



RAPPORT DU CONSEIL D'ETAT AU GRAND CONSEIL

**sur le postulat Valérie Induni et consorts –
Combattre l'exploitation des faillites à répétition
(17_POS_252)**

Rappel du postulat

Le 20 juin 2017, Madame la députée Valérie Induni a déposé un postulat, cosigné par 84 autres députés, dont la teneur est la suivante :

Contrairement à la situation prévalant dans d'autres pays — en Belgique ou en France notamment — en Suisse, le droit fédéral ne permet pas de sanctionner un entrepreneur provoquant des faillites à répétition. Celui-ci peut ainsi diriger plusieurs sociétés successivement, autant de fois qu'il le souhaite, en les conduisant à la perte et sans honorer ses engagements. Certains entrepreneurs se sont fait une spécialité de ce business des faillites à répétition, exploité par des réseaux de type criminel. Cette faille de notre ordre juridique instaure une concurrence déloyale, en particulier dans des secteurs d'activité soumis à une forte concurrence (gros œuvre, second œuvre) au détriment des acteurs honnêtes de la branche. Parallèlement, cette exploitation cause une forte sous-enchère salariale pour les employés de la branche jusqu'au près des sous-traitants. C'est aussi un report de charge sur la collectivité puisque plusieurs travailleurs n'ont souvent d'autre choix que de demander à être indemnisés par voie de requête d'insolvabilité auprès de la Caisse cantonale de chômage pour obtenir le paiement de leurs salaires.

Si le siège de la matière se trouve principalement dans la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, certaines compétences restent en mains des cantons. Les mandataires, partenaires ou salariés de ces employeurs indélicats sont souvent très démunis pour se protéger. En l'état actuel des choses, la loi ne leur donne que très peu de moyens pour se renseigner quant au passif de ces entrepreneurs. Un extrait de l'Office des poursuites ne permettra pas au créancier, qu'il soit employé, mandataire ou partenaire contractuel de l'entrepreneur en cause, de savoir s'il a été impliqué dans des faillites à répétition. Pour combattre l'exploitation d'un système défaillant et instaurer un minimum de loyauté dans des secteurs d'activité soumis à de très fortes pressions, les personnes intéressées doivent avoir les moyens de connaître le nom des entrepreneurs impliqués dans l'exploitation de faillites à répétition. Par ailleurs, le canton de Vaud ne détient aucun registre cantonal des faillites. Chaque district détient son propre registre. A titre d'exemple, une entreprise poursuivie dans le district du Gros-de-Vaud n'apparaîtra que dans le registre des faillites de ce district et ne figurera donc pas dans celui du district de Morges. Cette lacune est une faille supplémentaire exploitée par des entrepreneurs malhonnêtes.

Au final, les perdants de ces faillites à répétition peuvent être notamment regroupés en cinq catégories :

- les très nombreuses entreprises qui respectent le cadre légal et dont les offres sont plus chères, par rapport à celles de ces employeurs indélicats, ce qui leur fait perdre des marchés ;*
- les fournisseurs des entreprises indélicates, qui doivent essuyer des pertes sur créances ;*
- les employés des entreprises indélicates, qui doivent tenter de recouvrer leurs salaires impayés et se retrouvent sans emploi ;*
- l'Etat qui doit financer des mesures de chômage supplémentaires, sans toucher d'impôt de ces entreprises ;*
- les caisses de compensation qui ne touchent pas les charges sociales.*

Au vu de ce qui précède, la soussignée demande au Conseil d'Etat d'étudier des pistes de solutions englobant entre autres les propositions suivantes :

- 1. l'introduction d'une liste noire des entrepreneurs impliqués dans l'exploitation de faillites à répétition dont l'accès serait limité aux personnes faisant valoir un intérêt vraisemblable, en conformité avec la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite et les normes applicables en matière de protection des données ;*
- 2. la mise en place d'un registre cantonal, voire intercantonal, des faillites ;*
- 3. l'attribution des marchés publics de l'Etat de Vaud, en priorité aux entrepreneurs n'ayant pas fait l'objet de faillites à répétition.*

Rapport du Conseil d'Etat

En préambule, le Conseil d'Etat tient à souligner qu'il partage intégralement les réflexions développées par Mme la Députée Induni dans le cadre de son postulat. A cet égard, il rappelle que la lutte contre les faillites en cascade pour éviter les abus liés à ce phénomène, en modifiant au besoin les bases légales en concertation avec les partenaires sociaux, constitue une des actions inscrites dans les axes prioritaires du programme de législature 2017-2022 (cf. point 2.4, p. 30). Malgré les difficultés de mise en œuvre des mesures correctrices évoquées ci-après, il tient ainsi d'emblée à écarter toute ambiguïté quant à sa position sur le phénomène des faillites en chaîne qui touchent spécifiquement certains secteurs d'activités et qui ont des conséquences néfastes pour plusieurs secteurs d'activités, notamment la construction, les institutions sociales et en priorité les travailleurs lésés. Le Conseil d'Etat est néanmoins d'avis que la faillite, lorsqu'elle n'est pas instituée en système de gestion, ne doit pas définitivement empêcher un entrepreneur de développer de nouvelles activités.

1. Faillites à répétition vs limitations de la liberté d'entreprendre

La question de fond d'une lutte renforcée contre l'utilisation des faillites comme mode de gestion des dettes renvoie inévitablement aux notions de création et de cessation des activités d'une entreprise. Sans entrer dans le détail des différentes formes de sociétés, le Conseil d'Etat tient à rappeler certaines réalités inhérentes au droit suisse et plus généralement au but recherché dans la création d'une société.

La création d'une société a, entre autre pour but, de faire naître une personnalité juridique distincte de ses promoteurs, délimitant ainsi un périmètre de responsabilité lié au capital investi. Les personnes au démarrage d'un projet, sauf à commettre des actes pénalement répréhensibles, limitent les risques encourus et distinguent ainsi leur patrimoine de celui appartenant dorénavant à la société.

La possibilité de limiter le risque économique encouru par les entrepreneurs est un facteur important du dynamisme économique et le droit suisse a depuis longtemps concrétisé cette nécessité. Remédier aux dérives et aux abus parfois constatés ne doit parallèlement pas mettre en péril les conditions cadres de l'économie, vecteurs essentiels de l'innovation et de la création d'emplois. La liberté d'entreprendre compte parmi les piliers d'une économie compétitive.

Quelle que soit l'ampleur réelle ou supposée de ce phénomène – les statistiques qui permettraient la quantification des impacts économiques en Suisse font malheureusement défaut –, la solution aux problèmes liés à des abus permettant à des entrepreneurs malveillants de se soustraire à leurs obligations ne devrait pas mettre en péril les avantages du système actuel et doit impérativement être le fruit d'une pesée minutieuse des intérêts.

2. Etat des lieux

2.1 Sur le plan fédéral

La problématique des faillites répétées, pratique comparable à un abus de droit, a fait l'objet de diverses interventions au parlement fédéral. On peut en particulier mettre en avant les interventions suivantes :

- 2011 : Motion Hans Hess (PLR/OW) – « Prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite » (11.3925). Cette motion a été adoptée et le Conseil fédéral a été chargé de créer les bases juridiques nécessaires pour qu'on ne puisse plus utiliser abusivement la procédure de faillite pour échapper à ses obligations.
- 2017 : Motion Corrado Pardini (PS/BE) – « Faillites en chaîne. Empêcher le commerce avec des entreprises surendettées » (17.3758). La motion a été adoptée par le Conseil national en date du 10 septembre 2019. Elle sera prochainement traitée par le Conseil des Etats.
- 2017 : Motion Jean-Christophe Schwaab (PS/VD) - « Stopper les faillites en chaîne. Empêcher les champions de l'insolvabilité organisée de nuire à nouveau » (17.3759) reprise par Mathias Reynard. La motion a été adoptée par le Conseil national en date du 10 septembre 2019. Elle sera prochainement traitée par le Conseil des Etats.

- 2017 : Motion Olivier Feller (PLR/VD) - « Conférer aux créanciers ordinaires une action directe en responsabilité contre les dirigeants d'une société qui leur causent un dommage » (17.3760). La motion a été adoptée par le Conseil national en date du 10 septembre 2019. Elle sera prochainement traitée par le Conseil des Etats.
- 2018 : Motions Benjamin Roduit (PDC/VS) – « Redonner des moyens aux registres du commerce » (18.3991) et « Mettre fin aux faillites à répétition » (18.3993). Ces motions n'ont pas encore été traitées.

Les trois interventions déposées en 2017 ont été simultanées et, dans le communiqué de presse les accompagnants, les déposants font le constat que le Conseil fédéral tarde à agir et que la situation s'est détériorée depuis l'adoption en 2011 de la motion Hans Hess. Le Conseil fédéral, pour sa part, avait préconisé le rejet des trois motions déposées en 2017. Les travaux législatifs entrepris suite à la motion Hans Hess en 2011 ont débouchés sur un communiqué du Conseil fédéral du 26.06.2019, partiellement retranscrit ci-après :

« Le Conseil fédéral veut empêcher les débiteurs d'user abusivement de la procédure de faillite afin d'échapper à leurs obligations et de faire une concurrence déloyale à d'autres entreprises. Lors de sa séance du 26 juin 2019, il a adopté le message relatif à la loi sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite. Elle vise en particulier à améliorer l'application de l'interdiction pénale d'exercer une activité en cas notamment de crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes.

Le projet est centré sur plusieurs mesures de droit pénal. Concrètement, il faut améliorer l'application de l'interdiction pénale d'exercer une activité (art. 67, al. 1 CP) qui permet à un tribunal d'interdire à une personne l'exercice d'une fonction au sein d'une entreprise. Le projet de loi propose d'établir un lien entre le casier judiciaire et le registre du commerce. L'interdiction d'exercer une activité inscrite dans le casier judiciaire sera communiquée aux offices du registre du commerce afin qu'ils puissent radier la personne.

Les créanciers de droit public (administrations des contributions, SUVA, etc.) pourront en outre choisir si une poursuite se fait par voie de saisie ou de faillite. »

2.2 Sur le plan cantonal

Le Conseil d'Etat accorde lui aussi, depuis un certain temps déjà, une attention toute particulière à cette question des faillites en cascade. Comme évoqué précédemment, la lutte contre les faillites à répétition et les abus en la matière fait partie des actions du programme de législature 2017-2022. Sous l'égide du Département de l'économie, de l'innovation et du sport (DEIS), un groupe de travail spécifiquement créé pour envisager les diverses solutions à ces abus réunit les représentants des offices des poursuites et faillites, de l'ordre judiciaire et des partenaires sociaux.

Les travaux ont permis de dégager plusieurs pistes dont certaines sont d'ailleurs évoquées dans le texte du postulat et qui visent toutes à endiguer le phénomène des faillites répétées. Sont répertoriées et sommairement synthétisées ci-dessous différentes pistes explorées par le groupe de travail. On peut ainsi les regrouper suivant les modifications légales envisagées :

Modifications de la Loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS) :

- Réintroduction de l'art. 136 RAVS qui imposait à l'employeur d'annoncer ses travailleurs à sa caisse AVS dans un délai d'un mois. Une telle annonce, si elle n'est pas directement liée aux faillites en cascade, permet de garantir le paiement des cotisations et de lutter contre le travail au noir.
- Introduction d'une base légale permettant la communication des données d'entreprises par les caisses de compensation. Le but d'une telle norme est de permettre la communication précoce d'informations aux autorités administratives qui octroient une autorisation nécessaire à une activité (p. ex : patente octroyée à un restaurant).

Modifications de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) :

- Abrogation des alinéas 1 et 1bis de l'art. 43 LP. Dans sa version actuelle, la LP n'ouvre pas la possibilité de requérir la faillite pour des dettes de droit public. La modification introduirait ainsi cette possibilité notamment aux administrations des contributions pour des dettes d'impôt ainsi qu'aux caisses de compensations pour des cotisations impayées. La disposition actuelle, selon le Conseil fédéral, complique l'assainissement et ouvre la porte à des abus. Cette modification est l'une de celles prévues dans la concrétisation de la motion Hans Hess. Il n'est cependant pas certain que cette mesure soit finalement retenue par le Conseil fédéral dans la mesure où la consultation menée en 2015 a mis en évidence des avis contrastés.
- Introduction d'un registre centralisé des faillites au niveau fédéral qui garantirait une meilleure vue d'ensemble. Une telle modification pourrait, comme le relève le postulat, aussi s'inscrire dans le cadre d'un registre cantonal des faillites. Ce point sera développé plus bas.
- Prise en charge par les organes, administrateurs gérants ou dirigeants de fait des frais non couverts par la masse. Une telle modification irait ainsi au-delà du projet de modification de la LP précédemment cité.

Modifications des différentes législations relatives à l'octroi de marchés publics

- Exclusion des auteurs de faillites abusives des procédures de marchés publics au niveau fédéral, cantonal et communal. Différentes législations devraient ainsi être modifiées parallèlement.

Modification du Code des obligations

- Modification du système de responsabilité civile institué par les art. 754 et 827 CO afin de conférer aux créanciers la possibilité d'intenter une action en responsabilité civile contre les dirigeants d'une société également pour un dommage indirect. Par rapport à la motion Olivier Feller précitée, le groupe de travail s'est donc interrogé sur la possibilité d'aller encore un pas plus loin dans l'élargissement des possibilités d'action en responsabilité civile en permettant d'ouvrir action pour un dommage indirect.

Modifications de dispositions pénales

- Possible élargissement du cadre de l'art. 158 du Code pénal relatif à la gestion déloyale.
- Possible introduction d'un art. 158bis CPS réprimant l'insolvabilité volontaire du débiteur pour échapper à ses créanciers avant la fin d'une procédure de recouvrement, vidant ainsi la société de toute substance.
- Possible élargissement de l'actuel art. 67 CPS afin d'interdire l'exercice d'une activité de gérant ou d'administrateur.

Tel que cela ressort de l'inventaire schématique ainsi dressé, les ajustements évoqués ont principalement trait à des modifications légales au plan fédéral. Le groupe de travail a temporairement suspendu ses travaux compte tenu des derniers développements au niveau fédéral.

3. Pistes évoquées dans le postulat

Indépendamment des modifications impliquant une prise de décision de la Confédération, différentes possibilités précisées dans le postulat ont trait au seul cadre cantonal. Elles sont reprises ci-après.

3.1. Introduction d'une liste noire des entrepreneurs impliqués dans l'exploitation de faillites à répétition dont l'accès serait limité aux personnes faisant valoir un intérêt vraisemblable, en conformité avec la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite et les normes applicables en matière de protection des données

Les questions liées à la tenue et à la consultation des registres sont réglées par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1) et ses ordonnances (Ordonnance sur les formulaires et registres à employer en matière de poursuites pour dettes et de faillite et sur la comptabilité [Oform ; RS 281.31] et Ordonnance sur l'administration des offices de faillites [OAOF ; RS 281.32]).

En vertu de l'art. 8 LP, les offices des poursuites et les offices des faillites dressent procès-verbal de leurs opérations ainsi que des réquisitions et déclarations qu'ils reçoivent ; ils tiennent les registres. L'art. 8a LP précise que toute personne peut consulter les procès-verbaux et les registres des offices des poursuites et des offices des faillites et s'en faire délivrer des extraits à condition qu'elle rende son intérêt vraisemblable.

Dans le canton de Vaud, ces prescriptions sont complétées par l'Arrêté d'exécution de la loi du 18 mai 1955 d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (ALVLP ; BLV 280.05.01). L'art. 13 ALVLP précise que nul n'est tenu de rendre son intérêt vraisemblable pour consulter le registre des faillites au sujet de toute personne nommément désignée par le requérant. Les renseignements communiqués en pareils cas comprennent exclusivement les noms, prénoms et domicile du débiteur ou du failli, les dates d'ouverture et de clôture de la faillite, le montant et la date de chaque acte de défaut de biens.

L'introduction d'une liste noire au sens du premier point du postulat nécessiterait des modifications législatives pour permettre son établissement et sa communication. En effet, l'art. 13 ALVLP prévoit que nul n'est tenu de rendre son intérêt vraisemblable, alors que le postulat exige au contraire un intérêt vraisemblable. Les nouvelles prescriptions devraient également définir différents critères, notamment pour déterminer quelles personnes seraient considérées comme entrepreneurs, tout comme la notion de faillites à répétition.

Concernant une telle liste, même si une base légale devait être adoptée, les autres principes de protection des données, à l'image des principes de la finalité (art. 6 de la loi sur la protection des données personnelles [LPrD, BLV 172.665]), de la proportionnalité (art. 7 LPrD) et de l'exactitude (art. 9 LPrD), devraient être respectés. Ainsi, les finalités de la norme devraient être inscrites dans la législation. Au demeurant, seules les données objectivement nécessaires pour atteindre le but défini dans la loi pourraient être collectées. A cet égard, des critères stricts et objectifs justifiant l'inscription sur la liste devraient être préalablement définis. Les notions telles que « d'entrepreneurs impliqués » et « d'exploitation de faillites en chaîne » devraient être clarifiées. Il conviendrait également de s'assurer dans chaque cas que les critères soient respectés. L'atteinte éventuelle aux droits des personnes sous l'angle de la protection des données dépendra notamment du spectre de ces définitions. Au surplus, il conviendrait de respecter le principe de transparence (art. 8 LPrD), impliquant notamment que les personnes soient informées de toute inscription les concernant sur une liste noire (art. 13 LPrD).

Quoi qu'il en soit, les mesures préconisées ne seraient pas utiles, s'agissant des personnes morales qui, il faut le rappeler, sont radiées du Registre du commerce suite à la faillite et leur raison sociale ne peut être utilisée une seconde fois. Ces mesures ne seraient pas non plus utiles pour les personnes physiques intervenant en qualité de titulaire d'une raison individuelle. En effet, la faillite de ces personnes entraîne la réalisation de l'entier de leur patrimoine. Elles n'ont donc aucun intérêt à provoquer des faillites à répétition.

Dès lors, seules les personnes disposant d'un pouvoir de représentation de sociétés seraient concernées. Néanmoins, lors de faillites à répétition, des changements de responsables peuvent intervenir avant la faillite. Parfois, il est constaté que les responsables sont des membres de la famille du gérant effectif qui lui ne figure pas ou plus au Registre du commerce. Il arrive également que des « hommes de paille » apparaissent lors de la création de nouvelles sociétés. Dès lors, ces différents éléments pourraient empêcher une liste noire d'atteindre son objectif.

3.2. Mise en place d'un registre cantonal, voire intercantonal, des faillites

En ce qui concerne le deuxième point, la création d'un registre cantonal ne paraît pas contraire au droit fédéral. Les art. 1 et 2 LP laissent le soin aux cantons de déterminer le nombre d'arrondissements de poursuites et de faillites. L'organisation est laissée aux cantons et la loi fédérale n'interdit pas que la consultation des registres s'étende à plusieurs offices.

Le Canton de Vaud a découpé son territoire en dix arrondissements de poursuites. En effet, l'art. 1 ALVLP prévoit que chaque district du canton forme un arrondissement de poursuites et que les offices des faillites sont organisés en 4 arrondissements. L'art. 12 ALVLP précise que les offices renseignent sur leurs registres.

Dans la mesure où la création d'un registre cantonal était préconisée, il faudrait tout d'abord se poser la question de savoir si une modification de l'arrêté est indispensable. Interpellé sur cette question, le Service juridique et législatif (S JL) a considéré qu'il n'y avait pas d'obstacle à ce que les offices délivrent des avis pour l'ensemble du canton, même sans modification de l'arrêté.

Il est à souligner qu'à la différence des données du registre des poursuites, celles du registre des faillites sont précises et fiables. En effet, elles ne dépendent pas des éléments parfois erronés fournis par les créanciers (que l'office des poursuites est tenu d'accepter en vertu de l'art. 67 LP) mais des indications recueillies directement par les offices des faillites au registre du commerce et lors de l'interrogatoire du failli. Ces renseignements sont exhaustifs et permettent d'éviter la confusion avec d'éventuels homonymes.

De plus, la communication d'un extrait cantonal du registre des faillites serait possible suite à la mise en production de la nouvelle application informatique de gestion des faillites en décembre 2017. En effet, cette application permet soit une gestion par arrondissement, soit une gestion cantonale du registre des faillites.

Il est toutefois important de préciser que les anciens dossiers ouverts avant décembre 2017 n'ont pas été repris dans le nouveau système. Or, le contenu des extraits à délivrer selon l'art. 8a LP et les art. 9 et 13 ALVLP concerne les dossiers de faillites clôturés depuis moins de 5 ans et les actes de défaut de biens de moins de 20 ans. Il faudrait donc reprendre dans le nouveau programme informatique les données des années 2000 à 2017 enregistrées sur l'ancien programme. Environ 28'000 dossiers de faillites seraient concernés. Les coûts d'une reprise automatique des données, pour autant qu'elle soit possible, ne sont pas connus à ce jour. En cas de reprise manuelle, à raison de 16 faillites par jour, le temps nécessaire peut être estimé à 88 mois pour 1 ETP, collaborateur OPF de niveau 5. Enfin, un développement informatique devrait intervenir pour générer ces extraits des registres à des tiers ainsi qu'aux autorités judiciaires et administratives au sens de l'art. 8a LP. Là également, les coûts de développement ne sont pas connus à ce jour.

Dès lors, la délivrance d'un extrait cantonal des faillites ne peut pas être envisagée dans l'immédiat. En effet, la mise en production d'un extrait cantonal nécessiterait une reprise des données, opération compliquée et extrêmement coûteuse.

Enfin, la création d'un extrait intercantonal des faillites paraît également difficile. En effet, les cantons n'utilisent pas tous les mêmes outils informatiques. Parfois, il peut arriver que les offices utilisent des programmes différents dans le même canton. L'incompatibilité des différents systèmes informatiques empêche les offices de faillites d'échanger leurs données. Ces inconvénients sont un frein indéniable à la création d'un registre intercantonal. Cela impliquerait que pour permettre aux offices des faillites d'échanger leurs données, il faudrait alors que les cantons se coordonnent pour harmoniser leurs systèmes informatiques à terme, tout en s'inscrivant dans le cadre d'une politique plus large de la donnée respectueuse de la législation en matière de protection des données personnelles et des bonnes pratiques en matière de sécurité.

3.3. Attribution des marchés publics de l'Etat de Vaud en priorité aux entrepreneurs n'ayant pas fait l'objet de faillites à répétition

La législation vaudoise sur les marchés publics (loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics, LMP-VD, BLV 726.01 et son règlement d'application du 7 juillet 2004, RLMP-VD, BLV 726.01.1) prévoit, en l'état, qu'une offre peut être exclue d'une procédure de marché public lorsque le soumissionnaire fait l'objet d'une procédure de faillite (cf. art. 32, premier tiret, let. g RLMP-VD). Cette situation permet également à un pouvoir adjudicateur de révoquer une décision d'adjudication précédemment prononcée en faveur d'une entreprise qui aurait remporté un marché (cf. art. 40 RLMP-VD en relation avec l'art. 32 précité). La jurisprudence est venue préciser récemment cette notion de faillite dans une affaire (29.8.2017). D'après la jurisprudence de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal, la notion de «faillite», au sens de l'art. 32, premier tiret, let. g RLMP-VD, renvoie à celle de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889 (LP; RS 281.1). Le but de l'article 32, premier tiret, let. g RLMP-VD est clair: il s'agit d'éviter que le marché ne soit adjugé à une personne (physique ou morale) qui ne serait pas en mesure d'honorer ses obligations après la conclusion du contrat portant sur l'objet du marché (arrêt CDAP MPU.2016.0017 du 29.8.2017).

En pratique, les pouvoirs adjudicateurs se prémunissent de différentes manières contre le risque que leur futur partenaire tombe en faillite. Dans la grande majorité des cas, les pouvoirs adjudicateurs requièrent de la part des soumissionnaires la production d'extraits de poursuite et faillite ou la remise d'un engagement sur l'honneur à respecter différentes conditions de participation au marché (par exemple, l'annexe P1 du Guide romand pour les marchés publics qui précise que l'adjudicateur peut requérir en tout temps « tout document permettant d'attester la solvabilité financière de l'entreprise ou d'un bureau », document qui doit lui être présenté dans un délai de dix jours). En cas de contradiction entre les informations fournies par le soumissionnaire et la réalité, en d'autres termes si le soumissionnaire communique de faux renseignements sur sa solvabilité financière, l'adjudicateur dispose d'un juste motif d'exclusion ou de révocation pour « faux renseignements » conformément à l'article 32, alinéa 1, second tiret, let. c).

Suivant la nature du marché, les pouvoirs adjudicateurs vont également prévoir des critères d'aptitude relatifs à la capacité financière des soumissionnaires, par exemple en imposant la production de garanties bancaires pour couvrir le risque que l'adjudicataire n'ait pas les reins suffisamment solides pour mener à terme le marché. Or, une offre peut être exclue, et une adjudication révoquée, lorsque le soumissionnaire ne satisfait pas (ou plus) aux critères d'aptitude exigés (art. 32, premier tiret, let. a, RLMP-VD), s'agissant des capacités professionnelles, financières, économiques, techniques, organisationnelles et de gestion environnementale (art. 24 al. 2 RLMP-VD).

Malgré ces différentes mesures à disposition des pouvoirs adjudicateurs, les éventuelles faillites à répétition provoquées dans le passé par une personne qui se trouverait à la tête d'un soumissionnaire, resteraient sans conséquence dans une nouvelle procédure de marché public si le soumissionnaire en cause devait présenter des attestations de solvabilité financière et les éventuelles garanties financières requises. A cet égard, l'instauration d'une liste noire des personnes impliquées dans l'exploitation de faillites à répétition proposée par la postulante couplée à la possibilité d'exclure une offre ou de révoquer une adjudication pour ce motif, pourrait constituer un moyen permettant aux pouvoirs adjudicateurs vaudois et pas seulement aux services adjudicateurs de l'Administration cantonale vaudoise d'éviter d'adjuger leurs marchés à des entités dirigées par de telles personnes. Comme déjà relevé au point 3.1 de la présente réponse, l'instauration d'une telle liste ne va toutefois pas sans poser un certain nombre de difficultés. A supposer que ces difficultés puissent être surmontées, il appartiendrait encore à chaque pouvoir adjudicateur de contrôler cette liste, avant d'adjuger un marché, pour s'assurer qu'aucun des soumissionnaires en lice ne soit effectivement dirigé par une personne qui a provoqué des faillites à répétition.

Un pas supplémentaire pourrait enfin être franchi en faisant adopter, sur le plan fédéral, un système de sanction et de liste comparable à celui introduit par la loi fédérale concernant des mesures de lutte contre le travail au noir (Loi sur le travail au noir, LTN, RS 822.41). Selon l'article 13 LTN, en cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l'autorité cantonale compétente¹ exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus ; elle peut par ailleurs diminuer de manière appropriée, pour cinq ans au plus, les aides financières qui sont accordées à l'employeur concerné (al. 1). L'autorité cantonale compétente communique une copie de sa décision au SECO (al. 2). Le SECO établit une liste des employeurs faisant l'objet d'une décision entrée en force d'exclusion des marchés publics ou de diminution des aides financières. Cette liste est accessible au public (al. 3).

L'exclusion d'un employeur fondée sur l'art. 13, al. 1 LTN, a pour effet de lui interdire de participer à des marchés publics futurs au niveau communal, cantonal et fédéral. Cette interdiction vise tous les marchés publics, indépendamment de leur nature (travaux, services, fournitures), de leur valeur, ou du type de procédure suivie en vue de leur passation. Elle trouve ainsi application en cas de procédure ouverte ou sélective, mais également en cas de procédures sur invitation ou de gré à gré. En définitive, un pouvoir adjudicateur, ne doit pas commander des prestations à une entreprise exclue des marchés publics. S'il le fait, il s'expose à un risque de recours qui pourrait amener une autorité judiciaire à devoir annuler l'adjudication prononcée en violation de la décision d'exclusion rendue sur la base de l'art. 13, al. 1 LTN, voire à en constater la nullité.

L'art. 13, al. 3 LTN prévoit la publication de la liste des employeurs sous le coup d'une sanction (exclusion des marchés publics ou diminution des aides financières) prononcée en vertu de l'art. 13, al. 1 LTN. Cette liste, tenue par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), est disponible en libre accès sur le site internet du SECO². Elle fait régulièrement l'objet de mises à jour pour y ajouter les nouveaux employeurs sanctionnés, respectivement pour retrancher de la liste les employeurs dont la sanction est arrivée à échéance.

La publicité donnée à cette liste est indispensable pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs de se prémunir contre le risque d'adjuger un marché public à un soumissionnaire qui fait l'objet d'une exclusion. Le Message du Conseil fédéral précise à ce sujet que : « Afin de garantir l'efficacité de la mesure, il est nécessaire que les entreprises, sous le coup d'une telle exclusion, soient connues des autorités adjudicatrices.

¹ Cette autorité correspond, en règle générale, à l'autorité cantonale en charge du marché du travail. Dans le canton de Vaud, l'autorité compétente pour prononcer la sanction d'exclusion au sens de l'art. 13, al. 1 LTN, est l'autorité cantonale de surveillance des marchés publics, soit le Département des infrastructures et des ressources humaines (cf. art. 14a, al. 2 LMP-VD).

² <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/01905/04644>. L'art. 6 de l'ordonnance du 6 septembre 2006 sur le travail au noir (OTN, RS 822.411) le prévoit expressément.

Il est dès lors prévu que les personnes intéressées puissent accéder à la liste des entreprises ayant fait l'objet d'une décision définitive, de manière centralisée auprès de la Confédération » (FF 2002 3420). Cette publicité permet, en plus d'ajouter à la sanction l'inconvénient pour un employeur, de voir son identité figurer sur une liste noire accessible à tout un chacun avec les dégâts d'image et de réputation qui en découlent.

L'adoption, au niveau fédéral, d'un système permettant d'exclure des marchés publics futurs les individus qui ont provoqué des faillites à répétition et, par voie de conséquence les entités qu'ils dirigent, et de les faire ensuite figurer sur une liste publique, pourrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs de rang communal, cantonal et fédéral d'éviter d'adjuger leurs marchés publics à des entités dirigées par de telles personnes.

4. Conclusion

Ainsi que le soulignent très justement les postulants, la marge de manœuvre des cantons s'avère particulièrement ténue dans ce domaine qui relève quasi exclusivement du droit fédéral. S'il était nécessaire de le préciser, le présent rapport donne la liste actuelle des interventions déposées au niveau fédéral qui tendent toutes à renforcer l'arsenal législatif de la Confédération pour combler les failles qui existent à ce jour dans la Loi sur la poursuite pour dettes et faillite (LP).

Parmi les solutions ou les pistes de réflexion proposées par Madame la Députée Induni, seule la deuxième, soit la mise en œuvre d'un registre cantonal des faillites paraît envisageable, nonobstant l'observation d'un délai d'attente significatif. Sachant que la nouvelle application informatique de gestion des faillites n'est entrée en production qu'en décembre 2017 et que les renseignements en matière de faillite doivent être fournis pour les cinq exercices précédant le prononcé de clôture, il faudra inévitablement attendre 2023 pour qu'une réponse au niveau cantonal puisse être valablement offerte. La reprise des données antérieures étant clairement disproportionnée en termes de coûts, ce délai ne pourra pas être réduit.

S'agissant des deux autres mesures préconisées, force est de souligner les difficultés de mises en œuvre auxquelles elles se heurteraient.

Les pistes évoquées au sein du groupe de travail réuni par le Chef du DEIS vont au-delà des effets de la motion Hess adoptée en 2011 et relèvent quasi exclusivement de la compétence du Parlement fédéral. Le Conseil d'Etat suit donc avec attention les développements en matière de lutte contre les faillites en cascade au niveau fédéral, compte tenu de l'adoption par le Conseil fédéral de son message concernant la loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite le 26 juin 2019 et l'adoption, par le Conseil national de trois motions le 10 septembre dernier.

Nanti de l'ensemble de ces constats, le Conseil d'Etat ne peut que déplorer que les autorités cantonales ne disposent pas des moyens d'intervenir avec toute l'acuité nécessaire dans ce domaine et que l'ensemble des instruments décisifs soient entre les mains du Conseil fédéral et du Parlement. Il appuiera donc de tout son poids les différentes interventions parlementaires déposées au niveau fédéral et veillera, dans le cours du processus législatif, à ce que les motions Hess, Pardini, Schwaab, Feller et Roduit ne soient pas dénaturées et qu'elles amènent des solutions supplémentaires pour tenter de juguler le phénomène des faillites en chaîne.

Enfin et pour autant qu'une telle nécessité soit établie, la question des faillites en cascade ainsi que les solutions législatives envisagées au niveau fédéral pourront être relayées directement par le Chef du DEIS auprès des instances intercantionales que sont la Conférence des Chefs de département de l'économie publique de Suisse occidentale (CDEP-SO) et la Conférence des Chefs des départements cantonaux de l'économie publique (CDEP), cela tant pour sensibiliser les autres cantons à cette problématique que pour évaluer les éventuelles pistes d'action envisageables via le dialogue et les collaborations intercantionales.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 4 mars 2020.

La présidente :

N. Gorrite

Le chancelier :

V. Grandjean