



19.043 Lutte contre l'usage abusif de la faillite. Loi

Rapport sur les mesures possibles en vue d'un développement du système d'opting-out

Date : 15 février 2021
À : Commission des affaires juridiques CE
Copie à : SG-DFJP

Numéro du dossier : 530.1-10/5/44/1
Notre référence :bj-han

Table des matières

1	Mandat de la commission des affaires juridiques CE	2
1.1	Situation initiale	2
1.2	Mandat et structure du rapport	2
2	Droit applicable et situation actuelle	3
2.1	Obligation de contrôle ordinaire	4
2.2	Obligation de contrôle restreint et possibilité d'opting-out	4
2.3	Etudes, rapports d'experts, analyse des coûts de la réglementation et enquêtes effectuées	5
3	Propositions d'adaptation du système d'opting-out pour une amélioration de la compliance au droit actuel	11
3.1	Limitation temporelle de l'opting-out dans le futur et le passé	12
3.2	Renouvellement périodique de la décision d'opting-out	12
3.3	Le rapport de gestion comme pièce justificative obligatoire pour l'inscription d'une décision d'opting-out	14
4	Mise en place d'un droit de la révision basé sur les risques	15
4.1	Mesures qui pourraient être mises en œuvre sans un examen approfondi	15
4.2	Mesures basées sur les risques, nécessitant un examen détaillé	18
4.3	Suppression de l'opting-out	23
5	Conclusion	24



1 Mandat de la commission des affaires juridiques CE

1.1 Situation initiale

Avec la [motion 11.3925 Hess du 29 septembre 2011 « Prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite »](#), le Conseil fédéral a été chargé de « créer les bases juridiques nécessaires pour qu'on ne puisse plus utiliser abusivement la procédure de faillite pour échapper à ses obligations ». Ainsi, le 26 juin 2019, le Conseil fédéral a adopté le [message concernant la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite](#)¹. Elle vise en particulier à améliorer l'application de l'interdiction pénale d'exercer une activité en cas notamment de crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes.

Après l'audition d'experts le 10 août 2020, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (ci-après la Commission) est entrée en matière sur le projet en date du 11 août 2020².

1.2 Mandat et structure du rapport

Le 3 septembre 2020, la Commission a pris la décision de suspendre les débats concernant le projet 19.043 Loi sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite. Elle a décidé d'étudier en détail les mesures proposées par le Conseil fédéral afin de s'assurer qu'elles sont suffisantes pour mettre fin à l'usage abusif de la faillite. Il s'agit en particulier de déterminer si des adaptations seraient nécessaires en ce qui concerne la possibilité offerte actuellement aux entreprises de ne pas se soumettre au contrôle restreint (opting-out)³.

Dans ce contexte, la commission a mandaté l'Office fédéral de la justice (OFJ) d'élaborer le présent rapport. La première partie du rapport donne un aperçu du droit actuel de la révision ainsi que des résultats des rapports d'experts, analyses des coûts de la réglementation et des études, publiés ces dernières années, relatifs au droit de la révision et aux causes des faillites.

Dans la deuxième partie du rapport, des mesures, visant à renforcer le système d'opting-out et à assurer une meilleure compliance au droit actuel, et pouvant être rapidement mises en œuvre, seront proposées. Dans ce cadre, seront présentées des mesures ponctuelles qui peuvent ajouter une plus-value à la réglementation actuelle en matière d'opting-out, sans pour autant complètement réinventer le système. Des propositions concrètes de formulation pour l'adaptation des dispositions légales ont également été intégrées.

Dans la troisième partie du rapport, seront présentées des mesures qui permettraient une refonte du système actuel applicable en matière de contrôle restreint et d'opting-out. L'orientation principale repose sur la mise en place d'une obligation de révision basée sur les risques. A cet égard, la manière dont les critères pour une obligation de révision pourraient être redéfinis sur la base de cette approche fondée sur les risques sera détaillée. Un premier chapitre contient des mesures qui peuvent être facilement mises en œuvre et pour lesquelles les modifications légales nécessaires sont déjà formulées. Le deuxième chapitre contient, en revanche, des mesures qui nécessiteraient un examen approfondi, tant en ce qui concerne leur mise en œuvre que concernant leurs conséquences.

¹ FF 2019 4977 ss.

² [Communiqué de presse de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 11.08.2020.](#)

³ [Communiqué de presse de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 04.09.2020.](#)

L'impact des mesures proposées dans ce rapport sur la charge administrative et les coûts pour les entreprises concernées ainsi que pour l'économie en général ne fait pas l'objet du présent rapport.

2 Droit applicable et situation actuelle

Afin de pouvoir évaluer la situation économique d'une entreprise, les comptes revêtent une grande importance (cf. art. 958 al. 1 CO⁴). Ils servent notamment à la protection du capital, en tant qu'outil de gestion et de responsabilité pour l'organe de direction et d'administration, à assurer la transparence pour la potentielle investisseuse ou le potentiel investisseur et le marché des capitaux ainsi qu'à protéger le système⁵. Une comptabilité correcte est, en particulier, indispensable pour le calcul des dividendes (cf. art. 647 ss. CO), des réserves légales (cf. art. 671 ss. CO), de la rentabilité, etc. En outre, les comptes constituent la base pour l'évaluation de l'impôt sur le bénéfice et le capital.

Le respect des prescriptions légales en matière de comptabilité doit, en principe, être vérifié par un organe de révision (art. 727 s. CO). L'organe de révision est un organe indépendant de la société et fait face à la société dans son ensemble⁶. Il est organe de contrôle et

- sert les intérêts des actionnaires, des créancières et créanciers ainsi que du public⁷;
- fait rapport au conseil d'administration (cf. art. 728b al. 2; 728c al. 1 CO) et à l'assemblée générale (art. 728b al. 2; 728c al. 1, 7 et 729c CO);
- si besoin, convoque lui-même l'assemblée générale (art. 699 al. 1, en relation avec l'art. 725 CO); et
- le cas échéant, informe également le juge (art. 728c al. 3, 729c CO)⁸.

En conséquence, la révision par un auditeur externe se voit accorder un rôle important en tant que système d'alerte précoce⁹.

La dernière révision complète du droit de la révision et de la surveillance de la révision est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008. Le 1^{er} janvier 2012, les seuils séparant le contrôle restreint du contrôle ordinaire ont été relevés. Le champ d'application du contrôle restreint a ainsi été étendu¹⁰.

⁴ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220.

⁵ Böckli Peter, OR-Rechnungslegung, Schulthess Juristische Medien AG, 2019, N 4 ss.

⁶ Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 2009, § 15 N 31 ss.; Orell Füssli Kommentar Aktienrecht, Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, 2016, Dekker Stephan, Vorbemerkungen zu OR 727-731a, N 7.

⁷ ATF 133 III 453 c. 7.3; 106 II 235; Arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 1997 4C.13/1997 in Pra 1998 Nr. 121; Message concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF. 2004 3745, p. 3765 s.; Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen, Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), 5. Auflage, Basel 2016 (BSK OR II) - /Maizar Karim/Watter Rolf, Vor. OR 727/727a N 20; autre avis, Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2009, § 18 N 194.

⁸ Pour le tout, cf. Dekker Stephan (NB 6), Vorbemerkungen zu OR 727-731a N 7.

⁹ Cf. Lorandi Franco, Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen, in: AJP 11/2020, p. 1396-1422, p. 1408.

¹⁰ Les seuils pour l'obligation d'effectuer un contrôle ordinaire ont été, en 2012, augmentés d'un total du bilan de 10 millions de francs, d'un chiffre d'affaires de 20 millions de francs et du nombre d'emplois à plein temps de 50, à un total du bilan de 20 millions de francs, à un chiffre d'affaires de 40 millions de francs et à 250 emplois à plein temps. Cf. [Modification du code des obligations \(Droit de la révision\) du 17 juin 2011; Communiqué de presse du Conseil fédéral du 31.08.2011 concernant l'entrée en vigueur des nouvelles valeurs seuils du droit de la révision](#)

Dans les récents rapports d'évaluation de la bureaucratie, la révision a été présentée en partie comme une charge administrative ou financière pour les entreprises¹¹. Toutefois, elle trouve sa place dans un système, dans lequel les entrepreneuses et entrepreneurs/associées et associés peuvent limiter la responsabilité pour des dettes à leurs apports : la société de capitaux répond de ses dettes uniquement sur ses biens. La révision est destinée à compenser ce privilège en obligeant un organe externe à contrôler le respect des dispositions légales en matière comptable. Cela permet de vérifier le respect de la réglementation relative au maintien du capital. Les créancières et créanciers et les actionnaires minoritaires sont ainsi protégés contre d'éventuels abus.

Les exigences relatives à l'obligation de procéder à un contrôle ordinaire, respectivement à un contrôle restreint, de même que la possibilité de renoncer au contrôle restreint, seront expliquées ci-dessous.

2.1 Obligation de contrôle ordinaire

Les sociétés suivantes sont tenues de soumettre leurs comptes annuels et, le cas échéant, leurs comptes de groupe au contrôle ordinaire d'un organe de révision (cf. art. 727, al. 1, CO):

1. les sociétés ouvertes au public, soit les sociétés:
 - a. qui ont des titres de participation cotées en bourse,
 - b. qui sont débitrices d'un emprunt par obligations,
 - c. dont les actifs ou le chiffre d'affaires représentent 20% au moins des actifs ou du chiffre d'affaires des comptes de groupe d'une société;
2. les sociétés qui, au cours de deux exercices successifs, dépassent deux des valeurs suivantes:
 - a. total du bilan: 20 millions de francs,
 - b. chiffre d'affaires: 40 millions de francs,
 - c. effectif : 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle;
3. les sociétés qui ont l'obligation d'établir des comptes de groupe.

Un contrôle ordinaire des comptes est également requis lorsque des actionnaires représentant ensemble au moins 10% du capital-actions l'exigent (art. 727, al. 2, CO).

Lorsque la loi n'exige pas un contrôle ordinaire des comptes annuels, ce contrôle peut être prévu par les statuts ou décidé par l'assemblée générale (art. 727, al. 3, CO).

2.2 Obligation de contrôle restreint et possibilité d'opting-out

Lorsque les conditions d'un contrôle ordinaire ne sont pas remplies, la société soumet ses comptes annuels au contrôle restreint d'un organe de révision (art. 727a, al. 1, CO).

¹¹ [Stoll, Marius/Graf, Susanne, Bürokratiemonitor 2018, LINK Institut, avril 2019](#). Cette enquête qui porte sur le thème des « charges administratives dues aux réglementations relatives aux entreprises suisses » a montré que les dispositions en matière de comptabilité et de révision figurent parmi les cinq domaines, dans lesquels les entreprises interrogées perçoivent les charges les plus importantes (avec les domaines suivants : construction, hygiène alimentaire, importation et exportation et taxe sur la valeur ajoutée). La réglementation dans le domaine de la révision entraîne des coûts économiques qui peuvent être conséquents, notamment pour les PME. Néanmoins, il convient de retenir également que la réglementation a un impact sur l'économie en général. Par ailleurs, déréglementer le droit de la révision devrait également entraîner des coûts, qui ne peuvent être chiffrés en l'état.

Moyennant le consentement de l'ensemble des actionnaires, la société peut renoncer au contrôle restreint lorsque son effectif ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle (c.-à-d. opting-out; cf. art. 727a, al. 2, CO). Par emplois à plein temps, sont visés les emplois à 100%¹², répartis entre plus de dix personnes¹³.

Le conseil d'administration peut requérir par écrit le consentement des actionnaires. Il peut fixer un délai de réponse de 20 jours au moins et leur indiquer qu'un défaut de réponse équivaut à un consentement (art. 727a, al. 3, CO).

L'opting-out doit être inscrit auprès de l'office du registre du commerce (cf. art. 62 ORC¹⁴). L'art. 62, al. 1, ORC prévoit que la société doit remettre au registre du commerce, avec la réquisition d'inscription de la renonciation au contrôle restreint, une déclaration selon laquelle : (a) la société ne remplit pas les conditions pour être soumise à un contrôle ordinaire ; (b) la société a un effectif qui ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle, et (c) l'ensemble des actionnaires ont consenti à renoncer au contrôle restreint.

Les conditions de la déclaration de renonciation sont énoncées à l'art. 62, al. 2, ORC. Cette disposition prévoit que la déclaration doit être signée par au moins un membre du conseil d'administration et qu'une copie des documents actuels déterminants, tels que les comptes de pertes et profits, les bilans, les rapports annuels, les déclarations de renonciation des actionnaires et le procès-verbal de l'assemblée générale doit y être jointe. Les documents précités ne sont pas soumis à la publicité du registre du commerce et sont ainsi conservés séparément.

Lorsque les actionnaires ont pris une décision d'opting-out, cette renonciation est également valable les années qui suivent. Chaque actionnaire a toutefois le droit d'exiger un contrôle restreint au plus tard dix jours avant l'assemblée générale. Celle-ci doit alors élire l'organe de révision (art. 727a, al. 4, CO) et ne peut approuver les comptes annuels que lorsque le rapport sur le contrôle restreint est disponible (art. 731, al. 1, CO). L'opting-out peut déjà être décidé lors de la constitution de la société.

L'opting-out jouit aujourd'hui d'une popularité importante. En 2018, environ 85% des nouvelles sociétés anonymes et environ 97.91% des nouvelles sociétés à responsabilité limitée ont fait le choix d'un opting-out. En 2019, environ 86.92% des nouvelles sociétés anonymes et environ 98.85% des nouvelles sociétés à responsabilité limitée ont opté pour une renonciation au contrôle restreint. En 2020, environ 89.05% des nouvelles sociétés anonymes et environ 99.13% des nouvelles sociétés à responsabilité limitée ont fait le choix d'un opting-out¹⁵. Le taux de révision des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée est passé d'environ 64% en 2005 à moins de 20% actuellement¹⁶.

2.3 Etudes, rapports d'experts, analyse des coûts de la réglementation et enquêtes effectuées

Ces dernières années, divers rapports et études relatifs au besoin d'adapter le droit de la révision et concernant les causes des faillites ont été publiés.

¹² Cf. BSK-OR II (NB 7) - Maizar Karim/Watter Rolf, OR 727 N 21.

¹³ Zihler Florian, Stämpfli's Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2012, Art. 62 N 7

¹⁴ Ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (ORC), RS 221.411.

¹⁵ Les chiffres sont tirés d'une analyse interne de l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC).

¹⁶ Source: <https://www.auditorstats.ch> (consulté le 15.02.2021).

2.3.1 Critères économiques pour le déclenchement des procédures d'insolvabilité

Dembinski et Bologna interrogent, dans le cadre d'une étude publiée en 2010 (étude Dembinski et Bologna)¹⁷, la pertinence des critères utilisés en matière de procédures d'insolvabilité. Un grand nombre de cas de faillite ont été analysés dans ce cadre. Les auteurs font les observations suivantes : l'effondrement d'une entreprise intervient, dans la majorité des cas, rapidement après sa constitution. En principe, la faillite est due à de multiples causes, internes et externes. Néanmoins, les petites entreprises font plus fréquemment faillite que les grandes entreprises. Dans la majorité des cas, les causes de faillite des entreprises moyennes ne sont pas directement liées à la marche des affaires mais relèvent de problèmes liés à des facteurs externes (actionnaires, opérations hors-exploitation ou effet de domino). Par conséquent, les critères classiques d'alarme de liquidités et de rentabilité ne seraient que d'une aide limitée pour déterminer le déclenchement des mesures, soit de précipitation de la faillite, soit de préservation de la substance économique. Plus de la moitié des faillites de sociétés porteraient sur des entreprises disposant d'une substance économique plus ou moins saine. Enfin, les auteurs notent que le risque de faillite est influencé de manière significative par l'âge et la taille de l'entreprise.

2.3.2 « Sonderstudie zur Revisionslandschaft Schweiz »

En février 2012, Credita AG a publié une étude spéciale sur le paysage suisse de la révision, dans laquelle elle a examiné tous les mandats de révision inscrits au registre du commerce (étude spéciale Credita)¹⁸. Étaient ainsi examinés quelles sociétés d'audit avaient le plus de mandats de révision en Suisse à cette époque, la répartition du nombre de mandats par forme juridique et la corrélation entre les faillites et l'inscription d'un organe de révision dans les données du registre du commerce.

L'étude a analysé les ouvertures de procédure de faillites des sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée en 2011. Il a été démontré que les entreprises qui ne disposent pas d'un organe de révision inscrit présentent un risque d'insolvabilité nettement plus élevé¹⁹.

Sur un total de 1'195 cas de faillites, 55.9% des entreprises n'avaient pas d'organe de révision inscrit au moment de l'ouverture de la procédure de faillite. Au total, sur un millier de sociétés anonymes, qui n'avaient pas d'organe de révision, 8.36, en moyenne, ont fait faillite en 2011. Parmi les sociétés anonymes ayant un organe de révision, seules 5.12 sociétés étaient concernées. Cela signifie que les sociétés anonymes sans organe de révision avaient 1.63 fois plus de probabilité de faire faillite que celles avec un organe de révision. Une image encore plus claire se présente pour les sociétés à responsabilité limitée. L'étude a constaté que les sociétés à responsabilité limitée sans organe de révision auraient 2.05 fois plus de risque d'être déclarées en faillite²⁰.

L'étude souligne le rôle de l'organe de révision en tant que système d'alerte précoce²¹ et son importance dans la lutte contre les faillites (abusives), ce qui plaide en faveur d'un réexamen de la réglementation actuelle en matière d'opting-out.

¹⁷ Dembinski Paul H./Bologna Claudio. Critères économiques pour le déclenchement des procédures d'insolvabilité. In Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, 2009, p. 87-122.

¹⁸ Sonderstudie der Credita AG zur Revisionslandschaft Schweiz, du 9 février 2012.

¹⁹ Sonderstudie der Credita AG zur Revisionslandschaft Schweiz, du 9 février 2012, p. 1.

²⁰ Sonderstudie der Credita AG zur Revisionslandschaft Schweiz, du 9 février 2012, p. 6.

²¹ Cf. explications ci-haut sous le ch. 2

Cependant, les auteurs d'une étude ultérieure sur le contrôle restreint, publiée en 2020 (étude ZHAW 2020, voir *infra* point 2.3.6), sont d'avis que l'étude spéciale Credita est insuffisante, car des facteurs importants tels que la taille et l'âge des entreprises n'ont pas été inclus quantitativement dans l'étude (voir *supra* conclusions de l'étude Dembinski et Bologna).

2.3.3 « Expertenbericht über den allfälligen Handlungsbedarf im allgemeinen Revisions- und Revisionsaufsichtsrecht »

Dans le cadre de la prise de connaissance des résultats de la consultation sur le droit de la société anonyme en 2016, le Conseil fédéral a chargé l'OFJ de clarifier la nécessité d'agir sur le plan législatif dans le domaine du droit de la révision et de la surveillance de la révision²².

Le rapport d'experts sur l'éventuelle nécessité d'agir dans le droit de la révision et de la surveillance de la révision du 20 juillet 2017, préparé par les experts Peter Ochsner et Daniel Suter ([Rapport d'experts Ochsner/Suter](#)), est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas de nécessité de procéder à une modification générale du droit de la révision et de la surveillance de la révision mais qu'une éventuelle nécessité d'agir apparaissait pour certains aspects identifiés. Le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport et à mandaté l'OFJ d'examiner en détail diverses mesures prévues dans le rapport, notamment

- l'étendue du contrôle de la liste des associés des sociétés coopératives effectué par l'organe de révision ;
- la limite supérieure fixée dans la loi sur la surveillance de la révision (LSR)²³ pour les honoraires que l'organe de contrôle peut percevoir par société contrôlée ; et
- la question de savoir si l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision devrait être seule compétente pour l'agrément et la surveillance de l'organe de révision d'une institution de prévoyance ou s'il faudrait opter pour une solution comparable à celle qui s'applique dans le domaine de l'AVS²⁴.

L'examen est encore en cours actuellement.

Le rapport d'experts Ochsner/Suter a conclu à l'époque qu'un assouplissement des règles relatives au contrôle restreint serait possible, mais n'a proposé aucune modification du cadre juridique. Selon le rapport d'experts, des simplifications devraient être mises en place dans la pratique par les associations professionnelles de la branche ou par des mesures supplémentaires dans le domaine de la formation continue des réviseurs et réviseuses²⁵. Un renforcement de la réglementation en matière d'opting-out a été rejeté²⁶. En revanche, le Conseil fédéral est persuadé que le système d'opting-out peut continuer à être développé.

En revanche, en ce qui concerne la distinction entre le contrôle restreint et le contrôle ordinaire, le présent rapport suit la même ligne que le rapport d'experts Ochsner/Suter. Pour être plus précis, les experts Ochsner/Suter ont, dans leur rapport, rejeté la proposition consistant

²² [Ochsner, Peter/Suter, Daniel, Expertenbericht über den allfälligen Handlungsbedarf im allgemeinen Revisions- und Revisionsaufsichtsrecht, 20.07.2017](#), p. 18.

²³ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, RS 221.302.

²⁴ [Communiqué de presse du 9 novembre 2017 du Conseil fédéral](#).

²⁵ [Ochsner, Peter/Suter, Daniel, Expertenbericht über den allfälligen Handlungsbedarf im allgemeinen Revisions- und Revisionsaufsichtsrecht, 20.07.2017](#), p. 52.

²⁶ [Ochsner, Peter/Suter, Daniel, Expertenbericht über den allfälligen Handlungsbedarf im allgemeinen Revisions- und Revisionsaufsichtsrecht, 20.07.2017](#), p. 54.

à obliger, même en présence d'un contrôle restreint, l'organe de révision à formuler une recommandation concernant l'approbation des comptes annuels. Cela été motivé par le fait qu'un tel renforcement aurait eu pour conséquence de réduire la différence entre le contrôle restreint et le contrôle ordinaire²⁷. Les mesures proposées dans le présent rapport ne visent pas non plus à rapprocher le contrôle restreint du contrôle ordinaire.

2.3.4 « Legal opinion on the regulation of audit and audit supervision in the European Union, Germany and France »

Toujours dans le cadre de la prise de connaissance des résultats de la consultation sur le droit de la société anonyme en 2016, le Conseil fédéral a chargé l'OFJ de clarifier les développements européens dans le domaine du droit de la révision et de la surveillance de la révision.

En 2016, l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) a ainsi publié un [rapport](#) sur les développements européens en matière de droit de la révision et de la surveillance de la révision²⁸ (rapport ISDC). Le rapport ISDC examine la réglementation de la révision dans l'Union européenne, en Allemagne et en France et s'attache à donner un aperçu des réglementations applicables et de leurs caractéristiques. Le Conseil fédéral en a pris acte²⁹.

2.3.5 « Regulierungskostenanalyse des Rechnungslegungs- und Revisions(aufsichts)rechts »

En 2013, la ZHAW a été mandatée par l'OFJ afin d'effectuer [une analyse des coûts de la réglementation en matière de droit comptable et de droit de la révision \(et de la surveillance de la révision\)](#) et identifier des possibilités de simplification³⁰. Ce projet faisait partie d'une étude nationale visant à mesurer les coûts de la réglementation dans 15 domaines juridiques pertinents pour les entreprises et à identifier ainsi les possibilités de réduction des coûts correspondant³¹.

L'analyse est arrivée à une conclusion similaire à celle du rapport d'experts Ochsner/Suter : les coûts de la révision apparaissaient comme justifiables compte tenu des objectifs poursuivis. Une extension de l'opting-out et du champ d'application du contrôle restreint n'était pas considéré comme souhaitable.

Toutefois, l'analyse n'a évalué ni la légitimité du système suisse de révision, ni les critères du contrôle restreint. La renonciation au contrôle restreint et son impact sur la bonne tenue de la comptabilité n'ont pas non plus été mis en contraste avec le facteur coût inhérent à la révision, qui, selon la situation de l'entreprise, peut également représenter une charge financière importante et expliquer le choix de l'opting-out.

²⁷ [Ochsner, Peter/Suter, Daniel, Expertenbericht über den allfälligen Handlungsbedarf im allgemeinen Revisions- und Revisionsaufsichtsrecht, 20.07.2017](#), p. 53-54.

²⁸ [Legal Opinion on the Regulation of Audit and Audit Supervision in the European Union, Germany and France, du 5 décembre 2016](#).

²⁹ [Communiqué de presse du 9 novembre 2017 du Conseil fédéral et Meyer, Beatrice/Vögele, Olivier, Eingeschränkte Revision – Prüfung von Massnahmen zur Senkung der Regulierungskosten der eingeschränkten Revision, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften \(ZHAW\), janvier 2020](#), p. 1.

³⁰ [Bergmann, Andreas/Fuchs, Sandro/Rauskala, Iris/Fuhrmann, Sandra, Regulierungskostenanalyse des Rechnungslegungs- und Revisions\(aufsichts\)rechts, Schlussbericht der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften \(ZHAW\), août 2013](#), p. 3.

³¹ [Bergmann, Andreas/Fuchs, Sandro/Rauskala, Iris/Fuhrmann, Sandra, Regulierungskostenanalyse des Rechnungslegungs- und Revisions\(aufsichts\)rechts, Schlussbericht der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften \(ZHAW\), août 2013](#), p. 5.

2.3.6 « Eingeschränkte Revision – Prüfung von Massnahmen zur Senkung der Regulierungskosten der eingeschränkten Revision »

En complément au mandat donné à l'OFJ d'approfondir l'examen du droit de la révision et de la surveillance de la révision eu égard aux recommandations du rapport Ochsner/Suter, le Conseil fédéral a chargé le Département de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) d'analyser, avec la branche, d'éventuelles mesures pour réduire les coûts du contrôle restreint³².

Dans ce cadre, la ZHAW a réalisé l'étude [Prüfung von Massnahmen zur Senkung der Regulierungskosten der eingeschränkten Revision](#) (étude ZHAW 2020). L'objet de cette étude ZHAW 2020 était de décrire et d'analyser la situation actuelle, d'identifier des propositions de mesures, d'évaluer et de prioriser ces propositions dans un but de réduire les coûts de la réglementation et de les pondérer à la lumière de l'utilité de l'institution même du contrôle restreint. Selon l'étude ZHAW 2020, 15'000 contrôles ordinaires et 90'000 contrôles restreints sont effectués chaque année en Suisse. Les coûts de la réglementation en matière de contrôle restreint pour les PME sont estimés par la ZHAW à CHF 380 mio. par an.

Sur dix propositions, l'étude ZHAW 2020 retient trois mesures principales :

1. Augmentation du seuil pour l'opting-out de dix à 50 emplois à plein temps ;
2. Ancrage dans la loi de la portée limitée du contrôle restreint ; et
3. Ancrage dans la loi d'un devoir de documentation réduit.

Se pose la question de la représentativité de cette étude. Seules 1/3 des PME interrogées et deux associations professionnelles sont en faveur de l'augmentation du seuil de l'opting-out. Les résultats de l'enquête ne font ainsi apparaître aucun consensus. De plus, il convient également de relever que l'étude ZHAW 2020 ne contient pas une analyse des conséquences économiques d'un tel allègement (par exemple, disponibilité des comptes annuels, disponibilité des comptes révisés, prévention des abus dans la faillite, conséquences fiscales, respect des obligations découlant des assurances sociales). Les avantages économiques du contrôle restreint, dont les coûts devraient être mis en balance avec la révision, n'ont pas non plus été examinés en détail. Les mesures ont été proposées principalement dans le but de réduire la charge administrative et les coûts réglementaires pour les petites et moyennes entreprises concernées.

L'objectif d'économie poursuivi par les recommandations de la ZHAW contraste avec les mesures proposées par le Conseil fédéral dans son message relatif à la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite. Une restriction plus importante du champ d'application de l'obligation de procéder à un contrôle restreint risquerait de détériorer la qualité de la comptabilité et de la tenue des comptes, créant ainsi des conditions plus favorables aux abus, notamment en matière de faillite.

³² [Meyer Beatrice/Vögele Olivier. Eingeschränkte Revision – Prüfung von Massnahmen zur Senkung der Regulierungskosten der eingeschränkten Revision, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften \(ZHAW\), janvier 2020, p. 1.](#)

2.3.7 « Auswirkungen eines Opting-out – Studie auf Basis von Bonitätsdaten des Schweizerischen Verbands Creditreform »

Enfin une [étude de l'Université de Saint-Gall](#) parue en mai 2020, a examiné la relation entre l'opting-out et le risque de solvabilité et de faillite des entreprises en Suisse³³. Cette étude est arrivée à la conclusion que la présence d'un organe de révision a une influence positive significative sur la solvabilité ; cela même en prenant en compte des caractéristiques structurelles comme la taille de l'entreprise et la branche d'activité. La proportion d'entreprises ayant une mauvaise solvabilité se monte pour les entreprises ayant un organe de révision à 5.3% et pour les entreprises ayant recours à l'opting-out à 11.9%. L'étude conclut que le risque de faillite pour les entreprises comptant 0 à 9 employés et ayant un organe de révision est nettement plus faible (1.9%) que celui des entreprises de la même classe de nombre d'employés mais sans organe de révision (5.3%). Sur le point suivant, l'étude est arrivée à la même conclusion que l'étude Dembinski et Bologna : plus l'âge de l'entreprise augmente et plus le nombre de personnes au sein de la direction de l'entreprise augmente, plus la classe de risque moyenne et la proportion d'entreprises ayant une mauvaise solvabilité diminuent.

Cette étude actuelle fournit des informations importantes dans le cadre du processus législatif concernant la lutte contre les faillites abusives, car elle observe le lien entre le risque de faillite, la solvabilité et l'absence d'organe de révision. Elle démontre ainsi qu'il existe un besoin d'amélioration du système actuel peut être amélioré et que les risques de faillite pourraient être minimisés en renforçant le système de contrôle restreint et en modifiant le système de l'opting-out.

2.3.8 « Gedanken zur Effektivität des Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen »

Le Prof. Dr. iur. Franco Lorandi traite de l'insolvabilité des entreprises dans son article « Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen ». Il identifie les faiblesses du droit matériel et du droit de l'exécution et propose des améliorations³⁴.

Il note que les motifs de faillite des entreprises et les causes des faibles dividendes en cas d'insolvabilité sont multiples, en particulier que l'opting-out élimine de fait le système légal d'alerte précoce de l'auditeur externe³⁵, et que diverses mesures individuelles sont donc nécessaires pour améliorer la situation actuelle³⁶. Il propose notamment les mesures suivantes :

- une obligation d'ajuster périodiquement le plan de liquidités³⁷;
- une obligation pour les jeunes entreprises et les entreprises avec une perte de capital d'établir des comptes semestriels³⁸ ;
- une augmentation du capital minimum requis pour une société à responsabilité limitée (Sàrl) à au moins CHF 50'000 (actuellement CHF 20'000 selon l'art. 773 CO)³⁹ ;

³³ [Bergmann, Heiko/Schreiner, Michael, Auswirkungen eines Opting-out. Studie auf Basis von Bonitätsdaten des Schweizerischen Verbands Creditreform, Forschungsbericht KMU-HSG, Universität St. Gallen, mai 2020.](#)

³⁴ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1396 s.

³⁵ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1407 s.

³⁶ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1413.

³⁷ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1415.

³⁸ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1415.

³⁹ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1415.

- une obligation de publier les comptes annuels⁴⁰ ;
- une adaptation du système d’alerte précoce selon l’art. 725 CO, en particulier des mesures d’assainissement doivent pouvoir être imposées dès le début de la perte de capital ou lorsque des pertes commencent à survenir⁴¹ ;
- l’abolition complète de l’opting-out ou alternativement une « période probatoire » de trois à cinq ans d’activité commerciale avant la possibilité de recourir à l’opting-out et la limitation de la possibilité de bénéficier de l’opting-out à la situation où il n’y a pas de perte de capital, pas de perte enregistrée et que les liquidités semblent assurées⁴² ;
- l’abolition de la responsabilité des créanciers, suite au dépôt d’une réquisition de faillite, pour les frais de procédure encourus, jusqu’à la suspension de la procédure faute d’actifs (cf. art. 169 LP)⁴³ ;
- l’obligation de payer une « taxe d’élimination de l’insolvabilité » lors de la constitution⁴⁴ ;
- l’introduction d’une responsabilité solidaire causale des derniers organes exécutifs pour les sommes nécessaires à l’exécution de la procédure sommaire de faillite, après l’ouverture de la procédure de faillite⁴⁵ ;
- une plus grande souplesse dans les possibilités et dans le calendrier de liquidation⁴⁶ ; et
- l’abolition des privilèges de faillite (cf. art. 219, al. 4, LP)⁴⁷.

Ces propositions vont dans la même direction que les mesures proposées par le Conseil fédéral dans la loi fédérale sur la lutte contre l’usage abusif de la faillite, ainsi que les suggestions contenues dans le présent rapport et se recouvrent même en partie (par exemple, l’obligation de publier les comptes (cf. ci-dessous ch. 4.2.4)).

3 Propositions d’adaptation du système d’opting-out pour une amélioration de la compliance au droit actuel

Dans cette deuxième partie du présent rapport, seront présentées des propositions concrètes et concises sur la manière dont la réglementation actuelle en matière d’opting-out pourrait être améliorée, sans pour autant réinventer le système. Les mesures proposées pourraient contribuer de manière significative à la lutte contre les faillites abusives, en fournissant à la fois des incitations et en introduisant un mécanisme de contrôle. Dans l’ensemble, la compliance en matière de droit comptable peut être améliorée avec les mesures proposées, sans pour autant qu’une révision complète du système d’opting-out existant soit nécessaire. Le maintien du système actuel avec seulement des adaptations ponctuelles, c’est-à-dire des

⁴⁰ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1416.

⁴¹ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1416.

⁴² Cf. Lorandi, NB 9, p. 1417.

⁴³ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1417.

⁴⁴ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1418.

⁴⁵ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1418.

⁴⁶ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1418 s.

⁴⁷ Cf. Lorandi, NB 9, p. 1419.

améliorations, permettrait une mise en œuvre rapide sans nécessité de procéder à un examen approfondi.

3.1 Limitation temporelle de l'opting-out dans le futur et le passé

Le Conseil fédéral propose dans le cadre du message concernant la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite que l'opting-out ne puisse déployer ses effets que pour l'exercice futur et plus de manière rétroactive, y compris pour l'exercice en cours. Dans ce cadre, il est renvoyé aux explications du message⁴⁸.

Art. 727a al. 2 (nouveau) CO

² ... La renonciation ne vaut que pour les exercices futurs et son inscription au registre du commerce doit être requise avant le début de l'exercice.

Art. 727a Abs. 2 (neu) OR

² ... Der Verzicht gilt nur für künftige Geschäftsjahre und muss vor Beginn des Geschäftsjahres beim Handelsregisteramt angemeldet werden.

3.2 Renouvellement périodique de la décision d'opting-out

Une des raisons pour laquelle des cas d'abus peuvent se produire consiste dans le fait que la décision de renoncer au contrôle restreint n'est pas limitée dans le temps (cf. chiffre 2.2). La déclaration d'opting-out peut, sous l'aune du droit actuel, être déposée auprès du registre du commerce dès la fondation de la société, et cela sans obligation de la renouveler par la suite (art. 727a al. 4 *ab initio* CO). Selon le droit applicable, la déclaration d'opting-out doit en principe être accompagnée du bilan actuel⁴⁹. Cette exigence ne s'applique toutefois pas lorsque l'opting-out a été décidé à la constitution, car aucun bilan n'est alors encore disponible à ce stade⁵⁰. Après la première inscription de l'opting-out au registre du commerce, le système repose sur la confiance que les entreprises éliront un organe de révision pour un contrôle restreint dès lors qu'elles auront dépassé le seuil de dix emplois à plein temps. Il est ainsi probable qu'une partie des entreprises ne le fassent pas, délibérément ou par négligence.

En principe, l'Ordonnance sur le registre du commerce prévoit la possibilité d'exiger un renouvellement de la déclaration (cf. art. 62, al. 4, ORC). Cependant, le Tribunal fédéral a fortement limité les cas dans lesquels un renouvellement peut être exigé⁵¹.

La Commission pourrait, pour ses motifs, envisager d'introduire une limite temporelle pour la décision d'opting-out. Ainsi, la décision d'opting-out devrait être renouvelée après une certaine période, par exemple après l'écoulement de deux exercices annuels ou annuellement, à défaut, un organe de révision devrait être nommé.

L'introduction d'une limitation temporelle à la décision d'opting-out pourrait revenir, dans les faits, à une obligation de déposer les comptes de manière régulière auprès du registre du commerce, sans que ces comptes soient soumis à publication (cf. art. 62, al. 2, ORC). Si les

⁴⁸ Message concernant la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite du 26 juin 2019, FF 2019 4977, p. 4989 s.

⁴⁹ Art. 62 al. 2 ORC.

⁵⁰ Zihler Florian, Stämpfli Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2012, Art. 62 N 23.

⁵¹ cf. Arrêt du Tribunal fédéral du 9 février 2018, 4A_589/2017: « (...) Die erneute Einreichung der Opting-out-Erklärung setzt grundsätzlich eine Veränderung der Verhältnisse voraus. (...) » (consid. 2.3.1) ; « (...) Dem Handelsregister müssen daher Tatsachen bekannt werden (z.B. aus der Presse oder im Zusammenhang mit anderen Anmeldungen, aber auch Hinweise von Dritten), die darauf hindeuten, dass die Voraussetzungen für die Fortdauer des Verzichts auf die eingeschränkte Revision nicht erfüllt sein könnten (...) » (consid. 2.3.4) ; « (...) Dass die Gesellschaft illiquid oder gar überschuldet ist, beeinflusst diese Voraussetzungen unmittelbar nicht. (...) » (consid. 2.4.2)).

comptes ne devaient pas être déposés, l'opting-out ne pourrait alors pas être inscrit au registre du commerce. La société devrait dès lors faire inscrire un organe de révision.

Ceci ne devrait pas poser de problème aux « bons élèves » qui respectent le droit comptable. Quant aux potentiels « mauvais élèves », une telle obligation pourrait avoir pour conséquence d'améliorer la compliance en matière d'établissements de leurs comptes. Cette amélioration affecterait également positivement d'autres domaines qui puisent des informations dans la comptabilité commerciale (par exemple le fisc ou les assurances sociales).

Les sociétés qui ne seraient pas en mesure de déposer leurs comptes se trouveraient dans une situation de carence dans l'organisation pour absence d'organe de révision. La procédure relative à la carence pourrait même mener, en dernier lieu, à la dissolution de la société (cf. art. 731b et art. 939 CO).

Malgré ce délai proposé pour la décision d'opting-out, il serait toujours possible d'adopter une telle décision à la constitution. Toutefois, une fois que l'entreprise aurait commencé ses activités, seule une décision pour les exercices suivants serait possible, selon le projet de loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite (cf. ci-haut ch. 3.1).

Variante 1: l'opting-out doit être renouvelé tous les deux ans:

Art. 727a, al. 2, (nouveau) CO

²... La renonciation ne vaut que pour les *deux* exercices qui suivent et son inscription ...

⁴ ~~Lorsque les actionnaires ont renoncé au contrôle restreint, cette renonciation est également valable les années qui suivent.~~ Chaque actionnaire a ~~toutefois~~ le droit ...

Art. 727a Abs. 2 (neu) OR

² ... Der Verzicht gilt *höchstens* für die *zwei nachfolgenden* Geschäftsjahre und muss ... angemeldet werden.

⁴ ~~Haben die Aktionäre auf eine eingeschränkte Revision verzichtet, so gilt dieser Verzicht auch für die nachfolgenden Jahre.~~ Jeder Aktionär hat ~~jedoch~~ das Recht, ...

Les exercices qui suivent seraient les exercices annuels suivant l'exercice en cours, lors duquel la décision de renonciation a été adoptée. Il serait également concevable que le contrôle restreint ne soit limité que pour un seul exercice. Avec la réglementation proposée, une renonciation ne pourrait ainsi être adoptée que pour un maximum de deux exercices annuels.

Exemple concret : Lors de l'assemblée générale en 2021 (au cours de laquelle les comptes annuels de l'exercice 2020 seront portés à l'ordre du jour ; cf. art. 698, al. 2, ch. 4, CO), les actionnaires décident de renoncer au contrôle restreint pour une durée de deux ans à partir de 2022. L'opting-out vaut ainsi pour les exercices 2022 et 2023. Si les actionnaires souhaitent également décider un opting-out pour les années 2024 et 2025, ils doivent prendre cette décision avant la fin de l'exercice 2023, par exemple lors de l'assemblée générale en 2023 (au cours de laquelle les comptes annuels de l'exercice 2022 seront également portés à l'ordre du jour).



Variante 2: l'opting-out doit être renouvelé annuellement

Art. 727a, al. 2, (nouveau) CO

² ... La renonciation ne vaut que pour *l'exercice suivant* et son inscription... .

⁴ ~~Lorsque les actionnaires ont renoncé au contrôle restreint, cette renonciation est également valable les années qui suivent.~~ Chaque actionnaire a ~~toutefois~~ le droit d'exiger un contrôle restreint

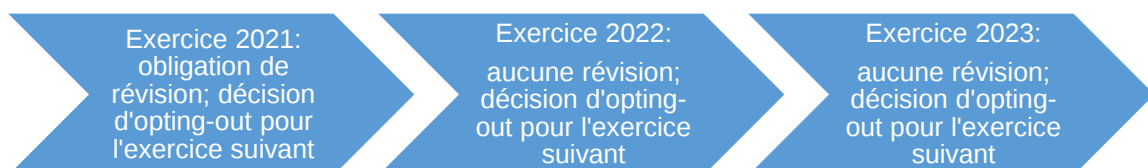
Art. 727a Abs. 2 (neu) OR

² ... Der Verzicht gilt nur für *das nachfolgende Geschäftsjahr* und muss ... angemeldet werden.

⁴ ~~Haben die Aktionäre auf eine eingeschränkte Revision verzichtet, so gilt dieser Verzicht auch für die nachfolgenden Jahre.~~ Jeder Aktionär hat ~~jedoch~~ das Recht, spätestens

L'opting-out ne peut être décidé que pour l'exercice futur. L'exercice suivant serait l'exercice annuel qui suit l'exercice en cours, lors duquel la décision de renonciation a été adoptée. La décision devrait ainsi être renouvelée chaque année, à défaut, une obligation de révision apparaîtrait.

Concrètement, cela a pour conséquence que si pendant l'exercice 2021 (par exemple lors de l'assemblée générale, au cours de laquelle les comptes annuels 2020 seront également portés à l'ordre du jour ; cf. art. 698, al. 2, ch. 4, CO) une décision d'opting-out a été prise, cette décision devra être renouvelée au cours de l'exercice 2022, à défaut l'obligation de réviser reste valable pour l'exercice 2023.



3.3 Le rapport de gestion comme pièce justificative obligatoire pour l'inscription d'une décision d'opting-out

Sur le plan légal, il n'est aujourd'hui pas précisé quelles pièces justificatives doivent être concrètement soumises au registre du commerce pour l'inscription de la décision d'opting-out.

L'Ordonnance sur le registre du commerce prévoit que la déclaration de renonciation doit être accompagnée des copies des documents actuels déterminants, tels que les comptes de pertes et profits, les bilans, les rapports annuels, les déclarations de renonciation des actionnaires et le procès-verbal de l'assemblée générale ; ces documents précités n'étant pas soumis à la publicité du registre du commerce (cf. ch. 2.2).

Les documents relatifs à la situation financière de la société sont exigés par les autorités du registre du commerce afin de pouvoir vérifier les seuils de l'opting-out. Toutefois, l'Ordonnance sur le registre du commerce ne précise pas selon quelle qualité et quels standards les bilans, les comptes de résultats et les comptes annuels doivent être fournis.

Les documents remis avec la déclaration d'opting-out sont souvent incomplets sur le plan formel ou matériel. Comme expliqué sous le point 3.2, l'introduction d'une obligation de renouveler périodiquement la déclaration d'opting-out aurait également pour conséquence que les documents, en particulier les documents actuels relatifs à la situation financière de la société, seraient remis régulièrement à l'office du registre du commerce. Cela aurait également pour effet, pour les sociétés sans obligation de réviser, de mettre en place un certain mécanisme de contrôle qui permettrait ainsi de déterminer à un stade préalable si la société ne remplit pas ou remplit incorrectement ses obligations en matière de tenue de la comptabilité. En outre, les documents remis seraient dans une certaine mesure archivés par l'Etat (art. 166 ORC) et ainsi accessibles pour les autorités de poursuite pénale.

Afin de clarifier, tant pour les sociétés concernées que pour les offices du registre du commerce, quelles exigences sont applicables concernant les documents, il pourrait être précisé déjà au niveau de la loi que la société doit toujours déposer auprès du registre du commerce les comptes annuels du dernier exercice écoulé (composés du bilan, du compte de résultat et de l'annexe selon l'art. 958, al. 2, CO). Cela permettrait ainsi d'atteindre une meilleure compliance concernant les règles comptables et fournirait ainsi aux préposés du registre du commerce une base légale permettant de rejeter les documents qui ne seraient pas conformes aux exigences fixées.

Art. 727a, al. 2^{bis}, (nouveau) CO

^{2bis} L'inscription de la renonciation au registre du commerce doit être accompagnée des comptes annuels du dernier exercice écoulé.

Art. 727a Abs. 2^{bis} (neu) OR

^{2bis} Der Anmeldung des Verzichts im Handelsregister muss die Jahresrechnung des zuletzt abgelaufenen Geschäftsjahres beigelegt werden.

4 Mise en place d'un droit de la révision basé sur les risques

En raison des abus observés en pratique ainsi que de la compliance en matière de tenue de la comptabilité commerciale peu respectée, la Commission pourrait prendre en considération la mise en place d'une approche basée sur les risques. En effet, les critères généraux fixés dans les dispositions actuelles apparaissent comme insuffisants. A cet égard, il conviendrait d'identifier des paramètres (de risque) pour les entreprises en difficultés ou qui auraient recours à des actes abusifs, en vue de les intégrer dans le texte légal.

4.1 Mesures qui pourraient être mises en œuvre sans un examen approfondi

Ce sous-chapitre présente des potentielles mesures basées sur les risques, pouvant être mises en œuvre sans grandes difficultés. Pour ces mesures, des propositions concrètes d'adaptation des dispositions pertinentes sont directement formulées.

4.1.1 Obligation de révision pendant les deux premiers exercices

Aujourd'hui, la majorité des entreprises décident dès leur constitution de recourir à l'opting-out (cf. ci-haut ch. 2.2). Statistiquement parlant, il existe un risque important que les entreprises fassent faillite au cours de leurs cinq premiers exercices financiers⁵². Cela est probablement lié au fait que ces entreprises acquièrent de l'expérience au fil du temps et développent également des structures plus stables dans les domaines de la finance et de la comptabilité. En outre, le fait qu'ils aient passé la phase de start-up démontre que le modèle d'entreprise choisi tend à être prometteur. C'est pourquoi, une approche fondée sur les risques serait envisageable, en supprimant la possibilité de procéder à un opting-out lors de la constitution et de n'autoriser l'opting-out qu'à partir du troisième exercice⁵³.

Cette solution aurait pour avantage de garantir une bonne conformité aux prescriptions en matière de comptabilité commerciale pour les deux premières années d'existence de la société car cette dernière serait dans l'obligation de présenter ses comptes à son organe de révision. Partant, cette mesure devrait en principe avoir pour effet de garantir pour les entreprises un bon niveau de tenue des comptes pour les années suivantes également. En tant qu'effet secondaire positif, il convient d'ajouter que l'entreprise pourrait pendant cette période apprendre à connaître l'organe de révision et également à l'apprécier.

Il conviendrait toutefois d'être attentif au fait que des coûts de révision apparaîtraient lors des deux premiers exercices, coûts qui pour une révision restreinte sont estimés annuellement entre CHF 2'000 et CHF 3'000⁵⁴.

Art. 727a, al. 2, (nouveau) CO

² Moyennant le consentement de l'ensemble des actionnaires, la société peut *après l'écoulement des deux premiers exercices* suivant sa constitution renoncer au contrôle restreint lorsque ...

Art. 727a Abs. 2 (neu) OR

² Mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre kann *nach Abschluss der ersten zwei Geschäftsjahren* seit der Gründung auf die eingeschränkte Revision verzichtet werden, wenn ...

Le point de départ du délai de deux ans est la constitution de la société, soit son inscription au registre du commerce, ladite inscription étant constitutive (cf. art. 643, al. 1, et 779, al. 1, CO). Sont visées par cette réglementation toutes les nouvelles constitutions.

Les transferts de siège (cf. art. 132 ss ORC), les transformations (cf. art. 136 s ORC), la plupart des cas de fusions et de scissions (cf. art. 130 ss ORC) ne donnent pas lieu à de nouvelles constitutions et partant de telles situations n'entraîneraient pas une obligation de procéder au contrôle restreint pendant les deux premiers exercices suivant leur réalisation.

⁵² Voir les chiffres de l'Office fédéral de la statistique sur le taux de survie des nouvelles entreprises, actualisé la dernière fois le 7 décembre 2020 : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/entreprises-emplois/demographie-entreprises/taux-de-survie.html> (consulté le 15.02.2021), voir aussi Lorandi, note de bas de page 9, p. 1397 s. ; Bergmann, Heiko/Schreiner, Michael, *Auswirkungen eines Opting-out. Studie auf Basis von Bonitätsdaten des Schweizerischen Verbandes Creditreform. Forschungsbericht KMU-HSG, Universität St. Gallen, mai 2020*, p. 8 s ; Dembinski, Paul H./Bologna, Claudio, *Critères économiques pour le déclenchement des procédures d'insolvabilité. In Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, 2009*, p. 98 et 103.

⁵³ Voir à ce sujet également Lorandi, NB 9, p. 1417.

⁵⁴ [Bergmann, Andreas/Fuchs, Sandro/Rauskala, Iris/Fuhrmann, Sandra, Regulierungskostenanalyse des Rechnungslegungs- und Revisions\(aufsichts\)rechts, Schlussbericht der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften \(ZHAW\), août 2013, p. 25; Meyer Beatrice/Vögele Olivier, Eingeschränkte Revision – Prüfung von Massnahmen zur Senkung der Regulierungskosten der eingeschränkten Revision, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften \(ZHAW\), janvier 2020, p. 101](#)

Néanmoins, dans certains cas, les fusions et scissions peuvent conduire à la création d'une nouvelle entité juridique (la fusion par combinaison, cf. art. 3, al. 1, let. b, et 10 LFus ; la scission par division ou séparation avec nouvelle constitution, cf. art. 29 et 34 LFus). Dans ces cas, la réglementation proposée serait applicable et il y aurait une obligation de révision pendant les deux premiers exercices de l'entité juridique nouvellement constituée.

Serait également envisageable une mesure réduite, selon laquelle la tenue de la comptabilité serait réalisée par un spécialiste externe lors des premières années, lorsqu'un tel spécialiste n'existerait pas à l'interne de l'entreprise (cf. ch. 4.2.3). Toutefois, des coûts supplémentaires seraient engendrés même avec une mesure réduite.

4.1.2 Durcissement des seuils de l'opting-out

Le critère du nombre d'employé est un critère déterminant notamment en matière d'assurances sociales. Le risque économique de lacunes en matière de cotisations sociales est plus important en présence d'une société avec dix employés qu'avec une société de cinq employés. Le coût des cotisations non payées peut ainsi représenter un montant très important en présence de dix emplois à plein temps. Une mesure qui serait dès lors envisageable consisterait à réduire le seuil du nombre d'emplois à plein temps.

Cette baisse aurait également pour effet de réduire la probabilité d'insolvabilité (majeure) et le montant des défauts de paiements qui y sont liés. Cela est d'autant plus vrai qu'une grande partie des faillites sont imputables à de jeunes microentreprises de moins de 10 employés⁵⁵.

L'inconvénient serait que, sous le système actuel, il n'y aurait pas de contrôle pour déterminer si le critère des cinq emplois à plein temps est rempli de manière permanente. La mesure devrait être combinée avec une autre mesure (comme par exemple avec le renouvellement périodique de la décision d'opting-out et/ou avec la comparaison des données du registre du commerce relatives à l'opting-out avec celles d'autres autorités).

Cette mesure va à l'encontre de la mesure principale proposée par l'étude ZHAW 2020 qui est d'augmenter le seuil à cinquante emplois à plein temps⁵⁶. La proposition d'augmentation du seuil ne faisait, toutefois, de loin pas l'unanimité dans le cadre de ladite étude et les conséquences économiques n'ont pas été analysées. L'évaluation de la situation actuelle est donc lacunaire. La proposition de l'étude d'augmenter le seuil à cinquante emplois à plein temps s'inscrit ainsi comme une mesure contradictoire avec les objectifs poursuivis par le projet de Loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite. Au contraire, la réduction du seuil permettrait de soumettre au contrôle restreint les (petites) sociétés qui présentent des difficultés en matière de compliance dans la tenue de la comptabilité commerciale, tout en permettant d'exclure de cette réglementation renforcée les microentreprises de moins de cinq emplois à plein temps.

Art. 727a, al. 2, (nouveau) CO

² ... lorsque son effectif ne dépasse pas *cinq* emplois à plein temps en moyenne annuelle. ...

Art. 727a Abs. 2 (neu) OR

² ... , wenn die Gesellschaft nicht mehr als *fünf* Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat. ...

⁵⁵ Lorandi, NB 9, p. 1398.

⁵⁶ Voir ci-dessus ch. 2.3.6.

4.2 Mesures basées sur les risques, nécessitant un examen détaillé

Ce chapitre contient des propositions pour la mise en place d'un droit de la révision basé sur les risques et dont la mise en œuvre nécessiterait un examen détaillé. Des mesures envisageables seront ainsi présentées dans la suite de ce rapport. En outre, les premières réflexions sur les difficultés de mises en œuvre seront expliquées, ce qui indique la nécessité d'apporter des clarifications plus détaillées.

4.2.1 Obligation de contrôle restreint et/ou du système d'opting-out lié à des critères de risques spécifiques

Le seul critère du nombre d'emploi à plein temps pour l'admissibilité de l'opting-out s'avère être indifférencié. En lieu et place ou alors en complément, les dispositions relatives au contrôle restreint pourraient être fondées sur des critères de risque spécifiques. Certains critères seraient mieux à même de cerner le cercle de sociétés pour lequel l'expérience a démontré qu'un contrôle restreint serait nécessaire afin de prévenir les faillites abusives. Les mesures à prendre doivent cibler les entreprises les plus faibles⁵⁷. Toutefois, de tels critères de risque nécessiteraient un examen approfondi, car un grand nombre de notions à utiliser devrait être défini et le cercle de personnes visées devrait être déterminé.

La liste qui suit de critères possibles n'a pas la vocation d'être exhaustive. Au contraire, d'autres critères pourraient surgir au cours d'un examen approfondi visant à identifier des risques spécifiques. Pour la discussion relative à des potentiels critères de risque, une consultation des représentantes et représentants des parties intéressées semble appropriée.

Ont été identifiés, en particulier, les critères de risque potentiel suivants, pour lesquels une révision restreinte pourrait être jugée comme appropriée :

Critère 1: Antécédents du conseil d'administration et des autres parties prenantes comme, par exemple, les gérantes et gérants, les actionnaires importants

Avec ce critère, seraient visées spécifiquement les personnes impliquées dans l'administration et la gestion d'une société et qui ont précédemment été actifs dans des sociétés ayant vécu des difficultés allant jusqu'à la faillite. Ces personnes peuvent, à l'aune du droit actuel, créer simplement de nouvelles entreprises et ainsi répéter de potentiels agissements abusifs. Les conséquences de ces actes touchent toutefois lourdement les créancières et créanciers de droit privé et public. Avec la présente approche, un accompagnement pourrait être fourni par le biais d'un contrôle restreint. Cela permettrait de responsabiliser davantage les dirigeants de société qui devraient ainsi collaborer avec un organe externe et ainsi agir de manière transparente.

Critère 2: Carences dans l'organisation (par exemple, absence de domicile)

En présence d'un cas de carence, le tribunal saisi peut, conformément au droit actuel, prendre des mesures pour y remédier. Dans ce cadre, il peut notamment prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite. Cependant, il s'agit dans ce cas d'une ultima ratio.

Une carence dans l'organisation, comme l'absence de domicile, peut être le signe d'une éventuelle situation abusive. Les dysfonctionnements existants seraient aggravés au détriment des créancières et créanciers, lorsqu'il est également possible de se passer de l'organe de révision. Pour ce motif, il pourrait être envisagé, qu'en cas de carence dans l'organisation,

⁵⁷ Lorandi, NB 9, p. 1399.

une révision restreinte soit toujours effectuée, ce qui permettrait à la réviseuse ou au réviseur de mettre éventuellement le doigt sur de potentiels abus.

Critère 3: Obtention de subventions

Une entité juridique qui perçoit des subventions bénéficie d'un soutien financier, issu des deniers publics, plus ou moins important. Le contrôle sur l'utilisation de ces subventions peut être inexistant en l'absence d'une révision. L'éventuelle vérification par l'autorité publique qui aurait octroyé cette aide peut-être particulièrement difficile lorsque ladite entité fait défaut à ses obligations en matière comptable. Il existe ainsi un risque quant à l'utilisation de ces aides par des entités soumises à aucun contrôle. Prévoir une obligation de contrôle restreint permettrait d'assurer la tenue d'une comptabilité conforme et de pouvoir ainsi expliquer l'utilisation des subventions perçues.

Critère 4: Déficit documenté par les autorités (par exemple dans le cadre d'un contrôle fiscal ou dans le cadre du règlement des cotisations sociales)

Dans le cadre de la collaboration entre les autorités, il est concevable qu'une autorité fiscale ou les assurances sociales constatent qu'une société ne remplit pas ses obligations fiscales ou sociales et que la société en question n'est en réalité pas en mesure de remplir ses obligations. Les autorités fiscales et de sécurité sociale sont souvent les seules à examiner les comptes annuels ainsi que les comptes consolidés et à identifier les éventuelles lacunes. La détection d'une telle situation peut ainsi représenter un signal que des difficultés financières importantes pourraient survenir, voire qu'elles sont déjà existantes. Afin de rétablir la compliance en matière de comptabilité et pouvoir éventuellement permettre la prise de mesures d'assainissement avant une potentielle faillite, une obligation de révision pourrait être imposée aux entités concernées, par l'exercice d'un droit de veto de ces autorités.

Critère 5: Non-réalisation de certains chiffres clés

Un critère consistant dans la réalisation de certains chiffres clés, comme par exemple un certain ratio de fonds propres ou de liquidités, serait également une question à étudier⁵⁸. Ceux qui sont ainsi financièrement bons devraient pouvoir se passer d'une révision. Il pourrait également être prévu que l'opting-out ne soit autorisé que tant qu'il n'y a pas de perte de capital (éventuellement qualifiée) et qu'aucune perte n'est enregistrée⁵⁹.

Mise en œuvre

En ce qui concerne la mise en œuvre d'une telle approche basée sur les risques, il convient de noter ce qui suit : le champ d'application de l'opting-out serait limité. Toutefois, si le critère du nombre d'emploi à plein temps devait être abandonné, la conséquence serait également d'étendre le champ d'application de l'opting-out aux sociétés qui ne répondraient à aucun des critères de risques définis.

Cette solution aurait pour effet de viser directement les sociétés qui présentent un risque important de faillite ou d'abus et permettrait dès lors d'assurer au minimum une tenue des comptes conformes et un contrôle par un organe de révision. Par ailleurs, la tendance actuelle de l'opting-out devenu le choix par défaut pourrait être amoindrie et l'objectif même d'un système avec deux types de contrôle (ordinaire et restreint) pourrait être plus efficacement atteint dans la pratique.

⁵⁸ Proposition d'Expertsuisse lors des auditions de la CAJ-E du 10 août 2020.

⁵⁹ Lorandi, NB 9, p. 1417.

Certains critères visent les personnes impliquées dans la société et la question se pose de savoir où est la limite. Pour le critère des antécédents, convient-il également de retenir des personnes comme les administrateurs ou les actionnaires ? Dans ce cadre, il convient de noter en particulier que la redéfinition du rôle des actionnaires affecterait la structure de base de la société anonyme. Qu'en est-il des membres de la direction, des gestionnaires financiers et des comptables ? Les relations indirectes comme les fiduciaires et les hommes de paille devraient également être prises en compte afin d'éviter toute possibilité de contournement. La mise en œuvre technique au niveau du registre du commerce ne serait pas non plus anodine (liste avec des noms « bloqués » ?).

La prise en compte de l'historique de personnes impliquées nécessiterait également de délimiter le cadre temporel, à savoir quelles faillites ou autres situations similaires doivent être prises en compte dans le temps. Il ne faut pas non plus oublier que de bonnes idées commerciales peuvent également être développées par des « mauvais » hommes d'affaires. Le risque serait que les bons innovateurs soient inutilement empêchés de prendre pied dans la vie entrepreneuriale.

En outre, le critère relatif aux subventions devrait être détaillé afin de fixer des éventuels seuils quant au montant des subventions et au moment de leur octroi.

En ce qui concerne le critère des déficits identifiés par les autorités, « l'opting-in » devrait probablement prendre la forme d'une décision. Il faudra alors potentiellement du temps (trop de temps) pour que cette décision prenne effet juridiquement afin d'obtenir un effet rapide.

En ce qui concerne le critère de la réalisation de chiffres clés, il faudrait répondre à la question de savoir qui doit contrôler le respect de ces chiffres : tout au plus, l'organe de révision serait encore en fonction lorsque les chiffres sont atteints pour la première fois, mais plus par la suite. En d'autres termes, il est également considéré que les chiffres seraient atteints de manière permanente ; ce serait ainsi la continuation d'une faiblesse déjà existante. Les chiffres clés seraient également manipulables et pourraient être complètement inversés par une seule transaction importante.

Enfin, l'impact de ces critères devrait être analysé et il conviendrait de déterminer si ces critères entraîneraient des conséquences non voulues, comme porter préjudice aux personnes visées. Il serait également nécessaire de déterminer comment l'application et le respect des critères pourraient être assurés.

4.2.2 Autres valeurs seuils pour l'opting-out

Une autre faiblesse du système actuel consiste dans le fait que les entreprises qui n'ont pas ou très peu d'employés (c'est-à-dire jusqu'à 10 emplois à plein temps), peuvent renoncer à la révision jusqu'à ce que les deux seuils de 20 millions de francs de total du bilan et 40 millions de francs de chiffre d'affaires soient dépassés. En d'autres termes, les modèles commerciaux qui œuvrent avec peu de main-d'œuvre sont indûment favorisés.

Il pourrait être envisagé d'examiner et de définir ainsi deux nouvelles valeurs seuils complémentaires et prévoir que l'opting-out ne serait possible que si au moins deux des valeurs seuils sont atteintes. Dès que deux des valeurs seuils seraient dépassées (le cas échéant au cours de deux dernières années consécutives) (par exemple, 1 million de francs de total du bilan, 2 millions de francs de chiffre d'affaires et 5 emplois à plein temps en moyenne annuelle), un contrôle restreint serait nécessaire.

Cette mesure devrait à son tour être combinée avec celle du renouvellement périodique de la décision d'opting-out (cf. explications au point 3.2). ou avec un autre mécanisme de sauvegarde

4.2.3 Préparation des comptes annuels par un professionnel qualifié

La tenue d'une comptabilité commerciale conforme requiert des connaissances et compétences spécifiques. Les PME peuvent avoir des lacunes dans ce domaine, faute de personnel compétent ou de temps à disposition pour ces tâches. En particulier auprès des microentreprises de moins de 10 employés, les dirigeants manquent souvent de compréhension et de conscience quant à l'importance des chiffres financiers et donc de la comptabilité⁶⁰. Cependant, en présence de jeunes et microentreprises, il y a un manque de comptabilité fiable et à jour et ainsi un déficit quant aux bases numériques permettant de déterminer la solvabilité et la rentabilité, et en cas d'insolvabilité, la perte de capital ou la menace d'un surendettement⁶¹.

Pour assurer une meilleure compliance, un accompagnement régulier en lieu et place d'un contrôle restreint ou comme alternative pourrait être opportun. Il a été constaté que la qualité de la tenue de la comptabilité et la question pertinente de savoir si les entreprises ont besoin d'une aide externe dans ce cadre sont d'une importance majeure⁶². En particulier en cas de crise, les responsables de la gestion de l'entreprise doivent pouvoir disposer rapidement de chiffres actualisés et fiables afin de pouvoir prendre rapidement des mesures et, si nécessaire, faire appel à des experts externes spécialisés⁶³.

Il s'agirait ainsi de prévoir une collaboration étroite dans le cadre de la tenue de la comptabilité commerciale entre un professionnel qualifié et les représentantes et représentants de la société. Une réviseuse agréée respectivement un réviseur agréé ou une personne disposant d'une certification ou d'un diplôme en matière comptable⁶⁴ pourrait ainsi assurer un suivi de la société, ce qui pourrait conduire à une amélioration de la qualité de la tenue des comptes de la société. Dans cet ordre d'idées, le système nommé « Compilation »⁶⁵ est pratiqué à l'international.

L'avantage de cet accompagnement serait essentiellement la prise en compte des particularités de chaque entité juridique et ainsi un conseil adapté à chaque cas. Toutefois, cet accompagnement professionnel ne pourrait être assimilé à une révision des comptes annuels. L'expert ne devrait pas non plus être nécessairement indépendant. L'autorisation ou même la surveillance de cette personne pourrait également être considérée comme excessive.

4.2.4 Opting-out uniquement avec une publication ou un dépôt des comptes annuels

La législation communautaire européenne prévoit le dépôt des états financiers annuels pour les sociétés ainsi que des obligations de publication pour certaines entités spécifiques

⁶⁰ Lorandi, NB 9, p. 1406.

⁶¹ Lorandi, NB 9, p. 1406; voir également Rüetschi David, die direkte Sanierung - Neue Möglichkeiten im SchKG und laufende Revision des OR, in: Dolge Annette (Hrsg.), SchKG und ZPO - Neuerungen, Erfahrungen und Aussichten im schweizerischen und internationalen Vollstreckungsrecht, Zürich 2014, p. 14 s.

⁶² Lorandi, NB 9, p. 1406 avec renvoi à [Bergmann, Andreas/Fuchs, Sandro/Rauskala, Iris/Fuhrmann, Sandra, Regulierungskostenanalyse des Rechnungslegungs- und Revisions\(aufsichts\)rechts, Schlussbericht der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften \(ZHAW\), août 2013](#), p. 5, 34.

⁶³ Lorandi, NB 9, p. 1406, 1417.

⁶⁴ Par exemple, les personnes qui selon l'art. 4 al. 2 de la Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (Loi sur la surveillance de la révision, LSR), RS 221.302 ont effectué une des formations mentionnées, mais qui ne sont pas titulaires d'un agrément.

⁶⁵ <https://www.accountingcoach.com/blog/what-is-a-compilation> (consulté le 15.02.2021).

comme les sociétés cotées⁶⁶. En droit suisse, l'obligation de publier et la consultation des comptes annuels (et des comptes consolidés) ne s'appliquent actuellement qu'aux sociétés qui sont débitrice d'un emprunt par obligations ou qui ont des titres de participation cotés en bourse (art. 958e, al. 1, CO). Les autres sociétés ne sont tenues de permettre la consultation du rapport de gestion et des rapports de révision aux créancières et créanciers que si ceux-ci peuvent faire valoir un intérêt digne de protection. En cas de litige à ce sujet, c'est un juge qui tranche (art. 958e, al. 2, CO).

Afin de permettre aux créancières et créanciers ou à un potentiel ou une potentielle partenaire commercial qui souhaiterait conclure un contrat avec une société d'obtenir plus facilement une image des performances économiques et de la situation financière de la société sur la base des comptes annuels, sans avoir à engager une procédure judiciaire⁶⁷, une mesure possible serait de rendre le dépôt des états financiers au registre du commerce obligatoire. Le défaut dans la tenue de la comptabilité pourrait ainsi être détecté à un stade précoce⁶⁸. Le fait que les responsables seraient exposés aux demandes potentielles des créancières et créanciers et des partenaires commerciaux devrait les encourager à réagir plus rapidement (et éventuellement de manière plus décisive) aux évolutions négatives. L'obligation de publication devrait avoir un effet préventif considérable⁶⁹.

Ce dépôt peut toutefois se concrétiser par différentes méthodes. Un de ces modèles serait le modèle anglais qui se concrétise par un dépôt des comptes annuels et de l'éventuel rapport de révision auprès du registre du commerce, qui publie ensuite ces documents sur internet et les rend accessible gratuitement⁷⁰. Un autre choix serait le modèle allemand dans le cadre duquel c'est la société qui publie sur le portail de l'organe de publication officiel ses comptes annuels et l'éventuel rapport de révision⁷¹ ou les rend accessibles à toute personne qui en ferait la demande dans un certain délai (possibilité déjà offerte aux créancières et créanciers à l'heure actuelle à l'art. 958e, al. 2, CO). Les comptes annuels et le rapport de révision sont également déposés auprès du registre du commerce mais seul un droit de consultation est prévu pour les tiers, sur demande.

Par la publication des comptes auprès du registre du commerce, les entreprises devraient ainsi divulguer de nombreuses informations les concernant. Bien que la divulgation involontaire de secrets d'affaires soit peu probable (par ex., sous la forme d'un rapport sectoriel en annexe aux comptes selon les Swiss GAAP RPC et les IFRS), cet argument devrait néanmoins avoir un poids politique. Deuxièmement, par la seule publication des comptes, une amélioration de la qualité des chiffres financiers n'aurait pas encore lieu : bien que les créanciers qui connaissent le bilan devraient désormais pouvoir éviter certaines relations d'affaires, il existerait encore des entreprises dont les comptes seraient insuffisants et qui risqueraient encore de créer de potentiels dommages. La transparence présupposerait que les bénéficiaires potentiels puissent utiliser les nouvelles informations. Ce ne serait pas toujours le cas en raison d'un manque d'expertise, en particulier dans le secteur des PME.

⁶⁶ [Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil.](#)

⁶⁷ Voir également Lorandi, NB 9, p. 1404.

⁶⁸ Message concernant la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite du 26 juin 2019, FF 2019 4994 s.

⁶⁹ Lorandi, NB 9, p. 1416.

⁷⁰ [Companies Act 2006](#), art. 441 ss.

⁷¹ [Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1987, Art. 325 ss.](#)

4.2.5 Vérification des valeurs seuils par comparaison des données du registre du commerce avec celles d'autres autorités

Une comparaison périodique des entreprises inscrites au registre du commerce, ayant recours à un opting-out, avec les données détenues par d'autres registres ou services, pourrait aider dans la vérification du respect du seuil de l'opting-out.

Ainsi, le Registre des entreprises et des établissements (REE)⁷², tenu par l'Office fédéral de la statistique, contient, entre autres, des informations sur le nombre de personnes occupées d'après le sexe et le degré d'occupation (cf. art. 3, al. 2, let. d, de l'Ordonnance du 30 juin 1993 sur le Registre des entreprises et des établissements (OREE)⁷³⁷⁴), qui selon l'art. 10, al. 2, OREE peuvent être fournies sous la forme de classes de grandeur, à des fins non-statistiques. Les données du REE sur le nombre de personnes occupées proviennent de différentes sources. Des données sont, notamment, directement transmises par les caisses de compensation. La base de donnée est reliée à des sources administratives et statistiques et est constamment mise à jour.

Toutefois, la manière dont une telle comparaison pourrait être mise en œuvre en pratique nécessiterait encore un examen approfondi des aspects techniques et juridiques. Il conviendrait également de tenir compte du fait que, par exemple, les données sur les emplois à plein temps contenues dans le REE datent de deux ans (J-2). Toutefois, des travaux sont actuellement en cours afin de réduire ce décalage temporaire⁷⁵.

4.3 Suppression de l'opting-out

Par souci d'exhaustivité, la solution radicale consistant à abolir complètement l'opting-out est également traitée.

Ceci est principalement basé sur la considération que la révision est en fin de compte un pendant de la responsabilité limitée des sociétés et que le privilège d'une limitation de responsabilité pourrait également être compensé par certains coûts (avant tout les honoraires de révision mais aussi les dépenses internes de la société ; cf. voir explications sous ch. 2). Il a été constaté que, particulièrement dans le cas des PME, le réviseur est (souvent le seul) qui représente la « conscience financière » de l'entreprise en matière de comptabilité et de technique financière⁷⁶.

Toutefois, compte tenu de la grande popularité de l'opting-out (cf. commentaires au ch. 2.2), cette mesure pourrait ne pas obtenir un soutien majoritaire.

Art. 727a, al. 2 – 5, CO

² *Biffer.*

⁷² Le REE contient des données relatives à toutes les entreprises et tous les établissements de droit privé et public établis et générant une activité économique sur le territoire suisse.

⁷³ RS 431.903

⁷⁴ La REE contient, en outre, les informations suivantes (cf. art. 3, al. 2 et 3, OREE): le nom et l'adresse de l'entreprise ou de l'établissement, le numéro de commune, l'IDE, le numéro REE, le code activité économique (NOGA), la forme juridique, la date d'enregistrement et de radiation au registre du commerce, la date de l'annonce de l'ouverture ou de la fermeture de l'entreprise ou de l'établissement, le capital social pour les sociétés anonymes, le chiffre d'affaires, pour les entreprises agricoles: le nombre d'unités gros bétail, des données sur l'utilisation du sol, l'activité et l'âge du chef d'exploitation, pour les entreprises forestières publiques: la surface boisée.

⁷⁵ Cf. le projet Swissdec : <https://www.swissdec.ch/fr/>, qui devrait contribuer à garantir que le REE reçoive des données mensuelles actualisées directement des entreprises, notamment en ce qui concerne le nombre d'emplois à plein temps.

⁷⁶ Lorandi, NB 9, p. 1417.

³ *Biffer.*

⁴ *Biffer.*

⁵ *Biffer.*

Art. 727a Abs. 2 - 5 OR

² *Streichen.*

³ *Streichen.*

⁴ *Streichen.*

⁵ *Streichen.*

5 Conclusion

Comme le souligne le rapport, diverses mesures seraient envisageables afin de développer davantage le système d'opting-out existant.

En limitant la durée de l'opting-out dans le passé et dans le présent, en introduisant une obligation de renouveler périodiquement la décision d'opting-out et en prévoyant le dépôt des comptes annuels comme pièce justificative lors de l'inscription de l'opting-out, une meilleure conformité au droit comptable pourrait être obtenue. Cela devrait également avoir des effets positifs dans la lutte contre les faillites abusives. Ces mesures pourraient être rapidement mises en œuvre et appliquées.

La définition de critères fondés sur les risques concernant l'admissibilité d'un opting-out permettrait de traiter les risques d'abus et d'insolvabilité constatés statistiquement. Une obligation de révision pour les deux premiers exercices pourrait contribuer à réduire le nombre de faillites. Le durcissement des seuils pour l'opting-out pourrait ainsi conduire à ce que plus de contrôles restreints soient effectués, ce qui, comme constaté au niveau des statistiques, serait bénéfique pour les risques d'insolvabilité et le nombre de faillites. Ces deux mesures pourraient également être introduites, en principe sans nécessiter un examen très approfondi.

Outre les mesures mentionnées ci-dessus, il serait également possible de revoir complètement le système de l'opting-out existant et de n'autoriser un opting-out que lorsqu'aucun des critères de risque définis légalement n'est rempli. Cependant, la définition des critères de risque s'avère délicate. La liberté économique ne doit pas être limitée. Il convient de prendre garde à ne pas léser le mauvais cercle de personnes et de sociétés. La possibilité de demander une mise en faillite doit continuer à exister. Un examen approfondi serait ainsi nécessaire pour définir au mieux les critères. Cela nécessiterait également un échange avec les parties concernées ou leurs représentantes et représentants. L'introduction d'autres valeurs seuils pour l'opting-out, l'élaboration des comptes annuels par un professionnel qualifié, la publication ou le dépôt des comptes annuels en tant que critère pour l'opting-out ainsi que la comparaison des données du registre du commerce avec celles d'autres autorités devraient également être analysés de manière plus détaillée. En tant que mesure radicale, une suppression totale de l'opting-out pourrait également être envisagée.