

Faillites en série

Serial failers et insolvabilité organisée

Table des matières

1) Introduction	1
2) Problématique	1
3) Situation actuelle	2
4) Solutions proposées.....	3
4.1 Priorités	3
4.2 Autres mesures.....	5

1) Introduction

Il est de fait notoire qu'il existe un certain nombre d'entrepreneurs indécents dans différents secteurs de l'économie. Le schéma est souvent le même : une personne morale, le plus souvent une société à responsabilité limitée, faiblement capitalisée est créée. Elle pratique la sous-enchère salariale, engage des travailleurs au noir, ne les déclare pas aux assurances sociales, ne s'acquitte pas de ses factures et, ainsi, peut proposer des prix défiant toute concurrence. La faillite s'ensuit quelques mois après la création et est liquidée sommairement pour insuffisance d'actifs, laissant des impayés considérables.

2) Problématique

Un « serial failer » est 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 ». L'« insolvabilité organisée » est le comportement décrit ci-dessus (David Equey, Insolvabilité organisée et « serial failers » - Quelles solutions en droit suisse ?, in Jusletter 22 décembre 2014, Rz 1). Ce comportement a notamment comme conséquences :

- une indemnisation insuffisante ou inexistante des créanciers de la société en raison de l'insuffisance d'actifs, souvent évalués à leur valeur comptable (et donc amortie) ;
- les actifs non réalisés de la société en faillite, qui sont constitués le plus souvent d'outils, de véhicules et de machines d'occasion, sont rachetés, à leur valeur vénale, soit souvent à très bas prix, par les dirigeants et servent à la capitalisation, fréquemment à un prix surévalué, d'une nouvelle entité ;
- une impossibilité pour les maîtres d'ouvrage d'exercer leur droit de garantie pour les défauts de l'ouvrage, découlant des art. 368 ss du code des obligations du 30 mars

1911 (CO ; RS 220) et des dispositions associatives telle que la Norme SIA 118 en raison de la mort civile après la faillite de la société qui a procédé aux travaux, même si les anciens gérants de ce dernier sont actifs dans une nouvelle entité (Equey, op. cit., Rz 2) ;

- des impayés considérables auprès des assurances sociales (AVS, AI, AC, AF, PC, LPP, etc.) et de l'administration fiscale (TVA, imposition des sociétés, etc.).

Souvent, voire systématiquement, ce comportement va de pair avec d'autres manquements, par exemple, le dumping salarial, les escroqueries à l'assurance-chômage, l'emploi de travailleurs sans autorisation de séjour ou sans annonce aux assurances sociales comme l'AVS et permet d'offrir des prix nettement inférieurs que ceux des entreprises qui respectent le cadre légal et les engagements conventionnels, créant ainsi une distorsion de la concurrence (Equey, op. cit., Rz 2).

3) Situation actuelle

Ces pratiques sont favorisées par un cadre légal et réglementaire qui n'est plus adapté et ne permet que difficilement de les sanctionner ou de les prévenir. Ainsi, par exemple, en l'état, les créanciers ne disposent pas d'une action directe en responsabilité civile, fondée sur l'art. 754 CO contre les dirigeants d'une société pour les dommages causés par ces derniers à la société en raison de manquements à leurs devoirs, laquelle ne peut ensuite plus faire face à ses engagements (Equey, op. cit., Rz 23-31). La responsabilité pénale des dirigeants de personnes morales est également lacunaire. En effet, l'art. 158 du code pénal du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0), qui réprime la gestion déloyale, ne peut entrer en considération que lorsque le gérant ou l'administrateur d'une société a été identifié, ce qui exclut les dirigeants de « fait », et que le dommage touche la personne morale concernée et ses associés (Equey, op. cit., Rz 57 et 59 et les références citées). Quant aux art. 163, 164, 165 et 167 CP qui répriment respectivement la banqueroute frauduleuse et la fraude dans la saisie, la diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers, la gestion fautive et, enfin, les avantages accordés à d'autres créanciers, ils ne trouvent application que lorsque la société a été déclarée en faillite par jugement ou lorsqu'en cas de saisie, un acte de défaut de biens a été délivré (Equey, op. cit., Rz 79 et les références citées). Enfin, sous l'angle de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241), il n'existe pas non plus de sanction pénale, en particulier, à l'encontre de l'entreprise qui pratique le dumping salarial. Toutes ces lacunes permettent ainsi à des entrepreneurs véreux de fausser la concurrence, car n'ayant pas les mêmes charges que leurs homologues, ils peuvent offrir des prix nettement moins chers que ces derniers.

En 2015, le Conseil fédéral a certes mis en consultation un avant-projet de modification de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite¹. Celui-ci est toutefois insuffisant car il se limite essentiellement à imposer les frais de procédure non plus aux créanciers, mais aux débiteurs, par le biais de la masse en faillite, afin que la collectivité n'ait plus à financer des faillites. Ce n'est évidemment pas suffisant. En effet, contrairement à ses Etats voisins, la Suisse ne dispose pas de règles législatives permettant de lutter efficacement contre les « serial failers », notamment en amont, c'est-à-dire avant un jugement de faillite définitif et exécutoire et de manière préventive, soit pour éviter la répétition de tels comportements à l'avenir. En particulier, il n'existe pas d'infraction réprimant pénalement le fait d'organiser son insolvabilité ou celle d'une société que l'on dirige pour échapper à ses créanciers, les conditions de mise en œuvre de l'infraction de gestion déloyale (art. 158 CP) et d'une responsabilité civile directe des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale sont trop strictes et ne permettent pas aux créanciers ordinaires d'agir directement contre les responsables.

En outre, en Suisse, les registres de poursuites et les registres de faillites ne sont pas centralisés ni même harmonisés. Ils dépendent de chaque canton et, à cet échelon, parfois

de chaque division territoriale (district par exemple). Il est donc facile pour un entrepreneur impliqué dans des faillites et objet de poursuites de se déplacer d'un canton où il est inscrit sur le registre des poursuites à un autre endroit où il ne l'est pas pour se « refaire une virginité » auprès d'éventuels clients ou partenaires en affaires.

4) Solutions proposées

4.1 Priorités

Sous l'angle de la responsabilité civile, il serait utile d'introduire dans le code des obligations, une action directe des créanciers contre les dirigeants de personnes morales, par exemple sur le modèle de ce qui existe actuellement dans le cadre de l'art. 52 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10). Cela consisterait en substance à modifier le régime spécifique de responsabilité des administrateurs et gérants de sociétés prévu par l'art. 754 CO en y introduisant la possibilité pour les créanciers chirographaires (ordinaires) d'actionner directement les premiers, le cas échéant, aux côtés des créanciers sociaux. Cet article devrait être modifié comme il suit :

- **Art. 754 CO**

« Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire, créancier social ou créancier chirographaire, du dommage direct ou indirect qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs. ».

En ce qui concerne la **responsabilité pénale**, il paraît indispensable d'introduire un article réprimant l'insolvabilité organisée, soit le fait, avant toute décision judiciaire constatant une dette, notamment d'augmenter son passif ou diminuer son actif sans cause ou contrepartie, de céder des actifs à des prix inférieurs à ceux du marché ou d'accorder des remises de dette ou des rabais en violation de l'usage commercial ou de la pratique des affaires, de dissimuler tout ou partie de ses revenus ou de ses biens, ou de renoncer à tout ou partie de montants en limitant ou en baissant sans cause le taux consacré à une activité lucrative. Un tel système existe déjà en l'art. 314-7 du code pénal français et fonctionne à satisfaction. Cet article aurait la teneur suivante :

- **Art. 158bis Organisation frauduleuse de l'insolvabilité :**

(al. 1) : « Le débiteur qui, même avant décision judiciaire constatant sa dette, aura organisé ou aggravé son insolvabilité

en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, sans cause ou contrepartie ;

en cédant tout ou partie de son actif à des prix inférieurs à ceux du marché, en accordant des remises de dettes ou rabais en violation de l'usage commercial ou de la pratique des affaires,

en dissimulant tout ou partie de ses revenus ;

en diminuant ses revenus, notamment par la renonciation à tout ou partie de sommes qui lui sont dues ou en limitant ou baissant sans cause le taux consacré à une activité lucrative ;

en dissimulant tout ou partie de ses biens ;

sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

(al. 2) : « Le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale qui, dans les mêmes conditions, aura organisé ou aggravé l'insolvabilité de celle-ci, sera puni d'une peine

privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

(al. 3) : « Le complice qui, dans les mêmes conditions, se sera livré à ces agissements, de manière à causer un dommage aux créanciers, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq au plus ou d'une peine pécuniaire. »

(al. 4) : « En cas de faillite ou saisie du débiteur ou de la personne morale, le débiteur, le dirigeant de droit ou de fait de la personne morale et les personnes qui ont effectivement participé à la gestion de la personne morale ne pourront pas acquérir ces biens. ».

(al. 5) : « La direction de la procédure peut condamner la personne bénéficiaire des valeurs reçues dans le cadre de l'al. 1 comme complice ou instigatrice de l'infraction, si les conditions de l'art. 24 ou 25 sont réalisées, et, le cas échéant, dire qu'elle est tenue solidairement, dans la limite des fonds ou de la valeur vénale des biens reçus à titre gratuit ou onéreux aux obligations pécuniaires résultant de la condamnation à l'exécution de laquelle l'auteur de l'infraction a voulu se soustraire ».

Il faudrait également modifier l'art. 158 du code pénal du 21 décembre 1937 (CP : RS 311.0) pour permettre aux personnes lésées indirectement par les actes de gestion frauduleuse de pouvoir agir directement contre les gestionnaires et ne plus limiter cette possibilité aux lésés directs. Il s'agit finalement d'adapter le régime pénal à la modification du régime de responsabilité civile telle que proposée ci-avant. La teneur modifiée serait la suivante :

- **Art. 158 CP Gestion déloyale**

(Ch. 1, al. 1) : « Celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, a géré les intérêts pécuniaires d'autrui ou veillé sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou à ceux de tiers en lien avec les premiers ou aura permis qu'ils soient lésés sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Al. 2 : (sans changement)

Al. 3 : (sans changement)

(Ch. 2) : « Celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura abusé du pouvoir de représentation que lui confère la loi, un mandat officiel ou un acte juridique et aura ainsi porté atteinte aux intérêts pécuniaires du représenté ou à ceux de tiers sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

Ch. 3 : (sans changement).

En matière de **concurrence déloyale**, il conviendrait de modifier l'art. 7 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241) pour y introduire une référence aux conditions minimales de salaire et de travail telle qu'elle est contenue en l'art. 5 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (loi sur les travailleurs détachés (LDét. ; RS 823.20) et intégrer l'art. 7 LCD dans la liste des comportements déloyaux réprimés pénalement prévue par l'art. 23 LCD (Equey, op. cit., Rz 33, 38, 80 à 87).

- **Art. 7 Inobservation des conditions de travail**

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, n'observe pas les conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux, en particulier les conditions minimales de salaire et de travail prévues par l'art. 5 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail

- **Art. 23 Concurrence déloyale**

(al. 1) : « Quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 5, 6 ou 7 est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Al. 2 : (sans changement)

Al. 3 : (sans changement)

S'agissant du droit des **poursuites pour dettes et de la faillite**, il s'avère nécessaire de modifier la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1) pour y introduire la possibilité de créer un registre des poursuites et des faillites unifié ou à tout le moins harmonisé sur l'ensemble du territoire de la Confédération, sur le modèle par exemple de ce qui a été fait pour le registre du commerce.

4.2 Autres mesures

D'autres changements pourraient permettre de lutter plus efficacement contre les « serial failers » et pourraient consister à rendre obligatoire l'inscription au Registre du commerce pour toutes les entreprises ayant leur siège ou un établissement stable en Suisse.

a) Donner aux Commissions professionnelles paritaires une délégation de pouvoir de l'Etat pour prendre des décisions formelles, reconnues comme titre de mainlevée définitiveⁱⁱ.

b) Rendre l'inscription au Registre du commerce obligatoire pour toutes les entreprises ayant leur siège en Suisse.

Des questions ?

David Equey, responsable du service juridique et membre de la direction de la Fédération vaudoise des entrepreneurs, 021 632 14 52 et david.equey@fve.ch.

ⁱ Cf. <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2015.html>.

ⁱⁱ Art. 80 LP.