

Loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite

Projet de modifications de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite (LP), du code des obligations (CO), du code pénal (CP) et de la loi sur le casier judiciaire (LCJ)

Le Conseil fédéral a adopté le 26 juin 2019 son message relatif à la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite¹. Ce projet de modification de la loi veut empêcher les débiteurs d'user abusivement de la procédure de faillite afin d'échapper à leurs obligations envers leurs créanciers et de faire une concurrence déloyale aux autres entreprises. A cette fin, la LP, le CO, le CP et la LCJ seraient modifiés.

Le problème des faillites abusives

Le droit de la faillite permet aux chefs d'entreprise qui ont fait faillite de fonder rapidement une nouvelle entreprise. Toutefois, il arrive que des débiteurs abusent de ce droit pour se débarrasser de dettes existantes et pour ne pas devoir payer des salaires dus. En effet, peu de temps après la faillite, ils fondent une nouvelle société, réengagent leurs salariés et rachètent à bas prix les stocks et les outils de productions qui constituaient la masse en faillite. Par conséquent, ces débiteurs lésent leurs créanciers, abusent des assurances sociales et se procurent un avantage concurrentiel.

Le droit de la faillite et le droit pénal fournissent déjà différents moyens de sanctionner les abus en matière de faillite. Cependant, les créanciers renoncent souvent à poursuivre les cas d'abus de leur débiteur car les obstacles juridiques et pratiques sont trop importants. Les personnes lésées n'ont, à raison, pas envie de prendre de risques financiers supplémentaires sous forme de longue procédure civile ou pénale.

Le projet du Conseil fédéral

Afin de remédier à ce problème, le Conseil fédéral a soumis au Parlement un projet de modification de la loi sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite qui vise principalement à améliorer la mise en application de l'interdiction pénale d'exercer une activité. Ce projet propose par conséquent la modification de plusieurs dispositions en droit pénal, en droit des sociétés et en droit de la poursuite pour dette et faillite.

I. Droit pénal (CP et LCJ)

Deux mesures sont prévues pour renforcer l'efficacité de l'interdiction pénale d'exercer une activité au sens des art. 67 et 67a CP :

1) L'élargissement de l'interdiction d'exercer

Le projet élargit le champ d'application de l'art. 67a CP en y incluant l'interdiction faite à un auteur d'exercer une activité de manière indépendante dans une autre fonction qui doit être inscrite au registre du commerce. L'interdiction vaut pour toutes les activités exercées dans le cadre d'une fonction qui doit être inscrite au registre du commerce. La notion d'indépendance devant étant interprétée au sens large, l'interdiction vaut également pour les organes de fait qui ne sont pas inscrits au registre du commerce.

2) Le lien entre le casier judiciaire et le registre du commerce

Afin de renforcer l'interdiction d'exercer de l'art. 67a CP, le projet de modification de la loi propose d'établir un lien entre le casier judiciaire et le registre du commerce. De cette manière, les offices du registre du commerce pourront mettre en œuvre l'interdiction d'exercer une activité dans le registre du commerce. Pour garantir qu'une personne ne reste pas inscrite au registre du commerce alors que sa fonction est incompatible avec l'interdiction d'exercer une activité, l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) recevra l'obligation d'effectuer périodiquement des vérifications dans le registre du commerce. La vérification préalable par une seule autorité garantit que seul un nombre restreint de personnes aura accès aux données du casier judiciaire dans les cas qui ne sont pas problématiques.

¹ Message du Conseil fédéral relatif à la loi sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite, FF 2019 4977 ss.

Aussi, le public pourra rechercher des personnes physiques dans le registre du commerce. Il sera en mesure de connaître quelles fonctions la personne exerce ou exerçait, et au sein de quelle entreprise, et si cette personne est ou était inscrite au registre du commerce pour une entité juridique sur laquelle une procédure de faillite a été ouverte. Ainsi, le juge pénal aura une vue d'ensemble des activités économiques de l'auteur et pourra prononcer le cas échéant une interdiction d'exercer une activité spécifique au sens de l'art. 67 CP.

En 2023, les systèmes informatisés VOSTRA et du registre du commerce seront uniformisés en ce sens que l'identification des personnes physiques se fera par le biais de leur numéro AVS. Celui-ci n'apparaîtra cependant pas dans les résultats de recherche et ne pourra pas non plus être utilisé comme critère de recherche. Il servira uniquement à identifier les personnes en arrière-plan et ne sera pas rendu public.

Commentaire

Ces deux nouvelles mesures prévues pour renforcer l'efficacité de l'interdiction pénale d'exercer une activité (art. 67 et 67a CP) ne résolvent toutefois pas les difficultés pratiques auxquelles les autorités de poursuites pénales sont confrontées dans l'application des dispositions pénales dans la faillite (art. 163 ss CP). Il demeure particulièrement compliqué d'investiguer les cas de faillites frauduleuses, singulièrement dans les groupes de sociétés avec entités à l'étranger. En effet, ces investigations nécessitent des commissions rogatoires chronophages rendues parfois elles-mêmes compliquée par l'absence de comptabilité ou sa disparition au moment de la survenance d'un état de surendettement au sens de l'art. 725 CO. Par conséquent, il aurait été souhaitable d'aggraver la peine de la violation de l'obligation de tenir une comptabilité (art. 166 CP) de telle sorte à ce que la peine encourue, actuellement de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire soit portée à cinq ans. En outre, il conviendrait également d'introduire, comme nous le verrons ci-après sous l'angle de la modification du Code des obligations, l'obligation de tenir des comptes consolidés intragroupe qui, à terme et avec l'évolution des nouvelles technologies, notamment de la blockchain, devraient devoir être publiés sur des registres sécurisés et non effaçables, à la disposition des autorités de poursuite pénales.

II. Droit des sociétés (CO)

Le projet modifie le droit des sociétés sur deux aspects :

1) La nullité du transfert du manteau ou cadre d'actions

Le transfert du manteau d'actions d'une SA ou d'une Sàrl, à savoir d'une société liquidée dans les faits, sans aucune activité économique et dont il ne subsiste plus que le manteau d'actions sera considéré comme nul de par la loi. La jurisprudence du TF rendue en la matière sera ainsi codifiée².

2) La suppression de la possibilité d'un opting-out rétroactif

Un opting-out ne pourra déployer ses effets que pour l'exercice suivant la décision d'opting-out. Il ne sera plus possible de procéder à un opting-out rétroactif, même pour l'exercice en cours.

Commentaire

La popularité de l'opting-out exclut la possibilité de sa suppression. Avec la suppression de l'effet rétroactif de l'opting-out le législateur a voulu éviter qu'une brèche puisse apparaître entre les données figurant au registre du commerce quant à l'organe de révision d'une société et l'approbation des comptes par l'assemblée générale pour un exercice annuel. Ainsi, tout tiers devra après la modification de la loi être en mesure de s'assurer à partir de quand une société est sujette à un audit ou pas d'un organe de révision.

III. Droit pour dette et faillite (LP)

Le projet vise la modification de deux dispositions de la LP :

² Arrêt du Tribunal fédéral 4C.19/2001 du 25 mai 2001; ATF 123 III 473, consid. 5c); 80 I 60 consid. 2a); 80 I 30 consid. 1; 67 I 36 s.; 65 I 139 consid. 3; 64 II 361, consid. 1; 55 I 134 ss.

1) Le choix du créancier de poursuivre le débiteur par voie de saisie ou de faillite

Le droit en vigueur ne permet pas au créancier de droit public de requérir l'ouverture d'une faillite. Par conséquent, cela peut encourager les entreprises surendettées à ne pas payer leurs dettes de droit public afin de pouvoir désintéresser leurs autres créanciers. En poursuivant leurs activités, ces entreprises abusent du droit de la faillite et créent une distorsion de la concurrence. La non-ouverture d'une faillite, ou son ouverture tardive, a également des conséquences négatives en matière d'indemnisation des employés en cas d'insolvabilité.

Ainsi, la modification de l'art. 43 LP permettra aux créanciers de droit public de choisir si une poursuite se fait par voie de saisie ou par voie de faillite.

2) La possibilité d'une faillite sans poursuite préalable

L'art. 190 LP sera complété en ce sens que si la saisie est infructueuse, il sera possible de requérir la faillite sans poursuite préalable auprès du tribunal compétent au moyen de l'acte de défaut de bien.

Le contenu de cette publication ne représente pas un avis de droit ou un conseil juridique. Nos avocats spécialisés sont volontiers à votre disposition pour l'examen de vos demandes particulières.

Pierre Bydzovsky, LL.M., CAS MAP

Associé

Droit pénal économique

pierre.bydzovsky@borel-barbey.ch

Michel Barbey, LL.M.

Associé

Droit des sociétés

michel.barbey@borel-barbey.ch