L'ouverture de la faillite : situation actuelle et mise en perspective

Quand la responsabilité remplace le capital

Isabelle Chabloz*

This article presents the opening of Bankruptcy Proceedings under Swiss law and especially the problem of the costs. Bankruptcy Proceedings against legal entities are normally initiated without prior enforcement proceedings. According to 725 II CO, the board of directors has a legal duty to notify the court in the case of overindebtedness. In this case, the payment of an advance is not necessary, which may look unfair. This article shows that board members may be tempted to delay the notification until it is foreseeable that the assets are not even sufficient to cover the costs of summary bankruptcy proceedings. The proceedings will then be suspended by the court and it will be more difficult for the creditors to introduce a liability claim against the corporate bodies. This article analyses the solution proposed by the Federal Council to increase the liability of the board members for the costs of the Bankruptcy Proceedings. It concludes that a better proposal would be to extend the scope of article 260 of the Federal Debts and Bankruptcy Law in order to allow creditors to request the assignment of rights of the bankrupt estate even in the case of a suspension of the proceedings. Finally, the article calls into question the legislative trend of replacing capital protection measures with provisions that enhance the liability of board members.

Table des matières

Introduction
I. **Procédure d'ouverture de la faillite**
1. **Faillite sur demande du créancier**
2. **Faillite sur réquisition du débiteur**
3. **Faillite sur avis de surendettement**
4. **Suspension faute d'actif (art. 230 LP)**
5. **Conclusions intermédiaires**
II. **Renforcement de la responsabilité des administrateurs**
1. **Introduction**
2. **Révision de la LP : prévenir l'usage abusif de la faillite**
3. **Révision du droit de la SA : nouvelles obligations pour les administrateurs**
III. **Mise en perspective**
Conclusions

Introduction

En 2015, 13 016 faillites ont été ouvertes et les pertes résultant de la liquidation de faillites se sont élevées à 2 883 638 000 francs.[1] Plus de la moitié des faillites a été suspendue faute d'actif.[2] Face à cette situation, la tentation est grande de vouloir serrer la vis, notamment en *renforçant la responsabilité* des administrateurs des sociétés.

Cet article fait le point sur la *procédure d'ouverture de la faillite,* en mettant l'accent sur un aspect important en pratique, celui des coûts, ainsi que sur certaines questions controversées (I). Il analyse ensuite les éventuels abus que cette procédure peut engendrer ainsi que les propositions faites par les révisions législatives en cours pour y remédier, notamment celles visant à renforcer la responsabilité des administrateurs des sociétés (II). Enfin, il met en perspective l'évolution du droit de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) avec l'évolution du droit de la société anonyme (SA) pour s'interroger sur la tendance marquée du législateur à remplacer peu à peu les normes visant à protéger le capital par des normes de responsabilité (III).

* Docteure en droit, avocate, LL.M. (Monash University), Professeure associée à la Formation Universitaire à Distance, Suisse.

1 Office fédéral de la statistique, rubrique poursuites et faillites : <*http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/06/02/blank/key/02/betreibungen.html*>. (13.7.2016).

2 *Walter A. Stoffel/Isabelle Chabloz,* Voies d'exécution, 3e éd., Berne 2016, § 11 n. 45.

I. Procédure d'ouverture de la faillite

La faillite est prononcée soit sur requête du créancier (1) suite à une procédure préalable (1.1) ou sans procédure préalable (1.2), soit sur réquisition du débiteur (2), ou encore d'office, en principe sur la base d'un avis de surendettement (3). Les *règles en matière de coûts* et/ou leurs effets peuvent diverger de cas en cas. Lorsque la masse ne suffit probablement pas à couvrir les frais de liquidation sommaire (art. 230 al. 1 LP), la faillite est suspendue faute d'actif, à moins, comme on le verra, qu'un créancier n'avance les frais de la procédure (4).

1. Faillite sur demande du créancier

1.1 Suite à une procédure préalable

Une fois le commandement de payer (art. 69 LP) entré en force,[3] le poursuivant peut, si la poursuite n'est pas périmée (art. 88 al. 2 LP), requérir de l'office des poursuites la *continuation de la poursuite* à l'expiration d'un délai de vingt jours à compter de la notification du commandement de payer (art. 88 al. 1 LP). Lorsque le débiteur est soumis à la faillite (art. 39 ss LP), l'office des poursuites notifie (art. 64 à 66 par renvoi de l'art. 161 LP) au débiteur une commination de faillite (art. 160 LP). La commination de faillite est un avertissement adressé au débiteur qu'à l'échéance d'un ultime délai de grâce de 20 jours, le créancier pourra requérir la faillite. Si le poursuivi est d'avis qu'il n'est pas soumis à la faillite, il pourra déposer une plainte à l'autorité de surveillance (art. 17 ss LP).

A l'expiration du délai de grâce de 20 jours (art. 160 LP), le poursuivant peut, dans le délai de l'art. 166 al. 2 LP,[4] adresser au juge du for de la poursuite (art. 46 ss LP) une *réquisition de faillite* (art. 166 al. 1 LP).[5] En vertu de l'art. 251 litt. a CPC, la procédure sommaire est applicable, ce qui signifie que la requête peut être envoyée sous forme de document papier ou électronique, voire en cas d'urgence dictée au procès-verbal (art. 252 al. 2 CPC). Le commandement de payer et l'acte de commination doivent être joints. Comme la maxime inquisitoire s'applique (art. 255 litt. a CPC), si ces documents font défaut, le tribunal fixera un délai au requérant pour les produire (art. 132 al. 1 CPC).[6] Le poursuivant peut retirer sa réquisition, mais dans ce cas, il ne pourra la renouveler qu'un mois après (art. 167 LP).

L'avance des frais judiciaires devra être faite par le poursuivant (art. 98 CPC). Au surplus, selon l'art. 169 al. 1 LP, celui qui requiert la faillite répond des frais de la faillite jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif (art. 230 LP) ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 232 LP).[7] Le juge peut exiger du poursuivant qu'il en fasse l'avance (art. 169 al. 2 LP) déjà au moment de la citation à comparaître à l'audience.[8] Le poursuivant peut ainsi être contraint d'avancer les frais de la procédure judiciaire ainsi qu'une partie des frais de la procédure de faillite. L'émolument pour la décision judiciaire d'ouverture de faillite est de 40 à 200 francs pour les cas non litigieux et de 50 à 500 francs pour les cas litigieux (art. 52 OELP), auquel il faut donc ajouter les frais d'établissement de l'inventaire (art. 221 ss LP).[9] Le montant de l'avance peut être contesté par la voie de la plainte (art. 17 ss LP).[10] Si le requérant ne la paie

3 Soit que le poursuivi n'a pas fait opposition (art. 74 LP) soit que l'opposition a été levée (art. 79 ss LP).

4 Concernant la suspension du délai, voir ATF 136 III 152, consid. 4.1 s.

5 *Stoffel/Chabloz* (n. 2), § 9 n. 47.

6 Du même avis, *François Bohnet*, Actions civiles, Bâle 2014, § 127 n. 13 ; *Philipp Nordmann*, commentaire des art. 166 à 170 LP, in : Staehelin/Bauer/Staehelin (édit.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2e éd., Bâle 2010, art. 166 n. 7. D'un autre avis, *Flavio Cometta*, commentaire des art. 159 à 176 LP, in : Dallèves/Foex/Jeandin (édit.), Commentaire romand, Bâle/Genève/Munich 2005, art. 166 n. 1.

7 Pour une définition des frais de la faillite selon l'art. 169 LP, voir ATF 134 III 136, consid. 2.1.

8 TF, arrêt 8C_469/2015 du 26.2.2016, consid. 5.2. *Nordmann* (n. 6), art. 166 n. 21.

9 Selon la Cour suprême du canton de Berne, pour l'établissement de la masse active, les frais varient généralement entre 2000 et 2500 francs, ce qui correspond selon l'art. 44 OELP à environ 18 à 23 heures de travail, voir BlSchK 2013 146 ss, p. 148, alors que la circulaire n° A 28 du 25.11.2005 de l'autorité de surveillance du canton de Berne fixe le montant de l'avance selon l'art. 169 al. 2 LP, dans ce cas, à un montant de l'ordre de 1000 à 1500 francs. Dans le canton de Zurich, la commission administrative de l'Obergericht, qui est compétente en vertu du § 6 Kantonale Konkursverordung (RS-ZH 281.2) a fixé l'avance à 1800 francs, voir Beschluss betreffend Kostenvorschuss bei Stellung des Konkursbegehrens und bei der Erklärung der Zahlungsunfähigkeit du 12 janvier 1999.

10 ATF 130 III 520, consid. 2.2, JdT 2005 II 91.

pas, une condition de recevabilité fait défaut et le juge ne peut pas prononcer la faillite (art. 68 al. 1 LP).[11]

Lorsque le requérant est une personne physique indigente et que sa requête ne paraît pas dépourvue de chance de succès (art. 117 CPC), il a droit à *l'assistance judiciaire* et sera ainsi exonéré de l'avance (art. 118 al. 1 litt. a CPC),[12] y compris celle découlant de l'art. 169 LP.[13] Comme la procédure est simple, il n'aura en principe pas droit à un avocat d'office.[14] Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire pourra être appelé à rembourser dès qu'il sera en mesure de le faire (art. 123 al. 1 CPC), mais au plus tard dans les dix ans (art. 123 al. 2 CPC).

En dérogation à l'art. 256 al. 1 CPC, le juge a l'obligation de convoquer une *audience de faillite* (art. 168 LP).[15] Le souci de rapidité est primordial. Le juge peut aviser les parties seulement (au moins) trois jours à l'avance (art. 168 LP). La citation se fera en principe par envoi recommandé (art. 138 al. 1 CPC). La fiction de notification prévue par l'art. 138 al. 3 litt. a CPC ne s'applique pas à l'avis de l'audience de faillite.[16] Le juge doit statuer sans retard même en l'absence des parties (art. 171 LP en dérogation à l'art. 234 al. 2 CPC). Le failli peut comparaître personnellement, se faire représenter ou déposer une réponse écrite.[17] Les preuves peuvent être invoquées jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC), mais uniquement par titres (art. 254 al. 1 CPC). En cas de rejet de la réquisition de faillite (art. 172 LP), le requérant supportera *les frais et les dépens* de la procédure judiciaire (art. 106 CPC), à moins que l'équité n'exige une autre répartition (art. 107 CPC). Tel pourra être le cas si le poursuivi a attendu que la réquisition de poursuite soit déposée pour régler sa dette. Même dans cette éventualité, si le poursuivi n'acquitte pas les frais, le poursuivant pourra au final être appelé à en répondre en vertu de l'art. 169 LP. Lorsque la faillite est prononcée, les frais judiciaires sont mis à la charge du failli (art. 68 LP), mais ils sont prélevés sur l'avance faite par le requérant (art. 111 al. 1 CPC) et supportés par celui-ci si la masse en faillite ne suffit pas à les couvrir (art. 169 LP).

La responsabilité du poursuivant pour les *frais de la procédure de faillite* (art. 169 LP) est subsidiaire à celle de la masse en faillite.[18] Par conséquent, si la masse suffit à les couvrir, l'éventuelle avance sera restituée au poursuivant. Dans le cas contraire, la faillite sera suspendue faute d'actif (art. 230 LP, voir ch. 4 ci-dessous) et les frais de la procédure de faillite, jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif,[19] seront prélevés sur l'avance. Si l'avance ne suffit pas, les frais non payés seront facturés au poursuivant. Il en va de même lorsqu'aucune avance n'a été requise (art. 35 OAOF).[20] L'avance ne constitue ainsi pas un plafond maximal de responsabilité.[21] Néanmoins, une jurisprudence de la Cour suprême du canton de Berne considère, à juste titre, qu'il est contraire au principe de la bonne foi d'exiger du poursuivant un multiple de l'avance de frais.[22] En ad-

11 ATF 118 III 27, consid. 2b, JdT 1994 II 66. *Cometta* (n. 6), art. 170 n. 5 ; *Eugen Fritschi*, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 208 ; *Nordmann* (n. 6), art. 169 n. 24.

12 ATF 118 III 33, consid. 2, JdT 1994 II 137. *Cometta* (n. 6), art. 169 n. 8 ; *Nordmann* (n. 6), art. 169 n. 26.

13 ATF 118 III 27, consid. 2, JdT 1994 II 66.

14 *Alexander Brunner/Felix H. Boller*, commentaire des art. 166 à 195 LP, in : Staehelin/Bauer/Staehelin (édit.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2e éd., Bâle 2010, art. 194 n. 13.

15 *Roger Giroud*, commentaire des art. 171 à 176 LP in : Staehelin/Bauer/Staehelin (édit.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2e éd., Bâle 2010, art. 171 n. 3 ; *Dominik Vock/Danièle Müller*, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Zurich/Genève/Bâle 2012, p. 227. Selon *Fritschi* (n. 11), p. 219, une audience est obligatoire uniquement si les parties la requièrent.

16 ATF 138 III 225, consid. 3.

17 Du même avis, p. ex., *Kurt Ammon/Fridolin Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9e éd., Berne 2013, § 36 n. 33 ; *Cometta* (n. 6), art. 171 n. 1 ; *Fritschi* (n. 11), p. 219. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir si le failli est autorisé à déposer une réponse écrite avant l'audience, voir TF, arrêt 5A_403/2014 du 19.8.2014, consid. 4.1.

18 ATF 102 III 85, consid. 2. *Franco Lorandi*, Die überschuldete Insolvenzmasse, PJA 2015 923 ss, p. 925 ; *Nordmann* (n. 6), art. 169 n. 6.

19 ATF 134 III 136, consid. 2.2.

20 *Cometta* (n. 6), art. 169 n. 8 ; *Fritschi* (n. 11), p. 204.

21 ATF 130 III 520, consid. 2.2, JdT 2005 II 91.

22 BlSchK 2013 146 ss, p. 148 s. Dans le cas concret, le créancier avait fait une avance de 2700 francs et à la fin de la procédure une facture supplémentaire de 10 812.15 francs lui a été adressée.

mettant que le failli est une personne physique,[23] le poursuivant pourra dans les deux ans tenter de récupérer cette avance par le biais d'une poursuite par voie de saisie (art. 230 al. 3 LP).[24]

1.2 Faillite sans poursuite préalable

Le créancier, même celui dont la créance n'est pas encore exigible,[25] peut requérir la *faillite sans poursuite préalable* de tout débiteur (y compris un débiteur soumis à la saisie) dans certaines situations mettant en danger les intérêts des créanciers (art. 190 al. 1 ch. 1 LP). Tel est le cas lorsque le débiteur n'a pas de résidence connue, s'il a pris la fuite dans l'intention de se soustraire à ses engagements, s'il a commis ou tenté de commettre des actions en fraude des droits de ses créanciers ou celé ses biens dans le cours d'une poursuite par voie de saisie (art. 190 al. 1 ch. 1 LP).

Si le débiteur *soumis à la faillite* a suspendu ses paiements, sa faillite peut également être requise sans procédure préalable (art. 190 al. 1 ch. 2 LP) par tout créancier, y compris un créancier de droit public qui ne pourrait normalement obtenir que la saisie (art. 43 al. 1 et 1bis LP).[26] Les administrations publiques qui ne peuvent normalement obtenir la faillite de leur débiteur (art. 43 al. 1 et 1bis LP) peuvent donc passer par cette voie pour tout de même obtenir une faillite.[27] Il y a suspension des paiements, lorsque le débiteur ne paie pas des dettes incontestées et exigibles, laisse les poursuites se multiplier contre lui tout en faisant systématiquement opposition ou omet de s'acquitter même de dettes minimes et démontre ainsi qu'il ne dispose pas des liquidités nécessaires.[28]

Le fardeau de la preuve (art. 8 CC) appartient au requérant. La question du *degré de la preuve*, en particulier concernant l'établissement de la qualité de créancier, est controversée. Une partie de la doctrine est d'avis que la vraisemblance suffit,[29] alors que l'autre exige la vraisemblance qualifiée,[30] voire la preuve stricte.[31] Le Tribunal fédéral a récemment confirmé, à juste titre, que la simple vraisemblance suffit.[32] En effet, le prononcé de la faillite ne vise pas à établir si la créance en cause existe ou non, mais uniquement à établir si les conditions pouvant conduire à une faillite sans poursuite préalable sont remplies. La question de l'existence de la créance sera elle examinée ultérieurement au stade de la formation de la masse passive (art. 244 ss LP). La décision n'acquière donc pas autorité de la chose jugée quant à cette question et la simple vraisemblance se justifie. En revanche, la décision tranche définitivement la question de savoir si les conditions des ch. 1 ou 2 de l'art. 190 LP sont remplies. La preuve stricte, voire la vraisemblance qualifiée dans le cas où la preuve stricte serait impossible à apporter, doit être exigée quant à l'existence de ces conditions.[33] Le prononcé de la faillite a autorité de la chose jugée quant à l'existence de ces conditions,[34] contrairement à ce qu'affirme le Tribunal fédéral.[35] La situation est analogue à celle de l'octroi du séquestre, où certaines conditions (art. 272 LP) doivent être établies définitivement au stade de l'opposition alors que d'autres, notamment l'existence de la créance, doivent seulement être rendues vraisemblables, puisqu'elles seront établies définitivement à un stade ultérieur.[36]

La *procédure* (sommaire) est ouverte sur requête du créancier. Celui-ci est tenu de faire l'avance de frais, comme en cas de faillite ordinaire (voir I.1.1). La procédure est contradictoire.[37] Le débiteur qui a une résidence ou un représentant en Suisse est assigné à bref délai devant le juge pour être entendu (art. 190 al. 2 LP). Un délai de trois jours par application ana-

23 La personne morale sera radiée d'office si dans les trois mois de la publication de la suspension aucune opposition motivée n'a été présentée (art. 159 al. 5 litt. a ORC).

24 *Lorandi* (n. 18), p. 926.

25 ATF 85 III 146, consid. 3.

26 TF, arrêt 5P.114/1999 du 25.5.1999, SJ 1999 I 497. *Brunner/Boller* (n. 14), art. 190 n. 19 ; *Cometta* (n. 6), art. 190 n. 3.

27 *Brunner/Boller* (n. 14), art. 190 n. 19.

28 ATF 137 III 460, consid. 3.4, JdT 2012 II 178.

29 *Brunner/Boller* (n. 14), art. 190 n. 29 ; *Stoffel/Chabloz* (n. 2), § 9 n. 87 ; *Vock/Müller* (n. 15), p. 231.

30 *Cometta* (n. 6), art. 190 n. 2 ; *Michel Heinzmann*, Le degré de preuve en cas de faillite sans poursuite préalable selon l'art. 190 LP, DC 2012 p. 239.

31 *Fritschi* (n. 11), p. 153 s.

32 TF, arrêt 5A_442/2015 du 11.9.2015, consid. 4 ; arrêt 5A_588/2012 du 1.2.2013, consid. 4.1.

33 Du même avis, *Brunner/Boller* (n. 14), art. 190 n. 29 ; *Cometta* (n. 6), art. 190 n. 2 ; *Fritschi* (n. 11), p. 154 ; *Vock/Müller* (n. 15), p. 231. Question laissée ouverte par le TF dans l'arrêt 5A_442/2015 du 11.9.2015, consid. 4.

34 Peu importe que la décision soit une décision de pur droit de la poursuite ou non.

35 TF, arrêt 5A_442/2015 du 11.9 2015, consid. 4.1.2.2.

36 *Walter A. Stoffel/ Isabelle Chabloz*, commentaire des art. 271 à 281 LP, in : Dallèves/Foex/Jeandin (édit.), Commentaire romand, Bâle/Genève/Munich 2005, art. 278 n. 11 ss.

37 *Brunner/Boller* (n. 14), art. 190 n. 26.

logique de l'art. 168 LP paraît approprié.[38] En revanche, le débiteur étranger qui n'a pas de représentant en Suisse ainsi que celui qui n'a pas de résidence connue n'est pas obligatoirement cité à l'audience (art. 190 al. 2 LP). Une citation par publication (art. 66 al. 4 LP) n'est pas obligatoire.[39]

2. Faillite sur réquisition du débiteur

Chaque débiteur, même et surtout celui soumis à la saisie, peut se déclarer insolvable en justice (art. 191 al. 1 LP). Est insolvable le débiteur incapable en raison d'un manque de liquidités, qui n'apparaît pas seulement temporaire, de payer ses dettes échues.[40] La *procédure d'insolvabilité* instituée par l'art. 191 LP a pour but premier de répartir les biens du débiteur de manière équitable entre tous les créanciers et non pas de permettre un désendettement du débiteur.[41] Le prononcé de la faillite est, pour le débiteur non soumis à la faillite, subsidiaire (art. 191 al. 2 LP) au règlement amiable des dettes (art. 333 ss LP). Le juge a donc, face à une personne normalement soumise à la saisie, l'obligation d'examiner la possibilité d'aboutir à un règlement amiable avec les créanciers. A cette fin, il doit demander au débiteur de présenter l'état de ses dettes et revenus ainsi que sa situation patrimoniale (art. 333 al. 2 LP par analogie), en conformité avec la maxime inquisitoire (art. 255 litt. a CPC). Un tel règlement est exclu si les avoirs du débiteur ne suffisent pas à couvrir les frais de la procédure (art. 334 al. 1 LP).[42]

La *requête de faillite* doit être adressée au juge du for ordinaire de la poursuite.[43] La procédure est gracieuse (art. 248 litt. e et art. 251 litt. a CPC).[44] Le requérant devra fournir l'avance de frais (art. 169 LP). Comme la procédure est gracieuse, l'émolument pour la décision d'ouverture de la faillite se situera dans une fourchette de 40 à 200 francs (art. 52 litt. a OELP). Le juge pourra notamment y ajouter les frais liés à l'établissement de l'inventaire (voir I.1.1). Selon la pratique bernoise, il peut même demander une somme suffisante à la couverture des frais prévisibles de l'ensemble de la liquidation sommaire, somme estimée à 5000 francs dans les cas simples.[45] Cette pratique est à notre avis contraire au texte légal qui permet, au stade de l'ouverture de la faillite, d'exiger uniquement les frais jusqu'à la suspension faute d'actif ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 169 LP; voir aussi FF 1991 III 1 ss, p. 136).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, seul le débiteur (personne physique) qui a des biens réalisables, mais qui n'a pas les liquidités nécessaires pour faire l'avance de frais de l'art. 169 LP peut obtenir *l'assistance judiciaire*.[46] En effet, si la faillite doit être suspendue faute d'actif (art. 230 al. 1 LP; voir I.4), la cause est réputée être dénuée de chances de succès.[47]

Lorsque le débiteur requiert son insolvabilité en justice et fournit l'avance de frais (ou en est dispensé), le juge a *l'obligation de prononcer la faillite,* à moins qu'un règlement amiable des dettes soit possible entre le débiteur soumis à la saisie et ses créanciers (voir ci-dessus), que le débiteur soit déjà en faillite (art. 206 al. 3 LP) ou alors qu'il ait invoqué le défaut de retour à meilleure fortune (art. 265*b* LP). Il n'est ainsi pas nécessaire que le requérant prouve son insolvabilité ni même qu'il la rende vraisemblable pour que sa faillite soit déclarée.[48] Dans ce sens, on peut parler d'une procédure de faillite volontaire.

3. Faillite sur avis de surendettement

Le droit de la SA, de la Sàrl, de la société en commandite par actions, de la SCoop et même de la SICAV (art. 51 al. 6 LPCC et 64 al. 1 litt. a OPCC)[49] connaît un motif de faillite particulier qui repose sur le *surendettement* (art. 725, 764 al. 2, 820 et 903 CO). Ces sociétés doivent ainsi cesser leur activité dès que les fonds étrangers de la société ne sont plus couverts par les actifs, au vu du dernier bilan ordinaire ou d'un bilan intermédiaire fondé sur les valeurs d'exploitation

38 Dans le même sens, *ibidem.*

39 *Ibidem.* D'avis qu'elle est nécessaire pour les débiteurs sans résidence connue ou en fuite, *Cometta* (n. 6), art. 191 n. 12.

40 TF, arrêt 5P.399/1999 du 14.1.2000, consid. 2b.

41 ATF 133 III 614, consid. 6.1.2.

42 Concernant différentes pratiques cantonales pour évaluer les perspectives d'aboutir à un règlement amiable, voir *Fritschi* (n. 11), p. 175 s.

43 Le juge du for du lieu du séjour n'est pas compétent, voir OGer ZH 6.9.2001, BlSchG 2002 147 ss.

44 *Vock/Müller* (n. 15), p. 225.

45 Circulaire n° A 28 (n. 9), ch. 2.

46 ATF 133 III 614, consid. 6.1.2.

47 *Ibidem.*

48 *Fritschi* (n. 11), p. 168; *Roger Giroud,* Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, thèse, Zurich 1981, § 5 n. 69.

49 *Brunner/Boller* (n.14), art. 192 n. 5.

ou de liquidation (art. 725 al. 2 CO). Le conseil d'administration (art. 725 al. 2 CO), voire l'organe de révision (art. 729*c* CO) a l'obligation d'avertir le juge. Le conseil d'administration peut joindre à son avis une requête d'ajournement de la faillite (art. 725*a* al. 1 CO). Le juge prononce d'office la faillite (art. 192 LP), à moins – hypothèse peu probable – que la société ne remplisse pas la condition du surendettement. Il peut ajourner sa décision sur requête d'un créancier ou du conseil d'administration (art. 725*a* CO) ou lorsqu'un sursis concordataire (art. 293 LP) a été valablement requis ou qu'un concordat lui paraît possible (art. 173*a* al. 2 LP).

Selon les circonstances, la *procédure* sera gracieuse ou litigieuse. Ainsi, si le conseil d'administration se charge d'aviser le juge du surendettement, la procédure sera gracieuse, à moins qu'un créancier ne requière l'ajournement de la faillite ou un sursis concordataire, contre l'avis du conseil d'administration.[50]

L'art. 169 LP ne s'applique pas dans ce cas (art. 194 LP) et par conséquent le juge ne peut exiger ni l'avance des frais de la décision d'ouverture de la faillite ni les frais liés à l'établissement de l'inventaire.[51] Les frais de l'ouverture de la faillite peuvent dans la décision être mis à la charge du failli. En cas de suspension de la faillite, l'émolument est de 40 à 200 francs (art. 53 OELP).

Depuis l'entrée en vigueur du *nouveau droit concordataire* le 1er janvier 2014,[52] deux nouveaux cas sont assimilés au surendettement et conduisent au prononcé d'office de la faillite par le juge du concordat, sans qu'une avance de frais ne puisse être exigée. Il s'agit du cas dans lequel il n'y a manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (art. 293*a* al. 3 LP), ainsi que le refus de l'homologation (art. 309 LP).

4. Suspension faute d'actif (art. 230 LP)

Une fois la décision d'ouverture de la faillite entrée en force, en principe dès son prononcé (art. 175 LP), l'office des faillites procède à l'inventaire des biens du failli (art. 221 LP) avec la collaboration du failli (art. 222 al. 1 LP). Lorsqu'il est probable que la masse ne suffira pas à couvrir les frais de la liquidation sommaire (art. 231 LP), le juge qui a ordonné la faillite prononce *sa suspension* à la demande de l'office (art. 230 al. 1 LP). Les revendications (art. 214 LP) et actions révocatoires (art. 285 ss LP) font partie de la masse (art. 200 LP), de même que toutes les prétentions en responsabilité (même contestées) contre des tiers.[53] Les revendications (art. 214 LP) et les actions révocatoires de l'art. 285 ss LP doivent être portées à l'inventaire et estimées à la valeur approximative qu'elles atteindront si les tribunaux admettent leur bien-fondé (art. 27 al. 2 OAOF).[54] Selon *Vouilloz*, lorsqu'il fait l'avis au juge, l'office doit joindre à l'inventaire un préavis sur les éventuelles revendications et actions révocatoires.[55] A son avis, les chances de succès de celles-ci doivent être prises en compte dans la décision de suspendre ou non la faillite.[56] Selon *Lorandi*, il ne faut prendre en compte que les actifs sûrs.[57] La seule indication concernant la détermination de la procédure à suivre se trouve à l'art. 39 OAOF, en vertu duquel seul le surplus éventuel de la réalisation des biens remis en gage doit être pris en compte (art. 262 LP) pour décider de suspendre ou non la faillite. A notre avis, les offices et le juge doivent procéder à une comparaison entre les biens qui peuvent être réalisés dans un délai raisonnable et les coûts probables de la procédure de faillite. En effet, il ne faut pas oublier qu'en cas d'ouverture de la faillite sur avis de surendettement (art. 192 LP) aucune avance de frais n'est requise (art. 194 LP ; voir I.3) et que dans les cas où l'art. 169 LP s'applique, celui qui requiert la faillite ne répond des frais que jusqu'à l'appel aux créanciers. Par conséquent, une certaine prudence s'impose. Cela explique peut-être aussi que plus de la moitié des faillites est suspendue faute d'actif.[58] Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a admis la qualité pour recourir (art. 319 ss CPC) des créanciers contre la décision de suspendre la faillite.[59]

L'office des faillites publie la décision de suspension (art. 230 al. 2, 1re phr. LP). La publication in-

50 *Idem*, art. 192 n. 24.
51 *Idem*, art. 194 n. 19.
52 RO 2013 4111 ; FF 2010 5871 ss.
53 *Stoffel/Chabloz* (n. 2), § 11 n. 31.
54 *Ammon/Walther* (n. 17), § 47 n. 37.
55 *François Vouilloz*, commentaire des art. 221 à 234 LP, in : Dallèves/Foex/Jeandin (édit.), Commentaire romand, Bâle/Genève/Munich 2005, art. 230 n. 2.
56 *Idem*, art. 230 n. 2.
57 *Lorandi* (n. 18), p. 928.
58 Voir <*http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/06/02/blank/key/02/betreibungen.html*> (13.7.2016) ; *Stoffel/Chabloz* (n. 2), § 11 n. 45.
59 ATF 141 III 590, consid. 3.

dique que la faillite sera clôturée si, dans les dix jours, les créanciers n'en requièrent pas la liquidation et ne fournissent pas *la sûreté* exigée pour les frais qui ne seront pas couverts par la masse (art. 230 al. 2, 2e phr. LP). Le montant de la sûreté peut être fixé de manière à couvrir l'ensemble des frais futurs que la liquidation de la faillite peut engendrer,[60] même ceux qui ne peuvent être déterminés avec certitude.[61] Ce montant est indiqué dans la publication.[62] La fixation du montant de la sûreté appartient à la libre appréciation de l'office des faillites.[63] A notre avis, rien n'empêche celui-ci de fixer un montant servant uniquement à couvrir les frais jusqu'à l'établissement de l'état de collocation, de manière à permettre à un ou plusieurs créanciers de se faire céder des prétentions de masse, tout en se réservant éventuellement le droit d'exiger une avance complémentaire.[64]

Un créancier peut en effet avoir un intérêt à faire l'avance de frais lorsqu'il entend se faire *céder* des prétentions appartenant à la masse en faillite (art. 260 LP), notamment des prétentions en responsabilité (art. 754 ss CO) ou en révocation (art. 285 ss LP). Par définition, une cession des droits de la masse selon l'art. 260 LP n'est pas possible après une décision de suspendre la faillite faute d'actif.[65] A noter que concernant les actions en responsabilité, l'art. 757 al. 2 CO prévoit que si l'administration de la faillite renonce à exercer ces droits, tout actionnaire ou créancier social peut le faire. La doctrine majoritaire admet à juste titre que la suspension de la faillite faute d'actif équivaut à une renonciation.[66] Elle admet donc également majoritairement qu'une cession au sens de l'art. 260 LP n'est pas nécessaire pour faire valoir la prétention sur la base de l'art. 757 al. 2 CO.[67] La jurisprudence est plus dubitative pour des questions liées à la sécurité du droit et à l'égalité entre les créanciers.[68] A notre avis et en conformité avec le texte de la loi, une cession n'est pas nécessaire.

Les créanciers qui se sont fait céder l'action en responsabilité (art. 260 LP) ainsi que ceux qui agissent sur la base de l'art. 757 CO font valoir les droits de l'ensemble des créanciers à titre de *Prozessstandschafter*.[69] Dans les deux cas, ils ont le droit d'être dédommagés en priorité sur la base des montants récupérés (art. 260 al. 2 LP et art. 757 al. 2 CO). Dans le cas de l'art. 260 LP, le Tribunal fédéral a même admis que le créancier cessionnaire a le droit de conclure à la condamnation du défendeur de payer directement en ses mains.[70]

5. Conclusions intermédiaires

Comme pour toutes les procédures judiciaires, les coûts sont un souci lorsqu'il s'agit de requérir du juge l'ouverture d'une procédure de faillite. Ce problème est encore accentué par le fait que le requérant, généralement le créancier, n'aura pas seulement à avancer

60 ATF 55 III 93 ; 51 III 83.

61 ATF 117 III 67, consid. 2a, JdT 1994 II 45.

62 *Urs Lustenberger*, commentaire des art. 221 à 234 LP, in : Staehelin/Bauer/Staehelin (édit.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2e éd., Bâle 2010, art. 230 n. 9 ; *Vouilloz* (n. 55), art. 230 n. 3.

63 ATF 55 III 93.

64 ATF 117 III 67, consid. 2a, JdT 1994 II 45.

65 *Walter A. Stoffel*, Das Gesellschaftsrecht 2013, RSDA 2014 212 ss, p. 213.

66 *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, § 18 n. 282*a* ; *Bernard Corboz*, commentaire des art. 752 à 761 CO, in : Tercier/Amstutz (édit.), Commentaire romand Code des obligations II, Bâle 2008, art. 757 n. 29 ; *Dieter Gericke/Stefan Waller*, Commentaire des art. 754 à 761 CO, in : Honsell/Vogt/Watter (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4e éd., Bâle 2012, art. 757 n. 26 ; *Stoffel* (n. 65), p. 213. D'un autre avis, *Isabelle Romy*, Responsabilité des organes, Jurisprudence actuelle sur la qualité pour agir des créanciers et le dommage direct et indirect, in : Imsand (édit.), La responsabilité civile de l'entreprise, Lausanne 2004, 1 ss, p. 6. *Contra :* Handelsgericht St-Gallen, 10.5.2011, HG. 2011.18 ; Cour de cassation civile (NE), 5.12.1997, RJN 1997 131 avec une analyse critique de *Ruedin*.

67 *Böckli* (n. 66), § 18 n. 348 ; *Corboz* (n. 66), art. 757 n. 39 ; *Isabelle Chabloz*, Actionnaire dans les sociétés cotées : actions légales et gouvernance, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 298, nbp 1375 ; *Walter Stoffel*, Klagen und Einreden in der Organverantwortlichkeit, in : Stoffel/Druey/Tercier/Dallèves (édit.), La responsabilité des administrateurs, Zurich 1994, 16 ss, p. 34. D'un autre avis, *Matthew T. Reiter*, Prozessrechtliche Probleme in Verantwortlichkeitsverfahren, in : Weber (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zurich 2003, 165 ss, p. 181 s.

68 Aux ATF 128 III 180, consid. 2c et 127 III 374, consid. 3e, JdT 2001 II 39, le TF semble l'admettre. En revanche dans l'arrêt TF 4C.263/2004 du 23.5.2015, consid. 1.2 non publié à l'ATF 132 III 222, il met en doute pour des questions de sécurité du droit et de coordination le fait qu'une cession ne soit pas nécessaire.

69 Pour l'art. 260 LP, voir not. ATF 139 III 391, consid. 5.1 ; 136 III 148, consid. 2.3 ; 132 III 342, consid. 2.2, JdT 2007 I 51 ss. Pour l'art. 757 CO, voir ATF 136 III 148, consid. 2.3 ; 132 III 564, consid. 3.2.2.

70 ATF 139 III 391, consid. 5.1.

les frais de la procédure judiciaire (sommaire), mais également une partie des frais de la procédure de faillite (art. 169 LP), voire tous les frais de liquidation de la faillite lorsqu'il veut éviter que la faillite soit suspendue faute d'actif (art. 230 al. 2 LP). Une exception importante en pratique est le cas dans lequel la faillite est ouverte sur la base de l'avis de surendettement. Aucune avance de frais n'est requise dans ce cas, ce qui peut paraître inéquitable.

II. Renforcement de la responsabilité des administrateurs

1. Introduction

Le 22 avril 2015, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de modification de la LP visant à lutter contre l'usage abusif de la faillite.[71] Cet avant-projet a été élaboré en réponse à la motion *Hess*,[72] acceptée par les Chambres fédérales,[73] demandant au Conseil fédéral de créer les bases juridiques nécessaires pour que l'on ne puisse plus utiliser abusivement la procédure de faillite pour échapper à ses obligations.[74] Le bien-fondé de la motion est expliqué de la manière suivante : « Il y a sans cesse des cas où des personnes profitent de la faillite d'une société pour se débarrasser de dettes existantes et pour ne pas devoir payer des salaires dus. Peu de temps après la faillite, elles réengagent les salariés et, suivant les circonstances, elles rachètent à bas prix les outils de production ou les stocks qui faisaient partie de la masse de la faillite. Elles lèsent ainsi leurs créanciers tout en se procurant un avantage concurrentiel [...] ».[75] Le présent paragraphe analyse cet avant-projet (2), qui consiste essentiellement à renforcer la responsabilité des administrateurs en lien avec les coûts de la procédure de faillite. Si le constat selon lequel le système actuel peut inciter les administrateurs à repousser l'avis au juge est juste, la solution proposée ne convainc pas et une autre proposition est donc faite. Parallèlement à la révision du droit de la LP, une révision du droit de la SA est en cours. Dans l'avant-projet de révision du 28 novembre 2014,[76] de nouvelles obligations sont prévues pour le conseil d'administration (art. 725 AP-CO), en vue d'améliorer la protection des créanciers (art. 725 AP-CO). Le système proposé fera l'objet d'une brève présentation (3).

2. Révision de la LP : prévenir l'usage abusif de la faillite

2.1 Abrogation des ch. 1 et 1bis de l'art. 43 LP

La première mesure proposée par l'avant-projet est l'*abrogation des ch. 1 et 1bis de l'art. 43* LP pour désormais autoriser le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public et le recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire par le biais de la faillite. Il ne fait aucun doute que cette mesure fera exploser le nombre de faillites.[77] Comme mentionné ci-dessus (voir I.1.2), il est déjà possible aujourd'hui d'obtenir une faillite sans poursuite préalable sur la base de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP lorsque le débiteur a suspendu ses paiements, même pour les contributions visées par les ch. 1 et 1bis de l'art. 43 LP. Or, pour combattre les abus, il serait préférable que les créanciers de droit public fassent plus régulièrement usage de cette possibilité, plutôt que de risquer la faillite de milliers de sociétés. Ce d'autant plus que la jurisprudence admet que le non-paiement des contributions de droit public peut constituer un indice de suspension des paiements.[78] Ainsi il n'est pas nécessaire de modifier la loi. Il faudrait plutôt que la jurisprudence

71 Consultable à l'adresse : *<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/konkursmissbrauch.html>* (10.6.2016).

72 Motion *Hess* 11.3925, consultable à l'adresse : *<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20113925>* (16.6.2016).

73 BOCE 2011 p. 1055 ; BOCN du 28.2.2012, motion *Hess* 1139.25.

74 Rapport explicatif du 22 avril 2015, Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite), n. 1.1. Consultable à l'adresse : *<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/konkursmissbrauch/vn-ber-f.pdf>* (10.6.2016).

75 *Ibidem.*

76 Voir : *<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vorentw-f.pdf>* (13.7.2016).

77 En procédure de consultation, la Conférence des caisses cantonales de compensation a indiqué que les seules caisses de compensation introduisent actuellement environ 40000 réquisitions de continuer la poursuite contre des personnes soumises à la faillite chaque année. Voir : *<http://www.ahvch.ch/Portals/2/Documents/FR/Prises%20de%20position/prise_position_LP_17_06_2015n.pdf>* (13.7.2016).

78 TF, arrêt 5A_442/2015 du 11.9.2015, consid. 6.1.

admette de manière plus large encore que si un créancier de droit public dispose déjà d'un acte de défaut de biens contre une société pour créance de droit public, il y a suspension des paiements au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP.

2.2 Modification de l'art. 169 LP

L'avant-projet propose également une *modification de l'art. 169 al. 1 LP* dans le sens où celui-ci n'indiquerait plus explicitement que le créancier répond des frais d'ouverture de la faillite, mais uniquement que le juge peut exiger de la partie qui requiert la faillite qu'elle avance les frais.[79] La seule différence par rapport au système actuel est, à notre avis, que l'avance constituera désormais un plafond maximum (I.1.1 ci-dessus) et que si celle-ci s'avère insuffisante l'administration de la faillite ne pourra plus se retourner contre le créancier requérant, mais devra – comme on va le voir ci-dessous – se retourner, s'agissant d'une personne morale, contre les membres de son organe supérieur de direction ou d'administration. Le risque pour l'Etat sera donc plus élevé que selon le système actuel et l'office des faillites sera bien avisé de requérir une avance suffisamment élevée pour couvrir l'ensemble des coûts. Pour le reste, si la masse s'avère insuffisante, les frais seront prélevés sur l'avance et la situation ne sera pas vraiment différente de la situation actuelle, puisqu'aujourd'hui déjà la responsabilité du créancier est subsidiaire à celle de la masse.

La *principale nouveauté* réside dans le nouvel art. 169 al. 2 AP-LP. Selon cette disposition : « [s]i le débiteur est une personne morale, les membres de son organe supérieur de direction ou d'administration qu'elle a en dernier institués et fait inscrire au registre du commerce répondent solidairement, vis-à-vis de l'office des faillites ou de la partie en ayant fait l'avance, des frais de procédure sommaire qui ne sont pas couverts par la masse, dès lors qu'ils ne peuvent prouver qu'ils ne sont pas en faute, notamment qu'ils n'ont pas manqué intentionnellement ou par négligence à leurs obligations au sens des art. 725 et 725*a* CO. »[80] L'art. 169 al. 2 AP-LP ne vise pas uniquement les frais d'ouverture de la faillite (art. 169 al. 1 LP) mais également, voire surtout les frais de la liquidation sommaire (art. 230 al. 2 LP).[81]

D'un *point de vue procédural,* le nouveau régime proposé autorisera explicitement le créancier qui aura fait l'avance de tout ou partie de ces frais, voire l'administration de la faillite si l'avance était insuffisante, à se retourner contre les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration de la personne morale. Lorsque ceux-ci refuseront de payer, le créancier ne sera pas dispensé d'ouvrir un procès pour obtenir le remboursement de l'avance et devra donc payer une nouvelle avance, cette fois pour les frais du procès civil (art. 98 CPC), à moins qu'il ne soit au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 118 al. 1 litt. a CPC). Il n'y a donc là pas de réelle différence avec le système actuel. En effet, le créancier peut aujourd'hui déjà actionner les membres de l'organe supérieur en responsabilité pour tenter de récupérer les frais d'avance de la faillite lorsque la faillite est suspendue faute d'actifs. Ledit dommage est un dommage indépendant de celui de la masse. Par conséquent, il s'agit d'un dommage direct, que le créancier est légitimé à faire valoir en son propre nom et pour son propre compte.[82]

Le plus grand changement concernera le *fardeau de la preuve*. Lorsqu'une faillite sera suspendue faute d'actif, les membres de l'organe supérieur de direction institués et inscrits en dernier au registre du commerce seront *présumés avoir violé les art. 725 et 725a CO* et il leur appartiendra de prouver que tel n'est pas le cas s'ils entendent ne pas répondre de ces frais (art. 169 al. 2 AP-LP).[83] Une telle inversion du fardeau de la preuve nous semble disproportionnée, d'autant plus qu'il n'y aura pas forcément identité entre la personne tenue de faire l'avis au juge et la personne considérée comme responsable selon le nouvel art. 169 al. 2 AP-LP. Au surplus, elle augmentera le risque pour les administrateurs d'être condamnés en responsabilité lorsque le créancier cumulera (art. 90 CPC) son action en remboursement des frais avec une action en responsabilité qu'il se sera faite céder.

L'idée d'encourager le créancier à faire l'avance des frais de la procédure sommaire est bonne.[84] Elle

[79] Voir l'avant-projet de modification de la LP, consultable à l'adresse : <*https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/konkursmissbrauch/vorentw-f.pdf*> (13.7.2016).

[80] *Ibidem.*

[81] A titre de rappel en cas d'avis au juge selon 725 CO, aucune avance de frais au sens de l'art. 169 LP n'est prélevée (voir ci-dessus I.3).

[82] ATF 142 III 23, consid. 4.2 s.

[83] Voir avant-projet de révision de la LP (n. 79).

[84] Rapport explicatif LP (n. 74), n. 2.

permettra notamment aux procès en responsabilité d'avoir lieu. En revanche, la solution proposée ne convainc pas. Il n'est pas excessivement difficile pour le demandeur d'établir les conditions de la responsabilité dans un tel cas et un renforcement de la responsabilité du conseil d'administration est disproportionnée.[85] Si les procès en responsabilité n'ont pas lieu, ce n'est pas parce que les conditions de la responsabilité sont trop difficiles à établir, mais parce que le créancier ne veut pas prendre de risques financiers supplémentaires uniquement dans le but de se faire céder une prétention. Le remède proposé n'est pas le bon et n'aura certainement pas les effets positifs escomptés, puisqu'il ne dispensera pas le créancier de faire l'avance des frais de liquidation de la faillite.

2.3 Modification du délai de l'art. 230 al. 2 LP

Une autre mesure proposée par l'avant-projet est de faire passer le délai dans lequel les créanciers peuvent fournir les sûretés pour éviter que la faillite soit suspendue faute d'actif de *10 à 20 jours* (art. 230 al. 2 AP-LP). Le délai est en effet actuellement trop court pour que le créancier aie le temps de s'informer.[86] Un délai plus long n'a pas été jugé souhaitable pour éviter que les employés ne doivent attendre trop longtemps pour toucher l'indemnité en cas d'insolvabilité prévue par l'art. 51 litt. b LACI.[87] Cette mesure nous semble effectivement raisonnable.[88]

2.4 Solution proposée

Le système en vigueur peut inciter les membres de l'organe supérieur des personnes morales à *retarder l'avis au juge*. En effet, actuellement pour que les créanciers puissent faire valoir les prétentions de la masse de manière indiscutable, il faut qu'une procédure de faillite ait lieu, afin qu'ils puissent se faire céder les prétentions (art. 260 LP) en bonne et due forme (I.4 ci-dessus). Si tel n'est pas le cas, le créancier doit passer par la voie de l'art. 757 al. 2 CO, qui est plus incertaine et qui ne garantit pas une égalité de traitement entre créanciers (I.4 ci-dessus). Ainsi, il est actuellement plus difficile d'ouvrir une action en responsabilité contre un administrateur qui a retardé l'avis au juge suffisamment longtemps que contre celui qui a simplement un peu trop tardé à le donner. Or, un avis au juge donné à temps est une mesure de protection importante pour les créanciers.

Pour remédier à ce problème, la meilleure solution est à notre avis de *compléter l'art. 260 LP* pour l'étendre aux cas dans lesquels la faillite est suspendue faute d'actif.[89] L'idée serait d'indiquer que lorsqu'aucun créancier ne fait l'avance des frais de la liquidation sommaire dans le délai (art. 230 al. 2 LP), l'administration de la faillite fixe un nouveau délai d'un mois aux créanciers pour demander la cession des prétentions de la masse. Le requérant qui rendra vraisemblable l'existence de sa créance se verra céder la prétention litigieuse par l'administration de la faillite. Le cessionnaire agira là aussi comme *Prozessstandschafter* et la qualité pour agir lui sera reconnue sur la seule base d'une cession valable. Néanmoins, comme aucun état de collocation n'aura été établi, dans la procédure au fond, le créancier devra, en plus des conditions de la responsabilité (art. 754 CO), établir l'existence et le montant de sa créance pour pouvoir bénéficier du privilège de l'art. 260 al. 2 LP. L'éventuel excédent ira à la masse, ce qui permettra éventuellement de reprendre la faillite suspendue.

Le *rapport explicatif* indique que la possibilité de modifier les art. 754 et 757 CO afin d'écarter les doutes actuels concernant le droit des créanciers de faire valoir les prétentions en responsabilité a été étudiée, mais qu'une solution qui respecte l'égalité des créanciers serait aussi complexe que le système actuel.[90] La possibilité de modifier l'art. 260 LP n'est en revanche pas évoquée, malgré que ce soit a priori la disposition la plus pertinente. Cela peut à notre avis provenir du fait que, comme l'indique le rapport explicatif,[91] la solution proposée est inspirée du droit allemand (§ 26 InsO).[92] Or, à notre connaissance, le droit allemand ne prévoit pas un privilège analogue à celui de l'art. 260 al. 2 LP. Le § 92 InsO prévoit uniquement que durant la procédure de faillite, seul l'administrateur de la faillite est autorisé à faire valoir le dommage de l'ensemble des créanciers. Par conséquent, l'idée du législateur allemand en introduisant

85 Pour des cas récents de responsabilité pour violation de l'art. 725 CO, voir TF, arrêt 4A_214/2015 du 8.9.2015, consid. 3.2.1 ; ATF 132 III 346, consid. 2.3.3, JdT 2007 I 51 ss.

86 Voir rapport explicatif LP (n. 74), n. 3.4.1.

87 *Ibidem.*

88 Voir avant-projet de révision de la LP (n. 79).

89 Cela demandera également une adaptation de la formule obligatoire F7 (art. 2 ch. 6 et 80 OAOF).

90 Voir rapport explicatif LP (n. 74), n. 4.3.2.

91 *Idem*, n. 3.2.1.

92 ESUG, BGBl 2011, 2582.

le § 26 al. 3 InsO était d'inciter l'ouverture d'une faillite afin que l'administrateur fasse valoir ces prétentions pour la masse et non pas d'inciter les créanciers à se faire céder ces prétentions. A noter que le § 26 al. 3 InsO sur lequel se base la proposition de l'avant-projet ne fonctionne pas,[93] raison pour laquelle le législateur a récemment introduit le § 26 al. 4 InsO. En vertu de cette dernière disposition, toute personne qui, fautivement et contrairement à ses obligations n'a pas requis l'ouverture de la procédure d'insolvabilité peut être tenue de faire directement l'avance. Les auteurs allemands doutent cependant également de l'efficacité de cette nouvelle règle.[94] En effet, si le présumé responsable refuse de faire l'avance, un procès devra tout de même être intenté par l'administrateur de la faillite ou par toute personne qui serait créancière si la procédure de faillite était ouverte.[95]

3. Révision du droit de la SA : nouvelles obligations pour les administrateurs

Deux motions identiques ont chargé le Conseil fédéral de présenter un rapport et une proposition visant à prévoir, *dans le CO*, une procédure d'assainissement complète qui permettra ou facilitera les assainissements d'entreprises avant l'introduction d'une procédure concordataire publique formelle.[96] Selon le rapport explicatif du Conseil fédéral du 28 novembre 2014,[97] il importe surtout de préciser et de compléter les obligations des entreprises, ou plus exactement de leur conseil d'administration, pour que des mesures d'assainissement puissent être prises le plus tôt possible.[98] Le conseil d'administration devra ainsi agir dès qu'il existera des raisons sérieuses d'admettre que la société deviendra insolvable dans les douze mois à venir (art. 725 al. 1 AP-CO), en établissant un plan de trésorerie (art. 725 al. 2 AP-CO). S'il arrive à la conclusion qu'il n'y a pas de menace d'insolvabilité, il devra encore faire confirmer la plausibilité du plan de trésorerie par un réviseur agréé (art. 725 al. 3 AP-CO). Si la menace d'insolvabilité existe ou que le réviseur agréé ne confirme pas la plausibilité du plan, le conseil d'administration devra convoquer une assemblée générale et lui proposer des mesures d'assainissement (art. 725 al. 4 AP-CO).[99] L'idée principale de ces propositions est de mettre en place un système d'alerte précoce.[100] Pour ce faire, de nouvelles obligations sont imposées au conseil d'administration.

III. Mise en perspective

Lorsque l'on parle de protection des créanciers, toutes les mesures proposées par le législateur vont dans le même sens, à savoir forcer le conseil d'administration à *agir suffisamment tôt*. On peut en soi saluer cet objectif. En même temps, ces mesures renforcent la responsabilité du conseil d'administration en cas de faillite et peuvent donc produire l'effet inverse en l'incitant à tenter de sauver l'entreprise à tout prix. En effet, si l'entreprise est finalement sauvée, le conseil d'administration ne risque pratiquement rien.[101] En revanche, si la faillite est prononcée, le risque est grand d'être poursuivi civilement, voire pénalement.

Ces dernières années, la tendance du législateur est de *renoncer à une protection ex ante* des créanciers au profit de l'action en responsabilité dans la faillite. Certes le législateur a renforcé le droit comptable en 2013,[102] mais il a aboli en 2008 l'obligation de révision pour un grand nombre d'entreprises (art. 727*a* al. 2 CO).[103] Il a également notablement réduit le nombre

93 Bergr. RegE ESUG, BT-Drucksache 17/5712, p. 25.

94 *Volker Römeramann/Jean-Philippe Prass*, Das neue Sanierungsrecht für Unternehmen, Regensburg 2012, n. 248.

95 Bergr. RegE ESUG, BT-Drucksache 17/5712, p. 25.

96 Motions de la CAJ-E et de la CAJ-N du 21.5.2012 et du 28.6.2012 «Procédure d'assainissement précédant le sursis concordataire et l'ouverture de la faillite».

97 Rapport explicatif du 28.11.2014 relatif à la modification du code des obligations (droit de la société anonyme), consultable à l'adresse: <*https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-f.pdf*> (13.7.2016).

98 *Idem*, p. 50.

99 A propos de cette proposition, voir *Peter Böckli*, Der aktuelle Liquiditätsplan des Vorentwurfs – Ein neuer Fokus für Verwaltungsrat und Revisor in einer drohenden Finanznotlage, RSDA 2015 490 ss.

100 Rapport explicatif SA (n. 97), p. 50.

101 Les propositions faites dans l'avant-projet de révision du droit de la SA pour renforcer la mise en œuvre des actions en responsabilité hors faillite (art. 697*j* s. AP-CO) ont été très critiquées en procédure de consultation et seront abandonnées dans le projet. Voir le communiqué du Conseil fédéral du 4.12.2015, consultable à l'adresse: <*https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2015/ref_2015-12-04.html*> (13.7.2016).

102 LF du 23.12.2011 (droit comptable), RO 2012 6679.

103 Actuellement plus de 50% de l'ensemble des SA et des Sàrl ne disposent plus d'un organe de révision et la tendance va en augmentant. Les sociétés soumises à un contrôle ordi-

de sociétés soumises à un contrôle ordinaire en 2012, par une augmentation des seuils de l'art. 727 al. 1 CO.[104]

Dans l'avant-projet de révision 2014, il est prévu de renoncer à *reconnaître la reprise de biens* comme fondation ou augmentation de capital qualifiée. Selon le rapport explicatif qui illustre très bien la vision actuelle du législateur : « Les créanciers sont protégés par certaines dispositions sur la faillite que l'avant-projet précise et durcit (art. 725 ss AP-CO). Il n'est pas nécessaire de protéger les créanciers à un stade antérieur, car ceux-ci ne peuvent subir de dommage qu'à partir du moment où la société est en faillite. En cas de non-paiement de créances échues de la part de la société, les créanciers disposent des moyens de recours proposés par le droit de la poursuite et de la faillite. »[105] Le rapport explicatif rappelle également que toute une série de dispositions pénales sont également applicables (art. 152, 158, 163, 164, 165 CP). A notre avis, il est fort à parier que le nombre des apports en nature va fortement diminuer, puisqu'il sera nettement plus simple et plus économique de procéder à une fondation simple et de racheter peu après les biens que l'on entend apporter à la société.

Ce, d'autant plus qu'en décembre 2015,[106] le Conseil fédéral a également indiqué vouloir réintroduire dans l'avant-projet une idée qu'il avait tout d'abord abandonnée,[107] celle de permettre une *fondation sans le recours à un officier public* lorsque le contenu des statuts se limite aux dispositions prévues à l'art. 626 CO et que les apports sont effectués en espèces (art. 629 al. 3 AP-CO).[108] Ainsi, les fondateurs seront incités à fonder leur société en espèces et à ne rien régler dans les statuts pour pouvoir réaliser une petite économie.

Si cette volonté du législateur de *vouloir réduire les coûts*, notamment des PME, et de vouloir inciter à la création de nouvelles sociétés est louable, il faut mettre les économies réalisées en balance avec les coûts financiers et sociaux liés aux faillites. Au surplus, vouloir remplacer les mesures visant à protéger le capital par un renforcement de la responsabilité va à l'encontre-même du principe selon lequel seul le patrimoine social doit répondre des dettes (voir p. ex. art. 620 al. 2 CO). La séparation des patrimoines vise à inciter à la création de sociétés et partant d'emplois en favorisant l'esprit d'entreprise au bénéfice de l'ensemble de la collectivité. Or, dans les PME, il y a souvent identité entre les « propriétaires » et les gérants des sociétés. Ce n'est donc pas cohérent d'inciter à la création de sociétés (ça ne coûte rien, vous ne risquez rien) et de s'en prendre systématiquement au patrimoine des personnes physiques en charge de la gestion de ces sociétés lorsque les choses tournent mal. Certes, on peut opposer à cela que l'administrateur qui respecte toutes ses obligations ne craint rien. Faut-il encore que celui-ci soit en mesure de les respecter. Si toutes les personnes morales doivent tenir une comptabilité (art. 957 al. 1 ch. 2 CO), les entreprises soumises au contrôle simplifié (art. 727 al. 1 et 961 CO *a contrario*) n'ont pas l'obligation de tenir un tableau des flux de trésorerie (art. 961*b* CO) ni d'établir un rapport annuel (art. 961*c* CO) et plus de la moitié d'entre elles (voir nbp 103) n'a pas d'organe de révision. Par conséquent, la question peut légitimement se poser de savoir si en l'absence d'un organe de révision les personnes en charge seront en mesure de respecter le système d'alerte précoce que le législateur veut mettre en place.[109]

La tenue correcte de la comptabilité est fondamentale pour la société comme pour toutes les personnes qui ont affaire à elle.[110] La révision aide la direction des sociétés à prendre conscience de leurs obligations en la matière.[111] Les coûts d'une procédure de révision simplifiée ne sont pas exorbitants,[112] mais malheureusement l'abandon de *l'opting out* est

naire ne représentent que 2 à 2.5% de l'ensemble des SA et des Sàrl. Voir : *Sandro Fuchs/Andreas Bergmann/Sandra Fuhrimann/Iris Rauskala*, Regulierungskosten des Rechnungslegungs- und Revisions(aufsichts)rechts, L'Expert-comptable suisse 2015, 398 ss, p. 401.

104 LF du 17.6.2011, RO 2011 5863 ; FF 2008 1407.

105 Rapport explicatif SA (n. 97), p. 24.

106 Communiqué du Conseil fédéral du 4.12.2015, consultable à l'adresse : *<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2015/2015-12-04.html>* (13.7.2016).

107 Communiqué du Conseil fédéral du 23.10.2013, consultable à l'adresse : *<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2013/ref_2013-10-231.html>* (13.7.2016).

108 Avant-projet de modification du code des obligations (modernisation du registre du commerce), consultable à l'adresse : *<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister/vorentw-f.pdf>* (13.7.2016).

109 Dans ce sens *Böckli* (n. 99), pp. 502 et 504.

110 Message du 21.12.2007 concernant la révision de la SA et droit comptable, FF 2008 1407 ss, p. 1440 s.

111 *Fuchs/Bergmann/Fuhrimann/Rauskala* (n. 103), p. 402.

112 Ils sont estimés en moyenne à 4900 francs par société par *Fuchs/Bergmann/Fuhrimann/Rauskala* (n. 103), p. 401.

actuellement un sujet politiquement tabou.[113] Si la révision est considérée comme trop onéreuse, ce but pourrait au moins partiellement être atteint par une autre mesure peu coûteuse appliquée par exemple en Allemagne, en Autriche et en Belgique, à savoir l'obligation pour les personnes morales de publier leurs comptes dans un registre public.[114] Cette obligation pourrait au surplus être imposée uniquement aux sociétés qui procèdent à un *opting out* (art. 727*a* al. 2 à 5 CO). Les sociétés auraient ainsi le choix entre faire réviser leurs comptes ou les publier. Une « information » minimale serait ainsi offerte aux créanciers qui entrent en relation d'affaires avec une personne morale. S'il paraît normal qu'une banque refuse de prêter de l'argent à une société sans avoir accès à ses comptes, on ne voit pas pourquoi les autres créanciers, surtout ceux qui ne peuvent pas obtenir de garanties, devraient s'en remettre à leur bonne étoile au motif que si les choses tournent mal ils pourront intenter une action en responsabilité contre les organes de la société.

Conclusions

La faillite des *personnes physiques* inscrites au RC est déclenchée en principe par un créancier, soit qu'il est arrivé au terme de la procédure préalable, soit qu'il existe un motif de faillite sans poursuite préalable. Celui-ci doit supporter une avance de frais (art. 169 LP), avec le risque de ne pas pouvoir la récupérer. La personne physique répond sur tout son patrimoine et pour le solde non couvert, les créanciers reçoivent des avis de défaut de biens qui se prescrivent par vingt ans (art. 265 et 149*a* LP). La faillite peut également être déclenchée sur requête du débiteur lui-même. Pour que la procédure puisse être menée à bien, il faut toutefois que celui-ci dispose encore de suffisamment d'actifs pour couvrir les frais de la procédure. En lien avec la faillite des personnes physiques, le problème n'est pas celui de l'abus de la faillite, mais plutôt le fait que ces personnes n'auront en principe pas droit à une seconde chance.

Concernant les *personnes morales,* leur faillite est en principe provoquée par l'avis de surendettement que les organes compétents doivent faire au juge. Aucune avance de frais n'est alors requise. Les créanciers ne sont appelés à faire une avance de frais que s'ils entendent qu'une faillite suspendue faute d'actif soit tout de même liquidée. Alors que la limitation de la responsabilité fait l'unanimité lorsqu'il s'agit d'inciter à la création de sociétés, lorsque celles-ci tombent en faillite la tendance est de vouloir faire répondre les responsables sur leur patrimoine. Le problème du régime légal actuel est qu'il peut inciter les administrateurs à reporter l'avis au juge, car en cas de suspension de la faillite faute d'actif, il est plus difficile d'intenter une action en responsabilité. C'est pourquoi nous proposons de modifier l'art. 260 LP pour permettre la cession des prétentions litigieuses, en particulier des actions en responsabilité, aux créanciers également dans ce cas.

En opposition avec les développements législatifs récents, nous sommes d'avis qu'une *protection en amont* des créanciers des personnes morales est indispensable et que, d'une part, le législateur doit veiller à ne pas affaiblir les mesures de protection du capital, et que, d'autre part, cette protection doit être assurée soit par la révision des comptes, soit par une publication de ceux-ci dans un registre public. La responsabilité dans la faillite ne doit en effet pas remplacer le capital.

113 Rapport explicatif LP (n. 74), n. 4.2.2.

114 Ernst & Young Eco'Diagnostic, Trois études sur la révision du droit des faillites mandatées par le SECO et l'OFJ, Berne 2010, p. 23, disponible à l'adresse : <*https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_Formulare/Wirtschaftslage/Strukturwandel_Wachstum/Konkursrecht/Trois%20études%20sur%20la%20révision%20du%20droit%20des%20faillites.pdf.download.pdf/Trois%20études%20sur%20la%20révision%20du%20droit%20des%20faillites.pdf*> (13.7.2016).