



22 avril 2015

Rapport explicatif

Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite)

Table des matières

1	Contexte et travaux	3
1.1	Motion Hess 11.3925	3
1.2	Contexte	3
1.3	Statistiques	4
1.4	Consultation des milieux intéressés	4
2	Buts des mesures proposées	5
3	Commentaire des mesures proposées	6
3.1	Suppression, pour le créancier requérant, de l'obligation de supporter les frais de procédure (mais non de l'obligation de fournir une avance)	6
3.1.1	Mise en œuvre et effets	6
3.1.2	Disposition proposée	7
3.2	Responsabilité personnelle solidaire des membres de l'organe supérieur de la société débitrice	7
3.2.1	Mise en œuvre et effets	7
3.2.2	Disposition proposée	9
3.3	Abrogation de l'art. 43, ch. 1 et 1 ^{bis} , LP	9
3.3.1	Mise en œuvre et effets	9
3.3.2	Disposition proposée	11
3.4	Prolongation du délai de paiement à l'art. 230, al. 2, LP	11
3.4.1	Mise en œuvre et effets	11
3.4.2	Disposition proposée	11
4	Variantes étudiées et mesures non retenues	11
4.1	Variantes pour la suppression de l'obligation de supporter les frais de procédures	11
4.1.1	Suppression de la responsabilité et de l'obligation de fournir une avance du créancier	11
4.1.2	Suppression de l'obligation uniquement pour les créances privilégiées	12
4.2	Variantes pour la responsabilité des organes supérieurs en matière de frais de procédure	12
4.2.1	« Taxe anticipée de recyclage » pour les entreprises	12
4.2.2	Obligation de révision	12
4.3	Mesures étudiées et non retenues	13
4.3.1	Adaptations des art. 725 ss CO	13
4.3.2	Recours possibles en cas faillites suspendues	13
4.3.3	Normes pénales supplémentaires	14
4.3.4	« Mise au pilori » des personnes impliquées dans des faillites	15
5	Conclusion	15

L'un des objectifs principaux du droit de la faillite est d'offrir aux entreprises en difficulté une chance de reprendre une activité. Mais il est parfois utilisé abusivement pour échapper à ses obligations et pour se procurer un avantage concurrentiel de manière déloyale. Dans le présent rapport, élaboré en réponse à la motion Hess 11.3925, le Conseil fédéral propose différentes adaptations ponctuelles du droit de la poursuite pour dettes et de la faillite. Celles-ci visent en premier lieu à supprimer ou réduire les obstacles pratiques et juridiques auxquels les créanciers lésés sont confrontés lors de procédure contre le débiteur. Les adaptations limiteront les abus sans pour autant condamner la déroute économique ou empêcher les entreprises de s'assainir de leur propre initiative.

1 Contexte et travaux

1.1 Motion Hess 11.3925

Le Conseil des Etats, le 5 décembre 2011, et le Conseil national, le 28 février 2012, ont accepté la motion 11.3925 du conseiller d'Etat Hans Hess sans opposition :

« Le Conseil fédéral est chargé de créer les bases juridiques nécessaires pour qu'on ne puisse plus utiliser abusivement la procédure de faillite pour échapper à ses obligations. »

L'auteur explique le bien-fondé de sa motion de la manière suivante :

« Il y a sans cesse des cas où des personnes profitent de la faillite d'une société pour se débarrasser de dettes existantes et pour ne pas devoir payer des salaires dus. Peu de temps après la faillite, elles fondent une nouvelle société, elles réengagent les salariés et, suivant les circonstances, elles rachètent à bas prix les outils de production ou les stocks qui faisaient partie de la masse de la faillite. Elles lèsent ainsi leurs créanciers tout en se procurant un avantage concurrentiel. A cela s'ajoute le fait que la caisse de chômage doit verser aux employés des indemnités en cas d'insolvabilité correspondant aux salaires impayés avant la faillite ; si les employés finissent par être réengagés dans une nouvelle société créée par le failli, la caisse ne récupérera plus cet argent. Ce cas de figure aussi débouche sur une distorsion de la concurrence tout en constituant une utilisation abusive des deniers publics. »

La commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a proposé d'accepter la motion pour les raisons suivantes :

« Selon la commission, la description que fait l'auteur de la motion des abus de la procédure de faillite correspond malheureusement à la réalité : la fuite devant les engagements contractuels, l'abus des indemnités en cas d'insolvabilité et le rachat des restes de l'entreprise pour une bouchée de pain sont malheureusement fréquents. Les conséquences sont effectivement une distorsion de la concurrence ainsi qu'une perte pour la caisse publique. C'est donc sans opposition que la commission propose l'acceptation de la motion, suivant en cela le Conseil fédéral et le Conseil des Etats.

Comme le Conseil fédéral (BO 2011 E 1054), la commission reconnaît que la recherche d'une solution au problème de l'usage abusif de la procédure de faillite ne sera pas aisée. Les remèdes (sanctions pénales, interdiction de fonder de nouvelles sociétés, etc.) doivent être maniés avec prudence. La lutte contre les abus, objectif important, ne doit pas avoir la priorité absolue : certaines faillites ne sont ni abusives ni seulement fautives et les personnes concernées ont le droit à une deuxième chance. Lors de la mise en œuvre de cette motion, il y aura donc lieu d'accorder une attention particulière au maintien d'un équilibre raisonnable entre les divers intérêts en présence. Les solutions qui existent à l'étranger devront nourrir la réflexion ; elles devront cependant sans doute être adaptées aux réalités de notre pays, notamment pour tenir compte des différences de culture économique (définition de l'abus, perception sociale du fait de faire faillite, droit à une deuxième chance, etc.). »

1.2 Contexte

La motion a été déposée en réaction à des cas où le droit de la faillite a été utilisé abusivement, notamment dans le domaine de la construction, à des fins de concurrence déloyale et au détriment de créanciers. La procédure de faillite peut être utilisée pour échapper à ses obligations qui doivent alors être assumées par les assurances sociales (notamment par le biais de l'indemnité en cas d'insolvabilité). En principe, le droit de la faillite permet à un entrepreneur qui a fait faillite de fonder rapidement une nouvelle entreprise en engageant ses employés et en rachetant ses outils de production. En recourant à la même astuce, il pourrait alors abuser une nouvelle fois de ses créanciers et des assurances sociales.

Le droit de la faillite actuel et le droit pénal offrent différents moyens pour lutter contre ces abus. Toutefois, dans plusieurs domaines, les obstacles pratiques et juridiques auxquels les créanciers et les autorités sont confrontés sont trop importants, de sorte qu'on renonce parfois à poursuivre certains cas d'abus, même manifestes. Les créanciers renoncent souvent d'emblée à ouvrir une procédure, car les risques financiers encourus sont trop élevés. Toutefois, les transactions abusives effectuées par le débiteur ne peuvent être révoquées que si une procédure, au moins sommaire, a été ouverte.

De manière générale, la non-poursuite des cas d'abus n'est pas tant due à des lacunes juridiques qu'au fait que les personnes lésées n'ont à raison pas envie de prendre de risques financiers supplémentaires sous forme de procédures civiles ou pénales.

1.3 Statistiques

Environ 12 000 procédures de faillite sont ouvertes par année en Suisse¹. Les statistiques ne permettent toutefois pas de savoir combien d'entre elles peuvent être qualifiées d'abusives. La suspension de la faillite faute d'actif est un signe que le juge a été sollicité trop tard. Or, d'après une étude d'Ernst & Young de 2009², 41,4 % des faillites sont suspendues pour cette raison. D'après le ministère public du canton de Zurich, seuls peu de cas de faillite donnent lieu à des poursuites pénales (moins de dix par an pour l'ensemble du canton), du moins en ce qui concerne ceux soumis au ministère public. Il n'est pas possible d'obtenir des chiffres plus précis. Le nombre de condamnations pour des infractions en lien avec les faillites, quoiqu'en légère hausse, reste stable³.

1.4 Consultation des milieux intéressés

En vue d'élaborer la proposition de révision sur laquelle porte le présent rapport, différents experts ont été consultés, auprès d'entreprises comme d'autorités. Leurs avis ont été pris en compte dans les pages qui suivent.

Le ministère public du canton de Zurich a indiqué que le nombre de cas d'abus faisant l'objet d'une dénonciation était très faible (moins de dix par an et par arrondissement). Il a ajouté qu'il n'était pas nécessaire de remanier les normes pénales applicables. En revanche, il suppose qu'un grand nombre de cas ne font pas l'objet d'une dénonciation.

La division Taxe sur la valeur ajoutée de l'Administration fédérale des contributions (AFC) évoque les difficultés auxquelles elle est confrontée en raison de l'art. 43 de la loi du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁴, qui lui interdit de recourir à la poursuite par voie de faillite. En effet, de nombreuses entreprises renoncent systématiquement à payer leurs impôts et se procurent ainsi un avantage concurrentiel. La saisie n'est ici pas non plus efficace. L'ouverture de la faillite demandée par d'autres créanciers survient souvent trop tard, de sorte que tous les créanciers pâtissent. Les dispositions sur la responsabilité des personnes chargées de la gestion (en particulier art. 52, al. 2, de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants⁵) se révèlent en revanche très efficaces. Elles permettent presque toujours de recouvrer les créances.

L'assurance-chômage (et insolvabilité) (SECO) en avant la problématique des difficultés et des frais liés à la procédure. En raison de ceux-ci, même des administrations bien dotées en personnel renoncent souvent à poursuivre les cas d'abus.

Le Fonds de garantie LPP et la Centrale de compensation, souvent victimes d'abus eux aussi, expriment les mêmes critiques : les procédures sont souvent pénibles et coûteuses et, même si elles aboutissent, elles ne permettent de recouvrer qu'une très faible partie des créances. En général, plus l'ouverture de la faillite survient tard, plus les dommages sont importants. Pour des raisons de protection des données, ces deux institutions (de même que

¹ Office fédéral de la statistique

² Etude disponible sur : <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/04079/index.html?lang=de>

³ Voir point 4.3.3.

⁴ RS 281.1

⁵ RS 831.10

l'AFC) ne peuvent identifier à temps les mauvais payeurs récidivistes, contrairement aux sociétés de recouvrement privées. Toutefois, les poursuites pénales peuvent être un instrument efficace si le créancier est en mesure de déposer une plainte étayée.

Les sociétés de recouvrement privées sont également d'avis que les frais de procédure sont trop élevés et que la démarche n'est pas rentable. Les bases de données répertoriant des « abonnés aux faillites » notoires sont certes utiles, mais pas toujours fiables, car elles ne sont pas fondées sur un système à identifiant unique. Des confusions sont possibles. Certains débiteurs profitent même d'inscriptions ambiguës (orthographes divergentes) pour ne pas être identifiés.

L'Union syndicale suisse (USS) et UNIA mettent en avant les lourdes conséquences des cas d'abus pour les employés. D'une part, si la faillite est ouverte trop tard, l'indemnité en cas d'insolvabilité n'est plus accordée. D'autre part, les exigences relatives à l'obligation de réduire le dommage en vue de toucher cette indemnité sont (trop) élevées, notamment l'obligation pour l'employé d'intenter une action contre la société. Ce dernier doit en outre assumer des frais, du fait que la question de la gratuité de la procédure sommaire n'a pas encore été tranchée. Or, l'employé n'a souvent pas même les moyens d'avancer les frais de procédure. L'efficacité des poursuites pénales est aussi mise en doute, même si des plaintes ne sont quasiment jamais déposées. De manière générale, l'USS et UNIA trouveraient qu'il serait de bon ton que la faillite soit davantage traitée comme une forme de responsabilité en droit pénal (comme en droit belge par ex.).

Des praticiens issus d'offices des faillites et de tribunaux ont expliqué que, même dans le cadre de procédures sommaires, les cessions de créances et les poursuites lancées par des créanciers étaient rares, probablement en raison des risques financiers inhérents à la démarche. En outre, l'art. 43 LP empêche les organes (comme l'AFC) qui disposeraient des connaissances et des moyens adéquats d'ouvrir une procédure par voie de faillite. L'ouverture a donc souvent lieu trop tard. Enfin, les tribunaux ne mettent pas à profit les outils mis à leur disposition par le droit pénal. Les peines infligées par ordonnance pénale étant souvent dérisoires, on peut douter de leur efficacité en matière de prévention.

2 Buts des mesures proposées

Nombre de mesures envisagées pour empêcher les faillites abusives entrent en conflit avec des intérêts sensibles et des procédures bien établies (ouverture de la faillite, déroulement de la faillite). Comme le précise la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, *« la lutte contre les abus, objectif important, ne doit pas avoir la priorité absolue : certaines faillites ne sont ni abusives ni seulement fautives et les personnes concernées ont le droit à une deuxième chance. Lors de la mise en œuvre de cette motion, il y aura donc lieu d'accorder une attention particulière au maintien d'un équilibre raisonnable entre les divers intérêts en présence »*⁶.

Il est ressorti clairement des avis recueillis auprès des experts et des réflexions qui s'en sont suivies que, d'une part, ni la LP ni le droit pénal n'ont besoin d'être modifiés ou complétés de manière importante et que, d'autre part, le problème des faillites abusives ne pouvait pas être résolu au moyen de nouvelles mesures sur le plan législatif. Il s'agit plutôt de procéder à quelques ajustements ponctuels, lesquels permettront d'utiliser les outils juridiques existants de manière plus efficace et d'obtenir ainsi un réel effet de prévention générale.

Dans de nombreux cas de faillite, et notamment dans les cas d'abus visés, la masse laissée par le débiteur (souvent une SA ou une Sàrl) n'est plus suffisante pour couvrir les coûts d'une procédure de faillite, même sommaire. Les créanciers ne veulent pas prendre le risque d'avancer les frais de procédure, incertains qu'ils sont de se faire rembourser ceux-ci et de recouvrer leur créance. La faillite est donc souvent suspendue faute d'actif (art. 230 LP). La suspension réactive la possibilité de poursuivre le débiteur par voie de saisie (art. 230, al. 3 et 4, LP), de même que la possibilité d'intenter des actions en responsabilité. En même temps, la question se pose de savoir qui (dès lors qu'il n'y a plus d'administration de la faillite) est en position de faire valoir quel dommage (dommages directs uniquement ?). Les

⁶ Rapport de la Commission des affaires juridiques du 2 février 2012

effets de la suspension de la faillite sur les actions en responsabilités (art. 754 et 757 du code des obligations [CO]⁷) ne sont pas réglés par la loi. Ni la doctrine ni la jurisprudence n'apportent de précisions sur ce point⁸.

On constate que les suspensions de faillites faute d'actif favorisent l'impunité des entrepreneurs ayant un comportement fautif. En effet, ces entrepreneurs ont la possibilité de réduire leur risque d'être poursuivi personnellement en dégradant fortement la santé de leur entreprise, jusqu'au point où l'actif n'est plus suffisant pour couvrir les frais d'une procédure sommaire. C'est sur cet aspect qu'il est nécessaire de légiférer. Les mesures à prendre doivent viser à ce que les faillites soient ouvertes plus tôt, à un stade où l'actif disponible permet encore de couvrir les frais d'une procédure au moins sommaire.

Les ministères publics sondés estiment qu'il serait utile pour les autorités de poursuite pénale de pouvoir consulter, voire séquestrer, les dossiers des offices des faillites. Or, pour ce faire, il est nécessaire qu'une procédure soit ouverte.

3 Commentaire des mesures proposées

3.1 Suppression, pour le créancier requérant, de l'obligation de supporter les frais de procédure (mais non de l'obligation de fournir une avance)

3.1.1 Mise en œuvre et effets

Le créancier qui, comme le prévoit l'art. 230, al. 2, LP, fournit la sûreté exigée par l'office des faillites pour couvrir les frais d'une procédure au moins sommaire prend un risque financier considérable. Il ne récupèrera son avance la plupart du temps que si, après l'ouverture de la procédure, il demande une cession de créance au sens de l'art. 260 LP, s'il intente une action et s'il obtient gain de cause. Toutefois, là encore, il n'est pas certain d'être remboursé.

Conformément à l'art. 169, al. 1, LP, le créancier qui requiert la faillite répond des frais jusqu'à et y compris (sic) la suspension des opérations faute d'actif ou jusqu'à l'appel aux créanciers. Le bien-fondé de cette réglementation est difficile à comprendre. Si, à la suite de la réquisition de faillite, une procédure est ouverte, le créancier a, dans un sens, gagné. C'est donc le débiteur qui devrait répondre des frais de la procédure, du fait qu'il est à l'origine de la faillite. De plus, la procédure profite à plusieurs créanciers. On peut dès lors se demander pourquoi un seul d'entre eux devrait prendre des risques financiers pour tous les autres.

La proposition de modification de l'art. 169, al. 1, LP vise à ce que les frais de procédure soient mis à la charge du débiteur, par le biais de la masse, et non à la charge des créanciers. Le juge, dans le cadre de la procédure, restera autorisé à exiger une avance de la part du créancier qui requiert la faillite. De cette manière, on évitera de financer des faillites aux frais de la collectivité. Quant au créancier ayant fourni l'avance, il aura la possibilité de se faire rembourser, lorsque le débiteur est une personne morale, en faisant valoir la responsabilité des membres de son organe supérieur (voir point 3.2). Le créancier court certes toujours un risque, mais celui-ci est réduit. On renonce à supprimer tout risque financier pour le créancier pour éviter d'assister à des faillites dans lesquelles personne n'a subi de dommage ou dans lesquelles aucun bien réalisable (pas même auprès de l'organe supérieur) n'est disponible.

La proposition d'abroger l'art. 169, al. 1, LP aurait comme conséquence que la société devrait supporter les frais également dans les cas prévus à l'art. 731b, al. 1, ch. 3, CO. En cas de défaut de biens, la collectivité devrait alors, comme aujourd'hui, assumer les frais. L'office des faillites aurait toutefois la possibilité de s'appuyer sur la nouvelle disposition pour mettre les frais à la charge des membres de l'organe supérieur (point 3.2). Les situations motivant une liquidation sur la base de l'art. 731b, al. 1, ch. 3, CO seront moins faciles à utiliser pour

⁷ RS 220

⁸ Voir jugement du 10 mai 2011 du Tribunal de commerce de Saint-Gall, HG 2011.18.

liquider la société aux frais des créanciers. La disposition renforcera donc la prévention des cas d'abus et réduira, dans certaines situations, les frais à la charge des créanciers⁹.

3.1.2 Disposition proposée

Art. 169 LP

[4. ~~Responsabilité pour~~ **Avance sur les frais de faillite**]

~~1 Celui qui requiert la faillite répond des frais jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif (art. 230) ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 232). Le juge peut exiger de la partie qui requiert la faillite qu'elle avance les frais jusqu'à la suspension des opérations faute d'actif, y compris les frais de cette dernière, (art. 230) ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 232).~~

~~2 [Voir point 3.2.2. **Error! Reference source not found.**]~~

Cette proposition remplace la responsabilité de la partie requérant la faillite par une obligation, pour cette même partie, de fournir une avance portant sur les mêmes frais. On peut à juste titre objecter que rien ne changera pour la partie requérante. A vrai dire, cette nouveauté va de pair avec la nouvelle disposition, exposée au point 3.2, qui prévoit que les membres de l'organe supérieur de la société débitrice inscrits en dernier au registre du commerce répondent vis-à-vis de la partie ayant fourni l'avance, des frais non couverts par la masse. Le créancier devra certes toujours mettre la main au porte-monnaie, mais pourra facilement récupérer son avance auprès des membres de l'organe supérieur. Cette solution est efficace lorsque ces derniers disposent d'une fortune personnelle, ce qui est souvent le cas en cas d'abus. Elle est également utile aux offices des faillites, notamment dans les cas visés à l'art. 731b, al. 1, ch. 3, CO, où il n'est pas possible d'exiger une avance.

3.2 Responsabilité personnelle solidaire des membres de l'organe supérieur de la société débitrice

3.2.1 Mise en œuvre et effets

Comme on l'a expliqué ci-dessus, dans les cas d'abus, les membres de l'organe supérieur d'une personne morale n'ont aucun intérêt à demander rapidement l'ouverture de la faillite, du moins pas lorsque l'actif disponible permettrait encore de couvrir les frais d'une procédure sommaire. En effet, lorsqu'il n'y a plus d'actif, la procédure est suspendue et il devient difficile et risqué financièrement de faire recours contre des cadres qui auraient commis des fautes.

Si, au moment de l'ouverture de la faillite, une société ne dispose pas des moyens suffisants pour couvrir les frais d'une procédure au moins sommaire, il y a de fortes chances que l'organe visé n'a pas respecté ses obligations au sens des art. 725 et 725a CO.

C'est pourquoi, **lorsque le débiteur est une personne morale, les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration devraient répondre**, vis-à-vis de l'office des faillites ou du créancier en ayant fait l'avance, **des frais de procédure sommaire non couverts par la masse**. Les membres de l'organe devraient alors être tenus de prouver qu'ils n'ont pas manqué à leurs obligations au sens des art. 725 et 725a CO.

⁹ L'art. 731b CO est en vigueur depuis début 2008. Il règle la procédure en cas de carences dans l'organisation des sociétés. Lorsqu'une société ne possède pas tous les organes prescrits ou qu'un de ces organes n'est pas composé conformément aux prescriptions, un actionnaire, un créancier ou le préposé au registre du commerce peut requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires pour remédier à la carence. En dernier recours, le juge a la possibilité de liquider la société par voie de faillite, et ce même en l'absence d'insolvabilité ou de surendettement. Ces dernières années, la proportion de sociétés liquidées de cette manière a augmenté pour atteindre 30 %. Plusieurs voix se sont élevées contre cette réglementation, notamment parce que les sociétés sont liquidées aux frais de la collectivité étant donné qu'il n'est pas possible d'exiger d'avance. Voir : Franco Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, PJA 2008, p. 1378-1394.

L'Allemagne a récemment mis en place une réglementation similaire, dans le cadre de la loi sur la facilitation de l'assainissement des entreprises (ESUG, BGBl I 2011, 2582 ; § 26 InsO) :

(3) Wer nach Absatz 1 Satz 2 einen Vorschuß geleistet hat, kann die Erstattung des vorgeschossenen Betrages von jeder Person verlangen, die entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens pflichtwidrig und schuldhaft nicht gestellt hat. Ist streitig, ob die Person pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat, so trifft sie die Beweislast.

(4) Zur Leistung eines Vorschusses nach Absatz 1 Satz 2 ist jede Person verpflichtet, die entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts pflichtwidrig und schuldhaft keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat. Ist streitig, ob die Person pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat, so trifft sie die Beweislast. Die Zahlung des Vorschusses kann der vorläufige Insolvenzverwalter sowie jede Person verlangen, die einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat.

[Traduction :

(3) Quiconque a fourni une avance au sens de l'al. 1, 2^e phrase, peut exiger le remboursement du montant avancé de toute personne qui, fautivement et contrairement à ses obligations, n'a pas requis l'ouverture de la procédure d'insolvabilité conformément aux prescriptions du droit de l'insolvabilité ou du droit des sociétés. En cas de désaccord, il incombe à la personne à qui il est reproché d'avoir agi fautivement et contrairement à ses obligations de prouver qu'elle n'a pas agi de telle manière.

(4) Est tenue de fournir une avance au sens de l'al. 1, 2^e phrase, toute personne qui, fautivement et contrairement à ses obligations, n'a pas requis l'ouverture de la procédure d'insolvabilité conformément aux prescriptions du droit de l'insolvabilité ou du droit des sociétés. En cas de désaccord, il lui incombe de prouver qu'elle n'a pas agi fautivement et contrairement à ses obligations. L'administrateur de la procédure en place, de même que toute personne pouvant faire valoir une créance vis-à-vis du débiteur, peuvent exiger le paiement de l'avance.]

En vertu des nouveaux al. 3 et 4, toute personne qui, fautivement ou contrairement à ses obligations, n'a pas requis l'ouverture de la procédure d'insolvabilité conformément aux prescriptions du droit de l'insolvabilité ou du droit des sociétés est tenue d'avancer les frais de la procédure. L'action peut être lancée par l'administrateur de la procédure ou par toute personne en mesure de faire valoir une créance vis-à-vis du débiteur. Elle est intentée dans le cadre d'une procédure devant un tribunal civil. L'avance est versée à la caisse de justice en faveur de la future masse. En cas de désaccord, il incombe à l'organe visé de prouver qu'il n'a pas agi fautivement et contrairement à ses obligations (§ 26, al. 4, 2^e phrase, InsO).

Ce mécanisme fondé sur la responsabilité aura certainement un effet de prévention générale, étant donné que les membres de l'organe supérieur auront un intérêt personnel à ce que la procédure soit initiée alors que l'actif est encore suffisant pour couvrir les frais d'une procédure sommaire. Si l'organe, conformément à ses obligations, informe à temps le juge du surendettement de la société, il y a de fortes chances que l'actif soit encore suffisant.

Les sociétés pourraient donc prendre l'habitude de constituer une réserve pour éviter que la responsabilité personnelle de leur organe supérieur ne soit engagée en cas de faillite. La nouvelle réglementation devrait aussi avoir comme effet que le juge soit avisé plus tôt en cas d'endettement. En effet, les derniers membres de l'organe supérieur inscrits au registre du commerce ont un intérêt personnel à ce que l'avis soit transmis alors que l'actif social est encore suffisant pour payer l'avance. On luttera ainsi efficacement contre le phénomène des avis de surendettement transmis à minuit cinq.

La réglementation proposée ne mènera pas à des faillites dans lesquelles aucun créancier n'a subi de dommage, comme cela serait le cas avec un système de gratuité générale, ou dans lesquelles, malgré la responsabilité solidaire proposée, aucun créancier ne serait prêt à avancer les frais. Au contraire, on s'attend à ce que les créanciers continuent à payer cette avance. C'est pourquoi l'utilité de cette modification réside principalement dans son effet de prévention générale.

3.2.2 Disposition proposée

Art. 169, al. 2 LP

[4. Responsabilité pour Avance sur les frais de faillite]

[Pour l'al. 1, voir point 3.1.2.]

² Si le débiteur est une personne morale, les membres de son organe supérieur de direction ou d'administration qu'elle a en dernier institués et fait inscrire au registre du commerce répondent solidairement, vis-à-vis de l'office des faillites ou de la partie en ayant fait l'avance, des frais de procédure sommaire qui ne sont pas couverts par la masse, dès lors qu'ils ne peuvent prouver qu'ils ne sont pas en faute, notamment qu'ils n'ont pas manqué intentionnellement ou par négligence à leurs obligations au sens des art. 725 et 725a CO.

La disposition proposée est à considérer avec la modification exposée au point 3.1.2. Il en découle deux améliorations pour les créanciers : d'une part, ils ne répondront plus des frais de procédure comme cela est le cas aujourd'hui (art. 169, al. 1, LP), même s'ils courent toujours le risque de ne pas se faire rembourser ; d'autre part, précisément pour compenser ce désagrément, ils peuvent engager la responsabilité personnelle des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration de la société débitrice¹⁰ inscrits en dernier au registre du commerce, lesquels sont présumés responsables.

La disposition vise expressément les membres institués par la société. Elle ne s'applique donc pas aux commissaires nommés par le juge du concordat, ni aux collaborateurs de la FINMA ou aux personnes qu'elle a mandatées (art. 14, al. 4, et 19 de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers¹¹). Fondamentalement, les modifications proposées (art. 43, 169 et 230 LP) n'entrent pas dans le champ d'application des procédures d'insolvabilité en droit des marchés financiers (loi du 8 novembre 1934 sur les banques¹², loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances¹³, loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs¹⁴), du fait que, en particulier, il ne s'agit pas de faillites formelles.

Chaque créancier dispose automatiquement du droit d'intenter une action en responsabilité personnelle. Contrairement à ce qui est prévu pour d'autres droits exerçables à l'encontre de l'organe supérieur, le créancier n'a ici pas besoin d'en demander la cession à la masse.

3.3 Abrogation de l'art. 43, ch. 1 et 1^{bis}, LP

3.3.1 Mise en œuvre et effets

Certains cas d'abus montrent que, avec le droit en vigueur, les entreprises qui renoncent systématiquement à payer leurs dettes de droit public échues (impôts, primes de l'assurance-accidents obligatoire) peuvent quand même poursuivre leur activité. Or, en vertu de l'art. 43, ch. 1 et 1^{bis}, LP, les administrations des contributions et la SUVA ne peuvent pas

¹⁰ Le terme d'organe supérieur de direction ou d'administration figure dans la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion et dans le CO (art. 931a). Il correspond au conseil d'administration pour la SA, aux gérants pour la Sàrl, à l'administration pour la société coopérative et pour la société en commandite, à la direction pour l'association et au conseil de fondation pour la fondation.

¹¹ RS 956.1

¹² RS 952.0

¹³ RS 961.01

¹⁴ RS 951.31

requérir l'ouverture d'une faillite. La voie de saisie n'est pas non plus une solution, car il n'y a souvent aucun bien à saisir. En agissant de la sorte, ces entreprises abusent du droit de la faillite et se procurent un avantage concurrentiel. Le fait que, dans ce genre de cas, la faillite est ouverte trop tard, ou qu'aucune faillite n'est ouverte, a également des conséquences négatives en matière d'indemnisation des employés en cas d'insolvabilité.

En abrogeant les al. 1 et 1bis de l'art. 43 LP, on autoriserait les principaux créanciers de droit public à requérir la faillite, ce qui réduirait le nombre d'abus.

Quant à savoir si l'art. 43 LP représente un avantage ou un désavantage pour les créanciers concernés, les avis divergent. Plusieurs interventions visant à élargir la liste de l'art. 43 ont échoué¹⁵. La différence de traitement des créances publiques, non fondée en soi, est critiquée tantôt pour les désavantages tantôt pour les avantages qu'elle procure aux créanciers concernés. Du fait que ceux-ci ne peuvent poursuivre un débiteur que par voie de saisie, on reproche aussi à ce système de « vider » l'actif de la société avant l'éventuelle ouverture d'une faillite. Du point de vue de la prévention, il est regrettable que les entreprises qui renoncent systématiquement à payer leurs dettes puissent poursuivre leur pratique déloyale et abusive sur la base de l'art. 43 LP.

De plus, dans sa version actuelle, la disposition n'est applicable qu'aux créanciers de droit public pour les créances de droit public (exception faite de la prévoyance professionnelle). Etant donné le nombre croissant de tâches publiques confiées à des privés, le champ d'application de cette disposition devient de plus en plus aléatoire¹⁶.

Depuis quelques années, le droit de la faillite est perçu de plus en plus comme un moyen d'assainissement. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'assainissement de la LP, les débiteurs et les créanciers disposent d'un outil efficace pour restructurer les dettes et pour permettre à une entreprise en difficultés financières de poursuivre son activité. Pour qu'un assainissement soit efficace, il est quoi qu'il en soit nécessaire d'entreprendre des démarches suffisamment tôt, lorsque l'entreprise dispose encore d'assez de moyens pour financer une éventuelle procédure d'assainissement. L'art. 43 LP est donc contraire à ce principe puisqu'il permet à une entreprise de ne pas payer certaines dettes ou à certains créanciers de soustraire ces dettes de la masse par voie de saisie.

Il convient donc d'abroger les al. 1 et 1^{bis} de l'art. 43, car la différence de traitement des créances publiques n'est pas justifiée, complique l'assainissement et ouvre la porte à des abus. Les al. 2 et 3 peuvent être maintenus, car ils ne donnent pas lieu à des abus.

¹⁵ Dans le cadre de l'initiative parlementaire Baumberger (98.411; http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=19980411), la Commission des affaires juridiques du Conseil national a élaboré un rapport et une proposition détaillée visant à réserver la faillite, dans le domaine privé, aux créances de 1000 francs au minimum. Le Parlement a refusé cette proposition. A la fin de l'avis du Conseil fédéral en réponse au rapport, on peut toutefois lire : « Si, dans un avenir proche, d'autres exceptions devaient être proposées, comme le craint la minorité de la Commission, il conviendrait de mener une réflexion sur la suppression totale de la réglementation prévue à l'art. 43 LP. Loin d'atteindre son but historique – la protection du débiteur – cette disposition peut favoriser certains créanciers. En effet, de nombreux débiteurs estiment que la poursuite par voie de saisie est plus rigoureuse que la faillite. Par conséquent, une grande partie des débiteurs sujets à la poursuite par voie de saisie choisissent la faillite (environ la moitié de toutes les faillites font suite à des déclarations d'insolvabilité au sens de l'art. 191 LP). Et tout porte à croire que cette tendance ne va pas s'inverser. »

¹⁶ ATF 5A_54/2013 du 22 mai 2013, consid. 2.1.2: « Pour la doctrine, le champ d'application de la disposition n'a pas (ou plus) beaucoup de sens, en particulier en raison de la notion de « caisse publique » dans le contexte actuel où des tâches publiques sont assumées par des privés. Pour cette raison, comme pour d'autres, on propose d'abroger ou de modifier l'art. 43 LP (voir le commentaire d'Acocella, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2 éd. 2010, n° 4a ad art. 43 LP; Rigot, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 16 ad art. 43 LP; Reiser, Zu den Ausnahmen von der Konkursbetreibung gemäss Art. 43 SchKG, in: BLSchK 2005, p. 62, 65; Karlen, Privilegien des Staates bei der Vollstreckung öffentlichrechtlicher Geldforderungen, in: Festschrift Spühler, 2005, p. 158) ». Plusieurs interventions visant à élargir la liste de l'art. 43 ont échoué (initiative parlementaire Baumberger, 98.411; http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=19980411).

3.3.2 Disposition proposée

Art. 43 LP E. Exceptions à la poursuite par voie de faillite

Dans tous les cas, la poursuite par voie de faillite est exclue pour :

1. ~~le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à un fonctionnaire ; (abrogé)~~

1 bis. ~~le recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire ; (abrogé)~~

2. le recouvrement de contributions périodiques d'entretien et d'aliments découlant du droit de la famille ou de contributions d'entretien découlant de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat ;

3. la constitution de sûretés.

3.4 Prolongation du délai de paiement à l'art. 230, al. 2, LP

3.4.1 Mise en œuvre et effets

Conformément à l'art. 230, al. 2, LP, l'office des faillites publie la décision du juge portant sur la suspension de la faillite faute d'actif en précisant que la faillite sera clôturée si, dans les dix jours, les créanciers n'en requièrent pas la liquidation et ne fournissent pas la sûreté exigée pour les frais qui ne seront pas couverts par la masse.

Par rapport au contexte étudié, le délai de dix jours paraît très court. Un créancier devrait pouvoir disposer de plus de temps pour consulter des dossiers afin de se faire une image de la situation de la société débitrice, pour éventuellement solliciter un conseil juridique et, finalement, pour payer la sûreté requise.

Il convient donc de prolonger ce délai. Toutefois, étant donné l'incidence de cette disposition sur l'art. 51, let. b, de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage (LACI)¹⁷ (droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité lorsqu'aucun créancier n'avance les frais dans le délai imparti), on propose de ne faire passer ce délai qu'à 20 jours (délai courant dans la LP, voir art. 250).

3.4.2 Disposition proposée

Art. 230, al. 2, LP I. Suspension de la faillite faute d'actif 1. En général

2 L'office publie cette décision. La publication porte que la faillite sera clôturée si, dans les dix **20** jours, les créanciers n'en requièrent pas la liquidation et ne fournissent pas la sûreté exigée pour les frais qui ne seront pas couverts par la masse.

4 Variantes étudiées et mesures non retenues

4.1 Variantes pour la suppression de l'obligation de supporter les frais de procédures

4.1.1 Suppression de la responsabilité et de l'obligation de fournir une avance du créancier

Une variante de la solution présentée au point 3.1 a été étudiée : supprimer complètement la responsabilité des créanciers, de même que leur obligation de fournir une avance. Elle n'a toutefois pas été retenue, car elle aurait pour effet de faire porter tous les coûts à la collectivité. On assisterait à l'ouverture de procédures (sommaires ou non) pour des bagatelles qui

¹⁷ RS 837.0

normalement ne devraient pas donner lieu à une faillite. Le risque financier doit en effet inciter la partie requérante à se demander si un cas vaut la peine ou non d'être traité par voie de faillite. On a dès lors estimé que la mesure proposée (point 3.1 en relation avec le point 3.2) représentait une solution médiane.

4.1.2 Suppression de l'obligation uniquement pour les créances privilégiées

La responsabilité des créanciers et leur obligation de fournir une avance (art. 169 LP) est particulièrement injuste à l'égard des employeurs et des créanciers privilégiés. La protection offerte par le privilège est sans effet si, pour des raisons financières, une procédure n'a pas été ouverte rapidement.

C'est pourquoi, on a envisagé d'exclure les créanciers privilégiés du champ d'application de l'art. 169 LP, à savoir les créanciers de première et de deuxième classes ainsi que les assurances sociales à condition que cela soit compatible avec l'art. 43 LP. Dans la pratique, cette variante inciterait les créanciers visés à requérir la faillite, mais, dans de nombreux cas, ce serait alors aux autorités de faillite, donc au final aux cantons, de payer les frais de procédures non couverts. Cette amélioration de la condition des créanciers privilégiés se ferait donc aux frais des cantons. Enfin, cette variante nécessiterait encore qu'un état de collocation soit dressé avant l'ouverture de la faillite.

4.2 Variantes pour la responsabilité des organes supérieurs en matière de frais de procédure

4.2.1 « Taxe anticipée de recyclage » pour les entreprises

On a étudié la possibilité d'imposer aux entreprises, au moment de leur fondation, de prévoir les frais approximatifs d'une procédure sommaire, à la manière d'une taxe anticipée de recyclage. Les registres du commerce pourraient par exemple demander un justificatif du virement au moment de l'inscription de la société.

Cette variante assurerait la couverture des frais de procédure. Les frais de fondation seraient toutefois plus élevés, ce qui compliquerait la création de nouvelles entreprises.

Concrètement, il faudrait encore trouver un moyen de calculer le montant de cette taxe. Or, au moment de la fondation, on ne peut prédire le moment où l'entreprise risquera de faire faillite, ni la structure qu'elle aura à ce moment. On pourrait envisager une valeur fonction du capital-actions, mais cette solution poserait problème dans le cas des coopératives dépourvues de parts sociales.

Du point de vue politique, il serait difficilement acceptable d'augmenter les frais de fondation. Cette mesure serait à l'opposé des dernières réformes (notamment du droit de la Sàrl) et des efforts politiques visant à faciliter la fondation d'entreprises. On craint en outre une charge de travail supplémentaire pour percevoir, gérer (intérêts) et conserver ces fonds. Enfin les montants versés correspondraient à des capitaux inutilisables (et ce pour toutes les entreprises, même celles qui ne se trouveront jamais confrontées à une faillite).

La proposition retenue ne fait pas supporter de frais à la collectivité et ne nécessite pas de procédures de versement et de conservation. Elle désavantage certes les créanciers dans le sens où ceux-ci continueront à courir un risque financier. Néanmoins, elle permet d'éviter l'ouverture de procédures qui aboutiraient à un acte de défaut de biens.

4.2.2 Obligation de révision

Aujourd'hui, l'art. 727a, al. 2, CO autorise les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas dix postes à temps plein à renoncer à tout contrôle. Les entreprises concernées font souvent usage de ce droit. Dans les cas d'abus visés, les sociétés ne sont souvent pas soumises à l'obligation de révision et renoncent à s'y soumettre volontairement. Une étude de la Haute

école de sciences appliquées de Zurich a révélé que les entreprises insolubles n'ont la plupart du temps pas d'organe de révision¹⁸.

On a dès lors envisagé de supprimer la possibilité de renoncer à la révision. Cette mesure porterait toutefois atteinte au système actuel qui permet de fonder et gérer une entreprise avec peu de ressources. De plus, le Parlement a instauré récemment la réglementation à plusieurs options et a, à cette occasion, étudié soigneusement les risques potentiels. Pour l'instant, il n'est donc pas question de revenir en arrière.

En revanche, il serait opportun de modifier la **législation sur les marchés publics** de manière à ce que les mandats publics ne soient attribués qu'à des entreprises dotées d'un organe de révision (clause à prévoir dans les contrats). Cette mesure ne fait toutefois ici que l'objet d'une **recommandation**.

4.3 Mesures étudiées et non retenues

4.3.1 Adaptations des art. 725 ss CO

Il faudrait considérer qu'un avis de surendettement est transmis trop tard s'il survient à un moment où l'actif de la société n'est déjà plus suffisant pour financer une procédure sommaire. Cela correspondrait alors un manquement du point de vue des obligations du conseil d'administration. Le problème n'est toutefois pas la législation, mais les obstacles factuels pour trouver une partie prête à intenter une action. Comme il n'y a pas de jurisprudence en la matière et comme, dans la pratique, aucune sensibilisation n'a été mise en place, on a étudié la possibilité d'inscrire une telle obligation dans la loi. A l'art. 725 CO, on pourrait préciser que, dans les cas prévus actuellement, l'avis doit être transmis au plus tard avant que l'actif ne soit plus suffisant pour couvrir les frais d'une éventuelle faillite ou procédure concordataire.

Signalons que l'avant-projet de révision du droit de la SA du 28 novembre 2014 tient compte des propositions du groupe d'experts « assainissement dans le code des obligations ». Ces propositions prévoient une réforme globale des art. 725 ss CO et notamment l'instauration d'indicateurs d'alerte et le renforcement des dispositions visant à surveiller la situation financière¹⁹. Le respect de ces nouvelles dispositions permettra d'éviter les cas où l'avis de surendettement est transmis à un moment où l'actif est déjà insuffisant. Les propositions de l'avant-projet étant efficaces pour lutter contre les abus, on renonce ici à proposer d'autres mesures.

4.3.2 Recours possibles en cas faillites suspendues

Le droit en vigueur n'est pas clair quant au droit d'intenter une action qu'ont les créanciers dans le cadre de l'action en responsabilité contre le conseil d'administration de la société en faillite, après que la faillite a été suspendue faute d'actif. Les conséquences de la suspension sur le droit d'intenter une action en responsabilité (art. 754 et 757 CO) ne sont pas réglées par la loi. La doctrine et la jurisprudence ne sont pas non plus d'une grande aide²⁰. Concrètement (mais également du point de vue du droit), une action ne peut être intentée que si une procédure sommaire est ouverte et donc qu'une avance a été payée. Les offices des

¹⁸ Un résumé de l'étude (sans les chiffres qui nous intéressent ici) est accessible à l'adresse : <http://pd.zhaw.ch/publikation/upload/206339.pdf> (consulté le 6 mars 2015). Toutefois la corrélation mise en évidence est surtout due à une faible capitalisation, ce qui est typique des entreprises sans organe de révision.

¹⁹ Voir le rapport explicatif, p. 132 ss, à l'adresse : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-f.pdf> (consulté le 6 mars 2015).

²⁰ Voir jugement du 10 mai 2011 du Tribunal de commerce de Saint-Gall, HG.2011.18 ; et ATF 110 II 396. Selon l'ATF 110 II 396, le créancier a droit à ce que la société radiée du registre du commerce à la suite d'une suspension de faillite faute d'actif, y soit à nouveau inscrite, s'il peut prouver qu'elle dispose à nouveau de biens et que ceux-ci peuvent être saisis. Le jugement précise expressément que l'administration de la faillite doit alors opter pour une procédure sommaire, pour laquelle une avance est à nouveau exigée. Le jugement du Tribunal de Saint-Gall complique passablement la tâche du créancier. En effet, celui-ci n'est pas habilité à faire valoir activement, à moins de le faire au nom de la masse le dommage (direct ou indirect) causé à la société. Or, cette option ne lui est offerte que dans le cas de la cession de droits (art. 260 LP), laquelle ne peut avoir lieu que si une procédure de faillite est en cours.

faillites espèrent que, dans de nombreux cas, ce paramètre incitera les créanciers à fournir une avance.

On a dès lors étudié la possibilité d'autoriser les créanciers à tenter une action même quand la procédure de faillite a été suspendue faute d'actif. Au nom du principe de l'égalité de traitement, il faudrait toutefois veiller à impliquer les autres créanciers potentiels dans la procédure. On pourrait prévoir que le demandeur qui obtient gain de cause dans une action en responsabilité soit obligé d'avancer les frais d'une procédure sommaire (après déduction des frais propres). Si une telle procédure est financée, l'appel aux créanciers pourrait être réitéré. On pourrait aussi prévoir de publier une annonce relative à l'action intentée en précisant un délai dans lequel les créanciers peuvent s'annoncer. Toutefois ces solutions seraient aussi complexes que la réglementation actuelle. C'est pourquoi nous y avons renoncé au profit de la proposition exposée au point 3.

4.3.3 Normes pénales supplémentaires

Il apparaîtrait sensé de punir les cas d'abus particulièrement flagrants. On a dès lors étudié des possibilités de modifier le droit pénal ou de prévoir de nouvelles peines accessoires (par ex. interdiction d'exercer une profession ou interdiction d'exercer une activité indépendante).

Toutefois, il est ressorti de l'examen des normes pénales concernées et des échanges avec les autorités de poursuite pénale qu'il n'était pas foncièrement nécessaire d'adapter le droit pénal. Les statistiques confirment cette conclusion. Depuis la réforme de 1995 des dispositions sur la banqueroute frauduleuse (art. 163 CP), le nombre de condamnations n'a cessé d'augmenter²¹. La sanction pour cette infraction peut aller d'une peine pécuniaire jusqu'à une peine privative de liberté de cinq ans. Le nombre de condamnations pour violation de l'obligation de tenir une comptabilité (art. 166 CP) est aussi en forte augmentation depuis 2005 (environ 90 en 2010). La sanction peut s'élever ici jusqu'à une peine privative de liberté de trois ans. Aucune tendance n'est observée quant à la gestion fautive (art. 165 CP), pour laquelle la peine privative de liberté maximale est fixée à cinq ans. La doctrine ne formule aucune recommandation particulière en lien avec ces dispositions. Parallèlement à l'obligation de tenir une comptabilité, il vaut la peine de mentionner l'art. 325 CP, qui punit d'une amende (jusqu'à 10 000 francs) la violation par négligence de l'obligation de tenir une comptabilité régulière.

Ces différents éléments montrent que les sanctions prévues pour les infractions en lien avec la faillite (au maximum peine privative de liberté de cinq ans) sont suffisamment dissuasives. Le fait que ces mesures ne semblent toutefois pas fonctionner est peut-être dû, d'une part, au fait qu'une procédure est rarement ouverte et, d'autre part, que, lorsqu'une peine est infligée, celle-ci est souvent faible (souvent des amendes par ordonnance pénale). Durcir les peines ou en introduire de nouvelles, comme l'interdiction d'exercer une profession ou une activité indépendante (analogue à l'inhabilitation en droit anglais) ne remédierait pas à la situation actuelle. Du reste, les interdictions d'exercer une activité existent déjà en droit suisse, notamment pour les infractions graves (art. 67 CP, peine minimale de six mois, s'il y a lieu de craindre que l'auteur commette un nouveau crime ou délit) et pour les infractions représentant une grave menace pour la population (à savoir les actes de pédophilie, depuis 1^{er} janvier 2015²²). Elles portent directement atteinte au droit fondamental à la liberté économique (art. 27, al. 2, de la Constitution²³), si bien que le juge, dans le cadre de procédures de faillite (qui n'ont rien à voir avec les cas de pédophilie) n'ordonnerait ou ne pourrait ordonner que très rarement une telle interdiction. À cet égard, les sanctions prévues par le droit en vigueur sont suffisantes. De plus, ces éventuelles peines accessoires supplémentaires seraient faciles à contourner (au moyen d'intermédiaires ou en fondant une société à l'étranger).

Au lieu de modifier le droit pénal, il faut veiller à appliquer celui-ci. Or, cette tâche n'incombe pas au législateur, mais aux ministères publics, aux parties lésées (comme les assurances

²¹ Environ 110 en 2010 d'après BasKom StGB II-Hagenstein, avant n° 1 ad art. 163.

²² <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/gesetzgebung/berufsverbot.html> (dernière visite le 6 mars 2015).

²³ RS 101

sociales) ou encore aux représentants de groupes d'intérêts (syndicats des employés lésés) par le biais de dénonciations pénales. Les offices des poursuites devraient eux aussi dénoncer les cas suspects. Cela devrait notamment être systématique en cas de comptabilité incomplète ou irrégulière (art. 166 et 325 CP). En effet, les offices des poursuites sont les mieux placés pour surveiller les activités des débiteurs et, le cas échéant, dénoncer des comportements fautifs. Ils savent par exemple souvent que tel ou tel débiteur a déjà conduit plusieurs fois une société dans une situation d'insolvabilité, information dont les créanciers lésés ne disposent pas.

4.3.4 « Mise au pilori » des personnes impliquées dans des faillites

Dans le cadre du projet actuel de modernisation du registre du commerce (message prévue en été 2015), il est prévu de mettre en place un registre central des personnes physiques inscrites au registre du commerce (registre central des personnes)²⁴. Celui-ci permettra d'identifier sans ambiguïté les personnes physiques inscrites. L'administration pourra aussi l'utiliser pour effectuer des recherches statistiques, notamment en ce qui concerne l'implication des personnes impliquées dans des procédures de faillite.

Il est également prévu, dans le registre du commerce, de pouvoir rechercher les informations disponibles en ligne sur la base de critères plus précis. Aujourd'hui, le portail en ligne ne propose que les options « recherche de la raison » et « recherche selon No d'entreprise ». Le projet rendra possible des recherches par personne ainsi que des recherches ciblées sur une période donnée.

Ces nouveautés seront un moyen efficace pour lutter contre les abus, notamment, par le biais de la responsabilité personnelle, contre le phénomène des faillis multirécidivistes. Cet instrument ne sera certes pas infaillible. Toutefois, il est important de garder à l'esprit la protection contre les cas d'abus dans l'élaboration du projet de modernisation, ainsi que dans sa mise en œuvre.

Le message sur la modernisation du registre du commerce devrait être soumis au Parlement en automne 2015²⁵. Toutefois, s'il est adopté, il faudra peut-être encore attendre plusieurs années jusqu'à ce qu'il soit possible d'effectuer des recherches par personne.

Dans l'optique de lutter contre les abus, et à condition qu'une nouvelle interprétation de la protection des données ne s'y oppose, il serait également souhaitable de compléter le registre du commerce d'une fonctionnalité supplémentaire reliant une personne physique à plusieurs entités juridiques. Il serait donc possible, comme le proposent des services privés sur la base des données contenues dans la FOSSC, d'identifier si une personne est impliquée dans plusieurs sociétés ayant fait faillite. Ces informations permettraient alors aux différents acteurs d'être plus prudents au moment de conclure un contrat. Etant donné que le projet de modernisation du registre du commerce n'a pas encore été adopté, et que, même après son éventuelle entrée en vigueur, il faudrait encore des années pour réaliser l'aspect technique (adaptation, vérification et mise en relation des données), il est encore trop tôt pour concrétiser cette proposition²⁶.

5 Conclusion

Les mesures proposées n'empêcheront pas tous les abus en matière de faillite. Ceux-ci seront toutefois plus difficiles à commettre. Les créanciers lésés resteront confrontés à certains obstacles, mais pourront plus facilement agir en justice. L'objectif du Conseil fédéral est de

²⁴ Avant-projet disponible à l'adresse : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html> (consulté le 6 mars 2015).

²⁵ Voir note de bas de page précédente pour l'état actuel des travaux.

²⁶ Voir réponse à l'interpellation Regazzi (14.3282), accessible sous : http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20143282 (consulté le 6 mars 2015). La fonctionnalité supplémentaire demandée ne doit pas nécessairement être un outil de recherche sur la base des personnes. On pourrait par ex. relier les données relatives à une personne physique associée à plusieurs sociétés dans le registre du commerce (conseil d'administration), de sorte que, en cliquant sur son nom, on puisse visualiser les différentes sociétés dans lesquelles elle est impliquée. Selon cette variante, il ne serait en revanche pas possible de faire une recherche directement sur la base du nom de la personne.

présenter ici les mesures les plus efficaces qu'il soit possible de mettre en œuvre sans compromettre d'autres objectifs, tout aussi importants, du droit de la faillite. Le droit ne doit pas tolérer les abus, il doit permettre leur répression. Il ne doit pas viser des cas particuliers, mais offrir un cadre favorable aux entreprises honnêtes qui ont commis des erreurs, mais qui méritent une seconde chance. La déroute économique ne doit pas en soi être condamnée pénalement.

Les mesures proposées auront un effet de prévention générale double auprès des membres des organes suprêmes des sociétés : d'une part, car ils seront tenus solidairement responsables des cas d'abus et, d'autre part, car les créanciers, notamment des autorités et des représentants de groupes d'intérêts, pourront utiliser les modifications proposées pour agir plus facilement contre les cas d'abus sur les plans civil et pénal.