

Prévention de l'usage abusif de la procédure de faillite – Aperçu et analyse des modifications légales

Bruno Pasquier, Prof. Dr., LL.M., titulaire du brevet d'avocat, Professeur à UniDistance Suisse, Juge suppléant au Tribunal cantonal du canton de Fribourg
Hélène Labarraque, Mlaw, titulaire du brevet d'avocat, assistante/doctorante à UniDistance Suisse

A. Introduction

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2025, la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite¹ répond à une problématique connue de l'utilisation détournée de la procédure de faillite comme instrument de fraude, notamment dans des secteurs exposés tels que la construction. L'objectif du législateur est d'empêcher que certains entrepreneurs puissent multiplier les faillites afin de se soustraire à leurs obligations, au détriment des créanciers, des assurances sociales et de leur dette fiscale.

La continuation par voie de faillite pour des créances de droit public est sans aucun doute la modification avec les plus importantes conséquences pratiques. La loi contient diverses modifications, notamment en lien avec l'interdiction d'exercer ou le contrôle accru ainsi que la transparence du registre du commerce.

B. Genèse, contexte et but poursuivi par la nouvelle loi

Le 29 septembre 2011, Hans HESS a déposé une motion (n° 11.3925) aux chambres fédérales avec le titre « Prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite »².

La motion a été déposée pour contrer l'usage abusif du droit de la faillite, notamment dans le secteur de la construction, où certains entrepreneurs utilisent la procédure pour échapper à leurs obligations, au détriment des créanciers et des assurances sociales³. Bien que la loi actuelle et le droit pénal offrent déjà des outils pour lutter contre ces abus, des obstacles pratiques et juridiques freinent leur application⁴. Par peur des coûts et des risques, les créanciers privés renonçaient souvent à engager une procédure, ce qui permettait aux débiteurs malhonnêtes de réitérer leurs pratiques. Ainsi, le problème résidait moins dans des lacunes légales que dans les difficultés d'accès à la justice pour les parties lésées⁵.

Une étude d'Ernst & Young de 2009 avait montré qu'environ 41 % des faillites en Suisse étaient suspendues faute d'actif, signe d'une intervention judiciaire trop tardive, mais malgré ces indicateurs d'abus, moins de dix cas par an donnaient lieu à des poursuites pénales dans le canton de Zurich.⁶ Le nombre exact de faillites abusives reste inconnu, et les condamnations pénales liées aux faillites demeurent faibles et stables.⁷

Un reportage de la RTS intitulé « Rois des faillites en Suisse romande, ils arnaquent la société » souligne que Benoît (nom d'emprunt), un homme de paille valaisan retraité, a cumulé 42 faillites en huit ans dans divers secteurs, notamment celui de la construction, sans avoir jamais exercé une activité réelle dans ces sociétés. Ce dernier est qualifié de « roi de la faillite frauduleuse » et agit comme un homme de paille, permettant à d'autres véritables entrepreneurs de fuir leurs dettes tout en relançant de

1 RO 2023 628.

2 <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20113925> (05.08.2025).

3 Rapport explicatif 22.04.2015, p. 3.

4 Rapport explicatif 22.04.2015, p. 3.

5 Rapport explicatif 22.04.2015, p. 3.

6 Rapport explicatif 22.04.2015, p. 4.

7 Rapport explicatif 22.04.2015, p. 4.

- 8 Pour une explication détaillée, voir : KÄLIN, p. 503.
- 9 <https://www.swissinfo.ch/fre/cinquieme-suisse/rois-des-faillites-en-suisse-romande-ils-arnaquent-la-soci%C3%A9t%C3%A9/88808968> (05.08.2025).

nouvelles entreprises fictives sous des noms similaires⁸; ce stratagème est typique des réseaux structurés de faillites abusives.⁹ Il semble exister une prise de conscience accrue du problème des faillites abusives dans la société.

Comme son nom l'indique, le but recherché par la nouvelle loi est la lutte contre l'usage abusif de la faillite. L'usage abusif de la faillite n'est toutefois pas une condition d'application de dispositions modifiées par cette nouvelle loi. Il paraît néanmoins utile de définir le concept d'usage abusif de la faillite, notamment pour interpréter ces normes.

Le message du Conseil fédéral ne définit pas l'expression d'usage abusif de la faillite. Il se base sur un concept large et vague : « La motion a été déposée en réaction à des cas où le droit de la faillite a été utilisé abusivement à des fins de concurrence déloyale et au détriment de créanciers [...] Au cours de ces dernières années, le Conseil fédéral a aussi proposé des mesures dans le cadre de différents projets. Ces mesures permettent de prévenir les faillites abusives et de limiter les dommages subis par les créanciers. Le présent projet contient d'autres mesures visant à améliorer la situation et qui complètent les modifications législatives déjà mises sur les rails ».

La compréhension qu'a le législateur de l'usage abusif de la faillite englobe une grande variété de situations. Paradoxalement, la principale mesure, à savoir la poursuite par voie de faillite pour les créances publiques, concerne une situation dans laquelle la *non*-ouverture de la faillite selon l'ancien droit était considérée comme abusive, puisqu'elle laissait sur le marché des sociétés insolvable qui occasionnaient des dommages aux créancier (cf. sous D.).

C. Aperçu des modifications

Les modifications législatives suivantes sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2025 :

Texte en vigueur jusqu'au 31 décembre 2024 :	Texte en vigueur dès le 1 ^{er} janvier 2025 :
Art. 11 LP	Art. 11 LP (nouveaux alinéas) ² Les préposés aux faillites sont tenus de communiquer aux autorités de poursuite pénale tous les crimes et délits devant être poursuivis d'office qu'eux-mêmes ou un de leurs subordonnés constatent dans l'exercice de leurs fonctions ou qui leur sont signalés et peuvent constituer un cas suspect. ³ Aux mêmes conditions, toute personne agissant pour l'office des faillites est de plus habilitée à dénoncer aux autorités de poursuite pénale les infractions constatées devant être poursuivies d'office.
Art. 43 LP « Dans tous les cas, la poursuite par voie de faillite est exclue pour : 1. le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à un fonctionnaire ; 1 ^{bis} . le recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire ; 2. 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 ; 3. la constitution de sûretés. »	Art. 43 LP (suppression des chif. 1 et 1^{bis}) « Dans tous les cas, la poursuite par voie de faillite est exclue pour : 1. ... 1^{bis}. ... 2. 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 ; 3. la constitution de sûretés. »

	<p>Art. 222a LP (nouvel article)</p> <p>¹ L'office des faillites peut demander aux fournisseurs de services postaux de lui donner accès, pour la durée de la faillite, aux envois postaux adressés au débiteur et de les lui remettre.</p> <p>² L'office des faillites peut ouvrir les envois postaux qui lui sont remis, sauf s'il apparaît clairement que leur contenu ne revêt aucune importance pour le traitement de la faillite.</p> <p>³ Le débiteur a le droit d'assister à l'ouverture des envois postaux.</p>
<p>Art. 230 LP</p> <p>² L'office publie cette décision. La publication porte que la faillite sera clôturée si, dans les dix jours, les créanciers n'en requièrent pas la liquidation et ne fournissent pas la sûreté exigée pour les frais qui ne seront pas couverts par la masse.</p>	<p>Art. 230 LP (modification)</p> <p>² L'office publie cette décision et la communique par pli simple aux créanciers connus. La publication porte que la faillite sera clôturée si, dans les vingt jours, les créanciers n'en requièrent pas la liquidation et ne fournissent pas la sûreté exigée pour les frais qui ne seront pas couverts par la masse.</p>
<p>Art. 67a al. 2 CP</p> <p>« L'interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67 consiste à interdire à l'auteur d'exercer une activité de manière indépendante, en tant qu'organe d'une personne morale ou d'une société commerciale ou au titre de mandataire ou de représentant d'un tiers ou de la faire exercer par une personne liée par ses instructions. »</p>	<p>Art. 67a al. 2 CP (modification)</p> <p>« L'interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67 consiste à interdire à l'auteur d'exercer une activité de manière indépendante, en tant qu'organe d'une personne morale ou d'une société commerciale, ou dans une autre fonction qui doit être inscrite au registre du commerce ou au titre de mandataire ou de représentant d'un tiers ou de la faire exercer par une personne liée par ses instructions. »</p>

<p>Art. 47 LCJ Les autorités raccordées suivantes peuvent consulter en ligne toutes les données figurant sur l'extrait 3 destiné aux autorités (art. 39), lorsqu'elles leur sont nécessaires pour accomplir les tâches mentionnées ci-après :</p>	<p>Art. 47 LCJ (nouvelle lettre e.) Les autorités raccordées suivantes peuvent consulter en ligne toutes les données figurant sur l'extrait 3 destiné aux autorités (art. 39), lorsqu'elles leur sont nécessaires pour accomplir les tâches mentionnées ci-après :</p> <p>e. l'autorité fédérale de haute surveillance du registre du commerce : pour effectuer les vérifications en vertu de l'art. 928a, al. 2bis, du code des obligations (CO).</p>
	<p>Art. 64a LCJ (nouvel article) ¹ Le Service du casier judiciaire communique périodiquement à l'autorité fédérale de haute surveillance du registre du commerce la liste de toutes les interdictions d'exercer en vigueur, inscrites dans VOSTRA et ordonnées contre des personnes inscrites dans la base de données centrale des personnes visés à l'art. 928b CO, lorsque ces indications sont pertinentes pour la vérification en application de l'art. 928a, al. 2^{bis}, CO. ² Les données visées à l'al. 1 sont transmises par une interface électronique entre la base de données centrale des personnes et VOSTRA. Elles sont sélectionnées de manière automatisée sur la base du numéro AVS de la personne concernée.</p>

-	<p>Art. 684a CO (nouvel article)</p> <p>¹ Le transfert d'actions est nul si la société n'a plus d'activité commerciale ni d'actifs réalisables et si elle est surendettée.</p> <p>² Si, dans le cadre d'une réquisition, le registre du commerce a un soupçon fondé d'un tel transfert d'actions, il somme la société de produire les derniers comptes annuels signés; si la société dispose d'un organe de révision, elle produira les derniers comptes annuels révisés. Si la société ne donne pas suite à cette demande ou si les comptes annuels viennent confirmer le soupçon, l'inscription au registre du commerce est refusée.</p> <p>³ L'art. 934 est réservé.</p>
<p>Art. 727a al. 2 CO</p> <p>² Moyennant le consentement de l'ensemble des actionnaires, la société peut renoncer au contrôle restreint lorsque son effectif ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle.</p>	<p>Art. 727a al. 2 et 2bis CO (modification et nouvel alinéa)</p> <p>² Moyennant le consentement de l'ensemble des actionnaires, la société peut renoncer au contrôle restreint lorsque son effectif ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle.</p> <p>La renonciation ne vaut que pour les exercices futurs et son inscription au registre du commerce doit être requise avant le début de l'exercice.</p> <p>^{2bis} L'inscription de la renonciation au registre du commerce doit être accompagnée des comptes annuels du dernier exercice écoulé.</p>
	<p>Art. 787a CO (nouvel article)</p> <p>S'agissant de la cession de parts sociales de sociétés surendettées sans activité commerciale ni actifs réalisables, les prescriptions du droit de la société anonyme s'appliquent par analogie.</p>

-	<p>Art. 928a CO (nouveaux alinéas)</p> <p>^{2bis} L'autorité fédérale de haute surveillance du registre du commerce veille à ce que la base de données centrale des personnes ne comporte pas d'inscriptions incompatibles avec l'interdiction d'exercer une activité en vertu de l'art. 67 du code pénal, de l'art. 50 du code pénal militaire du 13 juin 1927 ou de l'art. 16a, al. 1, du droit pénal des mineurs du 20 juin 2003. Elle vérifie notamment si les fonctions enregistrées dans la base de données centrale des personnes sont compatibles avec les interdictions d'exercer une activité communiquée en vertu de l'art. 64a de la loi du 17 juin 2016 sur le casier judiciaire.</p> <p>^{2ter} Si elle constate une incompatibilité, elle informe l'office cantonal du registre du commerce compétent.</p> <p>^{2quater} L'office cantonal du registre du commerce somme l'entité juridique de prendre les mesures nécessaires.</p>
---	---

<p>Art. 928b CO</p> <p>¹ L'autorité de haute surveillance de la Confédération gère les bases de données centrales des entités juridiques et des personnes inscrites dans les registres des cantons. Les bases de données centrales permettent de différencier et de rechercher les entités juridiques et les personnes inscrites, et de mettre ces données en relation.</p> <p>² La saisie dans la base de données centrale des entités juridiques incombe à l'autorité de haute surveillance de la Confédération. Celle-ci fait en sorte que les données publiques des entités juridiques puissent faire gratuitement l'objet d'interrogations spécifiques sur Internet.</p> <p>³ La saisie dans la base de données centrale des personnes incombe aux offices du registre du commerce.</p>	<p>Art. 928b CO (modification)</p> <p>¹ L'autorité fédérale de haute surveillance du registre du commerce gère les bases de données centrales des entités juridiques et des personnes inscrites dans les registres des cantons. Les bases de données centrales permettent de différencier et de rechercher les entités juridiques et les personnes inscrites, et de mettre ces données en relation.</p> <p>² La saisie dans la base de données centrale des entités juridiques incombe à l'autorité fédérale de haute surveillance du registre du commerce. Celle-ci fait en sorte que les données publiques des entités juridiques puissent faire gratuitement l'objet d'interrogations spécifiques sur Internet.</p> <p>³ La saisie dans la base de données centrale des personnes incombe aux offices du registre du commerce. L'autorité fédérale de haute surveillance du registre du commerce fait en sorte que les données des personnes physiques puissent faire gratuitement l'objet d'interrogations spécifiques sur Internet.</p>
<p>Art. 942 CO</p> <p>³ Les autorités judiciaires cantonales communiquent immédiatement leurs décisions à l'office du registre du commerce et les notifient à l'autorité de haute surveillance de la Confédération.</p>	<p>Art. 942 CO (modification)</p> <p>³ Les autorités judiciaires cantonales communiquent immédiatement leurs décisions à l'office du registre du commerce et les notifient à l'autorité fédérale de haute surveillance du registre du commerce.</p>

-	Art. 12 LIFD (nouvel alinéa) ⁴ Si une personne morale n'a pas remis ses comptes annuels conformément à l'art. 125, al. 2, let. a, les autorités fiscales en informent l'office cantonal du registre du commerce dans les trois mois qui suivent l'expiration des délais correspondants.
---	--

D. La mesure phare: poursuite par voie de faillite pour créances de droit public

1. La modification légale et ses conséquences pour les parties prenantes

10 TF, 9C_48/2010, 9.6.2010, consid. 2.2.

11 Message, p. 4991.

12 Message, p. 4991.

13 Message, p. 4991.

Jusqu'au 31 décembre 2024, les alinéas 1 et al. 1^{bis} de l'art. 43 LP prévoyaient l'exclusion de la poursuite par voie de faillite pour les créances de droit public. Pour ces créances, une faillite pouvait toutefois être ouverte sans poursuite préalable aux conditions de l'art. 190 LP.¹⁰ La nouvelle loi a supprimé les exceptions des art. 43 al. 1 et al. 1^{bis} LP, le débiteur de créances publiques devant dorénavant être poursuivi par voie de faillite lorsqu'il est inscrit au registre du commerce en l'une des qualités selon l'art. 39 al. 1 LP. Le projet du Conseil fédéral prévoyait initialement, dans «un esprit de compromis et pour tenir compte des intérêts de tous»,¹¹ de laisser le choix de la poursuite par voie de saisie ou par voie de faillite aux créanciers de droit public. Une possibilité qui a finalement été abandonnée dans la loi adoptée.

Le Conseil fédéral soutenait au sujet de l'ancien droit: «Cela [pouvait] malheureusement encourager les entreprises surendettées à ne pas payer leurs dettes de droit public afin de pouvoir désintéresser leurs autres créanciers. En poursuivant leurs activités, ces entreprises [abusaient] du droit de la faillite et créent une distorsion de la concurrence. Le fait que, dans ce genre de cas, la faillite [était] ouverte trop tard, ou qu'aucune faillite n'[était] ouverte, [avait] également des conséquences négatives en matière d'indemnisation des employés en cas d'insolvabilité».¹² Cette appréciation est discutable. La situation des créanciers de droit public était plus favorable que celle d'autres créanciers et cette affirmation est confirmée par les retours dans la procédure de consultation.¹³ Les créanciers de droit public disposaient d'un instrument d'exécution forcée particulièrement efficace par voie de saisie, leur permettant de recouvrer les créances. A l'inverse, les créanciers ordinaires s'abstenaient fréquemment de requérir l'ouverture de la faillite, celle-ci impliquant une avance des frais de la faillite substantielle ainsi que le partage des avoirs du failli (pour autant qu'il en reste) avec les autres créanciers. Quoi qu'il en soit, il est certain que la modification de l'art. 43 LP contribuera à réduire le nombre de débiteurs surendettés échappant à la faillite.

14 Message, p. 4985: « Le projet vise principalement à améliorer la mise en application de l'interdiction pénale d'exercer une activité ».

15 <https://statics.teams.cdn.office.net/evergreen-assets/safelinks/2/atp-safelinks.html> (21.10.2025).

16 Cf. GAPANY, p. 16.

17 Message, p. 4991.

18 Cf. MARCHAND, p. 53.

19 Cour suprême du canton de Berne, Circulaire n° B6 « L'avance de frais à fournir en application de l'art. 169, al. 2 LP en procédure de faillite », 1.1.2011 (modifiée le 1.7.2020).

20 https://www.ge.ch/faillites/comprendre-procedure-faillite?utm_source=chatgpt.com (21.10.2025).

Quoi qu'en dise le message,¹⁴ cette modification semble avoir un impact nettement plus important que les autres mesures. Bien qu'aucune statistique officielle n'existe à notre connaissance à ce sujet, une partie substantielle des poursuites concernent des créances publiques. Les effets de ce changement sont déjà visibles: CRIF AG a répertorié le nombre d'entreprises mises en faillite entre les mois de janvier et septembre 2025. Par rapport à la même période en 2024, le nombre d'ouvertures de faillite a augmenté de 19,5 %.¹⁵ Les domaines les plus touchés sont le secteur de la construction, de la restauration et le commerce de détail.

Pour les parties prenantes, les conséquences sont les suivantes :

- Pour le débiteur inscrit au registre du commerce selon l'art. 39 al. 1 LP, la modification ne change rien durant la première phase de la procédure, jusqu'à la continuation de la poursuite. Après la continuation, les débiteurs ne peuvent désormais plus faire la distinction entre créanciers de droit public et créanciers de droit privé: tous sont placés sur un pied d'égalité. Sous l'ancien droit, le débiteur pouvait adopter certaines stratégies pour éviter la faillite. Il pouvait par exemple payer les créances de débiteurs de droit privé pour éviter une réquisition de faillite (art. 166 LP). Il pouvait, au contraire, payer les créanciers de droit public ou y être forcé dans une procédure de saisie, en comptant sur le fait que les créanciers de droit privé n'engageraient pas de procédure de faillite, notamment en raison de l'avance de frais, et du faible espoir de recouvrer une part importante de leur créance¹⁶. Ces stratégies ne peuvent plus être adoptées par le débiteur selon le nouveau droit.
- Pour le créancier de droit public, la poursuite par voie de faillite a des conséquences négatives, ce que confirme les retours dans la procédure de consultation.¹⁷ Ces désavantages sont notamment l'avance des frais de faillite et la longue durée des procédures de faillite.¹⁸ Les avances de frais sont élevées et peuvent avoir un effet dissuasif important. Dans le Canton de Berne, elle se situe entre CHF 2000 et CHF 2500,¹⁹ alors que dans le Canton de Genève, elle s'élève à CHF 3500²⁰. Pour les créances colloquées en troisième classe – notamment celles des administrations fiscales – un désavantage réside aussi dans le partage du produit de la réalisation avec d'autres créanciers et les faibles perspectives de recouvrer une part significative de leurs créances. Ces perspectives sont meilleures pour d'autres créances de droit public, qui sont colloquées en deuxième classe, comme les cotisations aux assurances sociales ou les cotisations et contributions aux caisses de compensation comme allocations familiales (art. 219 al. 4 LP).
- La réforme semble être plutôt avantageuse pour les créanciers de droit privé. Les créanciers de droit public étant eux aussi tenus de procéder par voie de faillite, les premiers sont, dans l'hypothèse d'une faillite requise pour une créance de droit public, déchargés notamment du paiement de l'avance des frais. Par ailleurs, l'absence de saisies préalables évite un appauvrissement de la masse, assurant ainsi une meilleure conservation des actifs à répartir.

21 <https://www.crif.ch/news-events/news/firmenkonkurse-steigen-um-fast-20-prozent/> (22.10.2025).

22 Cf. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/entreprises-emplois/demographie-entreprises/faillites.html> (22.10.2025).

- L'Office des faillites subira une augmentation conséquente du nombre de faillite et cela est déjà démontré par le pourcentage retenu par CRIF AG (19,5 %, cf. supra D./1.).²¹ L'ampleur exacte de cette augmentation est encore incertaine, les statistiques officielles en matière de faillite pour l'année 2025 seront suivies avec intérêt.²²

2. Modalités de poursuites par les créanciers de droit public

a. Sélection de bases légales pertinentes

En fonction du type de créance de droit public dont il s'agit, différentes bases légales sont pertinentes. Nous présentons ci-dessous, à titre d'exemple, les règles concernant l'exécution forcée pour des créances de droit public dans les lois fiscales des cantons de Berne et de Fribourg ainsi que dans la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), la Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), le Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ainsi que la Loi sur la valeur ajoutée (LTVA).

Art. 210 Loi sur les impôts cantonaux directs (LICD)-Fribourg

Exécution forcée

¹ Si le montant de l'impôt dû, les frais ou les amendes ne sont pas acquittés au plus tard le trentième jour à partir de l'échéance, le débiteur est sommé. Si l'impôt, les frais ou les amendes ne sont pas acquittés dans le délai fixé par la sommation, une poursuite est introduite contre le débiteur.

Si le débiteur n'a pas de domicile en Suisse ou qu'un séquestre ait été ordonné sur des biens lui appartenant, la procédure de poursuite peut être introduite sans sommation préalable.

³...

⁴ Les frais de perception sont mis à la charge du débiteur.

Art. 238 Loi sur les impôts (LI)-Berne

Exécution forcée

¹ Lorsque les impôts passés en force, les émoluments ou les amendes ne sont pas acquittés après la sommation, une procédure de poursuite est introduite.

² Si la personne contribuable ou son représentant ou sa représentante légale n'ont pas de domicile en Suisse ou qu'un séquestre a été ordonné sur des biens appartenant à la personne contribuable, la procédure de poursuite peut être introduite sans sommation préalable.

³ Dans la procédure de poursuite, les décisions, les décisions sur réclamation et les décisions sur recours relatives à la taxation qui sont entrées en force sont assimilées à des jugements exécutoires au sens de l'article 80 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.

⁴ Il n'est pas nécessaire de produire les créances d'impôt dans les inventaires officiels et les appels aux créanciers.

Art. 165 al. 1 LIFD

¹ Lorsque l'impôt n'est pas acquitté ensuite de la sommation, une procédure de poursuite est introduite contre le débiteur.

Art. 15 LAVS

Exécution forcée pour les créances résultant de cotisations dues

¹ Les cotisations non versées après sommation sont perçues sans délai par voie de poursuite, à moins qu'elles ne puissent être compensées avec des rentes échues.

² Les cotisations seront, en règle générale, recouvrées par voie de saisie également contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite (art. 43 de la LF du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite).

Art. 34c RAVS

Cotisations irrécouvrables

¹ La caisse de compensation déclarera irrécouvrables les cotisations dues, lorsque les poursuites sont restées sans effet ou lorsqu'il est manifeste qu'elles demeureront infructueuses, et que la dette ne peut être amortie par compensation. Si le débiteur revient à meilleure fortune, le paiement des cotisations déclarées irrécouvrables sera exigé.

² Si une partie seulement des créances doit être déclarée irrécouvrable, le montant recouvré couvrira, après les frais de poursuite éventuels, d'abord les cotisations des salariés, puis, proportionnellement, les autres créances de cotisations rangées dans la deuxième classe selon l'art. 219 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dette et la faillite (LP).

Art. 86 LTVA

Paielement de l'impôt

² Si l'assujetti ne fait aucun versement ou acquitte un montant manifestement trop bas, l'AFC engage après sommation une poursuite visant au recouvrement du montant provisoirement dû pour la période de décompte concernée. Si l'assujetti n'établit pas de décompte ou qu'il établit un décompte manifestement incomplet, l'AFC détermine, dans les limites de son pouvoir d'appréciation, le montant provisoirement dû.

Art. 89 LTVA

Poursuite

¹ Si l'impôt, les intérêts, les frais ou les amendes ne sont pas versés, l'AFC engage une poursuite et prend les mesures nécessaires prévues par le droit civil et le droit de l'exécution forcée.

² Si une créance fiscale qui n'est pas encore entrée en force est contestée, l'AFC rend une décision. La collocation définitive n'a lieu que lorsque cette décision est entrée en force.

³ En faisant opposition, l'assujetti ouvre la procédure de mainlevée. La mainlevée de l'opposition relève de l'AFC.

⁴ ...

⁵ L'AFC doit produire la créance fiscale dans les inventaires officiels ou suite à un appel aux créanciers.

⁶ Les montants d'impôt échéant dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée constituent des frais de réalisation.

⁷ Lorsque la situation le justifie, l'AFC peut renoncer à recouvrer l'impôt si l'introduction d'une poursuite n'a aucune chance de succès.

b. Application des principes d'égalité de traitement et de proportionnalité

Les autorités administratives, en tant qu'organes de droit public, sont tenues de respecter les principes généraux d'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst., 36 al. 3 Cst.). L'administration viole le principe de l'égalité consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer, ou qu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente.²³ Le fait même qu'une loi encadre l'activité administrative contribue à assurer l'égalité de traitement, mais la loi ne saurait prédéterminer de façon absolue et précise toute action de l'administration et celle-ci dispose donc dans de nombreuses situations d'un pouvoir d'appréciation plus ou moins large.²⁴ La marge d'appréciation dont dispose l'autorité ne la dispense pas du respect de ce principe.

Le principe de proportionnalité, quant à lui, exige que les moyens mis en œuvre par l'administration restent toujours dans un rapport raisonnable avec l'intérêt public poursuivi.²⁵ Il impose à tout organe étatique (législatif, exécutif, judiciaire / communal, cantonal, fédéral) que son activité soit²⁶:

- apte à atteindre le but visé (*Geeignetheit, Zwecktauglichkeit, Zielkonformität, Untermassverbot*), c'est-à-dire qu'elle vise bien l'intérêt public qu'elle est censée poursuivre en vertu de la loi ou du droit supérieur;
- nécessaire (*Erforderlichkeit, Notwendigkeit, Übermassverbot*), c'est-à-dire que parmi l'ensemble des mesures également aptes à atteindre le but visé, la mesure envisagée soit celle la moins incisive et ne pas aller au-delà du but visé;

23 ATF 150 V 105 consid. 6.3; ATF 143 I 1 consid. 3.3; ATF 142 I 195 consid. 6.1.

24 TANQUEREL/BERNARD (2025), N 596.

25 TANQUEREL/BERNARD (2025), N 550.

26 ATF 149 I 191 consid. 7.1; ATF 143 I 403 consid. 5.6.3; ATF 142 I 76 consid. 3.5.

- proportionnée au sens étroit, c'est-à-dire qu'il en va du rapport entre d'un côté, l'importance de l'intérêt public visé et de l'autre, l'importance des intérêts publics et privés opposés.

c. Obligation d'introduire une poursuite et de requérir la faillite ?

L'art. 43c al. 1 RAVS prévoit que des poursuites ne doivent pas être introduites que « *lorsqu'il est manifeste qu'elles demeureraient infructueuses* ». De manière similaire, l'art. 89 al. 7 LTVA dispose que « *lorsque la situation le justifie, l'AFC peut renoncer à recouvrer l'impôt si l'introduction d'une poursuite n'a aucune chance de succès* ». A la différence de ces dispositions, la formulation retenue tant dans le droit fiscal fribourgeois que dans le droit bernois ou dans la LIFD peut suggérer un caractère obligatoire de la poursuite : après la sommation, « *une procédure de poursuite est introduite* ». Cela laisserait supposer une obligation de la part des créanciers fiscaux d'introduire une procédure de poursuite par voie de faillite. Cette formulation paraît standard, on la retrouve dans les lois fiscales d'autres cantons.

Dans l'ATF 77 III 42, le Tribunal fédéral a interprété l'art. 15 al. 1 LAVS qui prévoit qu'« *après sommation [les cotisations] sont perçues sans délai par voie de poursuite* ». Notre Haute Cour s'était demandée si, compte tenu de la teneur de cette disposition, une poursuite devait obligatoirement être introduite. Il avait considéré que cette disposition devait être interprétée en ce sens qu'une poursuite ne devait être introduite que si elle avait raisonnablement des chances de succès : « *Art. 15 schreibt die Betreibung als Mittel zur Einziehung der Beiträge vor. Daraus ist vernünftigerweise zu schliessen, dass die Ausgleichskassen nur in den Fällen Betreibung einzuleiten haben, wo erwartet werden darf, dass die rückständigen Beiträge auf diesem Wege ganz oder wenigstens teilweise eingebracht werden können. Wo die Betreibung keinen solchen Erfolg verspricht, ist davon abzusehen; sie würde in einem derartigen Falle nur unnütze Kosten und Umtriebe verursachen. Dieser Auslegung von Art. 15 des Gesetzes entspricht es, dass Art. 42 der Vollziehungsverordnung vom 31. Oktober 1947 bestimmt, die Ausgleichskasse habe die geschuldeten Beiträge als uneinbringlich abzuschreiben, wenn eine Betreibung offensichtlich aussichtslos sei* ». Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a notamment considéré que la démarche la plus appropriée consistait en général à se renseigner auprès de l'office des poursuites pour savoir si des actes de défaut de biens avaient été délivrés récemment contre le débiteur.

On peut relever que dans l'ATF 77 III 42, le Tribunal fédéral semble appliquer le principe de proportionnalité – la poursuite ne doit être introduite que si elle est nécessaire et apte à atteindre le but (paiement de la créance) – et adopter une interprétation conforme à la Constitution, bien que cela ne soit pas explicitement mentionné. Cette argumentation convainc et elle est valable aussi valable pour l'interprétation du droit cantonal. Même lorsque la loi prévoit une règle ne laissant a priori aucune marge de manœuvre à l'autorité d'application, comme c'est le cas pour l'art. 15 LAVS, mais aussi pour les dispositions de droit fiscal comme l'art. 165 LIFD ou les dispositions de droit cantonal (art. 210 LICD-FR ou 238 LI-BE), les principes généraux, tels que l'égalité de traitement et la proportionnalité continuent de s'appliquer.

Ainsi, lorsque l'autorité doit choisir d'engager ou non une poursuite ou de requérir la continuation ou l'ouverture de la faillite, elle exerce son pouvoir d'appréciation. Elle doit donc, d'une part, vérifier que les conditions de l'aptitude, de la nécessité et de la proportionnalité au sens étroit soient réunies. D'autre part, elle doit traiter de manière semblable les cas semblables et de manière différente les cas différents, en se fondant sur des critères objectifs. Elle ne peut pas décider arbitrairement de poursuivre certaines obligations des particuliers et non d'autres sans motifs valables.

Deux critères paraissent particulièrement pertinents pour décider d'introduire ou de continuer une poursuite ainsi que de requérir une faillite. *D'une part*, le montant de la créance est déterminant. Lorsque la créance a une faible valeur, le recouvrement par voie de poursuite n'apparaît pas justifié. Alors que les frais du commandement de payer sont relativement modestes et dépendent du montant en jeu,²⁷ l'avance de frais de faillite requise par le tribunal pour le traitement de la faillite est élevée – entre CHF 2 000 et CHF 2 500 dans le Canton de Berne²⁸, CHF 3 500 dans le Canton de Genève²⁹ – et a un véritable effet dissuasif. Il ne semble pas proportionné de requérir la faillite pour une créance d'une valeur inférieure aux frais avancés par le créancier de droit public. *D'autre part*, les risques que la procédure d'exécution forcée ne soit pas fructueuse compte tenu de l'absence d'actifs ou de leur faible valeur doit également être pris en compte. Comme le Tribunal fédéral l'a souligné dans l'ATF 77 III 42, la consultation des registres de poursuite constitue souvent un moyen approprié.

En conclusion, même lorsque le texte d'une disposition semble indiquer que la poursuite est obligatoire après une sommation infructueuse, une poursuite ne doit pas nécessairement être introduite ou continuée et la faillite ne doit pas nécessairement être requise.

- 27 Art. 16 de l'Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP).
- 28 Cour suprême du canton de Berne, Circulaire n° B6 « L'avance de frais à fournir en application de l'art. 169, al. 2 LP en procédure de faillite », 1.1.2011 (modifiée le 1.7.2020).
- 29 https://www.ge.ch/faillites/comprendre-procedure-faillite?utm_source=chatgpt.com (21.10.2025).

E. Les autres modifications

1. Modifications dans la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)

Hormis la poursuite par voie de faillite des créances de droit public (cf. *supra* D.), la nouvelle loi contient différentes modifications de la LP (cf. aperçu des modifications sous B.). Compte tenu des nombreuses modifications dans la LP, quelques explications seront faites sur le droit transitoire.

a. Art. 11 LP

La loi ajoute deux alinéas à l'art. 11 LP. Le deuxième alinéa prévoit une obligation pour les offices des faillites (et leurs subordonnés) de « *communiquer aux autorités de poursuite pénale tous les crimes et délits devant être poursuivis d'office qu'eux-mêmes ou un de leurs subordonnés constatent dans l'exercice de leurs fonctions ou qui leur sont signalés et peuvent constituer un cas suspect* ». Le troisième alinéa accorde un droit de dénoncer à toute personne agissant pour l'office des faillites.

L'obligation ou le droit de dénoncer concerne uniquement les infractions poursuivies d'office et ne concernent pas les contraventions;

30 Cf. MARCHAND, p. 52 s.

certaines infractions en matière de poursuites et faillites (par exemple les art. 167 et 169 CP) sont considérées comme de simples contraventions lorsqu'elles sont d'importance mineure (art. 172^{ter} CP). L'art. 302 al. 2 CPP permet aux cantons et à la Confédération de prévoir une obligation de dénoncer pour les autorités non pénales. Certains cantons avaient d'ailleurs fait usage de cette possibilité.³⁰ Désormais, cette obligation est prévue dans le droit fédéral pour les autorités de poursuites pour dettes et faillite et il n'est plus nécessaire que l'autorité de surveillance les délie du secret de fonction, contrairement à ce que prévoit l'art. 320 ch. 2 CP.

b. Art. 222a LP

Le nouvel art. 222a LP autorise les offices des faillites à accéder aux envois postaux et à les ouvrir. Auparavant, l'art. 38 OAOF prévoyait que les offices des faillites étaient en droit d'exiger de la direction d'arrondissement postal compétente, pour toute la durée de la faillite, la présentation ou la remise des envois postaux et des chèques adressés au failli ou expédiés par lui, ainsi que des renseignements sur les relations postales du failli. Cela constituait une restriction du secret de la poste qui portait atteinte aux droits de la personnalité du failli.³¹ Dite surveillance devait disposer d'une base légale formelle ; ainsi, le nouvel art. 222a LP comble désormais cette lacune.³²

31 ATF 103 III 75.

32 Cf. MARCHAND, p. 54.

c. Art. 230 LP

Finalement, la modification de l'art. 230 al. 2 LP donne un délai plus long aux créanciers – vingt jours au lieu de dix – dans une faillite suspendue faute d'actif pour requérir la liquidation et fournir une sûreté. En laissant plus de temps aux créanciers, il est possible que dans quelques faillites supplémentaires la suspension ne permette pas au débiteur de se dérober à la liquidation (art. 231 ss LP).

d. Droit transitoire

Les principes généraux s'appliquent au droit transitoire : les nouvelles règles de procédure valent dès leur entrée en vigueur pour les procédures en cours, en tant qu'elles sont compatibles avec elles (art. 2, al. 1, des dispositions finales de la modification du 16 décembre 1994 de la LP). En cas de lacune de droit transitoire, le Tribunal fédéral précise qu'il convient d'appliquer par analogie une règle de droit déjà régie par la loi.³³ Conformément à l'art. 2 al. 3 des dispositions transitoires de la LP, Les privilèges prévus par l'ancien droit (art. 146 et 219 LP) s'appliquent aux faillites prononcées et aux saisies exécutées avant l'entrée en vigueur de la présente loi (en allemand, il est question de « *Konkurs eröffnet* » ou « *Pfändung vollzogen worden ist* »). En d'autres termes, si la faillite a été ouverte ou si la saisie est exécutée avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, on applique l'ancien droit, tandis que si la faillite est ouverte ou la saisie exécutée après l'entrée en vigueur du nouveau droit, c'est le nouveau droit qui s'applique.

33 ATF 125 III 154 consid. 3a;
KUKO-SchKG-LEVANTE (2025), N 1 zur
Übergangsbestimmung zur Änderung
vom 21 Juni 2013.

2. Modifications dans le droit pénal

La loi a élargi l'interdiction d'exercer selon l'art. 67a al. 2 CP. Désormais, l'interdiction d'exercer une activité de manière indépendante s'étend à la

fonction d'organe d'une personne morale ou d'une société commerciale ou de représentant d'un tiers, mais aussi à « toute autre fonction qui doit être inscrite au registre du commerce ou au titre de mandataire » (art. 67a al. 2 CP). Une modification similaire a été faite à l'art. 50a al. 2 CPM. Selon le nouveau droit, l'interdiction d'exercer concerne aussi toute personne devant être inscrite au registre du commerce, sans pour autant être un organe (p.ex. un directeur).

Le droit du casier judiciaire a subi diverses modifications qui permettent une meilleure communication et ainsi une meilleure mise en œuvre de l'interdiction d'exercer. L'art. 64a al. 1 LCJ prévoit désormais que le « Service du casier judiciaire communique périodiquement à l'autorité fédérale de haute surveillance du registre du commerce la liste de toutes les interdictions d'exercer en vigueur ». Ces mesures tendant à une meilleure fluidité des informations sont concrétisées dans l'OCJ.³⁴

34 Rapport explicatif 22.04.2015, p. 3.

Ces modifications, qui élargissent les mesures tendant à l'interdiction d'exercer selon les art. 67 s. CP et facilitent leur mise en œuvre, contribuent à lutter contre la récidive en matière de faillites abusives. Par exemple, le risque est plus faible sous le nouveau droit qu'un « homme de paille » condamné selon les art. 163 ss CP et faisant l'objet d'une interdiction d'exercer parvienne, malgré l'interdiction, à occuper une fonction similaire.

3. Modifications dans le Code des obligations

Le nouvel art. 684a CO prévoit que « le transfert d'actions est nul si la société n'a plus d'activité commerciale ni d'actifs réalisables et si elle est surendettée ». Le second alinéa de ce nouvel article détaille la procédure lorsque le registre foncier a un soupçon. Cette modification codifie une pratique jurisprudentielle existante connue sous le nom de la nullité du transfert d'un « manteau d'actions ». ³⁵ Selon le nouvel art. Art. 787a CO, cette règle s'applique par analogie au droit de la société à responsabilité limitée.

35 Cf. TF, 4C.19/2001, 25.5.2001, consid. 2 (avec références).

L'hypothèse retenue dans le message du Conseil fédéral est celle du « fossoyage organisé » de sociétés : « Il s'agit typiquement de chefs d'entreprise qui ne peuvent plus payer leurs factures ou dont l'entreprise est déjà surendettée. Dans cette période difficile, ils recourent à l'aide de sortes d'« entremetteurs ». Avant que la faillite soit déclarée, cet « entremetteur » sert d'intermédiaire entre le chef d'entreprise et un « fossoyeur d'entreprises » en échange de quelques milliers de francs. Ce dernier s'engage à reprendre la société au bord de la faillite moyennant le versement d'une indemnité. L'« entremetteur » conseille aussi le chef d'entreprise et le « fossoyeur » sur la manière dont ils pourront tirer un maximum de profit grâce à ce procédé. Le chef d'entreprise essaiera éventuellement de diminuer les actifs de sa société désormais réduite à son cadre d'actions avant son transfert en la vidant et déplaçant tout le matériel et les appareils encore utilisables vers une société à cet effet. Il augmentera peut-être aussi les dettes de sa société ou commandera des marchandises pour son usage personnel au nom de la société surendettée ».

La pratique du « fossoyage de sociétés » est bien réelle. Le récent reportage de la RTS intitulé « Les fossoyeurs d'entreprises » montre avec l'illustration d'un exemple concret que certains « fossoyeurs d'entreprises » accumulent jusqu'à 42 faillites en huit ans. ³⁶ Elle n'est qu'un des buts possibles du transfert d'un manteau d'actions, qui peut aussi avoir pour objectif d'éviter les frais et les impôts liés à une dissolution de la

36 Cf. *supra* note n° 9.

37 TF, 2C_176/2008, 26.08.2008, consid. 5.1.

société, alors que l'acquéreur souhaite éluder le droit de timbre d'émission et les frais liés à la fondation d'une nouvelle société.³⁷

La codification de la pratique de la nullité du transfert du « manteau d'actions » et la précision quant à la marche à suivre selon l'art. 684a al. 2 CO sont bienvenues. Comme pour la poursuite par voie de faillite des créances de droit public, cette modification repose sur une compréhension très large de l'usage abusif du droit de la faillite. En effet, le « fossoyeur » n'abuse pas des règles de la faillite ni ne provoque abusivement une procédure, mais, au contraire, retarde une faillite inévitable et, ce faisant, accumule des dettes au détriment des créanciers.

38 Cf. MARCHAND, p. 57.

La modification de l'art. 727a CO interdit la renonciation rétroactive – c'est-à-dire pour un exercice expiré – au contrôle restreint (*opting-out*). En cas de rapport de révision défavorable, certaines sociétés renoncent à la révision annuelle pour différer leur faillite, ce qui ne sera plus possible selon le nouveau droit.³⁸ Là aussi, la mesure sert à éviter qu'une société ne repousse l'ouverture de la faillite et cause des pertes supplémentaires aux créanciers.

Les modifications dans le droit du registre du commerce ont, premièrement, pour conséquence un contrôle accru par l'autorité fédérale de haute surveillance du registre du commerce. Selon l'art. 928a al. 2^{bis} CO, cette autorité veille à ce que la base de données centrale des personnes ne comporte pas d'inscriptions incompatibles avec l'interdiction d'exercer et vérifie notamment si les fonctions enregistrées dans la base de données centrale des personnes sont compatibles avec les interdictions d'exercer une activité communiquées en vertu de l'art. 64a LCJ.

39 Message, p. 4987.

Deuxièmement, le droit du registre du commerce est plus transparent depuis le 1^{er} janvier 2025. Selon l'art. 928b al. 3 CO, l'autorité fédérale de haute surveillance du registre du commerce fait en sorte que les données des personnes physiques puissent faire gratuitement l'objet d'interrogations spécifiques sur Internet. Selon le message, cette recherche est possible via le site internet de l'index Zefix.³⁹ Les données publiques sur les personnes physiques sont désormais mises en lien avec les données relatives aux entités juridiques, ce qui permet de savoir dans quelle entité juridique et à quelle fonction la personne recherchée a été inscrite au registre du commerce.⁴⁰ Le public sait aussi si la personne recherchée était inscrite au registre du commerce pour une entité juridique sur laquelle une procédure de faillite a été ouverte.⁴¹ Il est plus facile de connaître le parcours économique, y compris la participation à une ou plusieurs faillites, d'éventuels partenaires contractuels. Comme l'interdiction d'exercer, la transparence accrue permet de réduire le risque de récurrence, notamment des « fossoyeurs de faillite », puisque la participation à de nombreuses faillites, qui peut être constatée facilement sur le site de l'index Zefix, devrait décourager tout partenaire contractuel potentiel. A l'heure où nous écrivons ces lignes, la recherche publique n'est pas encore accessible, puisque la création des conditions techniques et que l'alimentation de la base de données prend un certain temps.⁴²

40 Message, p. 4987.

41 Message, p. 4987.

42 Cf. rapport explicatif 22.04.2015, p. 7.

4. Modifications dans la Loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD)

Selon le nouveau droit (art. 12 al. 4 LIFD), les administrations fiscales cantonales doivent signaler aux offices du registre du commerce les sociétés

qui n'ont pas déposé leurs comptes annuels conformément à la loi. Cette mesure vise à éviter que des entreprises poursuivent leurs activités sans tenir de comptabilité et dissimulent ainsi à leurs créanciers une situation financière potentiellement critique.

F. Conclusion

Ainsi que le relève une partie de la doctrine, la loi « sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite » se distingue par un intitulé ambitieux, alors que les mesures effectivement adoptées apparaissent relativement modestes et susceptibles de décevoir. Les téléspectateurs du reportage de la RTS sur les fossoyeurs de sociétés auraient peut-être espéré des changements spectaculaires, comme l'introduction d'une responsabilité personnelle des actionnaires ou organes de sociétés en faillite ou encore des allègements significatifs de la responsabilité pénale selon les art. 163 ss CP. On ne trouve dans cette loi aucune mesure qui permettrait de mettre fin ou de réduire très significativement les comportements malhonnêtes décrits dans ce reportage.

L'obligation faite aux offices de faillite, ou le droit aux personnes agissant en leur nom, de dénoncer les délits ou crimes (art. 11 al. 2 et al. 3 LP), est bien en phase avec l'objectif de la loi, puisque les délits ou crimes selon les art. 163 ss CP peuvent être mieux combattus dans le cadre d'une faillite imminente ou existante. En revanche, le lien avec la faillite abusive est moins évident pour les autres mesures. Si l'on exclut les modifications qui se limitent à codifier une pratique existante (art. 684a CO) ou qui sont peu significatives (p.ex. art. 230 al. 2 LP), celles-ci poursuivent principalement deux objectifs.

Plusieurs modifications visent à réduire le risque de récidive, notamment par des « dépeceurs d'entreprises ». Il en va ainsi de l'élargissement de l'interdiction d'exercer (art. 67a CP), de l'amélioration de sa mise en œuvre (art. 64a al. 1 LCJ), du contrôle accru du registre du commerce (art. 928a al. 2^{bis} CO, art. 928b al. 3 CO), mais aussi de sa meilleure transparence, qui permet aux potentiels créanciers d'identifier toute relation avec des individus malhonnêtes. Lorsque les comportements en question impliquent une société déjà surendettée, ces mesures n'empêchent certes pas la faillite, mais elles contribuent à éviter son report et à limiter les pertes subies par les créanciers.

D'autres modifications, comme la principale permettant la poursuite par voie de faillite pour des créances de droit public, mais aussi l'interdiction de l'*opting-out* rétroactif (art. 727a CO) ou encore le signalement par les administrations fiscales cantonales des sociétés qui n'ont pas déposé leurs comptes annuels, visent tout simplement à éviter qu'un débiteur insolvable poursuive son activité et cause davantage de pertes aux créanciers. Ces mesures doivent permettre, si l'on veut, de nettoyer le marché d'acteurs indésirables et potentiellement dangereux pour les autres participants.

Même si ces mesures paraissent judicieuses, on peut se demander, comme une partie de la doctrine, s'il est légitime de parler d'un usage abusif de la faillite.⁴³ La question se pose de savoir s'il est le rôle de la

43 MARCHAND, p. 58.

44 BAIRD, p. 578.

faillite ou du droit de la faillite de réguler le marché. Pour répondre à cette question, l'observation suivante de DOUGLAS G. BAIRD, expert américain reconnu en droit de la faillite, est particulièrement éclairante : « *Firms must live or die in the market. All bankruptcy can do is ensure that fights among creditors and other investors of capital do not accelerate a firm's liquidation* ». ⁴⁴ Si l'on s'en tient à cette fonction de la faillite, les comportements que les modifications visent à prévenir ne sauraient être qualifiés d'« usage abusif de la faillite », même s'ils constituent indéniablement une amélioration pour les créanciers.

Sources

Doctrine :

BAIRD DOUGLAS G., « Bankruptcy's Uncontested Axioms », 108 Yale Law Journal (1998), p. 573 ss.
GAPANY Pierre, *La faillite de la personne physique – les abus de la procédure de faillite*, JdT 2018 II, p. 15 – 29.

HUNKELER Daniel, *Kurzkommentar – Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, 3^e éd., Bâle 2025 (cité: KUKO-SchKG-AUTEUR).

KÄLIN Oliver, *Faillites en cascade et gestion fautive*, Expert Focus 8-7/19, p. 503 – 506.

MARCHAND Sylvain, *Loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite : une loi qui porte mal son nom*, SJ 2025, p. 45 – 58.

TANQUEREL Thierry/BERNARD Frédéric, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., Genève/Zurich 2025.