

Rapport et avant-projet

concernant la révision des dispositions sur la

comptabilité commerciale

dans le code des obligations

Table des matières

1	Introduction	4
2	Observations générales concernant les prescriptions sur la comptabilité commerciale	6
21	<i>Conditions-cadre techniques</i>	6
211	Etat de la technique en 1975	6
212	Etat de la technique en 1997	6
213	Evolution future	8
22	<i>Motifs de la révision</i>	8
23	<i>Buts de la révision</i>	10
24	<i>Méthode de travail</i>	12
3	Révision du CO proposée	13
31	<i>Objet et portée</i>	13
32	<i>Dispositions révisées</i>	13
321	Article 957, alinéa 2 (nouveau)	13
322	Article 961	14
323	Article 962	16
324	Article 963	23
325	Article 964	24
4	Questions non reprises dans la révision	24
41	<i>Aucune mention de technologies spécifiques</i>	24
42	<i>Aucune réduction du délai de conservation</i>	25
43	<i>droit de la conservation incomplet et non exhaustif</i>	26
	Avant-projet	27

1 Introduction

Depuis la révision des articles 962 et 963 du code des obligations, adoptée le 19 décembre 1975, les personnes astreintes à tenir une comptabilité peuvent recourir aux nouveaux moyens technologiques pour conserver leurs livres, leur correspondance et leurs pièces comptables.

Toutefois, cette révision a introduit trois distinctions qui limitent sensiblement l'application des technologies relatives au traitement, à la communication et à l'enregistrement de données actuellement sur le marché. Ces distinctions sont les suivantes:

- *Distinction entre “tenue” et “conservation” des livres*

Selon la conception du législateur de 1975, la tenue des livres au sens propre prend fin avec l'année civile (art. 957 ss CO) et l'obligation de les conserver (le cas échéant, après enregistrement ou transfert sur un autre support d'information) commence à ce même moment. Depuis l'introduction de la comptabilité dite informatisée, cette distinction ne correspond plus à la réalité, car la tenue des livres présuppose toujours (un enregistrement et) une conservation des données concernées. Ainsi, la distinction artificielle entre “tenue” et “conservation” des livres n'a plus de sens lorsque les livres sont tenus à l'aide d'un traitement électronique des données. Le législateur doit dès lors reconnaître expressément la tenue électronique des livres.

- *Distinction entre “original” et “enregistrement”*

Dans les années 70, tant le papier était le support presque unique de correspondance et pièces comptables. Les informations incorporée à ce support physique, lisibles sans l'aide d'instruments, avaient le caractère d'originaux. Dans une phase ultérieure, pour des raisons de rationalisation (accès plus rapide, degré d'organisation plus élevé, besoin d'espace réduit), elles ont été transférées ou enregistrées sur des supports d'informations modernes (supports de données ou d'images). La conception traditionnelle des termes “original” et “enregistrement” pose alors des problèmes d'interprétation en ce qui concerne la correspondance commerciale électronique, qui naît sur un support données, les pièces comptables établies électroniquement et les livres tenus électroniquement.

- *Distinction entre “support de données” et “support d'images”*

En droit actuel, les supports de données et d'images ne peuvent pas être employés de la même manière pour toutes les informations qui doivent être conser-

vées. Ainsi, le microfilm (comme support d'images) peut être utilisé pour conserver tous les livres, à l'exception du compte d'exploitation et du bilan, alors que les supports de données lisibles machinalement ne peuvent servir qu'à la conservation de la correspondance commerciale et des pièces comptables. S'agissant des "autres livres", l'enregistrement et la conservation sur un support de données ne satisfait pas aux conditions légales. Suite au développement technologique, la distinction entre support de données et support d'images n'est toutefois plus aussi claire qu'elle ne l'était en 1975 encore. Les supports d'information modernes comme WORM (Write Once Read Many – une technologie d'enregistrement dans laquelle le support peut faire l'objet d'une seule écriture et ne peut être modifié par la suite), CD-ROM (Compact Disk-Read Only Memory – un support semblable aux disques CD qui peut être lu mais ne peut faire l'objet d'aucune écriture de la part de l'utilisateur) ou les disques laser (support sur lequel les informations ne sont pas enregistrées de manière électromagnétique, mais de manière optique au moyen d'un rayon laser qui permet aussi leur lecture) sont en principe également utilisables pour l'enregistrement d'images par représentation numérisée. Si, de ce fait, on considère que ces moyens sont des supports d'images, ils seront, selon les informations qu'ils contiennent, tantôt des supports d'images, tantôt des supports de données. Mais, cette qualification a des conséquences importantes, car le droit actuel fait une distinction quant à l'admissibilité de ces supports pour l'enregistrement et la conservation des documents écrits d'une entreprise.

A une époque où les rapports économiques internationaux augmentent et la concurrence internationale s'endurcit, les conditions-cadre juridiques jouent un rôle de plus en plus important. Ces conditions peuvent notamment être améliorées en permettant d'accomplir les obligations légales de conservation et de documentation au moyen des technologies nouvelles et en renonçant aux distinctions légales dépassées. Cela servira à l'économie suisse et augmentera ses chances dans les rapports internationaux, sans qu'il en résulte pour autant une diminution de la qualité des enregistrements (en particulier par rapport à leur intégrité, sécurité, précision, possibilité de révision etc.) ou d'autres désavantages.

Les informations dont la conservation n'est pas obligatoire au sens des articles 962/963 CO (et des prescriptions édictées sur la base de ces articles) ou qui sont traitées dans des entreprises que le CO ne soumet pas à l'obligation de tenir une comptabilité, les nouvelles technologies sont aujourd'hui déjà largement utilisées, par exemple pour assurer la documentation interne ou satisfaire aux obligations de

documentation prévues par des lois spéciales (notamment en matière de documentation concernant les médicaments ou de garantie de qualité).

Les dispositions du droit commercial relatives à l'obligation de conserver les livres s'appliquent également aux personnes qui doivent conserver les livres en vertu du droit fiscal. En sont la preuve les *Directives applicables en matière fiscale pour la tenue régulière de la comptabilité et relatives à l'enregistrement ainsi qu'à la conservation de documents commerciaux sur des supports de données ou d'images* (par la suite: Directives 1979), publiées en 1979 par la Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat en collaboration avec l'Administration fédérale des contributions (AFC) et l'Office fédéral de la justice (OFJ). Une modification des dispositions du code des obligations aura dès lors un effet parallèle sur les conditions que la comptabilité doit remplir pour être conforme aux règles selon le droit fiscal.

Finalement, compte tenu de l'effet-ricochet du droit privé sur le droit administratif, l'administration publique, qui n'est pas soumise aux obligations de droit commercial prévues au Titre trente-deuxième du CO, liquidera sa correspondance et tiendra sa comptabilité en utilisant des moyens modernes et performants et pourra ainsi profiter de la synergie qui en résulte.

2 Observations générales concernant les prescriptions sur la comptabilité commerciale

21 Conditions-cadre techniques

211 Etat de la technique en 1975

Lors de la révision de 1975, l'enregistrement d'informations destinées à la conservation sur support de données se faisait presque uniquement en utilisant des *cartes perforées* ou des *bandes magnétiques embobinées*. Ces supports se caractérisaient par une durée de conservation limitée (bandes magnétiques: 10 ans au plus), un accès lent et des frais relativement élevés par rapport à la densité de données. Il est vrai que les disques magnétiques déjà existant permettaient un accès rapide aux données; toutefois, leur coût très élevé en limitait l'utilisation à l'enregistrement, temporaire et de courte durée, des données nécessaires pour le traitement en cours.

212 Etat de la technique en 1997

Depuis lors, la technique s'est fortement développée. Les calculateurs de table habituels aujourd'hui offrent pour le traitement des données les mêmes prestations qu'offrait auparavant un centre de calcul. La capacité d'enregistrement des supports de données est également augmentée énormément. Les cartes perforées ont com-

plètement disparu et les bandes magnétiques classiques sur bobine ne sont pratiquement plus utilisées. L'actualité est dominée par les *disquettes*, les *disques amovibles*, les *CD-ROM* et les *cassettes DAT*, sur lesquels les informations sont enregistrées de manière magnétique, magnéto-optique ou optique. Les prix ne sont plus qu'une fraction de ce qu'ils étaient dans les années 70, et l'utilisation a été tellement facilitée que ces technologies sont employées dans presque toutes les entreprises. Le microfilm, qui permet l'enregistrement et la conservation, mais non pas le traitement des informations enregistrées, est de plus en plus remplacé par les nouvelles technologies d'enregistrement.

La *correspondance*, notamment la correspondance de masse (commandes, factures etc.) est, elle aussi, toujours plus liquidée par des moyens électroniques. Les déclarations concernant des actes juridiques ne sont plus uniquement envoyées sous forme de lettre postale, mais bien plus souvent transmises par télex, télécopie (fax) ou par courrier électronique (E-Mail), dont la forme et la structure sont encore très proches de celle de la lettre commerciale classique rédigée sur papier. Ces formes de transmissions sont cependant possibles même sans un original en papier. Ainsi, s'agissant par exemple des télécopies, le recours à un document sur papier n'est plus nécessaire lorsque l'expéditeur envoie le message directement de son écran; le destinataire ne doit pas non plus imprimer sur papier le message arrivé sur son télécopieur, mais il peut l'enregistrer directement dans son centre TED et en prendre connaissance en le lisant sur son écran. Lorsque des fichiers électroniques (files) ou des messages sont transmis sous forme de formulaires électroniques standardisés (*electronic data interchange*, EDI, échange électronique de données au sens strict), toute similitude avec la lettre classique disparaît.

La correspondance électronique est plus rapide que la poste et permet en outre le *traitement automatique ultérieur* du contenu du message, sans que des personnes doivent recevoir, lire et transférer les informations, à la main, dans un centre de traitement des données. Le monde économique automatise de plus en plus la création des documents relatifs aux affaires standard répétitives (offres, commandes, factures) avant leur envoi ainsi que le traitement de ces documents après leur réception, car l'homme est beaucoup plus lent et fait beaucoup plus d'erreurs que la machine. A cet fin, il existe déjà des standards internationaux (par exemple, UN-EDIFACT).

Même la lettre commerciale classique peut aujourd'hui être saisie par des lecteurs OCR (optical character recognition, lecteur optique de pièces), montrée à l'écran après une préparation électronique et conservée sur un support de données qui en permet le traitement (édition, rédaction) ultérieur; la correspondance arrivée par

poste n'est alors conservée en original que dans des cas exceptionnels. Dans les bureaux fortement automatisés, presque tout se déroule sans papier; font exception les rares cas où la loi prescrit la forme écrite au sens des articles 11 ss CO comme condition de validité (cf. par exemple art. 165, al. 1, 226a et 227a CO).

213 Evolution future

Cette évolution technique est loin de s'achever. Dans le domaine de l'enregistrement d'informations, la science développe par exemple des procédés permettant d'enregistrer holographiquement des données sur des supports cristallins ou biologiques. La densité d'enregistrement sera énormément augmentée et le coût de ces supports baissera de manière importante par rapport à la quantité de données enregistrées. En outre, la durabilité de ces enregistrements sera améliorée et leur sécurité contre la falsification deviendra également plus grande grâce aux *procédés de signature numérique* (la signature dite électronique); cela exclura dans la pratique la modification ultérieure du contenu de l'enregistrement. S'agissant du traitement des informations, les améliorations seront tant quantitatives (cadence des processeurs) que qualitatives (par exemple, technologie RISC, avec des jeux d'instruction réduits), ce qui permettra de nouvelles formes de collaboration entre homme et machine (par exemple, ordres donnés à voix). La technologie des multimédias fera de fait disparaître la conception et la distinction traditionnelles des catégories d'informations (documents en papier, images fixes ou mobiles, son). La connexion des ordinateurs reliés à des réseaux électroniques sera bientôt tout aussi évidente que l'existence d'un téléphone à chaque place de travail.

On peut donc considérer que l'importance des copies de documents en papier et des supports d'images diminuera et sera limitée à certaines fonctions (par exemple, copies de sûreté dans les systèmes de classement traditionnels). Ces moyens de conservation seront le plus souvent utilisés dans les archives et les bibliothèques ou pour les stocks d'informations qui, notamment de par leur âge, peuvent difficilement être transférés sur des supports de données. Les moyens d'enregistrement actuels pourraient aussi être remplacés par d'autres formes, si les conditions suivantes seront en particulier remplies: grande quantité de données saisies, accès rapide, longue durée (grande sécurité contre la perte et les modifications).

22 Motifs de la révision

La diffusion croissante de la liquidation informatisée des affaires, l'introduction de nouveaux moyens destinés à l'enregistrement d'opérations commerciales sous des

formes permettant le traitement (édition, rédaction) ultérieur (E-Mail) ainsi que l'intérêt croissant de l'économie à voir reconnue juridiquement la correspondance liquidée de telle sorte ont eu pour conséquence que de nombreuses questions concernant ces sujets ont été soumises, ces derniers temps, à l'administration fédérale. Les personnes tenues à conserver les livres veulent respecter les dispositions applicables en la matière même si elles font usage des technologies nouvelles. Cela a posé des problèmes d'interprétation difficiles, qui ont eu pour conséquence une certaine insécurité juridique. Les tribunaux ne se sont prononcés qu'en cas de violation manifeste et évidente des dispositions sur la conservation des livres et pièces, la plupart des fois dans le cadre de procédures pénales. Aucune jurisprudence n'a dès lors pu s'établir en la matière. D'autre part, on ne saurait exiger d'une personne tenue à conserver les livres qu'elle provoque une procédure judiciaire dans le seul but d'éclaircir à l'avance si l'utilisation d'un moyen de conservation nouveau tel le disque laser ou le CD-ROM est licite, cela d'autant moins qu'en cas d'insuccès elle devrait supporter les conséquences de droit privé, fiscal ou pénal. Aujourd'hui, la situation est donc analogue à celle qui régnait dans les années 70 et qui porta à la révision des dispositions sur la conservation des livres.

La raison première de la présente révision sont les questions croissantes soumises aux administrations de contributions et concernant l'admissibilité des nouveaux moyens d'enregistrement et la conservation de la correspondance échangée électroniquement. Ces questions émanaient surtout d'entreprises voulant remplacer ou introduire un système automatique de documentation ou de gestions des affaires.

S'agissant de l'obligation de tenir une comptabilité et de conserver les livres, le droit fiscal renvoie régulièrement aux dispositions y relatives du CO (cf. art. 47 de l'ordonnance du 22 juin 1994 régissant la taxe sur la valeur ajoutée, OTVA, RS 641.201). Il était dès lors justifié de ne pas laisser au droit fiscal le soin d'adapter les dispositions. D'ailleurs, en 1975 déjà, l'un des soucis du législateur était de ne pas limiter au droit commercial l'application des dispositions sur la conservation des livres, mais de les mettre également au service du droit fiscal afin d'éviter que les contribuables soient confrontés à des dispositions sur la conservation différentes et concurrentes. Cet effet-ricochet du CO sur le droit fiscal, le droit de la procédure (valeur probatoire des supports de données, cf. art. 962, al. 4, CO) et sur d'autres domaines du droit donne à la présente révision des articles 957 ss CO une importance qui va au delà du droit des obligations.

On indiquera encore que le 1er janvier 1995, alors que les travaux relatifs à la présente révision étaient déjà en cours, sont entrées en vigueur les dispositions pénales

révisées concernant les infractions contre le patrimoine et les faux dans les titres. L'une de ces dispositions a introduit une protection pénale des supports de données contre les falsifications. Selon la nouvelle définition légale des *titres* prévue à l'article 110, chiffre 5, CP, les enregistrements sur des supports de données ou des supports-images sont assimilés aux documents traditionnels. Ainsi, les faits enregistrés sur ces supports jouissent aujourd'hui de la même protection pénale que les écrits classiques. Les dispositions pénales concernant les titres sont ainsi applicables sans autres aux supports de données et d'images "destinés et propres à prouver un fait ayant une portée juridique".

23 Buts de la révision

Le but le plus important de la révision consiste dans l'élimination de la *distinction juridique entre supports de données et d'images*, en renonçant au privilège qu'ont aujourd'hui les supports d'images par rapport aux supports de données. Pour autant que la comptabilité soit tenue et les livres soient conservés conformément aux règles, les supports de données et d'images seront admis de la même manière pour conserver les informations soumises à une obligation de conservation. Seront ainsi éliminées les distinctions concernant la forme d'enregistrement des informations, distinctions connues du droit actuel et dépassées par l'évolution technique.

En même temps, la terminologie, qui est fortement caractérisée par la forme traditionnelle de correspondance sur papier, doit être adaptée au fait que les opérations commerciales sont souvent effectuées au moyen de systèmes électroniques. S'agissant de ces systèmes, l'utilisation de termes tels que "original", "document" ou "enregistrement" atteint en effet des limites qui mettent en question la sécurité juridique.

L'*Ordonnance* du 2 juin 1976 *concernant l'enregistrement des documents à conserver* (RS 220.431) contient entre autre certains principes relatifs à la tenue de la comptabilité conforme aux règles, desquels peuvent être tirés des critères concernant la *conservation conforme aux règles*, en particulier celui que tant la tenue que la conservation de la comptabilité ne sont pas soumises aux mêmes conditions quant à la "conformité aux règles".

La conformité aux règles de la comptabilité est réalisée lorsque sont respectés les principes généraux qui trouvent leur fondement dans l'article 957 CO ainsi que dans la doctrine et la jurisprudence y relatives. La conformité aux règles de la conservation est par contre régie par l'article 962, alinéa 2, CO et par l'ordonnance du Conseil fédéral susmentionnée.

Cette ordonnance, qui sera, le cas échéant, adaptée aux moyens et aux procédés d'enregistrement les plus modernes, les Directives 1979, le Manuel suisse de révision de 1992 de la Chambre suisse des experts comptables, fiduciaires et fiscaux ainsi que les Recommandations de l'Association professionnelle des auditeurs informatique (Information Systems Audit and Control Association, ISACA, Switzerland Chapter) resteront des sources et des aides importantes.

Il a déjà été dit que les dispositions de droit commercial relatives à la conservation sont également importantes pour le droit fiscal. Les prescriptions fiscales des cantons et de la Confédération se réfèrent en règle générale aux dispositions du Titre trente-deuxième du CO; ainsi, ces dispositions ont dans le droit de la conservation des livres les effets pratiques d'une norme fondamentale. La conséquence en a été que les contribuables tenus à la conservation des livres peuvent remplir leurs obligations en respectant les mêmes dispositions. Il ne serait pas judicieux de laisser tomber l'unité, ainsi réalisée, du droit commercial et du droit fiscal. Il est vrai que le droit fiscal peut déroger aux dispositions du droit commercial concernant la conservation, mais le législateur fiscal fait usage de cette possibilité avec retenue et uniquement lorsque des raisons matérielles l'imposent. S'agissant de données transmises électroniquement, les *Instructions à l'usage des assujettis TVA, publiées par l'AFC en automne 1994*, prévoit encore, à la note marginale 781, que le fournisseur n'a droit à la déduction de l'impôt préalable que s'il établit lui-même la pièce sur papier ou sur micro-fiche, malgré que depuis 1975 l'article 962, alinéa 2, CO permette de manière générale aux personnes tenues à conserver les livres d'enregistrer ces pièces comptables sur des supports de données. De l'avis récent des autorités fiscales, la signature dite "électronique" (ou d'autres procédés de signature numérisée), qui présente un degré extrêmement élevé de sécurité contre les falsifications, devrait suffire aux conditions requises quant à la sécurité des documents. Dans ce contexte, on peut toutefois se demander si les technologies nouvelles doivent être soumises à des conditions de sécurité contre les falsifications plus strictes que celles valables pour les autres technologies; de manière plus générale, on peut également se demander si l'administration doit formuler des conditions pour les procédés de signature électronique. On peut s'attendre à ce que les conditions posées par le droit fiscal et le droit commercial à la tenue et la production d'enregistrements seront à l'avenir allégées ou éliminées par des règles complémentaires de l'AFC.

Finalement, on peut rappeler que la tenue de la comptabilité des administrations publiques s'oriente des normes sur la conservation du Titre trente-deuxième du CO (cf. ch. 300.60.6 des Instructions concernant les services de caisse, de paiement et de comptabilité dans l'administration fédérale, CPC, de l'Administration fédérale des

finances, Services de caisse et de comptabilité), soit par renvoi aux Directives 1979, soit par l'utilisation de la terminologie et des critères de l'article 962 CO.

24 Méthode de travail

A l'intérieur de l'administration, la question de la nécessité de réviser les dispositions sur la conservation des livres a été résolue par l'affirmative. Par la suite, le Service juridique de l'*Office fédéral de l'informatique* (OFI) prit contact avec les milieux intéressés de l'économie, afin de constituer un groupe de travail destiné à examiner les aspects techniques et juridiques de la conservation en tenant compte de la pratique. L'*Association suisse pour la simplification des procédures du commerce international* (SWISSPRO) a offert son soutien administratif. SWISSPRO a pour but de réaliser des solutions permettant de simplifier le trafic international de marchandises et de services en développant des procédés et des méthodes rationnelles et modernes, ainsi que de promouvoir la collaboration dans le domaine de l'automatisation du déroulement des activités administratives et techniques. S'agissant des standards EDI de l'ONU (UN-EDIFACT), SWISSPRO est le trait d'union entre la Suisse et les organes européens ou internationaux actifs en la matière. Sont membres de SWISSPRO les groupements d'entreprises nationaux et internationaux les plus importants de la Suisse, les banques et d'autres entreprises, grandes moyennes ou petites, de la Suisse et du Liechtenstein.

Dans le cadre du groupe de travail "Droit et EDI" fut créée une commission qui donna un soutien important à l'OFI lors de ses travaux de révision. Les membres de cette commission étaient des juristes disposant, de par leur activité, de connaissances qualifiées dans le domaine du droit de l'informatique. Il s'agit des MM. Peter Neuenchwander, avocat et docteur en droit, Zollikon (DEC Digital Equipment Corporation SA, Zurich; président de la commission), Rico Baumgartner, avocat et docteur en droit, Herrliberg (Anova SA), Jacques Beglinger, avocat, Zurich (ABB Management SA), Christian Blaser, avocat, Muri près de Berne (KMPG Fides), Thomas Bühlmann, docteur en droit, Zollikon (IBM Suisse), Pierre E. Jaccard, docteur en droit, Puidoux (Société de Banque Suisse), Beat Lehmann, avocat, Suhr (Alusuisse-Lonza Holding SA), Bruno Wildhaber, docteur en droit, Schwerzenbach (r³ security engineering SA) et Claudio G. Frigerio, avocat, Berne (OFI). La commission se réunit neuf fois, la première en mars 1994; elle termina ses travaux à fin 1995. Pendant son activité, l'organe de la Chambre fiduciaire compétent en la matière fut contacté plusieurs fois. Le présent rapport a été élaboré sur la base des travaux de la commission.

3 Révision proposée

31 Objet et portée

Les dispositions concernant la conservation des livres ont leur place dans le Titre trente-deuxième du CO (De la comptabilité commerciale). L'obligation de conserver prévue par l'article 962 CO est une conséquence de l'obligation de tenir la comptabilité (art. 957 CO), qui dépend à son tour de l'obligation de s'inscrire au registre du commerce prévue à l'article 934 CO. Il s'ensuit que les dispositions concernant la conservation des livres ne s'appliquent qu'aux entreprises tenues à s'inscrire sur ce registre et, par conséquent, à tenir une comptabilité.

Toutefois, ces dispositions ont également de l'importance pour les artisans et les entreprises que le CO n'oblige pas à tenir une comptabilité, mais que, par exemple, le droit fiscal astreint à tenir la comptabilité et à conserver les livres de manière conforme aux règles (Commentaire zurichois, N. 405-408 précédant l'art. 957 CO). Le droit fiscal renvoie par ailleurs expressément à l'article 962 CO (par exemple, dans l'art. 47, al. 2, OTVA). Les administrations et les établissements publics, qui ne doivent pas être inscrits au registre du commerce, sont libres de choisir la forme de conservation de leurs infirmations; mais elles s'orientent aussi aux dispositions du CO relatives à la tenue et la conservation des livres (Commentaire zurichois, N. 385-404 précédant l'art. 957 CO). Finalement, les articles 962 ss CO ont également des effets dans le droit de la procédure, vu que l'article 963 CO prévoit l'obligation de produire les livres tenus et que le législateur fédéral se prononce, à l'article 962, alinéa 4, CO, sur la valeur probante des enregistrements sur supports de données et d'images. Dans ce sens, les articles 957 ss CO donnent des directives permettant de déterminer de quelle manière doivent être conservés et appréciés en cas de procès les documents ou les données juridiquement pertinents qui - comme les données relatives à la production et les données de Computer Aided Design ou de Computer Aided Manufacturing - ne sont pas directement de nature commerciale.

L'avant-projet propose une "petite révision" dont le but essentiel est d'adapter les dispositions concernant l'obligation de conserver la comptabilité à l'évolution technique intervenue depuis 1975. Elle porte uniquement sur les dispositions relatives à la tenue et à la conservation des livres et ne touche pas les principes du droit matériel de la comptabilité ancrés dans le Titre trente-deuxième du CO. Cette révision a rendu nécessaire la modification ponctuelle d'autres normes du Titre trente-deuxième et a donné l'occasion de reprendre les solutions de la doctrine et de la jurisprudence dans le souci d'une application plus facile du droit. L'avant-projet reprend autant que possible la structure et la terminologie actuelles des articles 962

et 963 CO. Enfin, il prend en considération les effets-ricochet ou parallèles de la réglementation du CO sur d'autres domaines du droit.

32 Dispositions révisées

321 Article 957, alinéa 2 (nouveau)

La tenue des livres englobe nécessairement l'enregistrement et la conservation des données concernant les opérations commerciales sur lesquelles elle se base, et cela au moins jusqu'à l'établissement du bilan annuel. A cette fin, une technique d'inscription durable des états de faits établis est nécessaire (Commentaire bernois, N. 16 à l'art. 962 CO). Ainsi, si l'on est précis, la conservation commence au plus tôt au moment où a lieu une opération qui doit être inscrite dans la comptabilité et, au plus tard, avec l'inscription elle-même. La conservation n'est dès lors pas seulement un moyen indispensable pour atteindre les buts de la comptabilité, mais constitue également une partie de la comptabilité en tant que telle. Cependant, le droit actuel admet tacitement que la tenue (art. 957 à 961 CO) et la conservation (art. 962 à 963 CO) des livres sont des activités différentes. Sur la base de l'article 962, alinéa 3, CO, selon lequel les informations qui doivent être conservées doivent être transférées sur un support d'information admis "à partir de la fin de l'année civile au cours de laquelle les dernières inscriptions ont été faites", les personnes tenues à la conservation sont en principe libres de déterminer, dans le cadre d'une comptabilité conforme aux règles, la forme sous laquelle elles veulent tenir à disposition les informations se référant à la période en cours. L'utilisation, aujourd'hui généralisée, d'appareils TED et de supports de données permet une tenue efficace des livres (comptabilité informatisée). Cette forme d'enregistrement des opérations sur des supports de données pendant l'année en cours n'est pas réglée de la même manière que celle prévue à l'article 962 CO, qui doit garantir les preuves pendant une longue durée. S'agissant de l'emploi de supports de données pour l'enregistrement des opérations comptables, la limite entre tenue (comptabilité en cours) et conservation des livres est de plus en plus difficile à déterminer.

Les livres sont de plus en plus tenus en une forme exclusivement électronique déjà avant la fin de la période comptable, donc avant qu'ils ne soient soumis aux prescriptions de l'article 962 CO; le moment est dès lors venu pour le législateur de reconnaître expressément cette pratique admise par les organes de révision. Ce but est atteint par le *nouvel alinéa 2* de l'article 957 CO qui est proposé. La norme est formulée de manière telle à ne pas empêcher les développements technologiques futurs. Pourront ainsi être également admises d'autres formes comparables de tenue électronique des livres, pour autant qu'elles garantissent une tenue conforme aux

règles. La doctrine, la jurisprudence et la pratique des organisations professionnelles auront la tâche d'examiner et d'adapter, le cas échéant, les conditions requises pour une tenue conforme aux règles lors de l'emploi de telles technologies nouvelles.

322 Article 961

Afin de faciliter la vue d'ensemble et la comparaison dans le temps, le bilan peut, rassembler dans les mêmes postes et structurer de manière uniforme les actifs et les passifs similaires; par contre, l'inventaire doit en principe montrer chaque poste en précisant la dénomination, la quantité, le prix et la valeur. Pour les grandes et les moyennes entreprises l'inventaire constitue dès lors une vaste documentation; il s'agit en général d'une liste imprimée sur papier des positions d'inventaire saisies par un système de traitement des données.

L'article 961 CO actuel prévoit expressément que l'inventaire - tout comme le compte d'exploitation et le bilan - doit être signé par les personnes énumérées dans la disposition. D'autre part, l'article 962, alinéa 2, CO prescrit la conservation en original seulement pour le compte d'exploitation et le bilan. Etant l'un des "autres livres" visés par la disposition, l'inventaire peut être enregistré sur un support d'images (Commentaire bernois, N. 25 ad art. 961 CO in fine) et doit être conservé pendant dix ans, pourrait donc être détruit immédiatement après la signature.

Lors de la révision du § 41 du code de commerce du 29 juillet 1976, le législateur allemand a déjà renoncé à l'obligation de signer l'inventaire. Cette modification avait pour but de permettre l'enregistrement et la conservation des inventaires établis par TED sur des supports de données, qui en tant que tels ne peuvent pas être signés à la main. Le bilan est un document qui résume, entre autre, la somme des positions de l'inventaire; la signature du bilan par les personnes chargées de la gestion a dès lors été considérée comme suffisante. En outre, dans la pratique, les inventaires n'étaient presque jamais signés (Commentaire bernois, N. 22 ad art. 961 CO). La pratique suisse a entre-temps suivi le même chemin, malgré que la loi continue d'exiger la signature de l'inventaire et que, selon le Manuel suisse de révision, la signature de l'inventaire doit être examinée et constatée (Commentaire bernois, N. 23 ad art. 961 CO).

En 1975 déjà, le législateur suisse a renoncé à exiger la conservation de l'inventaire en original et en a permis l'enregistrement et la conservation sur des supports d'images; ainsi, il ne paraît pas justifié de maintenir l'obligation de signer l'inventaire.

Dans le cas contraire, tout l'inventaire devrait être imprimé sur papier dans le seul but d'être signé et pourrait être détruit tout de suite après.

Par contre, l'obligation de signer le compte d'exploitation et le bilan et de les conserver de manière à être lisibles sans l'aide d'instruments peut être maintenue. Par la signature du bilan, les personnes responsables de la gestion déclarent que tous les actifs et les passifs qui y figurent correspondent à la réalité. Il a déjà été indiqué que le bilan contient le résumé des positions d'inventaire; ainsi, la renonciation à l'obligation de signer l'inventaire ne change en rien la responsabilité des personnes qui, en signant le bilan, répondent également de l'exactitude matérielle des informations sur lesquelles il se fonde.

323 Article 962

L'actuel article 962, alinéa 2, CO prévoit que les personnes tenues à tenir une comptabilité doivent conserver les livres pendant dix ans. En outre, l'article 962, alinéa 2, CO permet de manière générale l'enregistrement sur des données d'images (exception faite du compte d'exploitation et du bilan), alors que l'enregistrement sur un support de données n'est permis que pour certaines informations. L'enregistrement doit en tout cas correspondre aux documents et pouvoir être rendu lisible en tout temps. On peut constater que le législateur a fait preuve d'une grande retenue en définissant la "comptabilité conforme aux règles" (cf. art. 957 CO) et en laissant à la doctrine, la jurisprudence et à la pratique des organisations professionnelles le soin de développer cette notion. Il a délégué au Conseil fédéral la tâche de fixer les conditions-cadres techniques organisationnelles relatives à l'enregistrement et la conservation, que l'on pourrait appeler les principes de la conformité formelle aux règles.

Se fondant sur cette délégation, le 2 juin 1976 le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance concernant l'enregistrement des documents à conserver (RS 222.431). Elle contient des dispositions sur l'organisation, qui résultent pour l'essentiel de la notion de comptabilité conforme aux règles au sens de l'article 957 CO ainsi que de la doctrine et de la jurisprudence. L'ordonnance a été complétée par les Directives 1979.

L'enregistrement et la conservation des opérations comptables au sens des explications données ci-dessus (ch. 321) constituent une partie intégrante de la tenue des livres. Il est dès lors proposé que la notion de "conformité aux règles", comprise au sens large, soit également appliquée au domaine de la conservation. La "conformité aux règles" (de la comptabilité) est une qualité spéciale de la comptabilité exigée par la loi (Commentaire bernois, N. 415 ad art. 957 CO) et permettant de déterminer "la

situation financière de l'entreprise, l'état des dettes et créances se rattachant à l'exploitation, de même que le résultat des exercices annuels" (art. 957 CO). La tenue des livres comptables conforme aux règles constitue l'aspect juridique formel d'une tâche découlant de la gestion d'une entreprise (Commentaire bernois, N . 429 ad art. 957 CO). Cette notion est une sorte de "clause générale" grâce à laquelle on peut renoncer à régler des détails dans la loi. S'agissant de la "conformité aux règles de conservation", la doctrine, la jurisprudence et la pratique des organisations professionnelles s'inspireront en premier lieu, comme elles l'ont fait pour l'article 957 CO, au but légal de la comptabilité et aux conditions principales prévues pour la conservation de la comptabilité sur un support de données ou d'images (fiabilité et lisibilité en tout temps) (cf. à ce sujet également l'ouvrage standard de R. Schuppenhauer, Grundsätze für eine ordnungsmässige Datenverarbeitung (GoDV), Handbuch der TED-Revision, Düsseldorf 1992).

Ainsi, les critères de la conformité aux règles de conservation résultent en partie du but de la comptabilité et des normes qu'en ont tirées la doctrine, la jurisprudence et la pratique (exactitude, intégralité, uniformité des règles/absence de contradictions, continuité/permanence, absence d'arbitraire/comparabilité, possibilité de contrôle). Les Directives 1979, le Manuel suisse de révision de la Chambre fiduciaire, les recommandations des organisations professionnelles comme celles des l'Association professionnelle des auditeurs informatique (ISACA Switzerland Chapter, précédemment Electronic Data Processing Auditors Association, EDPAA) ainsi que les usages de la profession commerciaux sont d'autres sources secondaires relatives au principe de la "conformité aux règles" de l'enregistrement et de la conservation des livres. Ces sources définiront la "conformité aux règles" du CO, en suivant toujours l'état actuel de la technique, afin de permettre leur application pratique dans les entreprises obligées à tenir une comptabilité. Les organisations susnommées sont formées de spécialistes compétents en la matière, proches de la pratique et connaissant le marché; ils peuvent ainsi réagir rapidement, de manière compétente et en tenant compte des besoins de la pratique à l'évolution technologique et à ses effets sur l'enregistrement et la conservation des documents commerciaux.

L'obligation de conserver le compte d'exploitation et le bilan en original est maintenue sans modification. L'article 962 CO présuppose des documents "originaux" préexistants, qui seront ensuite transférés (enregistrement) sur un support de données ou d'images. Les formes de communication électronique exigent que la notion d'"original" soit aujourd'hui examinée critiquement. Suivant l'interprétation grammaticale, et s'agissant d'informations et de supports d'information, par cette notion on

entend l'ouvrage créé par un auteur déterminé et resté inchangé. L'"original" précède ainsi toujours l'enregistrement, qui est toujours créé ultérieurement.

S'agissant des informations générées et transmises électroniquement, on devrait considérer comme "original" les données générées dans l'unité centrale de l'ordinateur ou visibles sur l'écran de l'auteur (lettres, chiffres, signes, graphiques). L'enregistrement des données auprès de l'expéditeur ou du destinataire - même s'il s'agit du premier enregistrement resté inchangé - ne serait par contre plus un original. Si l'on était moins restrictifs et l'on accordait la qualité d'"original" également au premier enregistrement des données générées dans l'ordinateur, les bandes magnétiques employées dans la comptabilité enregistrée intégrée devraient elles aussi être considérées comme "original". Il s'ensuivrait que le compte d'exploitation et le bilan sur bande magnétique pourraient aussi être conservés (en tant qu'original). Il est vrai que, s'agissant des bandes magnétiques ou des enregistrements de données, l'obligation de signature prévue à l'article 961 CO poserait quelque problème; cette obligation ne toucherait toutefois pas la faculté, ainsi déduite, d'enregistrer et conserver la comptabilité sur des bandes magnétiques.

Une telle manière de considérer les choses conduit dans un cul de sac et ne peut correspondre aux intentions du législateur. Compte tenu de l'époque où est née la loi, on peut partir de l'idée que par "original" on entendait les documents imprimés sur papier qui - contrairement aux supports de données ou d'images - peuvent être signés à la main et dont on peut prendre connaissance sans l'aide d'instruments. Le contenu de la notion d'"original" peut être également déduit de l'obligation de signer le compte d'exploitation et le bilan: si le compte d'exploitation et le bilan doivent d'une part être signés (art. 961 CO) et, d'autre part, être conservés en original (art. 962, al. 2, 1^{ère} phrase, CO), on peut sans autre en conclure que l'obligation de conserver compte d'exploitation et bilan porte sur l'exemplaire signé: C'est la signature qui donne au document imprimé sur papier la qualité d'original. De cette manière, l'obligation de conserver "en original" le compte d'exploitation et le bilan peut être parifiée à l'obligation de conserver l'exemplaire signé imprimé et lisible sans l'aide d'instruments.

Le texte proposé pour la *1^{ère} phrase de l'alinéa 2* abandonne la notion d'"original", qui nécessite d'interprétation et pose problème pour les formes de correspondance et de comptabilités sans papier, et se réfère à l'élément vraiment essentiel, la signature par les personnes chargées de la gestion (art. 961 CO).

En ce qui concerne les formes de signature aujourd'hui habituelles et reconnues par la loi (signature à la main, art. 14, al. 1, CO), le nouveau texte n'apporte aucune modification matérielle. Toutefois, dans le futur, on trouvera de nouvelles formes "électroniques" de déclaration de la volonté, pour lesquelles la signature à la main ne sera plus nécessaire et que le législateur pourra, à certaines conditions, parifier à la signature traditionnelle. Des propositions parlementaires demandant de réviser l'article 14 CO en reconnaissant la "signature électronique" (ou plutôt: des "procédés de signature numérisée") ont déjà été déposées (N 94.3115, Motion Spoerry du 16.3.1994, Valeur légale des signatures électroniques. Modification de l'article 14 CO). Si des formes autres que la signature à la main devaient être admises à l'avoir, la disposition prévoyant que le compte d'exploitation et le bilan doivent être conservés "signés" s'appliquerait également à la "signature électronique", pour autant que le législateur ne dispose pas autrement dans la norme même ou dans les documents préparatoires y relatifs.

S'agissant des supports d'informations, le droit actuel fait une distinction de fond entre les supports d'images et les supports de donnée. Lorsque l'enregistrement doit prendre la place de l'original, la personne tenue à conservation ne peut employer, selon la nature des documents à enregistrer (autres livres, correspondance ou pièces comptables), qu'un support d'images ou bien également un support de données. Le législateur de 1975 a privilégié les supports d'images pour différentes raisons: la reproduction perceptible optiquement, "fidèle à l'image", notamment d'en-têtes de lettres et de signatures, sur des supports d'images paraissait offrir des garanties meilleures contre les falsifications que l'enregistrement sur support de données. En outre, les coûts liés à un enregistrement d'informations d'images de haute qualité sur un support de données étaient prohibitifs. Aujourd'hui, la situation est totalement différente: les prix des supports de données ont baissé très fortement; à égalité de quantité d'informations, les supports de données nécessitent de moins de place que les supports d'images; la lecture d'informations d'images est plus rapide et de meilleure qualité, et l'impression sur papier présente la même qualité que les imprimés originés par un support d'images. Aucun des arguments qui parlaient alors en faveur des supports d'images et contre les supports de données ne saurait convaincre aujourd'hui.

Ces dernières années, l'administration a souvent été amenée à répondre à la question de savoir si certains moyens modernes d'enregistrement étaient des supports de données ou d'images. Des entreprises tenues à conserver les livres, notamment dans les secteurs bancaire et des assurances, des fiduciaires et des vendeurs de programmes informatisés voulaient en particulier savoir si les disques laser pou-

vaient être considérés comme des supports d'images, ce qui aurait eu pour conséquence que tous les livres, exception faite du compte d'exploitation et du bilan, auraient pu être conservés sur ces disques. Jusqu'à présent, la question n'a pas reçu de réponse définitive. La doctrine dominante sur ce sujet peut être résumée ainsi: les supports d'informations digitaux sont des supports de données au sens de l'article 962, alinéa 2, CO quelles que soient les informations enregistrées; les supports d'informations analogues contenant des informations d'images (microfilms, photocopies, photographies) sont des supports d'images; les supports d'informations analogues contenant des informations autres que des images (bandes d'enregistrement traditionnelles, disques) ne tombent dans aucune de ces deux catégories.

Quels que soient les critères de distinction entre supports de données et d'images, la différence des conséquences juridiques actuelle, notamment la disposition prévoyant que seules certaines parties de la comptabilité peuvent être enregistrées sur des supports de données, est aujourd'hui dépassée. Tôt déjà, la doctrine avait affirmé que cette distinction est incompréhensible (cf. Beat Schumacher, *Die Aufzeichnung von Geschäftsunterlagen auf Bild- oder Datenträger und deren Aufbewahrung*, thèse de droit, Berne 1981, p. 116). Elle pouvait être motivée par le fait qu'une utilisation généralisée des supports de données pour enregistrer toutes les informations qui doivent être conservées ne paraissait pas économiquement réalisable, car les efforts ne correspondaient pas aux résultats (Schumacher, *op. cit.*). A une époque toutefois où la plupart des informations qui doivent être conservées sont créées par TED; la différence des conséquences juridiques liées à l'utilisation de supports d'images ou de données empêche ou retarde pour le moins l'achat des moyens les plus modernes servant à l'automatisation intégrée des bureaux, à la communication des bureaux, à la comptabilité et à l'archivage.

Selon la 2^{ème} phrase de l'alinéa 2 proposé, à l'avenir tous les livres (livre principal, livres auxiliaires et autres livres) – à l'exception du compte d'exploitation et du bilan –, ainsi que la correspondance commerciale et les pièces comptables pourront être conservés non seulement en la forme traditionnelle sur papier, mais également sur des supports de données ou d'images.

Lorsque les moyens nouveaux d'automatisation des bureaux sont employés, on ne peut pratiquement plus opérer de distinction ou séparation entre la tenue et la conservation des livres. La notion d'*original* en tant que support d'information originaire et préexistant en papier atteint ses limites lorsque la correspondance est échangée électroniquement (cf. le commentaire relatif au nouvel art. 962, al. 1, CO), car il n'y a

plus d'originaux au sens strict du terme; il en va de même des notions de *document*, que cette disposition légale emploie comme synonyme d'original, et d'*enregistrement*, dans le sens d'information transférée sur un support de données ou d'images dans une phase ultérieure et en partant d'un original. Dans la comptabilité informatisée et le courrier électronique, les documents ne sont pas imprimés sur papier ou le sont uniquement dans un but de contrôle provisoire; il n'y a dès lors pas de documents dans le sens de supports corporels (papier). L'information contenue sur le support de données est un enregistrement, mais qui a le caractère d'original et non pas d'un produit dérivé, tiré d'un document.

Pour ces raisons, la disposition proposée renonce aux notions de "*document*" et "*enregistrement*". A l'avenir on ne parlera que de *livres*, *correspondance* ou *pièces comptables* en général, qui pourront être créés de manière traditionnelle ou électronique et être enregistrés et conservés sur des *supports de données ou d'images*.

Le changement de conception et de terminologie a pour conséquence que l'on ne peut plus exiger que les "enregistrements correspondent aux documents"; dans le traitement électronique des affaires les informations enregistrées sur des supports de données ou d'images sont en effet des livres, de la correspondance ou des pièces comptables et non plus seulement des enregistrements de ces documents.

Comme à présent, la conservation sur des supports de données ou d'images sera soumise à la condition que la matière comptable enregistrée puisse être rendue lisible en tout temps. Cette condition complète les critères de la *conformité aux règles de conservation* selon l'article 962, alinéa 1, CO. La disposition (al. 2, 2ème phrase) permettant au Conseil fédéral de préciser les conditions applicables à la conservation d'enregistrements sur supports de données ou d'images est reprise du droit actuel.

L'enregistrement et la conservation des données comptables est partie intégrale de la comptabilité; de ce fait, la conservation commence au plus tôt au moment où arrive une information qui doit être comptabilisée et au plus tard au moment où l'inscription comptable a lieu. En plus de cette obligation de conserver, qui résulte de l'obligation de tenir la comptabilité conformément aux règles, la loi prévoit une conservation de longue durée, à savoir pendant dix ans (art. 962, al. 1, CO). L'article 958 CO exige que soient dressés un bilan, un inventaire et un compte d'exploitation "à la fin de chaque exercice annuel". Si une entreprise n'a pas choisi expressément un jour divers du 31 décembre en tant que date déterminante pour son bilan, l'année d'exercice et l'année civile coïncident. Dans la plupart des cas, le choix d'une autre date est fait pour des raisons de gestion de l'entreprise. La fin de l'année civile n'est

alors qu'une date formelle sans effets sur la gestion. Selon l'*alinéa* 3 proposé, le délai de conservation de dix ans commencera à courir dès la fin de l'année d'exercice, et non plus dès la fin de l'année civile, car même les livres d'un exercice annuel forment une unité. Le Message du 7 mai 1975 à l'appui d'une modification du code des obligations (conservation des livres et de la correspondance sur des supports de données ou d'images) constatait que "certains livres, tels que le compte d'exploitation et le bilan, ne peuvent être établis qu'après la fin de l'exercice commercial et, en pratique, le sont parfois avec des mois, voire des années de retard"; le respect des délais de conservation n'aurait dès lors pas toujours été garanti (cf. FF 1975 I 1815). Toutefois, compte tenu du délai de clôture prévue par l'article 958, alinéa 2, CO, dont la violation est passible de sanctions pénales (cf. notamment art. 166 et 325 CP), ces considérations du message peuvent être fortement relativisés. De toute manière, rien ne change pour les entreprises qui n'ont pas fixé une date spéciale et pour lesquelles l'année d'exercice et l'année civile coïncident.

L'*alinéa* 4 est adapté, de manière purement rédactionnelle, aux modifications de conception et de terminologie. On ne parle plus d'"enregistrements sur des support de données ou d'images", mais de livres, correspondance et pièces comptables "conservés sur des supports de données ou d'images". En outre, le mot "documents", qui ne couvre à présent que les documents sur papier, est remplacé par "enregistrements lisibles sans l'aide d'instruments"; la notion d'"enregistrement" a ici une portée générale et ne doit pas être comprise (comme à l'al. 2) en tant que copie d'un original transférée sur un autre support.

Le contenu matériel de la disposition actuelle concernant la valeur probante des informations conservées sur des support de données ou d'images n'est pas touché par la présente révision; la norme nécessite toutefois quelque précision. Les supports de données ou d'images ne seront admis comme moyens de preuve que s'il sera *prouvé que l'enregistrement et la conservation étaient conforme aux règles*. Sans cette preuve, un support de données ou d'images ne saurait être admis lors de l'administration des preuves, et cela à cause du danger de falsification. Pour pouvoir juger de la vérité des informations enregistrées sur un support, le juge devra dès lors également examiner de quelle manière et dans quelles circonstances l'enregistrement a eu lieu. C'est seulement après cet examen qu'il pourra se former une opinion quant à la véracité des informations conservées sur le support. Bien que la doctrine considère que les livres sont des preuves de nature spéciale et qu'elle leur ait même attribué une valeur probante supérieure, les livres tenus sur des supports de données ou d'images devront toujours faire l'objet d'une *appréciation judiciaire* préalable de la genèse du support contenant les informations. Ainsi, dans le procès civil, le

le juge appréciera aussi ce moyen de preuve "selon sa libre conviction" (art. 40 PCF; § 148 CPC de Zurich 1975; art. 219 CPC de Berne). L'alinéa 4 n'est pas applicable aux registres publics et aux titres authentiques, qui "font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée" (art. 9, 1^{er} al., CC): Si des informations tirées de registres publics ou d'actes authentiques (par exemple, extraits de registres, contrats, actes de défaut de biens) sont enregistrées sur des supports de données ou d'images, elles perdent - en dérogation du principe de l'article 962, 4^e alinéa, CO - la valeur probante accrue au sens de l'article 9 CC. Finalement, l'article 962, 4^e alinéa, CO ne libère pas de l'obligation d'administrer des moyens de preuve qualifiés lorsque des dispositions légales spéciales le prévoient (dépôt de titre selon l'art. 73, 1^{er} al., LP; reconnaissance de dette dans la procédure de mainlevée selon l'art. 82, 1^{er} al., LP; cf. également l'arrêté de la 2^{ème} Chambre civile du Tribunal fédéral du 6.3.1984, P 879/83, concernant un recours de droit public; art. 52 PCF, production du papier-valeur). L'information sur un support de données ou d'images n'est ainsi pas toujours un succédané absolument équivalent d'une information existant d'abord sur papier.

324 Article 963

La modification rédactionnelle de l'*alinéa 1* ne concerne que le texte allemand.

Contrairement à ce qui était le cas lors de la révision de 1975, on peut partir de l'idée qu'aujourd'hui les systèmes TED sont des instruments de travail dont disposent la plupart des juges suisses et que les autorités judiciaires ont en règle générale des connaissances leur permettant de traiter électroniquement les données. Il est dès lors judicieux de mettre ces moyens et ces connaissances au service d'une liquidation des procès plus rapide et plus efficace. Ainsi, l'utilisation de programmes modernes de recherche, d'analyse et d'évaluation (Retrieval-Software, recherche de textes complets) permettra au juge d'avoir accès avec peu d'effort à une grande masse de données compliquées. A présent, le juge peut ordonner uniquement que les livres soient produits "de manière à être lisibles sans l'aide d'instruments"; dans la pratique, il ne peut ainsi exiger que la production de documents en papier. Selon les circonstances, le juge peut être submergé de papiers, ce qui rend difficile l'examen des documents et peut retarder le procès. Pour éviter qu'une telle stratégie procédurale, connue dans certains cas à l'étranger, se développe chez nous, il est prévu que le juge peut exiger la production des livres dans n'importe quelle forme. Si les circonstances le justifient, il peut demander à la personne tenue à produire les documents qu'elle le fasse en produisant les informations conservées sur des supports de données sous leur forme TED originale, avec les instruments et les programmes

nécessaires pour leur lecture et leur traitement. Est également imaginable l'installation d'un terminal et d'un raccord permettant l'accès on line aux données. Toute violation de normes concernant la licence devrait être exclue, car la mise à disposition d'appareils et programmes aurait lieu suite à une obligation légale et, dès lors, dans le cadre de l'usage personnel licite. Le principe de proportionnalité déterminera les limites de ses forme de production. les frais qui en résultent à l'une des parties ne devront pas être disproportionnés par rapport aux possibilités de cette partie et à l'objet du procès.

Si le juge renonce à cette forme de production, il peut ordonner - comme à présent - que les livres soient produits "de manière à être lisibles sans l'aide d'instruments", c'est-à-dire sur papier et sous forme ni chiffrée ni codée.

325 Article 964

L'actuelle réserve des dispositions pénales peut être sans autre biffée. Dans sa teneur actuelle, l'article 964 CO ne contient pas une norme de droit, mais une déclaration concernant une situation existante (cf. Commentaire bernois, N. 10 ad art. 964 CO), il ne prévoit ni des obligations concrètes pour les personnes devant tenir et conserver une comptabilité ni un état de fait pénal.

La disposition date du temps précédant l'entrée en vigueur du code pénal suisse, quand l'article 880 du CO de 1881 donnait aux cantons la compétence d'édicter des dispositions pénales de ce genre dans leurs lois d'introduction du CO ou dans leurs codes pénaux. Depuis l'entrée en vigueur du code pénal suisse en 1942, les violations en matière comptable sont sanctionnées exclusivement sur la base des articles 166 (violation de l'obligation de tenir une comptabilité) et 325 CP (inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité), éventuellement en rapport avec l'article 163 (banqueroute frauduleuse), ainsi que des articles 170 (obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire), 152 (faux renseignements sur des sociétés commerciales ou coopératives) ou 251 CP (faux dans les titres). La violation de l'obligation de conserver est expressément réglée aux articles 166 et 325 CP. La statistique pénale fait état d'une dizaine de condamnations par an fondées sur ces deux dispositions.

4 Questions non reprises dans la révision

41 Aucune mention de technologies spécifiques

Suite à la nouvelle disposition légale permettant de conserver les documents commerciaux tant sur des supports de données que sur des supports d'images, la question de savoir si un support d'information déterminé est un support de données ou

un support d'images au sens de la loi perd d'importance. L'évolution technique n'est cependant pas conclue. Ainsi, l'avant-projet renonce à mentionner et à admettre expressément des technologies spécifiques. La terminologie actuelle ("supports de données et d'images") a fait ses preuves. Dans les domaines où des WORMs, des CD-ROMs et des disques magnéto-optiques sont aujourd'hui employés pour accomplir l'obligation de conservation, d'autres moyens seront peut-être employés demain (par exemple, des moyens biologiques ou cristallins). En ce qui concerne les technologies, la loi doit ainsi être rédigée de manière le plus neutre possible. C'est à la doctrine, la jurisprudence et la pratique qu'il incombera, à l'avenir également, d'examiner les technologies existantes et de fixer les conditions qu'elles doivent remplir pour que la tenue et la conservation des livres, de la correspondance et des pièces comptables soient conformes aux règles.

42 Aucune réduction du délai de conservation

Il a été envisagé, comme cela avait été le cas lors de la révision de 1975, de réduire le délai de conservation, notamment pour la raison que dans le reste de l'Europe sont prévus des délais courts. Des enquêtes ont en outre montré que le délai de conservation de dix ans ne correspond pas aux besoins des entreprises. Une période de cette durée a pour conséquence des frais, qui dépendent cependant moins de la conservation des documents enregistrés en tant que telle que de l'exigence de disposer d'appareils de lecture et d'exploitation ainsi que des programmes et de la documentation. Cependant, il est aujourd'hui usuel de transférer les anciens stocks de données sur de nouveaux systèmes; les informations ainsi transférées, qui ne sont plus traitées mais uniquement archivées, ne répondent toutefois pas toujours aux exigences légales relatives à la disponibilité des informations. La solution actuelle présente l'avantage que la durée de conservation est identique au délai de prescription le plus long prévu par le CO (cf. art. 127) et, en large mesure, par les droits pénal et administratif. Une réduction du délai de conservation irait de plus à l'encontre de la tendance, commune à plusieurs lois spéciales adoptées ces derniers temps, de prévoir des délais de prescriptions plus longs. Ainsi, selon l'article 10, alinéa 1, de la loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (RS 732.44), les prétentions en dommages différés se prescrivent en 30 ans dès l'événement dommageable; selon la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFT, RS 642.11) et la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID, RS 642.14), la prescription absolue du droit de taxer (art. 120, al. 4, LIFT, art. 47, al. 1, LHID) et du droit de procéder au rappel de l'impôt (art. 152, al. 3, LIFT, art. 53, al. 3, LHID) inter-

vient après 15 ans; enfin, les prétentions fondées sur la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits s'éteignent dix ans après la mise en circulation du produit défectueux qui a causé le dommage (art. 10 LRFP, RS 221.112.944).

Compte tenu des différents intérêts en jeu, le groupe de travail s'est prononcé pour le maintien du délai de conservation de dix ans. Cette solution tient également compte du fait que, ces derniers vingt ans, le coût et le besoin de place des supports de données ont fortement diminué et qu'il est à présent possible d'utiliser les informations enregistrées sur ces supports pendant l'exercice annuel en cours; le souhait de l'économie de voir réduit le délai de conservation devrait dès lors avoir perdu son actualité et son urgence.

43 Droit de la conservation incomplet et non exhaustif

La conservation de documents en original est recommandée même dans de nombreux cas où ni le droit commercial ou fiscal ni des lois spéciales prévoient une obligation de conservation. Lorsqu'un droit est incorporé à un document, on ne peut le faire valoir qu'avec le document en papier, et non pas avec un enregistrement (art. 965 CO). Si le document est détruit après son enregistrement sur un support de données ou d'images, le droit qui lui était incorporé ne peut être fait valoir qu'après l'annulation du papier-valeur (art. 971 et 972 CO). Même après l'expiration du délai de conservation prévu à l'article 962, alinéa 1, CO le commerçant avisé ne devrait par ailleurs pas détruire les contrats passés en la forme écrite qualifiée ou portant sur des rapports de longue durée contrats, sous peine de se trouver en état de nécessité lors de l'administration des preuves. Il devrait décider dans chaque cas d'espèce, en se fondant sur le droit de procédure applicable, si le document en question pourrait présenter un intérêt. Le droit de la comptabilité commerciale du Titre trente-deuxième du CO ne peut donner une réponse définitive à toutes les questions qui se posent pour chaque rapport juridique.

Code des obligations
(De la comptabilité commerciale)

Modification du

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
 vu le message du Conseil fédéral du ...,
arrête:

I

Le Titre trente-deuxième du code des obligations est modifié comme il suit:

Art. 957, 2e al. (nouveau)

A. Obligation de tenir une comptabilité ² Les livres, la correspondance et les pièces comptables peuvent être tenus par écrit, par un moyen électronique ou par un autre moyen comparable.

Art. 961

III. Signature Le compte d'exploitation et le bilan sont signés par le chef d'entreprise ou, le cas échéant, par tous les associés personnellement responsables; s'il s'agit de sociétés anonymes, de sociétés en commandite par actions, de sociétés à responsabilité limitée ou de sociétés coopératives, ils sont signés par les personnes chargées de la gestion.

Art. 962

C. Obligation de conserver les livres ¹ Toute personne astreinte à tenir des livres doit les conserver, conformément aux règles, pendant dix ans, de même que la correspondance et les pièces comptables.

² Le compte d'exploitation et le bilan doivent être conservés revêtus de la signature. Les autres livres, la correspondance et les pièces comptables peuvent être conservés sur des supports de données ou d'images, pourvu qu'ils puissent être rendus lisibles en tout temps. Le Conseil fédéral peut préciser les conditions.

³ Le délai commence à courir à partir de la fin de l'exercice annuel au cours duquel les dernières inscriptions ont été faites, la correspondance a été reçue ou expédiée et les pièces comptables ont été établies.

⁴ Les livres, la correspondance et les pièces comptables conservés sur des supports de données ou d'images ont la même valeur probante que les enregistrements lisibles sans l'aide d'instruments.

Art. 963

D. Obligation de produire livres et correspondance

¹ ne concerne que le texte allemand

² Le juge peut ordonner que les livres, la correspondance et les pièces comptables conservés sur des supports de données ou d'images soient produits de manière à être lisibles sans l'aide d'instruments.

Art. 964

Abrogé

II

¹ La présente loi est sujette au référendum facultatif.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.