



Genève, le 22 mai 2019

Le Conseil d'Etat

2258-2019

Département fédéral de justice et police
Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

Concerne : modification de l'ordonnance sur le registre du commerce et révision totale de l'ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce

Madame la Conseillère fédérale,

Nous avons pris bonne connaissance de votre courrier du 20 février 2019, relatif à l'objet cité en marge, dont le contenu a retenu toute notre attention.

La modification de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC) ne pose pas problème dans la mesure où elle porte sur le transfert dans la loi (art. 927 à 943 du code des obligations – CO) de dispositions qui se trouvaient jusqu'à présent dans l'ORC afin de ne garder dans cette dernière que des dispositions d'exécution.

En revanche, notre Conseil a plusieurs réserves et interrogations sur d'autres points qui sont tous détaillés dans le document technique joint à ces lignes.

En ce qui concerne la révision totale de l'ordonnance sur les émoluments en matière du registre du commerce (OEmol-RC), notre Conseil ne peut malheureusement pas soutenir votre proposition.

Même si nous comprenons parfaitement les principes de la couverture des frais et de l'équivalence avec la charge financière du service concerné, nous estimons que la réduction proposée va trop loin. En effet, elle dépasse la baisse de 30% qui est annoncée (réduction effective pouvant aller jusqu'à 96% pour les sociétés ayant un capital important) et elle ne permettra pas aux registres cantonaux d'entreprendre les évolutions technologiques qui sont pour la plupart exigées par la Confédération (refonte totale de l'interface avec le registre IDE de l'OFS, mise en place des services nécessaires au portail EasyGov du SECCO, etc.).

Le document technique annexé mentionne également deux nouvelles dispositions de l'OEmol-RC qui sont difficilement applicables (réduction d'émoluments pour la communication électronique ou lorsqu'une personne est "dans le besoin ou pour d'autres motifs importants").

Enfin, cette modification d'ordonnance nécessiterait une adaptation de la loi cantonale afin que l'administration fiscale cantonale puisse communiquer la liste des entités juridiques

soumises à l'obligation de s'inscrire au registre du commerce. Toutefois et considérant que l'administration fiscale cantonale n'est pas en mesure de garantir l'exhaustivité de cette liste d'une part et d'autre part que l'administration fédérale dispose d'informations plus exhaustives et fiables dans le cadre de la perception de la TVA, nous ne sommes pas favorables à une telle modification de la loi cantonale.

En vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien prêter à nos observations, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

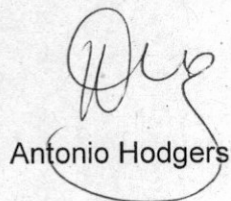
AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Michèle Righetti

Le président :



Antonio Hodgers

Annexe mentionnée

Copie à : (via mail) ehra@bj.admin.ch

**Procédure de consultation relative à la modification de l'ordonnance sur
le registre du commerce (ORC, RS 221.411) et à la révision totale de l'ordonnance sur
les émoluments en matière de registre du commerce (OEmol-RC, RS 221.411.1)**

Pris de position du Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève

Nous relevons tout d'abord avec satisfaction que, suite à la consultation fédérale effectuée début 2013 et à la vive opposition des cantons, la Confédération a apparemment renoncé à son registre du commerce électronique national, qui prévoyait notamment des réquisitions et des pièces justificatives exclusivement sous forme électronique.

A première vue, les modifications soumises ne posent pas problème dans la mesure où elles portent sur le transfert dans la loi (art. 927 à 943 du code des obligations – CO) de dispositions qui se trouvaient jusqu'à présent dans l'ORC afin de ne garder dans cette dernière que des dispositions d'exécution.

Néanmoins, un examen attentif des dispositions proposées nous amène à faire un certain nombre de remarques, que nous formulons en reprenant les trois sujets principaux mentionnés dans le courrier du 20 février 2019:

1. Modification de l'ordonnance sur le registre du commerce

Dans un souci de clarté et de simplification, nous reprenons dans l'ordre les nouvelles dispositions qui justifient un commentaire:

Art. 5 al. 2 let. a: si la Confédération édicte des directives qui nécessitent des développements informatiques, ces derniers ne seront possibles que si les cantons ont le temps de les inclure dans leurs budgets, généralement préparés une année à l'avance.

Art. 5 al. 3: si cela vise notamment toutes les décisions prévues à l'art. 153 nORC, soit potentiellement plusieurs centaines de cas par an avec généralement un développement juridique relativement sommaire (par exemple, une radiation d'office selon l'art. 934 nCo sur la base d'un acte de défaut de biens), on peut douter de leur intérêt pour vérifier une application correcte et uniforme du droit fédéral.

Art. 10: le RC de Genève a anticipé l'art. 936 nCO en mettant gratuitement à disposition les statuts qui ont été adoptés ou modifiés depuis 2008. En revanche, les statuts plus anciens, qui ont fait l'objet de modifications partielles, ne peuvent pas être numérisés tels quels: les RC auront besoin d'un délai pour mettre à jour ces statuts et devront probablement engager des auxiliaires.

Art. 14: le fait que la Confédération mette à disposition librement les données des RC pose le problème récurrent des annuaires privés qui réutilisent ces données en se faisant passer pour des registres officiels auprès des entreprises (arnaque à l'annuaire).

Art. 14a: en ce qui concerne la base de données centrale des personnes, le rapport précise que des explications prendront la forme d'une directive. Il faut espérer

qu'elle soit établie rapidement car, à notre connaissance, nous attendons toujours les directives mentionnées aux art. 11 al. 5 (structure et présentation des extraits) et 12 al. 3 (critères de recherche sur internet) de l'ORC du 17 octobre 2007.

- Art. 17: est-ce que de simples fondés de procuration pourront signer les réquisitions au nom de l'entité ? Si oui, comment se fait-il qu'ils ne peuvent apparemment pas déléguer ce pouvoir à un tiers (la procuration à un tiers doit être signée par un membre de l'organe supérieur de direction ou d'administration) ? Quel sera le contenu de la procuration ? Faudra-t-il une procuration pour chaque réquisition ou une procuration plus générale est-elle possible ? Quelle sera sa durée de validité ?
- Art. 17 al. 1: le texte n'est pas complet car la deuxième phrase exige une signature individuelle pour donner une procuration, alors qu'il ressort du rapport que deux membres avec signature collective à deux sont également compétents.
- Art. 18 al. 3, art. 21 al. 2bis et l'actuel art. 24a al. 3: comme l'a précisé l'OFRC, il convient d'indiquer que seule une impossibilité objective doit être prise en compte.
- Art. 24b al. 2 let. a: comment déterminer les titres religieux admissibles ? Cette information n'est pas nécessaire pour identifier la personne.
- Art. 24b al. 2 let. c: une personne physique qui s'est déjà vue attribuer un numéro personnel non signifiant de la base de données centrale des personnes devra l'indiquer lorsqu'elle procède à une autre inscription. En pratique, il y aura de fortes chances que la personne ne connaisse pas ce numéro ou le confonde avec le NAVS13.
- Art. 27: la rectification doit être désignée comme telle dans le texte de publication. Qu'en est-il sur l'extrait (comment distinguer une rectification d'une modification requise par l'entité) ? La disposition semble se limiter aux erreurs de natures typographiques: comment procéder pour un cas bien plus grave, comme par exemple la mise en faillite de la mauvaise entité lorsque deux raisons sociales sont très proches ou si des titulaires sont des homonymes ? La responsabilité de l'Etat sera engagée si une rectification n'est pas effectuée très rapidement.
- Art. 34: si les inscriptions déploient leurs effets dès la publication dans la FOSC électronique et non plus dès leur approbation par l'OFRC, sera-t-il encore possible de délivrer des extraits avant publication ? N'y aura-t-il plus de procédure super-urgente (pour les sociétés cotées en bourses ou les opérations avec plus de CHF 20 mio bloqués en banque) ?
- Art. 113 al. 1 let. b (actuel): la production des statuts des sociétés étrangères est inutile dès lors que le RC se base sur l'extrait pour vérifier l'existence de l'établissement principal (let. a) et que ces statuts ne sont ensuite pas mis à jour.
- Ar. 114 al. 1 let. b (actuel): la mention du capital de l'établissement principal et de sa libération sont difficiles à vérifier par le RC et n'apporte donc pas une information véritablement fiable. En plus, cette information n'est jamais mise à jour.

- Art. 118 al. 2: dans la mesure où le but intégral peut être consulté gratuitement dans les statuts disponibles en ligne (art. 936 al. 2 nCO), quelle est l'utilité de saisir dans le texte de publication et l'extrait tous les buts accessoires qu'une entité pourra éventuellement faire ? Ce texte, qui fait parfois plusieurs pages, n'est d'aucune pertinence et il allongera inutilement les extraits.
- Art. 119: la nouvelle formulation ("un prénom" au lieu de "son prénom") laisse penser qu'une personne pourra indiquer le prénom de son choix si elle en possède plusieurs. Il sera alors difficile de retrouver la personne dans d'autres bases telles que celle de l'Office cantonal de la population et des migrations.
- Art. 119 f: la mention des titres académiques nous paraît inutile pour identifier une personne. De plus, bien souvent, le RC ne sera pas à même de vérifier l'équivalence de titres étrangers.
- Art. 119 g: le terme "fonction" reste flou (s'agit-il de la fonction légale ?). L'OFRC devrait établir une liste précise des fonctions admises pour chaque forme juridique, notamment pour avoir une cohérence entre les extraits des différents RC de Suisse (ce d'autant plus si l'extrait demeure le même lors d'un transfert de siège dans un autre canton).
- Art. 123 al. 2 let. a: même observation qu'à l'art. 10 nORC concernant les anciens statuts qui ne sont pas encore numérisés.
- Art. 123 al. 3: des extraits multilingues seront souvent incompréhensibles pour le public: il faudra maîtriser toutes les langues nationales pour comprendre un but rédigé en allemand ou une clause d'apport en italien. Le fait de conserver dans un seul document tout l'historique du ou des siège(s) précédent(s), avec généralement 90% de données radiées qui ne sont plus d'actualité, rendra les extraits tout simplement illisibles. L'accès à l'historique complet avec de simples liens vers les extraits précédents nous paraît bien plus judicieux. Comme l'OFRC n'a apparemment jamais établi sa directive sur la structure des extraits (art. 11 al. 5 ORC), le regroupement des données saisies par différents registres pourra poser problème dans certains cas. Par ailleurs, la constitution genevoise prévoit que la langue officielle est le français.
- Art. 125 al. 2: l'OFRC a-t-il établi une norme pour le cryptage et le décryptage des données ? La transmission électronique se fera-t-elle par un canal sécurisé ?
- Art. 133 : quid s'il résulte de la scission par séparation la constitution d'une nouvelle entité juridique ? Dans ce cas, il n'est pas possible de procéder à la nouvelle inscription sans pièces justificatives. Idem en cas d'augmentation de capital.
- Art. 152: Le fait de laisser les RC fixer eux-mêmes les délais dans les procédures va à l'encontre de l'uniformisation que l'on souhaite justement pour les procédures. Cela va engendrer des pratiques différentes d'un canton à l'autre, des inégalités de traitement et une insécurité juridique.
- Art. 152a: si le RC a connaissance d'une nouvelle adresse, comment peut-il être sûr qu'il s'agit bien d'un nouveau domicile au sens de l'art. 56 CC ?

Art. 157 al. 1: le RC de Genève collabore déjà avec d'autres services tels que le Répertoire des entreprises du canton de Genève (REG) qui envoie périodiquement des questionnaires de mise à jour aux entités inscrites au RC.

Art. 159 let. b ch. 3: lorsque la faillite est annulée ou révoquée, l'adjonction "en liquidation" est manifestement erronée.

Art. 159a al. 1 let. a: la référence à l'art. 159 let. b est erronée (il s'agit de la let. d). Par ailleurs, le délai de deux ans est impraticable et se calcule dès la publication de l'inscription, soit différemment de la LP (dès la suspension de la liquidation). En outre, en pratique, cette faculté n'est quasi jamais utilisée par le débiteur qui peut dans tous les cas faire réinscrire la société (art. 935 al. 2 ch. 4 nCO).

Art. 164: est-il exact que l'art. 935 nCO s'appliquera également à la radiation d'office selon l'art. 934 nCO (société sans activité ni actifs réalisables à un moment donné) et ce, sans limite dans le temps ? Si tel est le cas, il y a le risque évident de réactiver des "coquilles vides", ce qui n'est légalement pas permis.

Art. 167: actuellement, la liste exhaustive des autorités susceptibles de demander des pièces originales a l'avantage de fixer un cadre clair. L'adjonction "en particulier" ouvre la voie à des demandes provenant de multiples services et sera difficile à appliquer.

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

On peut tout d'abord relever que les émoluments du RC n'ont pas bougé depuis environ 30 ans et qu'ils n'ont donc pas été indexés au coût de la vie. La base de données du RC, qui peut être consultée gratuitement sur internet, est l'un des sites les plus fréquentés de l'Etat avec environ 7'000 utilisateurs quotidiens.

Nous comprenons tout à fait le principe de la couverture des frais qui impose que le produit total des émoluments ne dépasse pas – ou que très légèrement – la charge financière effective de la branche de l'administration concernée. Il faut toutefois se demander si la réduction annoncée d'un tiers des émoluments ne va pas trop loin et si elle tient réellement compte des coûts propres à chaque canton: le fait d'avoir retenu des "valeurs moyennes" sur toute la Suisse lèse les cantons qui ont, par exemple, les loyers et les salaires les plus élevés.

A Genève, les CHF 5,2 mio d'émoluments perçus par le RC seraient donc réduits à CHF 3,5 mio. Dans une consultation similaire de juin 2018 au sujet des émoluments des poursuites et faillites, il a été relevé que les charges directes du service doivent être augmentées de 30% environ pour tenir compte des coûts des activités de support, de moyens et d'état-major. Le coût global pour le RC, qui a CHF 2,8 mio de charges directes, dépasserait donc les CHF 3,5 mio de recettes.

L'autre gros problème vient du fait qu'en examinant de près le tarif proposé, on constate que, dans bien des cas, la réduction effective dépassera les "30% en moyenne puis arrondis" qui sont annoncés.

En effet, le projet ne se contente pas de réduire l'émolument de base de 30%: il supprime en plus l'émolument progressif perçu lorsqu'une société avec un capital supérieur à CHF 200'000 modifie ses statuts. Le tableau suivant montre que la baisse réelle des émoluments va de 30% jusqu'à 96% (au cas où la société a un capital égal ou supérieur à CHF 48 mio):

Pour les sociétés de capitaux (67% des entités inscrites au RC)	Actuellement CHF	Projet CHF	Réduction
Inscription nouvelle	de 600 à 10'000	420	de 30% à 95,8%
Augmentation/réduction du capital	de 300 à 5'000	210	de 30% à 95,8%
Modifications statutaires publiées (raison sociale, but, etc.)	de 240 à 4'000	170	de 29,2% à 95,75%
Modifications statutaires peu importantes	de 120 à 2'000	80	de 33,3% à 96%

A la demande de la Confédération, les RC devront prochainement assumer d'importantes évolutions technologiques qui ont un coût important: par exemple, la refonte de l'interface avec le registre IDE (exigence de l'OFS), le nouveau registre des personnes et surtout le développement complet des services en lien avec EasyGov, le nouveau portail en ligne du SECCO pour les entreprises. La suppression de la forme authentique en droit des sociétés, qui est actuellement à l'examen au Parlement, risque également d'accroître considérablement la charge de travail des RC qui auront clairement besoin de moyens supplémentaires.

Même si, sur le principe, nous ne sommes pas opposés à une adaptation des émoluments, nous estimons donc que le tarif proposé va trop loin et qu'il ne permettra aux RC d'affronter les développements technologiques déjà annoncés.

Au niveau de l'Ordonnance sur les émoluments, voici deux dispositions nouvelles qui risquent également de poser problème:

Art. 4: A notre avis, la réduction d'émoluments que devront octroyer les cantons en cas de communication électronique ne se justifie que si elle comprend l'envoi de données structurées au RC qui n'aura plus à les saisir et qui gagnera ainsi du temps. C'est du reste notre pratique à Genève pour les e-démarches qui existent depuis 2012: une inscription d'entreprise individuelle coûte CHF 190 au guichet et seulement CHF 130 en ligne avec récupération des données saisies par le client. Qu'entend-on par "communication électronique" ? S'il agit uniquement de l'envoi électronique de réquisitions et pièces au format PDF, documents qui nécessiteront exactement le même travail que celui consacré au courrier postal, il n'y a aucune raison de réduire les émoluments.

L'Office fédéral du registre du commerce a annoncé pour la fin de cette année la suppression de son site Juspace qui permet l'envoi des réquisitions électroniques. Compte-t-il sur le portail EasyGov pour assurer la communication électronique avec les RC ? Si oui, cela signifie-t-il que les RC doivent être connectés à ce portail à l'entrée en vigueur de la nouvelle OEmol-RC ? Des développements informatiques ne seront pas possibles en 2019 car les budgets y afférents auraient dû être établis au plus tard en août de l'année dernière.

Art. 8: la remise ou la réduction d'émoluments selon des critères totalement flous (si la personne est "dans le besoin ou pour d'autres motifs importants") est une nouveauté qui nous paraît difficilement applicable. Le rapport ne clarifie pas ce point puisqu'il indique simplement que cette disposition doit être appliquée "avec parcimonie". Il y a un vrai risque d'arbitraire ou de demandes abusives: après avoir vidé les actifs de sa société, un responsable attendra simplement que l'Etat se charge de dissoudre et de radier gratuitement son entité. Alors que la mise à jour régulière et rapide du registre est primordiale, chaque demande de modification des données inscrites risque de faire l'objet de négociations au niveau du coût, avec d'éventuels recours en cas de refus. Ce n'est pas gérable.

3. Collaboration des autorités fiscales pour les entités soumises à inscription

Il apparaît nécessaire de prévoir une base légale formelle "afin que les autorités fiscales soient systématiquement tenues de signaler les entités juridiques soumises à l'inscription au registre du commerce", en raison des exigences découlant du secret fiscal (art. 11 LPFisc). En effet, le secret fiscal doit être strictement observé et est opposable par l'administration fiscale à toutes les autres autorités administratives. Des renseignements ne peuvent être communiqués que si une base légale formelle le prévoit expressément. L'art. 157 du projet d'Ordonnance sur le RC est à cet égard insuffisant.

Il est néanmoins important d'attirer votre attention sur le fait que l'administration fiscale cantonale n'est pas en mesure de produire une liste exhaustive et fiable des entités soumises à cette obligation. En effet, l'administration fiscale cantonale ne dispose pas des informations permettant de déterminer si une entité doit être inscrite au RC : le chiffre d'affaires n'est pas nécessaire pour procéder à la taxation et l'exercice d'une activité commerciale ne peut pas être identifié de manière automatique.

En outre, des informations plus fiables peuvent être communiquées par l'administration fédérale qui gère la TVA.

Par conséquent, nous ne sommes pas favorables à une modification de la base légale prévoyant une communication systématique des entités juridiques soumises à l'obligation de s'inscrire au registre du commerce.

En cas de question, la personne de contact est Madame Charlotte Climonet, Directrice générale adjointe de l'Administration fiscale, que vous pouvez joindre au 022.327.79.42.

* * * * *