

Les expériences des PME en cas de poursuite pour dettes et faillite

On enregistre tous les ans, environ 4000 faillites de sociétés et 20 000 radiations au registre du commerce, ce qui souligne l'importance de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite (LP) dans la transformation que subit le monde de l'entreprise. Le Secrétariat d'État à l'économie (seco) a, par conséquent, soumis la LP à un test PME. Les auteurs ont eu, dans ce cadre, des entretiens avec onze (anciennes) entreprises, mais également avec deux services de consultants pour PME, la division crédit d'une grande banque, une société de «leasing» et un représentant d'un office cantonal des poursuites et faillites.

Il semble, à première vue, paradoxal d'étudier l'attrait que la poursuite pour dettes et faillite peut représenter pour l'esprit entrepreneurial, alors que précisément l'ouverture d'une telle procédure signifie la «fin» de l'entreprise. La réglementation contenue dans la LP a, cependant, une influence décisive sur la possibilité de fonder, après une faillite, une nouvelle entreprise ou de réussir à assainir une entreprise qui s'enfoncerait dans des difficultés financières. Les effets anticipés revêtent une importance au moins équivalente: si un entrepreneur potentiel doit partir du principe qu'en cas d'échec, il sera, jusqu'à la fin de sa vie, étiqueté socialement comme failli et harcelé financièrement, les incitations à se rendre indépendant seront infiniment plus faibles que pour les sociétés qui donnent à l'initiative entrepreneuriale une deuxième chance et limitent, en conséquence, les responsabilités financières en cas d'échec.

La principale difficulté en matière de poursuite pour dettes et faillite consiste à trouver un équilibre optimum entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs. Si les frais de faillite sont trop élevés, on empêche ainsi la création de nouvelles entreprises et on encourage de manière exagérée un comportement évitant tout risque. Si, par contre, on protège insuffisamment les intérêts des créanciers, les frais de règlement des paiements augmentent en même temps que se réduisent les disponibilités en fonds externes nécessaires à la fondation et l'exploitation des entreprises.

Les principaux résultats en résumé

On a reporté, dans le *tableau 1*, les principaux résultats issus des entretiens avec les onze (anciennes) entreprises. Une première conclusion s'impose: le droit en matière de faillite

connaît une ouverture considérable; on ne saurait expliquer autrement le nombre important d'entreprises qui ont poursuivi leur activité dans notre enquête. Des structures encore en état de fonctionner économiquement peuvent manifestement être transférées sous une nouvelle forme en vertu du droit en vigueur. Cette voie n'est, cependant, pas toujours empruntée, ce qui rejoint une seconde conclusion, toute aussi importante, à savoir l'importance des problèmes personnels. On peut se demander si ces derniers doivent être considérés comme des déclencheurs ou une conséquence des difficultés de l'entreprise, ou les deux à la fois. Ces problèmes personnels compliquent, en tous cas, souvent le sauvetage des places de travail.

Ces constatations préliminaires positives étant faites par principe, il y a cependant certains comportements et dispositions légales des pouvoirs publics qui entravent, voire empêchent un esprit d'entreprise approprié de se manifester. Nous examinerons cette question de manière plus détaillée ci-après en suivant, pour ainsi dire chronologiquement, le déclin de l'entreprise jusqu'à un nouveau départ éventuel.

La procédure d'introduction de la poursuite par voie de faillite

Tous nos interlocuteurs ont qualifié les modalités de la procédure d'introduction de bonnes. Il y a un équilibre judicieux entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs. Ce qui pose, cependant, problème, ce sont les frais élevés et la perte de temps occasionnés par la mainlevée d'une opposition. En l'absence de reconnaissances de dette claires, les frais et la durée d'un procès civil peuvent facilement entraîner la PME dans une faillite en chaîne. Il serait donc bon, à ce stade de la procédure, de chercher des améliorations dans le procès civil.

Les créanciers publics

Comme les entretiens l'ont montré, il y a, au plan de la souplesse, des différences marquées entre les créanciers publics et privés. Les derniers se montrent, dans l'ensemble, plus accommodants, à condition que le débiteur recherche activement le dialogue. Un bon nombre des entreprises interrogées ont réussi à obtenir, de l'AVS et des impôts directs, une prolongation



Peter Balastèr
Chef du secteur
Croissance et politique
de la concurrence,
Secrétariat d'État à
l'économie (seco), Berne



Dominic Senn
Secteur Croissance
et politique de la concurrence,
Secrétariat d'État à l'économie
(seco), Berne

Tableau 1

L'évolution des entreprises visitées

| Société | Forme juridique | Problème | Catégories d'après la LP ^a | Situation actuelle |
|---------|--------------------------|--|--|--|
| A | Raison individuelle | Demande trop faible; problèmes personnels | Poursuites en cours | Continuation de l'activité de l'entreprise, dépendance du service social |
| B | Raison individuelle | Demande trop faible | Poursuites en cours | Continuation de l'activité de l'entreprise, cependant sans inscription au registre du commerce |
| C | Raison individuelle | Perte massive de clients; problèmes personnels | Concordat extrajudiciaire | Nouvel exploitant. Continuation de l'activité de l'entreprise. Incapacité de travail de l'ancien expl. |
| D | Raison individuelle | Incap. de travail par suite d'acc., pas d'ass. d'indemn. journ. pour maladie | Faillite de la société avec faillite personnelle consécutive | Nouvel exploitant. Continuation de l'activité de l'entreprise. Ancien exploitant comme employé |
| E | Raison individuelle | Surendettement; incapacité de travail par suite d'accident | Faillite de société avec faillite personnelle consécutive | Nouvel exploitant. Continuation de l'activité de l'entreprise. Ancien exploitant comme employé |
| F | Raison individuelle | Problèmes personnels | Faillite personnelle | Liquidation de l'entreprise |
| G | Société en nom collectif | Perte massive de clients; problèmes personnels | Faillite de la société | Liquidation de l'entreprise |
| H | Société en nom collectif | Surendettement | Concordat judiciaire par abandon d'actifs | Nouvel exploitant. Continuation de l'activité de l'entreprise |
| I | S. à. r. l. | Perte massive de clients | Faillite de la société | Dissolution de l'entreprise |
| K | S. à. r. l. | Surendettement | Faillite de la société | Création d'une nouvelle société |
| L | SA | Surendettement | Concordat judiciaire par abandon d'actifs | L'entreprise est dissoute |

a LP: Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite.

Source: seco / La Vie économique

des délais de paiement ou à convenir d'un règlement par tranches. En ce qui concerne l'AVS, on doit, cependant, ajouter qu'elle ne se montre accommodante qu'en ce qui concerne la part prélevée sur le salaire de l'entrepreneur, mais non en ce qui concerne les cotisations des employés. On trouve des différences analogues entre les impôts directs qui dépendent du rendement de l'entreprise, et la taxe sur la valeur ajoutée que l'entreprise doit reverser sans délai au fisc, le consommateur étant le sujet visé par cet impôt.

Le concordat

La procédure de concordat permet aux entreprises, aux prises avec des difficultés de paiement, de régler, tout en continuant l'exploitation, leurs problèmes financiers avec les créanciers, de manière à ce que tous les intéressés se trouvent dans une situation meilleure que dans le cas d'une faillite. La loi en vigueur depuis 1997 a considérablement facilité l'accès à la procédure de concordat. Si un tel accord se réalise avec le concours d'un tribunal (le concordat peut être, dans ce cas, imposé aux différents créanciers par voie d'ordonnance judiciaire), on parle d'un concordat judiciaire, sinon d'un concordat extrajudiciaire (voir *encadré 1*).

Il est significatif que les trois sociétés qui ont choisi la voie de la procédure de concordat, ont été rendues attentives à cette possibilité par un consultant externe et ont pu négocier celui-ci avec son concours. Comme les entrepreneurs avec les entreprises qui ont fait faillite

l'ont indiqué, celles-ci n'ont absolument pas été informées ou seulement partiellement sur la possibilité d'un concordat judiciaire ou extrajudiciaire.

Les créanciers publics

En ce qui concerne le comportement des créanciers publics, il s'avère que ces derniers sont nettement plus accommodants en présence d'une procédure de concordat judiciaire qu'extrajudiciaire. Au vu de la différence d'importance des deux procédures pour les PME, cela se répercute clairement à leur désavantage.

L'assurance en cas d'insolvabilité

La baisse soudaine d'une partie importante du volume des commandes a déclenché la faillite de plusieurs des sociétés que nous avons visitées, bien que le volume d'affaires conservé aurait, en réalité, permis de continuer d'exploiter l'entreprise sans employés. Cela n'a, cependant, pas été possible, car les charges salariales des employés, après la soudaine chute des commandes, ont continué à courir pendant trois mois. Les sociétés ont manqué ainsi de liquidités et n'ont plus pu éviter la faillite.¹ Les salaires impayés des employés ont été réglés, après l'ouverture de la faillite, par l'assurance en cas d'insolvabilité qui, de son côté, a revendiqué, dans la procédure de faillite, les cotisations d'assurance payées.

Les chefs d'entreprise de PME ont souvent un âge où il ne retrouveront que difficilement un travail après la faillite de leur société. Il faut donc se demander s'il ne serait pas plus

1 De nombreuses entreprises répugnent à libérer la main-d'œuvre avant que l'autorisation du chômage partiel leur soit confirmée de sorte que les charges salariales continuent à courir, malgré l'absence de travail.

2 Entre autres pratiques courantes, il existe la création d'une nouvelle société sous un nouveau nom ou à un nouveau domicile par un autre membre de la famille, en laissant des factures fiscales en souffrance. Le cas échéant, cela peut se doubler d'un recours abusif à des indemnités de chômage partiel.

3 Celles-ci représentent, cependant, encore un bon tiers de toutes les nouvelles inscriptions au registre du commerce à ce jour. Source: Creditreform, Communiqué de presse du 15 janvier 2002.

judicieux, en cas de conservation d'un certain volume d'affaires, que la direction de l'entreprise puisse continuer l'activité, sans faillite, en bénéficiant de la souplesse de l'assurance en cas d'insolvabilité, et ceci dans le cadre d'un concordat extrajudiciaire. Une telle solution devrait, toutefois, être liée à des obligations draconiennes, car, comme l'administration de la taxe sur la valeur ajoutée, le service juridique de l'assurance-chômage relève également un important nombre d'abus sous le régime actuel de la faillite.² Il paraît ici indiqué de vérifier, de cas en cas, le droit de la direction de l'entreprise à des prestations en cas d'insolvabilité. Actuellement, l'absence du droit des conjointes aux prestations, quelle que soit la fonction qu'elles occupaient dans l'entreprise, peut conduire également à des cas pénibles, difficilement justifiables, et constitue de toute façon un désavantage du mariage par rapport au concubinage.

La procédure de faillite

En cas de faillite, le paiement des créanciers s'effectue normalement selon le principe de l'égalité de traitement (exception faite des dettes de la masse, des créances garanties par des droits de gage et celles privilégiées des créanciers de première et de deuxième classe). Au cours de la période précédant l'ouverture de la faillite, des paiements à caractère sélectif sont, cependant, effectués à des créanciers déterminés. La sélection de ces derniers peut revêtir une importance considérable pour pouvoir continuer l'activité sous une autre forme, mais reste, juridiquement parlant, très délicate. Le fait de verser des salaires aux employés, sans transférer simultanément à l'AVS leurs cotisations échues, peut, par exemple, aisément aboutir à une condamnation pénale; l'information qui met en garde contre un tel comportement délictueux n'est, cependant, pas facile à trouver.

Alors qu'au cours de la période précédant immédiatement la faillite, il existe ainsi des incertitudes juridiques, la réalisation de l'exécution forcée par les offices des faillites se déroule, la plupart du temps, sans accroc, aux dires de la plupart de nos interlocuteurs. Le comportement des préposés aux faillites a, notamment, été qualifié en majorité de positif, avec une exception, lorsque la procédure durait trop longtemps.

L'ordre des créanciers a été également, presque à l'unanimité, reconnu comme judicieux. Il convient, toutefois, de tenir compte de la tendance croissante à «l'externalisation», car, suite à l'échec d'une entreprise qui a versé des salaires trop élevés dans le cadre d'une cascade de faillite, les dispositions légales n'opèrent pas de manière idéale. L'entreprise qui, par exemple, a fourni des prestations «exter-

nalisées» par Swissair, s'est plainte du fait que ses créances, qui ne représentaient que des salaires, figuraient dans une autre classe que celle des salaires des pilotes.

Après la faillite

Les propriétaires d'une entreprise individuelle ou les associés d'une société en nom collectif continuent, en règle générale, d'être poursuivis à titre personnel après la faillite de l'entreprise et de faire constamment l'objet, de la part de leurs créanciers, de saisies, surtout sur le salaire, à concurrence du minimum vital. Pour échapper à cette situation, le débiteur peut requérir sa faillite personnelle. L'ancien failli a alors droit à un train de vie conforme à sa condition et ne doit pas simplement être astreint au minimum vital prévu dans le droit des poursuites. La part du revenu saisissable au titre du «retour à meilleure fortune» est, en pratique, calculée en accordant un supplément au minimum vital prévu par le droit des poursuites. Ces suppléments couvrent, du moins, les impôts directs et, éventuellement, des dépenses spécifiques auxquelles le débiteur doit faire face comme chef d'entreprise. Les tribunaux des différents cantons donnent, en l'occurrence, une interprétation extrêmement large de la notion de «retour à meilleure fortune».

En ce qui concerne les actes de défaut de biens résultant de la faillite, le délai de prescription est de vingt ans en Suisse, contre un à douze ans dans tous les autres pays de l'OCDE. Cette donnée ne tient pas compte, en outre, du fait que de nouvelles poursuites basées sur le retour à meilleure fortune peuvent constamment renouveler cette supputation des délais. La seule réduction du délai n'entraînerait, en conséquence, qu'un surcroît de travail administratif, sans rien changer en réalité. Il ressortait clairement des entretiens que ce délai de prescription des actes de défaut de biens, excessivement long en comparaison internationale, peut clairement entraver la création d'une nouvelle entreprise après une faillite.

Pour apporter une note restrictive, on doit dire que les actes de défaut de biens n'ont une importance effective qu'à l'égard des personnes physiques,³ puisque l'existence des personnes morales prend fin avec la clôture de la faillite, qui rend sans objet les actes de défaut de biens délivrés contre elles. Les anciens associés d'une S.à.r.l. ou les anciens actionnaires d'une SA ne sont concernés que s'ils étaient garants à titre personnel de leur entreprise, ce qui est toutefois typique, au moins lors de la création d'une nouvelle société. Cette situation doit être comparée avec celle d'autres États de l'OCDE, où les personnes qui officiaient comme organes directeurs dans une société qui a fait faillite, ne

Encadré 1

Les frais d'une procédure de concordat judiciaire

Pour les petites et micro-entreprises, une procédure de concordat judiciaire n'entre pratiquement pas en ligne de compte en raison des frais élevés engendrés par le recours à un commissaire, requis la plupart du temps, et les conseils d'un avocat d'affaires. C'est ainsi que les frais du commissaire, pour l'entreprise H – qui occupait environ 30 employés – se sont élevés à 300 000 francs.

C'est aussi en raison de sa taille moyenne que l'entreprise L., qui recourt actuellement à un concordat judiciaire, n'a pu réunir que les fonds pour l'avance des frais au commissaire et les conseils d'un avocat d'affaires.

Les interlocuteurs dans les administrations ont également signalé les frais élevés du commissaire aux autorités. On a fait valoir que les quelques sociétés spécialisées dans ce métier n'assumaient aucun risque d'entrepreneur, puisque l'État répond des actes du commissaire. On a également mis l'accent sur le fait qu'au cas où les juges n'accordent pas les mandats à l'Office des faillites, mais à des tiers, ils sont libres dans l'attribution des mandats et s'en tiendraient à des adresses connues (pas d'appel d'offres etc.).

peuvent être de nouveau inscrits au registre du commerce comme organe d'une nouvelle société, qu'après un délai de quelques années. La durée de ce délai est fixée dans certains pays par le juge des faillites, selon le degré de la responsabilité dans la chute de l'entreprise.

L'introduction, en Suisse, d'une réduction du délai de prescription des actes de défaut de biens au même niveau que les autres pays de l'OCDE, paraît indiquée si l'on veut que les raisons individuelles et les sociétés en nom collectif demeurent des formes juridiques usuelles (cela dans d'autres domaines que ceux dotés d'assurances de responsabilité civile professionnelle spécifiques, comme chez les médecins et les avocats).⁴ Cela est d'autant plus valable que le rachat d'actes de défaut de biens de créanciers publics est difficile, voire impossible. Il paraît, en particulier, concevable que les délais de prescription soient fixés de cas en cas, ou soient plus courts pour une première faillite, au sens d'une «deuxième chance», que pour les suivantes. On pourrait, à l'inverse, renforcer les possibilités de sanction à l'égard des organes directeurs dans des sociétés de capitaux, lorsque ceux-ci provoquent la faillite sciemment ou par négligence.⁵

Les influences d'autres domaines du droit

L'assurance de la direction de l'entreprise contre la maladie et l'accident apparaît plus importante que la protection des indépendants contre le chômage, demandée occasionnellement, et ce, dans la période au cours de laquelle l'entreprise marche encore bien ou est en cours de développement. Si l'on ne veut pas défendre la cause de l'assurance obligatoire d'indemnités journalières en cas de maladie, l'information sur l'importance d'une assurance-accidents et d'indemnités journalières en cas de maladie fait partie, en tout cas, de la matière première de tout cours à l'attention des futurs directeurs d'entreprise. En ce qui concerne l'assurance des indépendants contre le chômage, irréalisable finalement du point de vue actuariel, on pourrait maintenir la protection sociale en la rattachant à des précédents rapports de travail. Les assurances privées pourraient, par exemple, prolonger le droit ainsi acquis à l'allocation de chômage au-delà du délai-cadre de la loi sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), qui a été prorogée lors de la dernière révision.

Le passage à une imposition indépendante de la forme juridique pourrait entraîner l'augmentation du nombre des SA et des S.à.r.l. et la diminution de celui des raisons individuelles. Cela atténuerait, dans plusieurs cas, les conséquences des faillites, comme dans le cas de cette entreprise visitée, qui, après dix ans d'ac-

tivité commerciale fructueuse, a renoncé à se transformer en SA, à cause de la double imposition du bénéfice de l'entreprise et des dividendes, et qui, dix ans plus tard, est, pourtant, tombée en faillite, lorsque, par pure coïncidence, plusieurs clients établis ont fait défaut en même temps (à la suite de départ, etc.).

Dans un autre cas, la cause principale de la faillite s'est révélée être le degré élevé de stress de l'entrepreneur, engendré par une procédure de divorce. Dans quelle mesure et par quel moyen on pourrait au moins arriver à accélérer la procédure de divorce, ne peut être arrêté ici.

Une discussion au sein du forum PME

Au sein du forum PME, l'absence définitive de prescription des actes de défaut de biens a été jugée un problème mineur, à l'opposé de ce que fait l'OCDE lorsqu'elle reproche à la Suisse, dans ses enquêtes comparatives, des déficits en matière d'environnement propice à l'esprit d'entreprise. En effet, les conditions posées à la fondation d'une S. à. r. l. sont, actuellement, si minimes qu'une exclusion de responsabilité peut être obtenue presque trop facilement, à condition toujours que les créanciers importants ne s'obstinent pas à exiger un cautionnement personnel.

On a, par contre, reconnu qu'il était difficile, pour les directeurs de petites et micro-entreprises, d'accéder à des renseignements importants pour eux dans le domaine de la législation en matière de poursuite pour dettes et faillite. Au moment où ils auraient le plus besoin de renseignements, ils ne disposent plus, la plupart du temps, des ressources nécessaires, en temps et en argent, pour se les procurer. Cela les conduit ainsi à laisser passer les possibilités d'assainissement et à prendre des décisions erronées qui compliqueront, par la suite, un nouveau départ. Pour améliorer la situation, on trouvera ici toute une gamme de possibilités qui doivent être exploitées, comme par exemple:

- une adjonction à l'offre internet du seco pour les PME (www.pmeinfo.ch) de renseignements sur la législation en matière de poursuite pour dettes et faillites et sur les possibilités de conclure un concordat;
- l'intégration, dans des cours pour créateurs d'entreprise existants, d'un module sur la législation en matière de poursuite pour dettes et faillite, comprenant un bref exposé sur la jurisprudence en matière de comportement frauduleux avant la faillite;
- la remise de documentation sur le déroulement de la procédure de faillite par les préposés aux poursuites et d'adresses de services de consultation par le juge de paix, dans la mesure où il intervient dans le cours de la procédure de poursuite.

Encadré 2

Un service de consultation spécialisé

Un service de consultation spécialisé dans l'assainissement des petites et micro-entreprises est souvent engagé par des offices cantonaux et des communes pour éviter que les indépendants ne recourent à l'aide sociale. Sa carrière professionnelle a permis au fondateur du service de consultation d'acquiescer toutes les qualifications que requiert une telle tâche, à savoir:

- de solides connaissances en comptabilité pour interpréter les comptes de l'entreprise, souvent mal tenus;
- des qualifications en matière de gestion d'entreprise pour pouvoir évaluer, de manière réaliste, les possibilités d'assainissement;
- un engagement social pour pouvoir affronter, avec compréhension, des dirigeants d'entreprises souvent plongés également dans des difficultés personnelles;
- une grande crédibilité personnelle, pour pouvoir «vendre» aux créanciers, un abandon de créances.

⁴ Reste à savoir si le succès relatif de la S.à.r.l. doit être recherché dans les modifications apportées au droit des sociétés de capitaux (par ex. l'augmentation du capital minimum des SA) ou si les sociétés de personnes n'ont pas perdu de leur attractivité (responsabilité civile pour les produits, entre autres).

⁵ La poursuite sur le plan pénal des organes d'une société, en vertu de l'art. 152 CP «Faux renseignements sur des entreprises commerciales» ne s'applique que très rarement, selon les témoignages des instances administratives interrogées et ne vise absolument pas, selon le libellé de l'article, la situation débattue ici.