

**RAPPORT DE LA COMMISSION
chargée d'examiner l'objet suivant :**

Postulat Valérie Induni et consorts – Combattre l'exploitation des faillites à répétition

1. PREAMBULE

La commission s'est réunie le 13 novembre 2017 à la Salle Cité, rue Cité-Devant 13, à Lausanne. Elle était composée de Mme Valérie Induni, de MM. Jean-Michel Dolivo, Patrick Simonin, Maurice Treboux, Pierre Volet, ainsi que de la soussignée Nathalie Jaccard, confirmée dans son rôle de présidente et rapportrice.

M. Philippe Leuba, chef du Département de l'économie, de l'innovation et du sport (DEIS) était accompagné par MM. Jean-Pierre Gaille, adjoint du secrétaire général de l'Ordre Judiciaire (OJ), responsable des Offices des poursuites et faillites (OPF), et François Vodoz, chef du Service de l'emploi (SDE).

M. Jérôme Marcel, secrétaire de la commission, a établi les notes de séance.

2. POSITION DU POSTULANT

La postulante, qui a été contactée après le dépôt de son postulat, par l'Association des agents d'affaires brevetés du canton de Vaud qui se sentent impuissants face aux faillites à répétition, sentiment également partagé par les OPF, expose les conséquences des faillites à répétition :

- 1) Pour les entreprises, à travers la concurrence déloyale d'entreprises qui ne prennent pas leurs responsabilités sociales et peuvent ainsi pratiquer des prix inférieurs ;
- 2) Pour les fournisseurs des entreprises indélicates, qui essuient des pertes financières ;
- 3) Pour les employés sans salaire, dont les charges sociales ne sont pas payées ;
- 4) Pour l'Etat qui doit financer des mesures de chômage pour les mois impayés à l'employé ;
- 5) Pour les caisses de compensation, qui ne touchent pas les charges sociales.

Cette problématique qui relève majoritairement du droit fédéral est également traitée au plan fédéral. Le Conseiller national vaudois Olivier Feller a déposé une motion qui demande de pouvoir conférer aux créanciers ordinaires une action directe en responsabilité contre les dirigeants d'une société qui leur causent un dommage. Actuellement, seuls les actionnaires et les créanciers sociaux peuvent faire cette démarche. Au niveau cantonal, la lutte contre les faillites à répétition a été inscrite dans le programme de législature au point 2.4 qui fait des propositions d'action sur les marchés publics. L'interpellation de la députée Catherine Labouchère sur la prévention des fraudes trouve une réponse à travers ce postulat.

Ce problème s'étend aux responsabilités civiles ; certaines entreprises, malgré les obligations légales, ne tiennent pas de comptabilité, ce qui rend ainsi la récolte de preuves laborieuses et laisse les créanciers ordinaires sans moyen d'action.

En cas de plainte pénale pour faillite frauduleuse, les peines prononcées sont généralement légères et il n'y a pas de réparation financière. Cette situation est, de plus, compliquée par le fait que les administrateurs - de droit et de fait - ne sont pas les mêmes et que des sociétés sont ouvertes sous divers noms. Dès lors, la loi ne devrait-elle pas être modifiée afin de refuser l'enregistrement au registre du commerce après une ou des faillites à répétition.

L'Association des agents d'affaires brevetés du Canton de Vaud souhaiterait que la possibilité d'obtenir des renseignements soit possible sur l'ensemble du canton et non pas par district. Cela puisqu'à ce jour, par exemple, les renseignements obtenus à l'Office des Poursuites et Faillites de l'ouest lausannois concernent uniquement ce district et que des faillites pourraient être prononcées à Lausanne sans être indiquées sur le document remis par l'OPF de l'Ouest lausannois.

Le postulat demande au Conseil d'Etat d'étudier des pistes de solution pour lutter contre le problème :

1. Introduction d'une liste noire des faillites à répétition en collaboration avec les partenaires sociaux. Sur le terrain, les personnes se connaissent et savent beaucoup de choses, mais ne peuvent pas agir en raison des normes en matière de protection des données ;
2. Mise en place d'un registre cantonal ou intercantonal des faillites ;
3. Attribution des marchés publics de l'Etat de Vaud en priorité aux entrepreneurs qui n'ont pas subi de faillites à répétition.

Enfin, la postulante précise qu'il ne s'agit pas de jeter l'opprobre sur les sociétés qui ont fait faillite une fois et qui n'exploitent pas le système. Le risque commercial existera toujours.

3. POSITION DU CONSEIL D'ETAT

Le chef du DEIS remarque que deux des trois propositions de la postulante ne sont pas du ressort de son département : les poursuites et faillites relèvent de l'Ordre Judiciaire (OJV) et du Département des institutions et de la sécurité (DIS) et la question des marchés publics dépend du Département des infrastructures et des ressources humaines (DIRH). Enfin, une partie de la problématique concerne le droit fédéral : par conséquent, il est difficile d'agir à l'échelle cantonale.

Le chef de département a constitué un groupe de travail sur les faillites à répétition, composé de représentants d'Unia, de la Fédération vaudoise des entrepreneurs (FVE), de Gastro-Vaud, de l'OJV, de la Police cantonale du commerce et du SDE. Il a tenu quatre séances et travaille depuis plusieurs mois sur des pistes de solutions, tant à l'échelon cantonal que fédéral. Le chef de département évoque la possibilité de déposer une initiative législative au nom d'un parlementaire ou du canton.

Le groupe a répertorié la totalité des propositions émanant des entités du groupe de travail. Il a étudié les diverses possibilités au plan juridique et étudié la pertinence des projets. La fin des travaux est prévue pour Noël. En l'état, le groupe a élaboré quinze fiches de mesures concrètes. Préférant attendre la fin des travaux, le chef de département n'en révèle pas le contenu.

En plus des interventions aux Chambres, la motion du député Mathieu Blanc (du 6.12.16, transformée en postulat le 3.10.17) porte sur l'accès généralisé aux registres des OPF, ces derniers n'étant pas actuellement centralisés. Ce postulat est traité par le DIS.

Le chef de département ne s'oppose pas au renvoi du postulat au Conseil d'Etat, puisque l'Etat a largement entamé l'examen du sujet. Le renvoi ou non du postulat ne nuira aucunement aux démarches du département et du groupe de travail. Le spectre des réflexions en cours est plus large que les pistes évoquées dans le postulat. Le chef de département ne s'est pas entretenu avec les cheffes du DIS et du DIRH sur les aspects qui les concernent, mais il soumettra les quinze pistes étudiées par le groupe de travail à l'ensemble du Conseil d'Etat.

La postulante salue les démarches menées au DEIS mais insiste sur la nécessité de renvoyer le postulat au Conseil d'Etat. Elle souhaite recevoir des réponses dans un rapport qui pourrait même partiellement englober les résultats et les propositions du groupe de travail.

4. DISCUSSION GENERALE

Il est souligné que certaines de ces entreprises ne sont pas suisses et certaines n'ont pas de représentant dans le pays. La distorsion de la concurrence est importante et les ouvriers sont pénalisés lorsque les charges sociales sont impayées.

Le chef du SDE explique que si les charges sociales sont impayées, les caisses d'assurance sociale peuvent faire valoir leurs créances dans le cadre d'une procédure de faillite. Cependant, elles ne se situent qu'au 2^e ou 3^e rang. La LPP est au premier rang, l'AVS est au 3^e rang. Les chances de voir ces

créances honorées même partiellement sont donc presque nulles. Retenir et détourner les cotisations AVS à son propre avantage est puni pénalement.

Il est également évoqué les ventes d'outillage et de machines lors de faillites et comment les OPF examinent et vérifient les machines, factures et transactions.

Le responsable des OPF précise que tout un chacun a la possibilité de faire des offres lors d'une vente aux enchères publiques. L'offre la plus élevée remporte la mise. Il n'existe aucune liste de personnes qui ne devraient pas miser dans ce type de vente.

L'OPF ne peut pas agir dans le cas d'un transfert de propriété (par vente ou donation) avant la faillite, sauf si, manifestement, le prix de vente n'est pas raisonnable. Dans ce cas, une action révocatoire est ouverte, mais elle est peu utile. En effet, à l'issue des démarches souvent longues, l'objet a perdu de sa valeur.

Le droit prévoit des possibilités pour empêcher des ventes problématiques, mais les mesures sont peu efficaces. En effet, l'OPF ne parvient pas toujours à obtenir les factures, inventaires et documents de comptabilité qui devraient exister. De nombreuses entreprises ont compris que l'absence de ces pièces complique le travail de l'OPF pour une dénonciation pénale.

Le but de la vente aux enchères est le profit maximal. L'actif peut être acheté par une autre société, gérée par la fille de l'entrepreneur en faillite, par exemple. L'OPF ne peut pas effectuer de contrôle systématique des identités de la filiation, d'autant que des hommes de paille existent. Dès qu'une faillite est prononcée, les actifs sont inventoriés et bloqués par l'OPF. Si les actifs sont soustraits, une dénonciation pénale est envisagée.

Le chef du SDE complète que dans une procédure de faillite, on part généralement du principe que la faillite est prononcée rapidement. En réalité, s'il existe des perspectives de retour à une meilleure santé financière, la faillite peut être retardée par un ajournement de la faillite ou par un concordat en cours de faillite, par exemple. La société continue à travailler, à l'abri des poursuites.

Pour le chef de département, établir une liste noire relève d'une démarche rétroactive qui ne permettrait pas de résoudre le problème des faillites en cascade. Il s'interroge sur la définition des termes « faillite successive » et « faillite frauduleuse » et sur le nombre de faillites déterminant. Seule une démarche globale, au plan fédéral et cantonal avec les partenaires sociaux, serait efficace. Il faudra faire en sorte que les « moutons noirs » soient les seuls sanctionnés. Mais le meilleur des systèmes n'empêchera pas toutes les faillites de ce type. Et il ne faudrait pas que le remède soit pire que le mal.

Par exemple : lors d'un arrêt complet d'un chantier à cause d'un corps de métier qui violerait la loi, cela entraînerait des conséquences pour les autres qui n'ont rien à se reprocher. Les voies de recours sont lentes et vont jusqu'au Tribunal fédéral.

La Loi sur la poursuite et la faillite date de 1889 ; de toute évidence, elle doit être modifiée tout comme les législations cantonales et fédérales.

Il est souligné que certains corps de métier sont soumis à un contrôle avant la création de l'entreprise et ne peuvent pas exercer en cas d'acte de défaut de biens.

Le chef de département estime que les règles en vigueur dans ces secteurs spécifiques, dont l'exercice est soumis à autorisation, ne sont pas transposables. De plus, interdire à une personne l'exercice d'une activité économique la poussera dans le régime du revenu d'insertion (RI). Certaines personnes ayant connu des difficultés — un divorce et des enfants à charge — ont un acte de défaut de biens sans être mal intentionnées. Il faut leur permettre de se relever.

Les métiers principalement concernés par les faillites à répétition sont la restauration et les métiers de la construction, dont l'exercice n'est pas soumis à autorisation. Le maître d'ouvrage, qui choisit ses partenaires (installateur sanitaire, peintre, électricien, etc...) a une responsabilité. Dans les relations de droit privé, la responsabilité relève des co-contractants.

Un député se demande s'il ne serait pas plus judicieux de se focaliser sur les personnes et entreprises qui travaillent bien et qui ne posent pas de problème et avoir un registre professionnel qui les valorise.

Le chef de département relève que les associations professionnelles ont pour vocation de mettre en avant la probité de leurs membres. Elles organisent les contrôles. Les critères d'enregistrement sur une liste professionnelle doivent être objectifs.

Genève a tenté de dresser une liste noire, mais c'est extrêmement fragile sur le plan juridique.

Un député demande s'il ne serait pas possible, comme pour les marchés publics, que les entreprises fournissent la preuve du paiement des charges sociales. Par exemple, les banques pourraient demander des garanties sur les entreprises de construction, lors d'une demande de crédits hypothécaires.

Le chef de département répond que cela relève du droit fédéral. De plus, le prêt bancaire est accordé sur la base du devis de l'architecte et ce, avant de connaître les entreprises ou les sous-traitants qui seront retenus pour la construction. La banque devrait exiger la liste des partenaires dans les six mois suivants l'obtention du crédit.

L'Etat fait le maximum lorsque les chantiers sont en mains publiques et lorsqu'il alloue des subventions, mais il lui est impossible d'agir dans le cadre des projets privés.

Le responsable des OPF, précise qu'il est possible de contrôler les personnes qui gèrent des SA ou des SARL à travers une recherche avancée au registre du commerce. Cela permet de déterminer le nom des sociétés dans lesquelles une personne est - ou a été - active en tant qu'administratrice, associée, gérante, etc... Certains noms d'entrepreneurs « indéclicats » sont alors connus. Les modifications qui auront lieu au plan fédéral introduiront peut-être la possibilité de refuser l'inscription d'une personne au registre du commerce.

Le chef du SDE fait savoir que, dans le modèle économique frauduleux des faillites en chaîne, apparaissent en dernier lieu au registre du commerce les personnes qui se substituent à l'administrateur précédent et qui sont en charge de la gestion de la faillite de l'entreprise. Elles n'ont souvent pas été actives dans la société. Les personnes problématiques sont les précédents administrateurs qui créent les conditions de la faillite, voire la faillite frauduleuse.

Le responsable des OPF, précise que des recherches plus approfondies dans les inventaires de machines et d'outillages, dans les documents de comptabilité, etc... sont menées lorsqu'un nom apparaît plusieurs fois pour dans des procédures de faillites. L'office interroge également la personne impliquée et une dénonciation pénale reste possible.

Un nouveau système informatique sera disponible dans les offices d'ici mi-décembre. En amont, les OPF ont fait en sorte que les registres des faillites soient traités au plan des quatre offices des arrondissements, avec la possibilité d'un regroupement en un répertoire unique. Ce registre cantonal sera mis en place une fois que l'autorisation sera donnée aux OPF et que les adaptations légales seront réalisées. Les anciens dossiers ne figureront pas dans le nouveau registre car l'introduction de ceux-ci rendrait la tâche trop complexe et trop longue. Les renseignements en matière de faillite devant être fournis pour les cinq années précédentes, il faudrait obtenir un investissement supplémentaire pour enregistrer ces éléments dans le nouveau fichier.

En réponse à une question, le responsable des OPF explique qu'il serait inutile que le registre du commerce avertisse les OPF lorsqu'une personne reprend ou recrée une société. Quand les OPF sont saisis d'un dossier et que le président du tribunal a prononcé la faillite, travailler en amont sur toutes les sociétés créées n'aurait pas grand intérêt. Et le registre du commerce ne peut informer les OPF de chaque faillite. Le Canton de Vaud enregistre 2000 faillites par années, dont la moitié sont suspendues faute d'actifs. Le responsable des OPF ignore le nombre de faillites à répétitions.

5. VOTE DE LA COMMISSION

Convaincue de la nécessité de trouver des solutions pour combattre l'exploitation des faillites à répétition, *la commission à l'unanimité, recommande au Grand Conseil de prendre en considération le postulat et de le renvoyer au Conseil d'Etat.*

Renens, le 5 décembre 2017.

*La rapportrice :
(Signé) Nathalie Jaccard*