerce. La procédure devrait partant être décrite dans l'ORC.

Veb.ch estime que, contrairement à ce qui est mentionné dans le rapport explicatif, cette mesure ne devrait pas nécessairement conduire à une amélioration de la compliance en matière de comptabilité. En effet, les sociétés en crise induisent un risque accru de manipulation et de falsification des comptes annuels. Il serait ainsi plus efficient de supprimer le renouvellement de la déclaration d'opting-out et d'obliger ces sociétés à désigner un organe de révision.

Let. a

Le canton de Soleure soulève que, en raison du délai de remise des comptes annuels au fisc et du délai prévu de trois mois à l'art. 112, al. 4, nLIFD, il ne serait pratiquement pas possible pour les offices cantonaux d'agir à temps.

Deux cantons⁴³ mentionnent que cette procédure ne serait pas pertinente pour les sociétés qui disposent d'un organe de révision, dans la mesure où un cas de carence dans l'organisation au sens de l'art. 731b CO ne serait pas réalisé, et qu'une transmission au juge ne serait donc pas utile.

Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures considère que la mise en œuvre de cette disposition entraînera une augmentation importante des procédures administratives et qu'il aurait été préférable que les autorités fiscales saisissent elles-mêmes le tribunal.

Let. b

Un canton⁴⁴ demande que les poursuites entrées en force soient mentionnées explicitement en tant qu'indice à prendre en considération.

Al. 6

Le canton des Grisons a déclaré approuver la solution retenue, de même que la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, laquelle relève toutefois que les délais fixés par les offices du registre du commerce ne devraient pas être excessivement longs.

⁴¹ CPFS, p. 2.

⁴² CPS, p. 2; ZH, p. 6; BE, p. 2; GR, p. 4.

⁴³ SO, p. 1 s.; AR, p. 3.

⁴⁴ AI, p. 3.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

Deux participants⁴⁵ demandent que le terme « ou » soit remplacé par « et », afin de signifier que les conditions sont cumulatives.

3.1.7 Art. 65a

Trois participants⁴⁶ considèrent les critères introduits par cette nouvelle disposition comme étant praticables et pertinents afin de repérer des opérations de transferts d'actions/de parts sociales nuls.

Certains participants⁴⁷ regrettent la discrédance entre l'art. 684a *nCO* et la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au « manteau d'actions », car la formulation choisie dans la loi entraîne une restriction, en raison de la nouvelle condition du surendettement.

Trois participants⁴⁸ estiment que les particularités du droit de la société anonyme n'ont pas été suffisamment prises en compte, notamment l'anonymat de l'actionnariat.

Les cantons de Berne et de Neuchâtel demandent que les conditions de l'art. 684a *nCO* soient définies de manière plus précise dans l'ORC.

Le canton de Berne demande également que le statut des comptes annuels et du rapport de révision, produits dans le cadre de l'art. 65a P-ORC, soit précisé, afin de déterminer s'il s'agit de documents soumis à la publicité du registre du commerce ou non.

Le canton du Jura souhaite que la suite de la procédure suite à la découverte d'un transfert d'actions nul soit décrit dans l'ordonnance, notamment en assimilant cette situation à une carence dans l'organisation de la société, permettant ainsi la transmission du dossier au juge par l'office cantonal du registre du commerce.

Enfin, le canton du Tessin considère que la codification de la procédure relative aux transferts d'actions nuls entraînera une charge de travail et une durée de procédure plus importante.

Al. 1

Le canton de Lucerne demande que la terminologie utilisée à l'art. 684a, al. 2, *nCO*, soit reprise, soit la notion de « soupçon fondé ».

Plusieurs cantons⁴⁹ souhaitent ajouter une nouvelle lettre, c'est-à-dire un nouvel indice, qui porte sur la présence de poursuites à l'encontre de la société, à son précédent et actuel siège.

Un participant⁵⁰ demande que les critères laissant supposer un « manteau d'action » sur la base des comptes annuels soient précisés.

⁴⁵ BE, p. 3; CPFS, p. 2.

⁴⁶ AI, p. 1; AG; CFC.

⁴⁷ BE, p. 3, SO.

⁴⁸ UR, p. 1; ZH, p. 6; VS.

⁴⁹ ZH, p. 7; AI, p. 3; BE, p. 4; GR, p. 5; CPS, p. 3; CPFS, p. 2.

⁵⁰ SG, p. 4.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

Al. 1 let. a

Plusieurs cantons⁵¹ demandent que l'aspect temporel soit mieux pris en compte par rapport aux modifications énumérées, dans la mesure où ces dernières ont très souvent lieu successivement et qu'il convient ainsi de définir à quel moment le registre du commerce doit intervenir.

Le canton de Zurich demande que le texte de la disposition soit formulé plus restrictivement, notamment eu égard à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵².

Le canton de Glaris considère que l'art. 684a CO proposé dans l'avant-projet représentait une approche plus stricte et préférable, dans la mesure où le critère du surendettement affaiblit la mesure. Il estime également qu'une obligation d'informer l'office du registre du commerce de l'ancien siège devrait être prévue lors d'un transfert de siège.

Al. 1 let. b

Plusieurs cantons⁵³ relèvent une erreur rédactionnelle et demandent la suppression du terme « hat » (dans le texte allemand).

Deux cantons⁵⁴ estiment que les faits visés ne sont en principe pas connus de l'office du registre du commerce, en raison de l'anonymat de l'actionnaire. Ils se demandent si un registre interne pourrait ou devrait être tenu par le préposé et, le cas échéant, si cela serait compatible avec la protection des données. Le canton d'Argovie demande expressément la suppression de cette lettre, pour le motif susmentionné.

Le canton de Zurich demande qu'il soit précisé s'il s'agit du nouveau domicile ou de l'ancien, dans la mesure où le transfert d'actions nul est souvent accompagné d'un transfert de siège.

Al. 1 let. c

Plusieurs participants⁵⁵ considèrent que la formulation n'est pas adaptée, car les transferts d'actions ne sont pas connus des autorités du registre du commerce et que la terminologie ne s'adresse ainsi qu'aux sociétés à responsabilité limitée.

Le canton de Bâle-Campagne demande que cette lettre soit adaptée dans le sens que les personnes qui reprennent des actions et qui étaient déjà parties à un transfert d'actions nul soient visées. Il demande également l'ajout d'une nouvelle lettre, qui viserait les personnes qui requiert une inscription et qui ont déjà été parties d'un transfert d'actions nul. Cette dernière proposition est aussi soumise par le canton de Bâle-Ville, pour la lettre c.

Le canton de Zurich demande le remplacement du terme « anmelden » par « einreichen » (dans le texte en allemand). Il souhaite également la tenue d'une liste des transferts de parts sociales pour les Sàrl.

⁵¹ UR, p. 4; SG, p. 3; GL; AR, p. 3.

⁵² Arrêt du Tribunal fédéral du 9 février 2018, 4A_589/2017.

⁵³ BL, p. 2; ZG, p. 3; NW; BE, p. 4.

⁵⁴ UR, p.4; SG, p. 3.

⁵⁵ BL, p. 2; ZH, p. 6; BS, p. 2; SG, p. 3; AR, p. 3-4.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

Deux cantons⁵⁶ relèvent que la mise en œuvre nécessiterait la tenue de registre interne et, par conséquent, la problématique qui pourrait en découler en matière de protection des données. Le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures estime même que la mise en œuvre requerrait une base de données supracantonale contenant les noms des personnes concernées. Dès lors, il demande la suppression de cette lettre. En cas de conservation, il estime que l'identification de ces personnes devrait avoir lieu par l'intermédiaire de la base de données centrale des personnes physiques.

Al. 2

Le canton de Zoug demande l'ajout de deux documents supplémentaires à cet alinéa, à savoir, premièrement, une déclaration écrite attestant qu'il ne s'agit pas d'un « manteau d'action » et qu'il n'y a eu aucune modification importante de la situation de la société, suite à la clôture des comptes et, deuxièmement, les comptes annuels intermédiaires en cas de modification importante de la situation de la société, suite à la clôture des comptes annuels.

Deux participants⁵⁷ estiment que les critères permettant une vérification des comptes annuels doivent être précisés dans l'ORC.

Le canton de Zurich demande que les documents puissent être produits sous forme de copie.

Plusieurs cantons⁵⁸ proposent d'ajouter comme document supplémentaire une déclaration relative à la composition de l'actionnariat, comme par exemple le registre des actions.

Plusieurs participants⁵⁹ demandent finalement l'ajout d'une pièce, à savoir un extrait des poursuites de la société à l'ancien et au nouveau siège, voire même un extrait des poursuites des personnes inscrites. En effet, il est estimé que les comptes annuels ne sont pas pertinents pour l'examen, en raison du caractère facilement manipulable ou falsifiable⁶⁰.

Al. 2 let. a

Le canton de Soleure estime que les comptes annuels sont peu pertinents pour cet examen et demande l'ajout des comptes intermédiaires, signés à la date du transfert d'actions.

Al. 3

Plusieurs participants⁶¹ considèrent que cette disposition n'est pas adéquate pour les motifs suivants :

- L'application de la procédure de l'art. 153 ORC serait peu efficace et pratique et qu'il devrait revenir à la société d'agir elle-même en requérant une décision susceptible de recours, si elle tient à ce que l'inscription du transfert ait lieu ; et

⁵⁶ SG, p. 3; AR, p. 3-4.

⁵⁷ UR, p. 4; SG, p. 3-4.

⁵⁸ ZH, p. 7; BS, p. 2; AR, p. 4.

⁵⁹ ZH, p. 7; AI, p. 3; BE, p. 4; GR, p. 5-6; CPS, p. 3.

⁶⁰ CPS, p. 3; BE, p. 4; GR, p. 5-6.

⁶¹ SO, p. 2; ZH, p. 7; GR, p. 2.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

- Il en découle un problème intercantonal dans la mesure où l'office du registre du commerce du nouveau siège devrait agir à l'ancien siège de la société et une telle sommation n'aurait pas de sens.

Un canton⁶² propose que le renvoi à l'art. 152 ORC soit remplacé par une compétence inconditionnelle de l'office du registre du commerce de requérir le renouvellement de la déclaration PME.

Un autre⁶³ souhaite une obligation de communication des décisions exécutoires basées sur les articles 684a et 787a nCO à l'office du registre du commerce de l'ancien siège, ce qui permettrait à l'office du nouveau siège d'agir sur la base de l'art. 62, al. 6, P-ORC.

3.1.8 Art. 68

Plusieurs cantons⁶⁴ considèrent que le texte de l'art. 68, al. 1, let. q, P-ORC n'est adapté que pour les sociétés en commandite par actions existantes disposant déjà d'un organe de révision. Une précision serait nécessaire pour les sociétés nouvellement constituées, en ce que le début de l'opting-out coïncide avec la date de fondation de la société.

Le canton de Zurich demande que le moment auquel l'organe de révision doit être radié du registre du commerce (suite à un opting-out) soit précisé. Il propose de considérer qu'une inscription de l'opting-out et de la radiation de l'organe de révision puisse avoir lieu en même temps. Une suspension des radiations des organes de révision auprès des offices cantonaux du registre du commerce ne serait pas souhaitable.

3.1.9 Art. 73

Plusieurs cantons⁶⁵ considèrent que le texte de l'art. 73, al. 1, let. r, P-ORC n'est adapté que pour les sociétés à responsabilité limitée existantes disposant déjà d'un organe de révision. Une précision serait nécessaire pour les sociétés nouvellement constituées, en ce que le début de l'opting-out coïncide avec la date de fondation de la société.

Le canton de Zurich demande que le moment auquel l'organe de révision doit être radié du registre du commerce (suite à un opting-out) soit précisé. Il propose de considérer qu'une inscription de l'opting-out et de la radiation de l'organe de révision puisse avoir lieu en même temps. Une suspension des radiations des organes de révision auprès des offices cantonaux du registre du commerce ne serait pas souhaitable.

3.1.10 Art. 83

Le canton de Lucerne émet des doutes quant au caractère suffisant du renvoi au droit de la société anonyme pour les indices.

Trois cantons⁶⁶ demandent que les indices pour la société à responsabilité limitée soient explicitement énumérés dans l'ordonnance, afin de mieux prendre en compte les particularités de cette forme juridique. Ils demandent que la contre-prestation dans le cadre d'un transfert

⁶² ZH, p. 7.

⁶³ GR, p. 6.

⁶⁴ UR, p. 5; SG, p. 4; AR, p. 2 et 4.

⁶⁵ UR, p. 5; SG, p. 4; AR, p. 2 et 4.

⁶⁶ UR, p. 5 ; SG, p. 4; VS, p. 1.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

de parts sociales soit également un indice, notamment lorsqu'il s'agit d'un prix symbolique ou d'un prix nettement en dessous de la valeur nominale des parts.

Par ailleurs, le canton du Valais demande l'ajout d'un nouvel aliéna à l'art. 82 ORC permettant de requérir la production du contrat de cession de parts sociales.

3.1.11 Art. 87

Plusieurs cantons⁶⁷ considèrent que le texte de l'art. 87, al. 1, let. m, P-ORC n'est adapté que pour les sociétés coopératives existantes disposant déjà d'un organe de révision. Une précision serait nécessaire pour les sociétés nouvellement constituées, en ce que le début de l'opting-out coïncide avec la date de fondation de la société.

Le canton de Zurich demande que le moment auquel l'organe de révision doit être radié du registre du commerce (suite à un opting-out) soit précisé. Il propose de considérer qu'une inscription de l'opting-out et de la radiation de l'organe de révision puisse avoir lieu en même temps. Une suspension des radiations des organes de révision auprès des offices cantonaux du registre du commerce ne serait pas souhaitable.

3.1.12 Art. 152

Plusieurs participants⁶⁸ sont insatisfaits de la procédure en relation avec une personne sous le coup d'une interdiction d'exercer.

Deux cantons⁶⁹ relèvent que cette procédure va engendrer un surcroît de travail.

Le canton de Lucerne demande une simplification permettant à l'OFRC de donner l'instruction à l'office du registre du commerce de radier la personne concernée, sans appliquer la procédure de l'art. 152 ORC. Le canton de Berne demande qu'en lieu en place de la procédure de l'art. 152 ORC, l'office du registre du commerce transmette l'affaire à un juge qui pourra prendre les mesures nécessaires.

Les cantons de Uri et de Saint-Gall souhaitent que les mesures qui peuvent être prises par l'office du registre du commerce soient précisées dans l'ORC.

Le canton de Zurich demande une meilleure prise en compte des particularités de la société à responsabilité limitée, dans la mesure où une interdiction d'exercer n'affecte par la détention des parts sociales.

Enfin, un canton⁷⁰ requiert la modification des art. 928a, al. 2^{ter} et al. 2^{quater} nCO, lors d'une prochaine révision, afin que l'OFRC puisse directement mettre en œuvre la procédure de sommation en cas d'incompatibilité, alors qu'un autre canton⁷¹ demande que l'OFRC agisse et entreprenne la procédure de sommation et de radiation, malgré les bases légales dans le CO introduites par loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite.

⁶⁷ UR, p. 5; SG, p. 5; AR, p. 2 et 4.

⁶⁸ LU, p. 2; UR, p. 5; SG, p. 5; ZH, p. 7; BE, p. 1-2; AR, p. 4; TI, p. 4.

⁶⁹ LU, p. 2; TI, p. 4.

⁷⁰ AR, p. 4.

⁷¹ TI, p. 4.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

3.2 Ordonnance sur le casier judiciaire

Art. 61a

Certains participants⁷² saluent la solution retenue, notamment vis-à-vis de la protection des données. Néanmoins, le PS demande que la protection et la sécurité des données soient également prises en compte pour les autres données sensibles, que le numéro AVS.

Veb.ch souhaite une mise en œuvre plus rapide de la base de données centrale des personnes physiques et ainsi de la communication avec le casier judiciaire VOSTRA.

4 Remarques sur l'entrée en vigueur

Le canton d'Argovie est favorable à une entrée en vigueur simultanée de la loi et des dispositions d'exécution au 1^{er} janvier 2024.

Le canton de Genève demande que la base de données centrale des personnes physiques soit rapidement fonctionnelle afin de garantir une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2024.

Veb.ch souhaite également que la mise en œuvre de la base de données centrale des personnes physiques soit accélérée.

Le canton du Valais souhaite l'introduction d'un délai transitoire d'au moins une année en ce qui concerne la mise en œuvre de la procédure de renouvellement de la renonciation au contrôle restreint, suite à la communication des autorités fiscales. Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures demande que des dispositions transitoires soient prévues par rapport aux sociétés déjà inscrites⁷³.

Enfin, trois participants⁷⁴ sont défavorables à l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2024 en ce qui concerne l'abrogation de l'art. 43, ch. 1 et 1^{bis}, nLP. Le canton de Zurich indique que le surcroît de travail va nécessiter l'engagement de personnel supplémentaire de l'ordre de 25 emplois pour l'office des poursuites et faillites de 0.5 emploi pour le registre du commerce. A cet égard, il exige un report de deux ans de l'entrée en vigueur de cette abrogation. Concernant les autres dispositions, il est favorable à une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2024. La Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse demande un report de l'entrée en vigueur au début 2025. Le canton de Neuchâtel a également formulé une demande allant dans ce sens.

Le canton du Tessin demande quant à lui que des dispositions transitoires soient introduites quant au sort des créances nées avant l'entrée en vigueur et non encore perçues par l'autorité concernée, car l'absence de telles dispositions serait préjudiciable par rapport au principe de l'égalité de traitement.

5 Autres propositions

Certains participants⁷⁵ ont demandé que les offices cantonaux du registre du commerce soient destinataires des décisions prononçant une interdiction d'exercer une activité, par une

⁷² LU, p. 2; PS, p. 3.

⁷³ AI, p. 3.

⁷⁴ ZH, p. 2; CPFS, p. 1; NE.

⁷⁵ FR; ZH, p. 4; GR, p. 2; CPS, p. 2.

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

adaptation de l'ordonnance réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales⁷⁶.

Deux cantons considèrent, en raison des nouvelles tâches des offices du registre du commerce, une augmentation des émoluments comme nécessaire⁷⁷. En tant qu'alternative, le canton du Tessin propose une réduction de la part de la Confédération sur les émoluments.

L'USS salue les mesures adoptées mais considère qu'il ne s'agit que d'un premier pas dans la lutte contre les faillites abusives. A cet égard, il requiert une évaluation de l'efficacité des mesures après leur entrée en vigueur. Par ailleurs, il propose trois mesures à intégrer dans une prochaine révision, soit :

- Renforcer le droit des créanciers par l'introduction d'un nouveau registre des débiteurs ;
- Professionnaliser les administrateurs de faillites, renforcer les poursuites pénales et assurer la coordination au niveau fédéral par d'un programme d'action national visant à sensibiliser tous les acteurs concernés ;
- Introduire un moratoire à l'inscription de nouvelles sociétés au registre du commerce par des personnes qui ont fait l'objet de faillites multiples et répétées, selon le modèle adopté en Belgique.

6 Accès aux avis

Conformément à l'art. 9 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation⁷⁸, le public a accès au dossier soumis à consultation, ainsi qu'après expiration du délai de consultation, aux avis exprimés par les participants, tout comme – après que le Conseil fédéral en a pris connaissance – au rapport sur les résultats de la consultation. Ces documents sont publiés sous forme électronique sur la plateforme de publication du droit fédéral⁷⁹. Toutes les prises de position peuvent également être consultées sur ce même site (article 16 de l'Ordonnance sur la consultation du 17 août 2005⁸⁰).

⁷⁶ RS 312.3

⁷⁷ GL; TI, p. 2.

⁷⁸ RS 172.061

⁷⁹ www.fedlex.admin.ch > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2023 > DFJP

⁸⁰ RS 172.061.1

Verzeichnis der Eingaben

Liste des organismes ayant répondu

Elenco dei partecipanti

Kantone / Cantons / Cantoni

AG	Aargau / Argovie / Argovia
AI	Appenzell Innerrhoden / Appenzell Rh.-Int. / Appenzello Interno
AR	Appenzell Ausserrhoden / Appenzell Rh.-Ext. / Appenzello Esterno
BE	Bern / Berne / Berna
BL	Basel-Landschaft / Bâle-Campagne / Basilea-Campagna
BS	Basel-Stadt / Bâle-Ville / Basilea-Città
FR	Freiburg / Fribourg / Friburgo
GE	Genf / Genève / Ginevra
GL	Glarus / Glaris / Glarona
GR	Graubünden / Grisons / Grigioni
JU	Jura / Giura
LU	Luzern / Lucerne / Lucerna
NE	Neuenburg / Neuchâtel
NW	Nidwalden / Nidwald / Nidvaldo
OW	Obwalden / Obwald / Obvaldo
SG	St. Gallen / Saint-Gall / San Gallo
SH	Schaffhausen / Schaffhouse / Sciaffusa
SO	Solothurn / Soleure / Soletta
TG	Thurgau / Thurgovie / Turgovia
TI	Tessin / Ticino
UR	Uri
VD	Waadt / Vaud
VS	Wallis / Valais / Vallese
ZG	Zug / Zoug / Zugo
ZH	Zürich / Zurich / Zurigo

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz SP Parti socialiste suisse PS Partito socialista svizzero PS
SVP	Schweizerische Volkspartei SVP Union démocratique du centre UDC Unione democratica di centro UDC

Synthèse de la consultation : Lutte contre l'usage abusif de la faillite

Interessierte Organisationen und Privatpersonen / Organisations intéressées et particuliers / Organizzazioni interessate e privati

USAM	Schweizerischer Gewerbeverband SGV Union suisse des arts et métiers USAM Unione svizzera delle arti e mestieri USAM
USS	Schweiz. Gewerkschaftsbund (SGB) Union syndicale suisse (USS) Unione sindacale svizzera (USS)
EXPERTsuisse	EXPERTsuisse AG EXPERTsuisse SA
CPFS	Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse Conferenza degli ufficiali di esecuzione e fallimenti della Svizzera
CPS	Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK) Conférence des procureurs de Suisse (CPS) Conferenza dei procuratori della Svizzera (CPS)
CFC	Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK) Commission fédérale de consommation (CFC) Commissione federale del consumo (CFC)
Veb.ch	vcb.ch Schweizerischer Verband der dipl. Experten in Rechnungslegung und Controlling und der Inhaber des eidg. Fachausweises in Finanz- und Rechnungswesen

Verzicht auf Stellungnahme / Renonciation à une prise de position / Rinuncia a un parere

- Schweizerischer Arbeitgeberverband
Union patronale suisse
Unione svizzera degli imprenditori
- Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren KKJPD
Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police CCDJP
Conferenza delle direttrici e dei direttori dei dipartimenti cantonali di giustizia et polizia CDDGP
- Dachverband Schuldenberatung Schweiz
Association faîtière Dettes Conseils Suisse
- Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG)
Société suisse de droit pénal (SSDP)
Società svizzera di diritto penale (SSDP)
- Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter SVR
Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire ASM
Associazione svizzera dei magistrati ASM