



## Rapport 2024-DSJS-13

5 novembre 2024

**Faillites et faillites abusives : de nouvelles mesures et de nouveaux outils doivent être mis en place pour promouvoir notre économie cantonale et encourager les entreprises responsables**

*Nous avons l'honneur de vous soumettre le rapport sur le postulat des députés Catherine Esseiva et Jean-Daniel Wicht sur la lutte contre les faillites abusives, la promotion de notre économie cantonale et l'encouragement des entreprises responsables.*

## Table des matières

<b>1</b>	<b>Résumé du postulat et réponse du Conseil d'Etat</b>	<b>2</b>
<b>2</b>	<b>Constat sur les faillites abusives</b>	<b>2</b>
<b>2.1</b>	<b>Définition</b>	<b>2</b>
<b>2.2</b>	<b>Statistiques</b>	<b>3</b>
2.2.1	Comparaisons intercantionales	3
2.2.2	Dénonciations pénales par secteur d'activité à Fribourg	3
<b>3</b>	<b>Frais causés par les faillites abusives</b>	<b>4</b>
<b>4</b>	<b>Mesures à mettre en place</b>	<b>4</b>
<b>4.1</b>	<b>Au niveau fédéral</b>	<b>4</b>
<b>4.2</b>	<b>Au niveau cantonal</b>	<b>5</b>
<b>5</b>	<b>Conclusion</b>	<b>5</b>

---

# 1 Résumé du postulat et réponse du Conseil d'Etat

---

Par postulat déposé et développé le 26 mai 2023, les députés Catherine Esseiva et Jean-Daniel Wicht demandent en substance un rapport sur les faillites abusives.

Ils constatent qu'il existe un nombre important de faillites et faillites abusives d'entreprises. Les auteurs souhaitent que le Conseil d'Etat analyse la situation des faillites dans notre canton, principalement des faillites abusives, par secteur d'activité et type de société, pour en cibler les failles et déterminer les mesures à prendre afin d'améliorer la situation.

Par réponse du 31 octobre 2023, le Conseil d'Etat a indiqué que l'analyse demandée était intéressante et répondait à une préoccupation actuelle. Cependant, la problématique a déjà été traitée au niveau fédéral. En effet, le 18 mars 2022, les Chambres fédérales ont adopté la loi fédérale contre l'usage abusif de la faillite. Les modifications de lois et adaptations d'ordonnances entreront en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2025. Sur la base de ces considérations, le Conseil d'Etat a proposé au Grand Conseil de rejeter ce postulat.

Le 20 décembre 2023, le Grand Conseil a tout de même accepté le postulat.

## 2 Constat sur les faillites abusives

---

### 2.1 Définition

A l'heure actuelle, le droit de la faillite est fréquemment détourné pour fausser la concurrence au détriment des créanciers. Les débiteurs utilisent la faillite pour échapper à leurs obligations, faisant supporter une partie des pertes aux assurances sociales<sup>1</sup>.

En Suisse, plus de 15'000 procédures de faillites sont ouvertes chaque année. Il est toutefois difficile de savoir combien d'entre elles peuvent être qualifiées d'abusives<sup>2</sup>. Actuellement, il n'existe en effet pas de définition légale de la notion de faillite abusive ou d'abus dans la faillite, ni de critère quantitatif. Déterminer un seuil minimal de faillites à partir duquel il y a lieu de considérer que le comportement d'un dirigeant de droit ou de fait d'une entité juridique est problématique voire illicite, serait une approche trop rigide et pourrait avoir des effets indésirables en pratique. Le Conseil fédéral a lui-même retenu dans son message du 26 juin 2019 concernant la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite que « *la faillite abusive revêt[ait] plusieurs facettes qu'il [était] difficile de décrire dans une définition générale. C'est la pierre d'achoppement dans la recherche de mesures efficaces pour lutter contre les faillites abusives.* »<sup>3</sup>

De plus, le nombre de procédures de faillites étant très élevé, il est impossible de juger au cas par cas si, et pour quel motif, elle est abusive<sup>4</sup>. Selon la doctrine, s'il était nécessaire de définir cette notion, il s'agirait de la répétition de certains actes, notamment la multiplication de déconfitures d'entités juridiques par une même personne ou un même groupe de personnes, qui éludent les obligations légales et financières auxquelles sont tenues toutes les entreprises<sup>5</sup>. Cependant, « *la suspension de la faillite fautive d'actif est un signe que le juge a été sollicité trop tard* » et pourrait être

---

<sup>1</sup> Rapport explicatif du 25 octobre 2023, Modification de l'ordonnance sur le registre du commerce et de l'ordonnance sur le casier judiciaire informatique VOSTRA – Lutte contre l'usage abusif de la faillite p. 2

<sup>2</sup> Message du 26 juin 2019 concernant la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite (FF 2019 4977 p. 4980).

<sup>3</sup> *Idem*, p. 4996.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 4981.

<sup>5</sup> EQUEY David, Insolvabilité organisée et « serial failers », in : Jusletter 27 Février 2023.

le signe d'une faillite abusive. Or, plus de 40 % des faillites sont suspendues pour cette raison<sup>6</sup>. Cependant, la faillite d'une entreprise peut relever du risque entrepreneurial ou de la conséquence d'une mauvaise conjoncture.

Ainsi, en l'absence de définition précise, il est difficile d'élaborer des statistiques officielles et donc de déterminer notamment les pertes sur les créances des collectivités publiques concernant « ce type » de faillites.

## 2.2 Statistiques

### 2.2.1 Comparaisons intercantionales

Un tableau comparatif entre les différents cantons romands comprenant le nombre de faillites en rapport avec le nombre de dénonciations pénales de 2021 à 2023 a été établi et se résume comme suit :

Cantons	2021		2022		2023		Total		Représentation en pourcentage
	Nombre de faillites	Nombre de plaintes	Nombre de faillites	Nombre de plaintes	Nombre de faillites	Nombre de plaintes	Nombre de faillites	Nombre de plaintes	
Fribourg	181	15	253	16	256	28	690	59	8,55%
Genève	750	11	757	31	854	49	2361	91	3,85%
Jura	44	3	33	4	49	6	126	13	10,32%
Neuchâtel	82	9	105	17	107	18	294	44	14,97%
Valais	183	20	199	39	237	54	619	113	18,26%
Vaud	681	40	679	30	784	35	2144	105	4,9%

Selon ce tableau, il est constaté que l'Office des faillites du canton de Fribourg dépose en moyenne une vingtaine de dénonciations pénales par année (15 en 2021, 16 en 2022 et 28 en 2023). Au total, dans le canton de Fribourg, 8,55 % des dossiers de liquidation pour des faillites de personnes morales ou physiques inscrites au Registre du commerce font donc l'objet d'une dénonciation pénale transmise par l'Office des faillites auprès du Ministère public fribourgeois.

En comparaison avec les autres cantons romands, il n'y a pas lieu de considérer que Fribourg est en retard quant à la lutte contre les faillites abusives ou frauduleuses. Il se situe dans la moyenne.

### 2.2.2 Dénonciations pénales par secteur d'activité à Fribourg

Voici le schéma récapitulatif des dénonciations pénales par secteur d'activité :

Domaine d'activité	2021	2022	2023	Total
Construction	8	10	18	36
Service	6	5	7	18
Restauration	1	1	3	5
<b>Total</b>	<b>15</b>	<b>16</b>	<b>28</b>	<b>59</b>

Durant ces 3 dernières années, nous pouvons constater que plus de 60% des dénonciations pénales concernaient des sociétés actives dans le domaine de la construction. Ces chiffres s'expliquent par le fait qu'il est plus facile de « s'improviser » peintre en bâtiment, maçon, ferrailleur, installateur sanitaire etc. que médecin, expert-comptable ou ingénieur. Il est également plus aisé de fonder une société, en particulier une société à responsabilité limitée (Sàrl) en Suisse, en constituant un capital-actions de CHF 20'000.00 et par la suite se voir confier quelques mandats pour l'exécution de travaux à des prix défiant toute concurrence, ce qui permet d'encaisser une certaine somme d'argent rapidement.

<sup>6</sup> Message du 26 juin 2019 concernant la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite (FF 2019 4977 p.4980).

---

Cela étant, ces personnes ne tiennent pas de comptabilité, ne remplissent pas de décomptes de charges sociales / TVA ou de déclarations fiscales et engagent fréquemment des collaborateurs payés « au noir ». Une fois quelques mandats conclus, les dettes s'accumulent et les structures sont mises en liquidation par voie de faillite.

Subséquent, ces mêmes personnes malintentionnées fondent une nouvelle société et reproduisent ce schéma en toute légalité.

Certaines personnes se spécialisent également dans le « fossoyage » d'entreprise, en particulier dans le secteur de la construction. Il s'agit d'une activité rentable consistant à se faire rémunérer afin de reprendre une société très endettée ou déjà en surendettement. Le but de cette activité est d'accompagner la société jusqu'à sa mise en liquidation et d'assumer les éventuelles conséquences civiles et pénales concernant la gestion de cette dernière en lieu et place du dernier dirigeant démissionnaire. L'objectif n'est en aucun cas d'assainir la société ni d'en poursuivre l'exploitation.

### **3 Frais causés par les faillites abusives**

---

En 2023, le montant des pertes financières à la suite de procédures de faillites ordinaires et sommaires est de 2 milliards de francs, dont CHF 289'647.00 pour le canton de Fribourg<sup>7</sup>. A ce jour, il n'existe toutefois aucune statistique due aux faillites abusives. En effet, ni les frais administratifs et économiques, les pertes liées aux créances des collectivités publiques ou les montants des charges sociales, des impôts et autres TVA impayés n'ont fait l'objet d'une étude en raison de la difficulté, voire l'impossibilité, de délimiter à quel moment la faillite peut être qualifiée d'abusives.

### **4 Mesures à mettre en place**

---

#### **4.1 Au niveau fédéral**

Les autorités politiques fédérales tentent depuis quelques années d'entreprendre des démarches afin de lutter contre les faillites frauduleuses ou l'usage abusif de la faillite tout en procédant à des modifications de lois. A titre d'exemple, il convient de mentionner les modifications apportées à l'art. 43 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite (LP ; RS 281.1), à l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC ; RS 221.411) et celles de la loi fédérale sur le casier judiciaire informatique VOSTRA (LCJ ; RS 330). Les changements apportés à ces dispositions entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2025. De même, la révision des art. 67 et 67a CP permettra à nos autorités pénales de prononcer une interdiction d'exercer une fonction dirigeante dans une société ou d'être titulaire d'une raison individuelle. Les autorités pénales auront ainsi des outils à disposition pour limiter les récidives.

Lors des débats parlementaires, le Parlement a supprimé les chiffres 1 et 1bis de l'art. 43 LP, qui prévoyaient que la poursuite par voie de faillite était 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 et le recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire. Dorénavant ces créances de droit public, comme les créances fiscales, seront poursuivies par voie de faillite. Cela devrait permettre d'empêcher les personnes et les sociétés qui ne paient pas leurs créances de continuer à participer aux activités commerciales et de causer des dommages supplémentaires à la

---

<sup>7</sup> Office fédéral de la statistique, Communiqué de presse du 9 avril 2024 : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/actualites/communiqués-presse.assetdetail.31186341.html> (site consulté le 02.08.2024).

---

collectivité ainsi qu'aux autres acteurs économiques<sup>8</sup>. Un certain temps devra toutefois s'écouler dès l'entrée en vigueur de ces dispositions pour observer les premiers effets de ces nouvelles mesures.

D'autres mesures concrètes pourraient être entreprises et se résument comme suit.

Premièrement, au niveau du code pénal, les peines-menaces pourraient être relevées, par exemple avec l'introduction de peines minimales excluant les peines pécuniaires.

Deuxièmement, il s'agirait d'être au bénéfice d'une autorisation ou d'un permis permettant l'inscription et l'exploitation d'une raison individuelle, d'une Sàrl ou d'une SA, avant d'occuper une fonction dirigeante dans lesdites sociétés. En effet, une personne souhaitant exploiter un restaurant doit bénéficier d'une patente délivrée par les autorités compétentes. Il existe également d'autres permissions octroyées par des autorités comme le permis de conduire, le permis de chasse ou de pêche. Une formation devrait être suivie afin d'acquérir les compétences requises pour établir des comptes, une comptabilité, une déclaration fiscale ou des décomptes TVA / charges sociales.

Troisièmement, il conviendrait de faire bloquer une partie du capital social d'une Sàrl ou le capital-actions d'une SA sur un compte bancaire lors de leur constitution, ce qui permettrait de faire office de garantie pour le paiement des créanciers en cas de faillite.

Les mesures proposées ci-dessus devraient permettre de mieux lutter contre les faillites abusives mais elles relèvent de la compétence de la Confédération.

## 4.2 Au niveau cantonal

La marge de manœuvre dont les autorités cantonales disposent dans la lutte contre les faillites abusives réside essentiellement dans la détermination de la dotation en ressources humaines des autorités judiciaires et de l'Office cantonal des faillites. Les cantons qui ont de meilleurs taux de dénonciations pénales, comme Neuchâtel et Valais, disposent en effet d'un ou une juriste dans l'effectif de leur Office des faillites. Dans le canton de Vaud, le service de l'Ordre Judiciaire vient de créer quatre postes de juristes qui seront partagés entre les offices des poursuites et faillites. Cela permettra d'observer les effets de ces emplois sur les futures dénonciations pénales déposées par ces offices.

Il est à relever que, dans le cadre de l'arrêté du 26 mars 2024 relatif à la politique de lutte contre la criminalité (ACE 2024-323), le Conseil d'Etat et le Procureur général retiennent que la charge de travail en lien avec la criminalité économique sera alourdie par l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les faillites abusives et conviennent de renforcer la dotation des cellules économiques du Ministère public, dans le cadre du processus budgétaire usuel.

## 5 Conclusion

---

Au final, l'étude démontre que les cantons peuvent agir essentiellement en allouant suffisamment de ressources humaines affectées aux procédures de faillites pour lutter davantage contre celles qui sont abusives par le biais de procédures pénales. La digitalisation des processus et la mise en ligne des prestations des offices de poursuites et faillites contribue également à tempérer les besoins liés à l'augmentation de la population. A Fribourg, le Conseil d'Etat cherche à octroyer aux entités concernées une dotation suffisante en personnel dans le cadre de la procédure budgétaire habituelle, tout en tenant compte des autres besoins à assouvir et des perspectives financières préoccupantes annoncées pour les années 2025 à 2028.

Pour le reste, le domaine relève de la compétence de la Confédération, qui a déjà prévu une réforme dans ce domaine, avec une entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2025.

---

<sup>8</sup> Message du 26 juin 2019 concernant la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite (FF 2019 4977 p. 4990 et 4991).