

Le droit suisse des faillites: une perspective économique

Le plus souvent, en Suisse, les créanciers de troisième classe se retrouvent les mains vides à l'issue d'une faillite. Ces échecs sont généralement imputables à l'engagement trop tardif de la procédure, au fait que les préposés aux faillites ne sont guère incités par la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) à agir dans une perspective économique et ne jouissent pas de la marge de manœuvre suffisante et, enfin, au manque de transparence de la valorisation des actifs. De plus, le système actuel pousse à prononcer inutilement des faillites et réduit les possibilités de concordat. Telles sont les conclusions d'une étude sur le droit suisse des faillites conduite dans une optique économique.

1 La comparaison internationale des dividendes de faillite et des dividendes concordataires effectuée par la Banque mondiale dans son étude *Doing Business 2009* situe notre pays (avec un taux de récupération de 46,8%) bien au-dessous de la moyenne internationale (environ 74%). Les résultats publiés correspondent, toutefois, à des estimations obtenues sur la base de certaines hypothèses et comportent donc une marge d'incertitude. La présente étude d'Ernst & Young devrait aussi renforcer la plausibilité de celle de la Banque mondiale.



L'étude analyse les facteurs susceptibles d'influencer l'importance des dividendes de faillite et de concordat. À cette fin, treize cas de faillite et de concordat récents ont été étudiés. Les résultats ont ensuite été passés en revue lors d'entretiens avec quatre experts confirmés.

Photo: Keystone

En Suisse, le montant des dividendes de faillite et des dividendes concordataires est plutôt faible en comparaison internationale¹. Dans une analyse économique du droit des faillites effectuée au premier semestre 2009 sur mandat du Secrétariat d'État à l'économie (Seco), la société Ernst & Young a examiné de près la situation actuelle des dividendes de faillite et concordataires dans notre pays. L'étude avait pour but d'identifier et de pondérer les facteurs influençant le montant des dividendes en question et de présenter des recommandations sur les moyens d'améliorer la situation.

À cette fin, nous avons analysé dans une première étape, sous la forme d'études de cas,

treize situations de faillite et de concordat survenues ces dernières années, en nous fondant sur des entretiens menés avec des administrateurs de faillite ou commissaires concernés et sur un certain nombre de données supplémentaires. Les résultats de ces études de cas ont été validés dans le cadre d'entretiens avec quatre experts confirmés. Les divers facteurs identifiés ont fait l'objet d'un examen et des recommandations ont été formulées.

Le but de l'étude ne consistait pas à dresser une liste exhaustive des facteurs recherchés, mais à mettre en évidence ceux qui, dans la pratique, apparaissent particulièrement pertinents ou problématiques. Ils sont décrits ci-après tout au long des diverses phases de la procédure de faillite ou de concordat, laquelle en compte trois (voir *graphique 1*):

- la *phase 1* ou *préliminaire* englobe les aléas économiques susceptibles de déboucher sur des problèmes de liquidité;
- la *phase 2* ou *choix de la procédure* implique de choisir entre la faillite et le concordat; si la première est retenue, une décision devra également être prise sur le type de procédure à suivre;



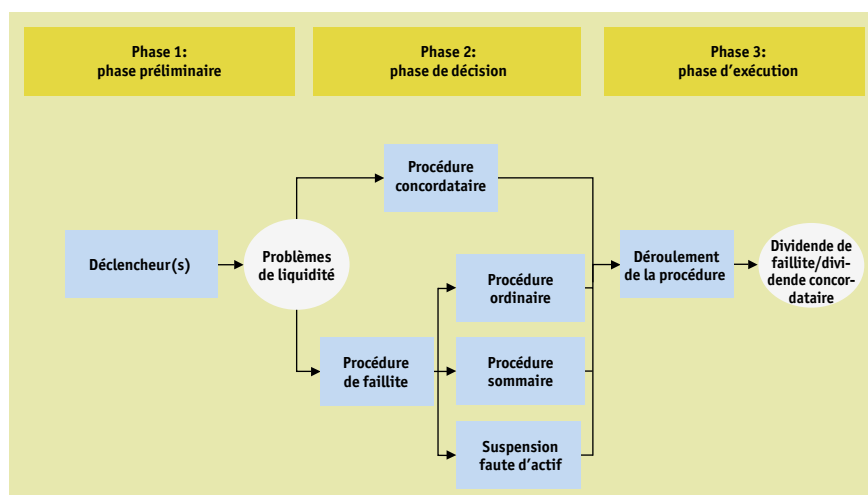
Christian Sauter
Senior Manager,
Advisory Public Services,
Ernst & Young



Petra Beck
Senior, Advisory Public
Services, Ernst & Young,
Zurich

Graphique 1

Phases de la procédure de faillite ou concordataire



Source: Beck, Sauter / La Vie économique

- la phase 3 ou déroulement de la procédure inclut toutes les étapes de la procédure jusqu'au versement d'un dividende de faillite ou de concordat aux créanciers.

Phase préliminaire

À ce stade, l'étude portait sur les facteurs déterminants ayant conduit à l'ouverture d'une procédure de faillite ou d'une procédure concordataire. Parmi les cas passés en revue, les facteurs ayant entraîné un manque de liquidités se répartissent en *trois catégories*:

- Dans le premier groupe étudié, les difficultés financières étaient imputables à des *facteurs liés à l'exploitation* (par exemple structures obsolètes ou inexpérience en matière de gestion d'entreprise);
- Dans le deuxième groupe, les *facteurs conjoncturels* ont été déterminants (par exemple augmentation massive des prix des matières premières);
- Dans le troisième groupe, l'échec était dû à des *facteurs personnels* (notamment à des conflits au niveau de la direction).

Un manque de culture de l'échec

En considérant le montant des dividendes de faillite et des dividendes concordataires, il semble toutefois que la cause majeure des cas de faillite ne réside pas dans ces éléments concrets. Bien plus déterminant qu'eux est le facteur temps, autrement dit le moment à partir duquel une entreprise réagit aux difficultés économiques. L'entrepreneur qui doit les affronter tend à attendre (trop) longtemps avant de prendre des mesures énergiques en matière de redressement ou d'assainissement. C'est tout particulièrement le cas dans les

mentalités où la faillite est ressentie comme un échec personnel. Attendre trop longtemps peut donc avoir pour résultat qu'au moment où la faillite finit par être prononcée, il ne reste plus guère d'actifs pour satisfaire les créanciers. Cela peut aussi rendre une faillite inéluctable alors qu'elle pouvait être évitée si des mesures de redressement avaient été prises à temps. Les dispositions légales n'ont guère d'influence sur ces aspects culturels.

La qualité de la révision peut être un moyen d'alerte précoce

Une révision effectuée dans les règles de l'art peut jouer un rôle important pour tirer à temps la sonnette d'alarme. Les organes chargés de cette tâche devraient attirer suffisamment tôt l'attention des entreprises sur les éventuels problèmes financiers qui les attendent.

La remise à jour générale du droit suisse en matière de révision, dont l'entrée en vigueur remonte au 1^{er} janvier 2008, a durci la législation antérieure et élargi son application, notamment pour les Sarl, qui jusqu'ici n'étaient pas tenues de faire réviser leurs comptes et qui y sont désormais astreintes. En outre, la réforme a soumis les organes de révision à davantage d'exigences. Aussi peut-on s'attendre à une amélioration de la qualité de la révision des comptes des petites et moyennes entreprises (PME) avec, entre autres, pour effet de renforcer son rôle de sonnette d'alarme. À l'inverse, il y a lieu de se demander quelles seront les incidences de la possibilité de révision restreinte désormais offerte aux sociétés anonymes de petite et moyenne taille, lesquelles étaient auparavant assujetties à un contrôle ordinaire, indépendamment de leur poids économique. Dès lors, on attend de voir l'influence qu'exercera globalement la réforme entrée récemment en vigueur sur l'efficacité du système d'alerte précoce.

Phase du choix de la procédure

Dans cette phase sont abordés les facteurs susceptibles de favoriser ou, au contraire, d'entraver le choix de la bonne procédure à suivre dans un cas concret.

Faillite ou concordat: un choix difficile

Il saute aux yeux que le choix entre faillite et concordat ne fonctionne pas correctement. Il arrive ainsi que des faillites soient prononcées inutilement ou que des procédures concordataires soient empêchées, alors qu'elles auraient été possibles. Cette situation est à mettre en priorité sur le compte d'un manque d'information des chefs d'entreprises et d'une marge de manœuvre insuffisante du

juge des faillites. Le dividende n'en souffre pas, ce dernier étant au contraire relativement plus important en cas de faillite. En revanche, sur le plan économique, semblable pratique est malheureuse dans la mesure où des entreprises sont fermées et des emplois perdus. Par conséquent, il y a lieu de voir comment les entreprises en difficulté, en particulier les PME, pourraient être mieux informées sur la procédure concordataire et bénéficier du soutien nécessaire. Dans le même temps, une amélioration des passerelles entre la procédure de faillite et la procédure concordataire, comme le prévoit l'art. 173a al. 2 LP, s'imposerait.

L'obstacle de l'avance des frais et des honoraires d'experts

En outre, le danger existe qu'une réquisition de faillite soit repoussée trop longtemps du fait de l'obligation impartie aux créanciers d'avancer les frais de faillite: selon l'art. 169 LP, le créancier qui requiert la faillite répond de ces frais jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif ou jusqu'à l'appel aux créanciers; il peut être tenu de verser une avance. Rares sont les créanciers prêts à prendre ce risque et à acquitter les sommes demandées, d'autant plus qu'entre eux, il n'y a guère de coordination ni de mise en commun des intérêts. Afin de remédier à ce problème, il faut examiner si et sous quelle forme l'avance de frais pourrait être financée par la masse en faillite.

Au cours de cette phase, l'intervention d'experts constitue une difficulté supplémentaire. Dans la procédure sommaire, l'administration de la faillite est autorisée à faire appel à eux. Or, la réglementation actuelle concernant leur rémunération réduit cette possibilité, alors qu'ils sont d'un secours précieux selon les circonstances. Il serait bon dès lors d'examiner comment les administrations de faillite pourraient jouir d'une plus large marge de manœuvre dans ce domaine.

Le déroulement de la procédure

Cette phase s'occupe, enfin, des facteurs susceptibles d'influencer le déroulement d'une procédure de faillite ou concordataire ainsi que le paiement du dividende de faillite ou de concordat.

Qualifications de l'administrateur des biens

Le bon déroulement d'une procédure concordataire dépend pour beaucoup des qualifications de l'administrateur de la masse. Celui-ci est souvent appelé à piloter étroitement et systématiquement le débiteur au cours de la phase du sursis concordataire, car le débiteur est fréquemment dépassé par les évé-

nements. Aussi, l'administrateur, dont les compétences juridiques sont aujourd'hui considérées comme prioritaires, est confronté à d'importantes tâches entrepreneuriales. Il y a lieu d'examiner si le profil de l'administrateur exigé de nos jours répond aux nécessités du rôle interdisciplinaire qu'il devrait pouvoir assumer.

Une LP guère incitative

On a aussi pu constater à quel point la personnalité de l'administrateur – autrement dit son expérience, son sens de l'initiative et sa capacité à prendre des risques – peut influencer le résultat d'une procédure de faillite. Or, la LP ne les encourage pas à rechercher le meilleur résultat économique possible dans une procédure de faillite ou de concordat. Le régime légal actuel tend à encourager chez eux un comportement d'«automate» excluant toute prise de risque. Or, au vu du rôle économique très important de la faillite, les préposés devraient aussi chercher à l'optimiser. Il importe dès lors d'ancrer dans la LP des éléments propres à créer cette incitation.

L'organisation géographique rend plus difficile le développement d'une connaissance des branches économiques

Au plan organisationnel, il apparaît que la distribution géographique des offices des faillites telle qu'elle est conçue actuellement ne permet plus de satisfaire au surcroît d'exigences requis en matière de connaissance des branches économiques. Dans la mesure où la plupart de ces organismes sont compétents pour tous les cas se présentant dans une zone géographique donnée (arrondissement), ceux-ci sont confrontés à des affaires touchant les branches les plus diverses. Or, développer une connaissance sérieuse de leurs spécificités ou établir des contacts au sein de ces dernières est quasi impossible. Il faut donc étudier la façon dont les offices des faillites peuvent développer leurs connaissances des différentes branches et comment elles peuvent les utiliser. On pourrait imaginer de remplacer la répartition actuelle des compétences fondée sur un découpage géographique par une organisation reposant sur une spécialisation par branches des offices des faillites (centres de compétence). Une autre variante consisterait à créer dans chaque canton une équipe de spécialistes détachables, en cas de besoin, auprès des divers offices des faillites, suivant leurs spécialités.

Réalisation des actifs: un manque de marge de manœuvre et de transparence

Des mesures s'avèrent également nécessaires au niveau de la réalisation des actifs. D'une part, en raison de l'impossibilité d'agir

suffisamment vite, on ne parvient souvent pas à atteindre des résultats optimaux. Pour permettre la vente d'une entreprise en difficulté, actifs compris, et favoriser ainsi la poursuite de l'exploitation, la rapidité avec laquelle l'administrateur de la faillite peut agir dès le départ risque fort, selon les circonstances, d'être décisive. Or, la LP actuelle tient insuffisamment compte de cet aspect dans la mesure où elle ne laisse pas à l'administrateur de la faillite la marge de manœuvre dont il aurait besoin au démarrage de la procédure. Il serait judicieux d'examiner, en s'appuyant sur les dispositions relatives à la réalisation d'urgence, si l'on ne pourrait pas attribuer plus de liberté d'action à l'administrateur de la faillite lorsqu'une liquidation à bref délai des actifs s'impose pour la vente de l'entreprise.

Parallèlement, lors de la réalisation d'actifs, force est de constater un manque de transparence et d'information en ce qui concerne la situation de l'offre et de la demande. Cela provient principalement du fait que les instruments et la procédure existants à l'heure actuelle ne permettent d'atteindre qu'un cercle limité d'intéressés potentiels. Cet aspect joue un rôle important, surtout en présence d'actifs de valeur, car le produit de la vente, ou le dividende de faillite, peuvent s'en trouver réduits. Par ailleurs, la vente d'actifs implique d'autres compétences que celles requises pour la conduite d'une procédure de faillite en général. Il serait utile de savoir si et sous quelle forme des canaux d'information électroniques pourraient être utilisés tant pour la réalisation d'actifs que pour des ventes d'entreprises (en particulier des mises aux enchères sur des plates-formes Internet). Un tel dispositif permettrait de toucher un cercle considérablement plus large d'intéressés, avec un effet de concurrence d'autant plus fort. Certes, le caractère de vente forcée et les problèmes juridiques qu'il implique sont des éléments à prendre en compte. La question se pose également de savoir si, pour garantir une réalisation optimale des actifs, l'intervention d'un plus grand nombre d'acteurs ayant des connaissances et des aptitudes dans le domaine de la vente ne serait pas souhaitable.

Difficultés d'intenter des actions en responsabilité ou de faire valoir des prétentions révocatoires

À propos du déroulement de la procédure, on mentionnera également l'instrument que constitue l'action en responsabilité ou l'action révocatoire (action paulienne). Intentée avec succès, cette dernière peut avoir des effets positifs sur l'importance du dividende de faillite. Toutefois, il s'agit de moyens de droit

qui ne sont utilisés qu'à titre exceptionnel pour diverses raisons. Il est rare en effet que des créanciers soient prêts à prendre le risque d'une telle démarche et à consentir les avances de frais nécessaires, d'autant qu'il n'y a guère de coordination entre eux et donc de mise en commun possible des intérêts à ouvrir une telle action. En outre, l'administration de la faillite n'a souvent pas le savoir-faire nécessaire pour examiner de telles prétentions.

En ce qui concerne la problématique des coûts, on mentionnera ici ce nouvel outil que constitue la couverture du financement des procès proposée depuis peu par les assureurs en Suisse. On peut se demander si les pouvoirs publics ne devraient pas mettre à disposition un instrument analogue afin de favoriser l'application du droit. Il faudrait aussi se demander sous quelle forme la coordination entre les créanciers pourrait être améliorée. Enfin, les offices des faillites devraient être habilités à s'adresser plus souvent à des tiers pour leur confier l'examen d'éventuelles actions en responsabilité et prétentions révocatoires.

Conclusion

Les résultats de l'enquête révèlent que des facteurs multiples intervenant aux diverses phases de la procédure ont des incidences sur le montant du dividende de faillite ou de concordat. Incontestablement, des mesures s'imposent sur le plan législatif, un niveau où certains problèmes ont déjà été abordés dans le cadre de la future révision de la LP. Par ailleurs, des dispositions prises à l'échelon organisationnel pourraient aussi amener des améliorations très importantes.

Signalons enfin que les bases statistiques dans le domaine de la faillite et du concordat méritent d'être améliorées. Des données relevées à une échelle plus large et d'une plus grande précision seraient aussi nécessaires pour comparer les prestations assurées, entre les divers offices des faillites aussi bien que de canton à canton. ■