



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'économie DFE
Staatsecretariat für Wirtschaft SECO
Secrétariat d'État à l'Économie
Segretariato di Stato dell'economia
State Secretariat for Economic Affairs

GRUNDLAGEN DER
WIRTSCHAFTSPOLITIK NR. 19
STUNDENREIHE DES
STAATSEKRETARIAT FÜR
WIRTSCHAFT
DIREKTION FÜR
WIRTSCHAFTSPOLITIK

**Olivier Dunant, Christian Sauter,
Sylvia Iynedjian, Petra Beck,
Curdin Derungs d'Ernst & Young**

**Comparaison internationale
du droit des faillites suisse et
Analyse explicative du taux de
recouvrement**

**Paul H. Dembinski, Claudio
Bologna d'Eco'Diagnostic**

**Critères économiques pour le
déclenchement des
procédures d'insolvabilité**

TROIS ÉTUDES MANDATÉES PAR LE
SECRÉTARIAT D'ÉTAT A L'ÉCONOMIE
ET PAR L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA
JUSTICE SUR LA RÉVISION
PARTIELLE DU DROIT DES FAILLITES

PRÉFACE

Le Conseil fédéral a décidé de soumettre le projet de révision partielle de la loi sur les poursuites et la faillite à une Analyse d'Impact de la Réglementation approfondie (AIR+) afin de s'assurer que la nouvelle loi soit efficace d'un point de vue de l'économie dans son ensemble.

C'est dans ce contexte que l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat à l'économie ont lancé un appel d'offre pour effectuer trois recherches sur la révision du droit des faillites.

La première concerne une comparaison internationale du droit suisse, la seconde une analyse explicative du taux de recouvrement et la dernière une analyse de l'optimalité des critères économiques proposés dans la révision par rapport aux déclenchements des procédures d'insolvabilité.

Suite à l'appel d'offres, Ernst & Young et Eco'Diagnostic ont été mandatés pour effectuer ces trois recherches.

Nous remercions les chercheurs pour la qualité de leurs travaux, ce qui a permis de mettre en évidence des informations qui seront essentielles pour la poursuite des débats.

TABLE DES MATIÈRES DE L'ENSEMBLE DU VOLUME

Préface	1
TABLE DES MATIÈRES DE L'ENSEMBLE DU VOLUME	3
La révision du droit des faillites: Les résultats de l'analyse d'impact de la réglementation	5
Étude 1: Comparaison internationale du droit des faillites suisse	13
Étude 2: Analyse explicative du taux de recouvrement	45
Étude 3: Critères économiques pour le déclenchement des procédures d'insolvabilité	87

**LA RÉVISION DU DROIT DES FAILLITES:
LES RÉSULTATS DE L'ANALYSE D'IMPACT DE LA RÉGLEMENTATION**

Décembre 2009

Marc Surchat¹

SECO, Direction de la politique économique

¹ Marc Surchat est un collaborateur scientifique à la Direction de la politique économique au SECO. Le présent article reflète l'appréciation du groupe d'accompagnement (composé de Peter Balastèr, David Rüetschi et de Marc Surchat) sur les résultats des trois études mandatées par le SECO et l'OFJ sur la révision partielle du droit des faillites.

LA RÉVISION DU DROIT DES FAILLITES: LES RÉSULTATS DE L'ANALYSE D'IMPACT DE LA RÉGLEMENTATION

Introduction:

Depuis la faillite de Swissair, l'intérêt s'est renforcé pour le droit des faillites². Suite à de nombreuses interventions parlementaires, le Conseil fédéral a ainsi décidé en 2003 de mettre sur pied un groupe d'experts juridiques, afin d'analyser une éventuelle révision de la législation. Le premier rapport de ce groupe de travail a été rendu en avril 2005, dans lequel on constatait que plusieurs améliorations ponctuelles étaient possibles et souhaitables sans pour autant qu'une révision totale ou la création d'une procédure spéciale pour les groupes soient nécessaires. Déjà à l'époque, l'importance de la prévention et de l'exécution avait été soulignée. En poursuivant ses travaux le groupe d'experts juridiques a proposé un projet concret pour changer la loi sur les poursuites pour dettes et faillites en mai 2008. Sur cette base, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a lancé une procédure de consultation en janvier 2009. Un message est actuellement en préparation.

Ces réflexions en Suisse se sont faites dans le cadre d'une compétition renforcée entre les États pour offrir des conditions-cadre performantes. Ainsi de nombreux pays européens, dont l'Autriche, ont été amenés à réformer leur droit des faillites pour stimuler l'esprit d'entreprise. Par ailleurs, la banque de données Doing Business de la Banque mondiale permet dorénavant une première comparaison facile de l'efficacité relative des procédures légales entre les pays. La Suisse a aussi reçu une recommandation de l'OCDE de modifier son droit des faillites pour favoriser l'innovation. Vu que récemment les pertes dues aux faillites ont varié entre 0.5% et plus de 1% du PIB, les gains seraient de 0.1% à 0.2% du PIB si le taux de recouvrement était égal à la moyenne de l'OCDE (68.6%) au lieu des 46.8% estimés par la banque de données Doing Business pour la Suisse. Ils doubleraient si la Suisse adoptait les meilleures pratiques ou si la conjoncture devenait mauvaise. Dans ces circonstances, il a été jugé opportun d'incorporer la révision envisagée dans le programme de croissance du Conseil fédéral défini en avril 2008.

La Suisse a un système favorable aux créanciers et elle n'a pas intérêt à changer cette orientation de principe au vu des connaissances scientifiques actuelles. Le but de la réforme doit donc en priorité viser à protéger les créanciers. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'une grande partie de la révision proposée a été conçue. Sur le plan économique, le temps et le coût des procédures sont les deux critères pratiques, dont l'amélioration contribuerait à élever le taux de récupération de la masse en faillite, ce qui reste l'objectif prioritaire de la révision envisagée avec la prévention des faillites, y compris par l'assainissement des entreprises grâce au sursis concordataire.

En plus, la gestion des faillites influence également les incitations à entreprendre, vu qu'environ 50% des PME créées disparaissent cinq ans après leur fondation, trop souvent après une faillite. Si les nouveaux entrepreneurs sont conscients de l'existence d'un bon système de mise en faillite et de prévention des faillites, ils se sentiront encouragés à se lancer. Un tel système conçu dans l'intérêt du créancier est malgré tout favorable aux entrepreneurs dans le sens où une plus grande sécurité juridique des créanciers permet plus facilement un financement par des tiers. Une telle conception n'empêche pas de rechercher des solutions qui sont à la fois favorables aux créanciers et aux entrepreneurs (prévention, etc.). Par exemple, il ne faut pas omettre d'encourager les jeunes entrepreneurs à recommencer, si leur première expérience infructueuse s'est terminée sans faute

² Par exemple le premier test-PME sur la question du SECO a été mené en novembre 2002.

personnelle juridiquement répréhensible. Dans ce sens le droit des faillites est un instrument permettant de soutenir optimalement le renouvellement du tissu économique, ce qui est également un objectif important.

Bien qu'améliorer le taux de récupération de la masse en faillite et favoriser l'esprit d'entreprise soient les deux objectifs principaux déclarés de la révision, il faut rappeler que cela n'épuise pas la discussion quant à l'analyse de l'efficacité du droit des faillites en termes de bien-être économique, par exemple par rapport à l'allocation inefficace des facteurs de production.

De la littérature et des expériences à l'étranger plusieurs principes peuvent être considérés comme acquis:

- L'entrepreneur doit être bien informé sur les procédures de faillite dès la fondation de la société. En étant conscient d'un échec possible et de ses conséquences, il évitera de réagir trop tard. Or la rapidité de réaction de la direction est l'élément le plus important pour minimiser l'impact économique d'une fermeture d'entreprise.
- Aucun critère de faillite simple applicable au PME n'a été trouvé optimal dans la littérature. Les modèles prévoyant le mieux les faillites se basent sur l'efficacité économique, qui est très difficilement mesurable. Or on peut difficilement concevoir de mettre dans une loi la batterie d'indicateurs adéquates.
- Lorsque, à cause de limitations législatives, un critère comptable unique est utilisé pour déclencher une procédure légale, c'est souvent trop tard. Ainsi les critères légaux sont rarement déterminants dans le succès d'un assainissement. Ils restent indispensables pour que la voie vers le rétablissement de la sécurité juridique des créanciers soit entamée.
- Dans la perspective d'insolvabilité, il est normalement plus avantageux pour les créanciers de favoriser le turn-around d'une entreprise, pour autant qu'il soit encore possible d'éviter une faillite.
- La vitesse dans l'action est déterminante pour réussir ce turn-around et pour obtenir un taux de récupération élevé. Comme les actifs qui sont au cœur du fonctionnement d'une société sont de plus en plus immatériels (comme le goodwill des consommateurs), la rapidité d'exécution devient de plus en plus valorisée. Cela implique des délais courts et une forte détermination des administrateurs en charge de l'entreprise.
- Les droits des créanciers sont renforcés s'ils sont représentés par un organe de représentation léger et efficace. La justification principale de l'intervention de l'État est d'ailleurs la coordination des créanciers pour décider rapidement qui doit assumer quelles pertes.
- Un entrepreneur qui n'a pas commis de fautes juridiquement répréhensibles devrait pouvoir redémarrer une autre entreprise assez rapidement, vu que cette dernière a souvent un taux de succès plus élevé.

I. Soutien de l'AIR pour la réforme du droit des faillites

Afin d'accompagner économiquement la révision en cours, le Conseil fédéral a demandé au SECO et à l'OFJ de mener une analyse d'impact de la réglementation approfondie (AIR+) sur le droit des faillites. Pour cela trois études ont été lancées:

1. Une comparaison du droit suisse par rapport aux meilleures pratiques internationales,
2. Une analyse des taux de recouvrement dans la pratique,
3. Une analyse des critères économiques principaux déclenchant les faillites.

Un appel d'offres a été publié en décembre 2008. Les mandataires ont reconnu que la coopération entre Ernst&Young et Eco'Diagnostic permet de couvrir l'ensemble des questions posées de la manière la plus compétente. Ainsi les recherches ont pu démarrer en mars 2009 et les résultats ont été rendus en octobre. Dans chaque étude les chercheurs ont énoncé les principaux enseignements qu'ils retenaient sous forme d'un executive summary.

Du point de vue de l'administration fédérale, il faut tout d'abord constater que ces trois recherches ont apporté de nombreuses connaissances précieuses sur les aspects économiquement les plus importants du droit des faillites. A partir des constats sortant de ces 3 recherches, il s'agira pour les Offices mandataires de déterminer ce qui pourra être retenu, tant pour les réformes en cours qu'au-delà puisque la révision actuellement en préparation n'était pas limitative.

Tout d'abord beaucoup de propositions avancées dans l'AIR vont dans la même direction que le projet mis en consultation par le Conseil fédéral. Celui-ci contient les propositions suivantes:

1. Institution précoce d'une commission de surveillance représentant les créanciers pendant la procédure concordataire. Cela permet de prendre des décisions plus rapidement, un élément essentiel pour un turnaround réussi. Pour cela une représentation simple et légère (comme en Norvège avec au plus 3 créanciers) est un atout de taille, à condition qu'elle bénéficie finalement à l'ensemble des créanciers. Par exemple l'Autriche autorise une telle commission de surveillance à décider d'un traitement différencié des créanciers si cela est une condition urgente pour la réussite du turnover.
2. Mise en place d'un dispositif qui exerce une pression sur le commissaire pour qu'il agisse dans les meilleurs délais. La révision en cours mentionne souvent des délais de six mois. C'est assez généreux, car dans plusieurs pays examinés ils sont plus courts. Il faut considérer qu'il y a souvent très peu de temps (seulement quelques mois) entre la reconnaissance des difficultés économiques et le début de la faillite, selon les résultats d'Eco'Diagnostic, et que la rapidité de la dégradation de la situation économique ne se réduit généralement pas après le déclenchement d'une procédure de faillite.
3. Suppression des privilèges en cas de faillite pour les titulaires de parts et certains travailleurs. Au regard des comparaisons internationales faites par Ernst&Young, le droit suisse différencie beaucoup plus les créanciers en fonction de classes ayant chacune leurs privilèges. Actuellement le Conseil fédéral soutient l'idée de limiter le privilège des créances accordé aux salariés aisés. Par ailleurs, le projet de révision prévoit de supprimer les privilèges pour les bailleurs (droit de rétention) et de préciser certains aspect de la cession globale des créances.
4. Possibilité extraordinaire de résilier les contrats de durée indéterminée. Cette pratique permet de poursuivre l'activité économique viable de l'entreprise. Selon Ernst&Young elle est courante dans les pays les plus performants.
5. Atténuer l'obligation de reprendre les contrats de travail en cas de reprise de l'entreprise. Il s'agit ici surtout d'éviter que les dettes implicites dans certains contrats de travail soient transmises au repreneur qui n'a normalement pas le temps pour examiner en détail l'actualité de la comptabilité des salaires. Dans ce sens Ernst&Young met en avant le droit belge qui démontre un souci élevé pour préserver les emplois et qui, malgré tout, ne demande pas une reprise automatique des contrats de travail.

6. Renforcement de l'instrument du sursis provisoire. Cela implique en particulier le report de la publication de l'insolvabilité, car le goodwill des clients et des fournisseurs est aujourd'hui un facteur essentiel. C'est par exemple le cas en Belgique et cela aurait aidé des entreprises captées dans le test PME d'Ernst&Young.
7. La lutte contre les ventes abusives d'actifs, dont la fréquence en Suisse a de quoi étonner au regard des chiffres comptables de sociétés tombées en faillite analysés par Eco'Diagnostic. L'existence de ce phénomène a également été confirmé par Ernst&Young. Un changement du droit applicable est dans ce sens absolument nécessaire. La révision prévoit de faciliter les actions en cas de transferts abusifs d'éléments du patrimoine, en particulier en renversant le poids de la preuve pour les transferts à des personnes proches du débiteur (famille, société du même groupe) effectués juste avant l'insolvabilité.
8. Encourager le sursis concordataire. La procédure de faillite ne valorisant pas toujours une entreprise dans le meilleur intérêt des créanciers, Ernst&Young met l'accent sur la flexibilité des procédures au regard des expériences faites à l'étranger, comme la possibilité de passer d'une procédure de faillite à une procédure d'assainissement. Dans les autres pays également, le taux de recouvrement en cas de procédure d'assainissement est sensiblement plus élevé qu'en cas de procédure de faillite. Eco'Diagnostic pose néanmoins la question si la voie du concordat est adaptée aux petites entreprises de moins de 3 ans, qui échouent fréquemment pour des raisons économiques. Dans ces cas, la procédure de faillite reste une solution adéquate pour mettre fin dès que possible à une activité économique non profitable.

Ainsi les quatre points principaux du projet en consultation (le renforcement des droits des créanciers avec une commission représentative, la facilitation des actions en cas de transferts abusifs d'éléments du patrimoine, la possibilité de dénoncer immédiatement les contrats de durée, l'absence de transfert automatique pour les rapports de travail) ont tous été soutenu par les analyses effectuées.

Par ailleurs l'AIR a mis en lumière trois axes principaux qui devraient être approfondis éventuellement dans une révision ultérieure.

II. La prévention des faillites

Le premier axe est la question de la prévention des faillites. Il est ressorti de l'AIR certaines voies prometteuses capables de prévenir les faillites, dont les suivantes:

1. Avant la création d'une société, la Belgique propose plusieurs instruments de prévention (plan financier ex ante qui doit correspondre à l'ampleur de l'activité que l'entreprise entend déployer, qualification des organes de gestion et information). En Suisse, dans le cadre de la stratégie de cyberadministration (guichet PME), des efforts supplémentaires pourraient être faits pour mieux informer les entrepreneurs sur les procédures de faillite dès la création de l'entreprise.
2. Les résultats comptables devraient être publiés régulièrement. Cela permettrait aux nombreux stakeholders de prendre position, y compris les créanciers. La comparaison internationale a montré que cette pratique est des plus courantes et que la Suisse est une exception. Une telle idée devrait être incluse dans le droit des sociétés anonymes.

3. Les recherches d'Eco'Diagnostic ont montré que c'étaient les banques qui étaient le plus capables de prévoir et de prévenir une éventuelle faillite, en partie grâce à des modèles extrêmement sophistiqués et constamment mis à jour. Actuellement si la direction ne prend pas en compte l'avis des créanciers, cela est certes considéré comme une négligence, mais elle n'est pas poursuivie. La question se pose donc s'il ne faudrait pas donner aux créanciers principaux davantage de droits d'intervenir auprès de la direction (nomination d'un médiateur d'entreprise comme en Belgique, proposition de restructuration soumise à un juge comme aux USA, etc.) et si la responsabilité de la direction ne se trouve pas engagée au cas où elle écarte les avis reçus.
4. Les chercheurs d'Eco'Diagnostic ont également été étonnés de voir le nombre d'entreprises qui tombent en faillite à cause de pertes dans les activités hors exploitation. L'article CO 950 rend facultatif la description de la raison sociale d'une société de capitaux dans le registre du commerce. Or une mise à jour pourrait être demandée par les réviseurs, si les activités hors exploitation prennent une telle ampleur qu'ils pourraient devenir un risque pour l'entreprise. Une certaine clarté dans la définition de l'exploitation aurait aussi comme but de faciliter la vente de l'exploitation en cas de nécessité.
5. Les analyses d'Eco'Diagnostic montrent l'importance des effets dominos dans les faillites. Il serait possible de les réduire en améliorant la rapidité des paiements, ce qui bénéficie particulièrement aux entreprises connaissant des difficultés de trésorerie. C'est d'ailleurs également en pensant à cette conséquence que le Conseil fédéral a décidé d'accepter la motion 08.3169 de la fraction PLR «Sanctionner les mauvais payeurs». Notons que parmi les mauvais payeurs se trouvent les administrations publiques. Une solution pourrait consister à modifier l'art. 104 du code des obligations en élevant le taux d'intérêt minimal.

Ces diverses idées posent la difficile question du lien entre le droit des faillites et des autres lois, notamment le droit des sociétés et le Code des obligations. L'OFJ a l'intention d'évaluer le potentiel de ces questions sur le plan juridique.

III. L'efficacité des procédures en pratique

Le deuxième axe d'améliorations souhaitables selon l'AIR est l'efficacité des procédures dans la pratique. Un changement de loi n'est pas toujours prioritaire pour augmenter l'efficacité des procédures, car il faut d'abord s'assurer d'une mise en application efficace. Or plusieurs pistes intéressantes sont apparues:

1. Le test PME d'Ernst&Young relève que les Offices des faillites ont un potentiel pour être optimisés principalement à cause de leur orientation géographique et de leur manque de spécialisation. Une réorganisation des Offices de poursuites et faillites pourrait compléter la réforme actuelle avec l'accord de la Conférence des directeurs cantonaux compétente. À ce titre seulement de légères modifications législatives semblent nécessaires.
2. Simultanément une transparence insuffisante sur les offres de rachats potentiels d'entreprises est regrettée. Il se trouve qu'en Suède un système très intéressant de mise aux enchères des entreprises en faillite a fait ses preuves pour améliorer le taux de recouvrement et réduire le temps d'exécution. Cela parle en faveur d'un substantiel développement de la plate-forme www.portaildepoursuites.ch créée par l'OFJ avec l'ambition de permettre tous les échanges de données par voie électronique, entre autres en mettant en réseaux les Offices de poursuites et faillites

et tous les agents concernés. De nouveau cela ne requiert que des ajustements législatifs mineurs.

3. Ernst&Young a mis en avant que les rémunérations des liquidataires devraient être plus orientées vers le résultat, sauf pour certaines procédures (poursuite en responsabilité, etc.). Des lignes directrices pourraient être publiées dans ce sens.
4. Les qualifications des liquidataires sont essentielles pour obtenir de bons résultats selon Ernst&Young et d'autres études faites à l'étranger. En Suisse, il faudrait considérer si le développement d'une formation nationale pour les liquidataires pourrait remplacer avantageusement les divers brevets cantonaux, en particulier en étant davantage axée sur la rentabilité économique. Cela pourrait également être l'objet d'une discussion avec la Conférence des directeurs cantonaux compétente.

IV. La question de la responsabilité de la direction de l'entreprise

Le dernier axe relève de la responsabilité de la direction de l'entreprise dans les deux cas suivants:

1. Il devrait être possible de poursuivre plus facilement les administrateurs au cas où leurs responsabilités ont été engagées. Le liquidataire n'a souvent pas un intérêt économique personnel à le faire, alors que les risques d'un échec au tribunal sont non-négligeables. Par ailleurs, selon les résultats d'une conférence organisée sous l'égide de l'UE en 2002, les pays européens ont de plus en plus tendance d'empêcher les personnes tenues pour responsable d'une faillite de recréer immédiatement une entreprise similaire.
2. A l'opposé, la question des jeunes entrepreneurs avec une société de personnes poursuivis pour faillite personnelle et n'ayant commis aucune faute personnelle juridiquement répréhensible reste posée. Comme ce point est essentiel pour satisfaire à la politique de croissance et aux recommandations de l'OCDE en matière d'innovation, il devra nécessairement être abordé plus tard.

Conclusion

Vu l'importance économique des faillites, une analyse d'impact de la réglementation approfondie a été menée grâce à 3 études abordant la réforme sous trois angles différents. Les résultats de ces études ont dans une large mesure salué le projet en élaboration à l'Office fédéral de la justice. Il y a également une large concordance dans les approches juridique et économique de la réforme.

Ces recherches ont également mis en lumière de nombreuses possibilités d'améliorer davantage encore l'efficacité économique des procédures légales. Les Offices mandataires ont retenu principalement les axes suivants :

1. Améliorer la prévention des faillites en regardant les points où le droit des faillites et les autres sources de droit se superposent.
2. Améliorer l'efficacité pratique de la loi, en particulier en exploitant davantage le potentiel offert par la cyberadministration et en discutant avec les cantons sur l'organisation des offices de poursuite et faillite.
3. Responsabiliser adéquatement les directions d'entreprise en cas de faillite.

Nous tenons à remercier les chercheurs pour la qualité et la richesse de leurs travaux.

ÉTUDE 1:

COMPARAISON INTERNATIONALE DU DROIT DES FAILLITES SUISSE

Septembre 2009

Olivier Dunant, Christian Sauter,
Sylvia Lynedjian, Petra Beck, Curdin Derungs

Ernst & Young

TABLE DES MATIÈRES DE L'ÉTUDE 1

Table des matières de l'étude 1	15
L'essentiel en bref de l'étude 1	17
ETUDE 1: Comparaison internationale du droit des faillites suisse	18
1. PARTIE GÉNÉRALE	18
1.1 Pays objet de la comparaison	18
1.2 Méthode de travail	19
2. PARTIE SPÉCIALE	20
2.1 Prévention et éléments déclencheurs de la procédure d'insolvabilité (<i>Early warning systems</i>)	20
2.1.1 Information et mesures de prévention de la part de l'Etat	20
2.1.2 Systèmes d'alertes avant qu'une société ne se trouve dans une situation financière difficile	21
2.1.3 Publication des comptes de la société dans un registre public	23
2.2 Procédures d'assainissement	24
2.2.1 Différentes procédures d'assainissement	24
2.2.2 Organisation et prise des décisions de la personne en charge de la gestion de la société pendant la procédure d'assainissement	31
2.2.3 Durée des procédures d'assainissement	32
2.2.4 Conséquence des procédures d'assainissement sur les contrats de durée	33
2.2.5 Publication des procédures d'assainissement	35
2.2.6 Régime fiscal favorable en cas de procédure d'assainissement	35
2.3 Procédures de faillite	36
2.3.1 Différents types de procédures de faillite	36
2.3.2 Efficacité de ces procédures en termes de durée, coût et dividendes payés	38
2.3.3 Privilèges de certains créanciers	39
2.3.4 Sort des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur	40
2.3.5 Faillite des groupes de sociétés	41
2.3.6 Incitations et mode de rémunération des liquidateurs	41
2.3.7 Poursuite des organes de direction	42
2.3.8 Possibilité de redémarrer une activité après une faillite	42

LISTE DES ABRÉVIATIONS

LCE	Loi relative à la continuité des entreprises (Belgique)
CO	Code des obligations
SPRL	Société privée à responsabilité limitée ou Société de personnes à responsabilité limitée (Belgique)
SA	Société anonyme
FF	Feuille fédérale
LF	Loi sur les faillites (Belgique)
EStG	<i>Einkommensteuergesetz</i> : Loi d'impôt sur le revenu (Autriche)
URG	<i>Unternehmensreorganisationsgesetz</i> : Loi de réorganisation d'entreprise (Autriche)
AO	<i>Ausgleichsordnung</i> : Règlement du sursis (Autriche)
KO	<i>Konkursordnung</i> : Règlement des faillites (Autriche)
IAS	Institution des assurances sociales
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)
OFS	Office fédéral de la statistique
n/a	Pas de données
RC	Registre du commerce
SA	Société Anonyme
Sàrl	Société à responsabilité limitée
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie

L'ESSENTIEL EN BREF DE L'ÉTUDE 1

La première étude concerne une comparaison internationale du droit suisse. L'objectif de cette recherche est d'étudier les lois et pratiques en usage dans cinq pays choisis pour leur efficacité dans les procédures d'assainissement et de faillite afin de les comparer avec le droit suisse.

Le premier point étudié concerne la prévention et les éléments déclencheurs de la procédure d'insolvabilité, appelés en anglais *Early warning systems*. Il existe notamment un système intéressant en Belgique qui responsabilise les fondateurs d'une société. Ces derniers doivent justifier le montant du capital-social par un plan financier détaillé au moment de la constitution de la société.

Par la suite, nous avons étudié les différentes procédures d'assainissement afin de déterminer d'une part quelles autres alternatives existent à l'ajournement de faillite et au sursis concordataire que nous connaissons en Suisse et d'autre part quels sont les critères qui donnent lieu à l'ouverture d'une de ces procédures. Il est apparu que contrairement au système suisse actuel, il suffisait, dans tous les pays étudiés, qu'une société soit insolvable, donc incapable de payer ses dettes, pour qu'une procédure d'insolvabilité puisse être ouverte. En outre, une certaine flexibilité pour passer d'une procédure d'assainissement à une autre semble favoriser la continuité d'une entreprise en difficulté. S'agissant de la durée des procédures de réorganisation, tous les pays étudiés ont des durées de sursis ou de procédure différentes. Le système des Etats-Unis, par exemple, ne fixe pas de durée minimale ou maximale, laissant au juge une certaine liberté d'appréciation qui joue un rôle important dans le succès d'un assainissement.

Les conséquences des procédures d'assainissement sur les contrats de durée ont également été examinées. Il est apparu que plusieurs pays étudiés connaissent une solution similaire à celle envisagée dans l'avant-projet du Conseil Fédéral. Cette solution permet au débiteur de résilier les contrats de durée, puis de considérer le dommage en résultant pour le cocontractant comme une créance ordinaire dans le cadre de la procédure d'assainissement.

Nous nous sommes ensuite intéressés à l'existence ou non d'un régime fiscal favorable en cas de procédure d'assainissement.

Les différentes procédures de faillites ont également été l'objet de cette recherche. Il est apparu que la durée et le coût des procédures de faillites étaient variables et n'apportaient pas d'éléments déterminants pour la révision en cours de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite.

En cas de cession des activités du débiteur, la majorité des pays étudiés ne prévoient pas de transfert automatique des rapports de travail mais permettent des négociations entre le débiteur et le cessionnaire sur ce point.

ETUDE 1: COMPARAISON INTERNATIONALE DU DROIT DES FAILLITES SUISSE

1. PARTIE GÉNÉRALE

L'objet du présent rapport concerne la comparaison internationale du droit suisse. L'objectif de cette première recherche est de s'assurer que la révision proposée correspond aux meilleures pratiques en usage dans plusieurs pays choisis pour la qualité de leur application du droit en matière de faillite et d'assainissement d'entreprises.

L'insolvabilité des entreprises individuelles est exclue de l'objet de la présente recherche, dès lors que ces dernières sont soumises à la poursuite par voie de saisie et non pas à la poursuite par voie de faillite.

1.1 Pays objet de la comparaison

Cinq pays ont été choisis, en accord avec l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat à l'économie, pour faire l'objet de la comparaison internationale. Il s'agit de l'Autriche, la Belgique, la Norvège, Singapour et les Etats-Unis d'Amérique.

Ces pays ont été choisis sur la base d'une étude publiée par la banque mondiale³ qui met en évidence l'efficacité de leurs procédures d'assainissement et de faillite. L'étude de la banque mondiale se base sur le cas type de l'hôtel Mirage décrit ci-dessous. Cette étude a été réalisée par des avocats mandatés par la banque mondiale dans divers pays. Les cinq pays choisis sont apparus comme ayant des procédures rapides, peu coûteuses et avec un taux de récupération des créances élevé par rapport au taux suisse.

Le résultat de cette étude peut être résumé dans le tableau suivant:

Pays	Taux de récupération des créances (%)	Durée ⁴ (années)	Coût (% de la masse en faillite)	Efficacité (indice établi par la Banque mondiale)
Singapour	91.3	0.58	1	96.1
Autriche	71.5	0.92	18	78.0
Norvège	89.0	0.92	1	91.8
Belgique	86.3	0.92	4	90.8
USA	76.7	2.00	7	85.8
Suisse	46.8	3.00	4	60.4

Le taux de récupération des créances est calculé en fonction du montant récupéré par les créanciers dans les procédures de faillites et dans les procédures d'assainissement. Le calcul tient compte du fait que la société recommence une activité après la procédure

³ S. Djankov, O. Hart, C. McLiesh, A. Shleifer, Debt Enforcement around the World, Journal of Political Economy, 2008, vol. 116, no 6, dans <http://www.doingbusiness.org/documents/debtEnforcement.pdf>

⁴ La durée couvre la période à partir du moment où la société est en incapacité de payer jusqu'à ce que son sort ne soit tranché: la société reprend ses activités ou la société est liquidée ou revendue.

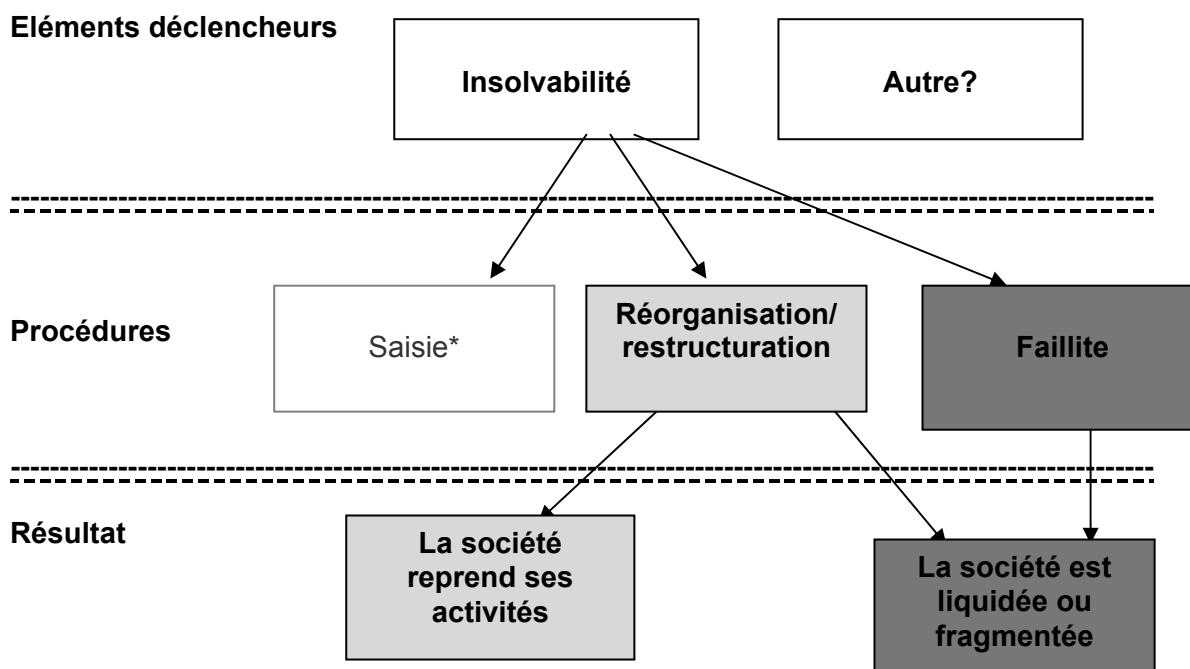
d'assainissement ou non, du coût de la procédure ainsi que de la perte de valeur liée à la durée de la procédure de liquidation de la société⁵.

Ainsi, sur la base des taux de recouvrement de créances reproduits dans le tableau ci-dessus, l'on peut partir du postulat que les cinq pays choisis ont des procédures d'assainissement efficaces qui se concluent souvent par une continuation des activités de la société et qu'en cas de procédure de faillite, cette dernière est peu coûteuse et sa durée est réduite puisque ces cinq pays ont un résultat se rapprochant de la base de 100.⁶

1.2 Méthode de travail

Afin de procéder à une comparaison internationale, un questionnaire a été établi en accord avec l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat à l'économie.

Le questionnaire couvre les procédures d'assainissement et de faillite selon le tableau ci-dessous:



Source: S. Djankov, O. Hart, C. McLiesh, A. Shleifer, Op. cit. p. 1113

* la saisie est exclue de l'objet de cette recherche.

Ce questionnaire a ensuite été envoyé aux correspondants d'Ernst & Young dans les pays choisis qui ont répondu aux questions en ajoutant des commentaires sur les avantages et les inconvénients des procédures en vigueur dans leur pays sous l'angle de l'assainissement des entreprises.

⁵ S. Djankov, O. Hart, C. McLiesh, A. Shleifer, Op. cit. p. 1132

⁶ L'on peut simplifier la méthode de calcul de la façon suivante : L'on part d'une base de 100 points. Si les activités de la société continuent après une procédure d'assainissement l'on n'enregistre aucune perte de valeur, c'est-à-dire que la société conserve ses 100 points de départ. Si la société est liquidée, l'on enregistre une perte de 30 sur 100. Par la suite, les coûts officiels de la procédure sont notamment également déduits (1 pour chaque pourcentage de la valeur initiale). Finalement, il est tenu compte de la dépréciation de la monnaie pendant toute la durée de la procédure ainsi que de la dépréciation de la valeur des meubles de l'hôtel (voir cas de figure pratique infra n°) pendant la durée de la procédure. Le taux de recouvrement correspond ensuite à la valeur des fonds restants, sur la base sur les taux de prêt des statistiques financières internationales établies par le fond monétaire international.

Afin de guider les correspondants dans leurs réponses en cas de pluralité de solutions possibles, un cas pratique leur a été soumis. Ce cas trouve sa source dans l'étude Doing Business 2009 de la banque mondiale. Il peut être résumé comme suit:

Mirage est une société locale qui exploite un hôtel. Mirage emploie 201 personnes et est uniquement propriétaire de l'hôtel. Son chiffre d'affaire annuel moyen se monte à USD 71 millions durant les trois dernières années. En date du 1er janvier 2003, Mirage a signé un contrat de prêt avec la banque américaine BizBank et garanti sur l'hôte lui-même.

Le fondateur de Mirage détient 51% de la société et se trouve être le président du conseil d'administration.

Pendant trois ans, Mirage a réussi à tenir ses engagements et effectuer ses paiements dans les temps. Toutefois, à la fin de l'année 2008, Mirage a subi des pertes inattendues dues à la détérioration du marché. Par conséquent, Mirage se retrouve en incapacité d'effectuer son prochain paiement dû à BizBank. A ce jour, le montant restant dû à BizBank est équivalent à la valeur de l'hôtel au marché actuel. La société s'attend à des pertes pour les années 2009 et 2010. La société estime qu'elle ne pourra pas rembourser le prêt consenti par BizBank ni les intérêts en 2009. La société n'a par contre pas d'autre dette qu'elle n'est pas en mesure d'honorer.

BizBank souhaite de son côté recouvrer son prêt, aussi rapidement que possible et sans que cela n'engendre des coûts trop élevés.

De leur côté, les autres créanciers souhaiteraient éviter le plus possible un démantèlement et une vente de la société.

Le fondateur de Mirage souhaite garder le contrôle de la société.

Finalement, les membres de la direction souhaitent conserver leur emploi.

2. PARTIE SPÉCIALE

2.1 Prévention et éléments déclencheurs de la procédure d'insolvabilité (*Early warning systems*)

2.1.1 Information et mesures de prévention de la part de l'Etat

Sur les cinq pays interrogés, seule la Belgique bénéficie d'un système d'information et de prévention étatique. Dans le cadre d'informations données à l'occasion de la constitution de sociétés, l'on trouve sur internet des informations concernant l'élaboration d'un bon *business plan* et l'élaboration d'un bon plan financier prévoyant la situation financière de la société pour deux ans au moins, suivant les recommandations de l'Union Européenne. Il existe également des journées d'informations et de contacts entre différents acteurs du secteur. L'information donnée par les autorités permet de motiver les entrepreneurs à la constitution de nouvelles sociétés mais a également pour but la mise en garde contre les risques liés à la faillite.

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

La solution belge visant à rendre accessible des informations sur la constitution d'une nouvelle société et sur les risques qu'une telle constitution comporte nous semble être une démarche favorable à la prévention des faillites. Afin de favoriser les assainissements, l'on pourrait imaginer de rendre également facilement accessibles des informations sur les différentes possibilités pour assainir une entreprise en difficulté et avant que celle-ci ne se retrouve surendettée. L'art. 160 al. 2 LP, par exemple, selon lequel « il est rappelé au débiteur que la loi lui permet de proposer un concordat », semble être peu connu et peu appliqué en pratique.

2.1.2 Systèmes d'alertes avant qu'une société ne se trouve dans une situation financière difficile

2.1.2.1 Singapour, les Etats-Unis d'Amérique et la Norvège

Singapour, les Etats-Unis d'Amérique et la Norvège ne disposent pas de système d'alerte très en amont pour prévenir une insolvabilité ou un surendettement.

2.1.2.2 Autriche

Lorsque l'insolvabilité de la société n'est pas imminente, une procédure de réorganisation anticipée peut être appliquée (voir infra point 3.2.1.5) lorsque le rapport entre les fonds propres et le total des passifs est de moins de 8% et lorsque le remboursement des dettes du débiteurs prendrait plus de 15 ans. Dans ce cas, l'organe de révision doit alerter le conseil ou la direction. De plus, le conseil d'administration doit informer les actionnaires de la société lorsque la moitié du capital-social n'est plus couvert par les actifs.

2.1.2.3 Belgique

La Belgique a récemment réformé sa législation en matière d'assainissement des entreprises. La loi relative à la continuité des entreprises est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2009.⁷

Il existe plusieurs systèmes d'alertes qui se situent très en amont d'une éventuelle insolvabilité ou d'un surendettement de la société :

Plan financier avant constitution de la société

Un entrepreneur qui souhaite fonder une société doit élaborer, au préalable, un plan financier qui justifiera le montant du capital social de la société à constituer. Le fondateur de la société sera responsable des engagements de la société, en cas de faillite, si le capital social fixé dans le plan était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.

⁷ Loi relative à la continuité des entreprises (LCE)

Organe de gestion de la société

Au moment de la constitution de la société, l'organe de gestion d'une société a une obligation de prouver sa capacité de gérer une société (diplôme, expérience, lien avec une société importante).

Contrôle des commissaires de sociétés

Par la suite, une fois que la société est constituée, les commissaires de sociétés, soit l'organe de révision, procèdent à des contrôles réguliers. Si au cours de leurs contrôles ils constatent des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, ils doivent en alerter l'organe de gestion qui doit prendre des mesures pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable. Si, dans un délai d'un mois à dater de la communication de l'information, l'organe de gestion n'a pas informé les commissaires de sociétés des mesures prises ou envisagées, ou, si les commissaires de sociétés estiment que ces mesures ne sont pas susceptibles d'assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable, ces derniers peuvent alors communiquer leurs constatations au président du Tribunal du commerce.⁸

Ce système comporte néanmoins deux faiblesses selon nos correspondants belges. D'une part, le contrôle ne concerne pas les petites sociétés et d'autre part la communication au Tribunal du commerce est une faculté et non une obligation.

Collecte des données en cas d'insolvabilité

Finalement, le greffe du Tribunal du commerce collecte des données concernant les débiteurs qui seraient en difficultés financières et dont la continuité d'exploitation pourrait être mise en péril.⁹ Sur la base de ces informations, la situation financière de la société pourra être suivie en vue de favoriser la continuité de l'entreprise ou de ses activités et d'assurer la protection des droits des créanciers. Le juge du Tribunal du commerce a la possibilité d'appeler et entendre le débiteur afin d'obtenir toute information relative à l'état de ses affaires.

En cas de réduction de l'actif net à un montant inférieur à la moitié du capital social, l'organe de gestion de la société doit avertir les actionnaires et l'assemblée générale doit décider la dissolution de la société ou la poursuite des activités sur base des mesures proposées par l'organe de gestion.¹⁰

⁸ Article 138 Code des sociétés

⁹ Article 8 et ss LCE

¹⁰ Article 332 (SPRL) et 633 (SA) du Code des sociétés

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

Le système belge comporte des systèmes d'alerte qui se situent très en amont d'une éventuelle insolvabilité ou d'un surendettement de la société. L'obligation faite aux fondateurs d'une société de présenter un plan financier justifiant le montant du capital-social et les rendant responsables en cas de faillite si ce montant était insuffisant nous paraît être un système de prévention peu coûteux. De plus, il se rapproche du plan de trésorerie prévu par le projet d'article 725a CO.¹¹ L'efficacité de ce système devrait toutefois être vérifiée. Bien qu'intéressants, ces différents systèmes d'alertes comportent toutefois le risque de freiner la constitution de nouvelles sociétés. Il conviendrait d'étudier s'il est opportun de prévoir en Suisse la présentation d'un plan financier lors de la constitution de sociétés.

En outre, le contrôle régulier de la société pour éviter qu'elle ne se retrouve en situation d'insolvabilité nous semble intéressant en théorie, mais difficile à mettre en place d'un point de vue pratique : une telle intrusion dans la gestion de la société risque d'être mal perçue. De plus, cela représenterait un certain coût pour la société, surtout si le contrôle est effectué plusieurs fois chaque année.

En Autriche, une procédure de réorganisation anticipée peut être envisagée lorsque, notamment, le remboursement des dettes du débiteur prendrait plus de 15 ans. Le critère de durée de remboursement des dettes nous paraît novateur et mérite de faire l'objet d'une discussion plus approfondie.

2.1.3 Publication des comptes de la société dans un registre public

Dans tous les pays européens qui font l'objet de cette étude, il existe une obligation de publier les comptes de la société dans un registre public.

En Autriche, le type d'information à publier dépend de la taille de la société. Les exigences de publication seront plus restreintes pour une petite société, qui pourra se limiter à rendre public une version condensée de ses comptes.

En Belgique, les comptes doivent être publiés chaque année et au plus tard un mois après leur approbation par l'assemblée générale des actionnaires (qui doit être tenue dans les 6 mois suivant la clôture de l'exercice).

Aux Etats-Unis et plus précisément dans l'Etat du Delaware où la majorité des sociétés américaines seraient incorporées, il y a seulement une obligation de publier le capital initial de la société au moment de sa constitution. Les comptes ne doivent pas être publiés quant à eux.

¹¹ Message du 21 décembre 2007, FF 2007 p. 1508 et s.

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

L'obligation de publier les comptes annuels garantit une certaine transparence vis-à-vis des créanciers et protège les intérêts de ceux-ci. De plus, elle est conforme à la pratique de nombreux pays européens. Elle pourrait toutefois être interprétée comme une intrusion disproportionnée pour une société saine. L'opportunité d'une solution différenciée pourrait être examinée.

2.2 Procédures d'assainissement

2.2.1 Différentes procédures d'assainissement

2.2.1.1 Etats-Unis d'Amérique

La procédure américaine de redressement ou *Chapter 11*¹² peut être décrite comme suit.

Lorsqu'une société est insolvable, cette dernière ou trois de ses créanciers peuvent déposer une demande de protection selon la procédure du *Chapter 11*. Le débiteur garde le contrôle de la gestion de ses affaires tout en étant soumis à la surveillance du tribunal compétent. Par la suite, un plan de réorganisation est soumis au juge. Ce plan peut être proposé par le débiteur lui-même mais également par les créanciers. Dès que le plan est adopté, un sursis est accordé au débiteur.

La procédure du *Chapter 11* est régulièrement adoptée aux Etats-Unis.

Elle permet d'amener la société vers un assainissement par lequel le débiteur garde le contrôle de la société – c'est ce que l'on appelle *Debtor in possession (DIP)* - les employés conservent leur emploi, les créanciers sont désintéressés avec un taux de recouvrement souvent plus élevé qu'en cas de faillite, les droits de gage peuvent être annulés et le débiteur peut recommencer son activité sans aucune dette.

Nos correspondants nous ont toutefois indiqués que cette procédure comportait certains désavantages. En effet, les cas bénéficiant du *Chapter 11* peuvent continuer pendant de nombreuses années causant des retards certains dans le recouvrement des créances. De plus, si la procédure de réorganisation n'a pas abouti à un assainissement et qu'une procédure de faillite doit être ouverte, le cumul des deux procédures aura un coût important.

C'est au juge qu'il appartient de décider, selon les circonstances du cas particulier, si une procédure du *Chapter 11* est opportune ou si, au contraire, une procédure de faillite doit être ouverte. Pour se déterminer, le juge devra examiner quelles sont les chances de succès de la procédure d'assainissement. Il semblerait qu'il n'existe pas de critère ou ratio fixe qui détermine le choix de l'une ou l'autre des procédures. Par contre, les créanciers peuvent s'opposer à la décision du juge.

2.2.1.2 Belgique

Jusqu'à la récente réforme entrée en vigueur le 1^{er} avril 2009 le Belgique ne connaissait qu'une alternative à la faillite: le concordat judiciaire dont le coût, la lourdeur administrative

¹² Chapter 11 of the Title 11 of the United States Code (Bankruptcy Code)

et les incertitudes quant à son traitement fiscal ont conduits les autorités à se pencher sur un nouveau type de procédure.

Dépistage et médiateur d'entreprise

Comme précédemment mentionné (voir supra point 3.1.2.3), le Tribunal du commerce peut procéder à une collecte de renseignements sur une entreprise qui serait en difficultés financières et ce en vue de favoriser la continuité de cette entreprise et de ses activités.

Le nouveau système prévoit également l'introduction d'un médiateur d'entreprise. Ce dernier est nommé par le tribunal qui fixe l'étendue et la durée de sa mission. La nomination du médiateur d'entreprise pourra être requise par le débiteur lui-même mais également par tout tiers intéressé dès lors que des manquements graves et caractérisés du débiteur ou de ses organes menacent la continuité de l'entreprise en difficulté et que la mesure sollicitée est de nature à préserver cette continuité.

Accord à l'amiable extrajudiciaire

Un accord à l'amiable entre le débiteur et deux, plusieurs ou tous ses créanciers en vue de l'assainissement de la situation ou de la réorganisation de l'entreprise peut être conclu, éventuellement avec l'aide du médiateur d'entreprise décrit ci-dessus.

Réorganisation judiciaire

La loi met en place trois possibilités de procéder à une réorganisation judiciaire lorsque la continuité de l'entreprise est menacée à bref délai ou à terme.¹³

- l'accord amiable dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire¹⁴
- l'accord collectif¹⁵
- le transfert sous autorité de justice de l'entreprise ou de ses activités¹⁶

Un sursis est accordé au débiteur à partir du jugement statuant sur la requête en réorganisation judiciaire.

Accord amiable dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire

La réorganisation judiciaire par accord amiable est soumise à la surveillance d'un juge délégué et interviendra avec l'aide éventuelle d'un mandataire de justice désigné par le tribunal pour assister le débiteur dans sa réorganisation judiciaire. L'accord sera ensuite constaté par un jugement.

Accord collectif

L'accord collectif quant à lui est une forme de réorganisation qui comprend une période de sursis, durant laquelle le débiteur élabore un plan de réorganisation et une phase

¹³ Article 23 LCE

¹⁴ Article 43 LCE

¹⁵ Article 44 et ss LCE

¹⁶ Article 59 et ss LCE

d'exécution du plan qui ne pourra pas dépasser 5 ans à dater de l'homologation du plan. Ce dernier doit préciser la manière dont le débiteur envisage de rétablir la rentabilité opérationnelle de son entreprise. Une description générale de la situation de l'entreprise n'est pas suffisante. Parmi les mesures proposées, une suspension des droits des créanciers sursitaires extraordinaires pour une période de 24 mois pourra être proposée. Le plan de réorganisation doit être approuvé par la majorité des créanciers. Par la suite le plan homologué sera contraignant pour tous les créanciers.

Transfert sous autorité de justice de l'entreprise ou de ses activités

Ce transfert sous autorité de justice peut être volontaire ou imposé, dans certaines circonstances, sur citation du procureur du Roi, d'un créancier ou encore de toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise. Une fois la procédure de transfert terminée et le transfert autorisé, le débiteur pourra demander à être déchargé des dettes existantes au moment du jugement ordonnant le transfert.

En outre, à tout moment pendant le sursis, le débiteur pourra demander au tribunal s'il a sollicité une procédure de réorganisation judiciaire en vue d'obtenir un accord amiable et que celui-ci ne paraît pas réalisable, que la procédure soit poursuivie pour proposer un plan de réorganisation ou pour consentir à un transfert sous autorité de justice. De même, si une procédure de réorganisation judiciaire est en cours et qu'elle ne paraît pas réalisable, le débiteur peut demander à ce que tout ou partie de l'entreprise soit transférée sous autorité de justice.¹⁷

Finalement, le débiteur peut, à tout stade de la procédure, renoncer en tout ou en partie à sa demande en réorganisation judiciaire à charge d'exécuter intégralement ses obligations aux conditions et selon les modalités convenues avec les créanciers que concerne la renonciation, si elle est partielle, ou avec tous ses créanciers si elle est complète.¹⁸

Ainsi, les entreprises belges en difficultés ont à disposition une large palette d'instruments afin d'éviter la faillite. La nouvelle législation permet le passage d'une procédure d'assainissement à une autre avec un passage automatique à la faillite en cas d'échec de la procédure de réorganisation. Alors qu'il existait des critères stricts et définis pour permettre l'ouverture de l'ancien concordat judiciaire belge, la nouvelle procédure se veut ouverte afin de favoriser l'assainissement de l'entreprise en difficultés. Ainsi, la décision de choisir une procédure plutôt qu'une autre ou le passage d'une procédure à une autre doit se faire en fonction de l'appréciation des circonstances du cas particulier et non pas selon des critères prédéterminés.

Ces procédures de réorganisation devraient avoir un impact sur leur coût. En effet, le tribunal a la possibilité de nommer un médiateur d'entreprise ou un ou plusieurs mandataires de justice qui pourront assister le débiteur dans sa réorganisation judiciaire ou, dans le cadre du transfert sous autorité de justice, organiser et réaliser le transfert au nom et pour le compte du débiteur. Un administrateur provisoire (voir infra point 3.2.2.1) peut également être nommé en cas de manquement grave du débiteur dans la gestion de la société. La nomination de ces intermédiaires devrait diminuer les coûts des procédures de réorganisation. Il n'y aura plus de commissaire au sursis prévu par l'ancienne loi, qui était plus coûteux et dont le rôle était mal défini.

¹⁷ Article 39 LCE

¹⁸ Article 40 LCE

D'un point de vue procédural, le jugement statuant sur la demande d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire peut faire l'objet d'un appel dans un délai bref de 8 jours à dater de la notification du jugement.

2.2.1.3 Norvège

Lorsqu'une société a des problèmes de liquidités, le conseil d'administration de cette dernière peut demander l'ouverture d'une procédure de réorganisation¹⁹, soit directement soit en réponse à l'introduction d'une requête en faillite déposée par des créanciers. Le tribunal n'entrera en matière que si l'assainissement de la société a certaines chances de succès. Le tribunal nommera alors un comité de règlement des dettes qui supervisera les activités du débiteur. Ce comité est composé de un à trois membres choisis généralement parmi les créanciers ou leurs représentants. Le nombre restreint de membres de la commission des créanciers est à souligner. Par la suite, après examen de la situation financière du débiteur, le débiteur proposera un projet de concordat. Ce dernier peut prendre la forme d'un concordat dit volontaire qui nécessite l'accord de tous les créanciers. Il est somme toute rare. Il peut également prendre la forme d'un concordat appelé concordat obligatoire nécessitant le paiement d'au moins 25% de toutes les créances ordinaires et l'accord d'un certain nombre de créanciers dépendant du pourcentage des créances payées:

Créances payées (%)	Nombre de créanciers dont l'accord est nécessaire (%)
>50	60%
>25 <50	75%

En cas d'échec des négociations, le tribunal ouvrira une procédure en faillite *ex officio*.

Finalement, le débiteur doit être en capacité de payer les frais et les coûts de la procédure en réorganisation. Ce système a pour avantage de prévenir les réorganisations qui n'ont pas de chances d'aboutir.

Malgré l'étude *Doing Business* mentionnée dans l'introduction de ce rapport (voir supra point 2.3), nos correspondants norvégiens estiment que cette procédure leur semble coûteuse et très formaliste.

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

En Norvège, lorsqu'une procédure de réorganisation est requise, le tribunal nomme un comité de règlement des dettes dont la tâche est de superviser les activités du débiteur. Ce comité est composé de un à trois membres choisis généralement parmi les créanciers ou leurs représentants. La composition très restreinte de ce comité nous paraît être une mesure favorable à l'assainissement d'une société.

¹⁹ Norwegian Debt Reorganization and Bankruptcy Act of 1984 section 1-59, Norwegian Creditors Recovery Act of 1984

2.2.1.4 Singapour

Lorsqu'une société est insolvable ou risque de le devenir, il existe deux procédures de réorganisation appelées *Judicial Management*²⁰ et *Scheme of arrangement*²¹.

Le premier système permet au débiteur ou à ses créanciers de demander que la société soit placée sous gestion judiciaire *Judicial Management*. Le tribunal nomme un administrateur appelé le *Judicial Manager* sur requête de la société, ses administrateurs ou un créancier qui démontrent que la société est insolvable et qu'une telle nomination sauvera la société de la faillite, qu'un accord entre le débiteur et les créanciers sera vraisemblable ou que cette mesure est plus favorable qu'une dissolution. La majorité des créanciers peut toutefois s'opposer à cette nomination.

Une fois le *Judicial Manager* en place, tous les pouvoirs et fonctions du conseil d'administration lui sont transférés. Il aura 60 jours pour soumettre un plan d'assainissement aux créanciers. Afin de contrôler et de superviser le travail de cet administrateur spécial, les créanciers ont la possibilité de nommer un comité de surveillance qui ne pourra pas directement interférer dans la gestion de la société mais pourra demander les informations qu'il juge utile à l'administrateur en place. Il n'existe pas de créanciers privilégiés.

Dans cette procédure, un sursis est accordé au débiteur. Aucune procédure de faillite ne pourra être ouverte durant la durée du sursis, aucune action judiciaire ne pourra être intentée contre le débiteur ni aucune procédure en cours ne pourra être continuée durant la durée du sursis, sauf décision contraire du tribunal compétent. Durant le sursis, il n'est pas possible d'exécuter un gage sur des actifs de la société sauf avec l'accord du *Judicial Manager* ou du tribunal compétent.

Ce système, qui peut être assez couteux de par la nomination d'un administrateur spécial, comporte une particularité qui mérite d'être soulignée. Le *Judicial Manager* devient personnellement responsable des engagements pris par la société durant le sursis si les fonds sont insuffisants pour les payer.

Le second système appelé *Scheme of arrangement* est utilisé lorsqu'il est nécessaire de restructurer l'actionnariat d'une société ou de contraindre les créanciers à renoncer à une partie de leur créance. Un administrateur est alors nommé par le débiteur lui-même pour mettre en place le plan de réorganisation. Une commission de créanciers peut également être nommée pour assister l'administrateur.

Cette procédure peut également être proposée dans le cadre d'une procédure de *Judicial Management*. Dans ce cas, l'administrateur spécial soumettra une proposition aux créanciers. La majorité des créanciers présents représentant au moins trois quart du montant des créances doit donner son accord.

En cas de *Scheme of arrangement* aucun sursis n'est accordé au débiteur. De plus, les créanciers ne sont pas divisés en classes distinctes.

2.2.1.5 Autriche

Il existe plusieurs procédures d'assainissement en Autriche qui dépendent du degré d'insolvabilité de la société.

²⁰ Companies Act, sec. 227B (1)(a)

²¹ Companies Act, sec. 210

Procédure de réorganisation anticipée

Cette procédure de réorganisation anticipée s'applique lorsque la société nécessite une réorganisation mais lorsqu'une insolvabilité n'est pas encore certaine (voir supra point 3.1.2.2 sur les systèmes d'alertes).²² Un plan de restructuration est alors proposé aux créanciers. La particularité de cette procédure est que les membres de la direction sont personnellement responsables si la société devient insolvable dans les 2 ans à compter de l'ouverture de la procédure. Cette responsabilité est toutefois limitée à Euro 100'000 par personne. Cette procédure n'est que très rarement utilisée en Autriche. Selon nos correspondants, seul un cas a été recensé depuis 1997, qui s'est terminé par une procédure en faillite.

Procédure *Ausgleich*

Cette procédure *Ausgleich* est applicable lorsque la société est sur le point d'être insolvable. Il faut alors que la commission des créanciers accepte la proposition de concordat du débiteur et que ce concordat soit homologué par le tribunal compétent.²³ Le taux minimum des créances à payer est de 40% sur une période de deux ans. L'avantage de cette procédure est qu'elle permet un traitement différencié des créanciers pour autant que la commission des créanciers accepte le concordat. Un administrateur indépendant du débiteur et des créanciers sera nommé dans le cadre de cette procédure. Le tribunal dispose d'une liste officielle d'administrateurs potentiels.

En pratique, cette procédure n'est pas utilisée massivement, contrairement au concordat dans le cadre de la faillite décrit ci-dessous qui est utilisé dans 90% des cas.

Concordat dans la procédure en faillite

La procédure *Ausgleich* dans le cadre de la procédure en faillite, très fréquemment utilisée en pratique, est applicable dans le cadre de la procédure en faillite lorsque la société est insolvable ou lorsque la société est surendettée et que les actifs sont suffisants pour couvrir les coûts de la procédure de faillite, qui se montent approximativement à Euro 4'000. Si les actifs sont insuffisants pour couvrir les frais de la procédure ou qu'aucun créancier n'est prêt à avancer ces frais, la société sera liquidée de manière sommaire.²⁴

Le concordat dans le cadre de la procédure en faillite nécessite que le débiteur paie au moins 20% de ses dettes dans le délai de deux ans.

Comme pour la procédure *Ausgleich*, un administrateur indépendant et une commission des créanciers sont nommés.

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

Le critère principal dans les pays étudiés pour déterminer si une société peut faire valoir une procédure d'assainissement est généralement l'insolvabilité. En Belgique, l'on exigera que la continuité de l'entreprise soit menacée. En Norvège par contre, il suffit que la société ait des problèmes de liquidité sans forcément qu'elle soit insolvable pour qu'une procédure d'assainissement puisse s'ouvrir. Le fait, pour une société, de pouvoir bénéficier d'une procédure

²² Unternehmensreorganisationsgesetz (URG)

²³ Ausgleichsordnung (AO)

²⁴ Konkursordnung (KO)

d'assainissement avant qu'elle ne soit en état de surendettement nous paraît primordial pour favoriser la continuité de ses activités et ainsi éviter qu'elle ne tombe dans une procédure de faillite. Cette solution également été reprise en droit suisse dans le projet du nouvel art. 725a CO.²⁵

En Belgique, la procédure du transfert sous autorité de justice de l'entreprise peut être imposée au débiteur sur demande de toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise. L'introduction de cette solution en droit suisse pourrait être étudiée. Il faudrait néanmoins voir quelles mesures l'on pourrait mettre en place pour éviter les abus.

La Belgique permet également au Tribunal de nommer un médiateur d'entreprise dont le rôle sera défini par le juge. Cette nomination peut être requise par le débiteur lui-même mais également par tout tiers intéressé dès lors que des manquements graves et caractérisés du débiteur ou de ses organes menacent la continuité de l'entreprise en difficulté. Cette solution a pour but de faciliter l'assainissement de l'entreprise et paraît particulièrement intéressante puisqu'elle laisse au juge une marge de manœuvre pour nommer le médiateur et fixer l'étendue et la durée de sa mission. De plus, contrairement au rôle du commissaire au sursis suisse, le médiateur agit bien en amont d'une procédure d'assainissement.

Le système autrichien qui prévoit différents types de procédures selon le degré d'insolvabilité du débiteur paraît avoir une efficacité réduite en pratique puisqu'il semblerait que dans la grande majorité des cas seule la procédure de concordat dans le cadre de la faillite ne soit utilisée. Cette constatation va dans le même sens que l'avant-projet du Conseil Fédéral qui désigne la procédure de sursis concordataire comme la voie principale en vue d'un assainissement.

En Autriche, un traitement différencié de certains créanciers est possible dans le cadre de la procédure *Ausgleich*. Une telle mesure semble augmenter les chances d'un assainissement, en permettant par exemple de payer l'intégralité des créances de fournisseurs par exemple, si le règlement des fournisseurs est une condition *sine qua non* de la poursuite de l'activité commerciale. Il conviendrait d'étudier si un tel traitement différencié peut être introduit en Suisse.

Les tribunaux autrichiens disposent de listes officielles sur lesquelles figurent des administrateurs potentiels. Des listes pour nommer le commissaire dans la procédure suisse du sursis concordataire pourraient être établies. A notre connaissance, de telles listes existent déjà dans certains cantons. De telles listes doivent favoriser l'assainissement des sociétés puisque les personnes nommées seraient expérimentées et compétentes en la matière. Il pourrait être utile d'étendre à toute la Suisse la mise en place de listes de spécialistes.

La solution belge visant à proposer tout un panel de procédures flexibles et interchangeables nous paraît également intéressante. Le débiteur en difficulté a ainsi plusieurs options et plusieurs chances de pouvoir continuer ses activités avant d'arriver à la procédure de faillite. De même, comme aux Etats-Unis, les critères utilisés pour déterminer l'ouverture de l'une ou l'autre de ces procédures ne sont pas prédéterminés. Le juge peut ainsi déterminer à la lumière des circonstances du cas particulier les chances de succès d'une procédure d'assainissement sans pour autant être limité par des critères

²⁵ FF 2007 1508

strictes et prédéfinis. De plus, la possibilité pour les créanciers de demander l'ouverture d'une procédure d'assainissement nous paraît intéressante. Il pourrait être opportun, dans certaines situations, de permettre au créancier de requérir un sursis concordataire.

2.2.2 Organisation et prise des décisions de la personne en charge de la gestion de la société pendant la procédure d'assainissement

2.2.2.1 Belgique

Comme précédemment indiqué (voir supra point 3.2.1.2) un médiateur d'entreprise peut être nommé par le Tribunal du Commerce. Le rôle du médiateur est notamment de faire le lien entre les créanciers et le débiteur afin de faciliter la réorganisation de l'entreprise.

Toutefois, l'un des grands changements de la nouvelle législation en matière de continuité des sociétés est que le débiteur garde la pleine capacité d'administration et de disposition de la société.

Le Tribunal pourra toutefois nommer un administrateur provisoire (mandataire de justice) en cas de manquements graves et caractérisés du débiteur ou de ses organes menacent la continuité de l'entreprise en difficulté et que la mesure sollicitée est de nature à préserver cette continuité. Dans le cadre de la procédure de réorganisation et pour atteindre son but, un mandataire de justice peut également être nommé afin d'assister le débiteur dans la réorganisation de la procédure ou pour organiser et réaliser le transfert au nom et pour le compte du débiteur dans le cas d'un transfert sous autorité de justice.

2.2.2.2 Etats-Unis d'Amérique

Comme pour la Belgique, le débiteur reste en charge de la gestion de la société. Il peut ainsi profiter de l'expérience de l'équipe en place. Ce n'est qu'en cas de liquidation de la société ou lorsqu'il est démontré que la direction de la société doit être changée que le tribunal compétent décide d'appointer un administrateur qui aura pour rôle de liquider la société dans un cas de liquidation ou de continuer les activités de la société dans le cas d'une réorganisation. En principe, le tribunal entendra les parties sur l'opportunité de la personne à désigner.

2.2.2.3 Autriche

En cas de procédure de réorganisation anticipée, le débiteur garde le contrôle de la société.

En cas de procédure *Ausgleich*, le débiteur peut conserver tout ou partie de la gestion de la société mais le tribunal pourra imposer des restrictions sur certaines prises de décisions. De telles restrictions existent également de par la loi. Le débiteur est ainsi empêché de vendre la société ou de fournir des sûretés.

Finalement dans le cadre du concordat dans la procédure de faillite, le débiteur perd le contrôle de la société qui est transféré à l'administrateur nommé par le tribunal.

2.2.2.4 Singapour

La direction perd le contrôle de la société en cas de nomination d'un *Judicial Manager* (voir supra point 3.2.1.4). En cas de procédure de *Scheme arrangement* le débiteur garde le contrôle de la société.

2.2.2.5 Norvège

Le débiteur continue à gérer la société mais sous supervision d'un comité spécial composé d'une à trois personnes. Le débiteur est également limité dans ses actes de gestion. Il a notamment l'interdiction de vendre ou louer un objet dont il est propriétaire.

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

Dans tous les pays qui ont fait l'objet de cette comparaison, le débiteur garde tout ou partie de sa capacité d'administrer et de disposer de la société pendant la procédure d'assainissement. Cette capacité de décision pourra toutefois être limitée par le Tribunal. En Autriche et en Norvège, le débiteur sera limité dans ses actes de gestions et notamment sur les décisions qu'il pourra prendre. En Belgique, un administrateur provisoire peut être nommé en cas de manquements graves du débiteur.

L'avantage pour le débiteur de garder tout ou partie de sa capacité d'administrer est que l'équipe en place peut disposer de connaissances et d'une certaine expérience précieuses qui devraient favoriser l'assainissement de la société.

Ces systèmes diffèrent quelque peu du système suisse dans lequel le commissaire au sursis va exercer un contrôle sur les actes de gestion du débiteur. Toutefois, comme en Suisse, le débiteur peut garder un certain contrôle de la gestion, selon l'appréciation du juge, ce qui paraît être une solution favorable à l'assainissement d'une entreprise en difficulté.

2.2.3 Durée des procédures d'assainissement

2.2.3.1 Belgique

Le sursis accordé au débiteur est d'une durée de 6 mois mais peut être prolongé jusqu'à 12 mois²⁶ à compter du jugement accordant le sursis. Exceptionnellement et si l'intérêt des créanciers le permet, ce délai peut être prolongé jusqu'à 18 mois²⁷.

S'agissant du délai d'exécution du plan de réorganisation, l'un des objectifs de la nouvelle législation belge concernant la continuité des entreprises (voir supra point 3.1.2.3) est d'allonger ce délai afin de donner plus de chances au débiteur de redresser sa situation. Le délai d'exécution du plan de réorganisation, qui était initialement de 3 ans dans le cadre de l'ancienne procédure concordataire, est passé à 5 ans²⁸.

²⁶ Article 24 §2 LCE

²⁷ Article 38 LCE

²⁸ Article 52 LCE

2.2.3.2 Etats-Unis d'Amérique

Un sursis est accordé au débiteur par le juge. La durée de ce sursis va également être variable et pourra être modifiée par le juge compétent.

La durée d'une procédure de réorganisation selon le *Chapter 11* dépendra du cas particulier. La loi ne fixe pas une durée maximale de cette procédure.

2.2.3.3 Singapour

Le sursis accordé dans le cadre du système du *Judicial Management* décrit ci-dessus (voir supra point 3.2.1.4) est en force pendant 180 jours sauf extension ordonnée par le tribunal compétent. La durée totale des deux procédures de réorganisation dépendra de la structure et du plan de réorganisation mis en place.

2.2.3.4 Autriche

Un sursis concordataire de 90 jours est accordé au débiteur. En général, les procédures d'assainissement sont d'une durée de 5 à 6 mois

2.2.3.5 Norvège

En cas de procédure de réorganisation, la protection contre une procédure de faillite est limitée à une période de 3 mois. La durée de ce sursis peut être étendue par le tribunal compétent. Toutefois, une requête en faillite déposée par au moins trois créanciers qui représentant au moins les 2/5^{èmes} des créances de la masse est possible même pendant la durée du sursis.

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

La solution américaine laissant au juge une certaine flexibilité quant à la durée du sursis nous paraît utile pour favoriser l'assainissement des sociétés. Toutefois, cette solution peut entraîner des retards dans la résolution de certaines faillites qui étaient inévitables.

Cette flexibilité existe actuellement dans l'avant-projet qui prévoit que le sursis concordataire peut être prolongé jusqu'à 24 mois dans les cas particulièrement complexes. Il nous apparaît que ce délai maximum de 24 mois est suffisant.

En Norvège, une requête en faillite est possible même pendant la durée du sursis, pour autant qu'elle soit déposée par trois créanciers qui représentent au moins les 2/5^{èmes} des créances de la masse. La solution de l'avant-projet nous semble préférable.

2.2.4 Conséquence des procédures d'assainissement sur les contrats de durée

2.2.4.1 Belgique

Le débiteur peut décider de ne plus exécuter un contrat en cours pendant la durée du sursis à condition que cette non-exécution soit nécessaire pour pouvoir proposer un plan de réorganisation aux créanciers ou rendre le transfert sous autorité de justice possible.

Lorsque le débiteur décide de ne plus exécuter un contrat en cours, les dommages auxquels son contractant peut prétendre sont une créance sursitaire.

Cette règle souffre d'une exception car elle n'est pas applicable aux contrats de travail²⁹.

2.2.4.2 Autriche

Dans le cadre de la procédure *Ausgleich* uniquement, le débiteur peut mettre fin aux contrats de location, aux contrats de leasing et aux contrats de travail. Cette résiliation implique le paiement d'une compensation pour les dommages. L'approbation de l'administrateur est requise et sera donnée si ces contrats sont un obstacle à un assainissement de la société. Le débiteur pourra mettre fin aux contrats dans un délai maximum d'un mois après l'annonce de la procédure de restructuration. Les employés et bailleurs seront créanciers dans la procédure d'assainissement.

2.2.4.3 Etats-Unis d'Amérique

Les contrats de longues durées peuvent être résiliés sans indemnisation. Toutefois, le cocontractant dont le contrat a été résilié pourra poursuivre le débiteur en justice pour le dommage subi. Ce dernier sera considéré comme une créance ordinaire calculée *pro rata temporis*.

2.2.4.4 Norvège

Comme aux Etats-Unis, les contrats de longues durées peuvent être résiliés sans indemnisation en Norvège. Les créances en résultant seront traitées comme les autres créances ordinaires.

2.2.4.5 Singapour

La société peut proposer de restructurer ses dettes avec les créanciers avec lesquels elle a conclu des contrats de durée. Si cette proposition intervient dans la procédure du *Scheme of arrangement*, les critères de vote nécessaires devront être réalisés pour que cette proposition puisse être adoptée. Il n'y a pas d'autre possibilité de se départir des contrats de durée.

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

La solution consistant à permettre au débiteur de résilier les **contrats de durée**, puis de considérer le dommage en résultant pour le cocontractant comme une créance ordinaire dans le cadre de la procédure d'assainissement nous semble intéressante. L'avant-projet du Conseil Fédéral va dans ce sens. En effet, cette solution favorise l'assainissement d'une société insolvable en se libérant des contrats de durée déséquilibrés.

²⁹ Article 35 LCE

2.2.5 Publication des procédures d'assainissement

Tous les pays qui font l'objet de cette étude publient tout ou partie des procédures d'assainissement. Aux Etats-Unis et en Norvège, le tribunal a une certaine latitude pour restreindre la publicité de ces procédures.

En Autriche la procédure de réorganisation anticipée (voir infra point 3.2.1.5) n'est pas publiée. Par contre, les procédures *Ausgleich* et de concordat dans le cadre de la faillite font l'objet d'une publication dans un registre public.

En Belgique, le jugement qui déclare ouverte la procédure de réorganisation sera publié. Toutefois, le dépôt de la requête ne l'est pas ce qui permet au débiteur d'entamer une procédure sans devoir subir les conséquences négatives d'une telle requête.

Par la suite, la décision relative à la nomination d'un administrateur provisoire ou tout jugement modifiant l'objectif de la procédure (accord à l'amiable, accord collectif ou transfert sous autorité de justice) ainsi que le jugement qui met fin à la procédure de réorganisation seront publiés.

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

Dans tous les pays étudiés, la publicité des procédures peut être restreinte par le juge compétent. Cette restriction est souvent nécessaire pour élaborer un plan d'assainissement et permettre la poursuite de l'entreprise. Par exemple, la publicité de la procédure peut conduire les fournisseurs à cesser toute livraison à l'entreprise en difficulté. L'article 293c, al. 2 AP LP prévoit que le sursis provisoire ne doit pas obligatoirement être rendu public ce qui est une différence notoire par rapport au droit en vigueur. Cette proposition doit être approuvée puisqu'elle a fait ses preuves dans les pays étudiés.

Il serait également opportun d'étudier la possibilité d'éviter la publication du sursis définitif, selon l'appréciation du juge. D'autres mesures que les publications pourraient protéger les créanciers, comme l'obligation faite au commissaire d'informer les créanciers en cas d'augmentation du montant des créances.

2.2.6 Régime fiscal favorable en cas de procédure d'assainissement

Aux Etats-Unis, à Singapour et en Norvège, il n'y a aucun régime fiscal favorable en cas de procédure d'assainissement.

La Belgique et l'Autriche, par contre, connaissent un régime favorable en cas de procédure d'assainissement.

2.2.6.1 Belgique

En Belgique, une exonération fiscale est accordée pour réduction de valeur et provision, créances sur les cocontractants pour lesquels un plan de réorganisation a été homologué ou un accord amiable a été trouvé et ce durant les périodes imposables jusqu'à l'exécution intégrale du plan ou accord amiable ou jusqu'à clôture de la procédure. Sont également exonérés selon les modalités d'application fixées par le Roi, les bénéfices provenant de

moins-values effectuées par le débiteur sur les éléments du passif à la suite de l'homologation par le tribunal d'un plan de réorganisation ou à la suite de la constatation par le tribunal d'un accord amiable selon la loi relative à la continuité des entreprises³⁰.

2.2.6.2 Autriche

L'Autriche n'impose pas les gains provenant d'abandons de créances³¹.

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

En droit suisse il existe déjà des possibilités d'être exonéré fiscalement en cas d'assainissement d'une entreprise. Ne sont notamment pas soumis au droit d'émission, la création de droits de participation ou l'augmentation de leur valeur nominale, en cas d'assainissement ouvert, jusqu'à concurrence de leur montant avant l'assainissement ainsi que les versements supplémentaires des actionnaires ou des associés en cas d'assainissement tacite, pour autant que les pertes existantes soient éliminées, et que les prestations des actionnaires ou des associés ne dépassent pas 10 millions de francs au total.³²

De plus, selon la qualification du bénéfice d'assainissement une exonération des impôts directs est également possible.³³

2.3 Procédures de faillite

2.3.1 Différents types de procédures de faillite

2.3.1.1 Belgique

Afin de requérir la faillite d'une société belge, deux conditions cumulatives doivent être réalisées. Il faut que la société soit en cessation de paiement, et ce de façon persistante et il faut un refus de financement de la part des actionnaires et des banques³⁴.

Une fois que le Tribunal est saisi d'une requête en faillite par le débiteur, les créanciers, le ministère public ou l'administrateur provisoire³⁵, des mesures provisoires peuvent être ordonnées.

Le tribunal de commerce peut notamment suspendre sa décision pour un délai de quinze jours pendant lequel le débiteur ou le ministère public peut introduire une demande en concordat³⁶ (voir supra point 3.2.1.2)

D'autre part, le Tribunal peut dessaisir provisoirement le failli lorsqu'il existe des indices graves, précis et concordants que les conditions de la faillite sont réunies et qu'il y a urgence et désignation d'un ou plusieurs administrateurs provisoires ordonnée par le président du tribunal compétent³⁷.

³⁰ Article 48/1 du code des impôts sur le revenu 1992

³¹ Article 36 EStG

³² Article 6 al. 1 lit. K de la Loi fédérale sur les droits de timbre

³³ Article 60 lit a de la Loi sur l'impôt fédéral direct et article 24 al. 2 lit a de la Loi sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes

³⁴ Article 2 LF

³⁵ Article 6 Loi du 8 août 1997 sur les faillites (LF)

³⁶ Article 7 LF

³⁷ Article 8 LF

Le jugement déclaratif de faillite contiendra quant à lui les décisions suivantes : nomination d'un juge-commissaire, désignation d'un ou plusieurs curateurs, ordre aux créanciers de déclarer leurs créances, ordre de publication du jugement et fixation de la date du premier procès-verbal de vérification des créances³⁸.

Par la suite le failli sera définitivement dessaisi de l'administration de tous ses biens³⁹ et le curateur entrera en fonction. Peuvent être nommés curateurs les avocats inscrits au barreau justifiant d'une formation particulière et présentant des garanties de compétence en matière de procédures de liquidation⁴⁰. Son rôle est notamment d'établir l'inventaire des biens du failli et vérifier le bien fondé des créances⁴¹. Dépendant de la taille de la société en faillite, un ou plusieurs curateurs pourront être nommés.

2.3.1.2 Norvège

Le Conseil d'administration lui-même ou les créanciers peuvent requérir la faillite d'une société. Celle-ci doit être insolvable, c'est-à-dire incapable de payer ses dettes et surendettée.

Au moment de la requête en faillite la somme de (NOK 43'000) EUR 4'700 doit être versée au Tribunal compétent pour couvrir les frais de la procédure de faillite. Par la suite, la procédure de faillite est ouverte et publiée. Un administrateur, choisi parmi une liste restreinte d'avocats, ainsi qu'un comité des créanciers sont nommés pour procéder à la liquidation de la société.

2.3.1.3 Autriche

En cas d'insolvabilité ou de surendettement, le débiteur est dans l'obligation de requérir sa faillite dans un délai de 60 jours. Les créanciers ont également la possibilité de déposer une requête en faillite. Dès l'ouverture de la faillite et sa publication, un administrateur, choisi sur une liste officielle, est nommé qui aura pour rôle d'administrer la faillite et de procéder à la liquidation de la société.

2.3.1.4 Etats-Unis d'Amérique

Dans la procédure de faillite américaine, communément appelée *Chapter 7*, un administrateur est nommé afin d'administrer la faillite. En outre, dans les cas de faillite de grande importance, un comité des créanciers peut être nommé. Ce comité est en général constitué de 7 à 9 créanciers ordinaires.

³⁸ Article 11 LF

³⁹ Article 16 LF

⁴⁰ Article 27 LF

⁴¹ Article 43 et ss ainsi que 62 et ss LF

2.3.2 Efficacité de ces procédures en termes de durée, coût et dividendes payés

2.3.2.1 Belgique

Durée et coût

Lorsqu'il apparaît que l'actif ne suffira pas à couvrir les frais d'administration et de liquidation de la faillite, le juge pourra ordonner une clôture sommaire de la faillite qui permet de réduire la durée et le coût de cette dernière.

La durée de la procédure en faillite va dépendre de plusieurs facteurs comme sa complexité et les procès en cours. En pratique toutefois, les curateurs ont tendance à essayer de clôturer la faillite le plus rapidement possible, dans l'intérêt des créanciers. La durée minimale d'une procédure de faillite en dehors des cas de faillite sommaire, est de 6 mois. En moyenne, une procédure de faillite dure 2-3 ans.

Dividendes

En pratique, les créanciers privilégiés sont les seuls à récupérer tout ou partie de leur créances dans le cadre d'une procédure de faillite. Par conséquent, les créanciers ordinaires ont tendance à préférer la procédure concordataire à la faillite, compte tenu du fait que la première leur permet de récupérer une part plus importante de leur créance.

2.3.2.2 Norvège

L'avance des frais de la procédure est fixée à NOK 43'000, soit l'équivalent d'environ EUR 4'700. Ils doivent être payés par le requérant au moment du dépôt de la requête en faillite.

La durée minimale d'une procédure de faillite est d'un mois.

2.3.2.3 Autriche

La majorité des coûts d'une procédure en faillite correspond aux honoraires de l'administrateur.

La durée minimale d'une procédure en faillite est de 3 mois. La durée moyenne est d'environ un an.

2.3.2.4 Etats-Unis d'Amérique

La durée de la procédure de faillite peut être variable et peut être plus courte qu'une procédure d'assainissement et moins coûteuse. Toutefois, les créanciers récupèrent un dividende moins élevés qu'en cas de procédure d'assainissement.

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

Il est apparu qu'il est difficile, dans les cinq pays étudiés, de trouver des statistiques fiables sur la durée, le coût et les dividendes payés lors de procédures de faillite. Plusieurs correspondants ont exprimé des doutes sur les chiffres favorables cités par l'étude de S. Djankov, O. Hart, C. McLiesh, A. Shleifer citée à la note de bas de page No 1. Il semble que de tels chiffres ne seraient pas représentatifs de l'ensemble des faillites dans le pays étudié.

2.3.3 Privilèges de certains créanciers

2.3.3.1 Belgique

Les dettes de la masse constituent un super privilège et sont payées en premier rang. Les créanciers privilégiés priment les hypothèques, dont le rang est déterminé par leur date d'inscription au registre légal⁴².

Dans le cadre d'une réorganisation judiciaire, les dettes contractées dans le cadre du sursis sont considérées comme des dettes de la masse en cas de faillite, s'il y a un lien entre le sursis et la faillite.

2.3.3.2 Norvège

Tous les créanciers non gagistes vont recevoir des dividendes selon un calcul mathématique. Il existe différentes classes de créanciers. Les créances résultant de la procédure de faillite sont des créances privilégiées. Une fois que tous les créanciers ordinaires ont été dédommagés, les créances dites post-prioritaires sont payées. Il s'agit notamment des intérêts depuis le début de la procédure de faillite ou les amendes impayées.

En outre, la législation norvégienne a récemment changé⁴³ en ce qui concerne les créances-gagistes. Lorsqu'un objet nanti est réalisé, 5% du produit de la vente est attribué à la masse en faillite avant désintéressement du créancier-gagiste.

2.3.3.3 Autriche

Le principe générale de la procédure en faillite autrichienne est le désintéressement égalitaire des créanciers sur une base *pro rata*. Chaque créancier reçoit un dividende égal.

Seul un groupe très limité de créances sont considérées comme prioritaires. Il s'agit principalement des frais de la procédure de faillite, les honoraires de l'administrateur de la faillite ainsi que les créances découlant des contrats de bail et des contrats de travail qui ont débutés après le commencement de la procédure en faillite.

2.3.3.4 Etats-Unis d'Amérique

Les créances des employés et les frais administratifs sont prioritaires. Viennent ensuite les créanciers-gagistes.

⁴² Article 12 Loi hypothécaire

⁴³ Article 6-4 Norwegian Mortgage Act of 1980, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2008

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

Les privilèges semblent limités dans les cinq pays étudiés, par rapport à la Suisse.

2.3.4 Sort des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur

2.3.4.1 Belgique

Les dettes découlant des contrats de travail ne sont quant à elles pas transférées au cessionnaire.

En cas de cession des activités du débiteur, il appartient au cessionnaire de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre⁴⁴. Le cessionnaire et le cédant ou le mandataire de justice et toutes les organisations représentées au sein de la délégation syndicale peuvent convenir, dans le cadre d'une procédure de négociation collective, de modifier les conditions de travail pour préserver l'emploi en assurant en tout ou en partie la survie de l'entreprise ou de ses activités.

Lorsque le transfert est réalisé à la requête d'un tiers ou du ministère public, les dettes existantes à la date du transfert et découlant des contrats de travail ne sont pas transférées au cessionnaire, à condition que le paiement de ces dettes soit garanti légalement par le Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprise dans les limites applicables à son intervention, fixées dans la législation sur la fermeture d'entreprises⁴⁵. De plus, le cessionnaire, le cédant ou le mandataire de justice peut demander, par requête au tribunal du travail, l'homologation du transfert projeté, c'est-à-dire, outre le transfert même, la liste des travailleurs à reprendre ou repris, le sort des contrats de travail, les conditions de travail fixées et les dettes. Si l'homologation est accordée, le cessionnaire ne peut être tenu à des obligations autres que celles figurant dans l'acte dont l'homologation a été demandée⁴⁶.

2.3.4.2 Norvège

En cas de transfert des activités du débiteur, le cessionnaire sera responsable de toutes les obligations relatives aux employés, notamment les salaires impayés.

2.3.4.3 Autriche

La loi sur le transfert automatique des contrats de travail⁴⁷ prévoit un transfert automatique des rapports de travail en cas de transfert des activités du débiteur. Tous les droits et obligations relatifs aux contrats de travail passent au cessionnaire.

2.3.4.4 États-Unis d'Amérique et Singapour

Le transfert des employés auprès d'une société reprenante n'est pas automatique et dépend des termes de la cession.

⁴⁴ Article 61 §4 LCE

⁴⁵ Article 61 § 3 LCE

⁴⁶ Article 61 § 5 LCE

⁴⁷ Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

La Belgique, les Etats-Unis et Singapour ne prévoient pas de transfert automatique des rapports de travail en cas de transfert des activités du débiteur. Ce transfert dépendra des termes de la cession. En Belgique plus particulièrement il appartient au cessionnaire de choisir les travailleurs qu'il souhaite reprendre. Les conditions du contrat de travail peuvent ensuite être modifiées. Ce système permet une certaine flexibilité qui encourage certainement des entreprises à reprendre la société en difficulté. Ces systèmes vont dans le sens de l'art. 333b al. 1 AP CO.

2.3.5 Faillite des groupes de sociétés

La Belgique, Singapour, L'Autriche et la Norvège ne connaissent pas de règle spécifique pour les faillites des groupes de sociétés.

Aux Etats-Unis il n'existe en principe pas de règle spécifique pour les faillites des groupes de sociétés. Toutefois, dès qu'un débiteur requiert sa faillite, ses filiales bénéficieront également de la protection accordée à la société mère. Elles pourront requérir leur faillite auprès du même Tribunal.

2.3.6 Incitations et mode de rémunération des liquidateurs

2.3.6.1 Etats-Unis

La rémunération de l'administrateur de la faillite sera déterminé par le juge et en relation avec la taille du failli. Il s'agit en principe d'un mix entre une rémunération selon le temps passé sur le dossier et un pourcentage des montants récupérés par l'administrateur de la faillite.

2.3.6.2 Autriche

Il semblerait qu'il n'existe pas de règle fixe concernant la rémunération de l'administrateur de la procédure de la faillite. Toutefois, en pratique, il est souvent prévu que l'administrateur touche un pourcentage du montant récupéré.

2.3.6.3 Norvège

Comme indiqué plus haut (voir supra point 3.3.1.2), la somme de (NOK 43'000) EUR 4'700 doit être versée au Tribunal compétent pour couvrir les frais de la procédure de faillite. Ces frais serviront notamment à couvrir les honoraires de l'administrateur de la faillite. Si cette somme ne devait pas suffire, les honoraires de l'administrateur de la faillite seront couverts par la vente des actifs restants, après approbation du Tribunal compétent.

2.3.6.4 Belgique

En Belgique, il n'existe pas de règle spécifique concernant la rémunération des administrateurs. Toutefois, comme ceux-ci sont dans la plupart des cas des avocats, une rémunération calculée selon le temps passé est généralement prévue.

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

Un système de rémunération basé tout ou en partie sur un pourcentage du montant récupéré dans le cadre d'une faillite est un système susceptible de motiver l'administrateur à régler la procédure rapidement et efficacement. Ceci peut toutefois avoir comme désavantage d'inciter l'administrateur de la faillite à procéder à une liquidation rapide sans passer, lorsque c'est nécessaire, par une action en responsabilité des administrateurs de la société, procédure qui peut être longue et coûteuse, et ceci au détriment des intérêts des créanciers. Un système de rémunération uniquement basé sur le temps passé par l'administrateur ne favorisera pas une résolution rapide de la faillite mais incitera l'administrateur à intenter action contre les administrateurs de la société ou à ouvrir toute autre action judiciaire qui serait nécessaire.

2.3.7 Poursuite des organes de direction

Aux Etats-Unis, en Norvège et en Belgique il existe une possibilité de poursuivre les organes de direction du failli. Toutefois, en pratique il est souvent difficile d'apporter la preuve d'un acte frauduleux.

En Autriche, la possibilité de poursuivre les organes de direction semble être souvent utilisée en pratique, le meilleur exemple étant la faillite de la banque BAWAG.

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

Comme en Suisse, il existe, dans les pays faisant l'objet de la présente recherche, des possibilités de poursuivre les organes de direction du failli.

2.3.8 Possibilité de redémarrer une activité après une faillite

Aux Etats-Unis, en Autriche et en Norvège il n'existe aucune restrictions pour redémarrer une activité après une faillite, que celle-ci soit frauduleuse ou non.

La loi sur les faillites belge par contre traite différemment le failli déclaré non excusable et le failli excusable.

Après la clôture de la faillite, le failli peut, en règle générale être déclaré excusable s'il est une personne physique, s'il n'a pas de casier judiciaire et s'il a agi en bon père de famille. L'excusabilité a pour effet que toutes ses dettes sont définitivement amorties et que les personnes physiques qui s'étaient constituées sûreté personnelle du failli à titre gratuit sont déchargées de leurs obligations.

Le failli qui est déclaré excusable peut se lancer dans une nouvelle activité commerciale et est réputé réhabilité⁴⁸. Le failli déclaré non excusable peut obtenir sa réhabilitation s'il a acquitté toutes les sommes par lui dues⁴⁹. Il peut ainsi déposer une requête en réhabilitation. Si la demande est rejetée, elle peut être reproduire qu'après une année d'intervalle. Si, par contre, elle est acceptée la décision sera inscrite dans les registres des tribunaux.

⁴⁸ Article 110 LF

⁴⁹ Article 109-114 LF

Éléments à retenir pour la révision du droit suisse

A nouveau le système belge offre un garde-fou intéressant. Le fait de ne pas laisser une totale liberté au failli de recommencer une nouvelle activité tout de suite après la faillite de son entreprise et sans autre formalité pourrait avoir un effet dissuasif et empêcher que des entrepreneurs déclarés « non excusables » ne se mettent en faillite en cas de difficultés financières afin de recommencer une nouvelle activité.

ÉTUDE 2:

ANALYSE EXPLICATIVE DU TAUX DE RECOUVREMENT

Septembre 2009

Olivier Dunant, Christian Sauter,
Sylvia Iynedjian, Petra Beck, Curdin Derungs

Ernst & Young

TABLE DES MATIÈRES DE L'ÉTUDE 2

Table des matières de l'étude 2	47
L'essentiel en bref de l'étude 2	49
ÉTUDE 2: ANALYSE EXPLICATIVE DU TAUX DE RECOUVREMENT	51
1. Introduction	51
1.1 Mandat	51
1.2 Situation de départ	51
1.3 Méthode	52
1.4 Structure du rapport	54
1.5 Définitions	54
2. Analyse des facteurs d'influence: Phase préliminaire (Phase 1)	55
2.1 Facteurs d'influence généraux	55
2.2 Facteurs d'influence spécifiques	56
3. Analyse des facteurs d'influence: «Phase de décision procédurale» (Phase 2)	58
3.1 Facteurs d'influence dans les liquidations concordataires	59
3.2 Facteurs d'influence dans la procédure de faillite	60
4. Analyse des facteurs d'influence: Phase d'exécution (Phase 3)	61
4.1 Facteurs d'influence dans la procédure concordataire	61
4.2 Facteurs d'influence dans la procédure de faillite	62
5. Évaluation des résultats	65
5.1 Résumé des résultats	65
5.2 Évaluation	66
Annexe I: Liste d'entretiens	68
Annexe II: Études de cas	69
1. Cas Entreprise de construction mécanique	69
2. Cas Entreprise de production viande	71
3. Cas Développeur de software	73
4. Cas Restaurant	74
5. Cas Entreprise générale de construction	75
6. Cas Société de négoce de pétrole	76
7. Cas Papeterie	78
8. Cas commerce d'articles ménagers	80
9. Cas Magasin d'alimentation	81
10. Cas Salon de coiffure	82
11. Cas Entreprise de traitement de bois	83
12. Cas Imprimerie	84
13. Cas Société de services	85

L'ESSENTIEL EN BREF DE L'ÉTUDE 2

La seconde étude consiste en une analyse économique du droit des faillites suisse, le but étant de déterminer la nature et l'importance des facteurs influençant le montant du dividende versé en cas de faillite ou de procédure concordataire, ainsi que d'en déduire des recommandations visant à augmenter le dividende distribué.

Dans cette optique, nous avons, dans un premier temps, procédé à l'étude de treize cas de faillite et de procédure concordataire intervenus dans les dernières années. Le résultat de ces études fut validé dans le cadre d'entretiens avec quatre experts. En suite de quoi, nous avons déterminé divers facteurs influençant la hauteur du dividende versé et établi des recommandations visant à l'augmentation, respectivement l'optimisation, du dividende versé en cas de faillite et de liquidation concordataire.

La liste des facteurs d'influence résultant de notre étude n'est pas exhaustive, mais présente les facteurs dont les impacts et les problématiques pratiques se sont relevées particulièrement importants.

Ces facteurs peuvent être répartis en trois groupes:

- ▶ Dans le cadre de la **phase préliminaire (Phase 1)**, il s'agit de facteurs ayant un impact majeur sur l'ouverture d'une procédure de faillite ou d'une procédure concordataire. Dans cette phase, le facteur temps, respectivement le délai dans lequel une entreprise réagit face à des difficultés économiques, s'est révélé primordial. Ce délai est à son tour influencé par des facteurs culturels ainsi que par la qualité de la révision en tant que système d'alerte précoce. Par ailleurs, l'art 731b CO (carences dans l'organisation de la société) ainsi que l'ouverture de poursuites pour des primes d'assurance maladie obligatoire impayées jouent également un rôle important.
- ▶ Dans le cadre de la **phase de décision procédurale (Phase 2)**, nous avons traité des facteurs qui permettent, respectivement empêchent, l'ouverture de la procédure adaptée au cas concret.
 - D'une part, il apparaît que le triage entre les procédures de faillite et les procédures concordataires ne fonctionne pas de façon optimale, créant ainsi des cas de faillites « inutiles », respectivement empêchant de possibles procédures concordataires. Les raisons principales en sont le manque d'information des entrepreneurs ainsi que la marge de manœuvre restreinte des autorités judiciaires.
 - D'autre part, l'obligation des créanciers de fournir des avances de frais et la réglementation des honoraires d'auxiliaires (liquidation sommaire) dans le cadre de la procédure de faillite n'apportent pas de solutions adaptées à la pratique.
- ▶ Finalement, la **phase d'exécution (Phase 3)** comprend les facteurs influençant l'exécution de la procédure de faillite, respectivement concordataire, jusqu'au paiement d'un dividende de faillite ou de liquidation.
 - En cas de procédure concordataire, les qualifications du commissaire ainsi que l'obligation de publication, obligation qui devrait être abordée dans le cadre de la révision prévue de la LP, sont d'une importance majeure.

- Dans le cadre de l'exécution d'une procédure de faillite, les qualifications et l'esprit d'initiative des membres de l'administration spéciale jouent un rôle central..Le manque d'incitatifs dans ce sens prévu par LP se révèle problématique. Au vu de l'organisation des autorités de faillite, on observe que la répartition géographique des offices des faillites n'est plus adaptée aux connaissances techniques requises par les cas de faillite actuels. On observe également un besoin d'agir en ce qui concerne la réalisation des actifs : de nos jours, en raison d'un manque de réactivité, de transparence et d'information sur l'offre et la demande, des résultats optimaux ne peuvent parfois pas être atteints.

ÉTUDE 2: ANALYSE EXPLICATIVE DU TAUX DE RECOUVREMENT

1. INTRODUCTION

1.1 Mandat

Dans le présent rapport, nous vous exposons les résultats de l'étude 2 „Analyse des facteurs influençant le dividende versé en cas de faillite ou de procédure concordataire en Suisse“ obtenus par Ernst & Young (Christian Sauter, Petra Beck, Curdin Derungs).

Le but de l'étude 2 est de déterminer et pondérer les facteurs influençant le montant du dividende versé en cas de faillite ou de procédure concordataire, ainsi que d'en déduire des recommandations visant à augmenter le dividende distribué dans ces procédures⁵⁰. Néanmoins, il convient de prendre en considération que, d'un point de vue macroéconomique, la maximisation du dividende de faillite n'est pas souhaitable en soi. La hauteur du dividende de faillite doit plutôt contribuer à ce qu'un équilibre soit trouvé entre les différents groupes concernés. Cet aspect doit être retenu lors de l'évaluation du résultat. La présente analyse étudie le droit de la faillite suisse d'un point de vue économique uniquement.

1.2 Situation de départ

Le tableau synoptique ci-dessous présente un aperçu des procédures de faillite et des procédures concordataires exécutées en Suisse en 2008:

	Nombre de procédures	en %
Total des faillites en 2008 (particuliers et entreprises) ⁵¹	10'228	100%
Faillites par type d'entité: ⁵²		
▶ Entreprises ⁵³	4221	41.3%
▶ Particuliers	6007	58.7
Faillite par type de procédure: ⁵⁴		
▶ Suspension faute d'actif	4'237	41.4%
▶ Liquidation sommaire	4'793	46.9%
▶ Procédure ordinaire	55	0.5%

D'après une estimation de l'association des créanciers, Union Suisse Creditreform, les créanciers de la 3^e classe ne perçoivent aucun dividende dans 95% des procédures de faillites. Chaque année, environ 4'000 faillites d'entreprise sont prononcées. Par

⁵⁰ Le montant du dividende versé en cas de faillite ou de liquidation concordataire indique la proportion des créances couvertes dans la cadre de la procédure de faillite ou de liquidation concordataire. Il s'agit toutefois de différencier les dividendes versés aux divers catégories de créanciers (créanciers-gagiste, créanciers de 1^{ère}, 2^e et 3^e classe).

⁵¹ Données Creditreform (selon informations OFS: Total faillites 2008: 10'269)

⁵² Données Creditreform

⁵³ Les faillites de raisons individuelles inscrites au RC sont comptabilisées comme faillites d'entreprises.

⁵⁴ Données OFS, pourcentage sur la base de 10'228 faillites (2008) (Remarque: La somme des trois types de procédures est inférieure au Total, car le Total comporte également d'autres types de procédures ainsi que des révocations.)

conséquent, on peut estimer que dans seulement 150 à 200 cas les créanciers de la 3^e classe peuvent escompter recouvrer une partie de leur créance. Par ailleurs, 100 à 200 liquidations concordataires sont exécutées chaque année. Il est frappant de constater que la « procédure ordinaire » est en fait l'exception et n'est appliquée qu'en de rares occasions. Selon une étude de la Banque mondiale (Doing Business, 2009), la Suisse, en ce qui concerne le montant du dividende versé en cas de faillite et de procédure concordataire, avec un indice de 46.8%, se situe nettement en-dessous du niveau mondial se situant aux alentours de 74%. Toutefois, ces chiffres constituent des estimations basées sur des hypothèses et comportent un certain degré d'incertitude. La présente étude vise également à vérifier les résultats de l'étude de la Banque mondiale.

Néanmoins, les données statistiques suisses portant sur les faillites et les liquidations concordataires sont lacunaires. Ainsi, il n'existe pas de statistique sur la hauteur du dividende versé en cas de faillite ou de procédure concordataire, ni sur le nombre de cas de faillite et de procédure concordataire. Il n'y a en particulier pas de données disponibles quant aux nombres de faillites/liquidations concordataires selon qu'il s'agisse d'entreprises ou de particuliers, mais uniquement des données globales. Par conséquent, le recours à des estimations est parfois nécessaire. Par ailleurs, en raison de définitions variant d'un canton à l'autre, aucune données relatives à la répartition géographique en Suisse des diverses procédures de faillite ne sont publiées⁵⁵.

1.3 Méthode

Puisque des informations détaillées et systématiques portant sur les entreprises liquidées par voie de la faillite ou ayant requis un sursis concordataire, font défaut, nous avons appliqué la méthode suivante dans le cadre de cette étude:

1.3.1 Etude de cas-modèles de faillites et de liquidations concordataires (cf. annexe)

Dans un premier temps, nous avons tenté de constituer un échantillon représentatif de 13 cas de faillites et de liquidations concordataires exécutées dans les dernières années. Cet échantillon fut constitué de sorte à refléter d'une part les diverses procédures de faillites et d'autres part la taille et la forme juridique des entreprises ainsi que leur origine géographique.

Toutefois, en raison de la difficulté, voire l'impossibilité, dans certains cantons d'avoir accès aux informations portant sur des cas de faillite et de procédure concordataire, la constitution d'un tel échantillon se révéla difficile. Ainsi, le choix des cas était également dépendant de la disponibilité des données y relatives. D'autre part, le choix des cas fut également influencé par les personnes interrogées qui avaient tendance à présenter des cas « à succès », respectivement dans le cadre desquels un haut dividende avait été versé. Il s'agit d'en tenir compte dans l'évaluation des résultats.

Les cas étudiés sont listés dans le tableau ci-dessous:

⁵⁵ Par conséquent, les nombres reportés dans le tableau ci-dessus sont issus du sondage de Creditreform ou furent obtenus auprès de l'OFS.

Cas	Procédure⁵⁶	Forme juridique	Canton
Cas 1 Entreprise de construction mécanique	Faillite (proc. ord.) / adm. spéc.	SA	SO
Cas 2 Entreprise de production de viande	Faillite (proc. ord.) / adm. spéc.	SA	SH
Cas 3 Développeur de Software	Faillite (liq. som.) / liquidation officielle	SA	SH
Cas 4 Restaurant	Faillite (liq. som.) / liquidation officielle	Raison individuelle	ZH
Cas 5 Entreprise générale de construction	Faillite (susp.) / liquidation officielle	SA	ZH
Cas 6 Société de négoce de pétrole	Faillite (proc. ord.) / adm. spéc.	SA	GE
Cas 7 Papeterie	Faillite (proc. ord., révocation) / adm. spéc.	SA	GE
Cas 8 Commerce d'articles ménagers	Procédure concordataire / adm. spéc.	SA	GE
Cas 9 Magasin d'alimentation	Faillite (susp.) / liquidation officielle	SA	ZH
Cas 10 Salon de coiffure	Faillite (susp.) / liquidation officielle	Raison individuelle	ZH
Cas 11 Entreprise de traitement de bois	Faillite (proc. ord.) / liquidation officielle	SA	SG
Cas 12 Imprimerie	Faillite (liq. som.) / liquidation officielle	Sàrl	SG
Cas 13 Société de services	Procédure concordataire / liquidation officielle	Raison individuelle	SG

Le détail ainsi que les circonstances générales des cas de faillite et de liquidation concordataire furent analysés. Au moyen d'entretien avec les administrateurs, respectivement les commissaires, ainsi de recherches additionnelles, nous avons recueilli des informations au sujet du type de procédure, des raisons des difficultés économiques, du

⁵⁶ proc. ord.= procédure ordinaire, liq. som. = liquidation sommaire, susp. = suspension de la faillite faute d'actif; adm. spéc.= administration spéciale

comportement des créanciers, du rôle de l'administrateur, respectivement du commissaire, ainsi que du résultat (dividende par classe de créanciers).

1.3.2 Entretiens avec des experts

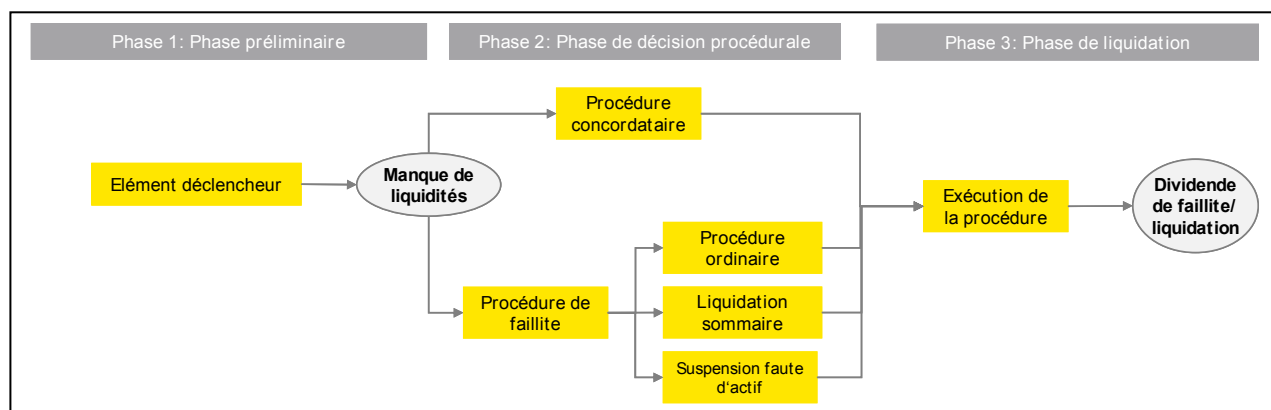
Les conclusions des études des cas-modèles furent validées dans le cadre d'entretien avec quatre experts (cf. Liste des entretiens en annexe). L'objet de ces entretiens était d'évaluer si les facteurs d'influence déduits à partir de l'étude des cas-modèles étaient également valables pour les cas de faillite en général, ainsi que d'estimer et pondérer leur influence sur la hauteur du dividende de faillite, respectivement de procédure concordataire.

1.3.3 Recommandations

Sur la base des conclusions des études de cas-modèles ainsi que des entretiens avec les experts, nous avons évalué les divers facteurs d'influence et déduit des recommandations visant à augmenter, respectivement à optimiser, le dividende de faillite, respectivement de procédure concordataire.

1.4 Structure du rapport

Le rapport présente les différents facteurs en suivant la chronologie d'un cas de faillite, respectivement de procédure concordataire, tel que représenté ci-après:



- ▶ Phase 1: La phase préliminaire comprend le développement des difficultés économiques jusqu'à l'apparition de problèmes de liquidités.
- ▶ Phase 2: La phase de décision procédurale comprend d'une part le triage entre la procédure de faillite et la procédure concordataire et d'autre part, en cas de procédure de faillite, la sélection du type de procédure de faillite.
- ▶ Phase 3: La phase d'exécution comprend l'exécution de la procédure de faillite et de la procédure concordataire jusqu'au versement d'un dividende aux créanciers.

1.5 Définitions

1.5.1 Définition de la procédure concordataire

La procédure concordataire (art. 293ss. LP) permet à une entreprise de résoudre ses problèmes financiers en accord avec ses créanciers, afin d'assurer l'existence de l'entreprise jusqu'à nouvel ordre. Un quorum de créanciers, défini légalement, est requis

pour la conclusion d'un concordat. Une majorité de créanciers approuvera un concordat lorsque ce dernier offre une meilleure solution financière aux créanciers qu'une procédure de faillite. Tout concordat judiciaire doit en principe être précédé par un sursis concordataire.

1.5.2 Procédure de faillite: Définition des types de procédures

La procédure de faillite peut en principe être exécutée sous trois formes différentes:

- ▶ Procédure ordinaire: La procédure ordinaire est caractérisée par le fait que les créanciers participent à la procédure par le biais de l'assemblée des créanciers. Ils ont la prérogative de décider de la constitution d'une commission des créanciers qui assiste et contrôle l'administration de la faillite. Par ailleurs, la procédure ordinaire offre la possibilité de nommer une administration spéciale chargée de la liquidation de la masse en faillite. La procédure ordinaire est rarement appliquée (cf. Section 1.2).
- ▶ Liquidation sommaire (art. 231 LP): La procédure de la liquidation sommaire est appliquée dans la majorité des cas. Il s'agit d'une procédure simplifiée et, par conséquent, plus rapide que la procédure ordinaire. La procédure est allégée en particulier par l'absence d'assemblée des créanciers. Cette procédure est appliquée à chaque fois que le cas est simple ou lorsque les actifs à disposition ne suffisent pas à financer une procédure ordinaire.
- ▶ Suspension de la faillite faute d'actif (art. 230 LP): Il ne s'agit à proprement parler pas d'une exécution de procédure de faillite, mais bien d'une décision de ne pas exécuter de procédure de faillite faute d'actif. La suspension sera décidée lorsque les autorités constatent au début de la faillite que les actifs à disposition ne suffisent même pas à couvrir les frais de procédure.

2. ANALYSE DES FACTEURS D'INFLUENCE: PHASE PRÉLIMINAIRE

(PHASE 1) Dans le cadre de la phase préliminaire, il s'agit d'étudier quels sont les facteurs qui, lors de l'ouverture d'une faillite ou d'une procédure concordataire, ont un impact significatif sur la hauteur du dividende final⁵⁷.

2.1 Facteurs d'influence généraux

Les facteurs qui ont conduit à un manque de liquidités dans les cas étudiés peuvent être répartis en trois groupes: Dans certains cas, les difficultés économiques résultaient de caractéristiques propres à l'entreprise, par ex. organisation désuète (cf. cas 1 Entreprise de construction mécanique) ou absence de Know-how nécessaire à l'entreprise (cf. cas 2 Imprimerie). Dans d'autres cas des facteurs conjoncturels ont eu un impact majeur, notamment la hausse des prix des matières premières (cf. cas 7 Papeterie). Finalement, dans le troisième groupe de cas, des facteurs personnels, tels que par ex. des conflits relationnels parmi les membres de la direction (cf. cas 5 Entreprise général de construction) furent à l'origine des difficultés financières.

Il semble toutefois que les événements déclencheurs n'aient que peu d'influence sur la hauteur du dividende versé. Le facteur temps, respectivement le délai dans lequel une entreprise réagit face à des difficultés économiques, s'est révélé bien plus important. Cette

⁵⁷ Le Chapitre 2 (Phase préliminaire) est à mettre en rapport avec le Module 3 portant sur l'évolution de l'entreprise jusqu'à la faillite, respectivement le concordat, ainsi que sur l'évaluation des critères légaux et financiers applicables à la faillite.

constatation fut confirmée par les experts consultés. Les facteurs suivant jouent un rôle important dans ce contexte :

2.1.1 Facteurs d'influence culturels

On peut observer une tendance à ce que les entreprises attendent (trop) longtemps avant d'entreprendre des mesures drastiques d'assainissement. Ceci est particulièrement le cas dans les cultures au sein desquelles une faillite est considérée comme un échec personnel. Les entreprises concernées tentent dans la plupart des cas de se garder à flots, au lieu de reconnaître leur échec et d'entreprendre des mesures d'assainissement proactives. Selon les experts, cette manière de faire peut avoir pour conséquence qu'une fois la faillite ouverte, il n'y a quasiment plus d'actifs à disposition pour couvrir les créances ouvertes. Par ailleurs, un tel comportement peut rendre une faillite inévitable, alors qu'en agissant en temps opportun, un assainissement de l'entreprise aurait été possible.

2.1.2 Qualité de la révision

Les organes de révision devraient en principe servir de „système d'alerte précoce“ et, dans le cadre de leurs obligations et prérogatives, rendre l'entreprise attentive en temps opportun aux difficultés financières qui se dessinent à l'horizon. Dans le cadre de la révision générale du droit de la révision suisse, intervenue au 1^{er} janvier 2008, la Loi sur la surveillance de la révision (LSR) est entrée en vigueur et les articles 727 – 731a CO furent entièrement révisés. Ainsi, toutes les personnes morales – indépendamment de leur forme juridique (SA, Sàrl, coopérative, etc.) – sont désormais obligatoirement soumises à révision. Les « entreprises d'une certaine importance économique » qui remplissent certains critères et dépassent certains seuils légaux relatifs par ex. au montant du bilan, au chiffre d'affaires et au nombre d'employés à temps plein, sont soumises au contrôle ordinaire. Le reste des personnes morales (petites et moyennes entreprise, « PME ») sont soumises à un contrôle restreint. Certaines entreprises de petite taille ont la possibilité, sous conditions, de renoncer à tout contrôle (« Opting-out »). Depuis la réforme, seuls des réviseurs agréés, inscrits dans un registre public, sont autorisés à procéder aux contrôles prévus par la loi.

Dans l'ensemble, les prescriptions en matière de révision sont plus complètes et plus sévères depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit au 1^{er} janvier 2008. Ainsi, notamment, les Sàrl sont nouvellement soumises à l'obligation de révision. Par ailleurs, on peut estimer qu'en raison des exigences accrues, la qualité de la révision – en particulier en ce qui concerne les PME – sera améliorée et que sa fonction de système d'alerte sera ainsi renforcée.

Toutefois, l'impact qu'aura la possibilité offerte aux SA de petite et moyenne taille de se soumettre à un contrôle restreint – alors qu'elles étaient jusqu'à présent soumises au contrôle ordinaire indépendamment de leur importance économique – sur la qualité du système d'alerte est pour l'instant incertain.

Par ailleurs, on peut également mentionner que les organes de révision sont souvent critiqués sous prétexte qu'ils agiraient de façon trop attentiste et ne rempliraient pas leur fonction de façon proactive. Nous analyserons également de quelle manière un comportement proactif des organes de révision peut être favorisé.

2.2 Facteurs d'influence spécifiques

En marge des facteurs généraux, nous approfondirons dans cette partie deux facteurs spécifiques qui occasionnent de nombreuses faillites de nos jours. Par ailleurs, nous

aborderons un autre aspect qui peut avoir une influence prépondérante sur la hauteur du dividende.

2.2.1 Art. 731b CO (carences dans l'organisation de la société)

Problématique

En vertu du nouvel art. 731b CO⁵⁸, le registre du commerce se doit d'agir à l'encontre des entreprises qui ne possèdent pas tous les organes prescrits ou dont les organes ne sont pas composés conformément aux prescriptions légales. Le juge saisi peut notamment ordonner la dissolution et la liquidation de la société, si des mesures plus modérées restent infructueuses. La liquidation de la société est exécutée selon les règles applicables aux faillites même si la société n'est pas surendettée. L'ancienne loi prévoyait des règles similaires qui étaient toutefois moins incisives et, contrairement au nouveau droit, uniquement applicables aux SA et non au Sàrl et sociétés coopératives.

Depuis l'entrée en vigueur de cette disposition au 1er janvier 2008, de nombreuses procédures de faillite furent ouvertes avec pour effet une augmentation considérable de la charge de travail des autorités judiciaires. Ainsi, le personnel traitant ces procédures fait défaut sur d'autres procédures. Dans la majorité des cas, la procédure est suspendue par faute d'actif et les frais de procédure sont couverts par l'Etat (cas 9 Magasin d'alimentation).

Recommandations

Sans remettre en question le fondement de l'art. 731b CO, les experts s'interrogent si la procédure de faillite est l'instrument adéquat dans ces situations, et s'il ne serait pas possible d'appliquer une procédure de liquidation moins lourde (par exemple le régime de liquidation volontaire prévu par le CO gérée par un liquidateur nommé par le juge).

Un autre aspect à considérer est le report des frais de la procédure sur les entreprises à liquider. En effet, au vu de la responsabilité propre de l'entreprise dans le déclenchement de la procédure, les frais de leur liquidation ne devraient pas être couverts par les impôts des contribuables. Une possible solution serait une forme de « taxe de liquidation anticipée » qui serait due à la constitution de la société.

2.2.2 Faillite en raison de primes d'assurance maladie obligatoire impayées

Problématique

Les experts ont indiqué que des primes d'assurance maladie obligatoire impayées étaient souvent à l'origine de l'ouverture de poursuites ou de faillite. En vertu de l'art. 64a LAMal, les caisses d'assurance maladie ont l'obligation, en cas de primes impayées, de mettre en demeure les assurés après un délai fixé et d'intenter des poursuites à leur encontre, ainsi que de suspendre les prestations en leur faveur. Par conséquent, les caisses d'assurance maladie agissent généralement de façon plus prompte et plus conséquente que la moyenne des créanciers. Toutefois, les faillites ouvertes pour cette raison doivent fréquemment être suspendues par faute d'actifs (cas 10 Salon de coiffure). Dans la majorité des cas, les entreprises concernées sont des raisons individuelles.

⁵⁸ Art. 731b al. 1 CO prévoit ce qui suit:

« Lorsque la société ne possède pas tous les organes prescrits ou qu'un de ces organes n'est pas composé conformément aux prescriptions, un actionnaire, un créancier ou le préposé au registre du commerce peut requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires. Le juge peut notamment:

1. fixer un délai à la société pour rétablir la situation légale, sous peine de dissolution;
2. nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire;
3. prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite. »

Il est frappant de constater que les actes de défaut de biens résultant de ces procédures ne sont pas traités de façon identique dans tous les cantons : Dans certains cantons, les actes de défaut de biens sont réglés par l'Etat, les caisses maladie reprenant la fourniture des prestations. Dans d'autres cantons, l'Etat ne règle pas les actes de défauts de biens, le paiement des primes impayées étant dès lors de la responsabilité des caisses. De même, dans certains cantons, l'Etat couvre les frais de procédure, alors que dans d'autres, ils sont à la charge des caisses.

Cette procédure est problématique à plusieurs niveaux : Il est contestable que les caisses maladie aient la charge d'agir plus rapidement que les autres créanciers et de déclencher ainsi les faillites d'entreprises, de petites tailles dans la majorité des cas. Par ailleurs, la réglementation actuelle peut occasionner des coûts considérables pour l'Etat.

D'autre part, à la lumière du principe d'égalité, il est contestable d'appliquer la procédure de faillite aux primes d'assurance maladie obligatoire, alors qu'elle est expressément exclue pour les primes d'assurance accident obligatoire (art. 43 Abs. 1bis LP).

Recommandations

Il s'agit d'étudier si l'application de la procédure de faillite ne devrait pas être exclue pour les primes d'assurance maladie obligatoire en analogie aux primes d'assurance accident obligatoire (art. 43 LP)⁵⁹.

2.2.3 La vente abusive d'actifs

Problématique

Il arrive que, peu avant une faillite imminente, des actifs importants soient vendus en-dessous de leur valeur à des parents ou des tiers proches, la masse en faillite étant ainsi considérablement diminuée au détriment des créanciers. Selon les experts, cette situation problématique n'est pas suffisamment combattue, soit parce que les fonctionnaires de l'office des faillites n'en ont souvent pas connaissance, soit parce qu'aucun créancier n'est prêt à s'acquitter de l'avance de frais requise.

Recommandations

Il s'agit d'étudier les possibilités de prévenir les ventes abusives d'actifs, respectivement comment les sanctionner plus efficacement.

3. ANALYSE DES FACTEURS D'INFLUENCE: « PHASE DE DÉCISION PROCÉDURALE » (PHASE 2)

La hauteur du dividende versé en cas de faillite, respectivement de procédure concordataire, est également influencée par le choix de la procédure à appliquer. Dans ce chapitre, nous analyserons quels sont les facteurs qui peuvent favoriser, respectivement empêcher, que la procédure appropriée au cas concret soit appliquée : Il s'agit d'une part du triage entre la

⁵⁹ En vertu de l'art. 43 LP, la poursuite par voie de faillite est exclue pour:

- le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à un fonctionnaire;
- le recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire;
- le recouvrement de contributions périodiques d'entretien et d'aliments découlant du droit de la famille ou de contributions d'entretien découlant de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat ;
- la constitution de sûretés.

Dans ces cas, la poursuite en réalisation de gage ou la poursuite par voie de saisie est applicable.

procédure de faillite et la procédure concordataire, et d'autre part des différents types de procédure de faillite.

3.1 Facteurs d'influence dans les liquidations concordataires

Le nombre de cas de procédure concordataire (cf. Section 1.2) indique que cette procédure ne joue qu'un rôle accessoire, ce qui est déplorable d'un point de vue économique dans la mesure où des entreprises auraient pu être assainies (cf. cas 3 Développeur de Software). Cet état de fait est principalement dû aux facteurs suivants:

3.1.1 Manque d'information

Problématique

Les experts ont mentionné au cours des entretiens que les patrons, dont l'entreprise est confrontée à une procédure de faillite, n'ont souvent pas connaissance de la possibilité de conclure un concordat. Ceci est particulièrement le cas lors de faillites de PME. Bien qu'actuellement on rappelle par écrit au débiteur dans le cadre de la commination de la faillite qu'il a la possibilité de proposer un concordat (art. 160 al. 2 LP), cette indication n'est souvent pas prise en considération par le débiteur qui est dépassé par les événements à ce stade de la procédure. Par conséquent, on a pu constater que l'art. 160 al. 2 LP n'avait qu'une portée pratique limitée.

Recommandations

Il s'agit d'étudier les possibilités d'améliorer les connaissances des entrepreneurs – en particulier dans le cas de PME – au sujet de la procédure concordataire ainsi que d'optimiser le soutien des autorités dans cette procédure.

3.1.2 Marge de manœuvre du juge de la faillite

Problématique

En vertu de l'art. 173a al. 2 LP, le juge peut ouvrir d'office une procédure concordataire lorsqu'au vu des circonstances, la conclusion d'un concordat paraît possible. Toutefois, selon les experts, le juge ne dispose souvent pas des informations nécessaires à l'évaluation de l'état de fait. C'est pourquoi l'art. 173a al. 2 LP n'est que rarement appliqué en pratique.

Recommandations

Il s'agit d'étudier une possible facilitation du passage d'une procédure de faillite à une procédure concordataire tel que prévu par l'art. 173a al. 2 LP.

3.1.3 Les créances mineures comme éléments déclencheurs

Problématique

Il arrive que des créances d'un montant mineur déclenchent une procédure de faillite, ce qui semble disproportionné. Ceci peut être le cas, lorsqu'une entreprise, suite à un jugement en sa défaveur, s'acquitte de la somme litigieuse due à l'autre partie mais omet de payer les frais judiciaires. En suite de quoi, l'autorité judiciaire engage une poursuite contre l'entreprise, qui, lorsque celle-ci omet une seconde fois de s'acquitter des frais judiciaires, se retrouve confrontée à une procédure de faillite.

Recommandations

Afin d'éviter des cas de faillites résultant de dettes mineures impayées, les experts estiment qu'il serait judicieux de prévoir un seuil en-dessous duquel le juge de la faillite ouvre une procédure concordataire d'office.

3.2 Facteurs d'influence dans la procédure de faillite

3.2.1 Obligation incombant au créancier de s'acquitter d'une avance de frais

Problématique

Il arrive qu'une procédure de faillite tarde à être ouverte à l'encontre d'une entreprise dont la faillite apparaît comme inévitable et même souhaitable d'un point de vue macroéconomique au vu des circonstances concrètes. Selon les experts, une des explications de ce phénomène réside dans l'obligation incombant au créancier, qui soumet une réquisition de faillite, de s'acquitter d'une avance de frais couvrant les frais de la procédure jusqu'à la suspension par faute d'actifs en vertu de l'art. 169 LP. Ceci dit, peu de créanciers sont prêts à prendre le risque de fournir une avance de frais. Par ailleurs, les créanciers ne se coordonnent pratiquement jamais afin de faire valoir leurs intérêts de manière commune.

Recommandations

Afin de résoudre cette problématique, il s'agit d'étudier la possibilité de financer l'avance de frais par la masse en faillite.

3.2.2 Liquidation sommaire: Recours à des auxiliaires

Problématique

Selon la jurisprudence fédérale (ATF 121 III 142), alors que le juge est autorisé à nommer une administration spéciale dans une procédure de faillite ordinaire, celui-ci n'a pas cette prérogative dans le cas de liquidation sommaire. Ceci peut avoir un impact négatif sur la hauteur du dividende dans la mesure où, grâce au recours à une administration spéciale, on peut espérer obtenir un meilleur résultat. Ceci s'explique par le fait qu'une administration spéciale dispose généralement de plus ressources spécialisées (par ex. avocats) et d'un meilleur réseau, ainsi que d'incitatifs financiers plus intéressants.

Dans les cas de liquidation sommaire, l'office peut recourir à des auxiliaires (experts). Toutefois, le tarif des émoluments en matière de poursuite pour dettes et faillite, qui leur est également applicable, se situe en-dessous la moyenne des tarifs applicables sur le marché. Une dérogation à ce tarif est possible, mais doit être approuvée par l'autorité de surveillance (idem en cas d'administration spéciale).

Recommandations

Une liquidation sommaire est en principe souhaitable – en particulier en ce qui concerne les PME –, puisqu'elle permet une procédure rapide et efficace, ce qui a un impact positif sur la hauteur du dividende. Toutefois, la réglementation actuelle entrave le recours à des auxiliaires qui, suivant les situations, pourraient être utiles. Selon les experts, il s'agit d'étudier si la marge de manœuvre des offices de faillites peut être améliorée dans ce domaine.

4. ANALYSE DES FACTEURS D'INFLUENCE: PHASE D'EXÉCUTION (PHASE 3)

4.1 Facteurs d'influence dans la procédure concordataire

4.1.1 Qualifications du commissaire

Problématique

La qualité du commissaire joue un rôle central dans le succès d'une procédure concordataire. Le commissaire devrait intensivement, et de façon conséquente, accompagner le débiteur durant la phase de sursis concordataire, puisque ce dernier est souvent dépassé par la situation. D'une part, le commissaire devrait assister et conseiller le débiteur avec les connaissances techniques requises. D'autre part, il lui faudrait également exercer suffisamment de pression sur le débiteur, afin que ce dernier entreprenne des mesures d'assainissement et évite que de les dettes la masse en faillite augmentent inutilement (cas 13 Société de services).

Dès lors, le mandat du commissaire comporte également d'importants aspects entrepreneuriaux. Or, actuellement, le profil des commissaires est fortement axé sur les connaissances juridiques. En pratique, outre les fonctionnaires, les commissaires nommés sont notamment des avocats, des notaires et des fiduciaires.

Recommandations

Il s'agit d'étudier si les qualifications actuelles des commissaires sont suffisantes pour permettent à ces derniers de remplir le rôle interdisciplinaire qui devrait être le leur.

4.1.2 Sursis concordataire: Obligation de publication

Problématique

Actuellement, l'octroi du sursis concordataire (provisoire) doit être rendu public (art. 293 al. 4 LP, Art. 296 LP). Ainsi, on s'assure d'une part que les créanciers soient suffisamment informés de la situation du débiteur et que leurs intérêts soient protégés. D'autre part, cette obligation de publication est toutefois problématique pour l'entreprise. En effet, la publication du sursis concordataire diminue la confiance du public, ce qui entrave la situation économique et complique les mesures d'assainissement de l'entreprise (cf. cas 8 Commerce d'articles ménagers).

Recommandations

Cette problématique est traitée dans le cadre de la réforme de la LP. Ainsi l'avant-projet prévoit que le sursis provisoire ne doit pas nécessairement être rendu public (art. 293c al. 2 AP-LP). La publication du sursis provisoire est uniquement prescrit lorsque la protection d'intérêts de tiers, en particulier des employés du débiteur, le requiert.

Les experts estiment néanmoins que les détails de cette réglementation doivent encore être définis:

- ▶ D'une part, il s'agit de définir la réglementation applicable au cas où le créancier ignorant l'octroi du sursis concordataire a encouru des frais en vue de faire valoir ses prétentions devant le juge (par ex. des frais d'avocat).
- ▶ D'autre part, la communication entre les autorités (office des faillites et juge) doit être assurée.

4.2 Facteurs d'influence dans la procédure de faillite

4.2.1 Spécialisation des offices des faillites

Problématique

L'organisation cantonale des autorités de faillite est souvent définie par des critères géographiques, le territoire cantonal étant divisé en plusieurs arrondissements comportant un office des faillites régional ou auxiliaire. Ainsi, les offices des faillites sont confrontés à des faillites d'entreprises actives dans une variété de branches économiques. Selon les experts, il est ainsi très difficile pour les offices d'acquérir des connaissances spécifiques ainsi que des contacts privilégiés dans une branche. Dans les cas requérant des connaissances techniques spécifiques, l'office des faillites a la possibilité de recourir à des auxiliaires (par ex. lors de l'établissement d'un inventaire ou de l'évaluation d'actifs, toutefois cf. 3.2.2). Malgré cela, l'absence de connaissances et d'un réseau spécifiques à une branche ne peut être que partiellement compensée par cette mesure, en particulier lorsqu'il s'agit d'évaluer la vente d'une entreprise ou d'une partie de celle-ci.

Recommandations

Il s'agit d'étudier les possibilités de constituer un know-how spécifique aux diverses branches de l'économie au sein des offices des faillites :

- ▶ Il serait envisageable de remplacer l'organisation géographique actuelle par une organisation en fonction de critères fonctionnelles dans laquelle les offices formeraient des centres de compétences spécialisés dans diverses branches économiques.
- ▶ Une autre solution serait de constituer un pool de spécialistes par canton comportant des équipes mobiles et spécialisées par branches auxquelles les offices de faillites pourraient recourir en cas de nécessité.
- ▶ En fonction de la taille des cantons et de la rentabilité du système, il serait judicieux de constituer des centres de compétences intercantonaux.

4.2.2 Qualifications des préposés aux faillites

Problématique

Comme préalablement mentionné, les qualifications de l'administration de la faillite jouent un rôle essentiel sur la hauteur du dividende de faillite. La fixation des compétences techniques requises pour les préposés aux faillites, de même que pour les administrations spéciales, est de la compétence des cantons.

Un brevet cantonal est généralement requis pour les postes de préposé aux faillites. Au cours de ces dernières années, on a pu constater que les brevets cantonaux et les cours dispensés ne tenaient pas assez compte des compétences professionnelles requises par les postes de préposé aux faillites. Par conséquent, des efforts sont mis en œuvre afin d'harmoniser les exigences professionnelles au niveau national et de les adapter aux problématiques actuelles. C'est dans ce contexte qu'une nouvelle formation spécialisée a été mise en place.

Recommandations

Il s'agit d'étudier les possibilités d'amélioration des standards minimaux fédéraux quant aux qualifications des préposés aux faillites.

4.2.3 Incitatifs prévu par la loi

Problématique

Les cas étudiés ont démontré que la qualité de l'administrateur de la faillite, respectivement son expérience, esprit d'initiative et sa propension à prendre des risques, influençaient considérablement l'issue de la procédure. Par exemple, la décision d'un administrateur de poursuivre l'activité d'une entreprise en faillite (cf. cas 4 Restaurant) ou d'engager une action en responsabilité (cf. cas 6 Société de négoce de pétrole), respectivement une action révocatoire (cf. cas 2 Entreprise de production de viande) peut avoir un impact positif sur la hauteur du dividende.

A l'heure actuelle, la loi ne prévoit toutefois pas d'incitatifs à ce que les préposés aux faillites cherchent à obtenir le meilleur résultat économique dans une procédure de faillite. Selon les experts, la LP favorise actuellement plutôt un comportement qu'on pourrait qualifier de « schématique » et peu enclin au risque. Ceci soulève une question de principe, à savoir si la tâche des préposés se limite uniquement à mener une procédure de faillite conformément au droit, ou s'ils devraient également viser à atteindre un résultat économique maximum.

Recommandations

Au vu de l'importance économique des faillites, les préposés aux faillites devraient également être tenus de chercher à atteindre un résultat économique optimal. La LP devrait prévoir des incitatifs afin que les préposés aux faillites, respectivement l'office des faillites, aient un intérêt à atteindre un résultat économique optimal. On pourrait imaginer mettre en place une participation économique des offices de faillites au résultat de la procédure ou une attribution des ressources aux offices de faillites en fonction de leur résultat. Une telle participation au résultat pourrait également être instaurée au niveau cantonal afin d'inciter les cantons à doter les offices de faillites avec les ressources en personnel de manière optimale économiquement.

4.2.4 Réalisation des actifs: Marge de manœuvre

Problématique

Il est parfois décisif que l'administrateur d'une faillite puisse agir rapidement en vue de permettre à une société prenant la suite de la faillie de poursuivre l'activité économique d'une entreprise en reprenant la totalité de ses actifs.

La LP ne tient pas assez compte de cette problématique en ce qu'elle ne laisse que peu de marge de manœuvre à l'administrateur de la faillite dans la phase initiale de la procédure. En particulier, l'administrateur de la faillite est contraint d'attendre la fin du délai de production d'un mois dans une liquidation sommaire (art. 231 al. 3 ch. 2), respectivement la tenue de la deuxième assemblée des créanciers dans une procédure ordinaire (art. 252 ss. LP, art. 256 al. 1 LP), avant de vendre des actifs de la masse en faillite. Notre étude de cas (cf. cas 4 Restaurant) a relevé que certaines administrations de la faillite avaient réalisé des actifs avant la fin de ces délais si tel est nécessaire pour des raisons économiques, ceci à leurs propres risques toutefois.

Recommandations

En référence aux dispositions portant sur la réalisation d'urgence (cf. art. 124 al. 2 LP (Saisie) et art. 243 al. 2 LP (faillite)), il s'agit d'étudier la possibilité d'offrir à l'administrateur de la faillite une marge de manœuvre plus étendue, lorsque la réalisation rapide des actifs est requise en vue de la reprise de l'entreprise en faillite. Les experts suggèrent comme possible solution qu'une réalisation anticipée soit soumise au juge de la faillite pour approbation. Néanmoins, il serait primordial de clairement définir les conditions auxquelles une réalisation anticipée est autorisée.

Une telle réglementation faciliterait également la constitution d'une société prenant la suite de la faillie, ce qui est un des objectifs de la réforme de la LP.

4.2.5 Réalisation des actifs: Transparence

Problématique

La réalisation d'actifs manque de transparence et d'information quant à l'offre et la demande. La raison principale pour ceci, selon les experts, réside dans le fait que les instruments et procédures en vigueur n'atteignent qu'un cercle restreint de personnes. Ceci a d'autant plus d'impact lors de la réalisation d'actifs importants et, par conséquent, réduit le résultat de la vente, respectivement la hauteur du dividende versé. Par ailleurs, la vente d'actifs requiert d'autres compétences que l'exécution générale d'une procédure de faillite. Des problèmes similaires se posent en cas de vente d'entreprises ou d'unités.

Recommandations

Il s'agit d'étudier s'il est possible d'utiliser des moyens électroniques afin de procéder à des réalisations d'actifs ainsi que des ventes d'entreprises (en particulier par des ventes aux enchères sur des plateformes internet). Ceci permettrait d'atteindre plus de personnes intéressées et renforcerait la concurrence de manière significative. Des plateformes internet existantes pourraient être utilisées. Toutefois, le caractère de procédure d'ordre public ainsi que les problématiques juridiques résultantes devront être considérés. Une thèse portant sur ce sujet devrait être publiée en 2010.

Par ailleurs, il s'agirait d'étudier si des spécialistes en commercialisation et en vente pourraient intervenir dans la procédure afin d'obtenir un résultat de vente optimal.

4.2.6 Déposition d'action en responsabilité, respectivement d'action révocatoire (actions pauliennes)

Problématique

Des actions en responsabilité, respectivement des actions révocatoires (actions pauliennes), couronnées de succès peuvent avoir un impact significatif sur la hauteur du dividende de faillite. Néanmoins, il apparaît, sur la base des entretiens avec les experts, que ces moyens de droit ne sont que peu utilisés en pratique:

- ▶ D'une part, il est rare qu'un créancier soit prêt à porter le risque lié à une procédure et à s'acquitter de l'avance de frais requise.
- ▶ D'autre part, les créanciers ne se coordonnent pratiquement jamais afin de faire valoir leurs intérêts de manière commune par le biais d'une action en justice.
- ▶ Par ailleurs, l'administration de la faillite ne dispose souvent pas du Know-how nécessaire à l'évaluation d'éventuelles prétentions.

Recommandations

- ▶ En ce qui concerne la problématique des coûts, nous signalons l'instrument „financement de procédures“ qui est offert depuis peu sur le marché suisse de l'assurance. Par ce biais, une assurance s'acquitte des avances de frais d'une procédure et porte également le risque de perte. En contrepartie, elle obtient une participation au résultat de la procédure en cas de succès. En particulier en cas de faillite majeure, une telle structure de financement devrait avoir un impact positif sur le dépôt d'actions en responsabilité, respectivement d'actions révocatoires.

- ▶ Il s'agit d'étudier si l'Etat devrait offrir un outil similaire, afin de favoriser la mise en œuvre du droit. Le fait de pouvoir faire valoir ses droits comporte une valeur importante pour une société, ce qui justifie l'utilisation de deniers publics.
- ▶ Il s'agit d'étudier des possibilités d'amélioration de la coordination entre les créanciers.
- ▶ Les offices des faillites devraient davantage pouvoir mandater des tiers afin d'évaluer des prétentions pouvant faire l'objet d'actions en responsabilité ou d'actions révocatoires (cf. 3.2.2 au sujet des problématiques liées au recours aux auxiliaires).

5. ÉVALUATION DES RÉSULTATS

5.1 Résumé des résultats^{60,61}

Le tableau synoptique ci-dessous résume les facteurs d'influence et leur impact sur la hauteur du dividende versé en cas de faillite, respectivement en cas de procédure concordataire. L'impact de certains facteurs n'a pas pu être déterminé de manière certaine.

Phase 1: Facteurs d'influence phase préliminaire		
Facteurs d'influence culturels	-	La difficulté culturelle à admettre un échec a pour conséquence une prise de mesure tardive.
Qualité de la révision	?	Les impacts du nouveau droit de la révision sur la qualité de la révision et le système d'alerte précoce sont encore inconnus.
Art. 731b CO	(-)	Pas d'impacts directs sur le dividende, mais éléments déclencheurs de nombreuses faillites.
Procédure de poursuites pour des primes LAMal impayées		
Vente abusive d'actifs	-	Réduit la masse en faillite au détriment des créanciers; absence de contre-mesures efficaces.
Phase 2: Facteurs d'influence phase de décision procédurale		
Procédure concordataire		
Information	(-)	Pas d'impacts directs sur le dividende, mais entraves à des procédures concordataires possibles.
Marge de manœuvre du juge de la faillite	(-)	
Dettes mineures déclenchant la procédure	(-)	
Procédure de faillite		
Obligation de s'acquitter d'une avance de frais	(-)	Pas d'impacts directs sur le dividende, mais retarde l'ouverture d'une procédure de faillite.
Liquidation sommaire: Recours aux auxiliaires	-	La rémunération des auxiliaires devrait être adaptée aux conditions du marché.

⁶⁰ La deuxième colonne indique l'impact sur la hauteur du dividende versé en cas de faillite, resp. en cas de liquidation concordataire.

⁶¹ Légende:

- impacts négatifs sur la hauteur du dividende versé
- (-) impacts négatifs indirects sur la hauteur du dividende versé
- + impacts positifs sur la hauteur du dividende versé
- ? impacts sur la hauteur du dividende versé pas clairement définis

Phase 3: Facteurs d'influence phase d'exécution		
Procédure concordataire		
Qualifications du commissaire	(-)	Le profil juridique prépondérant ne satisfait pas les exigences du rôle interdisciplinaire du commissaire.
Sursis concordataire: Obligation de publication	(-)	L'obligation de publication peut aggraver les difficultés économiques d'une entreprise; néanmoins la protection des créanciers doit être assurée.
Procédure de faillite		
Spécialisation des offices des faillites	-	L'organisation actuelle des offices des faillites ne permet pas la constitution de know-how spécifique aux diverses branches de l'économie.
Qualifications des préposés, resp. administrateur, aux faillites	(-)	Les brevets cantonaux existants ne satisfont pas suffisamment les exigences professionnelles.
Incitatifs	-	La LP actuelle ne favorise pas une prise de risque de la part des préposés aux faillites.
Réalisation d'actifs: Marge de manœuvre	-	La marge de manœuvre restreinte entrave la réalisation rapide d'actifs, principalement en cas de vente d'entreprise.
Réalisation d'actifs: Transparence	-	Le manque de transparence et d'information empêche un résultat optimum.
Introduction d'actions en responsabilité, resp. d'actions révocatoires (actions pauliennes)	-	Les risques liés aux frais, le manque de coordination des créanciers et le know-how insuffisant des offices des faillites empêchent les créanciers de faire valoir leurs prétentions.

5.2 Évaluation

Au vu du tableau synoptique, on constate que de nombreux facteurs, à diverses instances de la procédure, ont un impact sur la hauteur du dividende versé en cas de faillite, respectivement en cas de procédure concordataire. Cette liste n'est pas exhaustive. Toutefois, elle comporte les facteurs qui se sont révélés particulièrement importants, respectivement problématiques, en pratique.

Dans la phase préliminaire, le facteur temps s'est révélé être le problème principal. En particulier, des facteurs culturels et des défauts dans le système de révision ont un effet retardateur et, par conséquent, indirectement négatif sur la hauteur du dividende versé. L'aspect culturel ne peut être que difficilement influencé par des dispositions légales. En ce qui concerne la révision, il s'agit d'attendre et d'observer l'impact qu'aura le nouveau droit de la révision récemment entré en vigueur sur la qualité du système d'alerte précoce.

On a pu remarquer que, dans la phase de décision procédurale, le triage entre la procédure de faillite et la procédure concordataire ne fonctionne pas de façon optimale et génère ainsi des cas de faillites « inutiles », respectivement empêche de possibles procédures concordataires. Les raisons principales en sont le manque d'information des entrepreneurs ainsi qu'une marge de manœuvre du juge de la faillite restreinte. Bien que ceci n'ait pas d'impact négatif sur la hauteur du dividende (au contraire, dans ces cas, le dividende est relativement haut), ces faillites sont dommageables d'un point de vue macroéconomique, car elles impliquent des fermetures d'entreprises et des suppressions d'emplois.

Par ailleurs, l'obligation de s'acquitter d'une avance de frais de procédure incombant aux créanciers se révèle peu efficace, dans la mesure où elle retarde l'ouverture d'une procédure de faillite. La problématique similaire se pose en ce qui concerne les actions en responsabilité et actions révocatoires.

Dans le cadre de la phase d'exécution, les qualifications et l'esprit d'initiative des administrateurs de la faillite, respectivement des commissaires, joue un rôle primordial pour le résultat de la procédure. Dans ce contexte, le problème principal est l'absence d'incitatifs à la performance. La LP devrait davantage prendre en compte cette problématique.

Les offices des faillites devraient également être optimisés: L'organisation géographique des autorités de la faillite n'est pas adaptée aux connaissances professionnelles exigées par la pratique. Une spécialisation accrue par branche économique devrait avoir un impact positif.

Dans ce contexte, se pose également la question politique d'organiser les autorités de la faillite sur un plan intercantonal et d'émettre des standards minimum sur un plan fédéral.

Lors de la réalisation d'actifs, des résultats optimaux sont parfois contrecarrés par la lenteur de la procédure et le manque de transparence et d'information sur l'offre et la demande. Des mesures pragmatiques pourraient amener une amélioration dans ce domaine et ainsi augmenter le dividende versé. En collaboration avec le comité d'experts LP, les bases légales pour la réalisation d'actifs par internet devraient être mises en place.

Dans le contexte de l'exécution d'une procédure concordataire, l'obligation de publication est considérée comme un désavantage en pratique. Cette problématique devrait être traitée dans le cadre de la réforme prévue de la LP.

En conclusion, nous relèverons que les statistiques dans le domaine des faillites et des procédures concordataires devraient être améliorées. Des statistiques plus complètes et détaillées sont également requises afin de pouvoir comparer les performances des offices, respectivement des cantons.

ANNEXE I: LISTE D'ENTRETIENS

Les experts suivants se mirent à disposition pour des entretiens:

- ▶ Mme Marguerite Jacot-des-Combes, Juge à la Cour de justice (en 2ème instance) de Genève (Entretien du 3 juillet 2009)
- ▶ M. Felix H. Boller, Notariatsinspektor du canton de Zurich (Entretien du 2 juillet 2009)
- ▶ M. Reinhard Bösch, Betriebsinspektor du canton d'Argovie (Entretien du 2 juillet 2009)
- ▶ M. Marcel Schmidlin, membre de la direction de Creditreform (Entretien du 23 juin 2009)

Nous remercions ces personnes pour leur précieux soutien. Le présent rapport reflète bien entendu en premier lieu les estimations et évaluations des auteurs d'Ernst & Young.

ANNEXE II: ÉTUDES DE CAS

Nous remercions tous les offices des faillites, administrations spéciales et commissaires qui nous ont donné accès aux informations concernant les cas pratiques suivants. Les dividendes versés dans les cas étudiés étaient parfois nettement au-dessus de la moyenne et reflètent dès lors une image qui ne correspond pas à la réalité. Ceci est principalement dû au fait que le choix des cas fut influencé par les personnes interrogées qui avaient tendance à présenter des cas « à succès ».

1. Cas Entreprise de construction mécanique

Informations au sujet de l'entreprise

L'entreprise familiale (SA) était active dans la production mécanique et était spécialisée dans la production de canons à neige ainsi que de remontées mécaniques. Au cours du dernier exercice commercial, l'entreprise employait 45 personnes et générait un chiffre d'affaires de CHF 15 millions. L'ensemble des actions était aux mains de la famille. Directeur de l'entreprise était un membre de la famille pendant de nombreuses années. Environ une année avant la faillite de la société, le poste fut repris par une personne externe à la famille qui occupait le poste de CFO jusque là.

Conditions-cadre de la procédure de faillite

Les structures et procédures obsolètes de l'entreprise de même que de nouvelles orientations stratégiques problématiques plongèrent la société dans des difficultés financières. Après avoir collaboré jusqu'alors avec un fabriquant étranger et vendu son produit (canon à neige) sous licence sur le marché suisse, l'entreprise voulait conquérir le marché avec des produits fabriqués par elle-même. Toutefois, cette stratégie fut un échec. D'une part, les produits fabriqués par l'entreprise étaient techniquement défectueux. D'autre part, l'ancien partenaire reprocha à l'entreprise une violation de droits de la propriété intellectuelle, ce qui résultait en un conflit coûteux pour la société. Excepté le remplacement du directeur par un ancien membre de la direction, aucune mesure conséquente ne fut prise. La situation économique de la société s'aggrava considérablement. Une dette à six chiffres ainsi que les importants honoraires d'avocats liés au conflit avec l'ancien partenaire commercial pesaient lourdement dans les comptes de la société. En 1999 – environ deux ans après l'apparition des difficultés économiques - la procédure de faillite fut déclenchée par des créanciers isolés.⁶²

Exécution et résultat de la procédure de faillite

La procédure de faillite était de la compétence d'un office des faillites de petite taille de la campagne soleuroise. La procédure ordinaire de faillite fut appliquée. On renonça à la constitution d'une commission des créanciers. Dans la phase initiale, le préposé aux faillites recourut à un auxiliaire en raison de la complexité du cas et d'un manque de personnel. Par la suite, l'assemblée des créanciers nomma cet auxiliaire comme administration spéciale.

Avant la seconde assemblée des créanciers, les actifs de l'entreprise (machines, outils, immeubles) furent vendus par le biais d'une vente de gré à gré ou, le cas échéant, éliminés. Une action rapide était requise, car la perte de valeur des actifs aurait été conséquente, si

⁶² On ne considéra pas la possibilité d'une procédure concordataire.

on avait attendu la tenue de la deuxième assemblée des créanciers. L'approbation des créanciers fut obtenue par décision par voie circulaire.

Des difficultés apparurent en particulier dans le contexte de créances ouvertes envers les clients. Plusieurs canons à neige avaient été livrés et installés avant la faillite. Toutefois, les clients avaient jusqu'alors refusé de payer en arguant des défauts techniques des installations. Finalement, l'administration spéciale parvint à une transaction extrajudiciaire avec les clients concernés.

Préalablement à la faillite, l'entreprise avait intenté une action en justice contre un client, qui avait acquis des canons à neige. L'entreprise fut toutefois déboutée par le tribunal. Néanmoins, un procès contre un autre client, qui avait une créance ouverte en raison d'un achat de remontées mécaniques d'une valeur de CHF 1 million fut couronnée de succès. Toutefois, environ CHF 800'000 furent versé à la banque de l'entreprise en faillite sur la base d'une cession globale.

La procédure de faillite à proprement parlé fut conclue rapidement (environ une année). Ceci dit, la procédure dans son ensemble dura plus de trois ans en raison du procès mené contre l'acheteur de remontées mécaniques mentionné ci-dessus.

En parallèle, les activités de l'entreprise furent réduites graduellement. L'entreprise continua d'employés certains collaborateurs sur une base de travail à l'heure afin d'effectuer des activités de maintenance auprès de quelques clients.

La répartition du produit total se présente comme suit:

	Montant	Dividende
Produit total	7 mio. CHF	
Créances garanties par gage	2 mio. CHF	
Dettes de la masse (Taxes, Frais)	200'000 – 250'000 CHF	
Créanciers de 1ère classe	1.5 – 2 Mio. CHF	100%
Créanciers de 2e classe	1.5 – 2 Mio. CHF	100%
Créanciers de 3e classe	1.5 Mio CHF	5%

Bilan

Le fait de pouvoir recouvrir des créances ouvertes fut un facteur important pour le succès de la procédure. Grâce à d'âpres négociations, des créances contestées furent recouvertes sans avoir à mener un procès. Par ailleurs, la procédure contre l'acheteur de remontées mécaniques fut gagnée par la masse. Ces succès auraient été difficiles à atteindre sans le recours à une administration spéciale, puisque le préposé aux faillites n'aurait pu mener des procédures, respectivement des négociations, de longue durée en raison d'un manque de personnel.

Un autre point positif fut la réalisation rapide des actifs (y compris les immeubles) avant la deuxième assemblée des créanciers. Comme dans le présent cas, certains actifs se dévalorisent rapidement et devraient dès lors (pouvoir) être promptement vendus pour des raisons économiques. La LP, respectivement les dispositions de la vente d'urgence, ne tiennent pas assez compte de cette problématique.

Il est toutefois peu satisfaisant que la direction n'eut pas à assumer sa responsabilité dans la faillite. En effet, il est difficile pour un administrateur de la faillite de faire valoir des

prétentions en responsabilité sur la base de la réglementation et de la jurisprudence en vigueur.

2. Cas Entreprise de production viande

Informations au sujet de l'entreprise

L'entreprise était active dans la production de viande. Le capital social de la société anonyme se montait à CHF 3 mio. Une association laitière détenait l'entier du capital-actions. Le directeur de l'entreprise était également membre du conseil d'administration. Il exerçait sa fonction de directeur sur une base mandataire et, en parallèle, conseillait également la société. Cette constellation n'était pas remise en cause.

Conditions-cadre de la procédure de faillite

L'entreprise était profitable sur une longue période et bien positionnée sur le marché. Au milieu des années 90, elle perdit toutefois l'un de ses deux clients principaux qui avait décidé, pour des raisons stratégiques, de gérer sa propre production de viande. La situation de l'entreprise devint difficile, lorsque quelques années plus tard, le deuxième client principal interrompit son partenariat avec l'entreprise pour les mêmes raisons. De plus, la branche de la production de viande était alors en crise (surcapacité, manque d'innovation, changement de comportement des consommateurs).

Alors que l'entreprise générait à une époque un chiffre d'affaires d'env. CHF 80-90 mio., le chiffre d'affaires se réduisit à env. CHF 50 mio. dans les dernières années. Dans ce contexte, le nombre d'employés fut réduit en 2004 de 190 à 127, puis en 2005 à 90.

L'actionnaire unique (association laitière) chercha intensivement des solutions avec l'aide de banques. En 2004, une solution avec plusieurs investisseurs apparaissait comme possible. Celle-ci n'aboutit finalement pas. Entretemps, la perte nette de l'entreprise se montait à env. CHF 700'000 (juillet 2005). Malgré une situation difficile, l'actionnaire unique semblait être en mesure d'assainir l'entreprise avec la collaboration du fournisseur principal et d'une tierce personne. Le tiers se retira toutefois à la dernière minute, ce qui eut pour conséquence l'échec de l'assainissement.

Le conseil d'administration n'eut finalement pas d'autre alternative que de requérir la faillite et de résilier les contrats de travail des employés avec effet au prochain terme possible. L'actionnaire unique (association laitière) constitua de sa propre initiative un fonds pour les collaborateurs et les fournisseurs afin d'éviter d'éventuels cas de rigueur.

Exécution et résultat de la procédure de faillite⁶³

La procédure ordinaire fut appliquée et eut lieu dans le canton de Schaffhouse. En raison de la complexité et de l'importance du cas, le juge de faillite nomma provisoirement sur demande de l'entreprise une administration spéciale. L'assemblée des créanciers confirma la nomination de l'administration spéciale en novembre 2005. Par ailleurs, les créanciers décidèrent de constituer une commission des créanciers (composée de deux anciens collaborateurs et d'un représentant de la banque).

La vente de stock de viande avait priorité dans la réalisation d'actifs (réalisation d'urgence). La totalité de l'inventaire fut vendu de gré à gré à un intermédiaire qui organisa par la suite une vente aux enchères. L'administration spéciale avait opté pour une vente de gré à gré

⁶³ Une procédure concordataire ne fut jamais l'objet de discussion dans la mesure où l'entreprise ne disposait pas de suffisamment de liquidités et la continuité de son activité semblait illusoire.

car elle estimait que dans une majorité de cas ce type de vente permettait d'obtenir un meilleur résultat.

La procédure dura environ 3 ans (septembre 2005 – octobre 2008) et se déroula sans problèmes majeurs mis à part quelques difficultés dans la vente d'immeubles.

L'administration spéciale intenta des actions révocatoires contre plusieurs sociétés faisant partie du même groupe. Certaines sociétés créancières de l'entreprise avaient cédé leurs créances à d'autres sociétés débitrices de l'entreprise peu de temps avant la faillite. Les parties transigèrent et env. CHF 30'000 furent reversés à la masse en faillite.

Des prétentions en responsabilité contre l'ancien directeur et membre du conseil d'administration de l'entreprise avaient été étudiées sur demande de la commission des créanciers. En particulier, on remettait en question la hauteur du salaire de ce dernier. Faute de références, on renonça à intenter une action en responsabilité.

La répartition du produit se présente comme suit:

	Montant	Dividende
Produit total	n/a	
Créanciers de 1ère classe	n/a	100%
Créanciers de 2e classe	n/a	100%
Créanciers de 3e classe	n/a	0.65%.

Bilan

Les dettes importantes des créanciers de la 1^{ère} classe, en particulier des anciens employés, étaient la raison principale pour le faible dividende des créanciers de la 3^e classe. Les quelques 90 employés étaient en général des travailleurs non-qualifiés qui ne trouvèrent que difficilement une nouvelle place de travail. Ainsi, la masse en faillite dut couvrir les salaires de la quasi-totalité des employés pour une durée de trois mois, correspondant à leur délai de congé.

La proposition initiale du groupe d'experts de limiter la protection des salaires de employés à CHF 100'000 n'aurait eu aucun impact, voire un impact limité. Selon l'administration spéciale interrogée, une telle limitation aurait toutefois l'avantage, sans impacts négatifs pour les employés „normaux“, d'éviter que des rémunérations immodérées versées aux cadres ne grèvent la masse en faillite, permettant ainsi de distribuer un dividende plus important aux créanciers de la 3e classe – incluant souvent également des cas de rigueur. Par ailleurs, le prix payé pour l'inventaire n'atteignit pas le montant escompté malgré une vente de gré à gré et une multitude d'offre.

Néanmoins, les actions révocatoires, partiellement couronnées de succès, eurent un impact positif sur le résultat de la faillite.

⁶⁴ Le groupe d'experts avait initialement suggérer dans le cadre de la révision de la LP de limiter la protection des salaires de employés (Art. 219 al. 4 lit. a LP) à CHF 100'000. Puisqu'une initiative parlementaire est actuellement traitée par le parlement/commission, cette question fut exclue de la présente révision.

3. Cas Développeur de software

Informations au sujet de l'entreprise

L'entreprise était une société anonyme familiale et était active dans le développement de software destiné à l'industrie. Le président du conseil d'administration était également directeur de l'entreprise. Par ailleurs, deux employés étaient membres de la direction. La totalité des actions était en mains familiales.

Conditions-cadre de la procédure de faillite

L'entreprise fut constituée en 2004 et enregistra déjà des pertes à la clôture de son premier exercice commercial. Suite à une année 2005 profitable, l'entreprise se révéla à nouveau déficitaire en 2006. La situation économique de l'entreprise se dégrada davantage. L'année suivante, le chiffre d'affaires s'effondra fortement. Sur l'information par l'organe de révision, l'entreprise déposa le bilan en raison de son surendettement.

Exécution et résultat de la procédure de faillite

Puisque le cas était simple, une liquidation sommaire fut exécutée par un office des faillites du canton de Schaffhouse. Lors de la réalisation des actifs, les créances envers les débiteurs, à raison de CHF 57'000, représentèrent le poste le plus important. Le paiement de ces créances fut obtenu sans autre. Un autre actif important fut la part non—libérée du capital-actions d'un montant de CHF 50'000 dont le versement fut exigé de la part des actionnaires⁶⁵. Un actionnaire n'exécuta pas le versement de sa part dans le délai imparti et des poursuites furent engagées à son encontre. L'inventaire fut vendu de gré à gré en raison de sa valeur minime (CHF 4'700) et fut acquis par le propriétaire des bureaux loués par l'entreprise. Le recouvrement des autres actifs s'effectua sans problèmes.

La procédure de faillite dura de juillet 2007 à novembre 2008 ce qui correspond à une durée de procédure moyenne. La clôture de la procédure fut retardée uniquement par l'ouverture de poursuites à l'encontre d'un actionnaire (cf. supra).

Aucune action responsabilité ou action paulienne ne fut introduite.

La répartition du produit se présente comme suit:

	Montant	Dividende
Produit total	n/a	
Dettes de la masse ⁶⁶	n/a	
Créanciers de 1ère classe	44'200 CHF	100%
Créanciers de 2e classe	5'000 CHF	100%
Créanciers de 3e classe	81'200 CHF	34.3%

Bilan

Le versement d'un dividende relativement important s'explique par le fait que la quasi-totalité des créances envers les débiteurs purent être recouvertes sans problèmes majeurs (avant tout sans poursuites).

⁶⁵ Il est frappant de constater que les actionnaires ne furent pas requis de libérer l'entier du capital-actions suite aux déficits des années 2004 et 2006.

⁶⁶ Les dettes de la masse se situaient plutôt en-dessus de la moyenne en raison du nombre élevé de créanciers (publication, circulaire, etc....).

Dans l'ensemble, on peut s'interroger sur le fait que les parties prenantes ne cherchèrent pas à conclure un concordat. Au vu de la situation financière de l'entreprise, les chances de succès d'assainir la société, et ainsi d'éviter la faillite, étaient bonnes.

4. Cas Restaurant

Informations au sujet de l'entreprise

L'entreprise (raison individuelle) était active dans la gastronomie et était gérée par son propriétaire. Au cours du dernier exercice commercial avant la faillite, l'entreprise employait, outre le propriétaire et son épouse, quatre employés. A l'ouverture de la faillite, seul le couple de propriétaire travaillait encore au sein de l'entreprise. Nous n'avons pas d'indications quant au chiffre d'affaires, car la comptabilité n'était pas correctement tenue.

Conditions-cadre de la procédure de faillite

Environ une année et demie avant la faillite, la situation financière de l'entreprise s'aggrava. Le loyer élevé en était la raison principale. Les négociations entreprises avec le bailleur furent infructueuses. Le patron de l'entreprise mit en place des mesures d'assainissement, qui eurent toutefois un impact négatif sur la qualité de la performance ainsi que sur les affaires de l'entreprise. La renommée de l'entreprise fut endommagée de manière durable et la clientèle, jusque là fidèle, se fit plus rare. La situation économique se dégrada continuellement.

A cette période, le patron fit appel à un spécialiste de la gastronomie externe, afin d'évaluer la possible vente de l'entreprise. Toutefois, aucun acheteur qui aurait accepté de reprendre l'entreprise aux conditions du propriétaire ne put être trouvé.

En parallèle, le propriétaire de l'entreprise collaborait avec un associé afin de mettre sur pied un nouveau restaurant (Sàrl).

La faillite fut déclenchée par la caisse de compensation GastroSocial suite à ce que l'entreprise ne se soit plus acquittée des ses obligations envers la caisse de compensation (charges sociales). Le juge avait considéré qu'une procédure introductive (par ex. poursuites préalables) n'était pas nécessaire, car GastroSocial avait rendu vraisemblable que l'entreprise n'était plus en mesure de s'acquitter de ses obligations.

Exécution et résultat de la procédure de faillite

La procédure eut lieu dans le canton de Zurich⁶⁷. En raison de l'état de fait simple (situation financière simple, pas de procès en cours), la liquidation sommaire fut appliquée. Sur l'initiative du préposé aux faillites, un repreneur put être trouvé et la continuité de l'entreprise fut ainsi assurée. Dans ce contexte, le préposé put compter avec le soutien du conseiller externe⁶⁸ auquel le propriétaire avait fait recours préalablement à la faillite. La continuation des activités de l'entreprise requit le transfert de l'inventaire par une vente d'urgence au repreneur, avant l'échéance du délai pour les productions. Le reste des actifs (en particulier les actifs privés du propriétaire) furent vendus par le biais d'une vente de gré à gré.

La procédure dura environ 20 mois (septembre 2007 – avril 2009). Suite à une phase initiale rapidement menée, la procédure fut retardée par le recouvrement d'un prêt privé octroyé par

⁶⁷ Une procédure concordataire n'entra pas en ligne de compte. Une telle procédure n'aurait eu des chances de succès uniquement si les paramètres de bases avaient pu être modifiés. Or, au vu du loyer élevé ainsi que de la gestion de l'entreprise, un sursis concordataire n'aurait fait que repousser les problèmes.

⁶⁸ Contact informel, pas officiellement un auxiliaire.

le failli à l'entreprise de restauration qu'il avait nouvellement constitué avec son nouvel associé (cf. supra). Les relations entre les deux associés se détériorèrent par la suite. La procédure de recouvrement du prêt de CHF 70'000, dont CHF 25'000 furent reversé à la masse en faillite, s'étendit sur une année.

La répartition du produit se présente comme suit:

	Montant	Dividende
Produit total	145'000 CHF	
– Inventaire de l'entreprise: 70'000 CHF		
– Actifs privés (Prêt à la nouvelle entreprise de restauration inclus): 75'000 CHF		
Créances garanties par gage	28'000 CHF	
Dettes de la masse (Taxes, Frais)	13'200 CHF	
Créanciers de 1ère classe	n/a	100%
Créanciers de 2e classe	n/a	100%
Créanciers de 3e classe	41'000 CHF	19.9%

Bilan

La gestion décidée du cas par le préposé aux faillites dans la phase initiale fut décisive pour la hauteur du dividende. Grâce à la vente de l'entreprise, respectivement à la réalisation des actifs, la poursuite des activités de l'entreprise put être assurée. Par ailleurs, ces transactions permirent d'avoir les fonds nécessaires à l'exécution de la faillite ainsi qu'au recouvrement du prêt octroyé par le failli.

Il est primordial, surtout dans la gastronomie, que les activités d'un établissement puissent être poursuivies sans interruption. Quelques jours peuvent être décisifs pour le succès d'une continuation. Dans ce type de cas, il est dès lors essentiel de réaliser rapidement les actifs. La LP ne tient actuellement pas suffisamment compte de cet état de fait. Sur la base des dispositions réglant la vente d'urgence, il s'agit d'étudier la possibilité d'octroyer à l'administrateur de la faillite une marge de manœuvre plus étendue, lorsque la réalisation rapide des actifs est requise en vue de la reprise de l'entreprise en faillite.

Par ailleurs, la position de l'organe de révision était contestable. Il était à la fois réviseur de l'entreprise en faillite ainsi que de la nouvelle entreprise de restauration. La documentation fournie par le réviseur ne permit pas d'éclaircir l'état de fait.

5. Cas Entreprise générale de construction

Informations au sujet de l'entreprise

L'entreprise (société anonyme) était active dans la construction en tant qu'entreprise générale. Le directeur de la société était également membre unique du conseil d'administration. De plus, le directeur était officiellement actionnaire unique. En réalité, un « Beneficial Owner » détenait l'entier des actions au moyen d'un contrat de fiducie, le membre du conseil d'administration ne détenant qu'une action. Par ailleurs, le Beneficial Owner disposait d'un excellent réseau et de contacts avec des partenaires majeurs ce qui jouait un rôle central pour les activités de l'entreprise. Le chiffre d'affaires annuel se montait à environ CHF 2.5 mio.

Conditions-cadre de la procédure de faillite

La situation financière précaire de l'entreprise était due principalement à des raisons internes. Le conseil d'administration ainsi que le Beneficial Owner vidèrent les comptes de l'entreprise en se versant des rémunérations disproportionnés. Lorsque les liquidités firent défaut, le conseil d'administration et le Beneficial Owner se disputèrent quant à savoir qui avait l'obligation de fournir les fonds nécessaires à l'entreprise. Par la suite, l'entreprise ne put plus compter sur les contacts professionnels du Beneficial Owner, ce qui aggrava davantage la situation financière de l'entreprise. Finalement, le conseil d'administration se vit contraint de déposer le bilan en raison du surendettement de la société, occasionnant l'ouverture d'une procédure de faillite dans le canton de Zurich.

Exécution et résultat de la procédure de faillite

Proprement dit, la procédure de faillite aurait dû être suspendue dès le début en raison du manque de liquidités à disposition. Toutefois, grâce à une caution versée par le conseil d'administration, une liquidation sommaire put néanmoins être menée.⁶⁹ Le Beneficial Owner produit des créances contre l'entreprise d'un montant total d'environ CHF 4.5 mio. Parallèlement, l'entreprise faisait valoir des créances contre le Beneficial Owner d'un montant d'environ CHF 7 mio. Le recouvrement de ces créances se révéla difficile, voire impossible, du fait que le Beneficial Owner résidait à l'étranger et n'était pas joignable. Suite à l'établissement du plan de collocation, la procédure fut suspendue par faute d'actif.

Bilan

Le fait que la procédure fut suspendue faute d'actif et que, par conséquent, aucun dividende ne fut versé, est d'une part dû au difficile recouvrement des créances contre le conseil d'administration, respectivement contre le Beneficial Owner. D'autre part, aucun créancier n'était prêt à avancer les frais nécessaires à la poursuite de la procédure.

Si la procédure avait pu être menée à terme, des actions en responsabilité contre le conseil d'administration (à titre d'enrichissement illégitime) et le cas échéant contre l'organe de révision se seraient imposées.

6. Cas Société de négoce de pétrole

Informations au sujet de l'entreprise

L'entreprise était active dans le négoce de pétrole. La société holding détenait 17 sociétés-filles, auxquelles étaient rattachées une raffinerie et environ 350 stations d'essence. Certaines stations d'essences étaient détenues par le groupe. D'autres stations d'essence étaient en mains de sociétés tierces, mais utilisaient la marque de l'entreprise. En 1988, le chiffre d'affaires mondial de la société se monta à plus de CHF 1 mia. L'entreprise employait 1200 personnes à travers le monde.

Le CEO de l'entreprise était également actif dans le négoce de pétrole, en dehors de ses fonctions au sein de l'entreprise, à titre privé, entre autres en collaboration avec une société de négoce allemande. Dans les années 1986/7, les affaires privées du CEO furent déficitaires en raison des cours du pétrole à la baisse. Une procédure fut ouverte à l'encontre de son associé allemand et de lui-même. Ceci eut pour conséquence que les banques cessèrent d'octroyer des crédits à l'entreprise. Finalement, cette dernière déposa le bilan en raison du surendettement en 1989.

⁶⁹ Une procédure concordataire n'entra pas en ligne de compte car il était clair dès le début de la procédure que l'entreprise ne disposait pas de la substance nécessaire à sa continuation.

Conditions-cadre de la procédure de faillite

Le tribunal du canton de Genève compétent en la matière décida d'accorder un sursis concordataire, car la conclusion d'un concordat semblait possible. Il nomma également 3 commissaires. Ces derniers présentèrent un rapport indiquant les diverses possibilités de vente de l'entreprise. Suite à ce rapport, le tribunal prolongea en 1989 le sursis et autorisa les commissaires à entreprendre les démarches nécessaires à la vente des actifs de l'entreprise.

Après le dépôt de diverses offres d'achat, une société étrangère de négoce de pétrole fut choisie pour reprendre les actifs de l'entreprise. Cette société désirait poursuivre les activités des sociétés-filles de l'entreprise et offrit environ CHF 201 mio ainsi qu'un compte courant de CHF 21.68 mio. pour l'achat de l'entier des actifs. La vente fut approuvée par le tribunal en juin 1990 et fut conclue en début d'année 1991. On assura ainsi la poursuite des activités de l'ensemble des sociétés-filles ainsi que l'ensemble des places d'emploi du groupe avant l'ouverture de la faillite en 1992.

Exécution et résultat de la procédure de faillite

Dans le cadre de la procédure ordinaire de la faillite, le tribunal du canton de Genève nomma provisoirement comme administration spéciale les trois commissaires nommés dans le contexte de la procédure concordataire. Leur nomination fut confirmée par la première assemblée des créanciers. L'assemblée institua également une commission des créanciers composée de cinq membres. Un des membres se vit contraint en cours de procédure de se rétracter en raison d'un conflit d'intérêts.

Dans la cadre du premier plan de collocation, les créanciers produisirent des créances pour un montant total de CHF 1.526 mia. L'administration de la faillite n'admit toutefois des créances que pour un montant de CHF 177 mio. La raison pour cette importante divergence entre créances produites et créances admises est due au fait que de nombreux créanciers tentèrent de faire valoir des créances contre le CEO en raison de ses activités privées par le biais de la procédure contre l'entreprise. Ces créances ne furent pas admises, suite à quoi de nombreuses actions en contestation du plan de collocation furent intentées.

En mai 1995, un premier dividende intermédiaire de 10% fut distribué aux créanciers de la troisième classe.⁷⁰

A l'occasion de la deuxième assemblée des créanciers en juin 1997, des créances d'un montant de CHF 443 mio. furent admises. Par la suite, un deuxième dividende intermédiaire de 23% fut distribué aux créanciers de la troisième classe.

En mai 2007, c'est-à-dire environ 10 années plus tard, un troisième et dernier dividende de 7.05% fut versé, ce qui représente un dividende de 40.05% (= 176.4 Mio. CHF) total distribué aux créanciers de la troisième classe.

La procédure fut close en juillet 2008 après une durée totale de 17 ans (1991 – 2008). La procédure fut retardée d'une part par de nombreuses actions en contestation du plan de collocation. D'autre part, des actions en responsabilité avaient été intentées contre les anciens organes de la société pour un montant d'environ CHF 130 mio. Après que la décision du tribunal de première instance n'intervint qu'en 2006, les parties parvinrent à un accord extrajudiciaire.

La répartition du produit se présente comme suit:

⁷⁰ Il n'existait plus de créanciers des première et deuxième classes suite à la vente des sociétés-filles.

	Montant	Dividende
Produit total	n/a	
Dettes de la masse (Taxes, Frais)	n/a	
– Défraiement de l'administration spéciale (1992 – 2007)	1.6 Mio. CHF	
– Défraiement de la commission des créanciers	0.25 Mio. CHF	
Les créanciers de la 3e classe ⁷¹	176.4 Mio. CHF	40.05%

Bilan

Dans cette faillite, les prétentions des créanciers des 1ère et 2e classes purent être satisfaites dans la mesure où par la vente des sociétés-filles les emplois furent assurés préalablement à la faillite. Le dividende versé aux créanciers de la 3e classe de plus 40%, ce qui représente un dividende comparativement élevé, fut le fruit du bon résultat obtenu par la vente des sociétés-filles. Par ailleurs, les actions en responsabilité, partiellement couronnée de succès, ainsi que la décision de l'administration spéciale d'investir les liquidités sur le marché et non seulement de déposer ces fonds à la caisse des dépôts et consignations de l'Etat, eurent un impact positif sur le résultat.

En ce qui a trait aux investissements des liquidités, les arts. 9 et 24 LP, imposent, dans le cadre de faillites, de déposer les liquidités auprès de la caisse de dépôt désignée par le canton. Le canton de Genève a désigné une caisse de consignations étatique. En raison des taux d'intérêts pratiqués par la Caisse des consignations de l'Etat nettement inférieurs à ceux du marché, l'administration spéciale décida de déposer des liquidités également auprès d'instituts privés.

Il s'agit d'étudier si cette obligation – dont force contraignante varie entre cantons – pourrait être levée pour le cas de faillite majeure comprenant d'importantes liquidités. Toutefois, dans la majorité des cas, cette disposition n'a qu'une importance secondaire car les masses en faillites ne comprennent que de peu de liquidités.

7. Cas Papeterie

Informations au sujet de l'entreprise

La papeterie (société anonyme) s'était spécialisée dans la production pour le commerce en gros – en particulier pour l'impression de journaux – et employait 106 collaborateurs. Après avoir été profitable pendant de nombreuses années, l'entreprise enregistra, en 1999, une perte importante d'environ CHF 1.6 mio. Cette baisse spontanée résultait principalement de la volatilité des prix de matières premières (cellulose). Les importantes hausses des prix eurent un impact direct sur le résultat de la papeterie, car cette dernière avait conclu des contrats de longues durées avec ses fournisseurs. Par ailleurs, les frais de production augmentèrent considérablement en raison de la hausse des prix d'électricité.

Conditions-cadre de la procédure de faillite

En réaction aux difficultés financières, le conseil d'administration chercha en vain un acheteur pour l'entreprise. La situation économique de l'entreprise s'aggrava car elle se vit

⁷¹ Cf. supra

contrainte au remboursement d'un crédit bancaire majeur. Le surendettement de l'entreprise s'en suivit et l'entreprise fut forcée de déposer son bilan. La procédure de faillite fut ouverte le 17 avril 2000 dans le canton de Genève. Deux administrateurs spéciaux furent provisoirement nommés.

Exécution et résultat de la procédure de faillite

L'administration spéciale de la faillite prit immédiatement contact avec le potentiel acheteur qui avait au préalable discuté du rachat avec le conseil d'administration, car la poursuite des activités de l'entreprise occasionnait une perte journalière de CHF 20'000. Ces nouvelles négociations restèrent toutefois sans succès. Finalement, l'entreprise cessa ces activités en avril 2000. L'ensemble des employés fut licencié.

Dans le contexte de la cessation d'activités, l'entreprise dut procéder au nettoyage coûteux de la machine à papier afin d'éviter la dévaluation de celle-ci. Quelques employés continuèrent à être employés sur une base temporaire afin de procéder au nettoyage des installations et d'autres activités, comme par exemple la vente de l'inventaire.

La première assemblée des créanciers, tenue en mai 2000, confirma la nomination de l'administration spéciale. La recherche d'un repreneur se poursuivit. Des négociations furent menées avec une entreprise italienne, qui aurait consentie à reprendre 80% des employés. Les négociations échouèrent finalement en raison des coûts d'électricité liés à la papeterie.

Par conséquent, l'entreprise fut liquidée. Les actifs se composaient de deux postes majeures : des immeubles ainsi que deux machines de production de papier. Les immeubles furent vendus à bon prix au canton de Genève. Une solution pour les deux machines fut trouvée rapidement également, en particulier la machine à papier fut vendue à une entreprise allemande pour un montant de EUR 2 mio.

En décembre 2000, suite à la tenue de la deuxième assemblée des créanciers, un dividende de 100% fut versé aux créanciers des 1ère et 2e classes. Par ailleurs, on informa les créanciers de la 3^e classe qu'ils pouvaient s'attendre au versement d'un dividende de 37% à 100%. Une fois que la vente de la machine à papier fut assurée, les créanciers reçurent la confirmation qu'un dividende de 100% leur serait versé.

La répartition du résultat se présente comme suit:

	Montant	Dividende
Résultat total	22 Mio.	
Dettes de la masse (Taxes, Frais)	n/a	
– Défraiement de l'administration spéciale	0.7 Mio.	
Les créanciers de la 1ère classe	n/a	100%
Les créanciers de la 2e classe	n/a	100%
Les créanciers de la 3e classe	n/a	100%

Au printemps 2002, au vu du paiement de toutes les créances et sur requête de l'entreprise, le juge ordonna la révocation de la faillite. Ensuite de quoi, l'entreprise pu verser un montant de CHF 1 mio. à ses actionnaires. En novembre 2002, l'entreprise fut dissoute par décision de l'assemblée générale.

Bilan

Particulièrement la vente de la machine à papier pour un montant supérieur à EUR 2 mio. eut un impact positif sur le résultat de la procédure. Il est primordial de vendre de tels actifs au plus vite – selon les cas avant la deuxième assemblée des créanciers –, car ceux-ci se dévaluent rapidement. La LP devrait offrir plus de flexibilité dans ce sens.

8. Cas commerce d'articles ménagers

Informations au sujet de l'entreprise

L'entreprise familiale (société anonyme) était active dans le commerce d'articles ménagers depuis 1955. En 1988, les deux fils du fondateur reprirent l'entreprise. Sous leur gestion, l'entreprise prospéra plusieurs années. A cette époque – 2004 -, l'entreprise employait 45 personnes et générait un chiffre d'affaires d'env. CHF 21'820'000. En 2005, la relation entre les frères propriétaires se détériora. L'un des deux quitta l'entreprise et ouvrit une nouvelle entreprise. Certains employés le rejoignirent dans sa nouvelle structure.

Conditions-cadre de la procédure concordataire

Les difficultés au sein de l'entreprise ainsi que la mauvaise conjoncture économique causèrent une baisse importante du chiffre d'affaires (en 2005, CHF 18'900'000 CHF). La société se trouva finalement en surendettement et requit, en juillet 2006, un sursis concordataire auprès du juge genevois compétent. Ce dernier octroya un sursis d'une durée de 6 mois et publia l'information conformément aux prescriptions légales.

Exécution et résultat de la procédure concordataire

Durant cette phase initiale, l'entreprise poursuivit ses activités sous la supervision du commissaire, la plus grande difficulté consistant à gérer le manque de liquidités. D'une part, l'entreprise avait de nombreuses dettes envers ses fournisseurs, dont elle nécessitait la livraison de produits. Afin d'assurer la continuité de l'approvisionnement, il s'agissait de trouver rapidement les liquidités nécessaires. D'autre part, l'octroi de crédits par les banques se fit de plus en plus difficilement.

En parallèle, les mandats se faisaient plus rares et l'entreprise encourrait des pertes supplémentaires. Grâce à des contacts privés du propriétaire, les liquidités nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise furent débloquées.

En novembre 2006, lors de l'assemblée des créanciers, une étroite majorité approuva un concordat dont la clé de répartition fut la suivante :

	Montant	Dividende
Créanciers de la 1ère classe	n/a	100%
Créanciers de la 2e classe	532'000 CHF	100%
Créanciers de la 3e classe	306'000 CHF	6%

Bilan

Le succès de la procédure concordataire est principalement dû à la capacité de libérer les liquidités nécessaires, au moment critique, par le moyen de contacts privés du propriétaire. D'autre part, on réussit à convaincre les créanciers qu'un concordat serait économiquement

plus favorable pour eux, qu'une faillite de l'entreprise. Par ailleurs, l'entreprise réussit à redevenir profitable jusqu'à ce jour.

Toutefois, l'obligation de publier le sursis concordataire entrava lourdement les efforts de l'entreprise. Les mandats des clients se firent de plus en plus rares en raison de la perte de confiance des clients résultant de la publication. Dans le cadre de la révision de la LP, il s'agit de rédiger une réglementation qui, tout en protégeant les créanciers, tienne compte des intérêts économiques de l'entreprise.

9. Cas Magasin d'alimentation

Informations au sujet de l'entreprise

L'entreprise (société anonyme) était un magasin d'alimentation spécialisé dans les produits serbes. Le gérant était l'unique employé. Le conseil d'administration était constitué d'un seul membre résidant en France, et par conséquent difficilement joignable durant la procédure de faillite. Les actionnaires étaient inconnus de l'office des faillites compétent.

Conditions-cadre de la procédure de faillite

En raison de l'état de fait peu clair, il est difficile de déterminer les causes exactes des difficultés financières. En outre, le manque de professionnalisme dans la gestion de l'entreprise (absence de bilan et de compte de résultat, manque d'engagement, etc....) eut un impact négatif sur les résultats de l'entreprise. Par exemple, l'entreprise ne s'acquitta plus des impôts et primes d'assurance.

Toutefois, la procédure de faillite ne fut pas déclenchée en raison de l'insolvabilité ou surendettement de l'entreprise, mais en raison des carences dans l'organisation au sens de l'art. 731b CO. En effet, lorsqu'un organe de l'entreprise, prescrit par la loi, fait défaut, ou n'est pas constitué conformément aux exigences légales, un actionnaire, un créancier ou le registre du commerce sont autorisés à requérir auprès du juge que les mesures nécessaires (par ex. la dissolution et liquidation selon les règles de la faillite) soient prises.

En l'espèce, le registre du commerce déposa une requête au juge, en raison de l'absence d'organe de révision. Le délai fixé à l'entreprise pour y remédier s'écoula sans qu'un organe de révision soit nommé. En suite de quoi, la procédure de faillite fut déclenchée.

Exécution et résultat de la procédure de faillite

Les actifs comprenaient l'inventaire et des aliments. L'office des faillites renonça à réaliser les actifs, car il estimait que les coûts de la vente ne serait pas couvert par le résultat à escompter. Certains produits ne pouvaient soit plus être vendus (date de péremption dépassée) soit uniquement en occasionnant une charge administrative énorme (recours à un inspecteur des denrées alimentaires). Par ailleurs, la demande pour les produits offerts était considérée comme faible.

Le total des actifs (inventaires et aliments) était estimé à environ CHF 1'970, alors que les frais de la procédure était évalué entre CHF 6'000 et 7'000. La réalisation de la masse en faillite n'aurait même pas couvert les frais d'une liquidation sommaire. Dès lors, l'office des faillites requit la suspension de la procédure faute d'actif auprès du juge qui approuva la requête. Puisqu'aucun créancier ne requit l'exécution de procédure de faillite et ne versa l'avance de frais requise, la procédure fut close après publication.

La procédure dura trois mois depuis son ouverture jusqu'à sa suspension (septembre – décembre 2008). Les frais encourus par l'office des faillites d'un montant de CHF 2'800

(divers taxes et frais de publication, etc.) furent entièrement couverts par l'Etat faute d'avance de frais ou de produit de la réalisation des actifs.

Bilan

Depuis l'entrée en vigueur du nouvel art. 731b CO, de nombreuses procédures de faillite, similaires au cas présent, furent ouvertes avec pour effet une augmentation considérable de la charge de travail des autorités judiciaires. Ainsi, le personnel traitant ces procédures fait défaut sur d'autres procédures. Dans la majorité des cas, la procédure est suspendue par faute d'actif aux frais de la collectivité.

Sans remettre en question le fondement de l'art. 731b CO, les experts s'interrogent si la procédure de faillite est l'instrument adéquat dans ces situations, et s'il ne serait pas possible d'appliquer une procédure de liquidation moins lourde (par exemple le régime de liquidation volontaire prévu par le CO gérée par un liquidateur nommé par le juge).

10. Cas Salon de coiffure

Informations au sujet de l'entreprise

La faillie était propriétaire d'un salon de coiffure en raison individuelle et avait dû requérir la faillite en 2005 déjà. Trois ans plus tard, la situation économique de la faillie s'aggrava à nouveau en raison du manque de clients. Cette dernière n'entrepris pas de mesures concrètes.

Conditions-cadre de la procédure de faillite

La situation financière de la faillie s'aggrava continuellement. Cette dernière ne s'acquitta plus des primes de sa caisse d'assurance maladie qui par conséquent intenta des poursuites à son encontre. La caisse requit l'ouverture de la faillite auprès de l'office compétent pour une créance de CHF 150 (plus frais de traitement) et s'acquitta de l'avance de frais requise d'un montant de CHF 1'800.

Exécution et résultat de la procédure de faillite

ors de l'inventaire, il apparut rapidement qu'il n'y avait pas d'actifs réalisables. Les actifs comprenaient uniquement des biens de stricte nécessité de faible valeur. Les frais d'une liquidation sommaire n'étaient par conséquent pas couverts et l'office des faillites requit la suspension de la procédure faute d'actif. Cette requête fut acceptée par le juge. Puisqu'aucun créancier ne requit l'exécution de procédure de faillite et ne versa l'avance de frais requise, la procédure fut close en décembre 2008, trois mois après son ouverture. Les frais de procédure d'environ CHF 1'800 furent couverts par l'avance de frais versée par la créancière (caisse d'assurance maladie).

Bilan

Bien qu'en l'espèce il ne s'agisse en premier lieu pas d'une problématique de LP, elle mérite d'être soulignée ici. D'une part, suite à l'augmentation des primes d'assurances maladies, la situation économique de nombreuses raisons individuelles s'est sensiblement aggravée. D'autre part, ce genre de procédure occasionne des frais considérables pour l'Etat. Par ailleurs, à la lumière du principe d'égalité, il est contestable d'exclure l'application de la procédure de faillite aux primes d'assurance accident obligatoire (art. 43 Abs. 1bis LP), alors qu'elle applicable aux primes d'assurance maladie obligatoire.

Il s'agit d'étudier si la procédure de faillite ne devrait pas être exclue pour les primes d'assurance maladie obligatoire en analogie aux primes d'assurance accident obligatoire (art. 43 LP)⁷².

11. Cas Entreprise de traitement de bois

Informations au sujet de l'entreprise

L'entreprise (société anonyme) était active dans le traitement de bois et un acteur important de la production d'échelles et de mobilier scolaire. L'entreprise employait environ 70 personnes. La totalité du capital-actions d'environ CHF 1 mio. était détenue en mains familiales. Le président du conseil d'administration était un membre de la famille propriétaire. La direction fut également longtemps assurée par un membre de la famille.

Conditions-cadre de la procédure de faillite

Au début des années 90, les difficultés financières surgirent en raison de la mort du directeur de l'entreprise. Ses fils, ainsi que son épouse, reprirent l'entreprise. La transition fut problématique en raison de conflits relationnels qui eurent un impact négatif sur les activités de l'entreprise.

Longtemps, l'entreprise ne prit aucune mesure contre la tendance négative. Seule la menace de la banque de résilier un crédit eut pour effet qu'un directeur externe fut mandaté en vue d'assainir l'entreprise. Les efforts d'assainissement, respectivement la procédure concordataire, échouèrent car plusieurs membres de la famille propriétaire refusèrent de postposer leurs créances (prêt). D'un point de vue économique, un concordat paraissait sans autre possible. Finalement, l'entreprise se vit contrainte de déposer son bilan en raison de son surendettement.

Exécution et résultat de la procédure de faillite

L'office des faillites compétent du canton de Saint-Gall mena une procédure ordinaire de faillite. La première assemblée des créanciers nomma une commission des créanciers, composée d'un représentant de la banque, un représentant de la fondation de prévoyance professionnelle de l'entreprise ainsi que d'un créancier de la troisième classe.

Le directeur externe nommé environ une année avant l'ouverture de la procédure de faillite, avait initié la vente de certaines activités de l'entreprise. La nouvelle société ainsi constituée reprit la majorité du stock ainsi que l'infrastructure informatique. Par ailleurs, les mandats en cours ainsi qu'une partie du personnel furent repris par la nouvelle société ce qui eut pour effet de réduire les prétentions salariales de la masse en faillite. L'administration de la faillite put recouvrer une majorité des créances ouvertes envers les débiteurs. Un agent immobilier fut mandaté avec la vente de l'immeuble afin de réaliser un prix maximal. L'immeuble fut vendu aux enchères.

Certaines dettes dont on avait renoncé à poursuivre, ainsi que des prétentions pauliennes et en responsabilité furent cédées à des créanciers. L'office des faillites en question indiqua

⁷² En vertu de l'art. 43 LP, la poursuite par voie de faillite est exclue pour:

- le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à un fonctionnaire;
- le recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire;
- le recouvrement de contributions périodiques d'entretien et d'aliments découlant du droit de la famille ou de contributions d'entretien découlant de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat;
- la constitution de sûretés.

Dans ces cas, la poursuite en réalisation de gage ou la poursuite par voie de saisie est applicable.

qu'il n'intentait que rarement des actions pour recouvrer des créances contestées en raison du manque de ressources financières et du risque élevé.

La procédure fut rapidement exécutée et fut close 21 mois après son ouverture (mars 2002 – décembre 2003). Seules quelques problématiques en relation avec la vente de l'immeuble et des prétentions salariales retardèrent légèrement la procédure.

Le plan de collocation se présenta comme suit:

	Montant	Dividende
Produit total	870'000 CHF	
Dettes de la masse	210'000 CHF	
Créanciers de la 1ère classe → dont fondation-LPP	660'000 CHF 240'000 CHF	46%
Créanciers de la 2e classe	-	0%
Créanciers de la 3e classe	-	0%

Bilan

Il s'agit de relever qu'une part importante du dividende versé aux créanciers de la 1ère classe fut distribuée à la fondation patronale de LPP. L'office des faillites considéra problématique qu'une faible partie de cette créances constituait des primes d'épargnes impayées, et que la majeure partie était en fait une créance résultant d'un prêt octroyé par la fondation à l'entreprise. Selon l'office des faillites, seules les créances-LPP qui sont directement liées à la prévoyance devraient entrer dans la 1ère classe. Toutefois, selon le TF⁷³, toutes les créances de la fondation de prévoyance contre l'employeur affilié doivent être traitées dans la 1ère classe.

Dans l'hypothèse où seules les primes LPP avaient été traitées dans la 1ère classe, les employés auraient touché un dividende bien plus important. En l'espèce, les employés touchèrent la totalité de leurs créances, car la fondation LPP était une fondation patronale qui dut être liquidée et ses avoirs distribués aux employés.

12. Cas Imprimerie

Informations au sujet de l'entreprise

L'entreprise (Sàrl) était active dans le domaine de l'imprimerie et était spécialisée dans la production d'étiquettes. Initialement, la société était une entreprise familiale et fit faillite environ 10 ans auparavant. En suite de quoi, l'entreprise fut reconstruite à l'aide d'une « société-mère » et ne fut plus détenue en mains familiales. En plus du gérant, l'entreprise employait deux collaborateurs. La « société-mère » n'avait aucun lien juridique avec l'entreprise reconstituée. Toutefois, les liens économiques entre les deux sociétés étaient importants. Ainsi, la « société-mère » fournissait divers services (par ex. comptabilité) à l'entreprise et lui octroyait également des crédits.

Conditions-cadre de la procédure de faillite

La situation économique de l'entreprise s'aggrava pour plusieurs raisons. D'une part, des conflits apparurent entre l'entreprise et la « société-mère ». Alors qu'initialement, l'entreprise

⁷³ Cf. ATF du 6 juin 2003 (5C.264/2002)

était un fournisseur important de la « société-mère », les deux sociétés entrèrent de plus en plus en concurrence, ce qui amena une perte d'intérêt de la « société-mère » pour l'entreprise. D'autre part, le know-how et la stratégie économique faisaient défaut à la société. Bien que l'entreprise disposât d'une clientèle stable, la production n'était pas rentable. Elle aurait dû en particulier revoir sa structure de prix. Aucune mesure pour améliorer la situation de l'entreprise ne fut entreprise. Finalement, l'entreprise dut déposer son bilan en raison de son surendettement.

Exécution et résultat de la procédure de faillite

En raison d'un état de fait simple (en particulier au vu de la taille de l'entreprise), une liquidation sommaire fut exécutée dans le canton de Saint-Gall. On ne considéra pas la possibilité d'un concordat car la « société-mère » en particulier n'avait pas d'intérêt à l'assainissement de l'entreprise. Les clients sollicitèrent l'office des faillites d'exécuter certains mandats urgents et payèrent ces travaux en avance. L'office des faillites géra ainsi l'entreprise pendant trois mois supplémentaires.

Au cours de la procédure de faillite, un acheteur externe put être trouvé qui reprit l'inventaire ainsi que les employés. La procédure put être exécutée relativement rapidement, respectivement en 10 mois (janvier – octobre 2008).

Le tableau de distribution se présenta comme suit:

	Montant	Dividende
Produit total	134'000 CHF	
Dettes de la masse → Dont CHF 20'000 de salaires nécessaires à la poursuite des activités pendant 3 mois	46'000 CHF	
Créances garanties par un droit de rétention	12'000 CHF	
Créances de la 1ère classe	76'000 CHF	77%
Créances de la 2e classe	-	0%
Créances de la 3e classe	-	0%

Bilan

La faillite en l'espèce fut uniquement causée par le manque de know-how entrepreneurial au sein de l'entreprise.

La vente à bon prix de l'inventaire eut un impact positif sur la hauteur du dividende. Par ailleurs, les créances salariales furent modestes, dans la mesure où les employés furent repris par l'acheteur. Finalement, la poursuite des activités de l'entreprise par l'office des faillites fut profitable, ce qui, selon l'office en question, n'est pas le cas dans la majorité des faillites.

13. Cas Société de services

Informations au sujet de l'entreprise

La raison individuelle était active dans le secteur des services. En raison de problèmes privés (divorce), la situation financière du propriétaire s'aggrava de façon constante.

Conditions-cadre de la procédure concordataire

Durant deux à trois ans, le propriétaire tenta de tenir l'entreprise à flots, jusqu'à ce qu'il décida de requérir un sursis concordataire. Auparavant, il avait tenté de régler ses dettes à l'amiable. Alors que l'Institution des assurances sociales (IAS) avait approuvé un dividende de 25%, d'autres créanciers refusèrent le plan.

Le sursis concordataire fut accordé et, sur demande du juge compétent, l'office cantonal des faillites fut nommé comme commissaire.

Exécution et résultat de la procédure concordataire

La procédure fut exécutée sous forme d'un concordat-dividende. Puisque la majorité des actifs était des biens de nécessité, peu d'actifs purent être réalisés. Le débiteur vendit sa maison de vacances et, sur pression du commissaire, obtint les fonds nécessaires à couvrir les frais de procédure au moyen d'un prêt octroyé par un membre de la parenté.

Le quorum nécessaire à l'approbation du concordat représentait quatre créanciers, dont les créances totales représentaient au minimum CHF 212'000. Finalement, une majorité de 5 créanciers, dont la somme des créances représentait environ CHF 270'000, approuvèrent le concordat. L'approbation se fit par circulation. La procédure dura environ 6 mois.

Le plan de distribution se présenta comme suit:

	Montant	Dividende
Produit total	90'000 CHF	
Dettes de la masse (surtout frais de procédure)	7'400 CHF	
Créanciers de la 1ère classe (surtout pensions alimentaires)	3'300 CHF	100%
Créanciers de la 2e classe → De sa propre initiative, l'IAS renonça à son privilège	-	-
Créanciers de la 3e classe	79'300 CHF	25%

Bilan

En particulier les facteurs suivants contribuèrent à ce que le concordat fut possible et qu'un dividende de 25% put être versé aux créanciers de la 3e classe:

Outre une bonne collaboration, le fait que le commissaire accompagna le débiteur de façon intensive et exerça la pression nécessaire durant le sursis concordataire, joua un rôle central. D'une part, le commissaire donna des instructions claires au débiteur sur ce qu'il avait à faire ou à omettre d'un point de vue financier et professionnel. D'autre part, il surveilla les paiements privés et professionnels des créanciers, ainsi que sa gestion des affaires. Ainsi, il put éviter des dettes de la masse supplémentaires et inutiles. Par ailleurs, la vente de la maison de vacances eut un impact positif sur le dividende versé. L'approbation du concordat par les créanciers fut favorisée par la crédibilité que le commissaire avait en tant qu'organe étatique auprès des créanciers.

ÉTUDE 3:

**CRITÈRES ÉCONOMIQUES POUR LE DÉCLENCHEMENT
DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ**

Octobre 2009

Paul H. Dembinski
Claudio Bologna

Eco'Diagnostic

TABLES DES MATIÈRES DE L'ÉTUDE 3

Tables des matières de l'étude 3	89
Table des illustrations	90
L'essentiel en bref de l'étude 3	91
Étude 3: Analyse des critères économiques de déclenchement des procédures d'insolvabilité proposées dans la révision du droit des faillites	93
Introduction	93
1. Le tissu économique de la Suisse	94
2. L'approche de la faillite - Base de données (400 cas)	97
2.1 De jeunes micro-entreprises	97
2.2 Indicateurs avancés de difficultés	99
2.3 Perception de l'approche de la faillite	101
2.4 «Causes» de faillite et typologie des situations	102
3. Analyse des ratios comptables de 39 entreprises en faillite (Crédit Suisse)	105
3.1 Evolution des ratios comptables	105
3.2 Causes hypothétiques de faillite	109
4. Les entreprises saines de l'OFS	112
4.1 L'évolution macro-économique	112
4.2 Les entreprises robustes et les entreprises fragiles	113
4.3 Les EBITDA et les fonds propres	113
5. Conclusion et recommandations	115
Annexe 1: Un exemple des données fournies par le Crédit Suisse	117
Annexe 2: La vision consolidée des données transmises par l'OFS	120
Annexe 3: La vision consolidée des entreprises «robustes» et des entreprises «fragiles»	121

TABLE DES ILLUSTRATIONS

Figure 1: Part des classes de taille des entreprises à l'emploi	94
Figure 2: Formes juridiques inscrites au Registre du Commerce en 2006 total 476'000	95
Figure 3: Diverses méthodes de comptage des acteurs économiques en Suisse	96
Figure 4: Statistiques des poursuites et faillites (OFS).....	97
Figure 5: Répartition par nombre d'emplois "au plus haut"	98
Figure 6: Ancienneté au moment de la faillite et appartenance sectorielle	99
en % cumulé du total.....	
Figure 7: Dynamique du chiffre d'affaires selon l'horizon de la faillite	100
Figure 8: Evolution conjoncturelle et chiffre d'affaires des entreprises en faillite	101
(400 cas)	
Figure 9: Facteurs ayant contribué à la faillite, pondérés par le nombre d'emplois.....	103
"au plus haut"	
Figure 10: Comparaison du poids des facteurs de faillite dans les 5 groupes	104
Figure 11: Résultat opérationnel (EBITDA) et niveau de fonds propres dernier exercice ...	106
Figure 12: Croissance relative d'EBITDA en % du CA et du ratio des fonds propres.....	107
pendant la période de mise en observation par la banque	
Figure 13: Croissance du CA et de la taille du bilan pendant la période précédant	108
la faillite	
Figure 14: Croissance du CA et de la taille du bilan selon la taille du bilan	108
Figure 15: Raisons hypothétiques des faillites	111
Figure 16: Macro-économie et performance comptable de 100 PME	112
Figure 17: Les ratios-clés des 55 entreprises "fragiles" (OFS) et des 39 faillites	114
(Crédit Suisse).....	

L'ESSENTIEL EN BREF DE L'ÉTUDE 3

L'objectif général des analyses de ce module consiste à interroger les données chiffrées disponibles pour apprécier la pertinence des critères utilisés pour déclencher les procédures d'insolvabilité et éventuellement en proposer d'autres.

La première difficulté à surmonter est celle des données. Trois gisements différents de données ont été exploités, chacun provenant d'une source différente :

1. la banque de données constituée par *Eco'Diagnostic* (Observa) entre 1996 et 2003. Elle contient des informations qualitatives récoltées à l'aide de questionnaires portant sur la marche des entreprises durant les 3-4 années précédant immédiatement la faillite. Cette base de données contient 400 cas d'entreprises qui ont fait faillite. Il s'agit en majorité de micro et de petites entreprises;
2. les ratios comptables pluriannuels d'une quarantaine d'entreprises tombées en faillite entre 1996 et 2005. Ces données anonymes ont été transmises par le Crédit Suisse dans le cadre d'un accord de stricte confidentialité. Il s'agit avant tout d'entreprises petites et moyennes ;
3. les informations comptables pluriannuelles de plus de cent entreprises saines. Ces données anonymes ont été transmises par l'OFS. Il s'agit avant tout d'entreprises petites et moyennes.

Bien que les généralisations à partir de bases de données aussi hétérogènes et limitées soient risquées, quatre observations principales ressortent de cette étude :

1. seulement dans un quart des cas, la faillite survient au terme d'une érosion pluriannuelle (3 ans ou plus) du chiffre d'affaires. En effet, dans la majorité des cas, l'effondrement est un processus (très) rapide. Pour les entreprises jeunes – voire très jeunes – cela s'explique par la fragilité liée à l'insuffisance de la croissance ; pour les autres, par un choc subit ou un « accident »;
2. dans la majorité des cas, les causes de la faillite sont multiples, à la fois externes et internes à l'entreprise. Toutefois, les petites entreprises semblent tomber plus fréquemment que les autres à cause de leur échec économique lié au marché;
3. dans la majorité des cas, les causes de faillite des entreprises moyennes ne sont pas directement liées à la marche des affaires, mais relèvent de problèmes liés aux opérations hors-exploitation, à l'attitude des actionnaires, à l'effet de domino déclenché par les difficultés d'un client, etc.;
4. presque la moitié des entreprises qui ont fait faillite avaient lors du dernier exercice un résultat d'exploitation positif et disposaient (encore) de fonds propres. Leurs ratios comptables étaient proches de ceux des entreprises saines tels que rapportés par l'OFS.

Ces observations suggèrent:

- a. Que dans une part significative des cas, les entreprises qui ont terminé en faillite disposaient en fait d'une substance économique potentiellement viable;
- b. Que la rapidité de la mise en œuvre d'une éventuelle mesure de protection est primordiale pour éviter la faillite.

- c. Par conséquent, il serait erroné de chercher une procédure applicable à l'ensemble des cas. Ainsi, la taille de l'entreprise (bilan et/ou nombre d'emplois), voire son âge, pourrait servir de critère pour qu'en cas de difficulté l'entreprises soit prise en charge, soit par une procédure sommaire et rapide, soit par une procédure plus exigeante et précise mais aussi plus lente.
- d. La possibilité d'un recours rapide à des mesures visant à protéger la substance économique viable en cas de difficulté passagère ou « d'accident » devrait avoir un effet encourageant sur la mise en œuvre de nouveaux projets d'entreprises.

ÉTUDE 3: ANALYSE DES CRITÈRES ÉCONOMIQUES DE DÉCLENCHEMENT DES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ PROPOSÉES DANS LA RÉVISION DU DROIT DES FAILLITES

INTRODUCTION

La faillite est la forme la plus « dramatique », mais pas la seule, d'un échec d'entreprise parce qu'elle implique, d'une part, le non-respect des engagements - donc une perte pour les tiers – et, d'autre part, la destruction d'un « nœud » d'activité économique. Dans une perspective d'analyse de l'impact macro-économique d'une faillite, ces deux effets collatéraux doivent être pris en considération conjointement, notamment au moment de la révision de la loi et de la fixation des critères pour le déclenchement des procédures. Aux considérations d'impact économique à proprement parler devraient s'ajouter alors celles liées aux comportements que la loi pourrait inciter par ailleurs. Il s'agit notamment de l'influence que les dispositions légales en matière de faillite exercent : (a) sur l'esprit d'entreprise, c'est-à-dire sur la résolution des créateurs d'entreprises à passer à l'acte ; (b) sur le comportement des différentes parties prenantes de l'entreprise pendant la période où son état problématique est avéré.

La présente analyse cherche à apprécier la pertinence des critères de déclenchement des procédures d'insolvabilité proposées par la révision de la loi sur les faillites à la lumière des données chiffrées disponibles. A défaut d'informations statistiques structurées sur le problème posé, des sources de données fort diverses et partielles ont été mobilisées, chacune d'entre elles ayant ses caractéristiques et limites propres.

La démarche est articulée en cinq étapes. Dans la première section, la grande hétérogénéité du tissu économique suisse est rappelée à l'aide de quelques informations largement connues.

Dans la deuxième section, l'attention se porte sur les processus internes à l'entreprise qui précèdent la faillite. L'analyse s'appuie sur l'exploitation d'une base de données portant sur 400 cas d'entreprises – souvent micro et petites. Cette base a été construite à partir de questionnaires remplis par les responsables de ces entreprises entre 1996 et 2003. Cette analyse met en lumière l'extrême variété des situations, la vitesse des processus économiques en cause et les délais de réaction des entreprises.

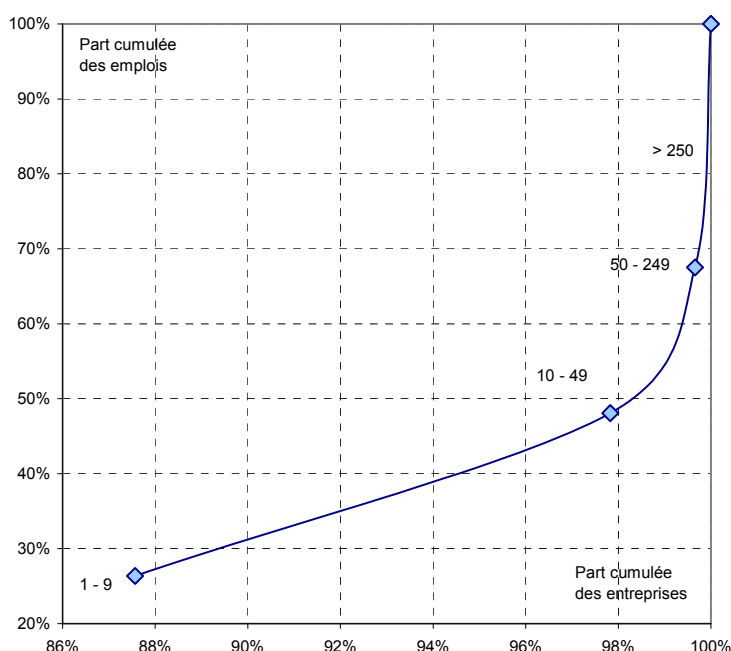
La troisième section présente une analyse comptable de quarante cas de faillite communiqués sous forme de ratios. Ces données parfaitement anonymes ont été gracieusement communiquées pour les besoins de cette étude par le Crédit Suisse. L'analyse montre que dans une proportion non négligeable de cas, les causes de faillite sont externes à l'exploitation à proprement parler. Cela signifie donc que ces entreprises, au moment de la faillite, disposaient d'une substance économique viable.

Dans la quatrième section, l'analyse porte sur les données comptables de 110 entreprises saines telles que communiquées par l'OFS. Leur comparaison avec les entreprises qui ont fait faillite montre un certain nombre de similitudes, surprenantes à bien des égards. La cinquième et dernière section formule un nombre limité de conclusions et de recommandations qui devraient être prises en considération lors de la préparation d'une nouvelle mouture de la loi sur les faillites.

1. LE TISSU ÉCONOMIQUE DE LA SUISSE

Selon les données du dernier recensement fédéral des entreprises disponible (2005), il y aurait en Suisse 298 mille entreprises marchandes qui fournissaient 3,2 millions de places de travail en équivalent plein temps. Derrière ces chiffres agrégés se cache en réalité une population d'entreprises très hétérogène, comme le montre la Figure 1. Ainsi, à l'instar des autres économies de l'OCDE, plus de quatre entreprises sur cinq (87%) sont des micro entreprises (moins de 10 personnes) ; elles contribuent ensemble à un quart de l'emploi total et, selon toute vraisemblance, à une part comparable du produit intérieur. Les entreprises dites «petites» forment 10% du total, mais contribuent autant que toutes les micros à l'emploi. Quant aux moyennes (50 à 249 personnes), elles sont moins de 5000 en Suisse avec une contribution de près de 20% de l'emploi. Les quelques centaines de grandes et très grandes entreprises complètent le tableau avec une part à l'emploi qui dépasse les 30%.

Figure 1: Part des classes de taille des entreprises à l'emploi

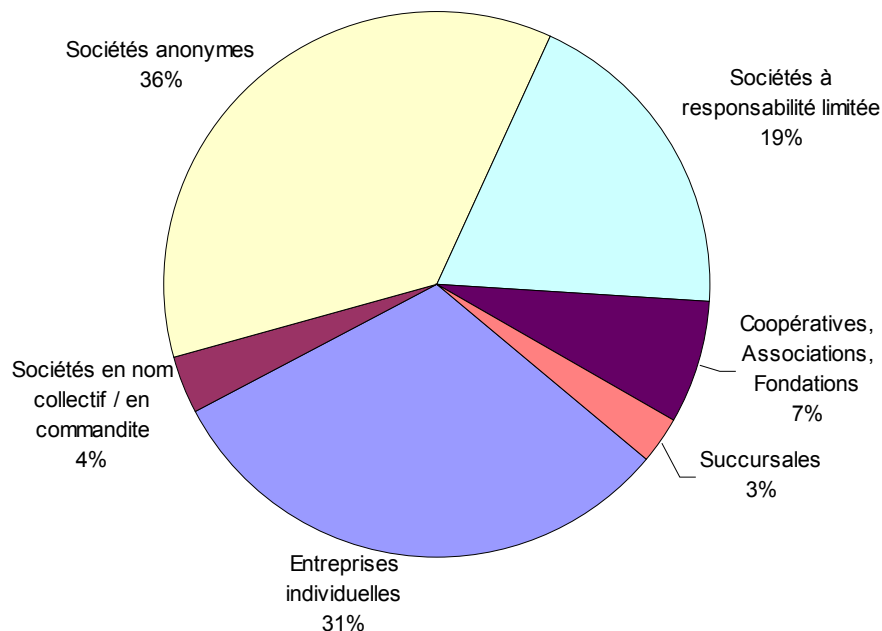


La double disparité – taille de l'entreprise et nombre de cas – montre à quel point il est difficile de penser l'économie suisse à l'aide de « l'entreprise moyenne » ou de l'entreprise « représentative ». Cela devient encore plus évident avec la prise en compte de la variété des formes juridiques des acteurs économiques de la Suisse. En effet, en 2006, il y avait 476 mille personnes morales inscrites au Registre du Commerce – alors que le recensement fédéral ne reconnaissait que 298 mille entreprises – dont 60% environ sont des sociétés de capitaux, le restant étant soit des sociétés de personnes, soit des associations ou fondations (cf. Figure 2).

La Figure 3 complique encore davantage le paysage du tissu économique de la Suisse parce qu'elle met en rapport trois manières de compter les acteurs : l'optique économique selon le recensement des entreprises (RFE) et celui des exploitations agricoles (RE/AGR) ; l'optique juridique selon le Registre du Commerce et, finalement, l'approche sociologique telle que l'utilise l'enquête sur la population active occupée (ESPA). La juxtaposition des

diverses sources est problématique parce que le degré de leurs chevauchements est mal connu. Par conséquent, il n'y a pas de réponse univoque possible à la question « combien d'acteurs économiques compte la Suisse ? ». Les réponses varient selon les hypothèses retenues, elles vont du simple au double : de 300 à 600 mille.

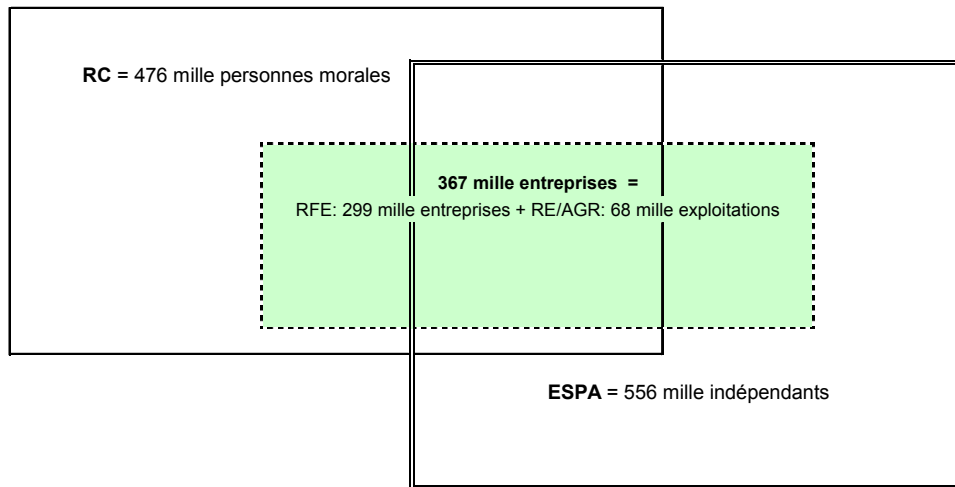
**Figure 2: Formes juridiques inscrites au Registre du Commerce en 2006
total 476'000**



Sans entrer dans les détails technico-statistiques des divers instruments de comptage et de leur logique propre⁷⁴, il est important de souligner que chacune des formes d'activité économique décrite ici est susceptible de tomber un jour en « faillite » soit, en tant que personne physique, soit en tant que personne morale.

⁷⁴ cf. Dembinski, Paul H, «PME en Suisse: profils et défis», Genève Georg éditeur, 2004, traduction allemande chez Ruegger Verlag, 2004

Figure 3: Diverses méthodes de comptage des acteurs économiques en Suisse

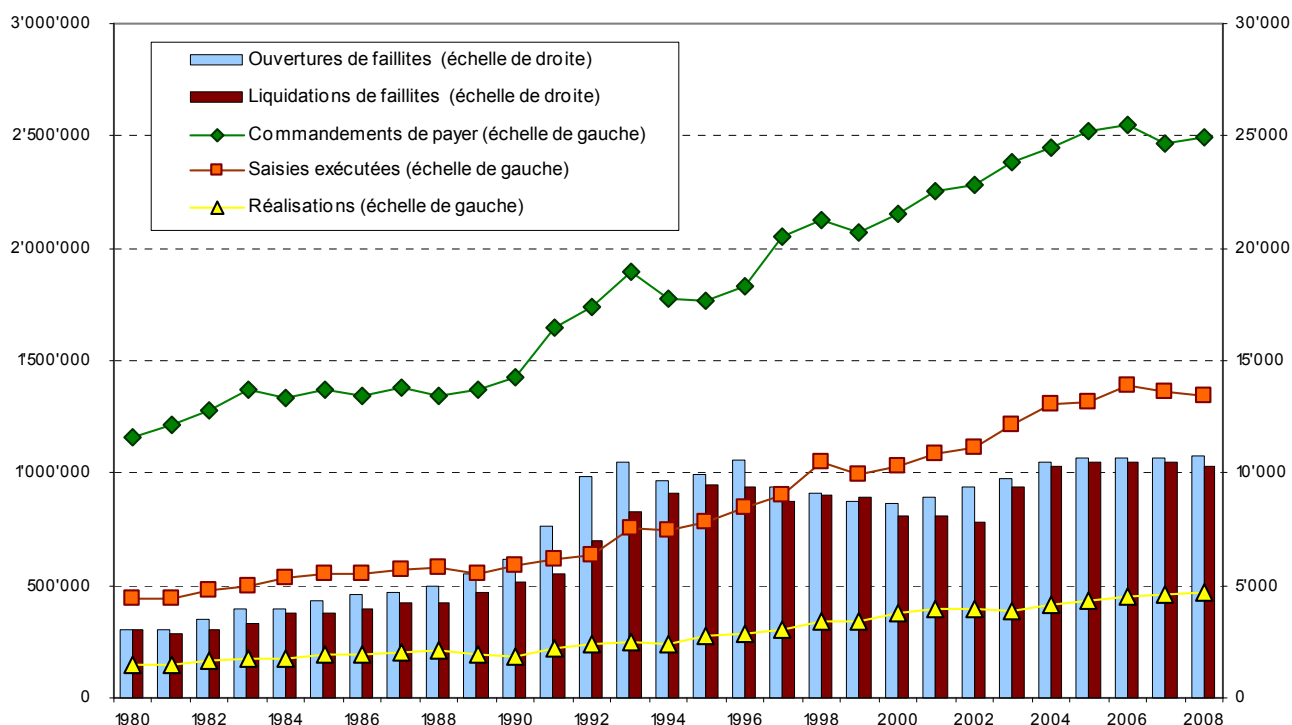


Pour clore ce tour d'horizon introductif, la Figure 4 présente les séries statistiques liées aux actes juridiques, à la moralité des débiteurs et aux diverses procédures liées à la mise en faillite. Les données disponibles ne permettent pas de distinguer les actes juridiques liés à une activité économique de ceux liés à la vie privée. Selon les données de Creditreform, il y aurait entre 2500-4000 faillites de sociétés en Suisse, avec une hausse significative en 2009⁷⁵. Il est frappant de constater que le nombre de concordats homologués judiciairement se situe à 230 (!!!) pour la dernière année de données disponibles – 2003.

75

http://www.swissinfo.ch/fre/24_heures_en_suisse/Explosion_du_nombre_de_faillites_en_aout.html?siteSect=104&sid=11234743&cKey=1253264552000&ty=nd

Figure 4: Statistiques des poursuites et faillites (OFS)



2. L'APPROCHE DE LA FAILLITE - BASE DE DONNÉES (400 CAS)

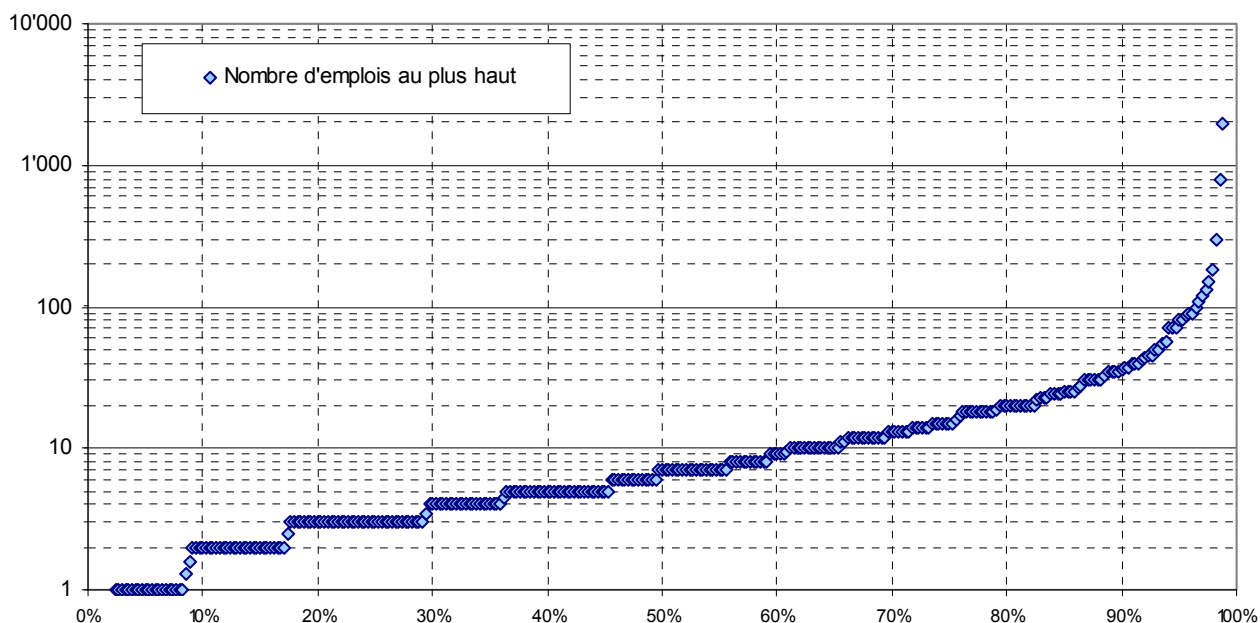
2.1 De jeunes micro-entreprises

La première étude par questionnaire sur les causes de faillite en Suisse date de 1996, elle a été réalisée sur mandat du Seco et portait sur moins de 200 cas⁷⁶. La récolte de données s'est poursuivie jusqu'en 2003 avec pour résultat une base de données de 400 cas. Partant de l'idée que la propension des faillis à communiquer sur les données comptables serait faible, le questionnaire utilisé mettait l'accent sur le qualitatif, notamment sur la perception des signes avant-coureurs, sur la vitesse des processus et sur les mesures de sauvetage éventuelles. La base de données contient en théorie jusqu'à 200 variables par cas. En réalité, les questionnaires sont lacunaires, notamment sur des questions liées à la comptabilité et aux données chiffrées.

En l'absence de statistiques d'ensemble sur les faillites d'entreprises suisses, et surtout en absence d'une vision univoque du tissu économique, il est impossible de répondre à la question de la représentativité de la base de données analysée ici.

⁷⁶ Dembinski, Paul H., en collaboration avec Unterlerchner, H. et Habersaat, M., *Causes de faillites des entreprises suisses*, Observa/Ecodiagnostic, 100 p, juillet 1996.

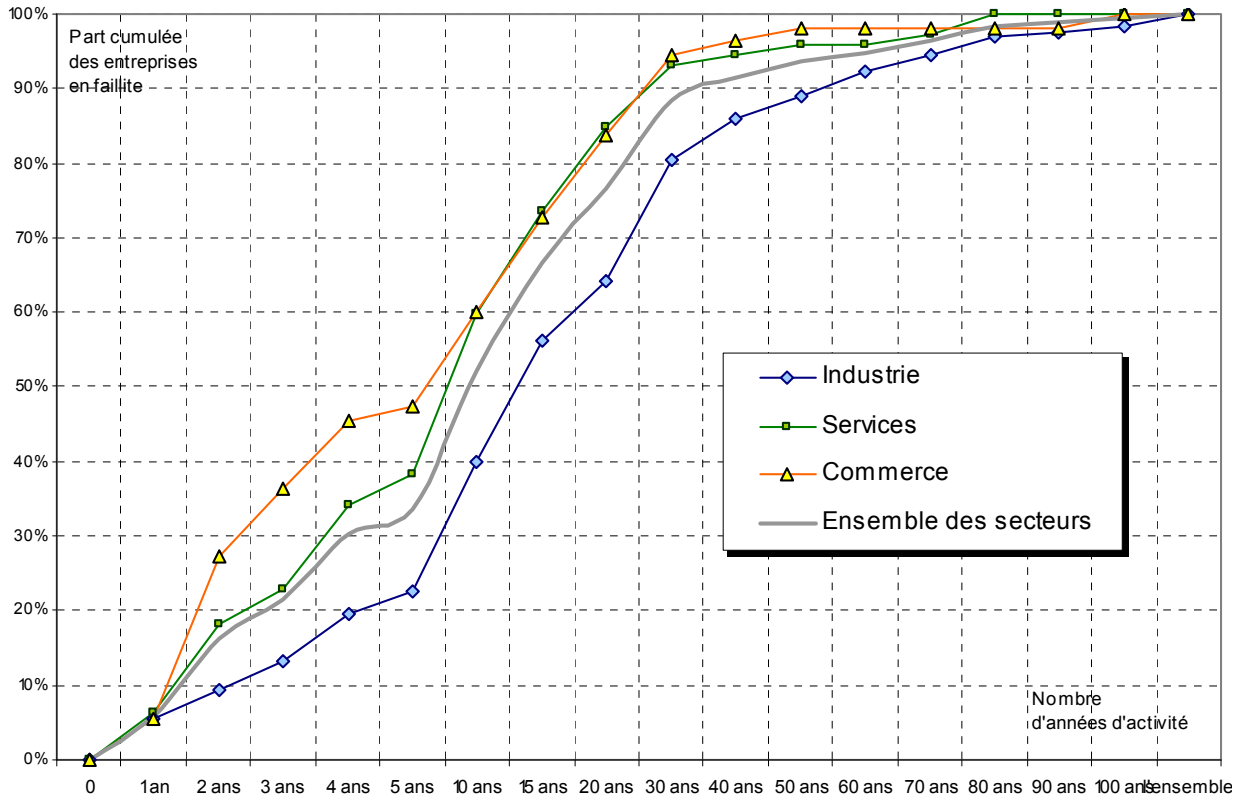
Figure 5: Répartition par nombre d'emplois « au plus haut »



La Figure 5 montre la répartition par nombre d'emplois (et non pas en équivalent plein temps) qu'avaient les entreprises en question au moment de leur apogée. On voit ainsi que 30% des cas occupaient au maximum 3 personnes et que dans 60% des cas l'emploi n'a pas dépassé 10 personnes, soit le seuil de la micro-entreprise. Moins de 10% des entreprises appartenait à la catégorie des moyennes, voire des grandes. Ainsi, par rapport au recensement fédéral des entreprises, la base de données, en sous-représentant les entreprises à une et deux personnes, donne la prééminence à des entreprises avec une certaine substance économique.

La Figure 6 montre quel était l'âge des entreprises au moment de la faillite, il en ressort qu'un peu plus de 30% d'entre elles ont au plus 5 ans au moment de la faillite. Cette forte présence de très jeunes entreprises est en cohérence avec les taux de survie à 3 ou 5 ans après la création calculés par l'OFS. De même, la Figure 6 laisse entrevoir une plus grande fragilité des entreprises commerciale et de service que du secondaire. Là encore, il y a convergence avec l'OFS qui estime à 47% le taux de survie à 5 ans des entreprises du tertiaire, contre 60% pour les entreprises du secondaire. Ceci étant, il faut souligner que la faillite n'est pas la seule (et de loin) modalité de la « fin » des entreprises. La forte présence de très jeunes entreprises, qui sont aussi souvent très petites, laisse à penser que les causes et facteurs de faillite à l'œuvre dans les « jeunes pousses » sont, selon toute vraisemblance, différents de ceux qui touchent les entreprises plus anciennes. La distinction en fonction de l'âge et de la taille sera reprise lors de l'analyse des processus et causes de la faillite.

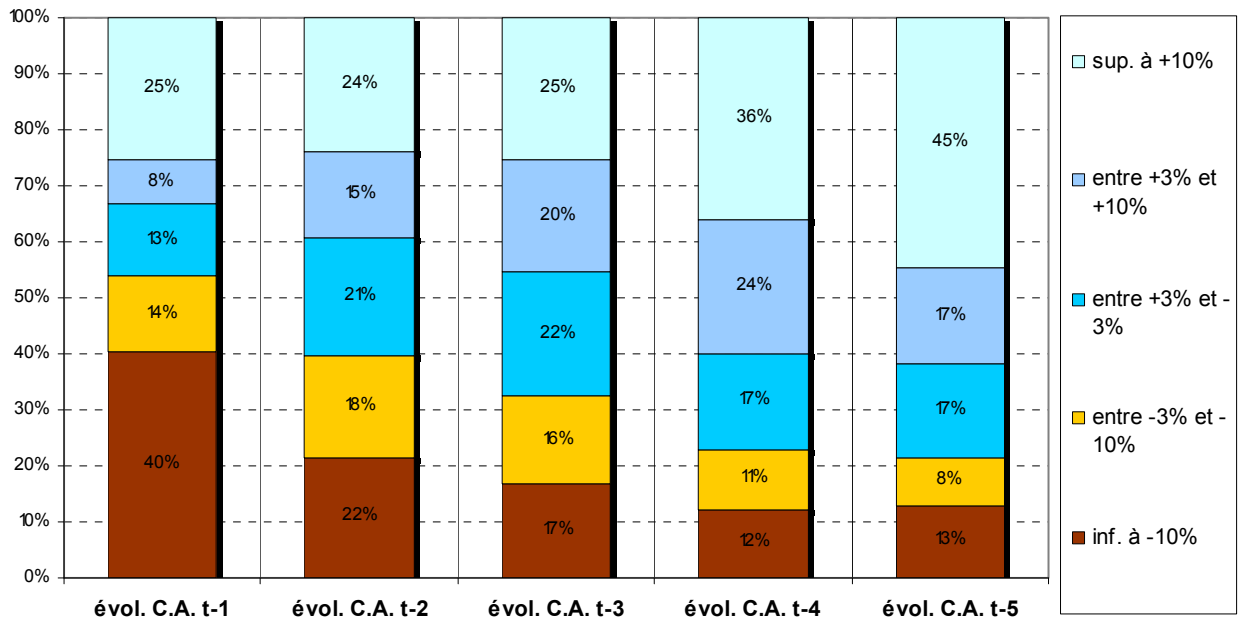
Figure 6: Ancienneté au moment de la faillite et appartenance sectorielle en % cumulé du total



2.2 Indicateurs avancés de difficultés

Le questionnaire administré aux entreprises cherchait à reconstituer l'évolution de leur chiffre d'affaires durant les cinq années précédant immédiatement la faillite. La Figure 7 montre, sous forme agrégée – tous âges et tailles confondus – l'évolution du chiffre d'affaires avant la faillite. Si durant leur dernier exercice près de 40% des cas ont connu une réduction significative (-10% ou plus) du chiffre d'affaires, ils n'étaient que 22% à l'année t-2 et seulement 13% à t-5. A l'autre bout du spectre : la part des entreprises qui ont vu leur chiffre d'affaires croître de manière significative, alors que leur faillite était imminente, se situe à environ 25% des cas, proportion qui reste stable entre t-1 et t-3. La part des entreprises ayant connu de fortes hausses du chiffre d'affaires pendant quatre et cinq années est par contre significativement plus élevée, avec 45% cinq ans avant. Il est à noter toutefois que ces données ne sont pas pleinement comparables, car le nombre d'entreprises ayant plus de 5 ans et ayant répondu aux questions correspondantes ne dépasse pas les 60% de toute la population étudiée. Cette analyse suggère que l'évolution du chiffre d'affaires ne peut être retenue, à elle seule, comme un indicateur avancé fiable de problèmes à venir.

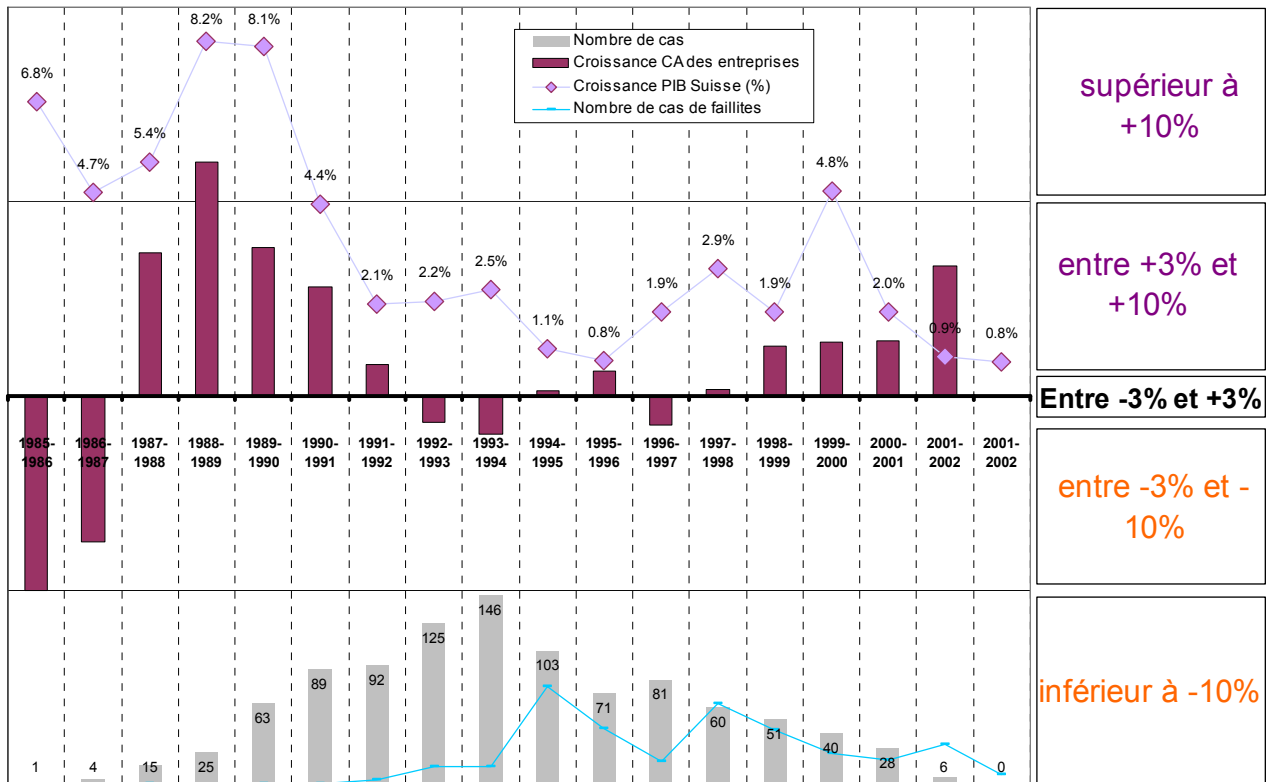
Figure 7: Dynamique du chiffre d'affaires selon l'horizon de la faillite



Cela est d'autant plus fondé que, comme le montre la Figure 8, il y a une légère corrélation entre l'évolution conjoncturelle et celle du chiffre d'affaires des entreprises en difficulté. Ceci étant, une étude approfondie de l'évolution du chiffre d'affaires permet de faire apparaître trois groupes d'entreprises aux trajectoires différentes. Cette typologie sera reprise dans l'analyse qui suit.

1. les entreprises très jeunes dont la marche des affaires ne permet pas de contenir l'épuisement plus rapide que prévu de leurs réserves. Dans les cas où le chiffre d'affaires croît, on peut admettre qu'il ne croît pas assez vite ;
2. les entreprises – fragiles par ailleurs – tous âges et tailles confondus - dont les affaires marchent tant bien que mal, mais qui subissent un choc (un accident) dont elles ne se remettent pas ;
3. les entreprises plus anciennes dont le chiffre d'affaires subit une érosion lente, ce qui finit par épuiser leur substance économique accumulée par le passé.

Figure 8: Evolution conjoncturelle et chiffre d'affaires des entreprises en faillite (400 cas)



2.3 Perception de l'approche de la faillite

L'évolution du chiffre d'affaires peut être considérée comme un possible indicateur « objectif » de l'approche de la faillite. Le questionnaire utilisé abordait la même question dans une perspective subjective, en s'intéressant au moment où les principaux protagonistes de l'entreprise avaient pris conscience de la gravité de la situation. Il s'ensuit que plus l'entreprise est jeune, plus le délai de perception moyen par la direction est court : il est de 8 mois en moyenne pour les entreprises de moins de 3 ans, et passe à 17 mois pour celles qui ont 20 ans et plus. Le délai de perception est également corrélé avec la taille : dans les micro-entreprises il est de 12 mois, alors que dans les entreprises dont l'emploi était monté une fois à plus de 50 personnes, le délai est de 27 mois. Les fournisseurs perçoivent le danger beaucoup plus tard, avec un délai de moitié plus court.

Trois observations sont à formuler à ce stade:

1. Tant pour l'indicateur « objectif » que pour la perception, les délais sont, dans la plus part des cas, extrêmement courts, ils sont inférieurs à une année. Cela signifie que si des procédures de sauvetage, préservation, devaient être mises en place, elles devraient être opérationnelles entre le moment où la direction perçoit le danger et celui où la difficulté devient visible pour les fournisseurs et les clients. Il s'agit donc de quelques mois, une demi-année au maximum ;
2. L'extrême brièveté des délais de perception ne peut être mise uniquement sur le compte de l'inexpérience des jeunes et petites entreprises. En effet, l'hypothèse du

choc subit ou de l'accident doit également être retenue au vu du caractère abrupt de certains retournements de situation. Si l'on voulait mettre sur pied une mesure de préservation, son efficacité dépendrait de la vitesse de mise en oeuvre.

3. C'est seulement dans le cas des entreprises « établies » (ancienneté et taille) que les délais de perception sont suffisamment longs pour permettre éventuellement la mise en place d'une opération visant à préserver la substance économique.

2.4 « Causes » de faillite et typologie des situations

Le questionnaire comportait également un certain nombre d'entrées visant à expliciter les facteurs qui, selon le répondant, ont contribué à causer la faillite de son entreprise. Dans un premier temps, la question à choix multiples proposait une liste de 26 facteurs possibles de faillite, alors que dans un deuxième temps, l'attention portait sur le facteur « déterminant ». L'analyse des réponses obtenues ne doit toutefois pas perdre de vue que tout regard ex post est biaisés, comme l'a dit avec perspicacité John Argenti dans ce qui reste un des livres les plus pertinents sur les faillites « ... everyone agrees that 'bad management' is the prime cause of failure, no one agrees what 'bad management' means nor how it can be recognised except after the company has collapsed — then everyone agrees how badly managed it was. »⁷⁷.

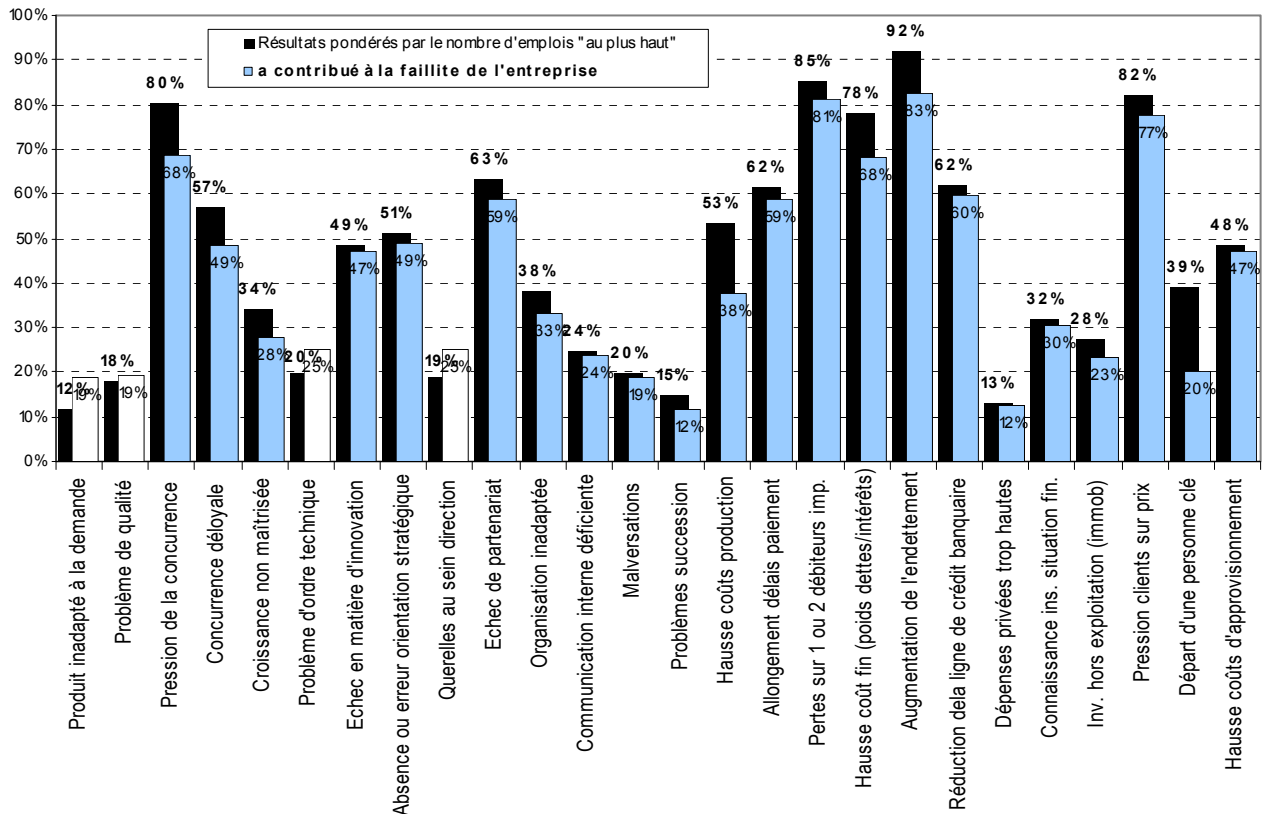
Dans la perspective de cette étude, il ne s'agit pas de faire une analyse exhaustive de la problématique des « causes » mais de voir, d'une part, s'il y a une différence notable selon la taille des entreprises et, de l'autre, d'explorer ces données pour élaborer une typologie permettant de mieux comprendre l'avant-faillite et pour proposer des indicateurs et des critères de déclenchement d'éventuelles procédures.

La Figure 9 répond à la première question. Seuls quatre facteurs apparaissent plus intensément dans les faillites des petites entreprises : il s'agit de l'inadéquation du produit au marché, des problèmes de qualité, des problèmes techniques et, enfin, des querelles au sein de la direction. C'est ce dernier facteur dont l'intensité semble décroître avec la taille plus rapidement que pour les trois autres.

La Figure 9 met aussi en évidence un autre fait important pour la bonne compréhension de la faillite. Dans l'immense majorité des cas, **elle est l'aboutissement de l'action, non pas d'une cause, mais d'un faisceau de causes**. En moyenne, les entreprises étudiées ici ont indiqué 3.2 causes chacune. Dans moins de 10% des cas seulement, une seule cause a suffi : malversations, problèmes de succession, dépenses privées, échec d'une innovation, querelles au sein de la direction et départ d'une personne clé.

⁷⁷ Argenti, John, *Corporate Collapse : the Causes and Symptoms*, New York, McGraw Hill, 1976, voir p.3

Figure 9: Facteurs ayant contribué à la faillite, pondérés par le nombre d'emplois « au plus haut »



Les considérations qui précèdent font apparaître trois critères permettant de proposer une typologie opérationnelle de situations de faillite d'entreprises :

1. Les situations liées à un « accident », un choc subit et inattendu ou mal préparé ; ces événements relèvent soit d'actions qui entraînent une perte subite de liquidité (pertes sur débiteurs, allongement des délais de paiement, malversation) soit d'actions qui ne sont pas directement liés à l'exploitation (querelles, succession), mais finissent entraîner la faillite ;
2. L'âge de l'entreprise, étant entendu que la probabilité de disparition, en termes purement statistiques, est particulièrement élevée jusqu'à 3 ans, et s'estompe progressivement ensuite ;
3. L'évolution du chiffre d'affaires durant les 3 à 5 dernières années.

Les 300 cas contenant les informations suffisantes qui se laissent aisément répartir à l'aide des critères précités en cinq groupes: le groupe le plus nombreux (50 ou 34% des cas) est composé d'entreprises qui ont été atteintes par un accident, viennent ensuite et à égalité, les deux groupes des entreprises plutôt âgées (avec et sans croissance du chiffre d'affaires), 35 cas ou 23% du total; les entreprises jeunes se partagent à égalité les 20% restants.

Cette typologie est à la base de la Figure 10 qui montre que, mis à part les situations d'accident, les entreprises jeunes en croissance font faillite à cause soit d'une rentabilité insuffisante soit à cause sur un grave problème interne, alors que les entreprises ayant plus

de 3 ans semblent tomber aussi faute de rentabilité, à cause d'une croissance excessive ou à cause des investissements hors exploitation.

Avant de clore cette partie d'analyse plus qualitative, il faut s'interroger sur les critères de déclenchement de procédures soit de faillite soit de préservation des entreprises en difficulté. Les cinq groupes de situation présentés à la Figure 10 suffisent à montrer qu'à cause de cette diversité de situations, l'identification avancée et automatique du « problème » est impossible ; au mieux elle relève plus de la stratégie et de l'expérience de management et de la prévision que de l'analyse des ratios comptables élaborés à des intervalles annuels. Cela est en tout cas vrai pour les deux tiers des cas (accidents et entreprises en croissance). Si l'on écarte les jeunes pousses sans croissance, les seuls cas où les alertes bilancielles pourraient faire sens se limitent à 25% des cas qui concernent les entreprises de plus de 3 ans en perte progressive de vitesse.

Figure 10: Comparaison du poids des facteurs de faillite dans les 5 groupes

Facteurs ayant contribué à la faillite de l'entreprise		Total	0-3 ans Croissance Forte	0-3 ans Croissance faible ou négative	Entreprise ayant subi un "accident"	4 ans et + Croissance positive ou fluctuante	4 ans et + Croissance globale en baisse
Augmentation de l'endettement	a contribué	85%				+	
Pertes sur 1 ou 2 débiteurs imp.	a contribué	81%	-	-	par construction		
Pression clients sur prix	a contribué	78%					
Hausse coût fin (poids dettes/intérêts)	a contribué	74%			-		
Pression concurrence	a contribué	70%	-				
Allongement délais paiement	a contribué	64%			par construction		
Réduction crédit	a contribué	63%			+		
Echec de partenariat	a contribué	57%	+				
Absence ou erreur orientation stratégique	a contribué	48%					
Echec d'innovation	a contribué	47%				+	
Concurrence déloyale	a contribué	47%					-
Hausse coûts d'approvisionnement	a contribué	44%			-	+	
Hausse coûts production	a contribué	40%	+				
Organisation inadaptée	a contribué	35%	+			-	
Connaissance insuff. situation financière	a contribué	31%					
Croissance non maîtrisée	a contribué	30%				+	
Querelles au sein direction	a contribué	25%	+		par construction	-	-
Communication interne déficiente	a contribué	25%	-		+		
Problème d'ordre technique	a contribué	24%	+				
Invest. hors exploitation (immobilier)	a contribué	23%	-			+	
Malversations	a contribué	19%			par construction		-
Départ d'une personne clé	a contribué	19%			par construction		
Problème de qualité	a contribué	19%	+				
Produit inadapté à la demande	a contribué	16%		+		-	
Problèmes succession	a contribué	13%			par construction		
Dépenses privées trop hautes	a contribué	12%					

par construction	La construction du regroupement "ayant subi un accident" se base sur ces facteurs quand ils ont été indiqués comme l'élément déterminant de la faillite.
+	Ce facteur a en moyenne été significativement plus indiqué.
-	Ce facteur a en moyenne été significativement moins indiqué.

3. ANALYSE DES RATIOS COMPTABLES DE 39 ENTREPRISES EN FAILLITE (CRÉDIT SUISSE)

Le Crédit Suisse a répondu favorablement à la demande des mandataires et leur a transmis les ratios comptables très détaillés (plus de 100 positions par année) anonymes de 39 cas d'entreprises qui sont tombées en faillite entre 2000 et 2007. Voir l'annexe 1 pour un exemple de données fournies.

Les données portent sur des entreprises de tailles différentes (de 0.5 à plus de 100 millions de bilan et de moins 1.5 million à plus de 100 millions de chiffre d'affaires), appartenant aussi bien à l'industrie (17 cas), au commerce (12) qu'au secteur des services (10 cas). Il s'agit d'entreprises qui, à un certain moment, ont été transférées au département « Credit Recovery » car au terme d'un rating interne à la banque, elles avaient atteint un niveau de risque préoccupant. C'est le cas des 39 entreprises observées. A partir de ce moment, l'optique de la banque change, elle devient pro-active dans son rapport au débiteur, soit en le soutenant, soit en accélérant le processus de récupération des créances de la banque.

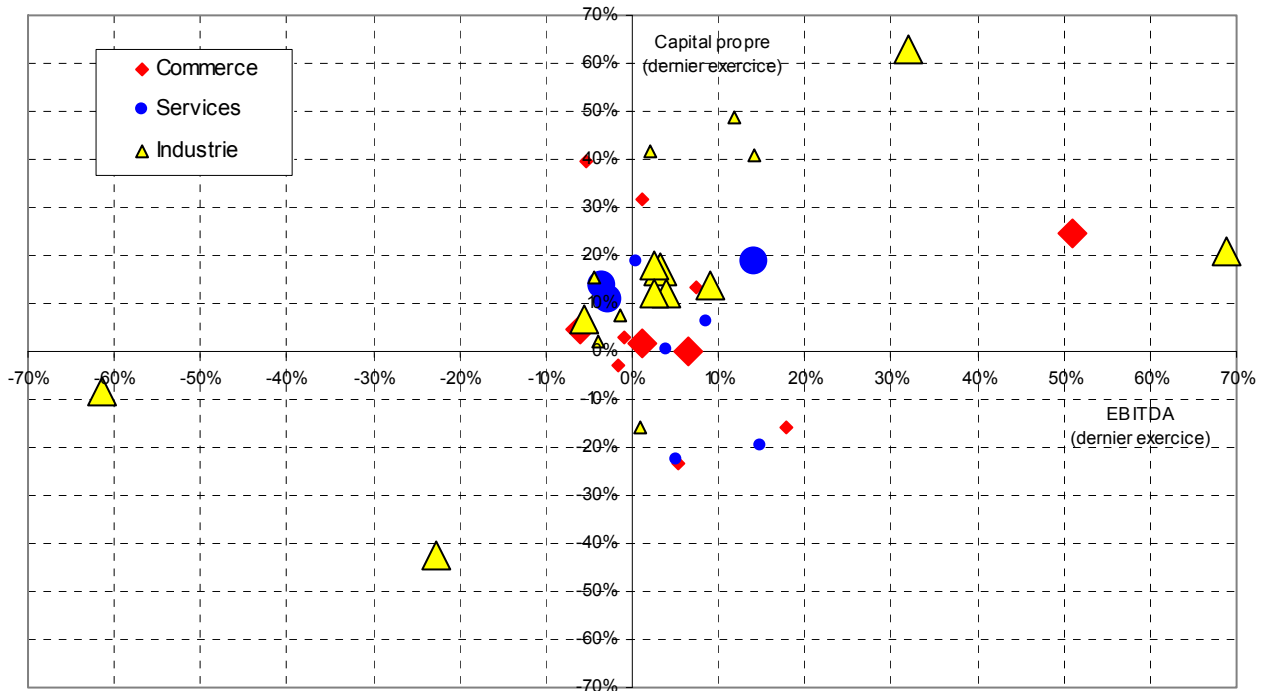
Dans une discussion avec les responsables de ce secteur au Crédit Suisse en août 2009, deux remarques ont été articulées avec emphase. Elles jettent une lumière particulière sur la portée des chiffres mis à disposition par la banque

- Selon l'expérience des experts, les entreprises d'une certaine taille et surface s'enfoncent progressivement. Vient d'abord une crise ou erreur de stratégie, elle est visible uniquement pour les initiés 3 à 5 années avant. Elle est suivie d'une crise du chiffre d'affaires (plus précisément des recettes), comptablement sensible 1 à 3 ans avant la fin ; la crise de liquidité arrive en dernier, souvent moins d'une année avant la fin. C'est donc par les opérations que l'on voit les choses venir avant tout, le bilan n'est qu'une résultante. Même les modèles de détection les plus perfectionnés ont de la peine à saisir la gravité de la situation avant que la crise de liquidité ne soit manifeste.
- Une fois en crise, les entreprises cessent de produire les chiffres, et ceux-ci perdent leur signification. La survie dépend de décisions énergiques orientées vers le futur et non d'extrapolations du passé. Ce moment d'inversion de perspective est très important : jusqu'à ce moment critique, la situation de l'entreprise est « objectivable » par la comptabilité, au-delà, il s'agit au mieux du savoir d'experts, au pire de feeling ou de l'intuition.

3.1 Evolution des ratios comptables

La Figure 11 présente les niveaux de deux ratios comptables clé, l'EBITDA (Earnings before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization) et le niveau des fonds propres en termes du bilan lors de la dernière année où les comptes existaient. Comme son nom l'indique, EBITDA est l'indicateur permettant de juger l'état de l'exploitation à proprement parler, avant les charges financières, les impôts et l'amortissement. Le niveau des fonds propres indique – à contrario – le niveau de l'endettement de l'entreprise, donc son autonomie financière.

Figure 11: Résultat opérationnel (EBITDA) et niveau de fonds propres dernier exercice

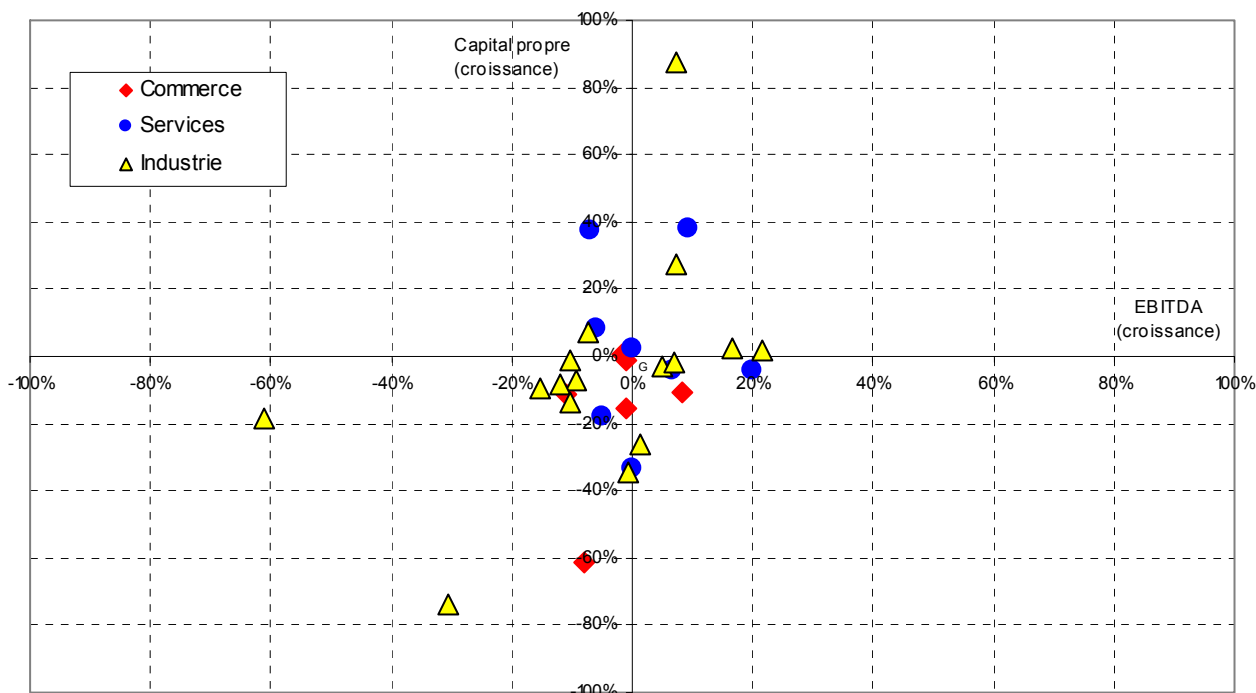


Afin de préserver la lisibilité du graphe, les axes ont été bornés à 70% ce qui a exclu du tableau trois entreprises : une où les deux ratios sont très fortement négatifs, une où les deux indicateurs sont fortement positifs et une où seule la rentabilité est très fortement négative. La population des entreprises a été scindée en deux : les entreprises plus petites de moins de 2 millions de CHF, et celles, mises en évidence dans le graphe, avec un bilan supérieur à ce chiffre. Les grandes sur le graphe sont au nombre de 17, les petites au nombre de 19.

Il est frappant de constater, contre toute attente, que 20 des 39 cas appartiennent à la zone Nord-Est du graphe. C'est à dire que peu de temps avant la faillite ces entreprises disposaient à la fois d'une rentabilité minimale et d'un reliquat de fonds propres. Comme le montre la figure, pour certaines d'entre elles, les niveaux de ces deux indicateurs sont même assez élevés. Il faut aussi remarquer que la majorité des grandes entreprises (11 sur 18) se trouvent dans ce cadran.

La Figure 12 prolonge l'exploration des mêmes données en s'interrogeant sur l'évolution des mêmes ratios pendant la période où les données sont disponibles. Il s'agit donc d'une sorte de flash back par rapport à la Figure 11 qui présente l'état lors de la dernière année d'activité.

Figure 12: Croissance relative d'EBITDA en % du CA et du ratio des fonds propres pendant la période de mise en observation par la banque



Là encore, les données réservent des surprises, bien que les périodes d'observation soient inégales, entre 1 et 4 années. Ainsi, dans un cas, la part des fonds propres a plus que triplé, alors que pour 11 autres entreprises la structure de bilan s'est améliorée, dans certains cas même de manière significative. Même s'il ne s'agit là que d'une évolution à partir de niveaux de départ assez bas, la tendance de transformation du bilan est positive. Pour ce qui est de l'évolution de la rentabilité, dans 9 cas l'EBITDA a augmenté, pour certaines entreprises de manière significative. Les entreprises de production ont connu l'évolution la plus contrastée : d'un côté, elles ont été plus affectées par la double évolution négative que l'ensemble des entreprises, de l'autre côté, dans la moitié des cas, la structure du bilan s'est améliorée, avec – une fois sur deux – une amélioration parallèle de la rentabilité.

Toutes les observations rassemblées dans les Figures 11 et 12 laissent songeur et la décision de la faillite reste inexpliquée dans plus de la moitié des cas. En effet, dans environ 25% des cas la situation de l'entreprise au moment de la faillite était meilleure que quelques années auparavant, dans 50% des cas il n'y a pas eu de détérioration brutale, qui est survenue « seulement » dans un peu plus de 25%.

L'interrogation reste de mise quand il est question de l'évolution du chiffre d'affaires et de la taille du bilan. Dans 17 cas (près de 50%) le chiffre d'affaires a augmenté, dans certains cas de manière très significative, dont dans 7 conjointement avec la taille du bilan (Figure 13). La Figure 14, propose un zoom sur le cadran borné à 100 de la Figure 13 avec une tentative de mise en évidence d'éventuelle corrélation entre chiffre d'affaires et bilan. Les courbes de régression dans la Figure 14 montre que pour les petites entreprises il n'y a aucune corrélation entre l'évolution du bilan et du chiffre d'affaires, alors cette corrélation serait assez forte dans le cas des entreprises de taille plus grande.

Figure 13: Croissance du CA et de la taille du bilan pendant la période précédant la faillite.

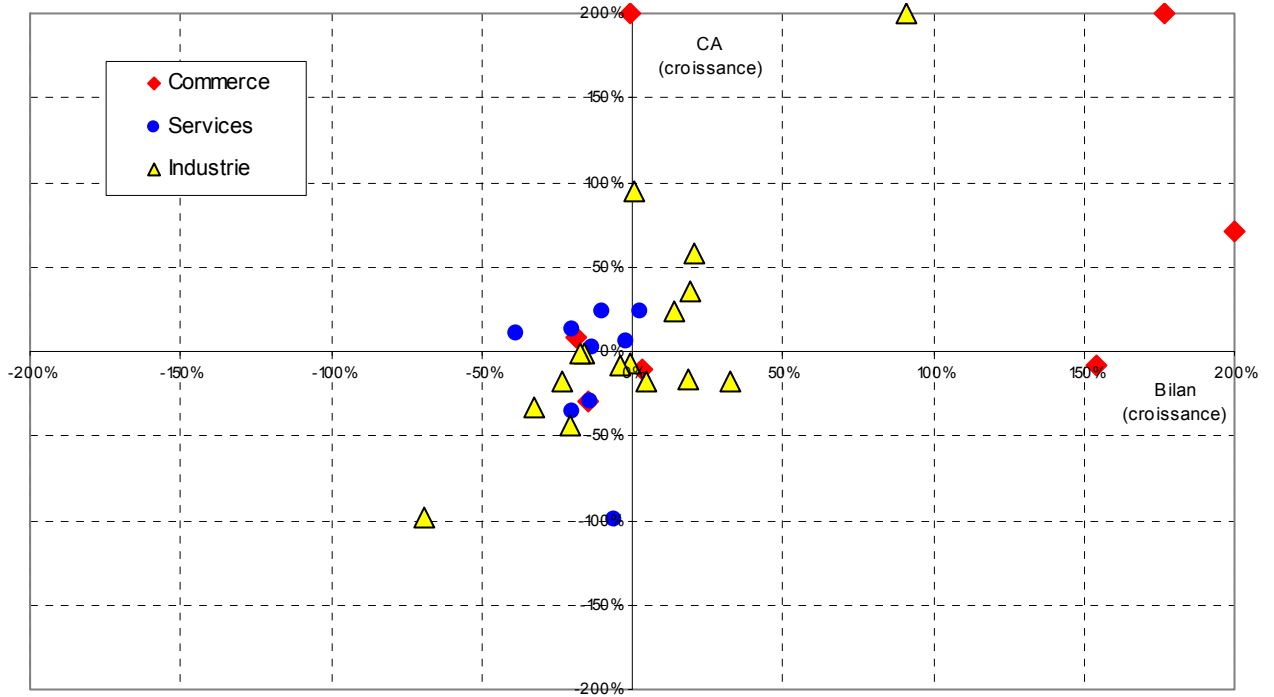
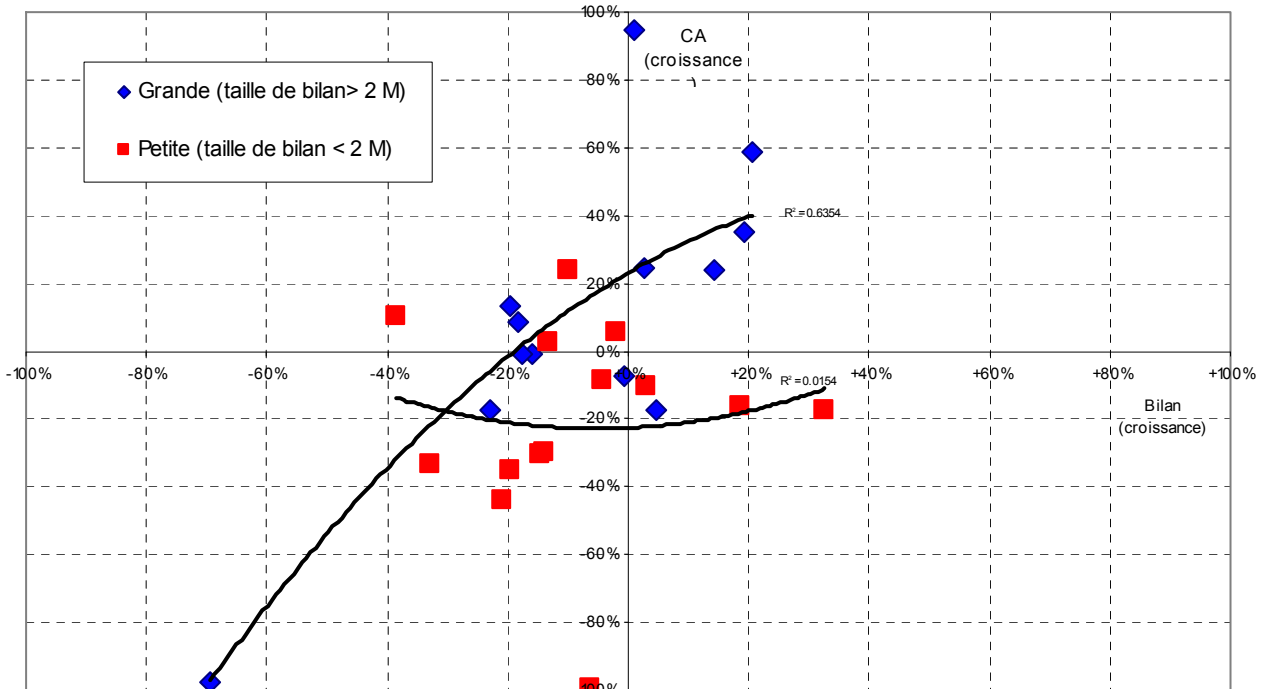


Figure 14: Croissance du CA et de la taille du bilan selon la taille du bilan



A ce stade de l'analyse, il faut admettre que ni le niveau, ni l'évolution des ratios comptables des entreprises qui ont fini en faillite ne permettent d'en comprendre les raisons. En d'autres termes, cette analyse, bien qu'elle porte sur un nombre somme toute limité de cas, met très fortement en doute la pertinence des ratios comptables les plus élémentaires pour détecter les difficultés futures de l'entreprise. Reviennent alors à l'esprit les propos des spécialistes du Crédit Suisse : avant que les difficultés n'atteignent le stade d'une crise de liquidité, elles restent peu lisibles pour l'entourage ; or, quand les difficultés ont atteint ce stade, il est rarement possible de sauver encore l'entreprise.

3.2 Causes hypothétiques de faillite

Afin d'y voir plus clair, nous avons tenté de saisir la logique de la chute des 39 entreprises dans une approche de cas par cas. Dans un premier temps, trois critères classiques de risque de faillite ont été appliqués à chaque entreprise : celui de l'absence de fonds propres en fin de période d'observation ; celui de la chute brutale du chiffre d'affaires pendant la période, et celui de la rentabilité négative en fin de période. La Figure 15 présente les résultats ainsi obtenus. Dans un seul cas sur 39, les trois critères de risque se sont manifestés, dans 10 cas deux des critères ont pu être identifiés ; dans 13 cas un seul. Dans le reste, c'est-à-dire dans 15 cas sur 39 (!) il semblerait que la faillite soit survenue sans qu'aucun de ces critères n'ait joué !!

Dans un second temps, lors d'une séance de « brain storming » avec des experts, toutes les compétences et les imaginations ont été mises en commun pour trouver une ou plusieurs explications plausibles de la faillite, cas après cas. Là encore les diagnostics retenus par les experts figurent dans la Figure 15. Dans un troisième temps enfin, les diagnostics ont été regroupés en cinq catégories d'explication :

1. A (actionnaires): les situations où la cause de faillite semble liée au comportement de l'actionnaire de l'entreprise. Deux cas extrêmes; celui où l'actionnaire n'honore pas ses dettes (ses factures) par rapport à la filiale et l'accule ainsi à la faillite; ou celui où l'actionnaire prélève des liquidités dans la filiale et la vide de ses fonds propres. Ce type de comportements semble apparaître à 9 reprises sur 39 cas.
2. D (domino): il s'agit de situations où l'entreprise a réalisé des pertes suite à des problèmes de paiements de ses clients. 4 cas de ce type font partie de l'échantillon.
3. E (exploitation): il s'agit de situations classiques qui débouchent « naturellement » sur la faillite. Dans ces cas, les informations disponibles permettent de suspecter soit un effondrement du chiffre d'affaires, soit celui de la rentabilité avec les conséquences normales que de tels événements peuvent avoir sur la structure du bilan. L'exploitation semble expliquer 11 des 39 cas étudiés.
4. HE (hors exploitation): il s'agit de situations où des mouvements suspects apparaissent au bilan ce qui laisse entrevoir des activités hors-bilan. Deux types d'opérations sont visibles dans l'échantillon d'analyse: les pertes de valeur de l'immobilier autre que celui de l'entreprise, et les pertes sur les investissements financiers. Ce type de situation apparaît 10 fois dans la Figure 15;
5. I (inexplicable): comme son nom l'indique, il s'agit d'entreprises où les experts n'ont trouvé aucune explication plausible de faillite à partir de la lecture des ratios comptables correspondants. Cette situation revient 8 fois.

Si les cas fournis par le Crédit Suisse devaient s'avérer représentatifs des sociétés de capitaux qui font faillite, alors les causes d'échec se répartiraient de la manière suivante :

- dans 27% des cas, la faillite serait la conséquence directe d'un problème d'exploitation;
- dans 18% des cas, la faillite résulterait d'un pillage de l'entreprise par le ou les actionnaires;
- dans 10% des cas, la faillite serait la conséquence d'un effet domino;
- dans 25% des cas, le hors-exploitation aurait plombé l'entreprise;
- dans 20% des cas, la faillite aurait des causes comptablement insaisissables, ou serait liée à des événements trop rapides pour trouver un reflet comptable.

Il est à noter que pour 16 « grandes » entreprises (plus de 2 millions de bilan, tailles 3-5 dans la figure), la raison économique (E) n'apparaît que 3 fois – ce ne seraient donc pas des raisons liées à l'exploitation qui seraient les causes principales des faillites des « grandes » entreprises: ce serait le hors-exploitation et les actionnaires (maison-mères) qui porteraient la principale responsabilité. Pour les entreprises plus petites, l'exploitation viendrait en premier, le "comptablement inexplicable" en deuxième. Ce qui apparaît comme comptablement inexplicable, peut être partiellement éclairé par les analyses de la base de données qualitatives dans la section 2 du présent document. En effet, il pourrait s'agir, comme cela a été mentionné plus haut de querelles, de partenariats qui ont échoué, de problèmes de qualité et techniques. Le comportement des actionnaires, l'effet domino, et le hors-exploitation semblent, ce qui est assez logique compte tenu de leur peu de ressources, être relativement peu présent dans le cas des plus petites entreprises.

Les conclusions obtenues à ce stade sont au nombre de deux:

1. D'une part, plus de la moitié des faillites de sociétés de capitaux porterait sur des entreprises disposant d'une substance économique plus ou moins saine. En effet, les différentes analyses montrent que ce sont les facteurs externes (actionnaires, hors-exploitation ou effet domino) qui ont raison de 53% des cas, le solde étant soit inexplicable, soit relevant (27%) des problèmes liés à l'exploitation à proprement parler.
2. D'autre part, il s'ensuit que les critères classiques de liquidité et de rentabilité ne sont que d'une aide limitée pour déterminer le déclenchement des mesures, soit de précipitation de faillite, soit de préservation de la substance économique.

Dans la dernière phase de la recherche, afin de valider les conclusions sur la viabilité plausible des entreprises qui ont fait faillite, il s'agissait d'effectuer une comparaison entre les 39 entreprises en faillite et les entreprises saines dont l'OFS récolte les principaux agrégats comptables.

Figure 15: Raisons hypothétiques des faillites

Nombre d'années comptable reportées	Classe de taille & branche		Raisons de faillite & nombre				Observations - causes profondes de la faillite	Hypothèse Raison déterminante	
			FP négatifs	Baisse CA	Rentabilité négative	total			
No 12	4	5	Industrie	1	1	1	3	Pertes sur placements financiers	HE
No 04	4	2	Industrie		1	1	2	Créances sur maison-mère	A
No 19	4	2	Services		1	1	2	Chute CA, remboursement des actionnaires	A
No 20	2	3	Industrie		1	1	2	Dettes envers les actionnaires (problèmes avec débiteurs ??)	AD
No 01	4	1	Commerce	1	1		2	Effondrement CA	E
No 06	4	1	Industrie		1	1	2	Dissolution des réserves pour absorber les pertes	E
No 11	4	1	Services	1	1		2	Chute CA & surendettement	E
No 29	1	1	Commerce	1		1	2	Surendettement et pertes	E
No 31	4	2	Industrie	1	1		2	Dettes fournisseurs	E
No 10	4	3	Industrie		1	1	2	Débiteurs, baisse CA et pertes	E
No 16	1	4	Services	1		1	2	Pertes très élevées (Immobilier exploitation, hypothèques plus élevées - ??)	HE
No 02	4	1	Services	1			1	Créances sur maison-mère	A
No 14	4	2	Services		1		1	Dettes envers les actionnaires, immobilier hors exploitation	AE
No 18	1	2	Commerce			1	1	Débiteurs?	D
No 21	2	2	Industrie		1		1	Débiteurs?	D
No 17	1	3	Commerce	1			1	Faillite du fournisseur-créancier important ??	D
No 05	1	2	Commerce	1			1	Rentabilité forte avec surendettement	E
No 25	4	2	Services			1	1	Dissolution des réserves pour absorber les pertes	E
No 09	4	4	Commerce			1	1	Pertes dernière année	E
No 13	3	5	Services			1	1	Dissolution des réserves pour absorber les pertes	E
No 36	3	3	Industrie		1		1	Immobilier hors exploitation, perte de valeur	HE
No 15	4	4	Industrie		1		1	Immobilier hors exploitation (débiteurs - ??)	HE
No 38	1	1	Industrie	1			1	Beaucoup de liquidités	I
No 30	4	2	Industrie		1		1	Inexplicable	I
No 37	4	1	Commerce				0	Créances sur actionnaires, fortes participations (acquisition ratée - ??)	A
No 34	3	3	Services				0	Goodwill activé, créances sur les actionnaires	A
No 35	2	4	Industrie				0	Créances sur maison-mère, amortissements très élevés	A
No 39	1	5	Commerce				0	Créances sur la maison mère (Insolvabilité de la maison mère ??)	A
No 28	2	1	Services				0	Placements financiers ratés ??	HE
No 08	4	3	Commerce				0	Achat immobilier hypothèques, saine du point de vue opérationnel	HE
No 32	2	4	Industrie				0	Placements financiers ratés ??	HE
No 24	2	5	Industrie				0	Inexplicable (Investissements financiers ratés - ??)	HE
No 33	4	5	Industrie				0	Inexplicable, immobilier hypothéqué	HE
No 03	2	1	Commerce				0	Goodwill activé, financé par dette; (Aquisition erronée - ??)	I
No 07	4	1	Services				0	Inexplicable	I
No 26	4	1	Commerce				0	Inexplicable (CA expose)	I
No 27	2	2	Commerce				0	Inexplicable (Dettes fournisseurs ??)	I
No 23	4	3	Industrie				0	Inexplicable; (Plombée par les stocks ??)	I
No 22	3	4	Industrie				0	Hypothèque plus élevée que le gage, amortissements forts	I
			somme :	10	14	12	36		

Légende pour la colonne « Raison hypothétique » : A – attitude des actionnaires; D – effet domino; E – raisons liées à l'exploitation; HE – raisons liées aux activités hors-exploitation; I- Inexplicable

4. LES ENTREPRISES SAINES DE L'OFS

Pour les besoins de cette étude, l'OFS a mis à disposition les données comptables anonymes de 110 entreprises sur 8 ans, de 2000 à 2007. Les entreprises concernées se répartissent comme suit : 10 très grandes entreprises, 100 entreprises plus petites dont 40 commerciales, 40 industrielles et 20 de services. Les données de l'OFS ne suivant pas le même plan comptable que celles du Crédit Suisse, un effort de transformation a été nécessaire pour les rendre, ne serait-ce que partiellement, comparables.

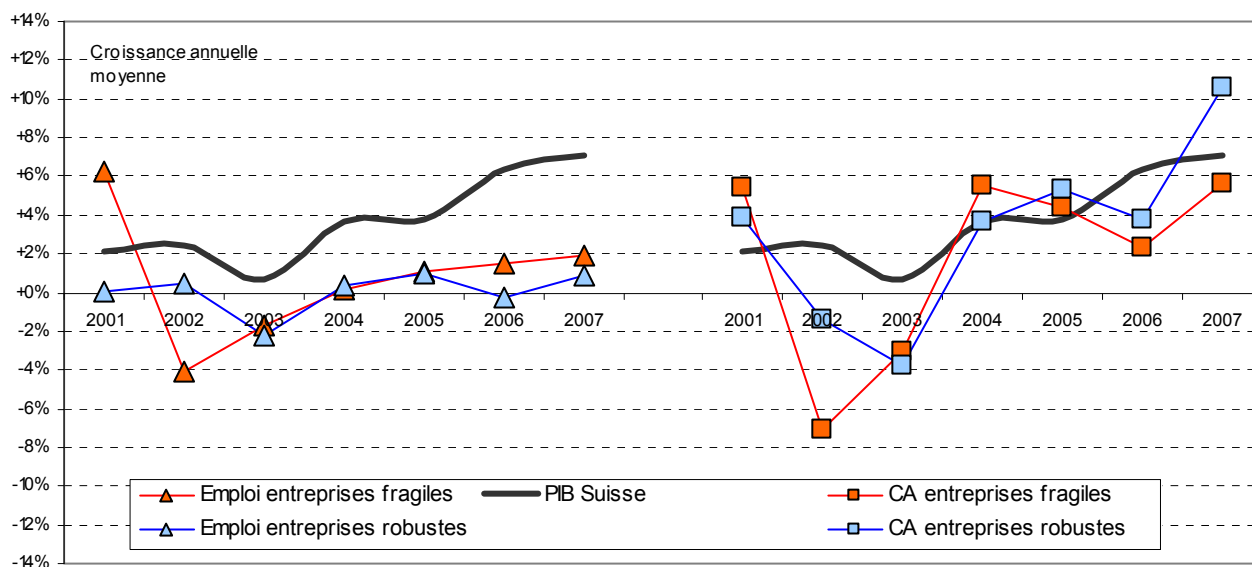
L'analyse a été articulée en trois étapes. La première consistait à mettre les évolutions des grands agrégats des entreprises en rapport avec la macro ; la seconde, à identifier dans cette population celles qui auraient connu des moments de faiblesse et ensuite d'en suivre l'évolution ; la troisième de procéder à une comparaison de l'EBITDA et du ratio des fonds propres dans les entreprises OFS et dans celles du Crédit Suisse.

4.1 L'évolution macro-économique

Le chiffre d'affaires des 110 cas d'entreprises communiqué par l'OFS s'élève à 20,2 milliards ce qui correspond à 5% du PIB suisse. Ces mêmes entreprises emploient aussi 5% de la main d'œuvre helvétique en 2007. (Pour plus de détail cf. Annexe 2).

De 2000 à 2007, le PIB suisse en termes nominaux a augmenté de 29% alors que le chiffre d'affaires des entreprises suivies a gagné 126%, la somme des bilans a presque doublé, et l'emploi dans ces entreprises a baissé de 0.7%. Cette évolution est en grande partie causée par les 10 très grandes entreprises incluses dans l'étude: elles représentent en fin de période 77% des bilans, 85% du chiffre d'affaires mais à peine 30% des emplois. Pendant les huit années, leur emploi a légèrement baissé, les bilans ont été multipliés par 3 et le chiffre d'affaires par 2,7. Du côté des 100 entreprises plus petites, les variations ont été très, très faibles.

Figure 16: Macro-économie et performance comptable de 100 PME



La Figure 16 compare l'évolution macro-économique de la Suisse (PIB nominal) avec celle des PME de l'échantillon OFS scindé en deux sous-groupes (cf. 4.2).

4.2 Les entreprises robustes et les entreprises fragiles

Afin de savoir si dans la population des entreprises saines (OFS) il y avait des cas qui présentaient des symptômes de fragilité comparables à ceux constatés chez les entreprises du Crédit Suisse, la population de ces 110 entreprises a été coupée en deux. D'un côté les entreprises qui, à un moment donné entre 2000 et 2007, ont soit vu les fonds propres descendre à 8% ou en dessous, soit avaient un niveau d'endettement tel qu'il faudrait plus de 15 ans de EBITDA pour permettre le remboursement ; de l'autre côté les entreprises dites « robustes ».

Il est surprenant de constater que 60 des 110 entreprises appartiennent au groupe des « fragiles », les 50 restantes étant dans les « robustes ». Dans chacun des deux groupes se trouvent 5 grandes entreprises, le reste étant des petites.

La comparaison des évolutions de ces quatre groupes est surprenante:

- Les grandes « fragiles » multiplient leur bilan par 4.6, le chiffre d'affaires par 3 et réduisent légèrement l'emploi, alors que les grandes « robustes » divisent par deux le bilan, réduisent légèrement l'emploi et augmentent le chiffre d'affaires de 20%. Rappelons que pendant cette période le PIB nominal augmente de 29%.
- Les petites « fragiles » font du « sur place » (+ ou – quelques pourcents) alors que les « robustes » sont à peine plus dynamiques (+19% de chiffre d'affaires et 13% d'accroissement de bilan).

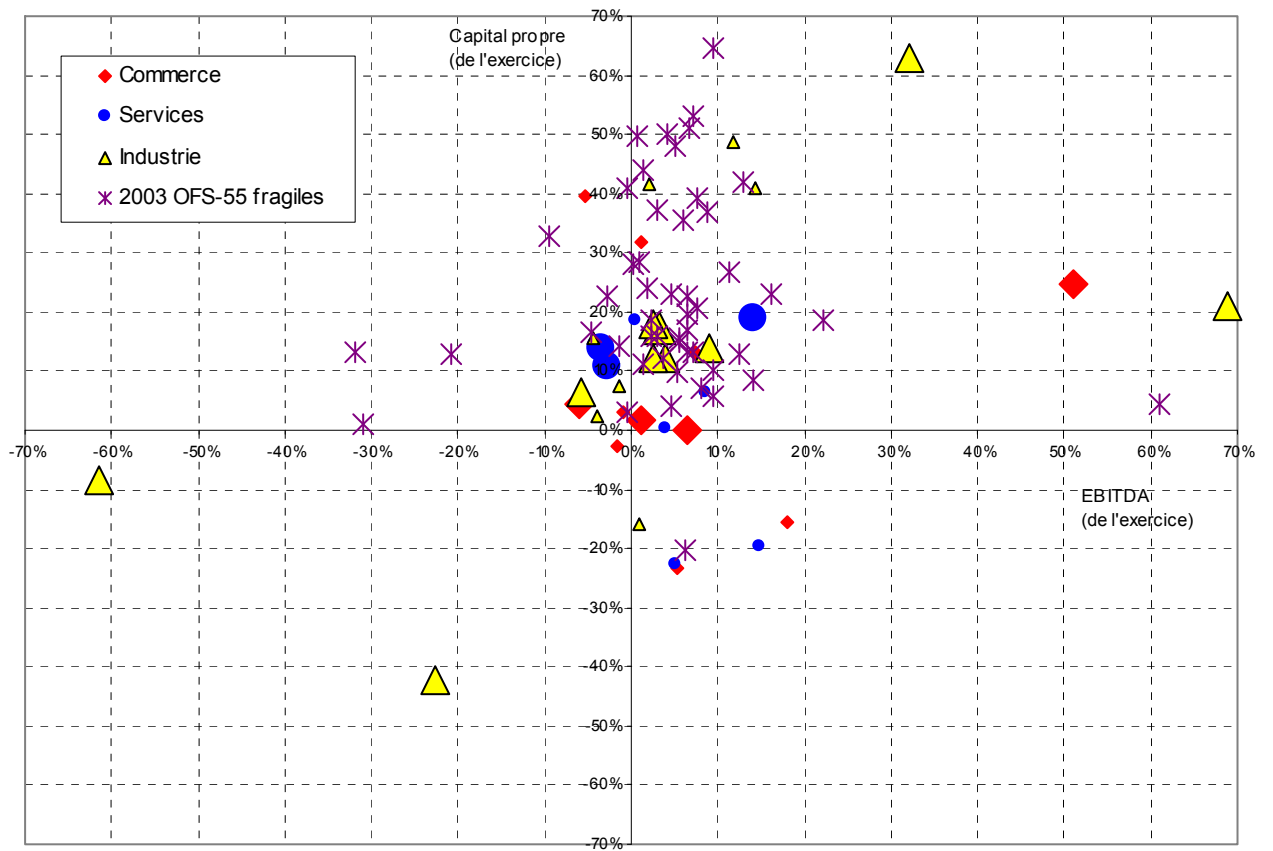
Une fois de plus, ces conclusions suggèrent que dans le cas des grandes entreprises les signes comptables de fragilité sont en fait synonymes d'une vitalité économique incomparable. Cependant, quand il s'agit d'entreprises plus petites, les signes de fragilité se traduisent effectivement par des résultats plus faibles.

4.3 Les EBITDA et les fonds propres

Pour compléter l'analyse comparative des cas de faillite avec les entreprises de l'OFS, la Figure 17 permet de comparer du point de vue du niveau de fonds propres et de celui de l'EBITDA d'une part les 55 PME fragiles identifiées dans les données de l'OFS avec les mêmes ratios des 39 entreprises qui ont fait faillite selon Crédit Suisse. L'année 2003 a été retenue pour les données OFS parce qu'elle montre que les entreprises en question ont survécu au moins jusqu'en 2007.

Mis à part la partie « Sud » où figurent seulement les entreprises ayant des fonds propres négatifs, donc en faillite, dans les autres parties du cadran, y compris avec des rentabilités très négatives et des fonds propres faibles, apparaissent aussi bien les entreprises saines que les faillites. Ce n'est qu'une observation de plus qui conduit à relativiser la valeur prédictive.

Figure 17: Les ratios-clés des 55 entreprises « fragiles » (OFS) et des 39 faillites (Crédit Suisse)



5. CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

L'analyse qui précède s'est déroulée en quatre étapes, dont chacune a apporté un élément pour répondre à la question de savoir quels critères pouvaient, le cas échéant, servir de déclencheur des procédures judiciaires en matière de faillite.

En montrant la grande hétérogénéité du tissu économique de la Suisse, la première partie a mis en évidence le fait que les acteurs économiques susceptibles d'être confrontés à des risques de faillite sont en majorité de très petite taille et n'ont pas nécessairement la forme d'une société de capitaux.

L'analyse qualitative de 400 cas de faillite a confirmé d'une part que beaucoup de faillites concernaient des entreprises jeunes et petites, que la faillite avait souvent lieu soit à cause d'un « accident » peu prévisible, soit parce que la croissance étant insuffisante, et qu'enfin le danger était perçu par les protagonistes que bien tardivement, à peine quelque mois avant la fin. Certes, parmi les 400 cas, il y a aussi des entreprises plus grandes et plus vieilles qui ont subi une érosion plus lente de leur chiffre d'affaires et probablement de leurs fonds propres. On peut penser qu'une partie des faillites suites à « un accident » ont lieu dans des entreprises où il y a une certaine substance économique que le législateur pourrait envisager de vouloir préserver.

L'analyse de 39 cas de faillites d'entreprises a apporté, elle aussi, quelques conclusions inattendues : tout d'abord les indicateurs comptables, même juste avant la faillite ne sont pas systématiquement dans le rouge, ensuite, les entreprises meurent avant tout pour des raisons peu liées à l'exploitation. On peut donc supposer que dans les entreprises en faillite il y a – ou il y avait peu avant – une certaine substance et une capacité de création de valeur ajoutée.

L'analyse de 110 cas d'entreprises saines communiquées par l'OFS et leur comparaison avec les 39 citées plus haut a apporté deux éclairages complémentaires. D'une part, des signes comptables de fragilité se trouvent fréquemment aussi parmi les entreprises dites saines. D'autre part, l'interprétation de ces critères pose problème. En effet, il semblerait que leur signification soit fonction de la taille : chez les grandes entreprises, ces signes annoncent une capacité de croissance sans pareil, alors que chez les plus petites, ils permettent d'identifier des entreprises qui effectivement s'avèrent moins performantes.

Au terme de ce travail d'investigation quatre recommandations s'imposent:

1. Si le législateur voulait encourager la préservation de la substance économique et un éventuel redémarrage de l'entreprise, il devrait envisager des modalités d'intervention différenciée en fonction de l'âge et de la taille de l'entreprise. Une modalité rapide destinée aux composantes très fragiles du tissu économique, une autre modalité plus rigoureuse, plus lente et plus coûteuse pour les entreprises plus grandes ;
2. Le recours aux critères classiques de pré-alerte, comme la liquidité et la solvabilité, ne semble pas donner de résultats probants. Ces critères devraient être ramenés au rang de critères secondaires, le premier plan devrait être occupé par la responsabilité de ceux qui ont une vision stratégique de l'entreprise : le conseil d'administration et la direction. La pré-alerte devrait leur incomber, comme peut-être, dans certains cas, à la banque.

3. Le fait que nombre de faillites ne sont pas causées directement par l'exploitation renforce, d'une part, l'idée que la préservation de la substance peut être une option intéressante et, d'autre part, que les statuts de l'entreprise devraient être plus restrictifs en matière de buts et d'objet social admis de manière à éviter ainsi les risques liés aux « accidents » hors-exploitation qui mettent en danger la survie de l'exploitation.
4. Finalement, la mise en place de mesures limitant les chances de faillites par « accident », notamment dans le cas des jeunes pousses, devrait avoir un effet positif sur la création d'entreprises et sur l'esprit d'entreprise en Suisse.

ANNEXE 1: UN EXEMPLE DES DONNÉES FOURNIES PAR LE CRÉDIT SUISSE

No 34	Aktiven	1998	1999	2000
	100% = Total Aktiven	in %	in %	in %
Bilanzgrössen - ordnung: 2'000'000-6'000'000 CHF	Kassa	0%	0%	0%
	Post	0%	0%	0%
	Bankguthaben	0%	0%	0%
Betriebsleistungs- Grössenordnung: 5'000'000-10'000'000 CHF	Kurzfristige Wertschriften	0%	0%	0%
	Wechsel / Checks	0%	0%	0%
	Flüssige Mittel	0%	0%	0%
	Forderungen aus L&L ggü. Dritten	2%	2%	2%
Branche: Dienstleistung	Forderungen aus L&L ggü. Konzernges.	2%	0%	0%
	Delkredere (-)	0%	0%	0%
	Forderungen aus L&L	4%	2%	2%
	Übrige Konzernforderungen	0%	0%	0%
	Anzahlungen an Lieferanten	0%	0%	0%
	Aktive Rechnungsabgrenzungen	1%	3%	2%
	Übrige Forderungen	0%	0%	0%
	Weitere Forderungen	1%	3%	2%
	Handelswaren	0%	0%	0%
	Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe	2%	3%	3%
	Angefangene Arbeiten	0%	0%	0%
	Fertigfabrikate	0%	0%	0%
	Vorräte u. angef. Arbeiten	2%	3%	3%
	Umlaufvermögen	7%	8%	7%
	Mobiliar, Fahrzeuge	18%	19%	16%
	Maschinen, Werkzeuge	2%	2%	2%
	Übrige Mobilien	0%	0%	0%
	Mobilien	19%	21%	18%
	Betriebliche Immobilien	0%	0%	0%
	Nichtbetriebliche Immobilien	11%	0%	0%
	Immobilien	11%	0%	0%
	Sachanlagen	30%	21%	18%
	Beteiligungen	5%	4%	4%
	Langfristige Wertschriften	0%	0%	0%
	Langfristige Forderungen ggü. Dritten	6%	11%	11%
	Langfristige Forderungen ggü. EK-Gebern	20%	20%	26%
	Langfristige Forderungen ggü. Konzernge	0%	0%	0%
	Übriges finanzielles Anlagevermögen	0%	0%	0%
	Finanzanlagen	32%	35%	41%
	Patente, Marken, Lizenzen	0%	0%	0%
	Goodwill	30%	35%	33%
	Übriges immaterielles Anlagevermögen	1%	1%	1%
	Immaterielles Anlagevermögen	31%	36%	34%
	Anlagevermögen	93%	92%	93%

Passiven	1998	1999	2000
100% = Total Passiven	in %	in %	in %
Kurzfristige Bankverbindlichkeiten	13%	4%	2%
Pflichtlagerwechsel	0%	0%	0%
Andere kurzfr. Finanzverbindlichkeiten	0%	0%	0%
Kurzfristige Finanzverbindlichkeiten	13%	4%	2%
Wechselschulden	0%	0%	0%
Verbindlichkeiten aus L+L Dritter	33%	33%	23%
Verbindlichkeiten aus L+L von Konzernges.	5%	5%	7%
Verbindlichkeiten aus L+L	38%	38%	30%
Übrige Konzernverbindlichkeiten (zinsfrei)	0%	0%	0%
Anzahlungen von Kunden	0%	0%	0%
Passive Rechnungsabgr., kfr. Rückstellung	8%	7%	7%
Ausschüttungen	0%	0%	0%
Übrige Verbindlichkeiten	12%	5%	27%
Weitere kurzfristige Verbindlichkeiten	21%	12%	34%
Kfr. Fremdkapital	72%	54%	66%
Langfristige Bankverbindlichkeiten	16%	14%	14%
Hypothekarverbindlichkeiten	0%	0%	0%
Lfr. Verbindlichkeit ggü. Dritten	6%	14%	9%
Lfr. Verbindlichkeiten ggü. EK-Gebern	0%	0%	0%
Lfr. Verbindlichkeiten ggü. Konzernges.	0%	0%	0%
Anleihen, Privatplatzierungen	0%	0%	0%
Langfristige Finanzverbindlichkeiten	22%	28%	23%
Langfristige Rückstellungen	3%	0%	0%
Übriges langfristiges Fremdkapital (zinsfrei)	0%	0%	0%
Weiteres langfristiges Fremdkapital	3%	0%	0%
Lfr. Fremdkapital	25%	28%	23%
Fremdkapital	97%	82%	89%
Minderheitsanteile	0%	0%	0%
Kapital	2%	9%	8%
Nicht einbezahltes Kapital (-)	0%	0%	0%
Aufwertungsreserven	2%	0%	0%
Kapitalreserven	65%	0%	0%
Gesetzl. / Weitere oblig. Reserven nach GV	0%	0%	0%
Gewinnreserven nach GV	-67%	9%	3%
Eigenkapital	3%	18%	11%
Entwicklung Bilanzsumme: (100% = Jahr 1)	100%	78%	80%

Erfolgsrechnung	1998	1999	2000
100% = Betriebsleistung	in %	in %	in %
Handelsertrag	0%	0%	0%
Produktionsertrag	0%	0%	0%
Dienstleistungsertrag	0%	0%	0%
Erlösminderungen (-)	0%	0%	0%
Nettoumsatz	100%	100%	100%

Waren und Leistungen für Privat	0%	0%	0%
Eigenleistungen und Eigenverbrauch	0%	0%	0%
Best.änderungen Arbeiten aus Prod./DL	0%	0%	0%
Betriebsleistung	100%	100%	100%
Handelswarenaufwand	0%	0%	0%
Materialaufwand	25%	25%	27%
Aufwand für Drittleistungen	0%	0%	0%
Best.änderungen Handelsw. / RHB-Stoff	0%	0%	0%
Aufwand für Material, Waren und DL	25%	25%	27%
Bruttogewinn	75%	75%	73%
Personalaufwand Produktion, Handel, DL	47%	45%	47%
Übriger Personalaufwand	0%	0%	0%
Privatbezüge Personengesellschaft	0%	0%	0%
Personalaufwand	47%	45%	47%
Raumaufwand	11%	11%	12%
Unterhalts -/ Reparaturaufwand	2%	2%	2%
Leasingaufwand	0%	0%	0%
Vertriebs- / Werbeaufwand	0%	0%	1%
Verwaltungsaufwand	5%	6%	8%
Übriger Betriebsaufwand	6%	7%	7%
Betrieblicher Sachaufwand	24%	26%	29%
EBITDA	3%	3%	-3%
Abschreibungen	2%	4%	2%
Bildung(+)/ Auflösung(-) von Rückstellun	0%	0%	0%
EBIT	1%	-1%	-5%
Finanzertrag	0%	1%	1%
Finanzaufwand	3%	2%	2%
Buchgewinn(+)/-verlust(-) Equitybewertun	-3%	-1%	-1%
Finanzergebnis	-2%	-1%	-6%
Betriebserfolg vor Steuern	0%	0%	1%
Nichtbetrieblicher Ertrag	0%	0%	0%
Nichtbetrieblicher Aufwand	0%	0%	0%
Buchgewinn aus Verkauf von AV	0%	0%	0%
Ausserordentlicher Ertrag	7%	7%	1%
Ausserordentlicher Aufwand	1%	0%	0%
Nicht liquiditätswirk. Ertrag(+)/Aufwand(-)	0%	0%	0%
Nichtbetrieblicher und a.o. Erfolg	6%	7%	2%
Unternehmenserfolg vor Steuern	4%	5%	-4%
Steuern	0%	0%	0%
Minderheitsanteile	0%	0%	0%
Unternehmenserfolg	3%	5%	-4%

Entwicklung Betriebsleistung (100% = Jahr 1) 100% 156% 113%

ANNEXE 2: LA VISION CONSOLIDÉE DES DONNÉES TRANSMISES PAR L'OFS

L'ENSEMBLE DES ENTREPRISES

2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2000 à 2007
------	------	------	------	------	------	------	------	-------------

Economie nationale

Produit intérieur brut selon l'approche de la production

En millions de francs, à prix courants	761'536	777'784	796'705	801'721	831'425	863'091	918'237	982'924	+29%
Variation en % par rap. à l'année précédente	-	2.1%	2.4%	0.6%	3.7%	3.8%	6.4%	7.0%	3.7%

dernière colonne à droite **croissance globale entre 2000 et 2007** ou moyenne des taux de croissance annuels



		total							110 cas	
SOMME	Taille du bilan (1'000'000CHF):	5'324	7'237	8'162	8'724	8'875	9'533	10'202	10'521	+98%
		-	36.0%	12.8%	6.9%	1.7%	7.4%	7.0%	3.1%	+10.7%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):	8'964	9'446	10'595	13'155	14'669	16'939	18'592	20'222	+126%
		-	5.4%	12.2%	24.2%	11.5%	15.5%	9.8%	8.8%	+12.5%
MOYENNE	Emploi	16'370	16'688	16'439	16'358	16'367	16'304	15'870	15'561	-5%
		-	1.9%	-1.5%	-0.5%	0.1%	-0.4%	-2.7%	-1.9%	-0.7%
MOYENNE	Taille du bilan (1'000'000CHF):		+1.9%	-1.2%	-2.5%	+2.0%	+0.5%	+3.2%	+3.5%	+1.1%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):		+5.8%	-4.5%	-4.3%	+6.7%	+4.6%	+3.0%	+8.4%	+2.8%
	Emploi		+7.8%	-2.6%	-2.5%	-0.2%	+0.6%	+0.7%	+2.1%	+0.8%

Chiffre d'affaires opérationelle / PIB suisse

1.2% 1.2% 1.3% 1.6% 1.8% 2.0% 2.0% 2.1%

		Les grandes entreprises							10 cas	
SOMME	Taille du bilan (1'000'000CHF):	2'531	4'537	5'497	6'105	6'119	6'829	7'572	7'775	+207%
		-	79.3%	21.1%	11.1%	0.2%	11.6%	10.9%	2.7%	+19.6%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):	6'245	6'642	7'981	10'603	12'044	14'211	15'815	17'221	+176%
		-	6.4%	20.1%	32.9%	13.6%	18.0%	11.3%	8.9%	+15.9%
MOYENNE	Emploi	4'923	5'240	5'280	5'530	5'497	5'504	5'007	4'540	-8%
		-	6.4%	0.8%	4.7%	-0.6%	0.1%	-9.0%	-9.3%	-1.0%
MOYENNE	Taille du bilan (1'000'000CHF):		+33.1%	+3.5%	-4.2%	+1.9%	+1.0%	+7.7%	-2.2%	+5.8%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):		+2.9%	+3.8%	+3.3%	+7.1%	+3.9%	+3.6%	+8.5%	+4.7%
	Emploi		+13.6%	+3.3%	+2.3%	-1.1%	+1.7%	-7.2%	-2.5%	+1.4%
MEDIANE	Taille du bilan (1'000'000CHF):	140.3	145.0	178.9	162.0	154.6	132.7	132.8	121.0	-14%
		-	3.3%	23.4%	-9.5%	-4.5%	-14.2%	0.0%	-8.9%	-1.5%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):	243.4	274.6	278.0	245.3	258.6	264.2	278.5	320.9	+32%
		-	12.8%	1.3%	-11.8%	5.4%	2.2%	5.4%	15.3%	+4.4%
MEDIANE	Emploi	458.0	474.0	458.5	487.5	499.0	507.5	424.5	403.0	-12%
		-	3.5%	-3.3%	6.3%	2.4%	1.7%	-16.4%	-5.1%	-1.5%

ANNEXE 3: LA VISION CONSOLIDÉE DES ENTREPRISES « ROBUSTES » ET DES ENTREPRISES « FRAGILES »

ENTREPRISES ROBUSTES	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2000 à 2007
---------------------------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------	-------------------

Economie nationale

Produit intérieur brut selon l'approche de la production

En millions de francs, à prix courants	761'536	777'784	796'705	801'721	831'425	863'091	918'237	982'924	+29%
Variation en % par rap. à l'année précédente	-	2.1%	2.4%	0.6%	3.7%	3.8%	6.4%	7.0%	3.7%

dernière colonne à droite croissance globale entre 2000 et 2007 ou moyenne des taux de croissance annuels



		total							50 cas	
SOMME	Taille du bilan (1'000'000CHF):	1'820	2'196	1'811	1'807	1'832	1'867	1'839	1'516	-17%
		-	20.7%	-17.5%	-0.2%	1.4%	1.9%	-1.5%	-17.5%	-1.8%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):	2'265	2'352	2'294	2'235	2'347	2'491	2'536	2'690	+19%
		-	3.9%	-2.5%	-2.6%	5.0%	6.2%	1.8%	6.1%	+2.5%
Emploi		7'504	7'596	7'546	7'430	7'480	7'586	7'426	7'183	-4%
		-	1.2%	-0.7%	-1.5%	0.7%	1.4%	-2.1%	-3.3%	-0.6%

MOYENNE	Taille du bilan (1'000'000CHF):	+2.7%	-5.9%	-0.9%	+7.0%	+3.2%	+5.5%	+5.7%	+2.5%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):	+3.9%	-1.7%	-3.7%	+3.9%	+5.5%	+3.6%	+9.8%	+3.0%
	Emploi	+0.9%	+0.1%	-2.1%	+0.4%	+1.6%	-0.7%	+0.6%	+0.1%

Chiffre d'affaires opérationelle / PIB suisse

0.3% 0.3% 0.3% 0.3% 0.3% 0.3% 0.3% 0.3%

		Les grandes entreprises							5 cas	
SOMME	Taille du bilan (1'000'000CHF):	965	1'353	1'016	1'011	984	1'013	961	547	-43%
		-	40.2%	-24.9%	-0.5%	-2.6%	3.0%	-5.2%	-43.1%	-4.7%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):	1'073	1'139	1'120	1'094	1'156	1'240	1'269	1'274	+19%
		-	6.2%	-1.7%	-2.3%	5.6%	7.3%	2.4%	0.3%	+2.6%
Emploi		2'416	2'594	2'553	2'587	2'595	2'723	2'577	2'252	-7%
		-	7.4%	-1.6%	1.3%	0.3%	4.9%	-5.4%	-12.6%	-0.8%

MOYENNE	Taille du bilan (1'000'000CHF):	+12.8%	-9.6%	-0.4%	+5.8%	+8.1%	+14.1%	-21.3%	+1.4%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):	+4.2%	-3.7%	-2.8%	+5.6%	+6.4%	+2.3%	+2.6%	+2.1%
	Emploi	+8.1%	-3.0%	-1.1%	+0.7%	+6.7%	-4.7%	-2.1%	+0.6%

MEDIANE	Taille du bilan (1'000'000CHF):	85.8	88.5	90.6	88.5	86.6	96.5	141.1	86.4	+1%
		-	3.1%	2.4%	-2.3%	-2.1%	11.4%	46.3%	-38.8%	+2.8%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):	166.1	162.6	149.6	146.1	153.3	161.7	172.3	196.3	+18%
		-	-2.1%	-8.0%	-2.4%	4.9%	5.5%	6.5%	13.9%	+2.6%
Emploi		382.0	370.0	348.0	340.0	348.0	356.0	369.0	446.0	+17%
		-	-3.1%	-5.9%	-2.3%	2.4%	2.3%	3.7%	20.9%	+2.5%

**DÉTECTION SIGNE
FRAGILITÉ**

2000 2001 2002 2003 2004 2005 2006 2007 2000 à 2007

Economie nationale

Produit intérieur brut selon l'approche de la production

En millions de francs, à prix courants	761'536	777'784	796'705	801'721	831'425	863'091	918'237	982'924	+29%
Variation en % par rap. à l'année précédente	-	2.1%	2.4%	0.6%	3.7%	3.8%	6.4%	7.0%	3.7%

dernière colonne à droite croissance globale entre 2000 et 2007 ou moyenne des taux de croissance annuels



		total								60 cas
SOMME	Taille du bilan (1'000'000CHF):	3'504	5'041	6'351	6'917	7'042	7'670	8'363	9'005	+157%
		-	43.9%	26.0%	8.9%	1.8%	8.9%	9.0%	7.7%	+15.2%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):	6'699	7'094	8'301	10'921	12'322	14'447	16'056	17'532	+162%
		-	5.9%	17.0%	31.6%	12.8%	17.2%	11.1%	9.2%	+15.0%
MOYENNE	Emploi	8'866	9'092	8'893	8'928	8'887	8'718	8'444	8'378	-6%
		-	2.5%	-2.2%	0.4%	-0.5%	-1.9%	-3.1%	-0.8%	-0.8%
MOYENNE	Taille du bilan (1'000'000CHF):		+6.6%	-0.3%	+0.5%	+6.9%	-2.6%	-0.0%	+5.0%	+2.3%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):		+5.1%	-5.4%	-1.9%	+5.9%	+4.2%	+2.6%	+6.4%	+2.4%
	Emploi		+7.4%	-2.8%	-1.1%	-0.1%	+0.6%	+0.5%	+1.5%	+0.9%

Chiffre d'affaires opérationelle / PIB suisse

0.9% 0.9% 1.0% 1.4% 1.5% 1.7% 1.7% 1.8%

		Les grandes entreprises								5 cas
SOMME	Taille du bilan (1'000'000CHF):	1'566	3'185	4'480	5'094	5'135	5'816	6'611	7'228	+362%
		-	103.4%	40.7%	13.7%	0.8%	13.3%	13.7%	9.3%	+27.8%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):	5'172	5'503	6'861	9'509	10'888	12'971	14'545	15'947	+208%
		-	6.4%	24.7%	38.6%	14.5%	19.1%	12.1%	9.6%	+17.9%
MOYENNE	Emploi	2'507	2'646	2'727	2'943	2'902	2'781	2'430	2'288	-9%
		-	5.5%	3.1%	7.9%	-1.4%	-4.2%	-12.6%	-5.8%	-1.1%
MOYENNE	Taille du bilan (1'000'000CHF):		+53.4%	+16.6%	-7.9%	-2.1%	-6.2%	+1.2%	+16.8%	+10.3%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):		+1.6%	+11.3%	+9.4%	+8.7%	+1.4%	+5.0%	+14.4%	+7.4%
	Emploi		+19.0%	+9.6%	+5.7%	-2.8%	-3.4%	-9.7%	-2.9%	+2.2%

MEDIANE	Taille du bilan (1'000'000CHF):	241.1	284.6	216.1	177.6	174.9	145.6	124.4	145.0	-40%
		-	18.0%	-24.1%	-17.8%	-1.6%	-16.8%	-14.5%	16.5%	-5.7%
	Chiffre d'affaires opérationelle (1'000'000CHF):	952.4	653.5	586.9	542.0	551.2	424.8	391.0	365.5	-62%
		-	-31.4%	-10.2%	-7.6%	1.7%	-22.9%	-8.0%	-6.5%	-12.1%
MEDIANE	Emploi	534.0	578.0	569.0	731.0	684.0	659.0	480.0	360.0	-33%
		-	8.2%	-1.6%	28.5%	-6.4%	-3.7%	-27.2%	-25.0%	-3.9%