



UNIL | Université de Lausanne

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE
FACULTÉ DES HAUTES ETUDES COMMERCIALES

Mémoire de Maîtrise universitaire en droit et économie

La lutte contre l'usage abusif de la faillite face à la liberté
économique

par

Loane Membrez

Sous la direction du Professeur Anouk Neuenschwander

Session d'hiver 2022

Résumé

La lutte contre l'usage abusif de la faillite et plus particulièrement le renforcement de la protection des créanciers, est un objectif poursuivi par le législateur suisse, qui a été concrétisé dans une nouvelle loi fédérale. Mais de quoi veut-on concrètement protéger les créanciers ? Quelles sont les origines et les conséquences de cette nouvelle loi ? Le but de ce travail est d'identifier les tenants et aboutissants de ces nouvelles dispositions légales, tout en effectuant le lien avec la liberté économique, qui s'en trouve impactée.

Pour ce faire, il est opportun d'effectuer une pesée des différents intérêts en jeu ainsi que d'analyser le bien-fondé d'une intervention de l'Etat en la matière, au regard de notre système économique et des libertés fondamentales garanties par notre Constitution.

The fight against the abusive use of bankruptcy and more particularly the reinforcement of creditor protection is an objective pursued by the swiss legislator, which has been concretised in a new federal law. But what is it that we want to protect creditors from in concrete terms? What are the origins and consequences of this new law? The aim of this work is to identify the ins and outs of these new legal provisions, while making the link with economic freedom, which is impacted by them.

To do this, it is appropriate to weigh up the various interests at stake and to analyse the merits of state intervention in this area, regarding our economic system and the fundamental freedoms guaranteed by our Constitution.

Mots-clés:

Liberté économique ; faillite abusive ; serial failer ; protection des créanciers ; responsabilité civile et pénale ; harmonisation des données ; droits fondamentaux ; restrictions

Remerciements

Tout d'abord, je tiens à remercier Madame la Prof. Anouk Neuenschwander, Maître d'enseignement et de recherche à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, qui a accepté de superviser mon mémoire.

Je remercie également Mesdames Nathalie Membrez et Christiane Fridez pour la relecture de mon travail.

Enfin, je tiens à remercier chaleureusement Monsieur le Préposé de l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne Pascal Scheidegger, qui m'a fait part de son expérience et partagé quelques précieuses informations.

Note générale

Pour des raisons de lisibilité, seule la forme masculine a été utilisée dans la rédaction du présent mémoire. Elle s'applique toutefois aussi bien aux femmes qu'aux hommes.

Table des matières

TABLE DES ABRÉVIATIONS	7
TABLE DES ARRÊTS CITÉS.....	8
INTRODUCTION	9
LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE	10
1. ORIGINE	11
2. DÉFINITION ET CHAMP DE PROTECTION.....	11
2.1 <i>La liberté économique en tant que droit fondamental.....</i>	<i>12</i>
2.1.1 Le libre accès à une activité économique lucrative privée	12
2.1.2 Le libre exercice d'une activité économique lucrative privée.....	13
2.2 <i>La liberté économique en tant que principe de l'ordre économique.....</i>	<i>13</i>
3. LE RÔLE DES CANTONS EN MATIÈRE DE LIBERTÉ ÉCONOMIQUE	14
4. STATISTIQUES FÉDÉRALES.....	15
4.1 <i>La création d'entreprises en Suisse.....</i>	<i>15</i>
4.2 <i>Les faillites en Suisse.....</i>	<i>16</i>
LA FAILLITE ET LES ABUS EN LA MATIÈRE.....	18
1. LA FAILLITE EN GÉNÉRAL	18
2. LA FAILLITE ABUSIVE	19
3. LES « SERIAL FAILER ».....	21
4. LA FAILLITE ABUSIVE EN TEMPS DE COVID	22
LA PROTECTION DES CRÉANCIERS.....	23
1. LA PROBLÉMATIQUE	23
2. LE DROIT ACTUEL	23
2.1 <i>La responsabilité civile.....</i>	<i>23</i>
2.2 <i>La responsabilité pénale.....</i>	<i>24</i>
2.2.1 En général	24
2.2.2 La notion de faute dans la faillite	25
2.3 <i>Les registres officiels.....</i>	<i>27</i>

3.	LE PROJET DE MODIFICATION DE LA LOI.....	28
LA LOI FÉDÉRALE SUR LA LUTTE CONTRE L'USAGE ABUSIF DE LA FAILLITE.....		29
1.	INTRODUCTION	29
2.	OBJECTIF DE LA LOI	29
3.	AVIS DES MILIEUX INTÉRESSÉS SUR LE DROIT ACTUEL	31
4.	INCIDENCES.....	31
4.1	<i>La modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.....</i>	<i>32</i>
4.2	<i>La modification du code des obligations.....</i>	<i>33</i>
4.2.1	La vente de parts de sociétés liquidées.....	33
4.2.2	L'opting-out rétroactif.....	33
4.2.3	Le registre du commerce	34
4.3	<i>La modification du code pénal et du code pénal militaire</i>	<i>34</i>
4.4	<i>La modification de la loi sur le casier judiciaire</i>	<i>36</i>
5.	CRITÈRES DE QUALIFICATION DE LA FAILLITE ABUSIVE	36
6.	MESURES NON RETENUES	36
6.1	<i>En matière de droit des poursuites et faillites</i>	<i>37</i>
6.2	<i>En matière pénale.....</i>	<i>37</i>
7.	CONSÉQUENCES DE LA NOUVELLE LÉGISLATION SUR LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE.....	37
7.1	<i>Aspects économiques</i>	<i>37</i>
7.2	<i>Aspects juridiques.....</i>	<i>38</i>
7.2.1	Le respect du noyau dur.....	38
7.2.2	Les conditions des restrictions.....	39
7.2.3	Discrimination	41
AUTRES PROJETS LÉGISLATIFS LUTTANT CONTRE L'USAGE ABUSIF DE LA FAILLITE		42
1.	INTRODUCTION	42
2.	LA RÉVISION DU DROIT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.....	42
3.	LA MODERNISATION DU DROIT DU REGISTRE DU COMMERCE.....	43

3.1	<i>La modification du code des obligations</i>	43
3.2	<i>La modification de l'ordonnance du registre du commerce</i>	44
	DISCUSSION FINALE ET PRISE DE POSITION	45
	CONCLUSION	47
	BIBLIOGRAPHIE	49
	ENGAGEMENT DE NON-PLAGIAT	52

Table des abréviations

al.	alinéa
art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BO	Bulletin officiel
CO	Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220
CP	Code pénal
CR	Commentaire romand
Cst	Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999, RS 101
Cst-VD	Constitution du canton de Vaud
éd.	édition
ex	exemple
FF	Feuille fédérale
<i>in</i>	locution latine signifiant « dans »
let.	lettre
nCO	article nouveau du code des obligations
nLP	article nouveau de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite
OFRC	Office fédéral du registre du commerce
OFS	Office fédéral de la statistique
p./pp.	page/pages
PIB	produit intérieur brut
PME	petites et moyennes entreprises
RS	Recueil systématique suisse
s./ss	suiwant(e)/suiwant(e)s
SECO	Secrétariat d'état à l'économie
TF	Tribunal fédéral

TABLE DES ARRÊTS CITÉS

ATF 145 I 183

ATF 141 V 557

TF, arrêt 6B_1047/2015 du 28 avril 2016

ATF 144 IV 52

Introduction

La liberté économique est une pierre angulaire de la prospérité en Suisse, et la création d'entreprises y est grandement facilitée, donc aisée.

Après un rappel du cadre légal de cette liberté constitutionnelle, le présent ouvrage exposera quelques statistiques en matière de création d'entreprises et de faillites.

Notre économie libérale attire bon nombre d'entreprises et de futurs entrepreneurs, et encourage la prise de risques, qui n'est pas sans conséquences. La loi du plus fort n'est toutefois pas la seule à provoquer des faillites ; il y a aussi les « serial failer », des professionnels de l'insolvabilité organisée, qui profitent du système et de ses lacunes.

Ces dernières ont donc justifié la modification du droit actuel par l'adoption d'une nouvelle réglementation, la nouvelle loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite, au cœur de ce travail. Celle-ci n'est toutefois pas un électron libre puisque d'autres projets législatifs poursuivent un but similaire.

L'ensemble de ces projets, à l'instar de la nouvelle réglementation, seront analysés, dans leur contenu et leur impact, la problématique de la protection des créanciers étant le fil rouge du présent ouvrage.

Dans un esprit plus critique, un regard sera ensuite porté sur la justification de telles mesures et les éventuelles discriminations qu'elles engendrent.

En tant qu'elles sont les plus concernées par cette loi et les bénéficiaires principales de la liberté économique, et pour davantage de clarté, seules les personnes morales de droit privé seront analysées, à savoir principalement les sociétés commerciales et les fondations.

La liberté économique

Selon une étude annuelle de l'institut canadien Fraser¹, la Suisse figure parmi les leaders du monde en matière de respect de la liberté économique et ceci, depuis 1970, date à laquelle cette étude a débuté.

Plus encore, la Suisse n'a jamais quitté le top cinq du classement et a même accédé certaines années à la première place de celui-ci.

En 2019 spécifiquement, la Suisse a conservé son statut de pays le plus libre d'Europe et sa 4^{ème} place dans le monde².

Cela n'est guère étonnant lorsque l'on sait que la liberté économique est au cœur de la législation suisse, concrétisée dans la Constitution fédérale, plus particulièrement aux articles 27 (droit fondamental) et 94 (principe de l'ordre économique), et bénéficiant de l'appui de quelques lois fédérales et de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Le rôle de ces dispositions légales est de protéger les activités économiques lucratives privées ainsi que la concurrence³.

La Suisse prône, en effet, un régime d'économie de marché, où l'offre et la demande déterminent les prix, et où l'intervention de l'Etat doit être minimale et mesurée⁴.

La libre concurrence, qui découle de la liberté économique, doit être, au regard de notre système économique, protégée à tout prix. De même, il est veillé durement à ce qu'aucun avantage ne soit pris par certains concurrents de manière déloyale.

Malheureusement, certains entrepreneurs n'ont pas de limites en ce qui concerne la prise indue d'avantages pour se placer au-devant de la scène et maximiser leurs revenus dans leur domaine d'activité. Le profil de ces entrepreneurs, leurs nombres et leurs stratagèmes seront exposés dans un prochain chapitre.

En premier lieu, il convient d'analyser de manière plus détaillée la liberté économique, à la base de notre régime économique libéral.

¹ Fraser Institute

² Gwartne, Lawson, Hall, & Murphy, p. 18

³ CR Cst.-Martenet, art. 94, N 20

⁴ Schröter, p. 1

1. Origine

Au XV^{ème} siècle, de très nombreuses restrictions existaient quant au choix d'une profession ou la création d'ateliers et de commerces. Dites restrictions, de même que l'imposition de tarifs et directives, rendaient la concurrence inexistante⁵.

La Suisse, que l'on appelait « République helvétique » de 1798 à 1803, n'a garanti la liberté et l'égalité à ses citoyens qu'à partir de cette période. Il a fallu toutefois encore un certain temps pour que la liberté du commerce et de l'industrie, soit l'ancêtre de la liberté économique, soit octroyée à la population⁶.

Les cantons intégrèrent la liberté économique à partir de 1830, et c'est la Constitution fédérale de 1874, entièrement révisée, qui adopta de manière définitive la liberté économique comme droit fondamental⁷.

Lors de la rédaction de la Constitution, le but des articles 27 et 94 Cst était en priorité la liberté d'entreprendre. Ce n'est qu'avec l'adoption de la loi sur les cartels en 1995, que la protection de la concurrence fût ancrée (art. 96 Cst), garantissant expressément la liberté économique et relayant au second plan la liberté d'entreprendre⁸.

Mais un tel régime d'économie de marché est-il avantageux ? Une intervention de l'Etat peut-elle se justifier ? Avant de tenter de répondre à ces questions, il convient d'aborder l'essence même de la liberté économique, à savoir ce qu'elle protège concrètement aujourd'hui.

2. Définition et champ de protection

La liberté économique consacrée à l'art. 27 Cst protège le droit individuel (droit fondamental) alors que celle prévue à l'art. 94 Cst protège la dimension institutionnelle ou systémique de la liberté économique, à titre de principe fondamental d'un régime fondé sur l'économie de marché⁹. Ces deux dimensions sont étroitement liées et ne peuvent dès lors être considérés de manière isolée¹⁰.

⁵ Dubler & Winzeler, p. 2

⁶ Dubler & Winzeler, p. 3

⁷ Dubler & Winzeler, p. 4

⁸ Dubler & Winzeler, p. 4-5

⁹ ATF 145 I 183, consid. 4.1.1

¹⁰ ATF 145 I 183, *op. cit.*

Les droits fondamentaux ne sont pas uniquement des droits dont tout citoyen peut se prévaloir dans le cadre d'une action judiciaire. Les droits fondamentaux sont ancrés dans notre système étatique tout entier et dépassent les frontières nationales.

Cela étant, ce n'est pas tant l'adoption de ces dispositions par le législateur fédéral qui ont donné vie à la liberté économique que l'on connaît aujourd'hui.

En effet, c'est bien plus la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a véritablement ancré cette liberté tant à son niveau qu'à l'échelle cantonal¹¹.

2.1 La liberté économique en tant que droit fondamental

La liberté économique appartient, de la même manière, aux personnes physiques et aux personnes morales.

Sous l'angle des personnes morales, la liberté économique se caractérise par le droit constitutionnel de la libre entreprise et du libre choix de l'activité économique. Autrement dit, l'art. 27 al. 2 Cst comprend :

- Le libre accès à une activité économique lucrative privée
- Le libre exercice d'une activité économique lucrative privée

Une activité privée est une activité qui ne constitue ni l'accomplissement d'une tâche étatique ou communale confiée par le droit public, ni une activité monopolistique telle que la concession ferroviaire¹² par exemple.

Une activité économique est une activité qui a pour objectif la réalisation d'un gain ou d'un revenu¹³.

2.1.1 Le libre accès à une activité économique lucrative privée

Ce droit garantit l'accès, pour une personne morale, à une activité économique privée, ceci en luttant contre les entraves et autres restrictions de quelque nature que ce soit¹⁴. Entrent dans le champ d'application de cette garantie les activités licites et à but lucratif uniquement.

¹¹ CR Cst.-Martenet, art. 27, N 11-12

¹² Vallender, SG Komm. BV, art. 27, N 10

¹³ CR Cst.-Martenet, art. 27, N 44

¹⁴ CR Cst.-Martenet, art. 27, N 47

Un des principes découlant de cette disposition est celui de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique¹⁵. En vertu de celui-ci, toute mesure qui n'est pas neutre sur le plan de la concurrence est interdite.

Cette protection complète et va plus loin que l'art. 8 Cst relatif à l'égalité en général.

Bien entendu, des différences de traitement entre concurrents directs, c'est-à-dire entre des « *membres de la même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins*¹⁶ », peuvent être autorisées, si les conditions sont remplies ; celles-ci seront analysées dans un prochain chapitre. Quoiqu'il en soit, les inégalités sont réduites au strict nécessaire et uniquement dans un but d'intérêt public.

2.1.2 Le libre exercice d'une activité économique lucrative privée

Ce droit englobe de nombreux éléments, tels que le libre choix du lieu du siège, le libre choix d'engager du personnel, le libre choix de la forme juridique (libre choix de la structure), le libre choix de la forme des relations commerciales ou encore le libre choix des moyens et conditions d'exploitation¹⁷.

Il inclut également le recours à la publicité commerciale, ceci sous réserve des lois spéciales¹⁸.

Finalement, en vertu de cette disposition, chaque entreprise doit avoir un maximum de liberté pour exercer son activité de la manière dont elle l'entend.

2.2 La liberté économique en tant que principe de l'ordre économique

Ce principe constitutionnel, qui n'est donc pas un droit fondamental en soi, influence l'ensemble du droit fédéral, intercantonal, cantonal et communal.

Il donne une ligne de conduite en ce sens qu'il garantit une certaine neutralité de l'Etat en matière de concurrence¹⁹.

¹⁵ ATF 141 V 557, consid. 7.2

¹⁶ ATF 141 V 557, consid. 7.2

¹⁷ CR Cst.-Martenet, art. 27, N 48-52

¹⁸ CR Cst.-Martenet, art. 27, N 53

¹⁹ CR Cst.-Martenet, art. 27, N 69

Cette neutralité « *empêche l'Etat, sans justification objective valable, de favoriser en droit ou en fait un ou certains concurrents [...] au détriment d'autres et, plus globalement, de fausser la concurrence*²⁰ ».

Le processus de concurrence, engendré par la liberté économique, permet l'apparition constante de nouveaux acteurs économiques et en parallèle, force la disparition d'acteurs économiques inefficients²¹, renouvelant ainsi continuellement le tissu économique.

3. Le rôle des cantons en matière de liberté économique

En vertu de l'art. 51 Cst, chaque canton doit se doter d'une constitution écrite et validée.

A chaque révision (totale ou partielle), celle-ci doit être garantie par la Confédération. Cette dernière doit certifier, par un contrôle juridique, que la constitution respecte les dispositions du droit fédéral.

Cela étant, conformément à l'art. 94 Cst, les cantons doivent respecter le principe de la liberté économique à leur niveau. Il s'agit toutefois bien plus d'une ligne de conduite que d'une limite ; aujourd'hui, de nombreux cantons concrétisent clairement la liberté économique, par exemple en libéralisant certains domaines (ex : domaine des services de taxi)²².

A titre d'exemple, la liberté économique est ancrée dans la constitution vaudoise, l'art. 26 Cst-VD garantissant le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.

En 2021, un indice de liberté a été établi par Avenir Suisse sur la base de 30 indicateurs civils ; (ex : libre choix de l'école, surveillance vidéo, enseignement à domicile, etc.) et économiques (ex : décentralisation, frein à l'endettement, loi sur la vente d'alcool, etc.)²³.

Cet indice classe les 26 cantons ainsi que la Principauté du Liechtenstein en fonction de leurs acceptations et leurs diffusions des principes libéraux.

Ce classement ne concerne pas spécifiquement les personnes morales, mais a l'avantage de donner un aperçu sur la priorité accordée par chaque canton à la liberté économique en général.

²⁰ CR Cst.-Martenet, art. 94, N 25

²¹ CR Cst.-Martenet, art. 27, N 71-72

²² CR Cst.-Martenet, art. 27, N 11-12

²³ Rutz & Bonato

Les cantons en tête du classement de l'indice de liberté sont ceux où les actions des citoyens « *ne sont pas inutilement bridées par des entraves extérieures*²⁴ ».

Il en ressort que le canton de Vaud a progressé depuis l'année 2020 mais se classe au 18^{ème} rang, alors que le canton du Jura est le leader des cantons romands avec sa 7^{ème} place.

Pour savoir comment se concrétise la liberté économique de notre pays, en matière de création d'entreprises et de faillites, quelques statistiques fédérales sont exposées ci-après.

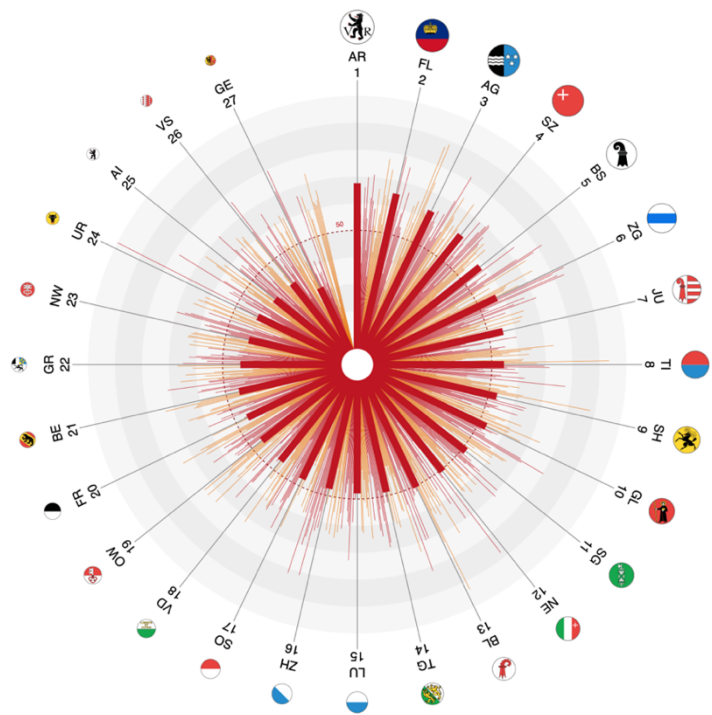


Figure 1: <https://www.avenir-suisse.ch/fr/lindice-de-liberte/>

4. Statistiques fédérales

Sur le territoire suisse, les petites et moyennes entreprises (PME) représentent plus du 99% des entreprises et sont rangées dans trois catégories, à savoir, les micro-entreprises (moins de dix emplois), les petites entreprises (de 10 à 49 emplois) et les moyennes entreprises (de 50 à 249 emplois)²⁵.

La très grande majorité des entreprises créées sont donc des PME, de sorte que les statistiques présentées ci-après les concernent presque exclusivement.

4.1 La création d'entreprises en Suisse

En Suisse, les fibres entrepreneuriales sont encouragées à prendre des risques calculés pour créer et innover.

La liberté économique et plus particulièrement la liberté d'entreprise, permettent la création de nombreux emplois, améliorent la productivité du pays, amènent une plus forte croissance économique et donc un meilleur PIB.

²⁴ Rutz & Bonato

²⁵ OFS - Structure de l'économie: Entreprises

En 2019, plus de 40'000 entreprises ont été créées en Suisse, chiffre qui demeure relativement stable ces dernières années²⁶.

Durant la pandémie de COVID-19, ce chiffre a connu une très forte augmentation²⁷ ; l'explication de ce phénomène était un fort désir des citoyens de se reconvertir pour se diriger vers un épanouissement professionnel.

Grâce à ces nouvelles entreprises, plus de 50'000 postes de travail annuels sont proposés²⁸.

Malheureusement, ces entreprises ont un taux de réussite très limité. En effet, environ 50% des PME disparaissent dans les cinq ans après leur fondation, la plupart du temps après une faillite²⁹.

Dans certains secteurs, comme l'hôtellerie et la restauration, ce sont plus de 60% des entreprises qui disparaissent durant ce même délai³⁰.

C'est dans le secteur de la santé et du bien-être que les chances de succès sont les plus élevées avec un taux de survie de 64%³¹.

4.2 Les faillites en Suisse

Environ 12'000 procédures de faillite sont ouvertes chaque année en Suisse selon les chiffres de l'OFS. Dans le cadre du projet de loi sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite, les experts ont même estimé à 15'000 le nombre de faillite ouvertes annuellement³².

Parmi celles-ci, 8'500 concernent des entités juridiques inscrites au registre du commerce, 6'200 des successions répudiées et 1'300 des personnes physiques³³.

En termes d'évolution et comme le démontre le graphique ci-dessous, le nombre de faillites en Suisse est en légère, mais constante augmentation au fil des années, toutes entités confondues.

²⁶ OFS - Démographie des entreprises

²⁷ Müller & Ammann

²⁸ OFS - Démographie des entreprises

²⁹ Surchat, SECO, p. 7

³⁰ Fust, Fueglistaller, Züger, Brunner, & Graf, p. 29

³¹ Fust, Fueglistaller, Züger, Brunner, & Graf, p. 29

³² FF 2019 4977, ch. 1.1.3

³³ OFS - Démographie des entreprises / poursuites et faillites

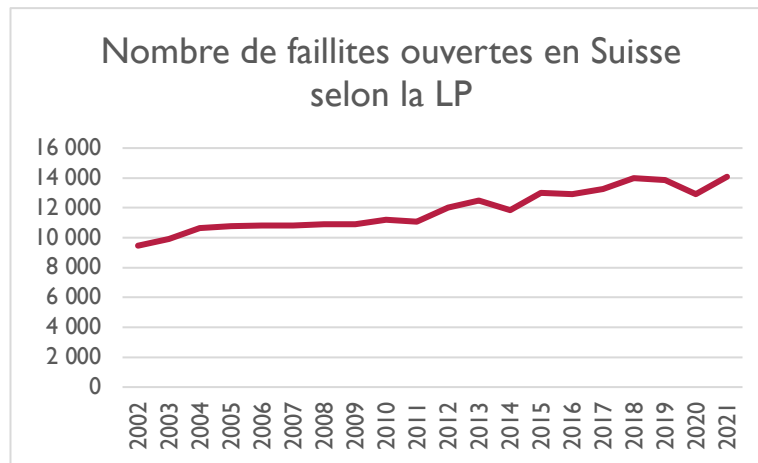


Figure 2 : graphique basé sur les chiffres de l'OFS - Démographie des entreprises / poursuites et faillites

Or, une procédure de faillite coûte cher. Elle engendre des pertes colossales pour les créanciers de droit privé et des frais importants pour l'Etat ; il est précisé que l'ensemble du personnel des offices de poursuites et de faillites, et des tribunaux, sont des fonctionnaires étatiques.

Plus concrètement, les procédures de faillite ont engendré des pertes pour les créanciers à hauteur de 2,3 milliards en 2019, près de 8,2 milliards en 2020 et 4,1 milliards en 2021³⁴.

Ces montants ne tiennent toutefois pas compte des pertes liées aux procédures suspendues faute d'actifs, car il n'est pas possible de les chiffrer.

Le député au Conseil des Etats, Beat Rieder, estime toutefois que les pertes totales pour les créanciers, incluses celles relatives aux suspensions faute d'actifs, se situent dans une fourchette de 5 à 11 milliards de francs par année³⁵.

³⁴ OFS - Démographie des entreprises / poursuites et faillites

³⁵ Talos, lematin.ch

La faillite et les abus en la matière

La faillite d'une entreprise peut être requise par cette dernière ou par un créancier. Elle intervient, dans la plupart des cas, lorsque la société n'arrive pas ou plus à régler ses charges et dettes.

Les conséquences d'une faillite sont nombreuses mais diffèrent selon la forme juridique de la société. Quoiqu'il en soit, la faillite impacte l'entrepreneur, ses employés, les créanciers et l'Etat.

1. La faillite en général

La faillite est le mode de l'exécution générale et est régit par les art. 159 à 270 LP.

L'ouverture de faillite doit être prononcée par le juge, en principe sur réquisition d'un créancier. Une fois ouverte, elle déploie des effets qui concernent l'ensemble du patrimoine du failli et les droits de tous les créanciers, ce qui implique une procédure particulière, menée sous l'autorité de l'administration de la faillite.

Plus particulièrement, une fois la faillite prononcée, l'office des faillites, en sa qualité d'administration de la faillite, doit former les masses actives et passives, soit l'ensemble des dettes et des créances de la société. Pour ce faire, un inventaire est dressé.

Si les actifs sont suffisants, la faillite est traitée et un appel aux créanciers est effectué. Selon une estimation, les créanciers de 3^{ème} classe (sans privilège), ne perçoivent aucun dividende dans 95% des cas, lorsque la faillite est traitée³⁶.

Au contraire, s'il s'avère que les actifs ne suffisent pas à couvrir la liquidation de la faillite (valeur inférieure à CHF 4'000.- environ) le juge prononce la suspension de la faillite faute d'actifs et un délai est imparti aux créanciers pour effectuer une avance de frais permettant de traiter la faillite. A défaut, celle-ci est clôturée. Cas échéant, les frais engagés par l'office des faillites, jusqu'à la clôture, sont alors mis à charge du créancier qui a requis la faillite.

En plus du non-recouvrement de sa créance, il s'agit d'un deuxième coup dur pour celui dont la facture demeure impayée, auprès de qui les frais peuvent être conséquents. Pour cette raison, de nombreux créanciers renoncent à requérir la faillite de l'entreprise débitrice, permettant ainsi à celle-ci de poursuivre son activité et contracter de nouvelles dettes.

³⁶ Ernst & Young, p. 51

Si la déroute économique peut arriver à tout un chacun, il n'en demeure pas moins que beaucoup de faillites peuvent être évitées et plus encore, que certaines ont même été provoquées volontairement. Ces dernières sont appelées « faillites abusives » et ne sont pas faciles à distinguer.

2. La faillite abusive

Certains entrepreneurs, après avoir fait faillite, poursuivent la même activité commerciale, avec les mêmes clients, mais sous une autre entité.

Notre système juridique permet en effet, après une faillite, de pouvoir créer une nouvelle entreprise, laquelle peut racheter les actifs, souvent à bas prix³⁷, et reprendre les employés de la faillie. Lorsqu'un tel schéma se répète, on parle de faillite « en cascade », c'est-à-dire de faillites frauduleuses à répétition.

Ces entrepreneurs, peu scrupuleux, utilisent bien souvent les services d'un homme de paille³⁸, lequel est « *payé par les patrons de petites et moyennes entreprises, souvent très faiblement capitalisées, dans le but d'organiser leur insolvabilité, puis leur liquidation*³⁹ ».

Si la vie d'une entreprise est faite d'aléas économiques, et si chacun devrait avoir droit à une seconde chance, qui remporte souvent davantage de succès, il ne faudrait pas que les entrepreneurs abusent de la loi pour léser leurs créanciers à plusieurs reprises.

Mais comment distinguer une faillite abusive d'une faillite qui ne l'est pas ?

La faillite est considérée comme abusive lorsqu'elle permet à l'entreprise d'échapper à ses obligations tout en se procurant un avantage concurrentiel, ceci de manière déloyale⁴⁰.

La faillite abusive permet à l'entreprise, respectivement à ses dirigeants, de se débarrasser de certaines dettes et éviter le paiement des charges courantes dues, tout en poursuivant son activité économique et en conservant son carnet de commandes.

Pire encore, une entreprise qui sait d'avance qu'elle ne règlera pas ses dettes, peut casser ses prix et écraser toute concurrence. Il s'agit d'un cas typique de comportement déloyal.

³⁷ Equey, chap. 1.2.1, Rz. 6 et chap. 1.2.2, Rz 12

³⁸ Personne qui sert de prête-nom dans une affaire peu honnête, *Dictionnaire Le Robert*

³⁹ Equey, chap. 1.2.1, Rz 6

⁴⁰ Rapport explicatif OFJ, 2015, p. 2 ss

Outre le fait de léser les créanciers, cette manière de procéder engendre des pertes considérables pour l'Etat, qui doit notamment palier au non-paiement des salaires (par l'intermédiaire de la caisse de chômage)⁴¹ et aux frais de traitement de la faillite.

Finalement, pour résumer, la faillite abusive entraîne les conséquences suivantes⁴² :

- Peu ou pas d'indemnisation des créanciers en raison d'insuffisance d'actifs
- Exercice de la garantie pour les défauts par les maîtres d'ouvrage impossible (domaine de la construction)
- Les actifs non réalisés de la société en faillite servent à la capitalisation d'une nouvelle entreprise, après avoir été rachetés à bas prix
- Pertes considérables au sein des assurances sociales (AVS, AI, AC, AF, PC, LPP, etc.) et de l'administration fiscale (TVA, impôts des personnes morales, etc.)
- Autres violations possibles : dumping salarial, escroqueries à l'assurance, distorsion de concurrence, etc.

Parmi le nombre de faillites, combien d'entre elles peuvent-elles être qualifiées d'abusives ?

Aucune donnée n'est disponible à ce sujet. Toutefois, on peut partir de l'hypothèse que les faillites suspendues faute d'actifs n'ont pas bénéficié d'une gestion irréprochable, du moins que l'avis de surendettement a été tardif⁴³, étant donné que l'actif n'est plus suffisant pour couvrir les frais relatifs à une liquidation sommaire⁴⁴.

En conséquence, une part importante des faillites suspendues faute d'actifs pourraient être abusives. Or, aujourd'hui, 60% de toutes les faillites ouvertes en Suisse sont suspendues faute d'actif⁴⁵.

Le défaut d'actifs serait, selon une étude d'Ernst & Young de 2009⁴⁶, en grande partie dû à un avis au juge tardif.

⁴¹ Equey, chap. 1.2.1, Rz 7

⁴² Equey, chap. 1.1, Rz 2

⁴³ FF 2019 4977, chap. 1.1.3

⁴⁴ Mode de traitement d'une faillite caractérisée par sa plus grande simplicité et rapidité

⁴⁵ OFS - Démographie des entreprises / poursuites et faillites

⁴⁶ FF 2019 4977, ch. 1.1.3

Cette tardiveté n'est pas toujours volontaire ; en effet, lorsque la faillite est considérée comme une défaite personnelle, il y a une tendance à vouloir se maintenir à flot au lieu de reconnaître un éventuel échec et prendre les mesures d'assainissement qui s'imposent.

Dans le cadre d'une suspension faute d'actifs, en plus de l'inexistence d'actifs, les créanciers ne souhaitent pas prendre le risque d'avancer les frais de traitement de la faillite, qui ont peu de chance de leur être remboursés.

Les effets de la suspension de la faillite faute d'actif sur les actions en responsabilités demeurant inconnus, tant la loi que la jurisprudence et la doctrine étant muettes à ce propos, les entrepreneurs ne sont dès lors pas inquiétés et profitent d'un flou juridique total. Cela permet aux entrepreneurs fautifs de demeurer impunis.

Les spécialistes estiment que les dommages causés, chaque année, par les faillites « en cascade » s'élèvent à plusieurs centaines de millions de francs⁴⁷.

Lorsque l'insolvabilité de l'entreprise est sciemment organisée, ses dirigeants sont appelés « serial failer », et leur nombre est croissant.

3. Les « serial failer »

Un « serial failer » est défini comme « *une personne ou un groupe de personnes qui créent des sociétés faiblement capitalisées, qui engagent des travailleurs à court terme, ne paient pas en tout ou partie, les salaires ni les assurances sociales ni parfois leurs créanciers chirographaires ou dont les gérants ou les administrateurs procèdent même à des cessions d'actifs pendant la courte durée de vie de la société à une autre entité en formation ou nouvellement inscrite sur le registre du commerce et, par conséquent, les vident rapidement de leur substance et partent en procédure de faillite*⁴⁸ ».

Un tel comportement a mis en évidence une législation lacunaire et *de facto* une protection des créanciers insuffisante.

⁴⁷ Rieder, BO 2021 CE 19.043

⁴⁸ Equey, chap. 1.1, Rz 1

4. La faillite abusive en temps de COVID

Difficile de traiter le sujet des faillites abusives sans effectuer un parallèle avec les crédits COVID accordés par la Confédération durant la crise sanitaire.

Entre le 26 mars 2020 et le 31 juillet 2020, les entreprises en manque de liquidités en raison de la pandémie pouvaient demander des crédits intitulés « crédits COVID-19 » à hauteur de 10% de leurs chiffres d'affaires.

Au total, ce sont 138'000 crédits qui ont été octroyés aux entreprises, totalisant un montant de l'ordre de 17 milliards de francs⁴⁹. Ces prêts, accordés par les banques, sont cautionnés par la Confédération.

Cela étant, malgré le plan de contrôle adopté par le Conseil fédéral pour lutter contre les abus, ceux-ci ont été nombreux. Beaucoup d'entreprises ont profité indûment de ces montants, certains même alors qu'ils se trouvaient en faillite.

D'autres se sont déclarées en faillite pour éluder l'obligation de remboursement, avant de reprendre leurs activités commerciales, par le biais d'une autre entité nouvellement fondée.

Compte tenu de ce qui précède, il est évident que les garanties COVID dues aux faillites abusives feront parler d'elles dans les prochaines années et que des statistiques à ce sujet seront disponibles.

Il est précisé que l'art. 22 de la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19⁵⁰ prévoit une responsabilité personnelle et solidaire des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ainsi que de toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation du preneur de crédit, lors d'utilisation illicite des fonds issus du crédit.

Les organes formels ou informels des sociétés concernées par les abus ne seront donc pas à l'abri et pourront faire l'objet de poursuites.

⁴⁹ Communiqué de presse SECO, Crédits COVID-19

⁵⁰ RS 951.26 ; LCas-COVID-19

La protection des créanciers

1. La problématique

La réglementation en vigueur n'offre pas ou peu de protection contre les « serial failer », qui échappent très souvent à toute condamnation, ces comportements n'étant pas constitutifs, en tant que tels, d'infractions pénales, et de multiples obstacles se dressant sur le chemin des créanciers qui veulent poursuivre les entrepreneurs fautifs en dommages et intérêts.

Mais quels sont les outils à disposition des créanciers pour poursuivre de tels comportements et tenter d'obtenir une meilleure indemnisation ?

2. Le droit actuel

2.1 La responsabilité civile

A titre liminaire, il convient de distinguer le dommage direct du créancier, du dommage indirect.

On parle de dommage direct ou immédiat lorsque le créancier subit lui-même un dommage, de manière individuelle, situation qui s'avère très rare (ex : il a fait crédit à une société surendettée en raison d'un bilan inexact). Dans un tel cas, la personne lésée possède la légitimation active pour poursuivre la société directement.

Le plus souvent toutefois, le créancier subit un dommage indirect, soit « par ricochet » ; typiquement, le créancier ne peut plus recouvrer sa créance en raison de la faillite de la société. Dans un tel cas, seule l'administration de la faillite peut agir ; le créancier pourra l'envisager uniquement si la masse y renonce, dans le cadre de la cession des droits de la masse.

Ainsi, dans la plupart des cas, les créanciers sont dépourvus d'une action directe en responsabilité civile⁵¹.

Quant à l'efficacité d'une action en responsabilité cédée par l'administration de la faillite, elle est toute relative. Comme énoncé précédemment, la majorité des faillites sont suspendues faute d'actifs, les créanciers ne souhaitant pas, dans la majorité des cas, avancer les frais de traitement qui fera plutôt creuser leur perte que recouvrer leur créance.

Or, lorsque la faillite est suspendue faute d'actifs, la cession des droits de la masse n'est pas possible.

⁵¹ Equey, chap. 2.1.2.2, Rz 23-31

Pour les faillites traitées, l'administration de la faillite renonce presque systématiquement à agir, en raison d'un manque de moyens ou des faibles chances de succès.

Malheureusement, ni l'Ordre judiciaire vaudois, ni les offices de faillites ne tiennent de statistiques à ce sujet.

Toutefois, pour exemple, l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne n'a pas connu, ces dix dernières années, une seule situation où la masse en faillite a décidé d'agir en responsabilité contre des organes dirigeants.

En outre, le seul cas réellement connu au sein dudit office date de 1990, procès qui avait engendré des frais judiciaires et de mandataire largement supérieurs au dividende obtenu au terme de la procédure.

Au regard du renoncement de l'administration de la faillite, il est fréquent que les créanciers en requièrent la cession (art. 260 LP) qui s'avère alors être un chemin long, périlleux et coûteux. Le créancier cessionnaire agit à ses risques et périls et peut être tenu responsable des dommages causés à la masse par ses agissements (ex : conclusion d'une transaction clairement défavorable).

Enfin, le seul avantage pour le créancier de se voir transférer la propriété d'une action de la masse en faillite est d'obtenir le paiement de sa prétention en priorité, si ses démarches aboutissent, ce qui est rare.

2.2 La responsabilité pénale

2.2.1 En général

Le droit pénal de la faillite est régi par les art. 163 à 171bis CP. Ces dispositions sanctionnent les crimes ou délits commis dans le cadre de la faillite et la poursuite pour dettes.

Plus particulièrement, la responsabilité pénale des dirigeants de personnes morales est engagée dans les cas suivants :

- Gestion déloyale
- Banqueroute frauduleuse
- Fraude dans la saisie
- Diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers
- Gestion fautive
- Avantages accordés à d'autres créanciers

La répression de l'insolvabilité organisée ou plus particulièrement, des « serial failers » n'est ainsi pas prévue par le législateur.

En outre, à la différence de la responsabilité civile qui permet de poursuivre les organes de fait (personne qui exerce *de facto*, soit en pratique, des fonctions dirigeantes sans porter le titre d'organe), les infractions de gestion déloyale et de banqueroute frauduleuse ne visent que les organes formels, à savoir ceux qui ont la qualité d'organe conférée par la loi ou les statuts.

Quant aux autres infractions, elles impliquent comme conditions objectives de punissabilité, un jugement de faillite, la délivrance d'un acte de défaut de biens ou l'homologation d'un concordat pour certaines dispositions. Les organes ne sont ainsi pas inquiétés avant la réalisation de ces conditions.

Ces deux sous-chapitres en lien avec la responsabilité civile et pénale expliquent les deux problèmes majeurs de notre législation actuelle : le manque de prévention (ceci pour éviter la répétition d'abus) ainsi que les embûches à poursuivre les dirigeants, respectivement le manque de sanctions.

A titre d'exemple, dans le canton le plus peuplé de Suisse, à savoir Zürich, moins d'une dizaine de cas de faillite aboutissent chaque année à des poursuites pénales en raison d'abus⁵², alors qu'entre 800 et 1'000 faillites sont prononcées dans ce délai⁵³. Aucune statistique n'est disponible au sujet des éventuels dividendes obtenus dans le cadre de ces actions.

2.2.2 La notion de faute dans la faillite

L'entrepreneuriat et l'innovation comportent des risques ; une personne peut commettre des erreurs ou faire de mauvais choix, sans pour autant commettre de faute.

Où se situe la limite ? à partir de quel moment un entrepreneur commet une faute ?

Avant de tenter d'y répondre, il est important de définir cette notion de faute, puis de l'interpréter dans le cadre de la faillite.

La faute en droit se caractérise par un acte ou une omission qui cause un dommage à autrui. En matière pénale, on distingue deux types de faute : l'intention et la négligence. Il s'agit des éléments constitutifs subjectifs au sens strict d'une infraction.

⁵² FF 2019 4977, ch. 1.1.3

⁵³ OFS - Démographie des entreprises / poursuites et faillites (ce chiffre concerne uniquement les personnes inscrites au registre du commerce (indépendants inscrits inclus))

Conformément à l'art. 12 al. 2 CP, une personne agit avec intention lorsqu'elle agit avec conscience (pleine connaissance des faits) et volonté (détermination à porter atteinte).

Une personne commet toutefois une imprévoyance coupable, selon l'art. 12 al. 3 CP, lorsqu'elle viole une règle de prudence ou de diligence c'est-à-dire concrètement en cas de :

- Violation de prescriptions de sécurité (par exemple, la violation d'une loi ou d'un règlement) → il existe une base légale de référence ; ou de
- Violation de règles de diligence habituelle, violation de principes généraux ou encore dépassement du risque admissible → il n'existe pas de base légale de référence.

La négligence est une imprévoyance coupable, qui peut être consciente ou inconsciente.

En matière de faillite, et plus particulièrement selon l'art. 165 CP, les organes d'une personne morale commettent une faute s'ils causent ou aggravent le surendettement de la société ou s'ils causent l'insolvabilité de la société ou aggravent la situation patrimoniale en étant conscients de l'insolvabilité de la société.

Selon la jurisprudence, il y a négligence coupable lorsque des dispositions légales relatives à la gestion d'une entreprise sont ignorées⁵⁴. En font notamment partie : la négligence de la présentation des comptes ou la violation de l'obligation d'informer le juge en cas de surendettement, étant toutefois précisé que l'avis au tribunal peut être différé dans certains cas, lorsque les mesures d'assainissement, prises au sein de la société, ont de fortes probabilités d'aboutir.

Bien entendu, la prise d'un risque inhérent à toute activité commerciale n'est pas punissable, même s'il s'avère, après analyse, qu'une mauvaise décision ait été prise⁵⁵. Partant, il peut être difficile de distinguer une piètre décision commerciale, inévitable dans le domaine de l'entrepreneuriat, d'une négligence coupable.

Ceci étant exposé, une faillite abusive est-elle nécessairement fautive ? A contrario, une faillite fautive est-elle, dans tous les cas, abusive ?

Comme énoncé précédemment, la finalité de la faillite abusive est d'échapper à ses obligations tout en se procurant un avantage par rapport à ses concurrents.

⁵⁴ TF, arrêt 6B_1047/2015 du 28 avril 2016, consid. 4.3

⁵⁵ ATF 144 IV 52, consid. 7.3

Un organe qui commet une négligence coupable dans le cadre de sa fonction, n'a de loin pas nécessairement le dessein précité. Dès lors, on peut aisément poser le postulat qu'une faillite fautive n'est pas *de facto* abusive.

Avec la nouvelle loi fédérale, qui sera analysée dans le prochain chapitre, le Conseil fédéral a voulu définir des critères simples pour qualifier une faillite d'abusives.

Ces critères seront l'élément déclencheur du processus de sanction des abus en matière de faillite et démontreront qu'une faillite dite abusive est forcément liée à la commission d'une faute puisqu'elle impliquera une condamnation pénale.

2.3 Les registres officiels

En Suisse, il n'existe pas de registre national des poursuites, faillites et actes de défaut de biens. A défaut de centralisation, chaque canton et parfois même chaque district d'un canton, possède son propre registre.

Dans le cas où un débiteur change de domicile ou de siège social, ses poursuites et actes de défaut de biens ne le suivent pas systématiquement.

Ce manque d'harmonisation engendre des extraits de poursuites incomplets, peu pertinents, ainsi qu'un travail fastidieux pour les créanciers recherchant l'historique complet d'un débiteur, lesquels doivent interpellier chaque office des précédents domiciles ou sièges sociaux.

Il est donc aisé pour les entrepreneurs de « faire peau neuve » à l'égard de leurs partenaires commerciaux, en déménageant, parfois pas très loin. Il s'agit du « tourisme des débiteurs » et ce phénomène prend de l'ampleur.

Une initiative parlementaire avait été déposée en mars 2016 afin de centraliser et harmoniser les informations des 550 offices de poursuites en Suisse et ainsi, qu'une seule demande auprès d'un office permette d'obtenir des renseignements sur toutes les poursuites et tous les actes de défaut de biens enregistrés en Suisse⁵⁶.

L'initiative a été balayée, la complexité de mise en œuvre par cette voie étant jugée trop importante ; l'idée n'est toutefois pas abandonnée puisqu'un projet doit être soumis au Parlement par le Conseil fédéral.

⁵⁶ Hess, initiative parlementaire 16.405

En attendant, il est utile de rappeler que conformément à l'art. 1 LP, les cantons sont libres d'organiser les arrondissements de poursuites et faillites sur leur territoire. Seules deux règles leur sont imposées, à savoir :

- Minimum un arrondissement de poursuites et un arrondissement de faillites
- Un arrondissement de faillites peut être divisé en plusieurs arrondissements de poursuites mais pas l'inverse

Il est donc possible pour chaque canton de créer un unique office des poursuites et des faillites sur son territoire.

3. Le projet de modification de la loi

Toutes les lacunes précitées ont abouti à un projet de modification de la loi ; le but étant de pouvoir faciliter les actions en responsabilité des dirigeants d'une part, et de lutter, à titre préventif, contre l'insolvabilité organisée et plus particulièrement les « serial failers » d'autre part. C'est en particulier dans le domaine de la construction que les abus sont fréquents.

Le prochain chapitre est entièrement consacré à cette nouvelle loi.

La loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite

1. Introduction

Il faut remonter de nombreuses années en arrière pour accéder aux racines de cette nouvelle loi. En effet, c'est en décembre 2011 que le Conseil des Etats a adopté une motion⁵⁷ intitulée « empêcher les abus de la procédure de faillite ». L'idée du conseiller aux Etats, Hans Hess, l'auteur du dépôt de cette motion, était de créer les bases légales nécessaires pour éviter que des personnes puissent abuser de la procédure de faillite pour se soustraire à leurs obligations.

Le 26 juin 2019, le Conseil fédéral a adopté le message relatif à la loi fédérale sur la lutte contre les faillites abusives⁵⁸. Il a souligné la difficulté pour le législateur de définir à quel moment une faillite doit être considérée comme abusive, de les identifier sans trop de difficultés et de mettre en place des moyens pour les combattre.

A ce titre, la volonté était de trouver des critères simples et objectifs pour évaluer si la faillite est abusive ou non et pour quelle raison. Il convenait, en effet, de distinguer la faillite « admissible » et l'abus proprement dit.

Avec un régime économique tel que le nôtre, la crainte était de décourager les entrepreneurs à démarrer une nouvelle activité.

Dès 2015, les premières procédures de consultation ont été ouvertes. Le Conseil fédéral a dû revoir à plusieurs reprises les mesures envisagées, celles-ci faisant l'objet de nombreuses critiques de par les milieux intéressés.

Le texte a finalement été accepté par les deux chambres en date du 18 mars 2022 et le délai référendaire expirait en juillet 2022. Le Conseil fédéral doit encore fixer son entrée en vigueur.

2. Objectif de la loi

Comme nous l'avons vu, la loi actuelle offre différents moyens aux créanciers victimes d'abus pour poursuivre les entrepreneurs concernés.

La problématique n'est donc pas tant la révision des outils à disposition pour lutter contre les abus mais plutôt la réduction, voire la suppression des obstacles qui se présentent aux créanciers dans le cadre des procédures.

⁵⁷ La motion charge le CF de déposer un projet d'acte ou de prendre une mesure (www.parlament.ch)

⁵⁸ FF 2019 4977

En effet, souvent très coûteuses, risquées et complexes, elles en découragent la majorité, même les administrations de droit public.

Les mesures prises par le législateur dans cette nouvelle loi peuvent être résumées ainsi :

- la possibilité pour les créanciers de droit public de provoquer des faillites
- la limitation de la possibilité de ne pas soumettre les comptes au contrôle restreint et l'interdiction du transfert de manteaux d'actions
- un meilleur lien entre le casier judiciaire et le registre du commerce ;
- la mention au registre du commerce des fonctions que la personne recherchée exerce ou exerçait, et dans quelle entreprise.

Le but de la réforme vise donc principalement à protéger les créanciers. Toutefois, il ne faudrait pas que la poursuite de cet objectif décourage les entrepreneurs, en particulier les jeunes, à se lancer, ou d'autres, à recommencer.

Il était dès lors important de veiller à trouver un équilibre entre la protection des créanciers et la liberté économique garantie à chaque citoyen. Autrement dit, il est nécessaire d'augmenter le taux de récupération de la masse en faillite, respectivement des créanciers, sans entraver l'esprit d'entreprise⁵⁹.

Alors qu'au premier abord ces deux éléments paraissent antinomiques, ils peuvent cohabiter et poursuivre des intérêts communs.

Dans le cadre de l'analyse d'impact de cette nouvelle loi, il a été relevé que l'existence d'un bon système de mise en faillite et de prévention n'était pas seulement favorable aux créanciers mais également aux entrepreneurs puisque la sécurité juridique renforcée par la réglementation facilite l'accès aux capitaux étrangers⁶⁰.

En outre, des possibilités aisées d'assainissement renforcent la confiance de toutes les parties en créant une sorte de « filet de secours ».

⁵⁹ Surchat, SECO, p. 7-8

⁶⁰ Surchat, SECO, p. 7

3. Avis des milieux intéressés sur le droit actuel

Dans le cadre du projet de révision de la loi, les cantons, les partis représentés à l'Assemblée fédérale, les associations faîtières nationales des communes, des villes, des régions de montagne, les associations faîtières nationales de l'économie et les milieux intéressés, ont été consultés.

Il est ressorti de cette procédure de consultation notamment les éléments suivants au sujet du droit actuel⁶¹ :

L'Administration fédérale des contributions (AFC) a soulevé la problématique de l'art. 43 LP qui lui impose la voie de la saisie dans son recouvrement. Or, selon elle, la saisie n'est pas efficace et retarde la mise en faillite d'une société.

L'assurance-chômage (et insolvabilité) (SECO) ainsi que le Fonds de garantie LPP et la Centrale de compensation, ont relevé les difficultés et les coûts de la procédure actuelle.

Ces frais conséquents limitent les démarches de recouvrement après un prononcé de faillite. Celles-ci n'étant pas rentables pour les sociétés de recouvrement privées, elles préfèrent y renoncer.

Pour sa part, l'Union syndicale suisse (USS) et Unia exprimaient la difficulté pour les employés d'être indemnisés, ceux-ci devant à cet effet ouvrir action contre la société et partant, avancer les frais.

Quant aux offices des faillites et tribunaux civils, ils ont mis en avant le manque d'efficacité des dispositions pénales, souvent dérisoires, ainsi que la tardiveté de l'ouverture d'une faillite (en raison de l'art. 43 LP déjà cité).

4. Incidences

La loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite est, en soi, une modification des lois suivantes :

- La modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite
- La modification du code des obligations
- La modification du code pénal et du code pénal militaire
- La modification de la loi sur le casier judiciaire

⁶¹ Rapport explicatif OFJ, 2015, p. 5

4.1 La modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

A teneur de l'art. 43 LP, la poursuite par voie de faillite est, dans le droit actuel, exclue si la créance est de droit public et que le créancier est (investi) de droit public (conditions cumulatives). Cela concerne les types de créances suivantes :

- Recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique/fonctionnaire
- Recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire (SUVA)

Ainsi, la poursuite se continue exclusivement par voie de saisie.

Au cœur de la modification de cette loi, le choix pour les créanciers de droit public d'opter pour la voie de la saisie ou la voie de la faillite, lors de la continuation de la poursuite (art. 43 al. 2 let a et b nLP).

Ainsi, dans le cadre du recouvrement d'impôts, de contributions, d'émoluments, de droits, d'amendes ou d'autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à un fonctionnaire, ainsi que du recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire, le créancier pourra requérir, s'il le souhaite, la faillite de la personne morale.

En outre, si le créancier de droit public décide de procéder par la voie de la saisie et obtient un acte de défaut de biens, il pourra, au cours des six mois suivants, requérir la faillite sans poursuite préalable de son débiteur (art. 190 al. 1 ch. 4 nLP).

Cela étant, la poursuite par voie de faillite demeurera exclue pour la constitution de sûretés et le recouvrement de contributions périodiques d'entretien et d'aliments découlant du droit de la famille ou du partenariat (art. 43 al. 1 let a et b nLP).

Dans une optique d'agir davantage en amont, ces nouvelles dispositions permettront de requérir la faillite dès que la situation financière de la personne morale commencera à se dégrader.

L'objectif est que cette dernière ne puisse ainsi plus poursuivre son activité alors que ses dettes de droit public demeurent systématiquement impayées.

Les dettes auprès des créanciers de droit public ne pourront s'accumuler indéfiniment, ce qui réduira le préjudice total supporté par ce type de créanciers et *de facto*, tous les autres. Bien entendu, cela ne manquera pas d'augmenter drastiquement le nombre de faillite prononcées.

Une bonne partie du travail des offices de poursuites sera déversée sur les offices de faillites, ce qui impliquera une réorganisation au sein de ces derniers.

4.2 La modification du code des obligations

4.2.1 La vente de parts de sociétés liquidées

En vue d'échapper au fisc, certaines personnes tentent d'éluder la procédure de dissolution et de liquidation de la personne morale par divers stratagèmes. Le plus connu est la vente d'un manteau d'actions, à savoir la vente à un tiers d'une société appelée « coquille vide », qui continue d'exister alors qu'elle n'a plus d'activité économique⁶².

Quand bien même un tel comportement de vente est interdit selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, puisque constitutif d'un abus de droit, il ne fait pas l'objet d'une disposition dans la loi.

L'interdiction de la vente de parts de sociétés liquidées, plus particulièrement la nullité d'un tel transfert sera désormais ancrée dans le code des obligations (art. 684a nCO pour la SA et 787a nCO pour la SARL).

Ces nouvelles dispositions visent à empêcher les comportements illicites et abusifs liés à l'acquisition, sans but entrepreneurial, de sociétés sans activité, tels que l'obtention de permis de séjours, d'indemnités de chômage ou d'invalidité ou encore l'instrumentation d'une faillite (laquelle est ensuite suspendue faute d'actifs).

Quand bien même la modification de la loi ne va pas au-delà des sanctions déjà prévues par la jurisprudence, elle vise à renforcer la prévention en la matière et à sensibiliser la population concernée.

4.2.2 L'opting-out rétroactif

Une entreprise soumise au contrôle restreint de ses comptes, mais qui emploie moins de dix salariés à plein temps, peut renoncer au contrôle de ses comptes si tous les actionnaires y consentent, et ceci par simple déclaration. Il s'agit de l'opting-out.

Cela étant, une lacune dans le droit actuel permet aux actionnaires de procéder à une sorte d'opting-out rétroactif. Ce stratagème vise à se départir d'un organe de révision en cours d'exercice soit après la vérification des comptes mais avant leur approbation par l'assemblée générale, ceci sans le radier du registre du commerce, puis à nommer un nouvel organe de révision après l'acceptation des comptes par l'assemblée générale ordinaire⁶³.

⁶² FF 2019 4977, chap. 3.1.3

⁶³ FF 2019 4977, chap. 3.1.4

Ainsi, tout amène à croire que les comptes de la personne morale ont été dûment révisés par un organe agréé, et que celui-ci était toujours en place lors de l'approbation des comptes par l'assemblée générale.

Avec la modification de la loi (art. 727a al. 2, 2^e phrase nCO), l'opting-out ne pourra plus s'appliquer à l'exercice en cours mais à l'exercice suivant.

4.2.3 Le registre du commerce

En 2017, le droit du registre du commerce a été modifié par la création d'une base de données centrale en vue de répertorier des informations sur les personnes physiques inscrites au registre du commerce⁶⁴. Ces données ne sont toutefois, à l'heure actuelle, pas consultables par la population, ce qui changera avec la nouvelle loi.

En effet, le public aura la possibilité de rechercher des personnes physiques inscrites au registre du commerce, via le site internet de l'index central des raisons de commerce (Zefix). Dans un esprit de transparence, il sera alors facile de savoir si une personne physique est inscrite au registre du commerce et le cas échéant, connaître sa fonction et l'entité juridique pour laquelle elle travaille.

Plus encore, il sera possible d'accéder à l'historique complet du parcours d'une personne physique et ainsi connaître son éventuelle implication dans les faillites d'anciennes sociétés.

Enfin, le Titre trentième du code des obligations sera adapté en vue de permettre à l'OFRC d'exercer ses nouvelles tâches, lesquelles sont développées dans le chapitre 3.3 ci-après relatif à la modification du code pénal.

4.3 La modification du code pénal et du code pénal militaire

Aucune nouvelle infraction n'a été édictée dans le code pénal ; selon le Conseil fédéral, les dispositions existantes sont suffisantes pour condamner pénalement les abus en matière de faillite⁶⁵.

La révision devait uniquement permettre de mieux appliquer l'interdiction pénale d'exercer une activité.

⁶⁴ FF 2015 3255

⁶⁵ Rapport explicatif OFJ, 2015, p. 14

L'art. 67 CP a pour objectif de « *prévenir la répétition d'infractions déterminées et à protéger la collectivité contre de nouveaux abus*⁶⁶ ».

Au moyen d'une telle mesure, l'autorité judiciaire compétente peut, en cas d'infraction en matière de faillite ou de poursuite pour dettes, interdire l'auteur d'exercer une activité professionnelle ou non professionnelle pour une certaine durée.

Actuellement, cette disposition du code pénal limite l'interdiction à la qualité d'organe d'une personne morale ou d'une société commerciale.

Or, certaines fonctions bénéficiant d'un droit de signature ou d'une procuration, s'exercent de manière tout aussi indépendante, sans être qualifiées d'organes. C'est le cas, par exemple, d'un directeur ou d'un gérant de succursale.

L'interdiction d'exercer une activité au sens des art. 67 CP et 50a CPM ne se limitera désormais plus qu'aux organes d'une personne morale ou d'une société commerciale, mais s'étendra à toutes les fonctions inscrites au registre du commerce (art. 67a al. 2 nCP et 50a al. 2 nCPM).

Avec la nouvelle loi, l'interdiction d'exercer une activité mentionnée dans le casier judiciaire sera communiquée aux offices du registre du commerce, afin qu'ils puissent radier la personne concernée.

Ainsi, un lien sera créé entre le casier judiciaire et le registre du commerce, pour permettre à l'OFRC de veiller à ce qu'aucune personne contre laquelle une mesure d'interdiction a été prononcée, ne soit inscrite au registre du commerce.

Afin qu'une condamnation puisse être prononcée par l'autorité compétente, les ministères publics, les syndicats, les offices de poursuites et faillites ainsi que les parties lésées telles que les assurances sociales, devront dénoncer systématiquement tous les cas dans lesquels ils soupçonnent une infraction⁶⁷.

A l'instar des autres dispositions du code pénal, cette modification a pour but de dissuader davantage les personnes de commettre un crime ou un délit (prévention générale), ou en cas de commission de l'infraction, de les inciter à ne pas recommencer (prévention spéciale).

⁶⁶ CR CP I-Villard, art. 67, N 3

⁶⁷ Rapport explicatif OFJ, 2015, p. 14-15

4.4 La modification de la loi sur le casier judiciaire

Afin de permettre à l'OFRC de vérifier que toutes les personnes inscrites au registre du commerce ne fassent pas l'objet d'une mesure d'interdiction, elle devra avoir accès et pouvoir consulter à tout moment l'extrait du casier judiciaire comportant les jugements prononçant une interdiction d'exercer une activité.

5. Critères de qualification de la faillite abusive

Comme énoncé précédemment, la dénonciation pénale des éventuels abus incombe aux différentes autorités et parties lésées. Mais quels sont les critères permettant de qualifier une faillite d'abusives ?

Selon le législateur, il y a lieu de recourir aux instruments déjà existants en matière pénale. Le fait que l'autorité compétente considère qu'une condamnation pénale est nécessaire, « *fait office de filtre objectif pour fixer la limite entre les faillites abusives et celles qui ne le sont pas* »⁶⁸.

La qualification de faillite abusive impliquera donc une condamnation pénale, laquelle pourra en outre déboucher sur une mesure d'interdiction au sens de l'art. 67 al. 1 CP selon le niveau de gravité de l'infraction.

6. Mesures non retenues

Le projet de révision de la loi a été soumis aux milieux intéressés dans le cadre d'une procédure de consultation.

De nombreuses mesures ont été critiquées pour leur inefficacité, leur insuffisance ou encore leur caractère préjudiciable, critiques qui ont eu raison des abandons explicités ci-après⁶⁹, lesquels sont non exhaustifs.

⁶⁸ Rapport explicatif OFJ, 2015, p. 15

⁶⁹ Rapport OFJ, 2016, p. 3 ss

6.1 En matière de droit des poursuites et faillites

La proposition d'instaurer une responsabilité solidaire des organes pour les frais de faillite non couverts par la masse a été abandonnée.

En substance, il a été considéré qu'une telle mesure serait un obstacle trop important à l'esprit entrepreneurial, d'autant plus que les organes sont souvent, au terme de la faillite, introuvables et/ou insolvable. Ainsi, cela ne résoudrait pas la problématique du créancier qui doit tout de même avancer les frais sans certitude de les récupérer.

Concernant le délai imparti au créancier pour avancer les frais de traitement de la faillite, son allongement à vingt jours a été rejeté, jugé inutile et impactant négativement la rapidité de la procédure.

6.2 En matière pénale

L'introduction de nouvelles infractions n'a pas été retenue, au motif que les dispositions actuelles du code pénal en matière de faillite sont suffisantes et dissuasives⁷⁰.

Il a en outre été relevé que ce n'est pas tant la modification des dispositions qui importait mais plutôt l'application de celles-ci par les autorités judiciaires.

Le législateur espère que les procédures, les sanctions et les dénonciations deviennent plus systématiques, et continuent de progresser.

7. Conséquences de la nouvelle législation sur la liberté économique

7.1 Aspects économiques

Il est plus que probable que la possibilité offerte aux créanciers de droit public de pouvoir opter pour la voie de la faillite en vertu du nouvel art. 43 LP augmentera le nombre de faillites.

Il s'agit de la principale conséquence économique de la nouvelle loi, dont l'ampleur ne peut pas être déterminée à ce stade.

Il est également possible que les créanciers précités, persistent à opter pour la voie de la saisie afin de ne pas supporter les frais de la procédure de faillite.

⁷⁰ Rapport explicatif OFJ, 2015, p. 14

Subsidiairement, la charge de travail des offices (OFRC, offices cantonaux du registre du commerce, offices des poursuites et faillites) devrait augmenter quelque peu et des réorganisations en leur sein devront être réalisées.

Enfin, on peut encore relever le renforcement de l'accès à l'information ainsi que l'augmentation de la transparence, davantage de données étant accessibles à la population.

7.2 Aspects juridiques

Les libertés consacrées par la Constitution fédérale sont protégées et garanties à tous les citoyens. L'Etat ne peut ainsi prendre de mesures susceptibles d'empêcher la libre concurrence ou de diriger la vie économique.

Toutefois, cette protection est relative, dans le sens où les droits fondamentaux peuvent être restreints, dans une certaine mesure (respect du noyau dur), et sous certaines conditions.

Ainsi, selon le Message du Conseil fédéral de 1996, « *les mesures de protection de la vie, de la santé et d'autres biens dits policiers (en particulier les bonnes mœurs publiques, la bonne foi dans les affaires) sont fondamentalement admises. Sont également acceptées les mesures de politique sociale de même que d'autres dispositions ne servant pas en premier lieu des intérêts économiques [...]*⁷¹ ».

7.2.1 Le respect du noyau dur

La doctrine parle de « noyau intangible des droits fondamentaux » pour désigner la partie dite « inviolable » de leur domaine de protection⁷².

Les éléments faisant partie du noyau sont si importants, si essentiels, qu'aucune mesure étatique ne peut justifier une restriction de ces droits.

Savoir à quel moment une restriction touche le noyau dur d'un droit constitutionnel n'est pas aisé ; pour certains droits, le seul fait de les restreindre constitue une atteinte à l'essence, alors que pour d'autres, le champ de protection est beaucoup plus large que le noyau lui-même⁷³.

En conséquence, le noyau dur de chaque droit constitutionnel dépend de la nature de celui-ci.

⁷¹ FF 1997 I 1, art. 23, p. 176 ss

⁷² CR Cst.-Dubey, art. 36, N 126

⁷³ CR Cst.-Dubey, art. 36, N 128

Selon une partie de la doctrine, la dignité humaine est au cœur de tout droit fondamental de sorte que, lorsqu'elle est menacée par une restriction, le noyau dur est, dans tous les cas, touché⁷⁴.

Selon Kant, « *ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité*⁷⁵ ».

Aussi, on peut considérer que l'activité économique permet à un individu d'améliorer sa dignité humaine puisqu'elle permet son épanouissement professionnel.

Même si le noyau essentiel des droits fondamentaux et des droits de l'homme constitue une dernière limite infranchissable, une partie de la doctrine considère que ce concept n'ajoute pas d'autres éléments d'un point de vue juridique et ne trouve que peu d'application, pour demeurer une ligne générale, intéressante d'un point de vue didactique et politique⁷⁶.

En l'espèce, on ne pourrait prétendre que la nouvelle réglementation touche aux fondements de la liberté économique.

Celle-ci demeure garantie et sa seule limitation prend naissance au moment de son utilisation à des fins abusives.

7.2.2 Les conditions des restrictions

Conformément à l'art. 36 al. 1 à 3 Cst, la restriction à la liberté économique implique, en plus du respect du noyau dur, la réalisation de trois conditions cumulatives : l'exigence d'une base légale, la poursuite d'un intérêt public et la proportionnalité.

Chacune de ces conditions sera analysée ci-après dans le cadre de la nouvelle réglementation.

a) La base légale

L'atteinte à un droit fondamental doit obligatoirement reposer sur une disposition juridique, que celle-ci soit de droit fédéral, cantonal, intercantonal, communal et international voir parfois même de droit coutumier⁷⁷. En outre, plus la restriction est importante, plus la règle juridique doit être claire et précise.

⁷⁴ BSK BV-Epiney, art. 36, N 63

⁷⁵ Emmanuel Kant, 1785

⁷⁶ Schweizer, SG Komm. BV, art. 36, N 45

⁷⁷ CR Cst.-Dubey, art. 36, N 74

En l'espèce, l'atteinte à la liberté économique repose sur une loi fédérale, de sorte que cette condition est remplie.

b) L'intérêt public

Il convient maintenant d'examiner la nouvelle réglementation sous l'angle du respect des impératifs liés à l'intérêt public ou à la protection des droits fondamentaux de tiers.

Comme énoncé dans les précédents chapitres, l'adoption de la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite vise à protéger les créanciers.

On se trouve dans une situation conflictuelle de droits fondamentaux ; d'une part, il y a les créanciers à protéger mais d'autre part, il y a les entrepreneurs à ne pas léser. Toute la difficulté réside dans la recherche d'un équilibre et la mise en balance des intérêts sociaux de chaque partie.

L'atteinte est ainsi justifiée par une mesure qui agit à titre préventif (mesures d'assainissement, responsabilisation des dirigeants, interdiction d'exercer une activité, etc.) et vise à réduire le dommage des collectivités publiques et des créanciers privés.

L'intérêt public, visé par la mesure, est purement économique ; dans une certaine mesure, il a également pour objectif de protéger la concurrence.

c) La proportionnalité

S'agissant de lutter contre l'usage abusif de la faillite, on voit mal quelles autres mesures moins incisives pourraient être prises.

La partie « préventive » de la nouvelle réglementation ne peut être que bénéfique pour les entrepreneurs de sorte qu'elle ne peut être remise en question sous l'angle de la proportionnalité.

Quant à l'interdiction d'exercer une activité, elle est sans aucun doute l'aspect le plus entravant de la nouvelle loi.

Elle paraît toutefois être le seul moyen pour empêcher les « serial failer » de recommencer leurs manœuvres, d'autant plus que ladite interdiction devra découler d'une condamnation pénale préalable, laquelle est appréciée au cas par cas par l'autorité judiciaire compétente.

7.2.3 Discrimination

Si les conditions à la restriction de la liberté économique sont remplies en l'espèce, il n'en demeure pas moins que la nouvelle réglementation peut poser un problème de discrimination.

Une discrimination est une distinction, qui engendre pour une personne un désavantage, ceci sans justification admissible⁷⁸.

L'interdiction d'exercer analysée dans le présent ouvrage pourrait être assimilée à une distinction qui empêche la personne concernée de remplir une certaine fonction au sein d'une société.

Cela étant, pour qu'elle soit discriminante, la distinction doit être dépourvue de justification.

Or, comme analysé dans le cadre de la restriction du droit fondamental, pouvoir distinguer les entrepreneurs ayant abusé du système, poursuit un but d'intérêt public et est aujourd'hui nécessaire pour protéger davantage les créanciers.

Selon mon étude sur le sujet, la nouvelle réglementation ne pose aucun problème de discrimination.

⁷⁸ Martenet, 2022

Autres projets législatifs luttant contre l'usage abusif de la faillite

1. Introduction

La loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite n'est pas le seul projet législatif permettant de poursuivre cet objectif.

Depuis plus de dix ans, d'autres mesures ont été adoptées, pour certaines encore en cours de projet et pour d'autres achevées.

Le présent chapitre donne un bref aperçu de celles-ci.

2. La révision du droit de la société anonyme

La révision du droit de la société anonyme a été adoptée par le Parlement le 19 juin 2020. La plupart des éléments de la réforme sont déjà en vigueur ; les autres dispositions, portant sur la fondation et le capital des sociétés et modifiant le code des obligations et l'ordonnance sur le registre du commerce, s'appliquent dès le 1er janvier 2023.

Cette révision avait notamment pour objectif de renforcer le droit de l'assainissement prévu par le CO, augmenter les signaux d'alerte du conseil d'administration et concrétiser les droits et obligations de ce dernier, anticiper les mesures d'assainissement et renforcer ses chances de succès, coordonner la matière avec la procédure concordataire de la LP⁷⁹.

Plus particulièrement, les obligations des organes dirigeants, respectivement du conseil d'administration, ont été précisées et renforcées en matière de couverture du capital. Les nouvelles dispositions relatives à l'assainissement (art. 725 à 725c nCO) tendent à renforcer la prévention et le cadre des responsabilités, lorsque la société fait face à une situation financière délicate.

Différentes mesures amélioreront les possibilités d'assainissement (ex : libération par compensation d'une créance non couverte, art. 634a nCO) et permettront également au conseil d'administration d'agir plus rapidement (ex : marge de fluctuation du capital, art. 653s ss nCO).

L'efficacité du régime actuel d'action en restitution sera également renforcée dans le cadre de la révision. D'une part, le cercle des personnes visées est élargi, puisque l'obligation de restituer ne touchera plus seulement les organes formels et leurs proches, mais également les organes de

⁷⁹ Chenaux, 2022

fait. D'autre part, les types de créance étant susceptibles de faire l'objet d'une action en restitution ont été étoffés.

Les créanciers se trouvent ainsi davantage protégés, dans le sens où l'action en restitution vise à protéger les actifs de la société, lesquels servent de garantie aux créanciers.

Cela étant, la révision du droit de la SA apporte, finalement, surtout des clarifications aux dispositions actuelles.

Le devoir de célérité du conseil d'administration, de l'organe de révision et du réviseur agréé a été ancré dans la loi ; l'accroissement des créances postposées n'est plus un dommage et les exceptions à l'avis au tribunal en cas de surendettement a été élargi respectivement écrit « noir sur blanc ».

Enfin, la procédure d'ajournement de faillite a été supprimée avec effet au 1^{er} janvier 2023.

Très souvent utilisée par les agents d'affaires brevetés du canton de Vaud, notamment, ladite procédure avait l'avantage d'offrir aux entreprises en difficulté une alternative plus confidentielle et moins incisive que le sursis concordataire.

Cela étant, il m'apparaît que la suppression de l'ajournement de faillite, qui n'aboutissait que dans de très rares cas puisque qu'elle était très souvent transformée en sursis concordataire, est une mesure supplémentaire de protection des créanciers.

Certaines entreprises avaient tendance à utiliser la procédure d'ajournement de faillite pour gagner du temps plutôt que pour assainir réellement leur situation financière. Et quand le temps ainsi gagné sert à recommencer l'activité commerciale sous une autre entité, puis laisser partir la société en faillite, on retrouve un cas d'abus.

3. La modernisation du droit du registre du commerce

3.1 La modification du code des obligations

Dans le cadre de la modernisation du registre du commerce, les dispositions du code des obligations relatives aux carences dans l'organisation d'une société ont été modifiées au 1^{er} janvier 2021.

La problématique de l'ancien droit avait pour conséquence que, même si la société « carencée » était surendettée, sa faillite n'était pas prononcée. La personne morale était seulement liquidée selon les règles de la faillite.

En conséquence, toutes les procédures qui dépendaient de l'ouverture d'une faillite, ne pouvaient être intentées. C'était le cas, par exemple, des crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes (art. 165 ss CP).

Depuis le 1^{er} janvier 2021, les personnes en charge de la liquidation d'une société dissoute en raison de carences dans son organisation, doivent informer l'autorité compétente en cas de surendettement, puis, la faillite de la société en liquidation peut être prononcée (art. 731b al. 4 CO).

Les créanciers peuvent donc désormais, comme pour toutes les sociétés tombées en faillite, faire valoir leurs droits et intenter des actions en responsabilité, sous réserve du traitement de la faillite bien entendu.

La perte du domicile au siège de la société est en outre dorénavant considérée comme une carence dans l'organisation (art. 731b al. 1 ch. 5 CO).

3.2 La modification de l'ordonnance du registre du commerce

Alors que dans l'ancien droit, une société dont la faillite a été suspendue faute d'actifs était radiée du registre du commerce dans les 3 mois, à défaut d'opposition respectivement d'intérêt au maintien de l'inscription formulée par une personne dite concernée, telle qu'un associé, un débiteur ou un créancier, le nouvel art. 159a ORC porte dorénavant ce délai à 2 ans.

Cet allongement permet de laisser davantage de temps aux créanciers pour faire valoir leurs prétentions à l'égard de la faillie.

Discussion finale et prise de position

En 1762, J-J. Rousseau écrivait "*l'homme est né libre, et il est partout dans les fers*".

Aujourd'hui, on pourrait reprendre cette citation à l'instar du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz en 2008 dans le cadre de la deuxième réforme de l'imposition des entreprises, et écrire que « l'homme entrepreneur naît libre, mais sa liberté entrepreneuriale est partout contrecarrée par les fers de la loi ».

Chaque année, le législateur adopte en effet de nouvelles réglementations, qui empiètent toujours plus sur la liberté économique et plus particulièrement, sur la liberté d'entreprise.

Le choix de protéger les intérêts économiques des citoyens suisses est louable. Cependant, la problématique des interdictions est qu'elles ouvrent une sorte d'économie parallèle ; en tentant de limiter certains effets, d'autres sont créés, à court, moyen ou long terme. Les effets négatifs engendrés par cette nouvelle réglementation ne pourront pas être décelés avant plusieurs années.

Parmi ceux-ci, on peut imaginer la multiplication des « hommes de paille », un exemple de stratagème visant à contourner l'interdiction d'exercer une fonction.

Une autre possibilité permettant de faire fi de cette interdiction consistera à créer une entreprise individuelle. Ce subterfuge est à nuancer, puisqu'un « serial failer » titulaire d'une raison individuelle engage sa responsabilité de manière illimitée, mettant ainsi en péril sa fortune personnelle.

Finalement, le risque est que cette nouvelle loi entraîne des effets négatifs qui devront être canalisés par d'autres lois, qui elles peuvent également engendrer de nouveaux effets négatifs amenant ainsi le législateur dans une spirale de réglementations interminables, restreignant toujours plus le droit fondamental qu'est la liberté économique.

D'un autre côté, plusieurs organisations ont été déçues de constater l'abandon de certaines propositions plus incisives, telles que l'interdiction d'inscrire au registre du commerce une nouvelle société après deux faillites au cours de la même année, ou encore le renforcement de la responsabilité des administrateurs.

La loi veut limiter les abus mais ne prévoit aucune sanction supplémentaire à ce titre ; le fait de vouloir encourager davantage les sanctions prises à l'encontre des « serial failers », sur la base des dispositions existantes, paraît assez théorique.

Enfin, les différentes analyses et études qui ont été menées dans le cadre du projet de loi ont mis en évidence un aspect important et non moins essentiel : le manque d'information des entrepreneurs. Par exemple, faute de connaissance des mesures d'assainissement possibles telles que la procédure de sursis concordataire, un bon nombre de sociétés tombent « inutilement » en faillite.

Une piste d'amélioration pourrait consister à développer le rôle de commissaire au sursis et de l'intégrer plus en amont pour examiner les perspectives de concordat dès qu'une société est en difficulté. Il pourrait aussi être envisagé de développer une certification, laquelle apporterait les compétences nécessaires pour sauvegarder au mieux les intérêts des créanciers, augmenter les chances d'homologation d'un concordat et raccourcir la durée de la procédure.

Lorsque la faillite représente un échec personnel, les entrepreneurs peuvent prendre de mauvaises décisions et dans un tel cas, la faillite est souvent inévitable alors que des mesures d'assainissement proactives auraient peut-être pu régler les problèmes financiers et maintenir les actifs.

Éclairer les entrepreneurs sur les possibilités qui leurs sont offertes, les appuyer et les soutenir dans ces démarches, et améliorer le délai de réaction en cas de difficultés économiques me paraît également primordial.

Dans ce contexte, il pourrait être intéressant de développer la plateforme Easygov créée par le SECO pour les entrepreneurs, afin d'y intégrer une partie assainissement et une aide en cas de problème de liquidités.

Conclusion

Finalement, la recherche d'un équilibre entre les intérêts des uns et des autres, et le respect des droits fondamentaux, ne permet pas de révolution.

La nouvelle loi fédérale de lutte contre l'usage abusif de la faillite peut paraître cosmétique aux premiers abords ; il ne faut toutefois pas perdre de vue que l'économie suisse ne peut pas se permettre de perdre ses entrepreneurs. Il convient également de ne pas oublier que cet esprit d'entreprise permet à notre économie de prospérer et de concurrencer de grandes nations.

Les PME représentent le tissu économique de notre pays. Si elles ont besoin de soutien, d'encouragement et de confiance, ainsi que des lois solides, elles ne doivent pas être entravées dans leur gestion d'entreprise.

A la lumière de l'actualité, les PME devront toutefois faire preuve de créativité et de résilience si elles veulent conserver une certaine autonomie. A visionner les conférences lors du Forum Economique Mondial de Davos, en janvier 2022, certaines actions et projets, dont l'agenda 2030, ne soutiennent guère l'indépendance ou la souveraineté. Le « pass carbone », la reconnaissance faciale, le renoncement à la monnaie, sont autant de pistes qui augmenteront la surveillance au détriment de la liberté.

A l'aube de la 4ème révolution industrielle, celle de la digitalisation, les défis sont énormes, et le contrôle va prendre une place prépondérante dans de nombreux domaines, avec l'intelligence artificielle notamment.

De nos jours, tenir des statistiques est une évidence et d'une facilité amplifiée grâce aux progrès technologiques gigantesques effectués, et la numérisation des données.

Pourquoi alors tant d'oppositions ou de freins face à la centralisation des poursuites ? Quels intérêts peuvent être derrière cette réticence ? Si la mise en place d'un registre national peut s'avérer quelque peu complexe, il n'en va probablement pas de même pour un registre cantonal. Or, au niveau des cantons, très peu d'entre eux ont fait le pas de la centralisation, alors qu'une telle manœuvre réduirait drastiquement le coût administratif pour les contribuables et les offices des poursuites.

De même, les données statistiques suisses en matière de faillites, liquidations concordataires, d'actions en responsabilité ou encore de cessions des droits de la masse, sont lacunaires voire inexistantes. Impossible, par exemple, de connaître le montant des dividendes versés en cas de faillite ou de procédure concordataire.

Dès lors, et c'est le cas dans la présente étude, beaucoup de données sont basées sur des estimations et des fourchettes extrêmement larges. Dans le cadre de l'analyse de l'avant-projet, les experts ont dû se contenter d'une base de données très pauvre et émettre bon nombre d'hypothèses.

L'information est précieuse et me paraît indispensable pour mener à bien une chasse aux abus et édicter de nouvelles réglementations en vue de protéger les créanciers. Un long chemin reste encore à parcourir afin de respecter les droits fondamentaux, et améliorer la protection et la responsabilisation des citoyens.

Bibliographie

Ouvrages, doctrine et rapports

Epiney A., in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1ère édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2015 (cité: BSK BV-Epiney, art. X, N X)

Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite), Office fédéral de la justice, Berne 2015 (cité : Rapport explicatif OFJ, 2015, p. X)

Département fédéral de justice et police, Rapport sur les résultats de la procédure de consultation, Office fédéral de la justice, Berne 2016 (cité : Rapport OFJ, 2016, p. X)

Dubey J., in: Commentaire romand de la Constitution fédérale, 1^{ère} édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2021, art. 36 (cité : CR Cst.-Dubey, art. 36, N X)

Equey, D. (2014). *Insolvabilité organisée et "serial failers" - Quelles solutions en droit suisse ?*, in : Jusletter 22 décembre 2014 (cité : Equey, chap. X, Rz X)

Ernst & Young (2009). Etude 2 : *Analyse explicative du taux de recouvrement* (cité : Ernst & Young, p. X)

Fust A., Fueglistaller U., Züger T., Brunner C., & Graf A. (2022). *Schweizer KMU, Eine Analyse der aktuellsten Zahlen* (cité: Fust, Fueglistaller, Züger, Brunner, & Graf, p. X)

Gwartne J., Lawson R., Hall J., & Murphy R. (2021). *Economic Freedom of the World, annual report 2021*. Fraser Institute (cité : Gwartne, Lawson, Hall, & Murphy, p. X)

Martenet V., in: Commentaire Romand de la Constitution fédérale, 1^{ère} édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2021 (cité : CR Cst.-Martenet, art. X, N X)

Schweizer R., in: St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 3ème édition, Dike, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 36 (cité: Schweizer, SG Komm. BV, art. 36, N X)

Surchat M., SECO (2009). *La révision du droit des faillites : les résultats de l'analyse d'impact de la réglementation* (cité : Surchat, SECO, p. X)

Vallender K., in: St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 3ème édition, Dike, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 27 (cité: Vallender, SG Komm. BV, art. 27, N X)

Villard K., in : Commentaire romand du Code pénal I, 2^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2021, art. 67 (cité : CR CP I-Villard, art. 67, N X)

Messages du Conseil fédéral

Message du 20 novembre 1996 concernant la nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1

Message du 15 avril 2015 concernant la modification du code des obligations (Droit du registre du commerce), FF 2015 3255

Message du 26 juin 2019 concernant la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite (modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du code des obligations, du code pénal, du code pénal militaire et de la loi sur le casier judiciaire), FF 2019 4977

Travaux et initiatives parlementaires

Hess, initiative parlementaire 16.405 déposée le 10.03.2016 (cité : Hess, initiative parlementaire 16.405)

Rapporteur de langue allemande Rieder, BO 2021 CE 19.043 (cité : Rieder, BO 2021 CE 19.043)

Sources informatiques

Dubler A.-M., & Winzeler C. (2007). *Liberté du commerce et de l'industrie*, in: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 27.11.2007, traduit de l'allemand. Disponible sous <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/047142/2007-11-27/> (cité : Dubler & Winzeler, p. X) (consulté le 20 novembre 2022)

Fraser Institute. *Economic Freedom*. Disponible sous <https://www.fraserinstitute.org/economic-freedom/map?geozone=world&page=map&year=2020> (cité : Fraser Institute) (consulté le 6 octobre 2022)

Müller J., & Ammann B. (2021). *Le boom des créations d'entreprises lors de la crise du Covid-19*. Avenir suisse. Disponible sous <https://www.avenir-suisse.ch/fr/le-boom-des-creations-dentreprises-lors-de-la-crise-du-covid-19/> (cité : Müller & Ammann) (consulté le 27 décembre 2022)

Rutz S., & Bonato M. (2021). *Des hauts et des bas parmi les cantons romands*. Avenir suisse. Publié sur <https://www.avenir-suisse.ch/fr/publication/lindice-de-liberte-davenir-suisse-2021/> (cité : Rutz & Bonato) (consulté le 5 novembre 2022)

SECO (2022). *Crédits COVID-19 : le Conseil fédéral maintient inchangé le taux d'intérêt et salue la nouvelle réglementation sur les amortissements*. Berne (cité : communiqué de presse SECO, Crédits COVID-19) (consulté le 2 décembre 2022)

Schröter H. G. (2009). *Economie de marché*, in. Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 14.07.2010, traduit de l'allemand. Disponible sous <https://hls-dhs-dss.ch/fr/export/articles/013832/2009-10-27/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCCode.ArticlePdfExport> (cité : Schröter, p. X) (consulté le 16 octobre 2022)

Talos C. (2021). Session - *Les Etats veulent renforcer la loi pour lutter contre les faillites abusives*. Disponible sous lematin.ch: <https://www.lematin.ch/story/les-etats-veulent-renforcer-la-loi-pour-lutter-contre-les-faillites-abusives-474313556828> (cité: Talos) (consulté le 13 décembre 2022)

Séminaires

Martenet V. (15.09.2022). Séminaire CEDIDAC, droit fondamentaux, droit des obligations et discriminations.

Cheneaux J.-L. (17.11.2022). Séminaire sur la révision du droit de la SA.

Engagement de non-plagiat

Reconnaissant

- que le plagiat, la fabrication et la falsification des résultats sont unanimement considérés comme des fautes graves, passibles de sanctions de la part de l'UNIL, indépendamment des possibles poursuites pénales qu'elles peuvent susciter
- que leur pratique est incompatible avec la Charte qui stipule que l'UNIL "vise à produire et à transmettre des savoirs validés par des mécanismes collectifs de vérification, qui impliquent à la fois honnêteté, indépendance, interdisciplinarité, débat et transparence".

Plus particulièrement, avant soumission de son mémoire, l'étudiant/e déclare :

- savoir que l'usage de guillemets est impératif en cas de reprise de texte d'une certaine importance (par ex. plus de 5 mots d'affilée) provenant d'une source tierce, y compris en cas de traduction de ce texte.
- savoir que toutes les sources utilisées dans le mémoire doivent être citées de manière complète et précise (avec notamment le numéro de la page utilisée), y compris les sources sur Internet.
- avoir pris connaissance du Code de déontologie en matière d'emprunts, de citations et d'exploitation de sources diverses ainsi que de la Charte de l'UNIL et avoir compris leur contenu.
- en cas de doute résiduel sur l'application concrète de ces bonnes pratiques de citations, s'être dûment renseigné (préalablement à la soumission) auprès de son superviseur de mémoire auprès de la Faculté de droit ou des HEC.
- savoir qu'une transgression des pratiques édictées dans le Code de déontologie peut entraîner des sanctions de la part de l'UNIL.
- savoir que la fraude, y compris le plagiat, entraîne l'exclusion définitive du Master MDE conformément au Règlement du MDE.

Nom et prénom : Membrez Loane

Lausanne, le 15 janvier 2023.

