

LE REGARD DU DROIT DE L'INSOLVABILITÉ SUR LE DROIT DE LA RÉVISION

Des graves péchés du législateur et des chances qu'offre la révision du droit de la société anonyme

En examinant le droit de la révision et le droit de la société anonyme du point de vue du droit de l'insolvabilité, on peut tirer des conclusions sur les points où le droit des sociétés montre des faiblesses et crée de fausses incitations. Sur la base de ces déficiences du système, quelques suggestions spécifiques peuvent être faites pour améliorer le droit des sociétés.

1. INTRODUCTION

Le législateur succombe lui aussi à certaines modes, dont l'une consiste à réduire les coûts de la réglementation pour les entreprises. Cette tendance a donné naissance au droit pour les micro-entreprises de renoncer au contrôle restreint (système d'opting-out). Ce faisant, le législateur a occulté ou ignoré le coup porté à l'économie en cas d'insolvabilité de l'entreprise. Cet article traite de la corrélation entre les assouplissements du droit des sociétés et leurs conséquences en droit de l'insolvabilité.

2. LES CONCEPTS JURIDIQUES ET LA RÉALITÉ CONCRÈTE

2.1 En droit des sociétés

2.1.1 L'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes.

Pour pouvoir évaluer la situation économique d'une entreprise, il est essentiel de tenir une comptabilité. Celle-ci permet de protéger les capitaux propres, constitue un instrument de gestion et autorise la reddition des comptes aux organes de direction et d'administration [1].

Le droit des sociétés impose à toutes les personnes morales l'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes (art. 957, al. 1, ch. 2, CO).

Une comptabilité en bonne et due forme nécessite des connaissances et des aptitudes spécifiques. Dans les PME, et tout particulièrement dans les micro-entreprises, qui

comptent moins de dix salariés, les dirigeants ont souvent du mal à comprendre et à réaliser l'importance des chiffres financiers, et donc de la comptabilité [2]. Une comptabilité établie en temps utile et fiable fait donc souvent défaut aux jeunes entreprises et aux micro-entreprises, de même que des chiffres de base, qui permettent pourtant de constater l'état de la capacité de paiement et de la rentabilité et à quel moment une insolvabilité, une perte de capital ou un surendettement menace ou existe [3].

La pratique montre que dans les entreprises qui recourent à un prestataire extérieur pour leur comptabilité, la qualité et la fiabilité des données numériques disponibles est bien meilleure que dans les structures qui tiennent la comptabilité en interne, sans personnel qualifié [4].

2.1.2 Révision et opting-out. Les sociétés ouvertes au public et les «grandes» entreprises sont obligatoirement soumises à un contrôle ordinaire (art. 727 CO). Toutes les autres sociétés ne sont en principe tenues que de se soumettre à un contrôle restreint (art. 727a CO). Sur les quelque 400 000 sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée suisses, seules 10 000 sont des «grandes» entreprises soumises à un contrôle ordinaire, de sorte que près de 390 000 entreprises devraient être soumises à un contrôle restreint [5].

L'organe de révision revêt une fonction importante. Il vérifie le respect des dispositions légales relatives à la présentation des comptes (art. 727 ss CO). Il est l'organe de contrôle, il sert les intérêts des associés, des créanciers ainsi que la collectivité [6], il dresse un rapport à l'intention du conseil d'administration (art. 728b, al. 2, art. 728c, al. 1 CO) et de l'assemblée générale (art. 728b, al. 2, art. 728, al. 1 et 7, art. 729c CO), il convoque si nécessaire une assemblée générale (art. 699, al. 1 en relation avec l'art. 725 CO), et il avise au besoin le tribunal de la faillite si l'organe de direction reste inactif (art. 728c, al. 3, art. 729c CO). La révision par un organe de contrôle externe joue donc un rôle essentiel en tant que système d'alerte précoce [7].



FRANCO LORANDI,
PROF. DR. IUR., AVOCAT,
HOLENSTEIN BRUSA LTD
LEGAL + TAX

Les sociétés dont l'effectif ne dépasse pas dix emplois à plein temps (micro-entreprises) peuvent, moyennant le consentement de l'ensemble des actionnaires, renoncer au contrôle restreint (art. 727a, al. 2, CO). Cette possibilité existe dès la création de l'entreprise. Elle est excessivement utilisée, notamment (mais pas exclusivement) par les sociétés nouvellement constituées: en 2020, 89,05 % des SA et 99,13 % de Sàrl ont recouru à l'opting-out lors de leur création [8].

En prenant pour base l'ensemble des SA et des Sàrl suisses, la part des sociétés qui possèdent un organe de révision est passée de 64 % en 2005 à moins de 20 % en 2020 [9], et même à environ 16 % actuellement [10]. L'exception de l'opting-out est devenue la règle. Le contrôle restreint n'intervient donc plus que très rarement. La majeure partie des PME suisses fonctionnent donc sans révision ni organe de révision.

2.1.3 L'avis de surendettement au tribunal de la faillite (art. 725 CO).

En cas de perte de la moitié du capital, l'organe d'administration est tenu de convoquer une assemblée générale et de solliciter des mesures d'assainissement (art. 725, al. 1, art. 820, al. 1, art. 903 CO). S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, il convient de dresser un bilan intermédiaire aux valeurs de continuation de l'exploitation et de liquidation et de le soumettre à un réviseur agréé pour vérification. Si le surendettement n'est pas couvert par les propositions, l'organe d'administration doit aviser le tribunal de la faillite (art. 725, al. 2, art. 820, al. 1, art. 903, al. 2 CO).

Si la société est manifestement surendettée et que l'organe d'administration omet d'en aviser le tribunal de la faillite, l'organe de révision avertit ce dernier (art. 728c, al. 3, art. 729c, art. 818, al. 1, art. 906, al. 1 CO). Si l'entreprise dispose d'un organe de révision, celui-ci peut faire en sorte d'obtenir au préalable un dépôt de bilan rapide, en agissant auprès de l'organe d'administration afin que celui-ci respecte rapidement ses obligations [11]. Une possibilité d'influence qui s'étiole, puisqu'une majorité des PME n'ont pas d'organe de révision, du fait de l'opting-out.

2.2 En droit de l'insolvabilité

2.2.1 Ouverture de la faillite par suite de l'avis de surendettement de l'organe d'administration.

Une fois avisé, le juge de la faillite ouvre d'office la procédure de faillite (art. 192 LP). Si ces notifications peuvent intervenir n'importe quand, c'est souvent bien trop tardivement en pratique [12]. L'auteur n'a toutefois connaissance d'aucune étude empirique à ce sujet. La réalité du droit de l'insolvabilité autorise toutefois à tirer des conclusions relativement fiables sur les défaillances [13]:

Plus de 58 % des procédures de faillite (ouvertes) sont immédiatement suspendues faute d'actifs (58,57 % entre 2011 et 2020) [14]. Cela tient au fait que, au moment de l'ouverture de la procédure, les liquidités ne sont pas (ou plus) suffisantes pour couvrir le coût de la procédure de faillite. Si l'on considère que, dans l'immense majorité (près de 85 %) des cas, ce coût s'élève de CHF 3000 à CHF 5000 seulement [15], il est évident que ce résultat ne cadre absolument pas avec les obligations que le droit des sociétés impose aux organes d'administration. En l'absence d'une procédure de faillite, c'est un échec total pour tous les créanciers [16], y compris pour ceux

qui détiennent des créances privilégiées [17].

Selon les estimations de l'Union suisse des créanciers Creditreform, les créanciers de troisième classe n'obtiennent aucun dividende ou un dividende très faible dans près de 95 % [18] des procédures de faillite ouvertes (qu'elles concernent des particuliers ou des entreprises) [19]. Jusqu'en 1973 [20], la Confédération recueillait les données relatives aux pertes pour les créanciers dans toutes les procédures de faillite en Suisse (de manière globale pour les créanciers gagistes, privilégiés et ordinaires). Elles atteignaient alors des valeurs comprises entre 72 % et 84 % [21] (78,3 % [22] en moyenne).

Ces résultats accablants du point de vue du droit de l'insolvabilité laissent entendre qu'une large part des organes d'administration s'acquittent bien trop tardivement de leur obligation légale d'aviser en temps utile le tribunal de la faillite, raison pour laquelle, d'une part, les liquidités ne sont plus suffisantes et, d'autre part, il reste peu d'actifs de valeur.

2.2.2 Ouverture de la faillite à la demande d'un créancier.

Les créanciers qui ont obtenu un commandement de payer non frappé d'opposition peuvent faire ouvrir une faillite à l'encontre de la société ou de la société coopérative débitrice (art. 39, al. 1, ch. 8 à 10 LP).

En pratique, cela n'intervient que rarement ou trop tardivement, et ce pour deux raisons principales: d'une part, le temps et le coût nécessaires pour remédier par voie judiciaire à l'opposition du débiteur (art. 79 ss LP) sont souvent importants. D'autre part, le créancier requérant supporte non seulement les frais judiciaires liés à l'ouverture de la faillite, mais aussi le coût de la procédure de faillite jusqu'à sa suspension faute d'actifs ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 169 LP). Dans la plupart des cas, cela représente un risque financier compris entre CHF 3000 et CHF 5000 [23].

Le créancier «bravache» supporte ainsi le risque financier au profit de la communauté des créanciers [24]. Le risque de perdre encore plus d'argent est naturellement trop important pour nombre de créanciers. Le fait que ce risque se manifeste aujourd'hui concrètement dans plus de la moitié des cas (58 %) [25] représente un véritable frein à l'ouverture d'une procédure de faillite en temps utile.

2.2.3 Impossibilité pour l'État de faire office de «police de l'insolvabilité».

Il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'une catégorie de créanciers, à savoir l'État ou les pouvoirs publics, fasse office de «police de l'insolvabilité» et déclenche l'ouverture de la faillite, comme un «apurement» pour la communauté, indépendamment de la responsabilité liée aux frais de faillite non couverts. Néanmoins, le droit en vigueur interdit [26] précisément de poursuivre par voie de faillite (art. 43, ch. 1/1^{bis} LP). L'État doit donc poursuivre par voie de saisie, et l'exécution porte ainsi souvent sur les tout derniers actifs, sans pouvoir mettre un terme aux activités de l'entreprise. La conséquence en est, d'une part, que la faillite n'est ouverte que plus tard et, d'autre part, qu'il ne subsiste plus rien (ou presque) pour les autres créanciers. Ce traitement particulier des créances publiques n'est objectivement pas justifié, il complique l'assainissement et encourage les comportements abusifs des débiteurs [27].

2.2.4 *Fréquence des faillites et facteurs corrélatifs.* Différents facteurs influent sur le risque de faillite d'une entreprise.

Les données de l'OFS montrent que le risque est particulièrement élevé pour les nouvelles entreprises pendant les trois premières années de leur existence. Le «taux de survie» est de 83,9% la première année, de 70,9% après deux ans et de 61,7% après trois ans [28]. Les entreprises sont donc particulièrement fragiles et vulnérables durant leurs trois premières années d'activité [29]. Plus de la moitié des nouvelles entreprises disparaissent au cours de leurs cinq premières années [30].

Ces valeurs varient (parfois fortement) en fonction du secteur économique (primaire, secondaire ou tertiaire), de la région, du secteur d'activité [31] et de la taille de l'entreprise [32]. Après environ quinze ans d'activité, le «taux de mortalité» se stabilise à un niveau bas et relativement constant [33]. Le risque d'insolvabilité représente encore près de 10% au cours du premier exercice [34].

Compte tenu du «taux de mortalité» initialement très élevé et décroissant au fil du temps (des années), il n'est guère surprenant qu'une large part des cas d'insolvabilité concernent de jeunes entreprises en activité depuis moins de cinq ans [35]. Parmi elles, les micro-entreprises de moins de dix salariés sont sur-représentées [36]. La raison de ce taux de mortalité élevé tient avant tout au fait qu'elles reposent sur des estimations des possibilités commerciales trop optimistes, voire complètement irréalistes [37].

Les insolvabilités qui surviennent durant les cinq premières années d'activité sont la plupart du temps largement liées à des raisons financières [38]. En revanche, celles qui surviennent entre la sixième et la quinzième année d'activité découlent souvent de problèmes internes (tels que mauvaise gestion, crises interpersonnelles ou problèmes de communication) [39].

Une étude menée en 2012 sur les ouvertures de procédures de faillite montre que les entreprises qui n'ont pas d'organe de révision inscrit présentent un risque d'insolvabilité significativement accru. Le risque d'insolvabilité est 1,63 fois plus élevé pour les SA, et même 2,05 fois supérieur pour les Sàrl qui ne possèdent pas d'organe de révision par rapport aux sociétés qui en sont dotées [40]. L'étude souligne l'importance de l'organe de révision comme système d'alerte précoce [41].

Une étude menée par l'université de Saint-Gall en mai 2020 aboutit à une conclusion similaire: quelle que soit la taille de l'entreprise, la part des entreprises qui affichent une mauvaise solvabilité est de 3,3% lorsqu'elles possèdent un organe de révision, contre 11,6% lorsqu'elles n'en ont pas [42]. Pour les micro-entreprises (c.-à-d. les entreprises de moins de dix salariés) l'écart est encore plus frappant: si les entreprises sans organe de révision présentent un risque de faillite de 5,3%, il n'est que de 1,9% pour celles qui en sont dotées [43].

3. CONCLUSIONS

Il est communément admis qu'une large part des procédures de faillite concernant des personnes morales sont ouvertes (beaucoup) trop tard – pas juste avant la catastrophe [44] mais plutôt bien après. Il est ensuite évident que le retard

dans l'ouverture de la faillite accroît le préjudice des créanciers [45]. Les pertes annuelles de ces derniers sont estimées à environ 11 milliards de francs [46]. Elles revêtent donc une grande portée économique.

De nombreuses raisons peuvent expliquer l'échec d'une entreprise [47]. En revanche, la responsabilité de l'ouverture bien trop tardive d'une procédure de faillite est clairement établie: les organes d'administration réagissent tout simplement beaucoup trop tardivement, et ce pour plusieurs raisons: absence de données chiffrées fiables et précises sur la marche des affaires et la situation financière de la société, maintien trop longtemps du modèle d'entreprise, refoulement des résultats négatifs, méconnaissance des corrélations, sous-estimation des grandes dynamiques en temps de crise, paiement des cotisations aux assurances sociales sur les derniers fonds pour éviter d'engager la responsabilité personnelle de l'organe de direction (art. 52 LAVS) [48], et distraction des dernières liquidités et des derniers actifs pour empêcher la procédure de faillite, ce qui empêche également de faire valoir les recours en responsabilité des créanciers prévus par le droit des sociétés (art. 752 ss CO) [49].

Il existe deux «remèdes» efficaces à la plupart de ces problèmes: la tenue opportune d'une comptabilité en externe et la vérification des états financiers par un organe de révision. Simple, mais imparable.

4. ORIENTATIONS ET DILEMMES DE LA LÉGISLATION

Le législateur est confronté à un dilemme puisqu'il poursuit des objectifs diamétralement opposés (du moins en partie): d'une part, il s'efforce depuis un certain temps de réduire la charge administrative et les coûts de la réglementation qui pèsent sur les entreprises. On a notamment envisagé de faciliter et d'étendre l'opting-out dans ce cadre [50].

D'autre part, certaines initiatives, notamment de lutte contre l'usage abusif de la faillite [51], s'inscrivent dans un durcissement du cadre juridique applicable aux entreprises. Cela conduit inéluctablement à des conflits d'intérêts et à des contradictions dans les projets législatifs [52].

Le dilemme législatif se manifeste par le fait que les mesures visant à atteindre un objectif empêchent ou limitent considérablement la réalisation d'un autre [53]. L'avis de l'Office fédéral de la justice selon lequel les risques découlant de la réduction des coûts de la réglementation seraient «déjà efficacement pris en compte» par la législation n'est pas partagé [54]. Que cela soit vrai ou non ne change rien au conflit d'intérêts.

5. PROPOSITIONS D'AMÉLIORATION

Celui qui critique doit aussi proposer des améliorations. Seules quelques-unes sont présentées ci-dessous, celles en lien avec le droit des sociétés [55].

5.1 Remarque liminaire. Selon moi, un aspect essentiel est omis dans la discussion (si elle a lieu) concernant la réduction des frais administratifs pour les entreprises: tous les entrepreneurs sont libres de choisir la forme juridique sous laquelle ils veulent mener leurs activités. S'ils optent pour l'en-

treprise individuelle (art. 931, art. 945 CO), les restrictions légales sont minimales mais ils portent la responsabilité des créances avec la totalité de leur patrimoine. À l'inverse, s'ils choisissent la forme juridique d'une personne morale, c'est aussi pour éviter d'engager leur responsabilité personnelle. C'est légitime. Seulement, ils doivent alors accepter le cadre juridique plus strict des personnes morales. On ne peut pas avoir le beurre et l'argent du beurre.

5.2 Opting-out modifié. Les conclusions des études montrent que le risque d'insolvabilité est particulièrement élevé durant les cinq premières années d'existence des entreprises, notamment pour les micro-entreprises, et que ce risque est considérablement accru pour les sociétés sans organe de révision par rapport à celles qui en sont dotées [56]. Les études montrent aussi qu'une comptabilité tenue par un organisme externe et une vérification des états financiers par un organe de révision constituent des «remèdes» efficaces contre l'ouverture trop tardive d'une procédure d'insolvabilité [57].

La prise de position des PME dans le cadre d'une étude menée en novembre 2020 est révélatrice: 85 % des PME interrogées et six des sept associations professionnelles consultées refusent la suppression du contrôle restreint [58]. Le rapport coûts-bénéfices est jugé adéquat par les PME interrogées [59]. Près de 75 % d'entre elles estiment que le contrôle restreint a une valeur ajoutée moyenne à très élevée [60]. Cela montre que les entreprises concernées jugent la présentation des comptes et leur vérification utiles, importantes et accessibles.

Ces réalités devraient conduire à une adaptation de l'opting-out: les nouvelles sociétés ne pourraient pas choisir l'opting-out dès leur création. Elles devraient d'abord «gagner» ce droit en prouvant durant le premier exercice (ou les deux à quatre premiers exercices), où le risque de faillite est le plus important, qu'elles savent gérer leur activité. Si c'est le cas et si le capital est alors intact, elles pourraient choisir l'opting-out [61].

5.3 Autres améliorations du droit des sociétés. Le capital minimal pour une Sàrl est de seulement CHF 20 000 (art. 773 CO), ce qui est bien trop bas. En tenant compte de l'inflation depuis l'entrée en vigueur de cette norme (le 1^{er} janvier 1936), ce montant (ajusté de l'inflation) devrait être supérieur à CHF 160 500 [62]. Il semble donc urgent d'augmenter significativement le capital minimal [63]. Celui qui ne peut pas mobiliser un tel capital peut opter pour l'entreprise individuelle.

Il semble également judicieux d'envisager d'obliger les entreprises à déposer leurs états financiers (révisés) (p. ex. auprès de l'Office du registre du commerce) ou à les publier. Cette obligation revêt un véritable effet préventif [64].

Enfin, il conviendrait d'adapter le «système d'alerte précoce» de l'art. 725 CO. Au lieu de s'appuyer sur les valeurs historiques issues du bilan, il faudrait au minimum tenir également compte de la rentabilité, traduite par le compte de résultat. Parallèlement, il faut instituer une obligation de prendre des mesures d'assainissement *avant* d'avoir perdu la moitié du capital [65]. Cela n'a malheureusement pas été le

cas dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme adoptée à l'été 2020 (mais pas encore entrée en vigueur [66]), et, à plusieurs égards, la situation a même encore empiré.

La perte de capital d'un tiers qui était encore prévue dans le projet du Conseil fédéral (art. 725a, al. 1, P-CO) a finalement été ramenée à la moitié (art. 725a COrév). Le plan de liquidité prévu dans le projet (art. 725 P-CO) a été abandonné au profit d'une obligation non spécifique du conseil d'administration de surveiller la solvabilité de la société (art. 725, al. 1, COrév). Même si un surendettement est constaté, il est possible de ne pas aviser le tribunal de la faillite s'il existe de sérieuses perspectives d'y remédier sous 90 jours (art. 725b, al. 4, ch. 2 COrév). Cette disposition représente un nouvel encouragement à tarder à ouvrir la procédure de faillite!

5.4 Le nouveau «guide du CO» concernant le sursis concordataire constitue une occasion de repenser les choses. Les organes de direction remplissent également leurs obligations légales (au sens de l'art. 725 CO) en vertu du droit applicable en obtenant un sursis concordataire du tribunal (art. 293 ss LP) [67]. Cette conjonction entre le droit des sociétés et le droit de l'insolvabilité n'ayant pas encore été expressément réglée sur le plan juridique, elle reste méconnue. Dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme adoptée en 2020 [68], deux nouveaux «guides» concernant le sursis concordataire ont été insérés dans le droit des sociétés (art. 716a, al. 1, ch. 7 et art. 725, al. 2, 2^e phr., COrév). Il est important de préciser que la saisine du tribunal en cas de surendettement peut prendre la forme d'une demande de sursis concordataire ou d'un avis de surendettement, ces deux recours étant équivalents [69].

Il faut s'en féliciter et l'on doit s'attendre à des effets positifs à différents égards: les organes de direction et les organes de révision privilégieront ainsi bien plus le sursis concordataire comme alternative à la faillite (surtout avec la suppression de l'ajournement de la faillite [art. 725a CO]). À cet égard, les réviseurs sont appelés, en leur qualité d'experts, de signaler la possibilité et les avantages de la procédure concordataire aux organes de direction. Il faut aussi espérer que les avantages de ce dispositif, résumés ci-dessous, seront de plus en plus connus des acteurs du secteur.

Un sursis provisoire entraînera généralement la nomination d'un curateur (art. 293c LP). Il constitue une entité neutre qui non seulement surveille la société endettée (art. 295, al. 2, let. b, LP), mais garantit également au mieux les intérêts des créanciers [70]. Les organes de direction n'ont généralement pas l'expérience des crises existentielles qu'une entreprise peut traverser. Ils conservent donc souvent bien trop longtemps leur modèle d'entreprise et sous-estiment la fulgurance (et l'accentuation permanente) de la spirale négative créée par une crise. Des curateurs expérimentés peuvent compenser cette lacune et permettre de prendre et de mettre en œuvre les décisions nécessaires bien plus rapidement et résolument.

Même lorsqu'il n'est pas ou plus possible d'assainir la société (en tant qu'entité juridique), le sursis concordataire présente des avantages puisqu'il permet d'atteindre, grâce à la liquidation des secteurs ou branches d'affaires bien portants,

un bien meilleur résultat pour les créanciers qu'en cas de réalisation ultérieure dans le cadre de la procédure de faillite. En ce sens, le sursis concordataire peut être décrit comme un véritable outil d'assainissement [71].

Dans l'ensemble, compte tenu du double ancrage du sursis concordataire dans le droit des sociétés et de son équivalence avec la notification du tribunal de la faillite dans l'inté-

rêt des créanciers, on peut espérer que cet important dispositif gagnera en notoriété et sera bien plus fréquemment utilisé au moment où la vie ou la mort d'une entreprise se décide [72]. Les fiduciaires et les réviseurs (dans leurs différentes fonctions) jouent à cet égard un rôle très important et déterminant. ■

Notes: **1)** Peter Böckli, Présentation des comptes selon le CO, Zurich 2019, N 4 ss.; rapport sur les mesures possibles en vue d'un développement du système d'opting-out de l'Office fédéral de la justice du 15 février 2021, 3 (ci-après dénommé le rapport de l'OFJ); <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/19-043-bericht-massnahmen-zur-weiterentwicklung-des-opting-out-system-rk-s-f.pdf>; consulté le 26.10.2021. **2)** Franco Lorandi, Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen, AJP 2020, p. 1396 ss, p. 1406; rapport de l'OFJ (n. 1), p. 21. **3)** Lorandi (n. 2), p. 1406; David Rüetschi, Die direkte Sanierung – Neue Möglichkeiten im SchKG und laufende Revision des OR, dans: Anette Dolge (Hrsg.), SchKG und ZPO – Neuerungen, Erfahrungen und Aussichten im schweizerischen und internationalen Vollstreckungsrecht, Zurich 2014, p. 14 s.; rapport de l'OFJ (n. 1), p. 22. **4)** Andreas Bergmann/Sandro Fuchs/Andreas Baur/Iris Rauskala/Sandra Fuhmann, Regulierungskostenanalyse des Rechnungslegungs- und Revisions(aufsichts)rechts, Schlussbericht, Winterthur 2013, p. 5, p. 34; Lorandi (n. 2), p. 1406; rapport de l'OFJ (n. 1), p. 22. **5)** Oliver Vögele/Beatrice Meyer, Contrôle restreint, Examen de mesures de réduction des coûts de la réglementation de la révision restreinte, novembre 2020, p. 7 (https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Standortforderung/studien/regulierungskosten_der_ingeschraenkten_revision.html; consulté le 26.10.2021). **6)** ATF 133 III 453 E. 7.3; 106 II 232 E. 2c (Pra 1980 n° 32); Tribunal fédéral 4C.13/1997 du 19.12.1997 E. 4.a (Pra 1998 n° 121). **7)** Lorandi (n. 2), p. 1408; rapport de l'OFJ (n. 1), p. 3. **8)** Rapport de l'OFJ (n. 1), p. 5 (chiffres tirés d'une évaluation interne de l'Office fédéral du registre du commerce, ou OFRC). **9)** Source: <https://auditorstats.ch/> (à la rubrique «Évolution du marché suisse de la révision» consulté le 26.10.2021); rapport de l'OFJ (n. 1), p. 6; Heiko Bergmann/Michael Schreiner, Auswirkungen eines Opting-out, Saint-Gall, mai 2020, p. 8 (https://www.alexandria.unisg.ch/260459/1/Bergmann%20Heiko_Schreiner%20Michael%20%282020%29%20-%20Auswirkungen%20eines%20Opting-out.%20Studie%20auf%20Basis%20von%20Bonit%C3%A4tsdaten%20des%20Schweizerischen%20Verbands%20Creditreform.pdf; consulté le 26.10.2021). **10)** Vögele/Meyer (n. 5), p. 7. **11)** Vögele/Meyer (n. 5), p. 53. **12)** Rüetschi (n. 3), p. 15. **13)** Cf. également le Rapport explicatif de l'office fédéral de la justice inti-

itulé «Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite)», p. 4 (<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/konkursmissbrauch.html>, consulté le 26.10.2021). **14)** Chiffres de l'Office fédéral de la statistique (OFS) (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/entreprises-emplois/demographie-entreprises/faillites.assetdetail.16564146.html>; consulté le 26.10.2021). Les valeurs extrêmes atteignent 56,23% (2020) et 61,38% (2012). **15)** www.konkurseinstellung-praxis.ch/art-230-schkg/#art-230-2-2, consulté le 26.10.2021, à la rubrique «Höhe der Sicherheit». **16)** Les créanciers gagistes peuvent demander une liquidation spéciale concernant le gage (malgré la suspension de la faillite faute d'actifs) en vertu de l'art. 230a LP. Comme souvent, la Confédération ne recueille aucune donnée statistique à ce sujet. Dans les rares cantons qui dressent des statistiques sur les liquidations spéciales en vertu de l'art. 230a LP, celles-ci n'interviennent que dans 2% à 4% des procédures de faillite suspendues. **17)** Ces défaillances ne sont reprises dans aucune statistique car elles ne sont pas saisies (ou ne peuvent pas l'être) (puisque la procédure de faillite n'est pas mise en œuvre). **18)** Cela comprend non seulement les faillites de personnes morales, mais aussi celles de personnes physiques. En pratique, cependant, les faillites de personnes physiques sont (significativement) plus fréquentes que celles de personnes morales, de sorte que ces dernières, prises séparément, représentent une part encore plus importante. **19)** Raoul Egeli, Bonitätsrisiken – erkennen, bewerten, vermeiden, 2^e édition, Zurich 2018, p. 210; mentionné dans: Ernst & Young, Étude 2: Analyse explicative du taux de recouvrement, dans: Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, SECO, Berne 2010, p. 51; FF 2010 6475; cf. aussi Ernst & Young, Modul 2: Analyse der Einflussfaktoren auf die Konkurs- und Nachlassdividende in der Schweiz, p. 6. **20)** Ces données ne sont plus collectées depuis cette date. **21)** Annuaire statistique de la Suisse 1975, p. 532 (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees.assetdetail.hs-b-00.01-jb-1975.html>, consulté le 26.10.2021). **22)** Il s'agit de la moyenne des pertes comptabilisées pour les années 1960, ainsi que de 1964 à 1973, en pourcentage. **23)** Cf. note 15. **24)** Rapport explicatif (n. 13), p. 6. **25)** Cf. ci-dessus 2.2.1. **26)** Dans le cadre de la révision en cours visant à prévenir l'usage

abusif de la procédure de faillite, le Conseil fédéral propose de conférer aux créanciers de droit public le droit de choisir s'ils souhaitent poursuivre par voie de saisie ou de faillite (art. 43 P-LP; FF 2019, p. 5223). Cela ne changera pas grand-chose, voire rien, à la situation actuelle, puisqu'ils choisiront généralement toujours de poursuivre par voie de saisie. Reste à savoir si les pouvoirs publics feront usage de la nouvelle possibilité de demander l'ouverture de la faillite pour les créances constatées par un acte de défaut dans un délai de six mois, sans poursuite préalable (art. 190, al. 1, ch. 4 P-LP). **27)** Rapport explicatif (n. 13), p. 10–11. **28)** Taux de survie des nouvelles entreprises (chiffres de l'OFS; actualisés en décembre 2020; <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/entreprises-emplois/demographie-entreprises/taux-de-survie.html>, consulté le 26.10.2021). Cf. également Démographie des entreprises, Analyses sur les données 2013 à 2017, ch. 7.1. (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/entreprises-emplois/demographie-entreprises/taux-de-survie.assetdetail.10848320.html>, consulté le 26.10.2021). **29)** Paul H. Dembinski, Ursachen von Konkursen bei Schweizer Unternehmen, Genève, juin 2002 (ci-après «Ursachen»), p. 5. **30)** Communiqué de presse de l'Office fédéral de la statistique du 7 décembre 2020 (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/entreprises-emplois/demographie-entreprises/taux-de-survie.assetdetail.14960838.html>, consulté le 26.10.2021). **31)** Le risque sectoriel est très variable, cf. Creditreform Report 2013, p. 18 ss (document non accessible au public). **32)** Paul H. Dembinski/Claudio Bologna, Critères économiques pour le déclenchement des procédures d'insolvabilité, dans: Grundlagen der Wirtschaftspolitik n° 19, SECO, Berne 2010, p. 98 s.; Paul H. Dembinski, Causes des faillites des entreprises suisses, juillet 1996 (ci-après «Causes»), p. 5, p. 17 ss; cf. la représentation claire par Marc Surchat, Revision des Konkursrechts als integraler Bestandteil der Wachstumspolitik des Bundesrates, in: Die Volkswirtschaft 5/2010, p. 21; Démographie des entreprises, Analyses sur les données 2013 à 2017, ch. 5.3. (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/entreprises-emplois/demographie-entreprises/taux-de-survie.assetdetail.10848319.html>); Bisnode D&B, Konkurse und Gründungen, 15 janvier 2020, p. 7 (<https://www.bisnode.ch/globalassets/switzerland/medienmitteilungen/konkurse-und-grundungen-gesamtjahr->

2019.pdf). **33** Dembinski, Causes (n. 32), p. 15 s. et *Wie geraten Unternehmen in Konkurs?*, *Die Volkswirtschaft – Magazin für Wirtschaftspolitik* 7/1996 (ci-après «Faillite»), p. 40. **34** Dembinski, Causes (n. 32), p. 5, p. 15 s. **35** Dembinski/Bologna (n. 32), p. 115. **36** Dembinski, Ursachen (n. 29), p. 5 s. **37** Dembinski, Ursachen (n. 29), p. 2, p. 8. **38** Dembinski, Causes (n. 32), p. 16. **39** Dembinski, Causes (n. 32), p. 16. **40** Étude spéciale sur le payement du contrôle suisse de Credita AG du 9 février 2012, p. 6 (ci-après l'étude Credita; <https://www.yumpu.com/de/document/read/40581133/sonderstudie-credita-revision-firmen-schweiz-pdf-497-kb>, consultée le 27.10.2021); rapport de l'OFJ (n. 1), p. 6 s. **41** Étude Credita (n. 40), p. 5 s.; rapport de l'OFJ (n. 1), p. 7. **42** Bergmann/Schreiner (n. 9), p. 8 s.; Rüetschi (n. 3), p. 15. **43** Bergmann/Schreiner (n. 9), p. 12. **44** Rapport explicatif (n. 13), p. 9. **45** Rapport explicatif (n. 13), p. 5. **46** Lorandi (n. 2), p. 1403; *Creditreform Report 2013*, p. 9 (document non accessible au public). L'OFS indique uniquement la somme des actes de défaut de biens délivrés (issus des procédures de faillite mises en œuvre), qui est de l'ordre de 2 milliards de francs depuis des années. Les pertes liées aux saisies découlant de procédures de faillite non mises en œuvre ainsi que de procédures concordataires ne

son pas prises en compte par l'OFS. **47** Cet article n'aborde pas ces sujets. **48** Rapport explicatif (n. 13), p. 4. **49** Rapport explicatif (n. 13), p. 6, p. 8, p. 14. **50** Rapport de l'OFJ (n. 1), p. 9. **51** Cf. sur l'état de la procédure législative: <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20113925> (consulté le 26.10.2021). **52** Rapport de l'OFJ (n. 1), p. 17 s.; rapport explicatif (n. 13), p. 12. **53** Cf. également le rapport explicatif (n. 13), p. 16. **54** Rapport explicatif (n. 13), p. 13. **55** Pour d'autres propositions concernant le droit de l'insolvabilité, cf. Lorandi (n. 2), p. 1413 ss. **56** Cf. 2.2.4. **57** Cf. 3. **58** Vögele/Meyer (n. 5), p. 1, p. 47, p. 59. **59** Vögele/Meyer (n. 5), p. 1. **60** Vögele/Meyer (n. 5), p. 1, p. 41 s., p. 59. **61** Cf. également à ce sujet Lorandi (n. 2), p. 1417. **62** <https://lik-app.bfs.admin.ch/fr/lik/rechner?periodType=Monatlich&start=01.1936&ende=06.2021&basis=AUTO&betrag=20000> (consulté le 26.10.2021). **63** David Rüetschi, *Das neue Sanierungsrecht – Ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte*, in: Thomas Sprecher/Brigitte Umbach-Spahn/Dominik Vock (éd.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, Das neue Schweizer Sanierungsrecht*, Zurich 2014, p. 25; Lorandi (n. 2), p. 1415. **64** Ernst & Young, *Étude 1, Comparaison internationale du droit des faillites suisse*, in: *Grundlagen der Wirtschaftspo-*

litik n° 19, SECO, Berne 2010, p. 10; Rüetschi (n. 63), p. 26; Lorandi (n. 2), p. 1416. **65** Lorandi (n. 2), p. 1416 s., avec d'autres références. **66** D'après les informations de l'Office fédéral de la justice, il faut s'attendre à ce que le Conseil fédéral décide de la date d'entrée en vigueur fin 2021. Il pourrait la fixer début 2023. **67** Hanspeter Wüstiner, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (éd.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR II (Art. 530–964 OR)*, p. 5. A., Bâle 2016, art. 725 CO N 40b avec d'autres références; ATF 62 III 22, p. 25. **68** Concernant l'entrée en vigueur, cf. n. 66. **69** Cf. message du 23 novembre 2016 concernant la modification du code des obligations (droit de la société anonyme), FF 2017, p. 399 ss, p. 578 s., p. 629. **70** Cf. message du 23 novembre 2016 concernant la modification du code des obligations (droit de la société anonyme), FF 2017, p. 399 ss, p. 466. **71** Cf. message du 23 novembre 2016 concernant la modification du code des obligations (droit de la société anonyme), FF 2017, p. 399 ss., p. 465, p. 569. **72** Ces dernières années, on n'a recensé qu'environ 70 suris concordataires de personnes morales, sur près de 7500 ouvertures de faillite (Alessandro Farsaci/Tobias Fritsche, *Schweizer Nachlassverfahren: Quo vadis?*, ZZZ 2021, p. 533 ss, p. 537 s.)