

**Madame la Conseillère fédérale
Simonetta SOMMARUGA**

Lausanne, le 14 août 2015

DETERMINATIONS

Concerne : modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévoir l'usage abusif de la procédure de faillite)

Madame la Conseillère fédérale,

L'association des agents d'affaires brevetés du canton de Vaud est favorable à la modification envisagée à l'appui de l'avant-projet et salue le durcissement des dispositions légales dans le but de prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite.

1. Remarque préliminaire

L'association des agents d'affaires brevetés du canton de Vaud rappelle les dérives de certains administrateurs de sociétés et des méthodes utilisées, s'appuyant par ailleurs sur les dispositions légales actuellement en vigueur, ce au vu d'échapper à toute poursuite, respectivement à leurs obligations.

En résumé, l'association des agents d'affaires brevetés, par l'intermédiaire de leurs membres, constate la recrudescence de cas par lesquels des administrateurs profitent des lacunes de la faillite en recréant, sans aucun scrupule, de nouvelles entités juridiques par lesquelles elles reprennent les actifs matériels, clients et employés pour poursuivre leur activité, et ce sans aucun scrupule.

Les abus, dans le cadre de la procédure de faillite, sont de plus en plus nombreux et s'accroissent de jour en jour.

Les moyens actuellement à disposition, que ce soit des juges compétents, respectivement des offices des faillites, ne sont guère en rapport avec les méthodes de certains administrateurs peu scrupuleux mais parfaitement au courant des lacunes existantes.

2. Examen de l'avant-projet

Selon le rapport explicatif sur la modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite du 22 avril 2015, force est de constater que l'accent a été mis en vue d'éviter des faillites dont les frais demeurent à charge du contribuable.

Le système actuel de l'article 169 AP-LP 2015 maintient malheureusement le principe toujours en vigueur de l'article 169 alinéa 2 LP, soit pour le Juge la possibilité d'exiger de la partie qui requiert la faillite qu'elle avance les frais de la faillite.

La disposition qui prévaut toujours est, aux yeux des agents d'affaires brevetés, peu efficace contre les faillites abusives et constitue à l'évidence une dissuasion pour les petits créanciers pour lesquels l'avance de frais peut constituer un obstacle.

De plus, la crainte de devoir financer, en cas de faillite par défaut d'actif les premiers frais de l'Office, freine plus d'un des requérants à aller jusqu'au bout de la procédure.

Par contre, l'association des agents d'affaires brevetés accepte la proposition de mettre les frais de procédure solidairement à la charge des administrateurs, gérants et autres dirigeants, de droit des personnes morales objet de la procédure de faillite en créant dans ce cas une forme de responsabilité imposée à ces personnes lorsqu'elles ne sont pas en faute, en particulier qu'elles n'ont pas manqué intentionnellement ou par négligence à leurs obligations au sens des articles 725 et 725a CO.

Cette responsabilité devrait également s'étendre aux organes, administrateurs, gérants ou dirigeants de faits.

3. Recours possible en cas de faillite suspendue

Les auteurs du rapport ont envisagé la possibilité de créer une voie d'action au bénéfice des créanciers lorsque la procédure de faillite a été suspendue.

Il est rappelé que, dans cette hypothèse, une avance de frais est requise en vue de traiter la faillite et par là-même obtenir, pour les créanciers, la cession des droits de la masse.

Dans la pratique générale, les créanciers, ayant déjà perdu tout ou partie de leurs créances, n'entendent, dans la majorité des cas, pas procéder au versement d'une avance complémentaire visant à l'ouverture de la procédure de faillite.

Ce système n'est, à ce jour, plus d'actualité. En effet, bon nombre d'administrateurs ou gérants de sociétés misent sur le fait que la faillite va être clôturée par défaut d'actif et par là-même que faute d'une avance de frais, les créanciers ne disposeront pas de la possibilité de requérir, au sens de l'article 260 LP, la cession des droits de la masse et notamment ceux en lien avec l'action en responsabilité.

L'association des agents d'affaires breveté souhaite que les auteurs du rapport mettent en œuvre une modification du système de responsabilité civile institué par les articles 754 et 827 CO, ce de manière à ce que, dans l'hypothèse d'une faillite clôturée par défaut d'actif, la cession des droits de la masse, quelle qu'elle soit, soit offerte gratuitement aux créanciers, et en particulier en ce qui concerne l'action en responsabilité, ce sans qu'une avance de frais soit effectuée.

En résumé, le comportement d'un organe de la société faillie qui cause un dommage direct aux créanciers doit pouvoir être poursuivi, permettant aux créanciers lésés d'agir à titre individuel et de réclamer des dommages et intérêts aux responsables (ATF 131 III 306 consid. 3.1.2 = JdT 2006/56).

Dès lors, les dispositions de l'article 754 alinéa 1 CO devraient être modifiées de la manière suivante :

« alinéa 1

Les membres du conseil d'administration et de toutes les personnes qui s'occupent de la question ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire, créancier social ou créancier chirographaire du dommage qu'il leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs, ce même dans le cadre d'une faillite clôturée par défaut d'actif ».

4. Droit des poursuites

Au plan du droit des poursuites, l'association des agents d'affaires brevetés relève que la législation en matière de poursuites pour dettes et faillites encourage à l'évidence des abus.

Actuellement, les actes de poursuites restent inscrits dans les extraits des offices des poursuites et faillites à disposition des tiers intéressés pour une durée de cinq ans (article 8a alinéa 4 LP).

En référence à cet article, force est de constater que les tiers intéressés ne peuvent pas se fier au seul registre de l'Office des poursuites, ce compte tenu de l'écoulement de la durée de cinq ans visé par l'article précité.

Il y aurait lieu de procéder à cet effet à des modifications.

L'association des agents d'affaires breveté préconise que le délai soit allongé à vingt ans, ce en vue de correspondre à la durée de prescription des actes de défaut de biens et ainsi permettre aux tiers intéressés de connaître la situation du débiteur qui aurait fait l'objet de poursuites durant ce laps de temps.

L'action prévue par l'article 85a LP pour faire constater l'inexistence d'une créance demeure réservée.

5. Au plan pénal

L'association des agents d'affaires brevetés relève que les peines infligées sur le plan pénal sont souvent faibles et le dispositif pénal actuel est insuffisant, car il n'a aucun effet préventif.

Les infractions visées aux articles 163, 165 et 167 CP ne sont punissables que si l'auteur a agi intentionnellement et avec une volonté de nuire.

Il serait dès lors utile de créer une infraction réprimant le fait pour un débiteur de se mettre volontairement en situation d'insolvabilité pour échapper à ses créanciers, notamment avant la fin d'une procédure de recouvrement.

6. Conclusions

Comme indiqué, l'association des agents d'affaires brevetés salue l'avant-projet de modification la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP).

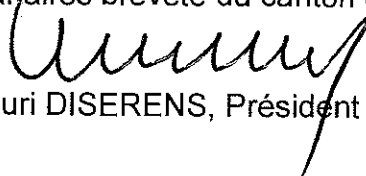
Elle souhaite que la nouvelle version de l'article 169 alinéa 1 LP soit prise en compte mais préconise en plus d'agir sur le plan procédural et exécutoire de la LP de procéder à des modifications, sur le plan du CO, notamment en ce qui concerne la responsabilité des instances dirigeantes d'une entreprise à l'égard des tiers.

Elle souhaite également un durcissement des dispositions des articles 163, 165 et 116 du Code pénal et la création d'une infraction réprimant le fait, pour un débiteur, de se mettre volontairement en situation d'insolvabilité pour échapper à ses créanciers, ce avant la fin d'une procédure de recouvrement.

De plus, la cession des droits au sens de l'article 260 LP devrait être acquise aux créanciers, même dans l'hypothèse d'une faillite clôturée par défaut d'actif, ce de manière à permettre d'éviter les abus actuellement constatés.

En vous remerciant de la prise en considération de la présente détermination, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre très haute considération.

pour l'association des agents
d'affaires breveté du canton de Vaud


Youri DISERENS, Président



Per Mail
david.rueetschi@bj.admin.ch

Bern, 17. Juni 2015

Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

Unsere Mitglieder, die 26 kantonalen Ausgleichskassen haben im Jahre 2013 aufgrund der gesetzlichen Verpflichtungen 138'027 Betreibungen eingeleitet und 81'800 Fortsetzungsbegehren gestellt. Die Forderungen der Ausgleichskassen fallen unter die Bestimmung von Artikel 43 Absatz 1 SchKG (Ausschluss der Konkursbetreibung). Diese Bestimmung soll nun gemäss dem vorliegenden Vernehmlassungsentwurf abgeschafft werden.

Die Konferenz der Kantonalen Ausgleichskassen hat somit ein unmittelbares Interesse an der Vernehmlassung teil zu nehmen.

Antrag

Artikel 43 Absatz 1 und Absatz 1bis sollen nicht aufgehoben werden.

Begründung

1. Historischer Gedanke

Der historische Gedanke des Gesetzgebers von 1889, nämlich, dass niemand – auch ein an sich konkursfähiger Schuldner nicht – wegen öffentlich-rechtlicher Schulden (v.a. Steuern) in den Konkurs geraten soll, hat auch in der heutigen Zeit noch seine Berechtigung. Es kann und darf nicht das Ziel der öffentlichen Hand sein, juristische Personen oder selbständig Erwerbende systematisch mit der Auflösung, bzw der Aufgabe der wirtschaftlichen Tätigkeit zu bedrohen. Dieses (ur)liberale Prinzip wurde vom eidgenössischen Parlament z.B. im Rahmen der parlamentarischen Initiative Baumberger (98.411) eindrücklich bestätigt. Die Einführung der Bestimmung von Art 43 Abs 1bis SchKG wurde vom Nationalrat am 3. Oktober 2003, gerade unter Bezugnahme dieses historischen Gedankens, mit 189 : 0 (ohne Enthaltung) angenommen. Es ist nur schwer nachvollziehbar, dass bei einem Gesetz, welches seit bald 130 Jahren besteht, ein systemrelevanter Punkt innert nur 10 Jahren einer völligen Kehrtwende unterliegen soll.

2. Fehlende Praktikabilität

Wie eingangs erwähnt stellen allein die Kantonalen Ausgleichskassen rund 80'000 Fortsetzungsbegehren pro Jahr. Gestützt auf eine summarische Erhebung zu Beginn des Jahres 2015 bei einigen ausgewählten Ausgleichskassen konnte geschätzt werden, dass rund 50% der Fortsetzungsbegehren konkursfähige Schuldner (Art 39 SchKG) betreffen (Bandbreite der Schätzung zwischen 1/3 und 2/3). Mit anderen Worten, eine Aufhebung von Artikel 43 SchKG würde bedeuten, dass allein durch die Kantonalen Ausgleichskassen jährlich 40'000 neue Konkursöffnungen veranlasst würden. Nimmt man noch die Fortsetzungsbegehren von anderen Trägern öffentlichrechtlicher Forderungen dazu (Steuerverwaltungen, Verbandsausgleichskassen (25'000), Justiz, Polizei etc), so kann ohne weiteres von einer Explosion der Anzahl der Konkursöffnungen gesprochen werden. 100 bis 120'000 neue Konkursöffnungen scheinen möglich zu sein. Zur Erinnerung zurzeit werden jährlich 12'000 Konkurse eröffnet!

Es wird für die Kantone weder finanziell, noch personell oder logistisch möglich sein, die Kapazitäten der Konkursämter innert kürzester Zeit um einen Faktor von bis zu 10 zu vergrössern.

3. Finanzielle Auswirkungen

Die Kantonalen – und die Verbandsausgleichskassen müssten also jährlich zwischen 50 - und 60'000 neue Konkursöffnungen beantragen. Bei einem durchschnittlichen Kostenvorschuss von CHF 1'000.- würden dies neue Auslagen zwischen 50 und 60 Millionen Franken nur für die AHV bedeuten. Es wäre zu erwarten, dass nur ein Teil davon bei den Schuldnern wieder eingetrieben werden könnte.

Alternativvorschlag

Missbrauchsbekämpfung, war der Ursprung des vorliegenden Vernehmlassungsentwurfes und Missbrauchsbekämpfung ist bereits heute möglich und auch gängige Praxis. Gestützt auf Artikel 190 SchKG können z.B. auch Ausgleichskassen den Konkurs von Schuldnern erwirken. Dieses Vorgehen wurde sowohl durch die Rechtsprechung (z.B. nicht veröffentlichter BG-Entscheid vom 25. Mai 1999, in SJ 1999 I 496), als auch durch die Lehre (Gillieron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2001, N 8 ad art 190 et réf citées; Brunner, in STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd II, Basel 1998, N 19 ad Art 190) bestätigt. Konkret bedeutet dies, dass der Gläubiger – auch einer öffentlichrechtlicher Forderung – beim zuständigen Gericht eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung verlangen kann, wenn z.B. bereits Verlustscheine gegen den Schuldner vorliegen, oder auf eine andere Weise seine Zahlungseinstellung belegt werden kann.

Wenn man nun den Gedanken der Missbrauchsbekämpfung auch durch Träger von öffentlichrechtlichen Forderungen im SchKG verankern möchte, wäre Artikel 190 Abs 1 die geeignete Stelle. Eine mögliche Formulierung wäre z.B. *[Ein Gläubiger kann ohne vorgängige Betreibung beim Gerichte die Konkursöffnung verlangen:]...gegen einen der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner gegen den mehrere den gleichen Sachverhalt betreffende Verlustscheine auf Grund von den in Artikel 43 erwähnten obligatorischen Leistungen vorliegen.*

Mit einer solchen oder ähnlichen Formulierung würde die Zielsetzung der Motion Hess (11.3925) berücksichtigt, ohne dass gleichzeitig die bisherige Systematik des SchKG grundsätzlich in Frage gestellt wird.

Wie in fast allen Bereichen sind auch in betreibungsrechtlicher Hinsicht die Missbrauchsfälle eine kleine Minderheit. Die juristischen Personen und die Selbständigerwerbenden, gemäss Art 39 SchKG, sollten daher nicht unter einen Generalverdacht gesetzt werden. Es gilt daher situationsgerecht und verhältnismässig zu handeln. Unseres Erachtens wäre eine Konkretisierung der gängigen Praxis in Artikel 190 SchKG der richtige Ansatz dazu.

Weitere Bemerkungen

Die übrigen vorgeschlagenen Massnahmen, werden von uns begrüsst. Allerdings, muss auch festgehalten werden, dass damit keine Wunder erwartet werden können. Z.B. wird auch die

grundsätzliche Änderung von der jetzigen *Haftung* für die Konkurskosten hin zu einem blossen *Vorschuss* (Art 169) nach wie vor eine grosse Hürde darstellen. Die Erfahrungen der Ausgleichskassen bezüglich des Kostenvorschusses im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens zeigen nämlich, dass es häufig sehr schwierig ist, auch bei einem Obsiegen, diese Vorschüsse bei der Gegenpartei wieder einzubringen.

Wir danken Ihnen für die wohlwollende Prüfung unserer Stellungnahme und verbleiben mit freundlichen Grüssen.

**Konferenz der kantonalen
Ausgleichskassen**



Andreas Dummermuth
Präsident

ASSOCIATIONS DE LA CONSTRUCTION DE LA SUISSE ROMANDE

P.a. Fédération genevoise des métiers du bâtiment (FMB)

PONT ROUGE CENTRE DE FORMATION

Rampe du Pont-Rouge 4 - 1213 Petit-Lancy

Tél. 022 / 339 90 00 – Fax 022 / 339 90 06

E-mail : info@fmb-ge.ch

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE

ET POLICE (DFJP)

Office fédéral de la justice (OFJ)

Bundesrain 20

3003 BERNE

PAR COURRIER ELECTRONIQUE :

david.rueetschi@bj.admin.ch

Genève, le 30 juillet 2015

Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; Prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite)

Monsieur,

Dans le cadre de la procédure de consultation relative à la modification légale visée sous rubrique, nous nous permettons de vous faire parvenir ces lignes.

I. Introduction

En préambule, nous tenons à vous rappeler la grande représentativité des Associations de la construction de la Suisse romande qui regroupent les entités suivantes :

- Fédération romande des métiers du bâtiment (FRMB) ;
- Fédération suisse romande des entreprises de menuiserie, ébénisterie, charpenterie (FRM) ;
- Fédération romande des entreprises de plâtrerie-peinture (FREPP) ;
- Fédération vaudoise des entrepreneurs (FVE) ;
- Fédération genevoise des métiers du bâtiment (FMB) ;
- constructionvalais ;
- constructiongenève ;
- constructionvaud ;
- constructionfribourg ;
- constructionneuchâtel.

II. Constat

L'industrie de la construction est confrontée depuis de nombreuses années à différents phénomènes de concurrence déloyale. Malheureusement, la situation a tendance à se dégrader sous cet angle, il est vrai avec une complaisance parfois coupable des autorités notamment qui y voient un excellent moyen de faire pression sur les prix des prestataires.

./.

Ainsi, dans le cadre du projet de révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), l'exposé des motifs nous apprend par exemple que "le dumping est bon pour la concurrence" (1), mais nous y reviendrons.

Les associations professionnelles ont empoigné la problématique depuis de nombreuses années avec un renforcement des contrôles sous l'angle particulièrement des conditions de travail et des charges sociales. Différents systèmes se côtoient dans les cantons et la Suisse romande s'est montrée depuis plusieurs années pionnière, innovatrice, réactive, en refusant de laisser les choses se dégrader sans réagir.

Cela nous a permis de déceler des situations profondément choquantes, qui sont le fruit d'une organisation très bien rôdée de l'insolvabilité d'entrepreneurs peu scrupuleux. Ainsi, ils entrent sur le marché avec des prix tellement bas qu'ils ne leur permettent pas de faire face à leurs charges, surtout salariales et sociales. Puis, une fois les marchés décrochés, ils encaissent les montants de leurs prestations, omettent de s'acquitter de leurs dettes et se mettent en faillite. Le coût social est évidemment très élevé avec en premier lieu des travailleurs lésés, mais aussi des assurances sociales, des autorités fiscales, des clients, des fournisseurs, etc. Le pire est qu'il n'est pas rare de voir ces mêmes entrepreneurs, ou leurs obligés, racheter les biens de la masse en faillite à un prix largement dévalué, puis de recommencer leur petit manège sans être inquiétés.

Si de prime abord, l'on serait tenté de penser que ce sont surtout les marchés privés qui sont le lieu de ces dérives, force est aujourd'hui de constater que dans les faits, ce sont au contraire les marchés publics qui permettent de se livrer le plus facilement à cette concurrence déloyale. En effet, n'importe quel prestataire peut fournir une offre dans le cadre d'un marché public. Les conditions de participation ne sont que peu restrictives et les autorités ne s'intéressent jamais au dumping ou aux offres anormalement basses, préférant fermer les yeux en regard des prix proposés.

III. Appréciation du projet du Conseil Fédéral

Le projet de révision mis en consultation est une formidable opportunité de se donner enfin les moyens de lutter contre ces dérives en renforçant réellement un dispositif obsolète et peu coercitif. Malheureusement, en l'état, il rate partiellement sa cible en se contentant de proposer des mesures d'ordre plutôt cosmétique et en donnant l'impression d'une appréciation superficielle de la réalité de la situation, malgré le fait qu'il se fonde sur une intervention parlementaire qui avait amené l'Assemblée fédérale à faire le constat sans équivoque de la réalité bien tangible des abus en matière de procédure de faillite. C'est aujourd'hui tout l'équilibre concurrentiel de notre pays qui est en jeu.

A ce stade, il nous semble important de rappeler l'excellent avis de droit réalisé par la FVE, remis en mains propres à Monsieur le Conseiller Fédéral J. SCHNEIDER-AMMANN et qui a fait l'objet d'une publication dans la revue juridique électronique "Jusletter" du 22 décembre dernier. Ce document pose un constat très factuel de la législation existante et se livre à une analyse détaillée des améliorations possibles. Nous en reprenons une partie de façon relativement sommaire ci-dessous et nous permettons respectueusement pour le surplus d'y renvoyer le lecteur, ainsi qu'à la prise de position de la FVE dans le cadre de la procédure de consultation dont il est question ici.

IV. Propositions

Le premier élément sur lequel il nous semble essentiel de mettre l'accent est l'actuel déficit du dispositif législatif en matière de concurrence déloyale. Ainsi, rien n'est dit concernant l'inobservation des conditions de travail légales ou conventionnelles. Ce dernier aspect revêt d'ailleurs une importance toute particulière dans l'industrie de la construction qui connaît le plus souvent un régime de conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire.

Or, la cause même de l'organisation frauduleuse de la faillite réside bien souvent dans le non respect de ces conditions, entraînant des créances qui sont revendiquées souvent longtemps après que l'entreprise ait commencé à se livrer à ces pratiques. Un renforcement du dispositif sous cet angle tombe donc sous le sens. L'idée serait ainsi de modifier l'article 7 de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) pour consacrer comme agissement déloyal le fait de ne pas observer des conditions de travail légales ou contractuelles imposées à tous et d'ériger la violation de cette disposition en infraction pénale (article 23 LCD) :

Art. 7

Inobservations des conditions de travail

"Agit de façon déloyale celui qui, notamment, n'observe pas les conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux, en particulier les conditions minimales de salaire et de travail au sens de l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail".

Art. 23 alinéa 1^{er}

Concurrence déloyale

"Quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 4a, 5, 6 ou 7 est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire".

De même la responsabilité des administrateurs ou gérants est insuffisante à l'égard des créanciers, surtout en cas d'organisation de l'insolvabilité et de la faillite. La jurisprudence restrictive sous cet angle est de nature à compromettre le droit à réparation avec l'introduction de la notion de dommage immédiat ou direct par opposition au dommage indirect ou par ricochet. Une modification de l'article 754 alinéa 1^{er} du Code des obligations (CO) serait de nature à y remédier :

"Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire, créancier social ou créancier chirographaire, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs".

Sur le plan plus strict du droit des poursuites, quelques modifications organisationnelles et de procédures méritent une attention particulière comme l'introduction d'un registre fédéral centralisé ou l'allongement du droit de consultation.

Sur le plan pénal enfin, la création d'une infraction ad hoc pour celui qui se met volontairement en situation d'insolvabilité nous paraît pertinente, y compris s'agissant du dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale. En effet, c'est le fondement même des dérives observées et stigmatisées ci-dessus. Elle pourrait se doubler de l'introduction d'une interdiction d'exercer une profession :

Art. 158bis CP

Organisation frauduleuse de l'insolvabilité (nouveau) :

"Le débiteur qui, même avant décision judiciaire constatant sa dette, aura organisé ou aggravé son insolvabilité

en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, sans cause ou contrepartie ;

en cédant tout ou partie de son actif à des prix inférieurs à ceux du marché, en accordant des remises de dettes ou rabais en violation de l'usage commercial ou de la pratique des affaires ;

en dissimulant tout ou partie de ses revenus ;
en diminuant ses revenus, notamment par la renonciation à tout ou partie de sommes qui lui sont dues ou en limitant ou baissant sans cause le taux consacré à une activité lucrative ;
en dissimulant tout ou partie de ses biens ;

sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale qui, dans les mêmes conditions, aura organisé ou aggravé l'insolvabilité de celle-ci, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Le complice qui, dans les mêmes conditions, se sera livré à ces agissements, de manière à causer un dommage aux créanciers, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq au plus ou d'une peine pécuniaire.

En cas de faillite ou saisie du débiteur ou de la personne morale, le débiteur, le dirigeant de droit ou de fait de la personne morale et les personnes qui ont effectivement participé à la gestion de la personne morale ne pourront pas acquérir ces biens.

La direction de la procédure peut condamner la personne bénéficiaire des valeurs reçues dans le cadre de l'al. 1 comme complice ou instigatrice de l'infraction, si les conditions de l'art. 24 ou 25 sont réalisées, et, le cas échéant, dire qu'elle est tenue solidairement, dans la limite des fonds ou de la valeur vénale des biens reçus à titre gratuit ou onéreux aux obligations pécuniaires résultant de la condamnation à l'exécution de laquelle l'auteur de l'infraction a voulu se soustraire".

Art. 67 CP alinéa 1bis et 1 ter

Interdiction d'exercer une profession

"La direction de la procédure peut prononcer à l'égard des personnes condamnées en vertu des art. 158, 158bis, 159 et 163 à 167 CP, une interdiction totale de l'exercice de l'activité de gérant ou d'administrateur d'une raison individuelle, d'une personne morale ou d'une société commerciale ou une activité comparable pour une durée de six mois à cinq ans.

Le débiteur et les personnes qui ont participé en droit ou en fait à la gestion de l'entreprise saisie ou faillie et qui ont fait l'objet d'une condamnation en application des art. 158, 158bis, 159 et 163 à 167 CP, ne peuvent pas acquérir, que ce soit en nom propre, au nom d'une nouvelle raison individuelle, en qualité de membre d'une association, associé d'une société de personnes, de commandite ou de gérant ou d'administrateur d'une personne morale, les biens de l'entreprise faillie ou saisie. Le prononcé de la direction de la procédure est notifié en copie au préposé aux poursuites ou au préposé à la faillite compétent. Le préposé ou ses auxiliaires sont habilités à procéder au contrôle des identités et à refuser l'accès à la salle des ventes".

V. Conclusions

La liberté d'entreprendre est essentielle à la prospérité helvétique mais elle mérite un cadre qui protège les entreprises citoyennes et leurs permettent d'exercer leurs activités à l'abri de toute concurrence déloyale, dans l'intérêt bien compris des travailleurs, des institutions sociales, des clients et des collectivités publiques.

En ce sens, le projet de modification de la LP, s'il est un premier pas dans la bonne direction, appelle des compléments plus incisifs pour atteindre au mieux sa cible.

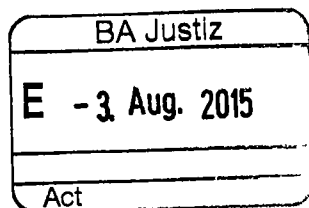
* * * * *

Vous remerciant par avance de l'attention que vous voudrez bien apporter à ces lignes et demeurant dans l'intervalle à votre entière disposition pour tout complément, nous vous prions d'agréer, Monsieur, nos salutations distinguées.

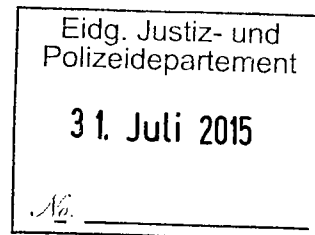
ASSOCIATIONS DE LA CONSTRUCTION
DE LA SUISSE ROMANDE



Nicolas RUFENER
Secrétaire général FMB



Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern



Zürich, 30. Juli 2015

i:\rechtsdienst\rechtsberatung sbv\2015\15-07-13-
stellungnahme_schkg_missbrauch_des_konkursverfahrens.doc

Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) vertritt als Berufs-, Wirtschafts- und Arbeitgeberorganisation die Interessen der Unternehmungen des Hoch- und Tiefbaus. Im Rahmen dieser Interessenwahrung erlauben wir uns, Ihnen unsere Stellungnahme zur vorgeschlagenen Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) zukommen zu lassen.

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) begrüsst die Stossrichtung, Missbräuche im Konkursverfahren wirksam verhindern zu wollen. Diese schädigen die gesamtschweizerische Volkswirtschaft und zu deren Verhinderung besteht ohne Zweifel gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

- Die vorliegende Revision bietet allerdings die ungeeigneten Mittel zur Zielerreichung: Sie bedeutet eine Abkehr von der bewährten Rechtstradition und einen erheblichen Eingriff in das bestehende System der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung.
- Insbesondere die Ausdehnung der Haftung auf die Organe der Gesellschaft verbunden mit einer Beweislastumkehr ist aus Gründen der gefährdeten Rechtssicherheit abzulehnen.
- Bereits heute werden nur ein kleiner Teil der Konkurse missbräuchlich herbeigeführt: Die geplante Revision erscheint uns daher unverhältnismässig. Aus diesem Grunde lehnen wir die vorliegenden Vorschläge grösstenteils ab.

1. Grundsätzliches

Wie der erläuternde Bericht unter Ziff. 1.2 darlegt, sei Hintergrund der Motion, dass das Konkursrecht missbraucht wird um Konkurrenten zu unterbieten und Gläubiger zu schädigen. Dabei wird die Baubranche explizit erwähnt. Allerdings wird diese Aussage nicht näher differenziert: „Baugewerbe“ meint dabei wohl Bauhaupt- wie auch Baunebengewerbe und somit ist diese Darstellung sehr unscharf. Zweifelsohne kam es in der Praxis – nicht nur in der Baubranche - zu Missbrauchsfällen im Konkursrecht: Auf Grund von krassen Einzelfällen aber ein bewährtes System auszuhebeln und Rechtsunsicherheit zu schaffen ist in keiner Weise verhältnismässig. Statt die Rechtsdurchsetzung auszubauen, sollte der Fokus vermehrt auf der Prävention liegen: Potentielle Gläubiger sollten mit den Instrumenten der modernen Informationsgesellschaft dazu befähigt werden, „schwarze Schafe“ möglichst vor der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zu erkennen. Die im erläuternden Bericht unter Ziffer 4.3.4 referenzierten Massnahmen, welche im Rahmen der Modernisierung des Handelsregisterrechts (Botschaft vom 15. April 2015) vorgesehen sind, werden daher von der Stossrichtung ausdrücklich begrüsst. Mit dieser Vorlage, welche voraussichtlich im Herbst 2015 dem Parlament vorgelegt wird, werden zum Teil ähnlich gelagerte Ziele verfolgt, wie mit den hier vorgeschlagenen Anpassungen im SchKG. Wir fordern daher, dass die vorgeschlagenen Anpassungen am SchKG einstweilen zurückgestellt werden. Erst für den Fall, dass sich bei der Sammlung von praktischen Erfahrungen des neuen Handelsregisterrechts ein Anpassungsbedarf im SchKG herausstellen sollte, ist mit dieser – entsprechend angepassten - Vorlage fortzufahren.

Bei den einzelnen Gesetzesänderungen haben wir insbesondere die folgenden Beanstandungen:

- Keine Umkehr der Beweislast zu Gunsten des Gemeinschuldners und zu Lasten der Konkursierten Gesellschaft
- Keine solidarische Haftung der Organe der Gesellschaft für Konkurskosten (Art. 169 SchKG)
- Keine Anpassung von Art. 43 SchKG (Aufhebung von Ausnahmen von der Konkursbetreibung zu Gunsten der öffentlichen Hand)

2. Zu den einzelnen Punkten

2.1 Kein Haftungsdurchgriff und keine Umkehr der Beweislast

Der in der Revision vorgeschlagene Gesetzestext zu Art. 169 Abs. 2 SchKG sieht vor:

Art. 169 Abs. 2 SchKG (neu)

4. Haftung Vorschuss für die Konkurskosten

[Zu Abs. 1 vgl. oben Ziff. 3.1.2].

² Ist der Schuldner eine juristische Person, so haften die letzten von der Gesellschaft eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans des Schuldners dem Konkursamt oder der Partei, die den Kostenvorschuss geleistet hat, solidarisch für einen Ausfall, sofern diese nicht nachweisen, dass sie kein Verschulden trifft, insbesondere, dass sie ihre Pflichten nach Art. 725 und 725a OR nicht absichtlich oder fahrlässig verletzt haben.

Der vorgeschlagene Haftungsdurchgriff mit Haftungsvermutung für die ungedeckten Kosten des summarischen Konkursverfahrens (vgl. erläuternder Bericht Ziffer 3.2.1), verbunden mit einer rechtsunsicherheitsschaffenden Beweislastumkehr ist abzulehnen. Die Ausdehnung der Haftung auf die Organe der Gesellschaft verbunden mit einer Beweislastumkehr führt zu einem systemwidrigen Eingriff in die Haftungstrennung von juristischen Personen und ihren Organen und zu einer unbegründeten Schlechterstellung der beklagten Partei im Konkursverfahren. Nur ein kleiner Teil der Konkursöffnungen wird missbräuchlich herbeigeführt. Die restlichen, seriös wirtschaftenden Unternehmer, welche durch Reduzierung ihrer persönlichen Haftung eine Gesellschaft betreiben, werden gewissermassen per se und zum Vornherein in Sippenhaft genommen. Der Vorschlag bedeutet einen gleich dop-

pelten, unverhältnismässigen und unnötigen Paradigmenwechsel im Schweizer Recht. Es wird damit klar über das Ziel der Revision hinausgeschossen.

Auch redaktionell erscheint die geplante Bestimmung misslungen: Die Formulierung „absichtlich oder fahrlässig“ ist zu streichen. Die Abgrenzung der zwei Arten des Verschuldens (Vorsatz und Fahrlässigkeit) spielt zwar im Strafrecht eine entscheidende Rolle, im Zivilrecht hingegen ist diese Abgrenzung von untergeordneter Bedeutung. Die Nennung im Gesetzestext ist demnach überflüssig und verwirrend und würde Gerichte künftig vor die unlösbare Frage stellen, wann unternehmerisches Scheitern „absichtlich oder nur fahrlässig“ herbeigeführt wurde.

Nach Art. 8 ZGB hat derjenige die Tatsachen zu beweisen, der daraus Rechte ableitet. Daran ist prinzipiell festzuhalten. Eine Beweislastumkehr zu Lasten einer Prozesspartei zu Gunsten einer Partei, bei der kein besonderes Schutzbedürfnis ausgewiesen ist, stellt einen bedeutenden Eingriff in das Rechtssystem dar. Sie ist mit Nachdruck abzulehnen. Auch die neue Zivilprozessordnung (ZPO), die seit 1. Januar 2011 in Kraft ist, sieht keine Abkehr von diesem Prinzip vor (vgl. Art. 150 ff. 10. Titel: Beweis).

Die Ausdehnung der Haftung auf Organe wird auch kaum zum gewünschten Ziel führen: Gerade bei Fällen, wo Konkurse über juristische Personen mangels Aktiven eingestellt werden müssen, haben auch die Organe in der Regel finanzielle Schwierigkeiten: ein weiteres betriebsrechtliches Verfahren wäre die Folge. Finanzkräftige Organe wiederum könnten sich ihrer Haftung dadurch entledigen, indem sie sich vor Konkurseröffnung im Handelsregister austragen und beispielsweise einen zahlungsunfähigen Strohmännchen einsetzen: der Haftungsdurchgriff richtet sich stets gegen die letzte eingetragene natürliche Person.

Schliesslich ergibt sich auf Grund der gewählten Formulierung im Erläuternden Bericht und derjenigen von Art. 169 Abs. 1 auch ein Widerspruch: In den Erläuterungen wird unter Ziffer 3.2.1. ausgeführt, dass die Organe lediglich für die ungedeckten Kosten eines summarischen Verfahrens haftbar gemacht werden. Art. 169 Abs. 2 SchKG (neu) liest sich jedoch dahingehend, dass die Organe die ganzen Kosten bis und mit „Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldenruf“ zu ersetzen haben.

2.2 Keine Aufhebung des Art. 43 Ziffer 1 und 1bis

Die vorliegende Gesetzesrevision sieht weiter die Aufhebung des Art. 43 Ziffer 1 und 1^{bis} vor:

Art. 43 SchKG E. Ausnahmen von der Konkursbetreibung

Die Konkursbetreibung ist in jedem Fall ausgeschlossen für:

1. ~~Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte; (Aufgehoben)~~
- 1bis ~~Prämien der obligatorischen Unfallversicherung; (Aufgehoben)~~
2. periodische familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge sowie Unterhaltsbeiträge nach dem Partnerschaftsgesetz vom 18. Juni 2004,
3. Ansprüche auf Sicherheitsleistung.

Für Steuern, Abgaben, Gebühren, Bussen und andere öffentlich-rechtliche Forderungen ist nach Art. 43 Ziff. 1 SchKG auch gegenüber Personen, welche der Konkursbetreibung unterliegen, die Betreibung auf Pfändung durchzuführen. Für öffentlich-rechtliche Forderungen soll also grundsätzlich keine Konkursbetreibung stattfinden. Der Staat will seine Bürger für seine Forderungen nicht in den "Ruin" treiben und damit auch keine Arbeitsplätze vernichtet. Die vorgeschlagene Aufhebung der Sonderbehandlung öffentlich-rechtlicher Forderungen wird vor allem damit begründet, dass es ein Nachteil sei,

wenn Unternehmungen, die systematisch ihren Verpflichtungen nicht nachkämen, dank des geltenden Art. 43 SchKG ihr missbräuchliches und unlauteres „Geschäftsmodell“ weiterführen könnten (Vgl. Ziff. 3.3.1 des erläuternden Berichtes). Dabei steht mit Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG bereits heute ein wirksames Instrument zur Verfügung, mit dem auch Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung erwirken können. Ein Schuldner, der systematisch Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen benachteiligt, indem er diese Forderungen im Gegensatz zu privatrechtlichen Forderungen nicht bezahlt, hat regelmässig seine Zahlungen im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG eingestellt (vgl. Bundesgerichtsurteil 5A_439/2010 E. 4). Ebenso liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Zahlungseinstellung vor, wenn ein Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht (BGE 137 III 460 E. 3.4.1). Dies dürfte bei unbezahlten, öffentlich-rechtlichen Forderungen in den allermeisten Fällen zutreffen. Die bisherige Erfahrung, dass mit Ausnahme der Eidgenössischen Steuerverwaltung für Mehrwertsteuerforderungen viele Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen kaum ein Konkursbegehren nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG stellen, rechtfertigt einen Systemwechsel nicht.

3. Fazit

Der SBV begrüsst die Bestrebungen, missbräuchlichen Konkursen wirksam entgegenzuwirken. Die vorliegende Revision erscheint uns hierzu aber der falsche Weg: Insbesondere durch den geplanten Haftungsdurchgriff und durch die vorgesehene Beweislastumkehr nach Art. 169 Abs. 2 SchKG werden fundamentale, bewährte Rechtsgrundsätze verletzt. Insbesondere besteht die Gefahr, mit den ange-dachten Neuerungen per se jeden Konkurs zum Vornherein zu „kriminalisieren“. Die Folgen sind Rechtsunsicherheit und letztlich eine Schwächung des Wirtschaftsstandortes Schweiz.

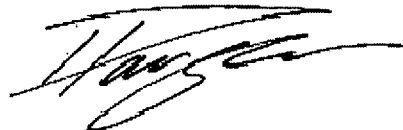
Wir danken Ihnen, dass Sie unsere Anträge, Bemerkungen und Begründungen berücksichtigen. Für weitere Fragen und Konsultationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Baumeisterverband



Martin Senn
Vizedirektor
Departement Politik & Kommunikation



Patrick Hauser
Vizedirektor
Departement Unternehmung & Dienstleistung

De: Rüetschi David BJ
Envoyé: lundi 27 avril 2015 10:48
À: Gramegna Emanuella BJ
Cc: Rodriguez Rodrigo BJ
Objet: WG: Vernehmlassung: Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Von: Trost Lukas GKABGBRE [<mailto:lukas.trost@ag.ch>]

Gesendet: Montag, 27. April 2015 10:21

An: Rüetschi David BJ

Betreff: Vernehmlassung: Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Sehr geehrte Damen und Herren

Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Art. 169

¹ Das Gericht kann von der Partei, die das Konkursbegehren stellt, einen Vorschuss für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldenruf (Art. 232) entstehen, verlangen.

- Ein Konkurs kann bei juristischen Personen ausschliesslich von einem Gläubiger beantragt werden, nie vom Schuldner selbst (Art. 191 SchKG gilt nur für natürliche Personen, Art. 192 ohne Antrag und Kostenvorschuss von Amtes wegen). Das SchKG spricht nicht von "Partei", sondern von "Gläubiger". Der Wortlaut könnte also kürzer und präziser ausfallen.
- Der Wortlaut resp. die Streichung von "haftet für die Kosten" täuscht, weil die Kosten jemandem auferlegt werden müssen; dafür braucht es eine gesetzliche Grundlage. Man denke daran, dass ein Gläubiger das Konkursbegehren zu unrecht stellt oder zurückzieht: Wem sollen die Kosten dann auferlegt werden können?
- Wenn mit dem Absatz 2 zudem ein Dritter für einen Ausfall haften soll (man spricht vom Regress), ist das juristisch nur möglich, wenn überhaupt eine Kostentragungspflicht besteht (Schuld, für die Regress genommen werden kann). Die geplante Änderung i.S.v. Absatz 2 funktioniert auch resp. nur bei unverändertem Absatz 1.

² Ist der Schuldner eine juristische Person, so haften die letzten von der Gesellschaft eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans des Schuldners dem Konkursamt oder der Partei, die den Kostenvorschuss geleistet hat, solidarisch für einen Ausfall, sofern sie nicht nachweisen, dass sie kein Verschulden trifft, insbesondere, dass sie ihre Pflichten nach Artikel 725 und 725a OR3 nicht absichtlich oder fahrlässig verletzt haben.

- juristische Personen sind nicht immer Gesellschaften (Art. 39 Abs. 1 SchKG); wieso sollte es nur für Gesellschaften gelten? Oder ist die Terminologie ungenau?
- Mitglieder werden nicht unbedingt von der juristischen Person eingesetzt (Gründungsmitglieder etc.): Terminologie ungenau.
- Was soll mit den "letzten" gemeint sein? Nur die im Zeitpunkt der Konkursöffnung eingetragenen? Was passiert, wenn sich alle streichen lassen, sobald der Konkurs ansteht (Missbrauchspotential)? Eine Präzisierung wäre wünschenswert (z.B. im Zeitraum von 12 Monaten vor Konkursöffnung eingetragen gewesen) zur Rechtssicherheit.

- Das Konkursamt hat weder richterliche Funktion noch richterliche Legitimation, so dass es eine Haftungsfrage des materiellen Rechts (Verschulden ja oder nein) nicht entscheiden kann. In welcher Art Gerichtsverfahren soll abgeklärt werden, ob "Mitglieder" dem Konkursamt haften oder der Partei, die den Kostenvorschuss geleistet hat? Besteht eine Frist zur Klageanhebung? Wie verhalten sich die beiden Verfahren zu einander (Gerichtsverfahren während oder erst nach Abschluss Konkursverfahren)?
- In einem Gerichtsverfahren ist ein klagender Gläubiger kostenvorschusspflichtig mit Haftungsrisiko (Art. 98 und 111 Abs. 2 ZPO). Ein Gerichtsverfahren kostet deutlich mehr als das Konkursverfahren, weshalb sich daraus keine Besserstellung der Gläubigerposition ergibt, sondern eine Schlechterstellung. Der Gerichtsprozess betrifft zudem keine einfache Materie, findet regelmässig vor Handelsgericht statt (Art.6 Abs. 4 ZPO) und bedarf wohl meist einer kostenintensiven Rechtsvertretung trotz tiefem Streitwert (was im Falle des Obsiegens nur zu einer ungenügenden Parteientschädigung resp. zu einem erneuten "Schaden" des Gläubigers führt).
- Danebst steht für einen Rückgriff auf "Mitglieder" bereits das Instrument der Verantwortungsklage (z.B. Art. 754 OR) zur Verfügung, welche jedoch - das zeigt die Praxis überdeutlich - kaum je ein Gläubiger führen will. Mit einer neuen Klagemöglichkeit stellte sich die Frage der Konkurrenz resp. der widersprüchlichen Rechtsordnung, insbesondere bei unterschiedlicher örtlicher oder sachlicher Zuständigkeit, abweichender Ausgestaltung der Klage-/Beklagtenrolle oder divergierender Fristen.
- Der bestehende Art. 68 SchKG regelt die Kosten-Thematik für den gesamten betriebsrechtlichen Bereich einheitlich, pragmatisch und einfach: Der konkursbeantragende Gläubiger kann vorab für seine vorgeschossenen Kosten entschädigt werden. Das geschieht automatisch und durch den Konkursbeamten. Einfacher und kostengünstiger geht es wohl kaum. Es besteht zudem kaum Interesse an einem Konkursverfahren, wenn daraus kein Erlös für betroffene Gläubiger resultieren kann; ein Verfahren, das zwar Ressourcen bei den Konkursämtern bindet, aber für jemanden tatsächlich Früchte tragen kann, ist unsinnig. Wenn ein Konkursverfahren von Vornherein nicht ergiebig erscheint für einen Gläubiger, erscheint es angemessen und sogar sinnvoll, einem Gläubiger das Kostenrisiko zu überbürden, wenn er trotzdem ein Verfahren durchgeführt haben will.
- Schliesslich ist festzuhalten, dass die Kosten für das Konkursverfahren, von denen wir reden, nicht dermassen hoch ausfallen, dass sich davon ein Lenkeffekt zur Missbrauchsbekämpfung erwarten liesse. Gemeint sind damit wohl "Klein-Gesellschaften" welche unprofessionell geführt werden und im Konkurs enden. Falls das Kostenrisiko solchen Personen überhaupt bekannt ist: Wegen ein "paar Tausend Franken allfälligem Rückgriffs-Risiko" verhält sich wohl kaum ein "Mitglied" anders, meist geht es ja um deutlich höhere Werte, die mit der Weiterführung der Unternehmung auf dem Spiel stehen. Zudem verfügen sich solcherweise pflichtwidrig verhaltende Personen ohnehin selten über eine Bonität, welche das Zahlungsrisiko nachhaltig erscheinen liesse.
- Mit der vorgeschlagenen Revision lässt sich m.E. nichts Werthaltiges gewinnen. Verursacht werden aber Gerichtsverfahren unter Bindung entsprechender Ressourcen und unter Entstehung hoher Kosten für Staat (Gerichtskosten decken effektive Kosten der Justiz bei weitem nicht, insbesondere bei tiefem Streitwert) und Private.

Ich hoffe, Ihnen und Ihrem Anliegen damit zu dienen, und verbleibe mit freundlichen Grüssen

Bezirksgericht Bremgarten

Lukas Trost, Gerichtspräsident
 Rathausplatz 1, 5620 Bremgarten
 Fon: 056 648 75 51

Fax: 056 648 75 50

Confédération suisse
Département fédéral de justice et police
Office fédéral de la justice
Domaine de direction Droit privé
3003 Berne

Paudex, le 23.07.2015
SB/mjb

Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévoir l'usage abusif de la procédure de faillite)

Procédure de consultation

Madame, Monsieur,

Nous avons pris connaissance du projet cité en référence et, en réponse à votre courrier du 22 avril 2015, nous invitons à participer à la procédure de consultation fédérale, nous vous communiquons ci-après notre position.

A. En général

L'avant-projet de modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite (LP) fait suite à l'acceptation, par le Parlement fédéral, d'une motion du Conseiller aux Etats Hans Hess chargeant le Conseil fédéral «de créer les bases juridiques nécessaires pour qu'on ne puisse plus utiliser abusivement la procédure de faillite pour échapper à ses obligations». Le train de mesures proposé vise en premier lieu à encourager les créanciers à intenter une action en cas d'abus en supprimant ou en réduisant certains obstacles pratiques et juridiques auxquels les créanciers lésés sont confrontés lors de procédure contre le débiteur. En outre, les adaptations devraient, selon le Conseil fédéral, déployer un effet préventif plus général en faisant en sorte que les requêtes de faillite soient déposées le plus tôt possible, c'est-à-dire à un moment où l'actif est encore suffisant pour mener au moins une procédure sommaire.

B. La réforme de l'art. 169 LP: la responsabilité pour les frais de faillite

- 1. Art. 169 al. 1 LP: suppression pour le requérant de l'obligation de supporter les frais de procédure (mais non de fournir une avance)*

Conformément à l'art. 169 al. 1 LP, celui qui requiert la faillite répond des frais jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif auprès de la masse (art. 230 LP) ou, lorsque l'office publie l'ouverture de la faillite, jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 232 LP). En outre, le juge peut exiger du requérant de la faillite qu'il fasse l'avance des frais (art. 169 al. 2 LP).

La modification proposée de l'art. 169 al. 1 LP, dont la nouvelle teneur dit que «le juge peut [et donc ne doit plus] exiger de la partie qui requiert la faillite qu'elle avance les frais ...», vise à ce que les frais de procédure soient à l'avenir mis à la charge du débiteur, par le biais

de la masse, et non plus à la charge des créanciers; le juge resterait cependant autorisé à exiger une avance de la part du créancier qui requiert la faillite (projet d'art. 169 al. 1 LP et rapport explicatif, p. 6). De la sorte, le Conseil fédéral veut, à l'avenir, faire répondre généralement le débiteur des frais de la procédure, notamment «du fait qu'il est à l'origine de la faillite» et qu'il serait dès lors «difficile à comprendre que le créancier requérant la faillite réponde des frais initiaux liés à la faillite».

Nous pouvons accepter la nouvelle version de l'art. 169 al. 1 LP, car le principe qu'à l'avenir les frais de procédure soient non plus systématiquement à la charge du créancier mais à celle du débiteur demeurera rééquilibré par le droit accordé au juge de pouvoir continuer à exiger du créancier qu'il en fasse l'avance jusqu'à la suspension des opérations faute d'actif ou jusqu'à l'appel aux créanciers. Cependant, afin de parer aux cas de témérité en matière de requête de mise en faillite, il serait bon de préciser, en fin d'art. 169 al. 1 LP, que le juge est autorisé à mettre ces frais à la charge du requérant lorsqu'il estime que les circonstances l'imposent.

2. Art. 169 al. 2 LP: responsabilité personnelle solidaire des membres de l'organe supérieur de la société débitrice

Le projet de réforme prévoit aussi une nouvelle rédaction de l'art. 169 al. 2 LP. Celle-ci ajouterait que, «si le débiteur est une personne morale, les membres de l'organe supérieur de direction et d'administration qui ont été nommés par la société et inscrits en dernier au registre du commerce répondent solidairement des frais de procédure sommaire qui ne sont pas couverts par la masse vis-à-vis de l'office des faillites ou de la partie ayant fait l'avance, dès lors qu'ils ne peuvent prouver qu'ils ne sont pas en faute notamment qu'ils n'ont pas manqué intentionnellement ou par négligence à leurs obligations au sens des art. 725 et 725a CO».

Au cours des dernières années, le droit de la faillite a certes été parfois utilisé de façon abusive, notamment dans le domaine de la construction, à des fins de concurrence déloyale et au détriment de créanciers. Pourtant, de nombreuses faillites ne sont ni abusives ni seulement fautives et les personnes concernées ont, à priori, le droit à une deuxième chance. Leur permettre la reprise d'une activité économique constitue d'ailleurs l'un des principaux objectifs du droit de la faillite (rapport explicatif, p. 2 et 3). En outre, les statistiques disponibles ne permettent pas de savoir combien les quelque 12'000 procédures de faillite ouvertes par an en Suisse peuvent être qualifiées d'abusives, tandis le nombre de condamnations pour des infractions pénales en lien avec les faillites reste stable (rapport explicatif, p. 4).

Il n'est pas exclu qu'un mécanisme fondé sur la responsabilité légale des membres de la direction générale et du conseil d'administration, tel que proposé au projet d'art. 169 al. 2 LP, puisse déployer un effet de prévention général, étant donné que les membres de ces organes auraient un intérêt personnel – en plus de celui lié à l'art. 754 CO (responsabilité des membres du conseil d'administration dans la gestion et la liquidation) – à ce que la procédure de faillite soit initiée alors que l'actif est peut-être encore suffisant pour couvrir les frais d'une procédure sommaire (voir rapport, p. 8). Dans cette optique, nous pourrions admettre qu'il soit équitable de mettre les frais de procédure à la charge des organes de direction d'une société en faillite, quand ceux-ci ont agi de manière illicite ou contraire à la bonne foi (voir précisément art. 754 CO). D'ailleurs, selon l'art. 190 al. 1 et 2 LP, le créancier peut toujours requérir la faillite sans poursuite préalable si le débiteur n'a pas de résidence connue, s'il a pris la fuite dans l'intention de se soustraire à ses engagements, s'il a commis ou tenté de commettre des actes en fraude des droits de ses créanciers ou cédé ses biens

dans le cours d'une poursuite par voie de saisie dirigée contre lui ou encore si le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements (art. 190 al. 1 et 2 LP).

En revanche, ce serait, à notre avis, aller beaucoup trop loin que d'introduire dans la LP, par le biais d'un nouvel art. 169 al. 2, une présomption légale de commission de faute ou même d'abus de la part des instances dirigeantes de toute société débitrice tombant en faillite. Le projet y ajoute même un choquant renversement du fardeau de la preuve qui obligerait ces dirigeants de société de devoir, à l'avenir, «pouvoir prouver qu'ils ne sont pas en faute, notamment qu'ils n'ont pas manqué intentionnellement ou par négligence à leurs obligations au sens des art. 725 et 725a CO». Ce serait faire peser sur tous les dirigeants ou administrateurs de personnes morales ou de sociétés (nous relevons au passage la confusion que crée la rédaction du projet d'article entre ces deux termes) un soupçon ou un risque financier alors que toutes les faillites ne sont pas frauduleuses et peuvent se produire en l'absence de toute faute.

Si l'on tient encore compte du fait qu'en cas de faillite les membres de la direction et du conseil d'administration de la société concernée ne bénéficient, contrairement aux travailleurs, d'aucun privilège salarial au titre de l'art. 219 LP, l'adoption, par un nouvel art. 169 al. 2 LP, d'une responsabilité solidaire des dirigeants d'entreprise qui s'ajouterait à celle issue de l'art. 754 CO, et qui induirait de surcroît un renversement du fardeau de la preuve quant à la diligence de leur gestion de la société, en plus de violer la présomption de la bonne foi et de l'honnêteté en affaire (art. 2 CC), contrevient aussi, sans nécessité objective avérée, au principe fondamental de la proportionnalité et doit donc être rejetée.

Cela étant, nous pourrions entrer en matière sur une norme, à déterminer, permettant de mettre à la charge des organes dirigeants d'une personne morale ou société les frais de procédure, lorsque ceux-ci ont agi contrairement aux principes de la bonne foi.

C. L'abrogation de l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP

1. L'actuel art. 43 ch. 1 et 1bis LP et sa raison d'être

Conformément à l'actuel art. 43 al. 1 et 1bis LP, la poursuite par voie de faillite est exclue pour le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à l'administration, ainsi que le recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire.

Cette exception figure notamment dans la LP parce que la faillite est, en principe, l'exécution forcée pour les personnes privées, physiques et morales, qui poursuivent des buts lucratifs (voir art. 39 LP). Le droit de la poursuite pour dettes et la faillite a pour principale fonction d'offrir aux acteurs privés commerciaux un règlement procédural équitable et rapide de leurs créances et dettes respectives.

L'Etat perçoit, en règle générale, ses créances issues du droit public de la part d'un débiteur par la voie de la saisie et de la réalisation des biens (art. 42 al. 1 et 89 à 150 LP). Or, à l'opposé de la faillite qui mène à la liquidation des avoirs du débiteur – et donc, dans le cas d'une personne morale, à sa disparition économique et juridique –, la poursuite par voie de saisie ne vise pas directement la liquidation du patrimoine. En effet, dans ce cas de figure, le débiteur devrait, en maintenant ses activités, être en principe capable de rembourser au fur et à mesure ses dettes à l'Etat. C'est pourquoi, à l'origine de l'art. 43 LP, le législateur fédéral avait considéré que «[l]e recouvrement de ces montants, qui d'ordinaire ne sont pas très importants, s'opérera en général plus rapidement par voie de saisie; il est d'ailleurs conforme à toute l'économie de la loi d'éviter la faillite partout où elle ne paraît pas

indispensable» (Feuille fédérale 1887 I p. 616-636, p. 634). Plus, lors des délibérations parlementaires relatives au projet de la LP, il a même été avancé «qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'Etat qu'il se rende odieux en mettant en faillite des citoyens» (cité par P.-R. Gilliéron, *Commentaire de la LP*, Lausanne, 1999, p. 755).

2. La proposition d'abandon de l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP et ses implications

La proposition de conférer à l'Etat, respectivement aux institutions et organes publics concernés, en supprimant l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP, le droit de pouvoir requérir l'ouverture d'une procédure de faillite contre un débiteur, personne physique ou morale, sans la condition qu'il y ait la preuve avérée de commission d'abus, pose un problème de principe et soulève de délicates questions de pondération d'intérêts; en tout cas il ne s'agit là nullement d'une modification ponctuelle de la LP, comme l'affirme pourtant le Conseil fédéral.

L'abandon pur et simple de l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP conférerait à l'Etat le droit de pouvoir mener des entreprises privées à la liquidation, ce qui représenterait un considérable pouvoir d'ingérence publique dans l'économie privée. Ainsi, en raison d'un nombre inconnu de cas d'insolvabilité organisée menant à des faillites abusives, il serait introduit dans la LP le droit général des créanciers de droit public de conduire des entreprises à la disparition, alors que l'intérêt premier de l'Etat doit consister à garantir des conditions-cadres favorables à l'économie de marché.

A notre avis, l'abandon complet de l'exception de l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP ne correspond pas à l'approche libérale qui est celle de la LP et constituerait une mesure disproportionnée par rapport à la gravité du problème à résoudre. Il faut encore relever que si la faillite est requise pour une autre raison non mentionnée à l'art. 43 LP, et/ou par un autre créancier, les institutions publiques peuvent aussi produire leurs créances. Enfin, il faut se rappeler que dans les cas visés à l'art. 190 LP – donc si le créancier a commis ou tenté de commettre des actes en fraude des droits de ses créanciers –, même les créanciers mentionnés à l'art. 43 LP peuvent requérir la faillite sans poursuite préalable.

3. Suggestion d'un assouplissement limité et conditionné de l'art. 43 LP

D'un point de vue de principe, en matière de droit de la poursuite pour dettes et de la faillite, les intérêts publics sont tout aussi dignes de protection que ceux des créanciers privés.

Or, du fait peut-être qu'actuellement les créanciers publics ne peuvent, sauf exception, poursuivre un débiteur que par la voie de la saisie, certaines entreprises sont tentées d'abuser du système en renonçant à payer leurs créances de droit public échues (impôts, primes de l'assurance-accidents obligatoires, cotisations d'assurances sociales etc.). Elles imposent ainsi abusivement à ces créanciers publics un rôle de banquier contre leur gré tout en se procurant un avantage concurrentiel illicite.

Puisque nous considérons que l'abandon pur et simple de l'exception de l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP constituerait une mesure excessive, mais qu'il s'agit tout de même d'exercer un effet préventif à l'égard de comportements qui n'ont pas à être protégés, nous suggérons les mesures suivantes:

- L'art. 43 LP est modifié/complété dans le sens suivant: les autorités publiques et les caisses d'assurances sociales ont, nonobstant l'art. 43 al. 1 et 1bis LP, le droit de requérir la mise en faillite du débiteur lorsqu'un acte de défaut de biens (art. 149 LP) leur a été délivré. Un tel acte vaut comme reconnaissance de dette (art. 82 LP) et constitue la preuve manifeste que la voie de la saisie n'a pas abouti.

- L'art. 43 LP est modifié/complété de telle sorte que l'assurance-accidents obligatoire et les assurances sociales puissent également requérir la mise en faillite d'une société qui, en tant qu'employeur, a encaissé des primes et/ou des cotisations mais ne les a pas versées à l'assurance et qui a de ce fait violé soit l'art. 112 LAA soit l'art. 87 LAVS, pour autant que, dans ces circonstances, ces créanciers ne puissent pas d'ores et déjà requérir la faillite sans poursuite préalable sur la base de l'art. 190 LP.
- Enfin, l'art. 219 LP régissant l'ordre des créanciers est modifié dans le sens suivant: les créances de cotisations selon la LAVS, la LAI, la LAA, la LAPG et la LACI sont colloquées en rang de première classe, au même titre que les créances des institutions de prévoyance à l'égard des employeurs affiliés. Cette modification aurait pour effet que les assurances sociales créancières augmenteraient quelque peu leurs chances de se voir remboursées.

D. Conclusion

Les modifications proposées de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) outrepassent de loin le caractère d'adaptations ponctuelles; le projet de transformation complète de l'art. 169 LP et l'éventuelle abolition de l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP touchent aux principes mêmes du droit de la faillite.

Alors que nous pouvons accepter la nouvelle version de l'art. 169 al. 1 LP moyennant la prise en compte des précautions émises en fin de point B. 1 (p. 2), nous rejetons le projet d'art. 169 al. 2 LP, car le renversement du fardeau de la preuve qui introduit une sorte de présomption légale généralisée de commission d'une faute ou d'un abus de la part des dirigeants d'une société tombant en faillite ne peut être soutenu. Nous relevons en outre la rédaction imprécise du projet de disposition.

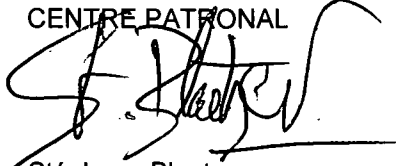
En ce qui concerne le projet d'autoriser à l'avenir les principaux créanciers de droit public à requérir la faillite, en abrogeant l'art. 43 al. 1 et 1bis LP, nous estimons que l'abandon pur et simple de ces exceptions à la poursuite par voie de faillite constituerait une mesure excessive en regard de l'envergure modérée, et en somme limitée à des branches économiques spécifiques, des cas d'abus liés à la procédure de faillite. Toutefois, ne niant ni le problème ni son importance, nous pourrions accepter un assouplissement de l'impossibilité pour les créanciers de droit public de requérir la faillite, dans la mesure de nos propositions esquissées à la fin du point C. 3. (p. 4 et 5).

Enfin, plutôt que d'agir sur le plan procédural et exécutoire de la LP, il serait peut-être judicieux, d'une part, de se demander, sur le plan du CO, si la responsabilité des instances dirigeantes d'une entreprise à l'égard des actionnaires au titre de l'art. 754 CO pourrait être étendue à d'autres parties prenantes spécifiques, par exemple aux assurances sociales et au fisc et, d'autre part, d'étudier s'il serait utile de créer, en sus des articles 163 à 165 et 167 du Code pénal, une infraction réprimant le fait pour un débiteur de se mettre volontairement en situation d'insolvabilité pour échapper à ses créanciers, avant la fin d'une procédure de recouvrement.



Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce qui précède et vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

CENTRE PATRONAL



Stéphane Bloetzer



Département fédéral de justice et police
DFJP

Par courriel :

david.rueetschi@bj.admin.ch
rodrigo.rodriquez@bj.admin.ch

Notre réf. 3106-CoT

re7685

Genève, le 08-07-2015

Modifications de la loi sur la poursuite pour dette et la faillite (LP), en application de la motion Hess 11.3925

Mesdames, Messieurs,

Nous savons qu'une consultation est engagée sur l'objet en titre et qu'il nous est possible de vous faire part de nos considérations à son égard jusqu'au 14 août 2015.

Remarques générales

Bien que les modifications envisagées représentent déjà - de notre point de vue - un progrès, nous sommes d'avis qu'il faille aller plus avant encore pour protéger les intérêts des travailleuses et travailleurs: dans certaines branches, comme le secteur principal et le second œuvre de la construction ainsi que la restauration, les cas de faillites abusives en chaîne sont devenus une politique entrepreneuriale au travers des chef-fe-s d'entreprise sans scrupules ne versent pas les salaires dus à leur personnel, voire s'abstiennent d'honorer les factures de leurs fournisseurs.

Aussi nous considérons que ces personnels doivent bénéficier de moyens d'agir accrus, et que la procédure selon la LP soit gratuite lorsqu'il s'agit du recouvrement de créances de salaires. En effet, bien que le Code de procédure civile (CPC), article 113 alinéa 2 lettre 2 et article 114 lettre c, stipule que les litiges relevant du droit du travail sont en principe gratuits (ni émoluments ni débours à percevoir) ; le droit de la poursuite pour dettes ne tient pas compte de ce principe.

C'est pourquoi, à l'occasion des modifications envisagées, nous demandons à ce que l'article 169 alinéa 1 lettre f LP ne soit plus appliqué aux travailleurs-créanciers.

Registre du commerce

Une faillite peut être accidentelle, deux faillites de suite c'est soit de l'incompétence ou soit une politique entrepreneuriale qui sont toutes deux à entraver et condamner. Dès lors, les employeurs faillis, dont les dettes provenant d'une ancienne entreprise n'ont pas été entièrement remboursées, ne devraient plus pouvoir figurer, comme organe d'une société de personnes, pendant un certain temps après leur faillite dans le registre de commerce.

A cette fin nous soutenons la proposition de créer rapidement un «casier judiciaire» des entreprises et y faire figurer les délits de poursuite et de faillite dans le catalogue des infractions prises en compte.



Ce casier judiciaire des entreprises devrait être relié à un numéro d'identification du registre du commerce, de manière à garantir un suivi des données des personnes physiques et morales. De toute façon, les infractions en matière de poursuite et faillite doivent être ajoutées au catalogue de l'article 102 LP, c'est-à-dire au droit pénal applicable aux entreprises.

Procédure concernant l'indemnité en cas d'insolvabilité

Beaucoup trop de travailleurs et travailleuses qui n'engagent pas de poursuite onéreuse contre un employeur récalcitrant ne reçoivent aucune indemnité ou qu'une partielle en raison d'une soi-disant violation de l'obligation de limiter le dommage; cela n'est plus tolérable.

Or la présente réforme oublie de résoudre le principal problème en la matière: le travailleur-créancier doit payer une avance sur frais pour le recouvrement de sa créance de salaire selon le droit du travail, alors qu'incidemment il est victime de faits dont il n'est pas responsable. Pour que le travailleur-créancier puisse contribuer à limiter le dommage, il faut lui garantir que dans chaque cas de poursuite il n'encourra pas de risques financiers personnels accrus.

Des infractions liées à la faillite

Si nous saluons la proposition du Conseil fédéral offrant aux créanciers de droit public, comme les administrations fiscales et la SUVA, la faculté de requérir l'ouverture d'une faillite, pour empêcher que des entreprises poursuivent leurs nuisances avec un non-paiement chronique de dettes de droit public échues, il faut introduire une obligation d'informer en cas de soupçon d'une infraction liée à une faillite.

Dans le cadre de la lutte contre les faillites abusives, nous estimons que les caisses de compensation, l'AVS et les administrations fiscales devraient avoir un devoir d'informer, et que les ministères publics cantonaux devraient être contraints d'investiguer ou de poursuivre les infractions liées à des faillites abusives, toutes celles que dénoncent les syndicats, les travailleurs et travailleuses ou les fournisseurs.

Instauration de l'enquête sur demande d'un créancier

Le soutien que nos syndicats membres accordent à leurs affilié-e-s les ont amené à formuler auprès des instances de notre Communauté une revendication très précise: l'instauration d'une enquête par l'Office cantonal (ou d'arrondissement) des faillites, sur demande d'un créancier.

Il s'agirait de prévoir dans la LP une possibilité pour le créancier de demander une enquête sommaire par l'Office sur les raisons ayant conduit à la faillite. Cette enquête permettrait de recueillir les raisons ayant conduit à la faillite en entendant les administrateurs et les créanciers qui souhaitent apporter des éléments. Aux termes de l'enquête, d'éventuels problèmes de gestion pourraient être mis en lumière et dès lors, ils pourraient alors être dénoncés par l'Office au Ministère public compétent.

Une telle mesure aurait l'avantage d'être légère et proportionnée au but visé,

- a) en n'étant pas systématique,
- b) en permettant à l'administrateur de faire valoir son point de vue et
- c) en se concentrant sur d'éventuelles fautes.

Elle resterait relativement simple, puisque hors d'une procédure contentieuse et permettrait de rassembler rapidement et au moment où ils existent encore, les éléments permettant de mettre en lumière une ou plusieurs infractions pénales, notamment la gestion fautive prévue par l'art. 165 CP.

Cette mesure peut évidemment être combinée aux autres mesures proposées. Elle pourrait aussi être une prémisses nécessaire à l'interdiction pour un administrateur d'être l'organe d'une société et renforcerait sa légitimité.

En espérant qu'il vous plaira de prendre en considération nos observations et propositions, nous vous prions de croire, Mesdames et Messieurs, à l'expression de notre parfaite considération.

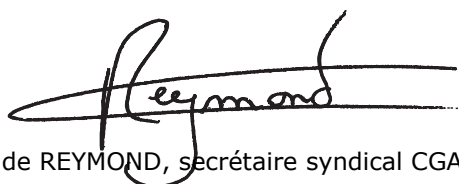
copie va à

Monsieur Pierre MAUDET Conseiller d'Etat en charge du Département de la sécurité et de l'économie

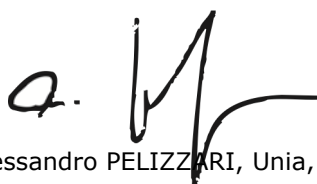
UAPG

USS

Travail.Suisse



Claude REYMOND, secrétaire syndical CGAS



Alessandro PELIZZARI, Unia, vice-président CGAS



Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD

Per E-Mail an:
david.rueetschi@bj.admin.ch

Bern, 12. August 2015

**Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)
Stellungnahme des Schweizerischen Gemeindeverbands (SGV)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Im April dieses Jahres haben Sie dem SGV das oben erwähnte Geschäft zur Stellungnahme unterbreitet. Für die Gelegenheit uns aus Sicht der rund 1650 dem SGV angeschlossenen Gemeinden äussern zu können, danken wir Ihnen. Wir äussern uns wie folgt dazu:

Der SGV begrüsst grundsätzlich die mit der Revision verfolgten Ziele, Missbräuche im Konkursrecht zu unterbinden. Bei der Revision ist jedoch im Auge zu behalten, dass insgesamt ein eher kleiner Teil der Konkursöffnungen missbräuchlich herbeigeführt wird. Entsprechend ist darauf zu achten, dass mit der Revision die angestrebten Ziele nicht verfehlt werden. Demgemäss fordert der SGV aus Sicht der Gemeinden insbesondere, gänzlich auf die Aufhebung von Art. 43 Ziff. 1 und 1bis zu verzichten. Im absoluten Minimum ist für den SGV die Aufhebung auf juristische Personen zu beschränken.

Die vorgeschlagene Aufhebung der Sonderbehandlung öffentlich-rechtlicher Forderungen wird vor allem damit begründet, dass es ein Nachteil sei, wenn Unternehmungen, die systematisch ihren Verpflichtungen nicht nachkämen, dank des geltenden Art. 43 SchKG ihr missbräuchliches Geschäftsmodell weiterführen könnten. Mit Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG steht jedoch bereits heute ein wirksames Instrument zur Verfügung, mit dem auch Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung erwirken können. Die bisherige Erfahrung, dass mit Ausnahme der ESTV (Mehrwertsteuerforderungen) viele öffentlich-rechtliche Gläubiger kaum ein solches Konkursbegehren stellen, rechtfertigt aus Sicht des SGV keinen vollumfänglichen Systemwechsel. Zwar muss für solche Konkursbegehren eine Zahlungseinstellung auf unbestimmte Zeit erfolgen, was mit der Nichtbezahlung einer einzelnen Forderung nicht nachgewiesen werden kann. Dem steht aber gegenüber, dass der Staat für Unternehmen günstige Rahmenbedingungen zu schaffen hat und es nicht zu seinen Aufgaben gehört, eine Unternehmung, die vorübergehend in finanziellen Schwierigkeiten steckt, bereits wegen einer einzigen, offenen Steuerforderung in den Konkurs zu schicken. Eine Ausweitung der Konkursbetreibung auf öffentlich-rechtliche Forderungen geht daher ganz klar zu weit.

Zudem sollte die erhoffte Wirkung einer Aufhebung von Art. 43 Ziff. 1 und 1bis aus Sicht des SGV nicht überschätzt werden. Erfahrungsgemäss vollstrecken Gläubiger privatrechtlicher Forderungen schneller als dies bei öffentlich-rechtlichen Forderungen der Fall ist. Es ist daher

ungewiss, ob mit der Aufhebung des Revisionsziels, nämlich eine Konkursöffnung zu erwirken in einem Zeitpunkt, in dem noch Liquidität vorhanden ist, erreicht werden kann. Oder noch anders formuliert: Bisher schloss Art. 43 öffentlich-rechtliche Forderungen von der Konkursbetreibung aus. Öffentlich-rechtliche Gläubiger brauchten daher für die Einforderung ihrer Schulden das Pfändungsverfahren. Mit der Streichung von Art. 43 Ziff. 1 und 1bis müssten die Gemeinden künftig ein Konkursverfahren einleiten. Dieses Verfahren ist im Gegensatz zur Pfändung jedoch bedeutend komplexer, träger und kostspieliger und stellt für Gemeinden deshalb ein Hemmnis dar. Die Mehrzahl der öffentlich-rechtlichen Forderungen – gerade gegenüber natürlichen Personen – ist zudem von moderatem Umfang, deren Pfändung ein viel verhältnismässigeres Verfahren darstellt als der Konkurs. Weiter kommen mit einem Konkursverfahren Vorschuss- und Verfahrenskosten auf die Gemeinden zu, deren Betrag im Verhältnis zur Schuld oftmals zu hoch ist und damit ein weiteres Hemmnis darstellt. Das dürfte letzten Endes dazu führen, dass viele Gemeinden auf die Eröffnung eines Konkursverfahrens verzichten werden und ihre Forderungen weniger häufig als heute eintreiben können.

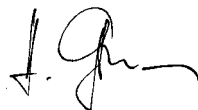
Ebenfalls kritisch gegenüber steht der SGV der Einführung einer persönlichen solidarischen Haftung der Organe des Gemeinschuldners für die Konkurskosten- und den Konkursvorschussausfall (Art. 169 Abs. 2). Der SGV fordert diesbezüglich, dass am Ende des Absatzes „absichtlich oder fahrlässig“ gestrichen wird. In der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit haften die Verwaltungsräte und Geschäftsführer für jedes Verschulden, also auch für leichte Fahrlässigkeit. Die Abgrenzung der zwei Arten des Verschuldens (Vorsatz und Fahrlässigkeit) spielt im Strafrecht oft eine wichtige Rolle, im Zivilrecht hingegen ist diese Abgrenzung von untergeordneter Bedeutung, weshalb die Nennung im Gesetzestext überflüssig ist. Im Übrigen verweisen wir auf die Stellungnahme der „Union des Communes vaudoises“, welche weitere grundsätzliche Fragen zu dieser Thematik aufwirft.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gemeindeverband

Präsident



Hannes Germann
Ständerat

Direktor



Reto Lindegger

PS: Kopie an den Schweizerischen Städteverband, Bern

**Schweiz. Verband Creditreform
(Genossenschaft)**

Teufener Strasse 36
9000 St.Gallen
Tel. +41 (0)71 221 11 80
Fax +41 (0)71 221 11 85
info@creditreform.ch

Nur per E-Mail

Bundesamt für Justiz
Herr David Rüetschi
Bundesrain 20
3003 Bern

david.rueetschi@bj.admin.ch

9000 St. Gallen, 4. August 2015
svc vernehmlassung senkung hürden
konkursverfahren_uz.docx

**Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts
("Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern")**

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns die Möglichkeit geboten, zur Vorlage über eine Revision des SchKG Stellung zu nehmen, die auf eine Reduktion des Missbrauchspotentials von Konkursverfahren abzielt. Wir machen gerne von dieser Möglichkeit Gebrauch.

Für den Schweizerischen Verband Creditreform ist die Revisionsvorlage sowohl im Zusammenhang mit der vorgesehenen Haftung von Organen konkursiter juristischer Personen als auch mit der Neuzulassung staatlicher Stellen zur Konkursbetreibung von Interesse.

Der Schweizerische Verband Creditreform ist 1888 als Selbsthilfeorganisation der kreditgebenden Wirtschaft gegründet worden. Mit rund 12'000 Mitgliedern und Kunden, 7 regionalen Kreisbüros und insgesamt rund 200 Mitarbeitern bildet er die grösste schweizerische Gläubigervereinigung für Kreditschutz. Zu seiner Tätigkeit gehören u.a. die Erteilung von Bonitätsauskünften und das Forderungsmanagement (Inkasso). Diese Dienstleistungen haben eine Verminderung des Risikos von Forderungsausfällen bei Lieferanten und Kreditgebern zum Ziel. Sie tragen zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit von Firmen, Selbständigerwerbenden und Privatpersonen bei.

Die zahlreichen Lieferanten, welche täglich Waren gegen Rechnung liefern, erleiden in der Schweiz Jahr für Jahr hohe Verluste. Schon allein die amtlich erfassten Forderungsausfälle betragen regelmässig mehrere Milliarden Franken. Dies belegt ein Blick in die Betreibungs- und Konkursstatistik des BFS, von der wir einen Ausdruck beilegen. Dieser weist für 2010 bis 2014 durchschnittliche Konkursverluste von deutlich mehr als CHF 2 Mia. pro Jahr aus, 2014 ergab sich mit CHF 3,144 Mia. ein regelrechtes "Spitzenjahr". Das BFS erfasst zahlenmässig nur Verluste aus durchgeführten Konkursverfahren; weitaus grössere Ausfälle resultieren jedoch aus den mangels Aktiven eingestellten Konkursen (ca. 50 % aller Verfahren) sowie aus zehntausenden von Pfändungsverlustscheinen, die gegen Private und nicht im Handelsregister eingetragene

Kleinunternehmen oder wegen unbeglichener Steuerforderungen ausgestellt werden. Wie aus den vom Bundesamt für Statistik veröffentlichten Zahlen hervorgeht, mussten 2014 mehr als 1,52 Mio. Pfändungen vollzogen werden, wobei die resultierenden Ausfälle zahlenmässig nicht erfasst werden (s. Beilage). Nach unserer Schätzung bescheren Insolvenzen und fruchtlose Pfändungen unserer Volkswirtschaft und dem Fiskus Jahr für Jahr Verluste von gegen CHF 11 Mia. Eine Verbesserung ist nicht in Sicht. Auch bei den Privat- und Nachlasskonkursen bleibt das Niveau hoch. 2014 wurden 6566 solche Konkursverfahren eingeleitet, was wiederum einer Tendenz nach oben entspricht. Diese Fakten werden von den politischen Instanzen oft ungenügend in die Überlegungen einbezogen.

Auf diesem Hintergrund begrüssen wir die vorgesehene teilweise Entlastung der Gläubiger sehr. Aus unserer Sicht geht die Vorlage allerdings nicht weit genug. **Wir halten vielmehr dafür, dass die Vorschusspflicht der Gläubiger gänzlich gestrichen werden sollte.**

Die im Erläuterungsbericht geäusserte Befürchtung, die Streichung der Vorschusspflicht werde zu Missbräuchen führen, können wir nicht nachvollziehen. Man bedenke, wie viel Zeit- und Kostenaufwand Gläubiger im Normalfall betreiben müssen, bis er in der Lage ist, das Konkursbegehren zu stellen. Dieser Aufwand dürfte als Hürde für leichtfertige Konkursbegehren mehr als ausreichen. Kein Gläubiger wird die erforderlichen Schritte ohne Not durchführen bzw. finanzieren. Ausser in den Einzelfällen, wo ein Schuldner den Rechtsvorschlag unterlässt, oder wo der Konkurs ohne vorgängige Betreuung eröffnet werden kann (was dann allerdings in der Regel nicht ohne Beizug eines Anwalts und entsprechenden Kosten abgeht), muss selbst bei kleinsten Forderungen ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden, bei grösseren Beträgen zusätzlich ein vereinfachtes bzw. ordentliches Gerichtsverfahren, allenfalls über mehrere Instanzen. Für die entsprechenden Kosten haftet ebenfalls der Gläubiger, der häufig Tausende von Franken in die Hand genommen hat, bevor er das Konkursbegehren stellt bzw. stellen kann.

Bekanntlich ist die Rechtsverfolgung in der Schweiz mit hohen - je nach Höhe der Ausstände und der Finanzlage des einzelnen Gläubigers geradezu ruinösen - Vorfinanzierungslasten und Kostenrisiken verbunden. Die Gläubiger müssen im Falle der Nichteinhaltung von Zahlungsverpflichtungen durch ihre Schuldner Betreibungs- und Gerichtskosten sowie ggf. hohe Anwaltskosten vorfinanzieren. Bei grösseren Forderungen kann die Schaffung der rechtlichen Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung leicht Ausgaben in sechsstelliger Höhe verursachen. Diese muss der Gläubiger u.U. über Jahre vorstrecken, falls er sie denn je wieder zurückbekommt. Ein Gläubiger, der seine Liquidität erhalten und damit die Existenz seines Unternehmens sichern will, hat häufig gar keine Wahl, als unter Inkaufnahme erheblicher Kosten und Risiken gegen Schuldner vorzugehen, die ihren Verpflichtungen nicht nachkommen. Dies soll und muss ihm so weit wie möglich erleichtert werden. Die beantragte Entlastung beim Vollzug wäre zweifellos ein Signal in die richtige Richtung. Schliesslich sei auch darauf verwiesen, dass Konkursämter u.a. durch die Möglichkeit zusätzlich abgesichert sind, sich aus dem Erlös der Verwertung von Aktiven als Erste bezahlt zu machen.

Obwohl die Kostenvorschusspflicht der Gläubiger im Entwurf als "Kann"-Vorschrift ausgestaltet ist, ist anzunehmen, dass diese sich de facto sehr rasch in eine "Muss"-Vorschrift verwandeln würde. Es wird kaum je möglich sein, dem Konkursgericht rechtzeitig schlüssig darzulegen, dass die verwertbaren Aktiven für eine Deckung der Konkurskosten ausreichen werden, weil bei der Verfahrenseröffnung in aller Regel noch kein amtliches Inventar vorliegen wird. Es dürfte sich daher sehr rasch eine Praxis herausbilden, den Vorschuss in jedem Fall einzuverlangen.

Im Ergebnis dürfte der jetzige Vorschlag häufig zu einer relativ absurden Situation führen. Der Gläubiger, der dadurch entlastet werden soll, würde dafür neu riskieren, zur Deckung seines Regressanspruches Geld für ein *weiteres* Gerichtsverfahren in die Hand nehmen zu müssen, ohne zu wissen, ob er diese zusätzlichen (oder die früheren, dem Schuldner auferlegten) Auslagen je zurückerhalten wird. Die angestrebte Entlastung kann m.a.W. leicht zum Bumerang werden. Das Konkursamt hätte demgegenüber die Möglichkeit, den Ersatz der Verfahrenskosten auf dem Verfügungsweg anzuordnen und selber durchzusetzen. Dies scheint als die sachgerechtere Lösung.

Insgesamt gehen wir davon aus, dass nicht nur ein privates, sondern auch ein erhebliches, öffentliches Interesse an der Stärkung eines regulären Wirtschaftsverkehrs besteht, in dem die Parteien ihre Pflichten erfüllen und die Berechtigten ihre Position ohne übermässige Kosten durchsetzen können. Die Gegebenheiten sprechen dafür, die Gläubiger vom Inkassorisiko und nicht nur von der Haftung für die Vollzugskosten zu entlasten. Ein Gläubiger, der seine Liquidität erhalten und damit die Existenz seines Unternehmens sichern will, hat häufig gar keine Wahl, als unter Inkaufnahme erheblicher Kosten und Risiken gegen Schuldner vorzugehen, die ihren Verpflichtungen nicht nachkommen wollen oder können. Dies soll und muss ihm so weit wie möglich erleichtert werden.

Im Einzelnen haben wir folgende Bemerkungen:

1. Zu Art. 169 SchKG (neu)

Abs. 1: Antrag: Streichung.

Abs. 2 [neu: Abs. 1]: Antrag: Streichung der Kostenvorschusspflicht des Gläubigers, demgemäss Beschränkung der Kostenhaftung der Organe der konkursiten, juristischen Person auf das Konkursamt.

Soweit dies als erforderlich erachtet wird, könnte zudem ausdrücklich festgehalten werden, dass die Ersatzpflicht auf dem Verwaltungsweg zu beurteilen ist.

2. Zu Art. 43 SchKG (neu):

Wir sprechen uns für die Beibehaltung des geltenden Rechts aus. In diesem liegt ein gewisser (u.E. durchaus gerechtfertigter) Ausgleich des Machtvorsprunges des Staates gegenüber den Privaten.

3. Zu Art. 230 Abs. 2 (neu)

Die Anpassung der Frist für die Leistung des Kostenvorschusses ist zu begrüßen.
Keine weiteren Bemerkungen.

Wir danken Ihnen im Voraus bestens für eine Aufnahme unserer Anregungen im Rahmen der weiteren Gesetzgebungsarbeit.

Freundliche Grüsse

**Schweiz. Verband Creditreform
(Genossenschaft)**

Präsident


Raoul Egeli

Sekretär


Claude Federer

Beilage:

- Ausdruck der Betreibungs- und Konkursstatistik des Bundesamtes für Statistik per 1980 bis 2014
- Statistik "Eröffnung von Konkursverfahren nach Grossregionen und Kantonen, 2013 bis 2014"

Konkursverfahren und Betreibungshandlungen
T 6.2.4.1

	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989
Eröffnung Konkursverfahren ¹⁾	3'080	3'040	3'488	3'935	3'995	4'298	4'605	4'717	4'963	5'494
Davon: Konkurseröffnungen	3'080	3'040	3'488	3'935	3'995	4'298	4'605	4'717	4'963	5'494
Davon: Auflösungen (Art. 731b OR)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Abschlüsse von Konkursverfahren ¹⁾	3'049	2'845	3'018	3'304	3'743	3'762	3'936	4'219	4'247	4'739
Verluste in 1000 Franken ²⁾	727'387	725'158	725'614	643'826	1'164'221	844'791	1'113'750	1'049'571	1'134'232	1'290'097
Zahlungsbefehle	1'161'553	1'211'597	1'282'686	1'367'131	1'330'160	1'371'702	1'344'903	1'384'301	1'343'685	1'372'690
Pfändungsvollzüge	439'116	443'848	480'514	499'722	531'066	554'393	555'492	572'307	580'337	554'964
Verwertungen	148'253	148'754	161'625	174'733	176'456	190'236	197'680	205'705	212'729	193'231

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Eröffnung Konkursverfahren ¹⁾	6'207	7'648	9'819	10'495	9'680	9'974	10'541	9'432	9'117	8'755
Davon: Konkurseröffnungen	6'207	7'648	9'819	10'495	9'680	9'974	10'541	9'432	9'117	8'755
Davon: Auflösungen (Art. 731b OR)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Abschlüsse von Konkursverfahren ¹⁾	5'173	5'537	6'995	8'251	9'146	9'435	9'374	8'720	9'031	8'920
Verluste in 1000 Franken ²⁾	1'399'727	1'595'702	1'310'456	2'467'280	2'843'328	4'016'970	3'871'547	4'313'454	4'381'513	4'325'807
Zahlungsbefehle	1'430'150	1'645'918	1'739'907	1'895'001	1'777'849	1'770'026	1'832'888	2'048'470	2'127'210	2'067'974
Pfändungsvollzüge	590'921	617'985	632'645	750'707	744'651	782'910	846'955	898'777	1'045'755	989'891
Verwertungen	187'398	217'659	238'649	244'518	240'787	273'892	284'371	302'734	339'845	338'423

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Eröffnung Konkursverfahren ¹⁾	8'712	9'037	9'466	9'905	10'656	10'784	10'835	10'820	11'312	12'171
Davon: Konkurseröffnungen	8'712	9'037	9'466	9'905	10'656	10'784	10'835	10'820	10'910	10'913
Davon: Auflösungen (Art. 731b OR)	-	-	-	-	-	-	-	-	402	1'258
Abschlüsse von Konkursverfahren ¹⁾	8'142	8'143	7'844	9'395	10'281	10'496	10'496	10'469	10'269	10'681
Verluste in 1000 Franken ²⁾	3'955'169	3'723'763	3'665'763	3'552'807	4'698'216	4'452'501	3'039'808	3'363'853	2'555'108	2'249'284
Zahlungsbefehle	2'153'280	2'250'931	2'281'650	2'386'989	2'449'129	2'521'091	2'551'083	2'465'306	2'494'438	2'528'904
Pfändungsvollzüge	1'027'219	1'088'690	1'110'352	1'210'438	1'302'452	1'314'187	1'387'722	1'366'507	1'348'021	1'341'575
Verwertungen	373'241	397'494	392'877	388'633	414'850	430'486	450'207	459'095	470'526	511'547

	2010	2011	2012	2013	2014
Eröffnung Konkursverfahren ¹⁾	13'411	13'551	14'556	14'376	13'568
Davon: Konkurseröffnungen	11'218	11'073	12'008	12'478	11'853
Davon: Auflösungen (Art. 731b OR)	2'193	2'478	2'548	1'898	1'715
Abschlüsse von Konkursverfahren ¹⁾	11'725	11'924	12'955	13'197	12'805
Verluste in 1000 Franken ²⁾	2'061'711	2'125'529	2'218'461	1'887'793	3'144'279
Zahlungsbefehle ³⁾	2'665'477	2'687'944	2'726'938	2'779'504	2'826'314
Pfändungsvollzüge ³⁾	1'437'258	1'424'261	1'482'797	1'454'723	1'525'408
Verwertungen ³⁾	534'639	529'397	561'873	569'772	636'033

¹⁾ Auflösungen (Art. 731b OR) inbegriffen

²⁾ Aus ordentlichen und summarischen Verfahren

³⁾ Daten zu Betreibungen werden jeweils auch für die zwei Vorjahre aktualisiert

Quelle: Bundesamt für Statistik, Betreibungs- und Konkursstatistik

 Auskunft: 032 713 62 66, udemo@bfs.admin.ch

Aktualisierung: 26.03.2015

© BFS - Statistisches Lexikon der Schweiz

Eröffnungen von Konkursverfahren nach Grossregionen und Kantonen, 2013-2014

	Im Handelsregister eingetragene Personen (eingetragene Selbstständige ibegriffen)					Nicht im Handelsregister eingetragene Personen						
	Konkurse gemäss SchKG (Insolvenz)					Konkurse wegen ausgeschlagenen Erbschaften						
	2013	2014	Var %	2013	2014	Var %	2013	2014	Var %	2013	2014	Var %
Total	6021	5287	-12.2%	1898	1715	-9.6%	5176	5269	1.8%	1377	1297	-5.8%
Grossregionen	1981	1590	-15.9%	387	275	-28.9%	1533	1452	-5.3%	131	102	-22.1%
Waadt	866	779	-10.0%	95	84	-11.6%	831	688	-17.2%	65	54	-16.9%
Valais	194	194	0.0%	39	39	8.3%	136	148	9.6%	12	10	-16.7%
Gené	831	617	-25.8%	256	152	-40.6%	566	615	8.7%	54	38	-29.6%
Espace Mittelland	1013	806	-20.4%	250	217	-13.2%	1411	1442	2.2%	337	404	19.9%
Bern	435	357	-17.9%	112	91	-18.8%	855	764	-10.6%	235	274	16.6%
Freiburg	220	186	-15.5%	66	73	10.6%	136	220	61.8%	31	45	45.2%
Solothurn	198	157	-20.7%	29	25	-13.8%	187	201	7.5%	26	26	0.0%
Neuchâtel	116	70	-39.7%	32	19	-40.6%	172	194	12.8%	37	49	32.4%
Jura	44	36	-18.2%	11	9	-18.2%	61	63	3.3%	8	10	25.0%
Nordwestschweiz	593	506	-14.7%	182	122	-33.0%	731	788	7.8%	254	216	-15.0%
Basel-Stadt	155	140	-9.7%	97	63	-35.1%	302	321	6.3%	49	56	14.3%
Basel-Landschaft	120	79	-34.2%	32	2	-93.8%	130	165	26.9%	156	102	-34.6%
Aargau	318	287	-9.7%	53	57	7.5%	299	302	1.0%	49	58	18.4%
Zürich	954	894	-6.3%	260	131	-48.6%	554	567	2.4%	280	263	-6.2%
Ostschweiz	645	555	-14.0%	162	160	-1.2%	516	547	6.0%	198	175	-11.6%
Glarus	23	13	-43.5%	9	9	0.0%	27	22	-18.5%	1	2	100.0%
Schaffhausen	46	46	0.0%	15	8	-46.7%	39	48	23.1%	16	15	-6.3%
Appenzell A. Rh.	33	30	-9.1%	21	19	-9.5%	33	26	-21.2%	18	8	-55.6%
Appenzell I. Rh.	8	3	-62.5%	5	2	-60.0%	3	2	-33.3%	-	-	0.0%
St. Gallen	315	276	-12.4%	67	97	44.5%	212	238	12.3%	103	93	-9.7%
Graubünden	70	67	-4.3%	30	14	-53.3%	72	64	-11.1%	16	26	62.5%
Thurgau	150	120	-20.0%	15	11	-26.7%	130	147	13.1%	44	31	-29.5%
Zentralschweiz	483	512	6.0%	545	482	-15.2%	271	288	6.3%	56	74	32.1%
Luzern	178	195	9.6%	69	78	13.0%	149	164	10.1%	34	36	5.9%
Uri	7	10	42.9%	3	-	-100.0%	9	3	-66.7%	1	-	-100.0%
Schwyz	77	107	39.0%	101	96	-5.0%	51	52	2.0%	9	18	100.0%
Obwalden	20	24	20.0%	39	51	30.8%	16	16	0.0%	3	6	100.0%
Nidwalden	18	18	0.0%	110	40	-63.6%	13	15	15.4%	2	5	150.0%
Zug	183	158	-13.7%	223	197	-11.7%	33	38	15.2%	7	9	28.6%
Tessin	442	424	-4.1%	112	348	210.7%	160	185	15.6%	25	63	152.0%

Quelle: Bundesamt für Statistik, Bereinigungs- und Konkursstatistik

Auskunft: 032 713 62 66, uelma@bfs.admin.ch

Aktualisierung: 26.03.2015

© BFS - Statistisches Lexikon der Schweiz

Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite/LP-SchKG (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite : consultation)

Introduction

Le projet fédéral vise à prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite, tel que voulu par la motion 11.3925 du conseiller d'Etat Hans Hess, en accélérant le dépôt des requêtes de faillite (ch. 1 ci-dessous), pour qu'il se fasse à un moment où l'actif est encore suffisant pour mener au moins une procédure sommaire, de sorte que cela encouragera les créanciers à intenter une action en cas d'abus (ch. 2 ci-après).

1. Ouverture de la faillite le plus tôt possible

Pour permettre l'ouverture de faillite le plus tôt possible, le projet prévoit deux modifications. La première (1.1) consiste à mettre fin à l'exception à la poursuite par voie de faillite pour les principaux créanciers de droit public du chiffre 1 de l'art. 43 LP, alors que le second moyen (1.2) est l'introduction d'une responsabilité personnelle solidaire des membres de l'organe supérieur de la société débitrice.

1.1. Fin de l'exception à la poursuite par voie de faillite pour les principaux créanciers de droit public

La suppression du chiffre 1 de l'art. 43 LP vise les créanciers de droit public que sont les communes suisses pour le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits et taxes de droit public communal, les cantons pour principalement le recouvrement des impôts directs mais aussi, dans une moindre mesure, la Confédération suisse, principalement pour la TVA. Pour les communes et les cantons cela aura un coût et va compliquer ainsi que prolonger inutilement la procédure de recouvrement de leurs créances. En effet, après être en possession d'un commandement de payer libre d'opposition, ces collectivités publiques devront déposer, certes comme maintenant, une continuation de poursuite, mais, par contre, à la suite de laquelle l'OP notifiera à la société débitrice inscrite au registre du commerce (RC) une commination de faillite (CF) après que le créancier ait fait une nouvelle avance de frais d'un montant égal à celui déjà payé pour l'établissement du commandement de payer. Dès la notification de la CF, la société débitrice dispose d'un nouveau délai de paiement de 20 jours (sans compter le temps écoulé entre la rédaction de la CF par l'OP et la notification de la CF) et c'est seulement à la fin de ce délai que la collectivité publique créancière, devra, si elle veut être payée, requérir la faillite de la société débitrice en adressant une requête écrite au Juge de la faillite. Avec la procédure actuelle de la voie de la saisie, la société débitrice subit très rapidement la "visite" du préposé aux poursuites et les contraintes des art. 89 et ss LP, soit aussitôt après le délai de 20 jours à compter de la notification du commandement de payer (art. 88 al. 1 LP), en pratique dans les 10 jours. Or, de 10 jours actuellement, ce délai va facilement passer à 90 jours, à savoir :

- 10 jours de délai entre la réception de la continuation de l'OP et l'établissement ainsi que la notification de la CF ;
- 20 jours de délai légal de paiement de l'art. 169, al. 1 ch. 3 LP;
- 10 jours temps pour le créancier pour adresser la requête de faillite au juge ;
- 40 jours de délai par l'autorité judiciaire pour requérir l'avance de frais de l'art. 169 LP et tenir l'audience de faillite ;
- 10 jours de délai de recours contre le prononcé de faillite.

La disposition de l'art. 162 LP permettrait aux communes et aux cantons de requérir du Juge de la faillite un inventaire aussitôt après la réalisation des conditions pour l'émission de la CF. Cette possibilité existe déjà et est peu utilisée dans la pratique judiciaire (Poursuite et faillite, Commentaire romand/CR, art. 162, § 2, page 796), certainement en raison du coût de la mesure à charge du créancier requérant. Ainsi, peu pratiquée actuellement par les créanciers de droit privé, cette requête d'inventaire possible des biens ne sera également pas utilisée par les communes et les cantons pour les mêmes motifs actuels des créanciers de droit privé (procédure et coût). En effet, il semble exclu que les communes et les cantons, à

savoir les contribuables qui payent leurs impôts, avancent des frais et qu'en réalité ces frais d'une procédure de faillite soient et resteront à leur charge. Bien que la volonté de l'OFJ n'était pas que les procédures de faillite soient financées par la collectivité (point 3.1.1., § 3, du rapport explicatif du 22 avril 2015), en réalité et par la fin de l'exception du chiffre 1 de l'art. 43 LP, se seront bel et bien principalement les communes et les cantons qui financeront les procédures de faillite, pour autant encore, que ces collectivités publiques créancières ne renoncent pas, au préalable, aux procédures de recouvrement par voie d'exécution forcée eu égard d'une part, aux coûts, le plus souvent exorbitant par rapport à la dette publique due par la société contribuable/débitrice, et, d'autre part, à la nouvelle complexité de la procédure pour les communes. Ceci est d'autant plus vrai/pertinent que les 2/5 des faillites sont suspendues par défaut d'actif (chiffre 1.3 du rapport explicatif du 22 avril 2015) et que l'avance de frais et ainsi les coûts à charge du créancier qui requerrait la liquidation de la faillite en la forme sommaire s'élèvera à plusieurs milliers de francs (entre 3'000 et 10'000 fr).

Ainsi, en supprimant l'exception du chiffre 1 de l'art. 43 LP, l'OFJ compte essentiellement sur les communes et les cantons pour que les faillites de sociétés soient prononcées le plus tôt possible. Vu les explications ci-dessus, cette perspective est un leurre sans compter que la suppression du chiffre 1 de l'art. 43 LP péjore, d'une part, le recouvrement des dettes de droit public communal et cantonal et, d'autre part, ne changera pas la donne quant à la présence d'actifs suffisants pour mener une procédure sommaire de faillite. En effet, si, selon le droit actuel, l'exécution par voie de saisie de recouvrement d'une dette de droit public communal et cantonal abouti à l'établissement d'un acte de défaut de biens (ADB), avec le nouveau droit envisagé (suppression du chiffre 1 de l'art. 43 LP), la société sera également sans actif lors de l'inventaire dressé par l'OF ensuite du prononcé de faillite, si ce n'est que cela va encore augmenter le nombre de prononcés de faillite suspendue pour défaut d'actif. Au demeurant, à réception soit de l'avis de saisie ou de la CF, la société qui en a la possibilité peut payer le créancier de son choix. Pour éviter une saisie, la société débitrice payait la dette de droit public en poursuite à l'OP, vu que le plus souvent il s'agit de petites sommes, dès l'instant que la société qui a des difficultés, il est rare, dans ces conditions, que les impôts directs dus soient importants. Avec la modification envisagée, la société débitrice attendra, même pour des sommes modiques, comme elle le fait actuellement pour les créanciers de droit privé, qu'elle soit convoquée à l'audience de faillite (168 LP) pour éventuellement payer le créancier. Ainsi, la fin de l'exception du chiffre 1 de l'art. 43 LP, privera les communes et les cantons d'un moyen rapide et efficace de recouvrer des dettes modestes de droit public.

Au demeurant, je suis d'avis que ce qui a prévalu à l'introduction en 1889 de l'exception de chiffre 1 de l'art. 43 LP est toujours valable. En effet, la suppression envisagée du chiffre 1 de l'art. 43 LP s'appliquera indifféremment aux sociétés et aux personnes physiques inscrites au registre du commerce. Ainsi, pour le chef d'une raison individuelle, l'associé d'une SNC, l'associé indéfiniment responsable dans une société en commandite ou le membre de l'administration d'une société en commandite par actions (art. 39, al. 1, ch. 1 à 4, LP), les communes et les cantons auront l'obligation de requérir, le cas échéant, leur faillite, voire que celle-ci soit prononcée, pour tenter d'obtenir le recouvrement d'une dette de droit public privée due par la personne physique personnellement. Cela anéantira pas seulement économiquement mais aussi socialement le contribuable personne physique par l'exécution générale propre à la procédure de faillite. Un tel comportement d'une collectivité publique serait contesté politiquement.

Au vu de l'ensemble des arguments expliqués plus avant, il serait souhaitable que le Département fédéral de justice et police renonce à la suppression envisagée du chiffre 1 de l'art. 43 LP.

1.2. Introduction d'une responsabilité personnelle solidaire des membres de l'organe supérieur de la société débitrice

L'introduction d'une responsabilité personnelle solidaire des membres de l'organe supérieur de la société débitrice telle qu'envisagée par l'OFJ par l'art. 169 LP est inefficace. En effet, pour être efficace et dissuasive, particulièrement dans le but de la motion, à savoir de prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite, la responsabilité solidaire doit être directe et il ne doit pas appartenir au créancier d'intenter, le cas échéant, à l'issue de la clôture de la procédure de faillite, un procès civil contre un membre de l'organe supérieur de la société débitrice pour obtenir le remboursement des frais avancés et en définitive

restés à charge du créancier par lequel la faillite a été prononcée ou continuée après une suspension pour défaut d'actif. Ainsi, le projet devrait, pour le moins être modifié, afin qu'une solidarité solidaire directe soit prononcée, en deux temps successifs, à savoir : premièrement, lors du prononcé de faillite (art. 171 LP) à hauteur des frais du prononcé du faillite lui-même et d'une estimation des frais de la procédure de faillite, et deuxièmement, lors du prononcé de clôture de la faillite (268 LP), une fois les coûts définitifs de la procédure connus.

De plus, la faute, à savoir le manquement intentionnel ou par négligence aux obligations au sens des art. 725 et 725a CO/OR devrait être présumée, de sorte qu'il appartiendrait aux membres de l'organe supérieur de direction et d'administration de "renverser" cette présomption légale. Ainsi, les personnes concernées par cette responsabilité solidaire directe pourraient s'expliquer devant le Juge de la faillite, de sorte que le jugement de faillite et le prononcé de clôture relevant de la procédure civile, les membres de l'organe supérieur visés par la nouvelle disposition de l'art. 169 al. 2 LP pourraient faire valoir leur opposition éventuellement à cette responsabilité solidaire directe en faisant appel ou recours cf. aux dispositions du CPC en prouvant qu'ils n'ont pas commis de faute, notamment qu'ils n'ont pas manqué intentionnellement ou par négligence à leurs obligations au sens des art. 725 et 725a CO/OR. C'est seulement avec de telles modifications à apporter au projet soumis à la consultation que la mesure de la responsabilité solidaire des membres de l'organe supérieur de la société débitrice sera une mesure efficace, propre à prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite, comme le souhaitait le motionnaire Hess. Dans la mesure où ce point de vue serait partagé par l'OFJ, il est également nécessaire d'introduire dans la LP une disposition rendant obligatoire un prononcé de clôture ou une procédure analogue/similaire lors d'une procédure de faillite suspendue pour défaut d'actif.

2. Encourager les créanciers à intenter une action en responsabilité civile en cas d'abus

C'est également un leurre de penser que les mesures proposées encourageront les créanciers à intenter une action en responsabilité civile des art. 752ss CO/OR (SA), 827 CO/OR (Sàrl) ou 916ss CO/OR (SCoop) en cas d'abus. Avec le droit actuel, les créanciers qui souhaitent introduire de telles actions en responsabilité contre les organes d'une société endettée y procèdent déjà et ce n'est pas le montant de l'avance de frais requis pour continuer la procédure de faillite en forme sommaire ensuite d'une suspension pour défaut d'actif qui les freine. En effet, les créances de droit privé dues à ces créanciers sont très importantes, de sorte que lorsque les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration sont solvables, il vaut la peine de tenter, pour ces créanciers, un tel procès ordinaire. Vu la complexité de cette procédure ordinaire, les créanciers privés modestes tout comme les communes et les cantons n'utiliseront pas plus que maintenant cette possibilité.

Comme le relève le rapport explicatif (chiffre 2, § 2, page 5), ni la LP ni le droit pénal n'ont besoin d'être modifiés ou complétés de manière importante. Je souscris pleinement à cet avis. Aussi, les moyens les plus efficaces pour prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite consisteraient à ce que toutes les dispositions actuelles à disposition des autorités chargées d'appliquer la LP et le code pénal (CP/StGB) soient utilisées, d'ailleurs, comme le suggère le rapport explicatif (chiffre 4.3.3, § 4, page 14). En effet, comme le relève le rapport explicatif (chiffre 1.3, page 4), dans le canton de Zurich "*seul peu de cas de faillite donnent lieu à des poursuites pénales (moins de dix par an pour l'ensemble du canton)*". Comme l'OFJ n'a pas cherché d'autres statistiques, il semble bien probable que les chiffres zurichois sont ceux d'une majorité des cantons. Or, le rapport final (268 LP) de la faillite doit contenir toutes les indications utiles quant à d'éventuels aspects pénaux (CR, art. 268 LP, § 5) nécessaires au Juge de la faillite pour dénoncer les infractions et délits pénaux à l'autorité pénale. Il semble bien qu'en pratique, certainement pour économiser la chaîne pénale de la justice, cette possibilité a été "oubliée" ou, pour le moins, n'est pas utilisée par des cantons. On peut ainsi aisément penser que si, d'une manière systématique l'OF se prononçait, dans chaque rapport final, rapport final qu'il faudrait également rendre obligatoire à la suspension de la faillite faute d'actif, sur les actes susceptibles d'être dénoncés pénalement et que le Juge de la faillite dénoncerait, au moindre doute, les cas au Ministère public, la chaîne pénale condamnerait plus souvent les personnes qui abusent de la procédure de faillite pour échapper à leurs obligations en lésant ainsi leurs créanciers tout en se procurant un avantage concurrentiel. Par ce biais, on "casserait" plus vite la volonté/l'envie des personnes de recommencer une activité commerciale, dans le but inavoué, de s'enrichir en abusant de la procédure de la LP. Comme il semble que les possibilités

actuelles d'agir sur le plan pénal ne sont pas appliquées de manière uniforme dans tous les cantons, je suggère que les art. 92 et 93 OAOF/KOV (RS 281.32) soient modifiés dans le sens que le contenu du rapport final de l'administration de la faillite doit obligatoirement contenir une rubrique quant aux éventuels aspects pénaux et une modification de l'art. 268 LP pour obliger le Juge de la faillite à dénoncer à la chaîne pénale les actes susceptibles de l'être.

L'autre mesure que je suggère à l'OFJ de modifier en vue d'empêcher une société de se procurer un avantage concurrentiel consisterait de rendre le plus vite possible une société endettée inefficace juridiquement. Une modification de l'art. 155 ORC/HRegV (RS 211.411) dans le sens de ne pas rendre cumulatif mais seulement alternatif les deux causes de son application, empêcherait une société endettée d'être nuisible. Les deux causes cumulatives sont, 1/ être en présence d'une entité juridique n'exerçant plus d'activité et 2/ une entité juridique qui n'a plus d'actifs réalisables. Or, en laissant subsister le chiffre 1 de l'art. 43 LP, la procédure de saisie étant plus rapide que la procédure de faillite, aussitôt qu'un ADB serait établi par l'OP et en obligeant l'OP d'en aviser le Registre du commerce (par une modification de l'art. 149 LP) afin que le préposé au RC procède au sens de l'art. 155 ORC/HRegV, dès lors que si un ADB a été établi, l'entité juridique n'a de fait plus d'actifs réalisables, permettrait une fin rapide d'existence de la société incriminée.

La fin rapide de l'existence de la société endettée permettra de la radier du registre du commerce et ainsi de ne plus nuire aux sociétés qui remplissent toutes leurs obligations légales, notamment envers l'AVS et les autorités fiscales.

Granges-Marnand, le 24 juillet 2015.

Jean-Jacques Duc, titulaire du brevet « vaudois » de préposé aux poursuites et faillites (1986) et du brevet fédéral de comptable (1991), Rue de Verdairu 25, 1523 Granges-près-Marnand/Vaud, 079 344 59 93 / jjduc@hotmail.ch.

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesrain 20
3003 Bern

Per E-Mail an:
david.rueetschi@bj.admin.ch

12. August 2015

Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) – Stellungnahme von economiessuisse

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom April 2015 hat uns Bundesrätin Simonetta Sommaruga eingeladen, zu oben genanntem Geschäft Stellung zu nehmen. Für diese Gelegenheit der Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens. economiessuisse hat bei den Mitgliedern – bestehend aus 100 Branchenverbänden, 20 kantonalen Handelskammern sowie grösseren Einzelunternehmen – eine Konsultation durchgeführt und nimmt gestützt auf deren Antworten aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht wie folgt Stellung:

Zusammenfassung

Missbräuchliche Konkurse treffen die gesamte schweizerische Wirtschaft. Gegen Probleme im Bereich des Schweizerischen Konkursrechts muss daher vorgegangen werden, sofern sie den Umfang systemischer Mängel annehmen. economiessuisse begrüsst zwar grundsätzlich, dass versucht wird, Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Während einzelne unserer Mitglieder die vorgeschlagenen Lösungen im Grundsatz begrüssen, lehnen andere Mitglieder die Vorschläge ab. Generell sind die Mitglieder aber skeptisch, ob sich der gewünschte Erfolg wirklich erzielen lässt.

Da somit die Effizienz und das Funktionieren der vorgeschlagenen Anpassungen in Frage gestellt wird, sind diese grundsätzlich zu hinterfragen: Gesamthaft schiessen sie über das Ziel hinaus und führen zu verschärfter Rechtsunsicherheit. Einzelne Vorschläge bedeuten sogar substantielle Eingriffe in das Rechtssystem (Umkehr der Beweislast, Ausbau der Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft). Unsere Forderungen können wie folgt zusammengefasst werden:

- Keine Anpassung von Art. 43 SchKG (Aufhebung von Ausnahmen von der Konkursbetreibung zu Gunsten der öffentlichen Hand);
- Keine solidarische Haftung der Organe der Gesellschaft für Konkurskosten (Art. 169 SchKG);
- Keine Umkehr der Beweislast zu Gunsten Gläubiger und zu Lasten der Organe der konkursiten Gesellschaft.

Zu den einzelnen Punkten im Detail:

1 Kein Haftungsdurchgriff und keine Umkehr der Beweislast

Der vorgeschlagene Haftungsdurchgriff mit Haftungsvermutung für ungedeckte Kosten des summarischen Konkursverfahrens ist abzulehnen. Die Ausdehnung der Haftung auf die Organe der Gesellschaft verbunden mit einer Beweislastumkehr führt zu einem systemwidrigen Eingriff in die Haftungstrennung von juristischen Personen und ihrer Organe und zu einer unbegründeten Schlechterstellung der beklagten Partei im Konkursverfahren. Nur ein kleiner Teil der Konkursöffnungen wird missbräuchlich herbeigeführt. Die restlichen, seriös geschäftenden Unternehmer, welche durch Reduzierung ihrer persönlichen Haftung eine Gesellschaft betreiben, werden gewissermassen in Sippenhaft genommen. Der Vorschlag bedeutet einen gleich doppelten, unverhältnismässigen und unnötigen Paradigmenwechsel im Schweizer Recht. Es wird damit klar über das Ziel der Revision hinausgeschossen. Zudem würde damit die Markteintrittsschwelle für neue Gesellschaften in der Schweiz (Start-Ups etc.) erhöht, was im Gegensatz zur erklärten Strategie des Bundesrates für den Wirtschaftsstandort steht.

Nach Art. 8 ZGB hat derjenige die Tatsachen zu beweisen, der daraus Rechte ableitet. Daran ist prinzipiell festzuhalten. Eine Beweislastumkehr zu Lasten einer Prozesspartei zu Gunsten einer Partei, bei der kein besonderes Schutzbedürfnis ausgewiesen ist, stellt einen bedeutenden Eingriff in das Rechtssystem dar. Sie ist mit Nachdruck abzulehnen! Auch die neue ZPO, die erst seit 1. Januar 2011 in Kraft ist, sieht keine Abkehr von diesem Prinzip vor (vgl. Art. 150 ff. 10. Titel: Beweis).

Die Ausdehnung der Haftung auf Organe wird auch kaum zum gewünschten Ziel führen: Gerade bei Fällen, wo Konkurse über juristische Personen mangels Aktiven eingestellt werden müssen, haben auch die Organe in der Regel finanzielle Schwierigkeiten: ein weiteres betreibungsrechtliches Verfahren wäre die Folge.

Finanzkräftige Organe wiederum könnten sich ihrer Haftung dadurch entledigen, indem sie sich vor Konkursöffnung im Handelsregister austragen und beispielsweise einen zahlungsunfähigen Strohmännchen einsetzen: der Haftungsdurchgriff richtet sich stets gegen die letzte eingetragene natürliche Person.

Schliesslich ergibt sich auf Grund der gewählten Formulierung im Erläuternden Bericht und derjenigen von Art. 169 Abs. 1 auch ein Widerspruch: in den Erläuterungen wird ausgeführt, dass die Organe lediglich für die ungedeckten Kosten eines summarischen Verfahrens haftbar gemacht werden. Art. 169 Abs. 1 liest sich jedoch dahingehend, dass die Organe die ganzen Kosten bis und mit „Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldenruf“ zu ersetzen haben.

2 Keine Einschränkung der Ausnahmen von der Konkursbetreibung

Auch auf die Aufhebung der Art. 43 Ziff. 1 und 1^{bis} ist zu verzichten. Der Staat soll für Unternehmen günstige wirtschaftliche Rahmenbedingungen schaffen. Es gehört nicht zu seinen Aufgaben, eine Unternehmung, die beispielsweise vorübergehend in finanziellen Schwierigkeiten steckt, bereits wegen einer einzigen, offenen Steuerforderung in den Konkurs zu schicken. Auch sollten die Wirkungen einer Aufhebung nicht überschätzt werden, weil erfahrungsgemäss Gläubiger privatrechtlicher Forderungen schneller vollstrecken als solche öffentlich-rechtlichen Forderungen. Es ist daher ungewiss, ob mit der Aufhebung des Revisionsziels, nämlich eine Konkursöffnung zu erwirken, in einem Zeitpunkt, in dem noch Liquidität vorhanden ist, tatsächlich erreicht werden kann.

Zudem ist die vorgesehene Aufhebung auch deshalb abzulehnen, weil es erfahrungsgemäss im Bereich der Einzelunternehmen einige (Steuer-)Schuldner gibt, bei denen kein verwertbares Haftungssubstrat vorliegt. Es ist zu befürchten, dass über die Inhaber solcher Einzelunternehmen wiederkehrend der Konkurs eröffnet werden müsste, der dann aber mangels Aktiven einzustellen wäre. Mangels Geschäftsaufgabe würde ein solches Unternehmen weiterhin auf dem Markt aktiv bleiben, nur dass auf Seiten des Gemeinwesens ein im Vergleich zur Pfändung kostenintensiveres Verfahren mit Gerichts- und Publikationskosten usw. durchzuführen wäre. Die vorgeschlagene Aufhebung würde mit anderen Worten in diesen Fällen einen möglichen Missbrauch nicht verhindern, jedoch zu spürbaren Mehrkosten führen.

Die vorgeschlagene Aufhebung der Sonderbehandlung öffentlich-rechtlicher Forderungen wird vor allem damit begründet, dass es ein Nachteil sei, wenn Unternehmungen, die systematisch ihren Verpflichtungen nicht nachkämen, dank des geltenden Art. 43 SchKG ihr missbräuchliches und unlauteres „Geschäftsmodell“ weiterführen könnten. Dabei geht vergessen, dass mit Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG bereits heute ein wirksames Instrument zur Verfügung steht, mit dem auch Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung erwirken können. Ein Schuldner, der systematisch Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen benachteiligt, indem er diese Forderungen im Gegensatz zu privatrechtlichen Forderungen nicht bezahlt, hat regelmässig seine Zahlungen im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG eingestellt (vgl. Bundesgerichtsurteil 5A_439/2010 E. 4 am Ende, zitiert in: BISchK 1/2012, S. 17 f.). Ebenso liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Zahlungseinstellung vor, wenn ein Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht (BGE 137 III 460 E. 3.4.1). Dies dürfte bei unbezahlten, öffentlich-rechtlichen Forderungen in den allermeisten Fällen zutreffen.

Auch würden Inhaber von Einzelunternehmen von einer Konkursöffnung mit durchgeführtem Konkursverfahren gegenüber der heutigen Regelung profitieren, weil ihnen bei einer neuen Betreibung für eine vor der Konkursöffnung entstandene Forderung die Einrede des fehlenden neuen Vermögens zusteht (Art. 265 f. SchKG). Entsprechende Gläubiger hätten also bei einer erneuten Vollstreckung eine zusätzliche Hürde zu nehmen.

3 Ausbau der Prävention statt der Rechtsdurchsetzung

Statt die Rechtsdurchsetzung auszubauen, sollte der Fokus **auf der Prävention** liegen: potentielle Gläubiger sollen mit den Instrumenten der Informationsgesellschaft befähigt werden, „schwarze Schafe“ möglichst vor der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zu erkennen. Die im Erläuternden Bericht unter Ziff. 4.3.4. referenzierten Massnahmen, welche im Rahmen der Modernisierung des Handelsregisterrechtes (Botschaft vom 15. April 2015) vorgesehen sind, werden daher von der Stossrichtung her ausdrücklich begrüsst. Mit dieser Vorlage, welche voraussichtlich im Herbst 2015 dem Parlament vorgelegt wird, werden zum Teil ähnlich gelagerte Ziele verfolgt, wie mit den hier vorgeschlagenen Anpassungen im SchKG. **Wir fordern daher, dass die vorgeschlagenen Anpassungen am SchKG einstweilen zurückgestellt werden, auch weil wir im bestehenden Recht keine Mängel von systemischem Umfang in den vorgeschlagenen Punkten feststellen können.** Erst für den Fall, dass sich bei der Sammlung von praktischen Erfahrungen unter einem danzumal neuen Handelsregisterrecht Anpassungsbedarf im SchKG herausstellen sollte, ist mit dieser – entsprechend angepassten - Vorlage fortzufahren.

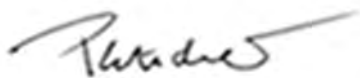
Durch verbesserte Suchfunktionen der eidgenössischen Register könnten sämtliche Konkurse einer im Handelsregister eingetragenen Person einfach ausfindig gemacht werden. Dies ermöglichte es ohne nennenswerten Aufwand „schwarze Schafe“ schnell zu erkennen und auszusortieren. Die dazu nötigen Informationen sind bereits jetzt grösstenteils vorhanden und müssten elektronisch so aufbereitet

werden, dass durch Wohnsitzwechsel oder andere Schreibweise der Namen keine Umgehung möglich ist. Die Revision des Handelsregisterrechts geht dahingehend in die richtige Richtung.

Durch leichter verfügbare Recherchemöglichkeiten würde die Eigenverantwortung der Lieferanten und Auftraggeber gefördert, ohne dass dazu aufwendige Verfahren in die Wege geleitet werden müssen. Der Rechtsverkehr würde so geschützt und aufwändige Verfahren zur Durchsetzung von Ansprüchen könnten vermieden werden. Dies erschiene uns gesamthaft betrachtet der geeignetere Weg statt die vorgeschlagenen Anpassungen.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen bestens. Gerne stehen wir Ihnen bei Fragen oder Unklarheiten zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse



Thomas Pletscher
Mitglied der Geschäftsleitung



Erich Herzog
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches



Secrétariat général

david.rueetshi@bj.admin.ch

Monsieur David Rüetshi
Département Fédéral de Justice et Police
Office Fédéral de la Justice
3333 Berne

Genève, le 13 août 2015
RS/bfb – FER No 33-2015

Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite)

Monsieur,

Notre Fédération fait suite à votre courrier du 22 avril 2015 nous invitant à répondre à la procédure de consultation susmentionnée et vous en remercie.

1. Remarques liminaires

L'usage abusif des procédures de faillite constitue un problème au sein de notre économie. Ces procédés créent des dommages tant aux institutions et administrations publiques qu'à l'économie privée. Il est ainsi primordial d'adopter une politique ferme et dissuasive pour limiter ces abus, et notamment de permettre aux acteurs qui fondent le tissu économique helvétique l'accès à des outils contraignants et dissuasifs pour s'en prémunir.

Néanmoins, comme le relève l'Office fédéral de la statistique lui-même¹, il est très difficile de déterminer si une procédure de faillite peut être considérée comme abusive. Par ailleurs, la majorité des procédures de faillite connues en Suisse touche des entrepreneurs qui connaissent de réelles difficultés économiques, sans desseins d'abus.

Le droit commercial suisse a été élaboré en vue de permettre aux entrepreneurs de continuer à créer des entreprises, quand bien même ils auraient connu préalablement des situations de faillite. Cette conception doit subsister afin de garantir une certaine pérennité de notre système économique.

La prévention contre l'usage abusif des procédures de faillite ne doit en effet pas devenir un frein à l'entrepreneuriat suisse.

¹ Rapport explicatif de la modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite) du Département fédéral de justice et police DFJP, p.4

Le projet des nouvelles mesures envisagées pour lutter contre les procédures de faillite abusive vise uniquement à modifier la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, sans se pencher sur la modification d'autres dispositions légales se trouvant dans d'autres lois. Il s'agit ainsi d'un premier pas pour limiter l'usage abusif des procédures de faillite, mais qui ne semble aujourd'hui pas suffisant pour les éviter complètement. Les raisons de ce constat sont les suivantes :

2. Remarques particulières

2.1 **Modification de l'art. 169 al. 1 et al. 2**

¹Le juge de la faillite peut exiger de la partie qui requiert la faillite qu'elle avance les frais jusqu'à la suspension des opérations faute d'actif, y compris les frais de cette dernière, (art. 230) ou jusqu'à l'appel des créanciers (art. 232).

²Si le débiteur est une personne morale, les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration, qu'elle a en dernier institué et fait inscrire au Registre du commerce, répondent solidairement vis-à-vis de l'Office des faillites ou de la partie en ayant fait l'avance, des frais de procédure sommaire qui ne sont pas couverts par la masse, dès lors qu'ils ne peuvent prouver qu'ils ne sont pas en faute, notamment qu'ils n'ont pas manqué intentionnellement ou par négligence à leurs obligations au sens des art. 725 et 725a CO.

La modification de l'al. 1 de l'article précité octroierait au juge une certaine liberté pour décider qui répond de l'avance des frais de la procédure de faillite. L'idée de ce projet de modification est d'imputer ces frais de procédure au débiteur (lorsque l'entrepreneur lui-même requiert la faillite), notamment lorsque l'administrateur inscrit au registre du commerce au moment de l'ouverture de la faillite n'a pas respecté ses obligations découlant des art. 725 et 725a CO.

Cette mesure aurait ainsi pour but d'inciter les administrateurs à respecter leurs obligations de diligence prévues dans le Code des obligations, sous peine d'engager leur responsabilité personnelle et de devoir répondre eux-mêmes des frais de procédure de la faillite. Il reviendrait à ces derniers de démontrer qu'ils n'ont commis aucune faute dans leur devoir de prévenir le surendettement.

La mesure prévue par l'al. 2 du projet de l'art. 169 LP constitue pour l'heure un aspect qui vise uniquement la direction et les administrateurs des personnes morales, notamment la société anonyme et la société à responsabilité limitée. Il sied néanmoins de rappeler qu'un certain nombre de personnes qui abusent de la procédure de faillite utilisent plusieurs subterfuges, notamment l'usage des sociétés en nom propre ou des administrateurs qui n'ont aucun lien avec les activités de leur société.

Elle ne semble dès lors pas suffisamment utile pour pouvoir lutter efficacement contre l'usage abusif de la procédure de faillite.

Au contraire, elle risque d'avoir un effet néfaste sur l'entrepreneuriat et l'économie de manière générale. En effet, le projet d'art. 169 al. 2 LP constitue un renversement du fardeau de la preuve au sens de l'art. 8 CC. En effet, dans le cadre d'une procédure en faillite, dont l'ouverture précède en règle générale l'action fondée sur la responsabilité prévue dans le code des obligations, il reviendra à l'administrateur inscrit au registre du Commerce au moment de la réquisition de la faillite, de prouver qu'il n'a pas commis de faute au sens du droit des sociétés. De plus, l'analyse de cette faute sera examinée par le juge de la faillite, sous l'angle de la procédure sommaire dans les cas prévus par l'art. 251 CPC.

Or, les procédures relatives à la responsabilité de l'administrateur fondées sur le surendettement constituent en règle générale des affaires complexes qui doivent être instruites de manière ordinaire. Par ailleurs, le renversement du fardeau de la preuve imposant à l'administrateur de prouver qu'il n'a pas commis de faute constitue une mesure disproportionnée, notamment lorsque l'on sait que les procédures de faillite abusive restent largement minoritaires.

Cette modification risque également de poser un frein à la création de nouvelles sociétés. En effet, un jeune entrepreneur réfléchira à deux fois avant de se lancer dans une activité commerciale, d'autant plus s'il risque d'engager sa responsabilité en cas de faillite.

Cette mesure pourrait être considérée comme un nouvel obstacle qui se dresse contre l'administrateur des personnes morales et ainsi instaurer un sentiment de crainte. De ce fait, de moins en moins de personnes seraient enclines à administrer les sociétés sous peine de voir leur responsabilité engagée. Il sied également de préciser que, dans le cas d'abus de faillite, les décisions sont souvent prises par des organes de fait, lesquels n'apparaissent pas au Registre du commerce. Ainsi, l'administrateur inscrit au moment de l'ouverture de la procédure de faillite peut être une personne qui n'exerce aucun contrôle sur la société.

Enfin, cette nouvelle disposition risque d'augmenter le nombre des requêtes de faillite étant donné qu'un examen préliminaire de la responsabilité de l'administrateur sera effectué par le juge de la faillite, permettant ainsi aux créanciers d'éviter d'agir par une action au fond.

Pour cette raison, la Fédération des Entreprises Romandes rejette les modifications l'art. 169 al. 1 et 2 de la LP.

2.2 Suppression des ch. 1 et 1 bis de l'art. 43 LP

Cette modification vise à permettre aux administrations des contributions de droit public de requérir l'ouverture d'une faillite contre les entreprises qui ne paient pas différentes institutions légales. Cette mesure permettrait ainsi à l'Etat d'intervenir directement auprès des entreprises de droit privé pour requérir leur faillite.

Cette modification constituerait un pouvoir d'ingérence pour l'Etat, lequel pourrait mener des sociétés à leur liquidation en requérant leur faillite. Cette modification peut dès lors constituer en une tendance dangereuse pour notre système économique libéral.

Néanmoins, cette mesure pourrait permettre d'améliorer la protection de certains créanciers et d'améliorer le système d'une concurrence saine au sein des entreprises privées dès lors qu'elle obligerait toutes les entreprises à se conformer à leurs obligations en ce qui concerne les contributions de droit public.

Elle permettrait ainsi de veiller à ce que certaines entreprises payent leurs contributions de droit public dans le seul but d'éviter une faillite.

Le droit d'user de la procédure de faillite existe déjà en faveur des institutions de prévoyance professionnelle, ce qui a un effet positif.

Néanmoins, il est impératif que les institutions puissent bénéficier du choix entre la procédure de poursuite et la procédure de faillites, car le but de cette modification ne doit en aucun cas

consister en un pouvoir trop contraignant pour les administrations et institutions publiques. Ces dernières doivent pouvoir choisir la procédure la moins contraignante pour les entreprises, selon ses difficultés économiques.

Cette nouvelle mesure ne doit également pas devenir une surcharge de travail disproportionnée pour les administrations et les institutions publiques, puisque les procédures de faillite sont plus longues et plus coûteuses que les procédures de saisie. Enfin, cette nouvelle marge de manœuvre doit être utilisée de manière utile et proportionnée, spécifiquement dans les cas d'abus.

La Fédération des Entreprises Romandes ne s'oppose ainsi pas à la modification de l'art. 43 LP, pour autant que les institutions de droit public puissent disposer du choix de la procédure à adopter à l'encontre leurs débiteurs.

Conclusions

Bien que les mesures proposées par le Conseil fédéral constituent un premier pas pour tenter de limiter les procédures de faillite abusive, l'effet des modifications apportées à la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ne sera pas la solution escomptée à ce problème.

En premier lieu, la Fédération des Entreprises Romandes rejette le projet de modification de l'art. 169 LP, lequel constitue une mesure disproportionnée, non ciblée, à l'encontre des administrateurs sans pour autant limiter véritablement les actions des entrepreneurs abusant du droit des sociétés.

En second lieu, notre Fédération ne s'oppose pas à la modification de l'art. LP visant à permettre aux institutions et administrations de droit public de requérir la faillite à l'encontre des sociétés débitrices de créances de droit public, pour autant que l'usage des procédures de faillite reste proportionné.

Notre Fédération a la conviction qu'une lutte réelle et efficace à l'encontre des entrepreneurs frauduleux doit inévitablement passer par la modification de certaines dispositions du Code des obligations (CO), notamment par une responsabilité accrues des administrateurs et organes de faits des personnes morales, de la loi sur la concurrence déloyale (LCD) ainsi que du droit pénal.

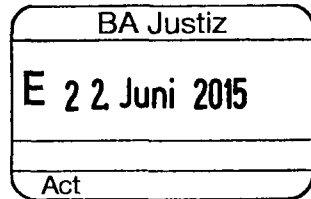
Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce courrier et vous prions de croire, Monsieur, en l'expression de notre entière considération.



Blaise Matthey
Secrétaire général



Robert Angelozzi
Juriste, FER Genève



Aux associations professionnelles
Aux Sociétés industrielles et commerciales
Aux Equipes patronales vaudoises
A diverses entreprises
A quelques personnalités de l'économie et
de la politique

Paudex, le 15 juin 2015
SB/mjb

**Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévoir
l'usage abusif de la procédure de faillite)**

Procédure de consultation

Madame, Monsieur,

Le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) en vue de prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite.

A. En général

Suite à l'acceptation par les Chambres fédérales d'une motion du Conseiller aux Etats Hans Hess chargeant le Conseil fédéral «de créer les bases juridiques nécessaires pour qu'on ne puisse plus utiliser abusivement la procédure de faillite pour échapper à ses obligations», celui-ci propose différentes adaptations du droit de la poursuite pour dettes et la faillite. En premier lieu, les mesures prévues visent à supprimer ou à réduire les obstacles pratiques et juridiques auxquels les créanciers lésés sont confrontés lors de procédure contre le débiteur, afin de les encourager à ouvrir (davantage) action en cas d'abus. En outre, les propositions ont une fonction de prévention générale: faire en sorte que les requêtes de faillite soient déposées le plus tôt possible, c'est-à-dire à un moment où l'actif est encore suffisant pour mener au moins une procédure sommaire.

L'un des objectifs principaux du droit des poursuites et de la faillite est d'offrir aux entreprises en difficulté une chance de reprendre leur activité. Le droit de la faillite permet par exemple à un entrepreneur qui a fait faillite de fonder rapidement une nouvelle société, en réengageant ses employés et en rachetant ses outils de production. Dès lors, il peut arriver qu'un entrepreneur utilise abusivement le droit de la faillite pour échapper à ses obligations, au détriment notamment des assurances sociales.

Bien que le droit de la faillite et le droit pénal offrent différents moyens pour lutter contre de possibles abus, le Conseil fédéral estime que, certains obstacles pratiques et juridiques auxquels les créanciers et les autorités font face sont à ce point importants que les créanciers renoncent d'emblée à entreprendre une procédure. D'un autre côté, il observe que d'éventuelles transactions abusives effectuées par le débiteur ne peuvent être révoquées que si une procédure, au moins sommaire, a été ouverte. Le Conseil fédéral veut donc supprimer, ou du moins réduire, ces prétendus obstacles en modifiant la LP.

Présentation des mesures proposées et premiers éléments d'appréciation

1) Modification de l'art. 169 LP

Conformément à l'art. 169 al. 1 LP, le créancier qui requiert la faillite d'un débiteur répond des frais jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif (art. 230 LP) ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 232 LP).

Le rapport explicatif affirme que «le bien-fondé de cette réglementation est difficile à comprendre» (p. 6). A notre avis, elle se justifie du fait que la conséquence d'une mise en faillite signifie pour une entreprise débitrice sa liquidation, c'est-à-dire la cessation de son existence juridique et économique. Ajoutant à cela l'observation que le droit de la poursuite et de la faillite constitue, à ce jour, une mécanique juridique et procédurale efficace et rapide, une fois la commination de faillite adressée par l'office des poursuites au débiteur (art. 159 LP), il n'est, d'après nous, ni illogique ni injuste que l'art. 169 LP impose, d'un point de vue du principe, au créancier-demandeur d'assurer les frais dans le cadre juridique actuel. C'est d'autant plus le cas que, comme le rapport le note lui-même (*ibidem*), «si, à la suite de la réquisition de faillite, une procédure est ouverte, le créancier a, dans un sens, gagné». Le phénomène pratique inévitable que d'autres créanciers profitent de l'ouverture d'une faillite sans avoir encouru le risque financier initial n'enlève rien à la cohérence du système.

Tout en admettant que «la non-poursuite d'abus en matière de droit de la faillite n'est pas due à des lacunes juridiques» (rapport, p. 4), le Conseil fédéral souhaite pourtant modifier l'art. 169 LP du fait que, selon lui, les créanciers, déjà lésés, renonceraient (trop) souvent à ouvrir une procédure à cause des risques financiers. La nouvelle mouture de l'art. 169 al. 1 LP stipule dès lors que «le juge peut exiger de la partie qui requiert la faillite qu'elle avance les frais jusqu'à la suspension des opérations faute d'actif, y compris les frais de cette dernière (art. 230) ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 232)». Cette nouvelle formulation de l'art. 169 al. 1 LP signifierait que le juge reste autorisé, mais pas obligé, à exiger une avance de la part du créancier qui requiert la faillite, mais aussi que les frais de procédure seraient mis à la charge du débiteur, par le biais de la masse, et non à la charge des créanciers (rapport, p. 6).

Cela représenterait un changement substantiel de la répartition du risque de la charge financière liée à l'ouverture d'une procédure de faillite qui passera du créancier au débiteur, respectivement à la masse en faillite.

Le projet d'art. 169 al. 2 LP prévoit encore que les membres de la direction ou du Conseil d'administration de la société débitrice inscrits en dernier au registre du commerce devraient, à l'avenir, répondre solidairement des frais de procédure sommaire non couverts par la masse, à moins de pouvoir prouver qu'ils ne sont pas en faute, notamment qu'ils n'ont pas manqué à leurs obligations au titre des art. 725 et 725a CO.

Ainsi, bien que «certaines faillites ne sont ni abusives ni seulement fautives et que les personnes concernées ont le droit à une deuxième chance» (rapport, p. 3) et malgré que «les statistiques ne permettent pas de savoir combien d'entre les quelque 12'000 procédures de faillite ouvertes par an en Suisse peuvent être qualifiées d'abusives», que «le nombre de condamnations pour des infractions pénales en lien avec les faillites reste stable» et qu'il semblerait que «les tribunaux ne mettent pas à profit les outils mis à leur disposition par le droit pénal [actuel]» (rapport, p. 4 et 5), le Conseil fédéral veut faire répondre généralement, à l'avenir, le débiteur des frais de la procédure «du fait qu'il est à l'origine de la faillite» (rapport, p. 6). De plus, il souhaite même imposer aux membres de la direction et du conseil d'administration de l'entreprise débitrice une responsabilité légale solidaire pour les frais de procédure sommaire. Alors que le préjugé sur les causes du phénomène de la faillite abusive ne repose pourtant sur aucune statistique explicite et fiable, le projet d'art. 169 al. 2 LP contient la présomption légale de commission de faute ou même d'abus de la part des instances dirigeantes de la société débitrice et, par un renversement étrange du fardeau de la preuve de l'innocence vers la culpabilité présumée, leur impose l'obligation «de prouver qu'ils ne sont pas en faute, notamment

qu'ils n'ont pas manqué intentionnellement ou par négligence à leurs obligations au sens des art. 725 et 725a CO».

En conséquence, à ce stade, nous estimons que le projet d'art. 169 al. 1 et 2 LP, bien que souhaitant lutter contre le problème réel posé par la mise en faillite abusive d'une entreprise, voire frauduleuse, d'une part, instaure de nouvelles règles légales, alors que l'enjeu devrait d'abord être traité rigoureusement dans le cadre du droit actuel; d'autre part les mesures proposées créeraient dans la LP une responsabilité solidaire des dirigeants d'entreprise qui n'existe pas actuellement et qui, de surcroît, imposerait un renversement du fardeau de la preuve quant à la diligence de leur gestion de la société ce qui est contraire à un principe fondamental du droit civil suisse: la bonne foi et l'honnêteté en affaire (art. 2 CC). Un tel changement normatif dans le droit de la poursuite et de la faillite, sans nécessité clairement avérée, nous paraît disproportionné et doit donc être rejeté.

2) Abrogation de l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP

Conformément à l'art. 43 al. 1, 1bis et al. 2 LP, la poursuite par voie de faillite est exclue pour le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à l'administration, le recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire, ainsi que celui 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. Cette exception figure dans la LP notamment parce que le législateur avait considéré qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'Etat de se rendre odieux en mettant en faillite des citoyens. De plus, à l'origine de l'Etat fédéral, les sommes d'argent liées aux obligations susmentionnées n'atteignaient pas une importance telle qu'au moindre défaut de paiement, ait été opportun de mettre le débiteur, personne physique ou morale, en faillite. Enfin, le droit de la poursuite pour dettes et la faillite a pour but premier d'offrir un règlement procédural équitable et rapide des créances et des dettes entre des acteurs privés, personnes physiques et morales, et non pas de permettre à l'Etat de percevoir son dû auprès de l'administré-contribuable.

Pourtant, on doit admettre que certains cas d'abus montrent que, avec le droit en vigueur, les entreprises qui renoncent systématiquement à payer leurs dettes de droit publics échues (impôts, primes de l'assurance-accidents obligatoire etc.) peuvent parfois poursuivre leur activité et que la saisie n'est dans ces circonstances pas toujours une solution, car il n'y a parfois aucun bien à saisir. Et il est vrai qu'en agissant de la sorte, ces entreprises abusent du droit de la faillite et se procurent un avantage concurrentiel déloyal. C'est pourquoi, le Conseil fédéral propose d'abroger les al. 1 et 1bis de l'art. 43 LP, ce qui autoriserait à l'avenir les principaux créanciers de droit public à requérir la faillite, et réduirait peut-être quelque peu le nombre d'abus.

Certes, les intérêts publics sont tout aussi dignes de protection en matière de droit de la poursuite pour dettes et de faillite que ceux des créanciers privés – et la possibilité pour une entreprise débitrice de se soustraire durablement à ses obligations financières à l'égard de l'Etat peut également induire une concurrence déloyale et distordre les conditions sur le marché –, ce qui est choquant pour l'honnête homme et toute entreprise diligente au regard de ses obligations publiques.

A première vue, nous pourrions entrer en matière pour abolir l'exception liée à l'art. 43 al. 1 et 1bis LP. Toutefois, à y regarder de plus près, il est très délicat d'attribuer à l'Etat, par la suppression de l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP, le droit général de pouvoir requérir l'ouverture d'une procédure de faillite contre une entreprise, débitrice à son égard, de surcroît sans la condition qu'il y ait la preuve avérée de commission d'abus. De la sorte l'Etat acquerrait le droit de pouvoir mener des entreprises privées à la liquidation, ce qui lui conférerait un nouveau pouvoir d'ingérence considérable dans l'économie privée. Dès lors, l'éventuel abandon de l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP ne représente pas, à l'opposé de ce qu'affirme le Conseil fédéral, une modification ponctuelle de la LP. Or l'Etat ne doit pouvoir agir que si c'est indispensable et pas plus qu'absolument nécessaire. Dès lors, nous estimons, à ce stade de l'analyse du dossier, que l'heure n'est pas suffisamment grave en matière de

soustraction frauduleuse de dettes de droit public échues qu'il faille abolir l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP. Nous inclinons donc à rejeter également cette deuxième proposition de modification de la LP.

B. Conclusions provisoires

En définitive, il appert, à ce stade de notre réflexion, que les modifications proposées de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite outrepassent le caractère d'adaptations ponctuelles, mais que la transformation complète de l'art. 169 LP et l'abolition éventuelle de l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP touchent aux principes mêmes du droit de la faillite, et ce à un degré tel que ces modifications se révèlent disproportionnées dans leur portée potentielle en regard de la gravité somme toute relative du problème à traiter. Car, l'enjeu de l'usage abusif de la procédure de faillite, que nous ne nions pas, devrait d'abord être traité par l'application stricte et rigoureuse du droit en vigueur, notamment pénal (art. 163 à 165 du Code pénal). Puis, plutôt que d'agir sur le plan procédural et exécutoire de la LP, il serait peut-être judicieux, d'une part, de se demander, sur le plan du CO, si la responsabilité des instances dirigeantes d'une entreprise à l'égard des actionnaires au titre de l'art. 754 CO pourrait être étendue à d'autres parties prenantes spécifiques, par exemple aux assurances sociales et, d'autre part, de s'interroger sur le fait de savoir s'il faudrait adopter un article réprimant l'insolvabilité organisée et frauduleuse, sans la condition de l'ouverture préalable d'une procédure sommaire au titre de la LP.

❖ ❖ ❖

Une documentation complète est disponible sur le site internet consacré aux procédures de consultation et d'audition en cours sous la rubrique *Département fédéral de justice et police (DFJP)*, Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; Prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite):
<https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/pendent.html#DFJP> .

Nous serons reconnaissants à celles et ceux d'entre vous qui voudront bien nous faire part de leur avis d'ici au **vendredi 3 juillet 2015** par fax, courrier ou courrier électronique à l'adresse suivante: sbloetzer@centrepatronal.ch .

❖ ❖ ❖

Nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.

FEDERATION PATRONALE VAUDOISE



Stéphane Bloetzer

Conseils et support juridique
Affaire traitée par : Pierrette Eberhard
T +41 21 802 88 88
F +41 21 802 88 80
C Pierrette.Eberhard@fve.ch
Notre réf : -
Votre réf : SB/mjb

Tolochenaz, le 30 juillet 2015

Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite)

Madame, Monsieur,

Fondée en 1904, la Fédération vaudoise des entrepreneurs (FVE) est la plus importante association patronale de la construction dans le canton de Vaud. Elle réunit les métiers du gros œuvre, du second œuvre et de la construction métallique, soit près de 2'800 entreprises, ce qui représente environ 23'000 travailleurs.

Le service juridique de la FVE a examiné avec une attention particulière la problématique des faillites et des abus qui en résultent parfois. Les travaux de réflexion de la FVE ont donné lieu à la rédaction d'un avis de droit détaillé, qui a été remis en main propre à M. le Conseiller Fédéral Schneider-Amman le 3 novembre 2014 à l'occasion d'une visite de ce dernier sur le site de l'Ecole de la construction, et qui a fait l'objet d'une publication dans la revue juridique électronique « Jusletter » du 22 décembre 2014. Par la suite, le 25 février 2015, la FVE, le SECO, l'OFJ ont participé à une séance de travail organisée par le Secrétariat général du Département Fédéral de l'économie de la formation et de la recherche (DEFR) au cours de laquelle, il a été discuté de l'analyse de la FVE et des propositions qui en résultent. Celle-ci sera reprise dans toute la mesure utile dans le cadre des présentes observations.

La FVE vous fera tenir en premier lieu quelques considérations d'ordre général, puis prendra position successivement sur le projet de texte mis en consultation, et enfin formulera quelques propositions. Il est précisé que seules, les dispositions appelant des commentaires sont traitées ci-après.

1. Remarques générales

1.2 Constat

La FVE s'est faite l'écho à réitérées reprises des nombreux abus commis par certains entrepreneurs indélicats. Outre l'avis de droit et l'article paru dans une revue scientifique précités, le quotidien romand « 24 Heures », en date du 29 mai 2015, a publié une enquête minutieuse sur les dérives de certains gérants ou administrateurs de sociétés et les méthodes utilisées, le plus souvent en toute légalité, pour échapper à leurs obligations. A toutes fins utiles, la FVE joint aux présentes une copie de cette contribution. Il est précisé ici que ces abus ne sont pas limités à la région romande ni aux métiers de la construction, mais touchent l'ensemble des activités économiques et s'étendent à tout le territoire de la Confédération.

Compte tenu de ce qui précède, la FVE salue le principe d'une révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Il est d'ailleurs utile de rappeler à cet égard que la modification proposée trouve son fondement dans une intervention parlementaire, à savoir la Motion Hess

(11.3925), adoptée le Conseil des Etats et le Conseil national respectivement les 5 décembre 2011 et 28 février 2012. L'auteur part du même constat que la FVE en relevant ce qui suit : « Il y a sans cesse des cas où des personnes profitent de la faillite d'une société pour se débarrasser de dettes existantes et pour ne pas devoir payer des salaires dus. Peu de temps après la faillite, elles fondent une nouvelle société, elles réengagent les salariés et, suivant les circonstances, elles rachètent à bas prix les outils de production ou les stocks qui faisaient partie de la masse de la faillite. Elles lèsent ainsi leurs créanciers tout en se procurant un avantage concurrentiel. A cela s'ajoute le fait que la caisse de chômage doit verser aux employés des indemnités en cas d'insolvabilité correspondant aux salaires impayés avant la faillite ; si les employés finissent par être réengagés dans une nouvelle société créée par le failli, la caisse ne récupérera plus cet argent. Ce cas de figure aussi débouche sur une distorsion de la concurrence tout en constituant une utilisation abusive des deniers publics » (voir également le rapport explicatif à l'appui de la modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, p. 3 ; ci-après : Rapport AP-LP). Ce point de vue est également partagé par le Conseil des Etats qui a proposé d'accepter cette intervention parlementaire pour les motifs suivants : « Selon la commission, la description que fait l'auteur de la motion des abus de la procédure de faillite correspond malheureusement à la réalité : la fuite devant les engagements contractuels, l'abus des indemnités en cas d'insolvabilité et le rachat des restes de l'entreprise pour une bouchée de pain sont malheureusement fréquents. Les conséquences sont effectivement une distorsion de la concurrence ainsi qu'une perte pour la caisse publique » (Rapport AP-LP 2015, p. 3 et la référence citée).

Personne ne conteste qu'en l'état, les statistiques ne permettent pas de déterminer le nombre de faillites qui peuvent être qualifiées d'abusives, bien que la suspension de la procédure pour défaut ou insuffisance d'actif puisse être interprétée comme un indice que le juge compétent a été sollicité tardivement (dans le même sens, voir Rapport AP-LP, p. 4). Le rapport explicatif se réfère au demeurant à une étude de l'entreprise « Ernst & Young » de 2009 qui estime à environ 41 % le nombre de faillites suspendues pour les raisons susévoquées (Rapport AP-LP 2015, p. 4) et la référence citée). Cela tend à illustrer l'ampleur du phénomène.

Les principales victimes de ces abus sont notamment les travailleurs, les clients, les autorités fiscales, les assurances sociales, en particulier l'assurance-chômage et l'assurance-vieillesse et survivants, le Fonds de garantie LPP et la Centrale de compensation (David EQUÉY, Insolvabilité organisée et « serial failers » - Quelles solutions en droit suisse ?, in Jusletter, 22 décembre 2014, Rz 1-2 et Rapport AP-LP 2015, pp. 4-5).

1.2 Dispositif légal actuel

En l'état, il existe certaines dispositions légales qui pourraient en théorie trouver application à la problématique présentée ci-avant.

Au plan du droit privé, les art. 717 al. 1 et 812 al. 1 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO ; RS 220) imposent un devoir de diligence aux dirigeants de droit ou de fait des personnes morales. Plus spécifiquement, l'art. 725 CO prévoit une obligation pour ces mêmes personnes de prendre des mesures en cas de perte de capital respectivement de surendettement. La violation de ces incombances peut engager la responsabilité civile des dirigeants de droit ou de fait sur le fondement des art. 754 et 827 CO. Cela étant, à défaut de règle légale précise, la jurisprudence considère que seules les personnes lésées par un dommage direct, c'est-à-dire en substance la personne morale, peuvent agir contre les responsables, le créancier social ne disposant d'aucune action individuelle pour la réparation du dommage qu'il a subi par ricochet (ATF 131 III 306 consid. 3.1.1 = JdT 2006 I 56). Or, dans le cas des sociétés dont les dirigeants organisent sciemment ou par négligence coupable l'insolvabilité puis la faillite, ceux-ci se confondent très souvent avec les lésés directs, dans la mesure où ils détiennent l'entier du capital-actions ou des parts sociales (EQUÉY, op. cit., Rz 30).

S'agissant du plan pénal, plusieurs infractions pourraient entrer en considération. Il en va ainsi tout d'abord de l'art. 158 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0) qui réprime la gestion déloyale. Cependant, cette disposition suppose la réunion de plusieurs conditions cumulatives, notamment l'existence d'un pouvoir de gestion et d'un dommage direct, c'est-à-dire causé à la société ou à la personne dont le patrimoine est géré. Cela implique que l'autorité de poursuite et de répression pénales doit prouver l'existence d'un mandat de gestion, ce qui est difficile s'agissant des gérants ou administrateurs de faits, et que les créanciers indirects ne disposent d'aucune action pénale directe contre l'auteur présumé de la gestion déloyale (EQUÉY, op. cit., Rz 57 et 59). Quant aux art. 163, 164, 165 et 167 CP qui répriment

respectivement la banqueroute frauduleuse et la fraude dans la saisie, la diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers, la gestion fautive et, enfin, les avantages accordés à certains créanciers, ils ne trouvent application que lorsque la société a été déclarée en faillite par jugement ou lorsqu'en cas de saisie, un acte de défaut de biens a été délivré (EQUEY, op. cit., Rz 79 et les références citées). Mais, il y a plus. Ces dispositions ne peuvent trouver application que si celui qui s'est rendu coupable des agissements litigieux a été déclaré en faillite par jugement (art. 171 LP) ou a fait l'objet d'une saisie ayant abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens (art. 149 LP). Autrement dit, il n'existe pas de disposition pénale permettant une incrimination des actes visés par les art. 163 ss CP avant que l'auteur ne tombe en faillite ou ne soit frappé d'une saisie, au risque que la situation de l'intéressé ne se péjore encore davantage jusqu'au prononcé de faillite ou à la délivrance d'un acte de défaut de biens. Ces dispositions ne jouent donc pas un rôle préventif suffisant. En outre, ces articles ne sont applicables que si l'auteur a agi intentionnellement et avec une volonté de nuire. La grande difficulté pour l'autorité de poursuite et de répression pénale consiste à démontrer l'élément intentionnel ou à tout le moins le dol éventuel ou la négligence grave. En cas d'échec, seule une contravention entre en ligne de compte et l'auteur ne sera soumis qu'à l'art. 323 ch. 4 CP Il faut en outre que l'auteur soit animé de la volonté de créer un dommage aux créanciers. Dans ces conditions, la simple prodigalité inconsciente n'est pas punissable. Or, en pratique, il est aisé pour un gestionnaire indélicat de soutenir ne pas avoir accordé suffisamment d'attention à l'aspect administratif de son activité et d'avoir négligé dans ce cadre sa comptabilité. Ces articles créent des difficultés d'ordre probatoire, notamment en ce qui concerne l'élément moral, c'est-à-dire la nécessité de prouver l'intention de l'auteur, comme examiné ci-avant, si bien qu'un nombre très important de procédures sont clôturées par une ordonnance de classement. Enfin, les créanciers lésés ne sont pas admis à recourir au plan pénal (ATF 97 IV 16 = JdT 1971 IV 109. Pour des arrêts plus récents, voir par exemple : TF 6B_509/2007 du 21 septembre 2007 ; 6B_179/2008 du 15 mars 2008 et 6B_736/2010 du 27 septembre 2010). Il est utile de rappeler au surplus que la qualité pour recourir est également subordonnée à la qualité de victime LAVI, soit avoir subi une lésion à son intégrité physique, psychique ou sexuelle et le dommage étant indirect, les tiers concernés n'ayant pas la qualité de lésés, conformément à l'art. 115 al. 1 CPP (EQUEY, op.cit., p. Rz 79 et les références citées).

En outre, sous l'angle de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241), il n'existe pas non plus de sanction pénale, en particulier, à l'encontre de l'entreprise qui pratique le dumping salarial. Or, par rapport aux entreprises qui respectent la loi, les fraudeurs, engagé de la main-d'œuvre à bon marché qui n'est pas affiliée aux assurances sociales, ce qui leur permet de proposer des prix préférentiels aux acheteurs, avant de mettre la clé sous la porte. Il s'agit clairement de concurrence, qui pourrait être qualifiée de déloyale. En effet, selon l'art. 2 LCD, tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre les concurrents ou les fournisseurs et clients est considéré comme déloyal (EQUEY, op. cit., Rz 35).

Enfin, dans le droit de la poursuite pour dettes et de la faillite, il n'existe pas de registre des poursuites et des faillites unifié ou harmonisé au plan fédéral.

2. Examen de l'avant-projet

Art. 169 Avance de frais de faillite et responsabilité

Selon le rapport explicatif sur la modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 22 avril 2015 (ci-après : le Rapport AP-LP 2015), la « proposition de modification de l'art. 169, al. 1, LP vise à ce que les frais de procédure soient mis à la charge du débiteur, par le biais de la masse, et non à la charge des créanciers (...) », afin d'éviter « de financer des faillites aux frais de la collectivité » (Rapport AP-LP 2015, p. 6). Ce faisant, l'al. 1 de l'art. 169 AP-LP 2015 maintient le système en vigueur actuellement en l'art. 169 al. 2 LP, soit la possibilité pour le juge d'exiger de la partie qui requiert la faillite qu'elle avance les frais de procédure. La modification envisagée ne permettra, de toute évidence, pas de lutter plus efficacement contre les faillites abusives et constituera même une forme de dissuasion à l'égard des petits créanciers pour lesquels l'avance de frais peut constituer un obstacle. Dans ces conditions, il serait opportun que la proposition de modification parte d'un principe opposé en autorisant le juge à dispenser les créanciers de fournir l'avance de frais. La FVE relève que la possibilité de suppression de l'avance de frais au détriment des créanciers a été envisagée dans le cadre des travaux préparatoires, mais que les auteurs de l'avant-projet y ont renoncé en raison des risques

– il est vrai justifiés – de mettre les coûts de procédure à la charge de la collectivité et de provoquer l'ouverture de procédures de faillite pour des cas « bagatelles » (Rapport AP-LP 2015, pp. 11-12).

La FVE salue cependant la proposition de mettre les frais de procédure solidairement à la charge des administrateurs, gérants ou autres dirigeants de droit des personnes morales objets de la procédure de faillite en créant dans ce cadre une forme de responsabilité causale spéciale qui imposent à ces personnes d'apporter la preuve qu'elles ne sont pas en faute, en particulier qu'elles n'ont pas manqué intentionnellement ou par négligence à leurs obligations au sens des art. 725 et 725a CO (art. 169 al. 2 AP-LP 2015). La FVE regrette toutefois que cette responsabilité ne s'étende pas aux organes, administrateurs, gérants ou dirigeants de fait (Rapport AP-LP 2015, p. 7).

3. Propositions du Rapport explicatifs

3.1 « Taxe anticipée de recyclage »

La FVE a pris connaissance avec attention de la possibilité envisagée par les auteurs de l'avant-projet d'imposer aux entreprises, au moment de leur fondation, le paiement d'un montant correspondant aux frais approximatifs d'une procédure sommaire, à la manière d'une taxe anticipée de recyclage destinée à la couverture de ces frais en cas de faillite (Rapport AP-LP 2015, p. 12). Sur le principe, le dépôt d'une caution, par exemple lors de l'inscription au registre du commerce, auprès de cet office ou d'un établissement bancaire agréé – sur le modèle de ce qui existe en droit du bail – paraît constituer une excellente mesure préventive à l'égard des entrepreneurs indécis qui multiplient les faillites et les réquisitions d'inscription des nouvelles personnes morales. Le dépôt d'une caution pourrait certes constituer une entrave à la liberté économique. Une telle mesure nécessiterait à tout le moins une base légale et serait soumise au respect du principe de la proportionnalité, en ce sens que le montant de la caution ne devrait pas rendre impossible ou difficile à l'excès l'inscription d'une personne morale, et à une pesée d'intérêts entre l'intérêt public au respect du cadre légal, notamment en matière des conditions minimales de salaire et de travail, et au financement des activités de l'Etat, plus particulièrement par le paiement des cotisations sociales et de l'impôt.

3.2 Recours possible en cas de faillites suspendues

Les auteurs du rapport explicatif ont également imaginé la possibilité de créer une voie d'action au bénéfice des créanciers lorsque la procédure de faillite a été suspendue. Cette option n'a cependant pas été retenue, car elle créerait une situation aussi complexe que celle actuellement en vigueur (Rapport AP-LP 2015, p.14). La FVE partage l'avis des auteurs du rapport, mais souhaite cependant qu'une réflexion soit mise en œuvre pour modifier le système de responsabilité civile institué par les art. 754 et 827 CO (voir ch. 1.2 ci-dessus).

4. Propositions de la Fédération vaudoise des entrepreneurs

4.1 Au plan du droit privé

Le système de responsabilité mis en place dans le cadre de l'art. 754 CO ne confère une voie d'action judiciaire directe contre les administrateurs ou les gérants qu'en cas de dommage immédiat ou direct. Il en va ainsi lorsque le créancier est lésé à titre personnel par le comportement des organes, à l'exclusion de tout autre dommage causé à la société, par une violation des dispositions du droit de la société anonyme (ou de la Sàrl par renvoi dynamique de l'art. 827 CO) destinées à protéger les créanciers, par exemple sur l'établissement du bilan ou sur la conservation du capital social, soit des informations sur la base desquelles repose le crédit de la société et à l'égard de ses créanciers, de sorte que l'inexécution d'un contrat, par exemple de bail ou de travail, ne suppose pas un dommage direct (ATF 132 III 564 consid. 3.1.1 ; ATF 110 II 391 consid. 1 ; voir également TF 4C.142/2004 du 4 octobre 2004 consid. 4 et EQUÉY, op. cit., Rz 23). Il suit de là que seul le lésé direct peut demander réparation de son dommage et celui qui ne subit qu'un dommage par ricochet en raison d'une relation particulière avec le lésé direct ne dispose d'aucune action en réparation contre l'auteur du dommage (ATF 131 III 306 consid. 3.1.1 et les références citées = JdT 2006 I 56). Certes, lorsque le comportement d'un organe de la société cause un dommage direct à un créancier, alors que la société ne subit elle-même aucun préjudice, le créancier lésé peut agir à titre individuel et réclamer des dommages-intérêts au

responsable (ATF 131 III 306 consid. 3.1.2 = JdT 2006 I 56). Il n'en demeure pas moins qu'en cas de dommage par ricochet (dommage indirect) du créancier, la qualité de lésé appartient en premier lieu à la société, car elle se trouve directement appauvrie par le comportement de l'organe, ceci en application des principes généraux de la responsabilité. Ainsi, le créancier social ne dispose lui-même d'aucune action individuelle pour obtenir réparation du dommage qu'il a subi par ricochet (ATF 131 III 306 consid. 3.1.1 = JdT 2006 I 56). Lorsque la société tombe en faillite, la créance que celle-ci pouvait invoquer contre l'organe responsable est remplacée par une créance de la communauté des créanciers (ATF 117 II 432 consid. 1b/dd), qu'il appartient en priorité à l'administration de la faillite de faire valoir (art. 757 al. 1 CO). Si cette dernière renonce à exercer l'action sociale (art. 757 al. 2 CO), un créancier social peut réclamer la réparation du dommage subi directement par la société (ATF 131 III 306 consid. 3.1.1 = JdT 2006 I 56). Il exerce alors l'action de la communauté des créanciers, mais le produit éventuel de l'action servira d'abord à couvrir ses propres prétentions telles que colloquées (ATF 132 III 342 consid. 2.1 = JdT 2007 I 448 ; ATF 117 II 432 consid. 1b/ff = JdT 1993 I 72). En matière de poursuite et faillite, ce mécanisme est réglé à l'art. 260 LP (sur les liens entre cette disposition et l'art. 757 CO, voir le consid. 1.2 non publié à l'ATF 132 III 222 = JdT 2006 I 252, in TF 4C.263/2004 du 23 mai 2005). Le créancier social qui a obtenu la cession des droits de la masse en application de l'art. 260 LP agit alors sur la base d'un mandat procédural (ATF 132 III 342 consid. 2.2 ; 121 III 488 consid. 2b). Il est ainsi légitimé à actionner l'organe responsable pour réclamer la réparation du dommage subi par la société. En d'autres termes, un créancier qui subit un dommage indirect ne peut agir contre les organes de la société qu'une fois la faillite de celle-ci prononcée et à conditions qu'il obtienne la cession des droits de la masse de l'administration de la faillite (EQUEY, op. cit., Rz 30).

Ce n'est que lorsque la société est aussi lésée par des faits imputables à ses organes, qu'un créancier social peut agir à titre individuel contre un organe en réparation du dommage direct qu'il a subi seulement s'il peut fonder son action sur un acte illicite (art. 41 CO), une *culpa in contrahendo* ou sur une norme du droit des sociétés conçue exclusivement pour protéger les créanciers (ATF 122 III 176 consid. 7 = JdT 1998 II 140, confirmé in ATF 131 III 306 consid. 3.1.2 = JdT 2006 I 56 et les arrêts cités).

Le Tribunal fédéral justifie la distinction entre dommage direct et dommage indirect par les problèmes de concours que poserait une action en réparation du dommage direct dans ces hypothèses et par les conséquences pratiques inadmissibles qu'elle entraînerait (ATF 122 III 194 consid. 7c = JdT 1998 II 140). Cette position est critiquée par une partie de la doctrine qui l'estime contraire au texte légal qui fait clairement du patrimoine directement affecté par l'acte dommageable le critère d'application de la réglementation spéciale des art. 756 à 758 CO (UMBACH/WEBER, *Shadensberechnung in Verantwortlichkeitprozess*, in WEBER (éd.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, Zurich, 2003, p.119 et WATTER/TRÜFFER, *Remarques sur les arrêts ATF 122 III 166 et 122 III 176*, in *AJP/PJA* 1996, p. 1584), et plus particulièrement l'intertitre de ces dispositions qui mentionnent respectivement « dommage subi par la société » et « dommage causé à la société » (CHAUDET, *Droit suisse des affaires*, Bâle, 2004., p. 154) et qui considère que, contrairement à ce que prétend le Tribunal fédéral, la coexistence de la prétention sociale avec des prétentions individuelles des créanciers ne pose aucun problème de concours même si la norme violée protège à la fois les intérêts de la société et ceux des créanciers (UMBACH/WEBER, op. cit., p. 176), car la société et les créanciers directement lésés font valoir un dommage distinct (CHAUDET, op. cit., pp. 154-155). Ces auteurs rejettent également l'argument selon lequel les créanciers pouvant se plaindre d'un dommage direct seraient privilégiés, car même s'il est théoriquement possible pour un créancier d'invoquer un dommage qualifié de direct par une action individuelle durant la faillite ce n'est pas obligé d'attendre la deuxième assemblée des créanciers pour agir (ATF 122 III 194 consid. 7c = JdT 1998 II 140). Contrairement à l'ensemble des créanciers, en pratique, il ne peut agir en réparation de son dommage direct que lorsque celui-ci peut être chiffré avec une certitude suffisante (voir parmi d'autres, ATF 122 III 222 = JdT 1997 I 246 et ATF 93 II 453 consid. 2a).

Dans les cas des sociétés dont l'insolvabilité et la faillite sont organisées de manière plus ou moins consciente, il est fréquent que la procédure de faillite soit liquidée de manière sommaire en raison de l'absence ou de l'insuffisance d'actifs ou, au mieux, il n'existe que quelques actifs pour désintéresser totalement ou partiellement les créanciers colloqués en première classe. A partir de là, il n'existe pas d'autre solution que de demander et obtenir la cession des droits de la masse (ATF 132 III 564 consid. 3.3 = JdT 2007 I 448), ce qui allonge et complique la procédure (EQUEY, op. cit., Rz 30), ou de démontrer avoir subi un dommage découlant directement d'un acte illicite, d'une responsabilité précontractuelle ou d'une norme spéciale du droit des sociétés,

par exemple l'art. 752 CO (voir ATF 131 III 306 consid. 2 et 3.1.2 = JdT 2006 I 56). Or, force est de constater que la plupart du temps, de telles circonstances ne sont pas réalisées.

La FVE propose dès lors la modification de l'art. 754 al. 1 CO en les termes suivants :

(al. 1) : « Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire, créancier social ou créancier chirographaire, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs ».

4.2 Au plan du droit de la concurrence déloyale

En l'état, l'art. 7 LCD prévoit expressément que celui qui, notamment, n'observe pas les conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux, agit de façon déloyale. Cependant, certains auteurs estiment – à tort – que cette disposition ne doit pas être interprétée de manière à contraindre tous les employeurs à appliquer les mêmes conditions de travail, car si tel était le cas, elle risquerait de restreindre considérablement leur marge de manœuvre, de sorte que la problématique visée par la disposition précitée relève bien plus de la législation sur le travail (MARTENET/HEINEMANN, Droit de la concurrence, Zurich, 2012, p. 234 et les références citées). Autrement dit l'art. 7 LCD ne s'étend pas aux conditions de salaire et de travail prévues par les conventions collectives de travail, sauf si elles créent des inégalités de traitement entre travailleurs (ATF 121 III 168), mais se limite aux prescriptions légales en la matière (EQUEY, op. cit., Rz 37). Enfin, cette disposition ne figure pas dans la liste contenue en les art. 23 et 24 LCD des dispositions de la loi contre la concurrence déloyale érigée en infractions. Dans ces conditions, les actes réprimés par l'art. 7 LCD ne sont pas punissables pénalement, ce qui n'est guère dissuasif à l'égard des entrepreneurs indéclicats (EQUEY, op. cit., Rz 35).

Fondée sur ce qui précède, la FVE propose d'inclure en l'art. 7 LCD une référence aux conditions minimales de salaires et de travail au sens de l'art. 5 LDét. et de faire figurer l'article précité dans la liste 23 al. 1 LCD :

« Art. 7 Inobservations des conditions de travail

« Agit de façon déloyale celui qui, notamment, n'observe pas les conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux, en particulier les conditions minimales de salaire et de travail au sens de l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail¹. ».

Art. 23 Concurrence déloyale

(al. 1) « Quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 4a, 5, 6 ou 7 est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

4.3 Au plan du droit des poursuites

La FVE est d'avis que différents aspects de la législation en matière de poursuite pour dettes et de faillite sont susceptibles d'encourager certains abus.

Tout d'abord, il y a lieu de mentionner la problématique de la prescription des actes de défaut de biens. En l'état, le délai y relatif est arrêté à vingt ans (art. 149a LP). Toutefois, ces actes ne restent inscrits dans les extraits des offices de poursuites et faillites à disposition des tiers intéressés que pour une durée de cinq ans (art. 8a al. 4 LP). Cela implique qu'après l'écoulement de ce délai, si une autorité, un partenaire contractuel ou un prospect consulte le registre des offices des poursuites et faillites, celui qui fait l'objet d'un acte de défauts de biens n'y apparaît plus (EQUEY, op. cit., Rz 43). Les autorités ainsi que les particuliers ne peuvent donc pas se fier aux seuls registres après l'écoulement de la durée de cinq ans visée par l'art. 8a al. 4 LP, ce qui

¹ Loi sur les travailleurs détachés ; LDét ; RS 823.20.

crée un effet dissuasif sur les personnes qui participent à l'organisation volontaire de la faillite de leur entreprise (EQUEY, op. cit., Rz 43).

Il est également utile de relever que les poursuites acquittées par l'intéressé continuent à figurer sur le registre des poursuites, certes avec la mention « payé », car la jurisprudence rendue en application de l'art. 8a al. 3 LP n'autorise pas le préposé à radier de son propre chef les poursuites et n'impose pas au créancier de retirer sa poursuite après en avoir reçu le paiement par son débiteur, considérant à cet égard que c'est à dessein que le législateur a entendu permettre que les tiers puissent avoir connaissance de l'existence de poursuites qui n'ont pas fait l'objet d'une procédure de mainlevée, sans pour autant avoir été retirées (TC GE, autorité de surveillance LP, arrêt du 12 septembre 2001 consid. 4 = BISchK 2002, p. 43 ; TC VD, Cour civile, jugement du 12 octobre 2011, 143/2011 consid. VIb) et, cela, pendant un délai de cinq ans après la clôture de la procédure (art. 8a al. 4 LP ; ATF 128 III 334). Il suit de là que, du point de vue du registre des poursuites, le débiteur qui ne s'acquitte pas de ses dettes se trouve placé dans une situation à terme plus favorable que celui qui les honore, ce qui peut paraître contradictoire, voire choquant (EQUEY, op. cit., Rz 44).

Fort de ces constats, la FVE préconise la modification de l'art. 8a al. 4 LP afin que le droit de consultation s'éteigne vingt ans après la clôture de la procédure, ce qui correspondrait à la durée de prescription des actes de défaut de biens. Enfin, dans l'optique d'éviter au débiteur qui a réglé sa dette, y compris les intérêts et les frais, en main de l'office ou auprès du créancier après avoir fait l'objet d'un commandement de payer, de recourir à l'action prévue par l'art. 85a LP pour faire constater l'inexistence de la créance et requérir la radiation de la poursuite, lorsque le créancier ne requiert pas dite radiation auprès de l'office, la FVE préconise d'insérer une disposition dans les règles diverses (art. 31 à 37) de la LP qui pourrait avoir la teneur suivante :

« Art. 37a Paiements en main de l'office

« Le débiteur, frappé d'un acte de poursuite peut, jusqu'à la clôture de la procédure, s'acquitter auprès de l'office qui a fait notifier ledit acte du montant dont le paiement est requis par le créancier, ainsi que des accessoires, des intérêts et des éventuels frais de procédure et dépens judiciaires, pour autant qu'ils n'aient pas été payés. Lorsque l'entier des prétentions du créancier découlant de l'acte de poursuite est acquitté, le préposé procède d'office à la radiation de la poursuite. L'art. 17 de la présente loi est applicable pour le surplus ».

La FVE relève également qu'en l'état, il n'existe pas de registre des poursuites unique ou harmonisé sur l'ensemble du territoire fédéral, contrairement à ce qui prévaut en matière d'état civil (Infostar) ou pour les registres des habitants ou les autres registres de personnes (voir à cet égard l'art. 2 de loi fédérale du 23 juin 2006 sur les registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes ; LHR ; RS 431.02). Il n'existe pas non plus de relation organisationnelle entre les registres des poursuites et les registres des faillites. Ils sont totalement distincts les uns des autres et, partant, il n'y a aucune communication entre eux, à tout le moins de manière automatisée (EQUEY, op. cit., Rz 47). Cela a pour conséquence qu'en l'état, il appartient aux créanciers de se renseigner auprès de chaque office concerné. Cela nécessite en parallèle de solliciter préalablement le bureau du contrôle des habitants de chaque commune dans laquelle le débiteur poursuivi a été domicilié, puis de s'adresser ensuite aux offices des districts du ressort des communes concernées. Ces opérations sont particulièrement dispendieuses en temps et en argent. Mais il y a plus : l'organisation actuelle permet au débiteur de se « racheter une conduite » en transportant son domicile, par exemple par le simple « dépôt de ses papiers » dans une commune sise dans un autre district de celui où il a des poursuites inscrites (EQUEY, op. cit., Rz 41). Fondée sur ce qui précède, la FVE propose de mettre en place un registre centralisé et, dans cette optique, d'apporter les modifications suivantes à la LHR :

- introduction d'une nouvelle lettre à l'art. 2 al. 1 LHR :

(let. g) : « (la présente loi s'applique aux registres suivants :) le registre centralisé des offices des poursuites et des offices des faillites ».

- ajout d'un article dans le cadre des dispositions transitoires :

Art. 19a LHR Disposition transitoire relative au registre des faillites centralisé

« Le Conseil fédéral règle la transition et la tenue conventionnelle de la tenue informatisée du registre centralisée ».

(...)

Une modification de l'article 8 LP serait également nécessaire :

Art. 8 LP Tenue, force probante et rectification

(al. 1bis *nouveau*) « Un registre centralisé des poursuites et des faillites est mis en œuvre au plan national. Le Conseil fédéral édicte les règles applicables notamment :

1. aux registres à tenir et aux données à enregistrer ;
2. à la tenue des registres ;
3. à la surveillance. »

Enfin, la FVE est d'avis qu'il convient également de mettre en œuvre des mesures restrictives à la reprise des biens d'une personne morale dont l'insolvabilité a été sciemment organisée. Il en sera question au ch. 4.4 ci-dessous.

4.4 Au plan pénal

Les auteurs de l'avant-projet ont examiné la possibilité de proposer une modification du droit pénal ou de prévoir des nouvelles peines accessoires. Cependant, il ressort du rapport AP-LP 2015 qu'il n'est pas « foncièrement nécessaire » d'adapter le droit pénal, car le dispositif actuel est suffisant et le nombre de condamnations ne cesse d'augmenter depuis dix ans. Cependant, quelques lignes plus avant, le rapport mentionne que « ces mesures ne semblent toutefois pas fonctionner » et que les peines infligées sont souvent faibles, mais que nonobstant, il serait illusoire de durcir les peines ou d'en introduire de nouvelles. Cette position est pour la moins contradictoire (Rapport AP-LP 2015, p. 14). En outre, comme relevé précédemment dans le cadre des présentes observations, le dispositif pénal est insuffisant et il n'a aucun effet préventif (voir *supra* ch. 1.2). En outre, comme exposé ci-avant le dispositif prévu par les art. 158, 163, 164, 165 et 167 CP) pose des difficultés considérables en pratique et ceci pour les raisons suivantes :

- l'art. 158 CP ne peut entrer en considération que lorsque la direction de la procédure parvient à démontrer qu'une personne dont on soupçonne un comportement déloyal est un gérant ou un administrateur de fait, ce qui est souvent le cas dans les affaires d'insolvabilité organisée ou des faillites frauduleuses, et que le dommage patrimonial ne touche que des personnes qui sont impliquées dans la personne morale (EQUEY, op. cit., Rz 59).
- les art. 163 à 165 et 167 CP ne peuvent entrer en considération que si celui qui s'est rendu coupable des agissements litigieux a été déclarée en faillite par jugement (art. 171 LP) ou fait l'objet d'une saisie ayant abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens (art. 149 LP), ces mesures devant être entrées en force (ATF 109 Ib 317 = JdT 1985 IV 31) et valables (ATF 89 IV 77 = JdT 1963 IV 86 ; EQUEY, op. cit., Rz 79). Ces conditions sont interprétées de manière très stricte par les tribunaux. Ainsi, par exemple, le Tribunal fédéral a confirmé l'acquittement d'un failli qui avait dissimulé des biens lors d'une saisie, dans la mesure où, compte tenu de sa forme juridique, il aurait dû être soumis à la procédure de faillite et que, par conséquent, la saisie était nulle (ATF 70 IV 76 = JdT 1944 IV 109 ; ATF 74 IV 95 = JdT 1948 IV 141 ; voir également SCHWANDER, FJS 1128, p. 8). Autrement dit, il n'existe pas de disposition pénale permettant une incrimination des actes visés par les art. 163 ss CP avant que l'auteur ne tombe en faillite ou ne soit frappé d'une saisie, au risque que la situation de l'intéressé ne se péjore encore davantage jusqu'au prononcé de faillite ou à la délivrance d'un acte de défaut de biens. Ces dispositions ne jouent donc pas un rôle préventif suffisant (EQUEY, op. cit., Rz 79) ;
- les infractions visées aux art. 163 à 165 et 167 CP ne sont punissables que si l'auteur a agi intentionnellement et avec une volonté de nuire. La grande difficulté consiste pour l'autorité de poursuite et de répression pénale consiste à démontrer l'élément intentionnel ou à tout le moins le dol éventuel ou la négligence grave (EQUEY, op. cit., Rz 79). En cas d'échec, seule une contravention entre ligne de compte et l'auteur ne sera soumis qu'à l'art. 323 ch. 4 CP (ATF 93 IV 90 = JdT 1968 I 24). Il faut en outre que l'auteur soit animé de la volonté de créer un dommage aux créanciers, de sorte que, la simple prodigalité inconsciente n'est pas punissable (EQUEY, op. cit., Rz 79). Or, il est aisé en pratique pour un gestionnaire indélicat de soutenir ne pas avoir accordé suffisamment d'attention à l'aspect administratif de son activité et d'avoir négligé dans ce cadre sa comptabilité (EQUEY, op. cit., Rz 79) ;

- elles créent des difficultés d'ordre probatoire, notamment en ce qui concerne l'élément moral, c'est-à-dire la nécessité de prouver l'intention de l'auteur, comme examiné ci-avant, si bien qu'un nombre très important des procédures sont clôturées par une ordonnance de classement (voir par exemple TF 6B_73/2008 du 13 mars 2008 ; 6B_52/2009 du 6 février 2009 et 6B_853/2009 du 5 novembre 2009 ; voir également EQUEY, op. cit., Rz 79) ;
- les créanciers lésés ne sont pas admis à recourir au plan pénal (ATF 97 IV 16 = JdT 1971 IV 109 ; pour des arrêts récents, voir par exemple : TF 6B_509/2007 du 21 septembre 2007 ; 6B_179/2008 du 15 mars 2008 et 6B_736/2010 du 27 septembre 2010 : qualité pour recourir déniée à un plaignant lésé contre une ordonnance de non-lieu libérant l'auteur présumé d'une gestion déloyale ; TF 6B_73/2008 du 13 mars 2008 consid. 3 : qualité pour recourir déniée à la masse en faillite d'une société anonyme lésée qui a déposé plainte pénale pour des infractions dans la faillite). Il est utile de rappeler au surplus que la qualité pour recourir est également subordonnée à la qualité de victime LAVI, soit avoir subi une lésion à son intégrité physique, psychique ou sexuelle et le dommage étant indirect, les tiers concernés n'ont pas la qualité de lésé (art. 115 al. 1 CPP ; EQUEY, op. cit., Rz 79).

En définitive, il serait utile de créer une infraction réprimant le fait pour un débiteur de se mettre volontairement en situation d'insolvabilité pour échapper à ses créanciers, avant la fin d'une procédure de recouvrement. Une telle solution existe déjà dans le code pénal français du 1^{er} mars 1994 (loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, JORF du 23 décembre 1992, p. 17568 ; ci-après : CP-F) qui contient un art. 314-7 dont la teneur est la suivante : « *Le fait, par un débiteur, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité soit en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, soit en diminuant ou en dissimulant tout ou partie de ses revenus, soit en dissimulant certains de ses biens, en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende* » (al. 1). « *Commet le même délit le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale qui organise ou aggrave l'insolvabilité de celle-ci dans les conditions définies à l'alinéa précédent en vue de la soustraire aux obligations pécuniaires résultant d'une condamnation prononcée en matière pénale, délictuelle ou quasi délictuelle.* » (al. 2).

L'insolvabilité au sens de la loi pénale française « *consiste, de la part de débiteurs se refusant à payer ce qu'ils doivent ou devront à autrui, à dissimuler leurs biens, ou les mettre au nom de proches, afin de se rendre insolvable et d'échapper ainsi à toute saisie* » (DOUCET, Dictionnaire de droit criminel, disponible sur : http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_i/lettre_i_ins.htm, consulté le 14 juillet 2014). La réalisation de l'infraction réprimée par l'art. 314-7 CP-F est subordonnée à l'existence ou l'imminence d'une décision judiciaire constatant la dette de l'auteur (MALABAT, Droit pénal spécial, Paris, 2013, p. 432), que cette décision émane d'une juridiction civile ou d'une juridiction pénale, soit une condamnation de nature de patrimoniale (EQUEY, op. cit. Rz 80), ce par quoi il faut entendre :

- la condamnation à payer une somme d'argent ;
- la condamnation à confiscation d'un bien ;
- la condamnation au paiement d'aliments (art. 314-9 CP-F) ;
- les conventions homologuées (ratifiées pour valoir jugement) portant obligation de verser des prestations, subsides ou contributions aux charges du mariage (art. 314-9 CP-F).

L'organisation frauduleuse de l'insolvabilité peut être également réalisée par le dirigeant d'une personne morale, qu'il s'agisse d'un dirigeant de droit ou d'un dirigeant de fait, lorsqu'il organise ou aggrave l'insolvabilité de cette dernière la faire échapper à une condamnation pécuniaire prononcée en matière pénale, délictuelle (responsabilité civile), ou quasi-délictuelle (art. 314-7 al. 2 CP-F).

L'organisation frauduleuse de l'insolvabilité couvre également l'aggravation illicite de l'insolvabilité. Elle constitue en outre une infraction intentionnelle, ce qui implique qu'elle doit avoir été voulue par l'auteur (MALABAT, op. cit., p. 433). En France, le concept du dol éventuel n'existe pas. Il appartient dès lors à l'autorité de poursuite et de répression pénale d'apporter la preuve de l'élément intentionnel, ce qui peut s'avérer difficile, car l'auteur peut soutenir que les actes qui lui sont reprochés sont dus à des oublis ou à des actes de mauvaise gestion, autrement dit invoquer la négligence (EQUEY, op. cit., Rz 83). Le juge se forge cependant sa conviction en examinant la vraisemblance des arguments invoqués. Ainsi, l'auteur qui paie de lourdes charges foncières pour

les propriétés qu'il a omis de déclarer ne peut se prévaloir d'un simple oubli ou celui qui qui gérait parfaitement son patrimoine ne peut que difficilement faire croire à des actes de mauvaise gestion (MALABAT, op. cit., p. 433).

La jurisprudence française a eu l'occasion de définir de manière plus précise les conditions de mise en œuvre de cette infraction. Selon la Cour de cassation, « *Caractérise en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit d'organisation frauduleuse de son insolvabilité reproché au prévenu, la cour d'appel qui, pour déclarer l'intéressé coupable de ce délit, retient que celui-ci, deux mois avant l'audience d'un tribunal devant lequel il était poursuivi pour exercice illégal de la profession d'expert comptable et alors qu'il pouvait redouter d'être condamné par cette juridiction à des réparations civiles, a diminué l'actif de son capital en cédant sans contrepartie à sa compagne et au fils de celle-ci 60 % du capital d'une société civile immobilière dont il était jusqu'alors l'unique détenteur.* » (Cass. crim, arrêt du 5 avril 2005 = GdP 30 octobre 2005, avec note de Y. MONNET) ou la complicité de ce délit par le fait que « *la prévenue, en occultant son état de femme mariée, a aidé son mari à dissimuler ses biens et revenus en lui servant de prête-nom dans le cadre d'une société commerciale afin de permettre à celui-ci à se soustraire à diverses condamnations pécuniaires.* » (Cass. crim., arrêt du 11 décembre 1989 = Bul. crim. n° 471, p. 1149). Enfin, selon un jugement de la cour correctionnelle du Tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence, « *Constitue le délit d'insolvabilité frauduleuse le fait, pour une prévenue disposant d'une somme suffisante pour désintéresser son créancier, de se soustraire à une condamnation pécuniaire prononcée par une juridiction répressive en vendant son habitation et en dispersant son prix par son placement sur plusieurs comptes bancaires ouverts dans un autre département que celui de son domicile afin d'éviter le paiement* » (TGI Aix-en-Provence, jugement du 26 novembre 1997 = JCP 1998 IV 1953 ; voir également EQUEY, op. cit., Rz 84).

La FVE propose dès lors d'introduire une disposition similaire dans le code pénal suisse qui aurait la teneur suivante :

Art. 158bis CP Organisation frauduleuse de l'insolvabilité (nouveau) :

(al. 1) : « Le débiteur qui, même avant décision judiciaire constatant sa dette, aura organisé ou aggravé son insolvabilité

en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, sans cause ou contrepartie ;

en cédant tout ou partie de son actif à des prix inférieurs à ceux du marché, en accordant des remises de dettes ou rabais en violation de l'usage commercial ou de la pratique des affaires,

en dissimulant tout ou partie de ses revenus ;

en diminuant ses revenus, notamment par la renonciation à tout ou partie de sommes qui lui sont dues ou en limitant ou baissant sans cause le taux consacré à une activité lucrative ;

en dissimulant tout ou partie de ses biens ;

sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

(al. 2) : « Le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale qui, dans les mêmes conditions, aura organisé ou aggravé l'insolvabilité de celle-ci, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

(al. 3) : « Le complice qui, dans les mêmes conditions, se sera livré à ces agissements, de manière à causer un dommage aux créanciers, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

(al. 4) : « En cas de faillite ou saisie du débiteur ou de la personne morale, le débiteur, le dirigeant de droit ou de fait de la personne morale et les personnes qui ont effectivement participé à la gestion de la personne morale ne pourront pas acquérir ces biens. ».

(al. 5) : « La direction de la procédure peut condamner la personne bénéficiaire des valeurs reçues dans le cadre de l'al. 1 comme complice ou instigatrice de l'infraction, si les conditions de l'art. 24 ou 25 sont réalisées, et, le cas échéant, dire qu'elle est tenue solidairement, dans la limite des fonds ou de la valeur vénale des biens reçus à titre gratuit ou onéreux aux obligations

pécuniaires résultant de la condamnation à l'exécution de laquelle l'auteur de l'infraction a voulu se soustraire. ».

Cette proposition appelle plusieurs remarques :

- la notion d'insolvabilité à laquelle se réfère le projet de disposition ci-dessus vise à protéger les créanciers en dehors de toute procédure de faillite ou de saisie et va dans le sens des recommandations formulées par une partie récente de la doctrine (BUTTICAZ, La notion d'insolvabilité en droit suisse, Thèse, Zurich, 2011, §§ 527 ss : qui propose de regrouper sous le concept d'insolence [insolvency] toutes les difficultés financières d'une manière générale, notamment le surendettement et l'insolvabilité telle que définie par les différentes dispositions applicables en droit suisse ; voir également EQUEY, op. cit. Rz 86) ;
- elle ne suppose pas que le débiteur se trouve en état de surendettement. L'infraction est intentionnelle et le dol éventuel suffit. La sanction peut donc frapper celui qui, par exemple, dissimule des biens lui appartenant ou les met en propriété au nom d'un tiers ou encore refuse d'exercer un travail à temps complet ou à un taux plus élevé, alors qu'une telle activité peut être raisonnablement et objectivement exigible de sa part, ou qui décide de son propre chef de diminuer son taux d'activité (EQUEY, op. cit. Rz 86) ;
- ensuite l'incrimination du fait d'augmenter son passif ou de diminuer son actif, indépendamment d'une décision de faillite ou de saisie entrée en force, pourrait avoir comme conséquence de privilégier les créanciers antérieurs et les créanciers de droit public, cela en violation d'un principe cardinal de droit suisse selon lequel tous les créanciers d'un même débiteur sont sur pied d'égalité, à l'exception de ceux bénéficiant de privilèges institués par la loi (cf. art. 812 ss et 886 CC et 126 et 219 al. 1 à 3 LP ; EQUEY, op. cit. Rz 86). Il n'est pas contesté que cette problématique peut provoquer un effet collatéral indésirable, mais comme mentionné ci-avant, elle poursuit un but d'intérêt public qui vise à protéger l'ensemble des créanciers en dehors de toute procédure de faillite ou de saisie, solution au demeurant préconisée par la doctrine récente, et surtout poursuit un objectif préventif qui consiste à punir des actes préparatoires à une déconvenue financière et les conséquences qui en découlent systématiquement, à savoir une insuffisance d'actifs constatée dans la procédure de faillite ne permettant pas de désintéresser les créanciers, y compris les créanciers institutionnels (EQUEY, op. cit. Rz 86) ;
- enfin, peut entrer en considération une incrimination au titre de complice des personnes qui ont participé dans les limites et les conditions prévues par l'art. 24 ou 25 CP à organiser l'organisation frauduleuse et à la cession des biens ou valeurs du débiteur et, si elles en ont bénéficié, des libéralités accordées indûment par l'auteur principal. Il peut s'agir par exemple de l'épouse à laquelle le gérant d'une Sàrl aurait cédé sans contrepartie un véhicule automobile appartenant à la société (EQUEY, op. cit. Rz 86).

En outre, la FVE estime qu'il serait utile de compléter et préciser le dispositif prévu par l'art. 67 CP qui crée une base légale autorisant le juge pénal à prononcer à l'encontre de l'auteur d'un crime ou d'un délit commis dans l'exercice d'une profession qui pourrait prendre la teneur suivante :

Art. 67 CP Interdiction d'exercer une profession

(al. 1 bis) « La direction de la procédure peut prononcer à l'égard des personnes condamnées en vertu des art. 158, 158bis, 159 et 163 à 167 CP, une interdiction totale de l'exercice de l'activité de gérant ou d'administrateur d'une raison individuelle, d'une personne morale ou d'une société commerciale ou une activité comparable pour une durée de six mois à cinq ans. ».

Il est utile de préciser que l'art. 67 et diverses autres dispositions du code pénal ont été modifiées par la loi fédérale du 13 décembre 2013 sur l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs, RO 2013 2055 ss) avec effet au 1^{er} janvier 2015, le délai référendaire n'ayant pas été utilisé. La proposition ci-dessus tient compte de cette modification.

Enfin, la FVE juge opportun d'envisager des mesures légales interdisant aux personnes responsables de la faillite d'une personne morale et qui ont fait l'objet d'une condamnation en application des art. 158, 158bis (tel que proposé), 159 et 163 à 167 CP de pouvoir racheter les actifs de l'entreprise. Cette proposition obéit à un besoin exprimé par certains professionnels

(voir à cet égard l'article du « 24 Heures » du 29 mai 2015, p. 2). Cette restriction pourrait faire l'objet d'un alinéa nouveau en l'art. 67 CP selon la teneur suivante :

(al. 1ter) « Le débiteur et les personnes qui ont participé en droit ou en fait à la gestion de l'entreprise saisie ou faillie et qui ont fait l'objet d'une condamnation en application des art. 158, 158bis, 159 et 163 à 167 CP, ne peuvent pas acquérir, que ce soit en nom propre, au nom d'une nouvelle raison individuelle, en qualité de membre d'une association, associé d'une société de personnes, de commandite ou de gérant ou d'administrateur d'une personne morale, les biens de l'entreprise faillie ou saisie. Le prononcé de la direction de la procédure est notifié en copie au préposé aux poursuites ou au préposé à la faillite compétent. Le préposé ou ses auxiliaires sont habilités à procéder au contrôle des identités et à refuser l'accès à la salle des ventes ».

En vous remerciant de nous avoir consultés nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre respectueuse considération.

David Equey



Chef de service

Annexe : mentionnée

David Equey

Insolvabilité organisée et « serial failers » – Quelles solutions en droit suisse ?

Der Beitrag berücksichtigt den Stand der Gesetzestexte und der Rechtsprechung bis zum 30. Oktober 2014. Er stammt aus einer vom Rechtsdienst des Waadtländer Baumeisterverbandes durchgeführten Studie über reale Fälle. (bk)

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge
Rechtsgebiete: Gesellschaftsrecht; SchKG

Zitiervorschlag: David Equey, Insolvabilité organisée et « serial failers » – Quelles solutions en droit suisse ?, in: Jusletter 22. Dezember 2014

Table des matières

- 1 Introduction
 - 1.1 Position du problème
 - 1.2 Exemples rencontrés fréquemment en pratique
 - 1.2.1 L'homme de paille
 - 1.2.2 Les réseaux
 - 1.2.3 Le transfert de manteau d'actions (transfert d'une société dormante)
- 2 Examen à l'aune du droit civil
 - 2.1 Le droit actuel
 - 2.1.1 Les différents devoirs
 - 2.1.1.1 Les devoirs généraux de diligence
 - 2.1.1.2 Les devoirs spécifiques en cas de perte de capital ou de surendettement
 - 2.1.2 Les conséquences en cas de violation des devoirs
 - 2.1.2.1 Le régime applicable
 - 2.1.2.2 La qualité pour agir
 - 2.2 Solutions proposées
- 3 Examen à l'aune du droit de la concurrence déloyale
 - 3.1 Droit actuel
 - 3.2 Solutions proposées
- 4 Examen à l'aune du droit des poursuites et de la faillite
 - 4.1 Droit actuel
 - 4.1.1 La prescription des actes de défaut de biens
 - 4.1.2 Registres des poursuites et faillites décentralisés
 - 4.1.3 Restrictions dans la faillite
 - 4.2 Solutions proposées
 - 4.2.1 La prescription des actes de défauts de biens
 - 4.2.2 Registres des poursuites et faillites décentralisés
 - 4.2.3 Restrictions dans la faillite
- 5 Examen à l'aune du droit pénal
 - 5.1 Droit actuel
 - 5.1.1 La gestion déloyale (art.158 CP)
 - 5.1.1.1 La qualité de gestionnaire
 - 5.1.1.2 Le devoir de gestion ou de sauvegarde
 - 5.1.1.3 L'existence d'un dommage et d'un lien de causalité
 - 5.1.1.4 L'existence d'un dommage et d'un lien de causalité
 - 5.1.1.5 Conclusion
 - 5.1.2 Le détournement de retenues sur les salaires (art.159 CP)
 - 5.1.3 Les infractions commises dans le cadre de la faillite ou de la saisie
 - 5.1.3.1 Banqueroute frauduleuse et fraude dans la saisie (art. 163 CP)
 - 5.1.3.2 Diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers (art.164 CP)
 - 5.1.3.3 Gestion fautive (art.165 CP)
 - 5.1.3.4 Avantages accordés à certains créanciers (art.167 CP)
 - 5.1.3.5 Problématique
 - 5.2 Solutions proposées
 - 5.2.1 Création d'une infraction réprimant l'insolvabilité organisée
 - 5.2.2 Analyse sous l'angle des droits constitutionnels
- 6 Bilan et perspective

1 Introduction

1.1 Position du problème

[Rz 1] Il existe un nombre toujours plus croissant de personnes morales dont l'existence se termine par une faillite qui ne constitue pas une conséquence directe d'un simple risque entrepreneurial mal évalué, mais la résultante d'une insolvabilité ou d'un endettement sciemment orchestré. Nous parlerons dans cette contribution d'« insolvabilité organisée ». Par cette notion, il faut entendre une personne ou un groupe de personnes qui créent des entreprises, en général des sociétés à responsabilité limitée (Sàrl) faiblement capitalisées, qui engagent des travailleurs à court terme, ne paient pas, en tout ou partie, les salaires ni les assurances sociales ni parfois leurs créanciers chirographaires ou dont les gérants ou les administrateurs procèdent même à des cessions d'actifs pendant la courte durée de vie de la société à une autre entité en formation ou nouvellement inscrite sur le registre du commerce et, par conséquent, les voient rapidement de leur substance et partent en procédure de faillite. Souvent, ces structures sont créées par des gérants ou des administrateurs qui ne restent que brièvement inscrits sur le registre du commerce avant d'être radiés pour être remplacés par un homme de paille, si bien que ces entités sont souvent dirigées par des administrateurs ou des gérants de fait.

[Rz 2] Dans ces circonstances, les créanciers ne sont pas indemnisés ou reçoivent un très faible dividende et les actifs non réalisés de l'entreprise en faillite, qui sont constitués le plus souvent d'outils, de véhicules et de machines d'occasion, sont rachetés, à leur valeur vénale, soit souvent à très bas prix, par les anciens gérants ou administrateurs ou des personnes parmi leurs proches ou leurs amis et servent à la capitalisation, souvent à un prix surévalué, d'une nouvelle entité. Il y a également lieu de signaler que ce type de gérants ou d'administrateurs crée d'autres dommages collatéraux. Nous mentionnons à titre d'exemple le non respect fréquent voire systématique des conditions minimales de salaire et de travail établis par les conventions collectives qui engendre un dumping salarial et permet à ces sociétés de proposer des prix très inférieurs à ceux de leurs concurrentes qui respectent ces minima. Il faut également citer la problématique de la garantie pour les défauts dont bénéficient les maîtres de l'ouvrage en application des art. 368 ss du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO)¹ et des dispositions associatives, telle la Norme SIA 118, qui impose, sous certaines conditions, à l'entrepreneur de procéder à la correction de malfaçons frappant un ouvrage et plus particulièrement une construction immobilière et dont le délai de prescription peut attendre dans ce cadre de cinq à dix ans et qui ne peut être mise en œuvre une fois clôturée la faillite de l'entrepreneur concerné, même si les anciens gérants de ce dernier sont actifs dans une nouvelle entité.

[Rz 3] En définitive, les personnes qui procèdent à de telles manœuvres peuvent ainsi poursuivre, au travers d'une société vierge de toute inscription aux poursuites, leur activités préjudiciables aux intérêts d'autrui. Dans le cadre du présent exposé, nous les mentionnons sous la désignation de « *serial failers* ».

[Rz 4] Les problèmes brièvement énumérés ci-dessus constituent la résultante de plusieurs causes. La première, nous l'avons vu, est le comportement inadéquat de certains gérants ou administrateurs d'entreprises. La seconde réside dans la question de déterminer si la loi fournit les solutions adaptées, notamment au plan pénal et dans le domaine des poursuites et de faillites. Ce point

¹ CO ; RS 220.

constitue le fil conducteur du présent exposé.

1.2 Exemples rencontrés fréquemment en pratique

[Rz 5] Nous illustrons les propos tenus au chiffre précédent par quelques exemples tirés de la pratique afin de mettre en exergue certains processus d'organisation de l'insolvabilité, les faillites qui s'ensuivent et les conséquences qui en découlent pour les créanciers et, plus particulièrement, la collectivité publique et les institutions parapubliques ainsi que les travailleurs. Il existe plusieurs configurations. Nous en présentons ci-après quelques-unes, sans tendre à l'exhaustivité.

1.2.1 L'homme de paille

[Rz 6] M. X est un homme d'affaires autoproclamé. Son activité principale consiste à offrir ses services pour administrer ou gérer des sociétés anonymes ou à responsabilité limitée actives dans différents domaines dont la construction. X figure ainsi en qualité d'associé ou d'administrateur dans quelques dizaines d'entreprises inscrites sur le registre du commerce qui sont pour la plupart radiées ou en liquidation. Le mandat de M. X est simple. Il est payé par les patrons de petites et moyennes entreprises, souvent très faiblement capitalisées, dans le but d'organiser leur insolvabilité, puis leur liquidation. Parfois sa mission se limite à déposer le bilan de sociétés déjà fort endettées. Pour parvenir à ces fins, les administrateurs ou associés-gérants en droit ou en fait de ces sociétés conviennent préalablement avec M. X de le rémunérer pour l'inscrire à leur place sur le registre du commerce, le plus souvent avec signature individuelle. M. X ne cherche pas à mettre en œuvre les opérations utiles au désintéressement des créanciers, en particulier institutionnels, ou, plus généralement, à l'assainissement des entreprises dont il apparaît comme le gestionnaire, mais se limite à contribuer à en accélérer le processus de déconfiture. Les anciens administrateurs ou associés gérants, quant à eux, peuvent créer une nouvelle raison sociale, parfois en utilisant des biens ou des valeurs soustraits à leur ancienne entreprise lorsqu'elle était encore en activité ou repris à très bas prix auprès de l'office des faillites une fois consommée la faillite de dite entreprise.

[Rz 7] Entre le moment de la reprise des entreprises par M. X et leur mise en faillite, les salaires de travailleurs, les charges sociales et les fournisseurs ne sont généralement pas rémunérés. Les travailleurs font alors appel au service compétent en matière d'emploi et à la caisse d'assurance-chômage, afin d'obtenir une indemnisation pour insolvabilité. Celle-ci peut s'élever jusqu'à quatre mois de salaire, charges comprises. Les assurances sociales tentent de récupérer leurs créances par la voie de la poursuite, mais malheureusement, les entreprises sont déjà vidées de leur substance, ne laissant que des actes de défauts de biens, y compris aux créanciers de premier rang. Quant aux fournisseurs et plus généralement aux créanciers chirographaires, ils renoncent généralement à poursuivre compte tenu de la complexité et de la longueur de la procédure et des faibles chances d'obtenir des dividendes. Ces procédés laissent donc des personnes sans emploi, des charges supplémentaires au détriment de la collectivité publique, des créanciers impayés et, dans le cas particulier du domaine de la construction, des maîtres d'ouvrage privés de leur droit à la garantie pour les défauts découlant du Code des obligations et des normes associatives.

[Rz 8] A titre personnel, M. X a fait l'objet de plusieurs instructions pénales et est frappé de poursuites et d'actes de défaut de biens pour plusieurs centaines de milliers de francs. Nonobstant, il poursuit son activité de gérant de sociétés.

1.2.2 Les réseaux

[Rz 9] Il existe évidemment d'autres configurations que celle du simple homme de paille. Parfois, un groupe de personnes ayant des liens familiaux ou des liens d'affaires entre elles procèdent également à l'insolvabilité organisée. Dans le premier cas, nous pouvons citer la famille Y. M. Y a deux enfants, AY et BY. Ces trois personnes se succèdent à tour de rôle dans la direction de plusieurs sociétés actives dans le secteur principal de la construction (gros œuvre), AY et BY ayant été à la tête d'entreprises alors qu'ils étaient âgés d'à peine vingt ans. Parmi ces entités, il convient de citer :

- A Sàrl (en liquidation) : inscrite au registre du commerce en 1999 par M. Y, la société a été dissoute par décision judiciaire le 19 janvier 2006 ;
- B SA (en liquidation) : inscrite au registre du commerce en septembre 2005 par M. Y, la faillite a été prononcée le 19 février 2009, puis clôturée faute d'actif en mai 2009 ;
- C Sàrl (en liquidation) : inscrite au registre du commerce en octobre 2005, par M. Y, la faillite a été déclarée le 19 février 2009, puis clôturée faute d'actif en avril 2009 ;
- D Sàrl (en liquidation) : inscrite au registre du commerce en septembre 2008 par M. BY, la société a été dissoute par décision judiciaire le 17 juin 2010 ;
- E SA : inscrite au registre du commerce en décembre 2010 par M. AY. Les noms de BY et Y ont été ajoutés par la suite ;
- F Sàrl : inscrite au registre du commerce en juin 2013, par Y et AY.

[Rz 10] Dans le second cas, il est utile de mentionner le réseau ZA. Dans ce cadre, M. RZ a été l'associé de A et JZ, ce dernier ayant été, quant à lui, associé de Mme DZ et M. AA. Dans une composition variable, ces associés ont été inscrits au registre du commerce, souvent comme gérants de plusieurs sociétés :

[Rz 11] M. R. B. a été l'associé de MM. M. et J. B., ce dernier a quant à lui également été l'associé de Mme D. B. et M. A.A.

- G Sàrl (en liquidation) : inscrite au registre du commerce en mai 2003 et radiée le 20 février 2013 à la suite du prononcé de faillite le 17 août 2010, MM. RZ et AA en ont été les gérants jusqu'en juillet 2008, la société ayant ensuite été reprise par M. RZ ;
- H Sàrl, succursale : inscrite au registre du commerce en septembre 2008. M. JZ en est le directeur ;
- I Sàrl (en liquidation) : inscrite au registre du commerce en mars 2010 et radiée le 1^{er} mars 2013 à la suite de la clôture de faillite du 8 novembre 2012 pour défaut d'actif. DZ et JZ ont initialement été inscrits comme associés de cette entreprise, puis seulement JZ et, enfin, AA seul en avril 2012 ;
- J Sàrl : inscrite au registre du commerce en février 2012. DZ en est la seule associée-gérante.

[Rz 12] Dans ces deux cas de figure, les nouvelles sociétés sont créées avant la mort civile des anciennes. Il n'est donc pas exclu que tout ou partie des actifs, par exemple certains véhicules, des outils, du matériel d'exploitation ou de bureau soient transférés des secondes, avant leur mise en faillite, aux premières. Il est également possible que les quelques actifs restants qui n'ont pas pu être vendus pour satisfaire les créanciers avant la clôture de la faillite, soient ensuite rachetés auprès de l'office par les anciens gérants ou des personnes avec lesquelles ils sont en relation familiale ou d'affaires à des prix très bas pour être ensuite constitués comme apports à une valeur plus élevée pour créer le capital d'une nouvelle société.

[Rz 13] Les acteurs en premier lieu lésés sont, là encore, les travailleurs et les assurances sociales.

A cet égard, pendant l'activité de ces entreprises, souvent seule une partie des travailleurs et des revenus sont annoncés aux institutions sociales, notamment aux caisses de compensation et de pension. Les assurances sociales se voient rarement reverser les montants des cotisations dues à l'aune des masses salariales annoncées. Ici encore, la procédure de poursuite ne permet qu'un désintéressement très partiel. Les créances irrécouvrables qui en résultent se chiffrent en centaines de milliers de francs à la charge de la collectivité.

1.2.3 Le transfert de manteau d'actions (transfert d'une société dormante)

[Rz 14] Le « manteau d'actions » (*Aktienmantel*) ou « cadre d'actions » peut se définir comme l'ensemble ou la majorité des droits de participation d'une société de capitaux qui n'a pas encore d'activité propre (« société de réserve ») ou qui a été économiquement liquidée sans pour autant être juridiquement dissoute (« société vide »)². Autrement dit, il y a constitution d'un manteau d'actions à partir du moment où une société a aliéné ses moyens d'exploitation dans une mesure telle que la poursuite de l'exploitation n'est définitivement plus possible³. Le transfert de manteau d'action consiste en la cession de droits de participation d'une société permettant à leur acquéreur de disposer d'une société non encore dissoute juridiquement, mais économiquement liquidée, alors même qu'elle peut avoir conservé au bilan certains actifs en liquide (argent comptant, avoirs en banques, titres cotés) déterminant la valeur vénale des actions⁴.

[Rz 15] M. est administrateur unique et président de la société A. SA fondée en 2000. M. a créé la société B. SA en 1995 dont il était également seul administrateur. Cette dernière a cessé toute activité économique à la fin de l'année 1999 à la suite de problèmes de liquidités. Peu avant, M. a informé en particulier ses clients et ses fournisseurs de la fin prochaine de son entreprise tout en précisant que les activités de cette dernière seraient reprises par A. SA. B. SA avait des retards importants dans le paiement de nombreuses factures dont elle était débitrice à l'égard de plusieurs créanciers. Ces derniers ont accepté une reprise de dettes par A. SA moyennant l'abandon d'une partie de leurs créances, alors que A. SA et B. SA, sous la signature de leur administrateur unique respectif, ont convenu d'une cession de machines, de véhicules et de matières appartenant à B. SA à un prix très inférieur à leur valeur au bilan. B. SA a ensuite été cédée à P., frère de M., qui en est devenu l'administrateur unique. A. SA a occupé ensuite les bureaux de B. SA et a repris ses différents numéros de téléphones et de télécopie. A partir de 2007, A. SA a connu d'importantes difficultés financières et ne s'est pas acquitté de nombreuses dettes, notamment de ses loyers, des salaires de ses collaborateurs, de ses fournisseurs et d'arriérés d'impôts. Rapidement, A. SA a été mise en poursuite. La faillite a été prononcée en 2010 et clôturée en raison d'insuffisance d'actifs. Dans l'intervalle, en 2009 déjà, M. a réactivé B. SA et lui a transféré au cours de cette année certains outils de production et fournitures appartenant à A. SA, des collaborateurs de B. SA étant venus dans les locaux de A. SA sur instructions de M. prendre plusieurs machines et véhicules de chantier et des matériaux de construction. Après la faillite de A. SA, M. s'est présenté à l'office des faillites et a racheté à bas prix du mobilier et des fournitures de bureau, des véhicules, des

² Couchepin, Le transfert d'actions d'une société dormante (manteau d'actions) : situation actuelle et perspectives, in SJ 2014 II 198.

³ Couchepin, SJ 2014 II 200 et la référence citée.

⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_17/2013 du 13 juin 2013 consid. 2.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_566/2010 du 5 janvier 2011 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_176/2008 du 26 août 2008 consid. 5.1 et ATF 64 II 361 consid. 1. Voir également Couchepin, SJ 2014 II 199 et les références citées.

ordinateurs et des outils qu'il a ensuite transférés à B. SA pour un montant beaucoup plus élevé. Dans l'intervalle, M. a été inscrit comme administrateur unique de B. SA. Cette dernière a plusieurs impayés depuis 2012, qui ont donné lieu à la notification de plusieurs commandements de payer. En 2013, M. a créé C. Sàrl dont il est actuellement associé-gérant unique et qui est active dans le même secteur de la construction que B. SA.

[Rz 16] Pour la jurisprudence, le transfert de manteau d'actions est assimilé à une liquidation de société, suivie d'une nouvelle création, car elle présente les caractéristiques de l'abus de droit dans la mesure où le vendeur de ces actions cherche, en principe, à éviter les frais et les impôts liés à une dissolution de la société, alors que l'acquéreur souhaite éluder le droit de timbre d'émission et les frais liés à la fondation d'une nouvelle société. Dans de telles circonstances, le montant perçu par l'actionnaire doit donc être assimilé à un bénéfice de liquidation assujéti à l'impôt anticipé, déduction faite de sa part au capital-actions⁵, et cela même si ce montant ne lui est pas alloué par la société mais reste en possession de celle-ci sous forme de liquidités, car il entre dans le prix qui lui est versé par l'acquéreur du cadre d'actions et est assimilé, d'un point de vue économique, à un excédent de liquidation⁶. Mais il y a plus. Ce type d'opérations permet au dirigeant d'une société endettée de la soustraire à ses débiteurs et de transférer des biens appartenant à celle-ci à une autre entité.

2 Examen à l'aune du droit civil

2.1 Le droit actuel

[Rz 17] En l'état, le droit civil n'est pas démuné face aux comportements que nous avons décrits ci-avant et il existe plusieurs dispositions susceptibles de trouver application à la problématique de la responsabilité des dirigeants de société en cas d'insolvabilité de cette dernière. Nous consacrons notre analyse aux diverses dispositions de principe instituant des obligations à l'égard des dirigeants de la société.

2.1.1 Les différents devoirs

2.1.1.1 Les devoirs généraux de diligence

[Rz 18] Tout d'abord, l'art. 717 al. 1 CO prévoit que les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société. Un devoir similaire découle de l'art. 812 al. 1 CO pour les gérants de la Sàrl. Dans le domaine examiné dans le cadre de cette contribution, il y a lieu de s'intéresser en particulier au devoir de diligence. Cette obligation incombe tant aux dirigeants de droit, c'est-à-dire les membres du conseil d'administration dûment nommés, respectivement les gérants formellement chargés de la gestion, qu'aux dirigeants de fait, c'est-à-dire les personnes qui, sans être expressément désignées ès qualités mais qui, du fait de leur position hiérarchique réelle, disposent du pouvoir de prendre des décisions dont les effets s'étendent à toute l'entreprise ou qui sont susceptibles d'influencer la société de manière déci-

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_176/2008 du 26 août 2008 consid. 5.1.

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.107/1999 du 23 septembre 1999 consid. 4b les références citées = RDAF 2000 II 227

sive⁷. La diligence à laquelle sont soumis les dirigeants de droit ou de fait constitue un concept juridique général et abstrait.

2.1.1.2 Les devoirs spécifiques en cas de perte de capital ou de surendettement

[Rz 19] Il convient également de mentionner l'art. 725 CO qui prévoit également des devoirs à l'égard de dirigeants de la société, mais de manière plus spécifique. Sa teneur est la suivante :

« ¹ S'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement.

² S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification d'un réviseur agréé. S'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration en avise le juge, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif.

³ Si la société ne dispose pas d'un organe de révision, il appartient au réviseur agréé de procéder aux avis obligatoires qui incombent à l'organe de révision chargé du contrôle restreint ».

[Rz 20] Cette disposition vise deux situations, à savoir la perte de 50 % de capital et le surendettement. Dans le premier cas, il y a perte de capital (*Kapitalverlust*) lorsque le solde des pertes découlant du dernier bilan, après décompte des réserves statutaires, dépasse la moitié du capital-actions⁸ et le conseil d'administration a l'obligation de convoquer une assemblée générale et de lui proposer des mesures d'assainissement, lesquelles peuvent consister en⁹ :

- la réorganisation de l'entreprise (le cas échéant, par des licenciements) ;
- la restructuration de l'entreprise (par exemple l'abandon d'une ligne de produits ou de secteurs d'exploitation déficitaires) ;
- l'augmentation de capital ;
- la réduction du capital ;
- la réduction du capital suivie de l'augmentation de capital ;
- la postposition de créances ;
- l'abandon de créances ;
- l'obtention de délais de paiement ;
- la réévaluation d'immeubles et de participations dont la valeur réelle dépasse le prix d'acquisition ou le coût de revient ;
- l'activation de réserves latentes par la vente de certains actifs ;

⁷ TERCIER/AMSTUTZ (éd.), Code des obligations, Vol. II, Commentaire romand, rem. 2 ad art. 717 CO et les références citées.

⁸ HONSELL/VOGT/WATTER (éd.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, rem. 18 ad art. 725 CO

⁹ TERCIER/AMSTUTZ (éd.), *op. cit.*, rem. 28 ad art. 725 CO et les références citées.

- la fusion avec une société financièrement saine ;
- la scission ou la cession de tout ou partie de l'activité ;
- la conversion de créances en capital social.

[Rz 21] Dans le second cas, il y a surendettement (*Überschuldung*) lorsque l'actif social ne couvre plus les fonds étrangers, c'est-à-dire lorsque les fonds propres ont été entièrement consommés par les pertes. On parle de surendettement proprement dit lorsque les fonds propres sont perdus après dissolution de toutes les réserves latentes, et de surendettement improprement dit lorsque les fonds propres ne sont perdus que comptablement, mais qu'en tenant compte des réserves latentes existantes, l'entreprise est encore *in bonis*¹⁰. Il faut préciser ici que l'insolvabilité (*Insolvenz*) doit être distinguée du surendettement. Il y a insolvabilité lorsque la société ne dispose pas des liquidités nécessaires pour s'acquitter de ses dettes exigibles, alors que le surendettement n'entraîne pas nécessairement l'insolvabilité lorsque la société dispose encore des liquidités suffisantes pour payer ses engagements échus¹¹. Autrement dit, une entreprise peut ne pas être surendettée au sens de l'art. 725 al. 2 CO, mais souffrir d'un manque de liquidités de manière à la rendre insolvable et, inversement, une entreprise peut se trouver en état de surendettement tout en disposant des liquidités suffisantes pour acquitter ses créances exigibles. Dans le cas du surendettement, le conseil d'administration est tenu de faire établir un double bilan intermédiaire, de le soumettre à la vérification d'un organe de révision et de déposer un avis de surendettement auprès du juge compétent ou d'obtenir de la part des créanciers de l'entreprise qu'ils acceptent la postposition de leurs prétentions, c'est-à-dire qu'ils acceptent, par un contrat conclu avec la société, qu'aussi longtemps que cette dernière est surendettée, à renoncer à l'exigibilité de leurs créances et qu'en cas de faillite de la société débitrice leurs créances soient placées à un rang inférieur par rapport à toutes les autres créances¹². La postposition n'est possible que si elle est concédée par un créancier solvable, à défaut de quoi elle peut être révoquée en application des art. 286 ou 288 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), et le montant des créances postposées doit couvrir l'insuffisance de l'actif ressortant du bilan le plus favorable¹³.

2.1.2 Les conséquences en cas de violation des devoirs

2.1.2.1 Le régime applicable

[Rz 22] Il résulte des art. 717 et 725 CO que les dirigeants de l'entreprise sont tenus à certains devoirs. Dans le cas des « *serial failers* » ces incombances ne sont pas respectées et cela de manière plus ou moins évidente. La loi civile ne laisse cependant pas impunie la violation de ces obligations et prévoit des dispositions spécifiques qui créent une responsabilité civile à l'égard des dirigeants en droit ou en fait. Il en va ainsi de l'art. 754 CO dont la teneur est la suivante : « *Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs* »

¹⁰ HONSELL/VOGT/WATTER (éd.), *op. cit.*, rem. 28 ad art. 725 CO ; TERCIER/AMSTUTZ (éd.), *op. cit.*, rem. 31 ad art. 725 CO et les références citées ; voir également ATF 47 III 101.

¹¹ ATF 130 V 196.

¹² HONSELL/VOGT/WATTER (éd.), *op. cit.*, rem. 45 ad art. 725 CO ; TERCIER/AMSTUTZ (éd.), *op. cit.*, rem. 50 ad art. 725 CO et les références citées.

¹³ TERCIER/AMSTUTZ (éd.), *op. cit.*, rem. 51 ad art. 725 CO et les références citées.

(al. 1), et « Celui qui d'une manière licite, délègue à un autre organe l'exercice d'une attribution, répond du dommage causé par ce dernier, à moins qu'il ne prouve avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances » (al. 2). A ce stade, il est utile de préciser que les dispositions en matière de responsabilité civile des dirigeants de la SA et de la Sàrl sont identiques, les règles applicables à la seconde renvoyant aux dispositions topiques concernant la première, vu la teneur de l'art. 827 CO¹⁴. Les obligations de diligence résultant des art. 717 et 725 CO entrent dans le champ d'application de l'art. 754 CO¹⁵. Le dispositif mis en place par le législateur paraît donc suffisamment complet et les « *serial failers* » peuvent être tenus responsables civilement. Mais la mise en œuvre de leur responsabilité n'est pas automatique et la légitimation active est soumise à des conditions relativement strictes que nous examinons ci-après.

2.1.2.2 La qualité pour agir

[Rz 23] Le système de responsabilité mis en place dans le cadre de l'art. 754 CO ne confère une voie d'action judiciaire directe contre les administrateurs ou les gérants qu'en cas de dommage immédiat ou direct. Il en va ainsi lorsque le créancier est lésé à titre personnel par le comportement des organes, à l'exclusion de tout autre dommage causé à la société, par une violation de dispositions du droit de la société anonyme, ou de la Sàrl, par renvoi dynamique de l'art. 827 CO, destinées à protéger les créanciers, par exemple sur l'établissement du bilan ou sur la conservation du capital social, soit des informations sur la base desquelles repose le crédit de la société et à l'égard de ses créanciers, de sorte que l'inexécution d'un contrat, par exemple de bail ou de travail, ne suppose pas un dommage direct¹⁶.

[Rz 24] En effet, selon le Tribunal fédéral, l'action dont dispose un créancier social envers les organes d'une société dépend du type de dommage subi. A cet égard, trois situations sont envisageables¹⁷ :

- premièrement, le créancier peut être lésé à titre personnel par le comportement des organes, à l'exclusion de tout dommage causé à la société. Il subit alors un dommage direct¹⁸ ;
- deuxièmement, le créancier peut encourir une perte, car le comportement d'un administrateur a appauvri la société, de sorte qu'il ne parvient pas à récupérer ou seulement de manière incomplète ses prétentions envers celle-ci. Son dommage n'est alors qu'indirect, car il découle de l'insolvabilité de la société¹⁹. Dans ce cas, le plus fréquent en pratique, les manquements des organes causent en premier lieu un dommage à la société, le créancier n'étant lésé que par ricochet (*Reflexschaden*). On parle alors de dommage ou préjudice réfléchi, indirect ou par

¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_859/2007 du 16 décembre 2008, consid. 2.1.

¹⁵ Pour des cas de violations de l'art. 717 CO, voir par exemple Arrêt du Tribunal fédéral 4A_467/2010 du 5 janvier 2011 consid. 3.3 ; Tribunal cantonal NE, arrêt de la Cour civile du 1^{er} juillet 2002 = RJN 2001 158 ; voir également HONSELL/VOGT/WATTER (éd.), *op. cit.*, rem. 7 à 12 ad art. 717 CO et les références citées. Pour des cas de violations de l'art. 725 CO, voir par exemple Arrêts du Tribunal fédéral 4A_467/2010 du 5 janvier 2011 consid. 3.3 et 4C.58/2007 du 25 mai 2007 consid. 2.5

¹⁶ ATF 132 III 564 consid. 3.1.1 ; ATF 110 II 391 consid. 1 ; voir également Arrêt du Tribunal fédéral 4C.142/2004 du 4 octobre 2004 consid. 4.

¹⁷ ATF 132 III 564 consid. 3.

¹⁸ ATF 110 II 391 consid. 1, confirmé notamment par Arrêt du Tribunal fédéral 4C.142/2004 du 4 octobre 2004, consid. 4. Voir également CHAUDET, *Droit suisse des affaires*, Bâle, 2004, p. 150.

¹⁹ ATF 131 III 306 consid. 3.1.1 ; 128 III 180 consid. 2c = JdT 2004 I 367 (rés.).

ricochet²⁰. Tant que la société demeure solvable, c'est-à-dire qu'elle est en mesure d'honorer ses engagements, le dommage reste dans sa seule sphère, sans toucher les créanciers sociaux, qui pourront obtenir le plein de leurs prétentions. C'est seulement lorsque les manquements des organes entraînent l'insolvabilité de la société, puis sa faillite, que le créancier subit une perte qui constitue un dommage par ricochet²¹ ;

- enfin, il existe encore des situations, plus rares, dans lesquelles se produisent à la fois un dommage direct pour le créancier et un dommage direct pour la société²², c'est-à-dire où le comportement de l'organe porte directement atteinte au patrimoine de la société et du créancier social, sans que le préjudice causé à ce dernier ne dépende de la faillite de la société. Dans ce cas seulement, la jurisprudence restreint le droit des actionnaires et des créanciers d'élever des prétentions contre les organes responsables, cela afin d'empêcher une compétition entre l'administration de la faillite d'une part, les créanciers, respectivement les actionnaires agissant directement d'autre part.

[Rz 25] Il est important de relever que la qualité pour agir du créancier lésé à l'encontre de l'organe de la société varie en fonction des trois situations susévoquées et qu'en application des dispositions générale du droit de la responsabilité civile, seul le lésé direct peut demander réparation de son dommage. Il suit de là que celui qui ne subit qu'un dommage par ricochet en raison d'une relation particulière avec le lésé direct ne dispose d'aucune action en réparation contre l'auteur du dommage²³. Cela étant, lorsque le comportement d'un organe de la société cause un dommage direct à un créancier, alors que la société ne subit elle-même aucun préjudice, le créancier lésé peut agir à titre individuel et réclamer des dommages-intérêts au responsable²⁴. Son action est alors régie par les règles ordinaires de la responsabilité civile et, à condition qu'elle repose sur un fondement juridique valable, elle n'est soumise à aucune restriction²⁵. En particulier, les limitations posées par la jurisprudence quant à la possibilité pour le créancier social d'agir individuellement contre un organe ne sont pas applicables²⁶. La réparation de ce dommage peut être invoquée en tout temps par l'intéressé, peu importe que la société ait été mise en faillite ou non²⁷.

[Rz 26] Cependant, en cas de dommage par ricochet (dommage indirect) du créancier, la qualité de lésé appartient en premier lieu à la société, car elle se trouve directement appauvrie par le comportement de l'organe, ceci en application des principes généraux de la responsabilité. Ainsi, le créancier social ne dispose lui-même d'aucune action individuelle pour obtenir réparation du dommage qu'il a subi par ricochet²⁸. Lorsque la société tombe en faillite, la créance que celle-ci

²⁰ CHAUDET, *op. cit.*, p. 150.

²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.142/2004 précité, consid. 4 et FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht*, Zurich 2005, p. 37, n° 82.

²² Voir par exemple ATF 131 III 306 consid. 3.1.2 = JdT 2006 I 56.

²³ ATF 131 III 306 consid. 3.1.1 et les références citées = JdT 2006 I 56.

²⁴ ATF 131 III 306 consid. 3.1.2 = JdT 2006 I 56.

²⁵ ATF 131 III 306 consid. 3.1.2 = JdT 2006 I 56, confirmé par Arrêt du Tribunal fédéral 4C.48/2005 du 13 mai 2005 consid. 2.1 ; CORBOZ, Note sur la qualité pour agir en responsabilité contre un administrateur ou un réviseur, in SJ 2005 I p. 391.

²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.200/2002 du 13 novembre 2002, consid. 3 non publié à l'ATF 129 III 129 = JdT 2003 I 146 (rés.).

²⁷ ATF 127 III 374 consid. 3a.

²⁸ ATF 131 III 306 consid. 3.1.1 = JdT 2006 I 56.

pouvait faire valoir contre l'organe responsable est remplacée par une créance de la communauté des créanciers²⁹, qu'il appartient en priorité à l'administration de la faillite de faire valoir (art. 757 al. 1 CO). Si cette dernière renonce à exercer l'action sociale (art. 757 al. 2 CO), un créancier social peut réclamer la réparation du dommage subi directement par la société³⁰. Il exerce alors l'action de la communauté des créanciers, mais le produit éventuel de l'action servira d'abord à couvrir ses propres prétentions telles que colloquées³¹. En matière de poursuite et faillite, ce mécanisme est réglé à l'art. 260 LP³² dont il résulte que le créancier social qui a obtenu la cession des droits de la masse agit alors sur la base d'un mandat procédural³³. Il est ainsi légitimé à actionner l'organe responsable pour réclamer la réparation du dommage subi par la société. En d'autres termes, un créancier qui subit un dommage indirect ne peut agir contre les organes de la société qu'une fois la faillite de celle-ci prononcée et à condition qu'il obtienne la cession des droits de la masse de l'administration de la faillite.

[Rz 27] Enfin, dans les cas où tant la société que le créancier social se trouvent directement lésés, la jurisprudence a posé des règles afin d'éviter que l'action individuelle du créancier entre en concurrence avec les prétentions de la société. Mais c'est uniquement dans cette hypothèse et pour pallier le risque d'une concurrence entre les actions en responsabilité exercées respectivement par la société ou l'administration de la faillite et par les créanciers directement touchés que la jurisprudence a limité le droit d'agir de ces derniers³⁴, afin de donner une priorité à l'action sociale³⁵. Ainsi, lorsque la société est aussi lésée par des faits imputables à ses organes, un créancier social peut agir à titre individuel contre un organe en réparation du dommage direct qu'il a subi seulement s'il peut fonder son action sur un acte illicite (art. 41 CO), une *culpa in contrahendo*³⁶ ou sur une norme du droit des sociétés conçue exclusivement pour protéger les créanciers³⁷. Ne constitue pas un tel comportement, le fait que le cours d'actions de la société achetées par un tiers s'effondre postérieurement à cet achat en raison des problèmes financiers de dite société³⁸. En revanche, la responsabilité de l'organe de la société peut être engagée lorsqu'il a incité un tiers à contracter avec elle, nonobstant l'existence d'un surendettement, au moyen de renseignements inexacts sur la situation financière de la société ou en violation de son devoir précontractuel de renseignement ou en cas d'utilisation de comptes inexacts pour susciter l'engagement d'un donneur de crédit³⁹. En effet, comme déjà indiqué, ces principes ne valent que dans les cas où l'on discerne un dommage direct à la fois pour la société et pour le créancier. Ils ne sont pas ap-

²⁹ ATF 117 II 432 consid. 1b/dd.

³⁰ ATF 131 III 306 consid. 3.1.1 = JdT 2006 I 56.

³¹ ATF 132 III 342 consid. 2.1 = JdT 2007 I 448 ; ATF 117 II 432 consid. 1b/ff = JdT 1993 I 72.

³² Sur les liens entre cette disposition et l'art. 757 CO, voir le consid. 1.2 non publié à l'ATF 132 III 222 = JdT 2006 I 252, in Arrêt du Tribunal fédéral 4C.263/2004 du 23 mai 2005.

³³ ATF 132 III 342 consid. 2.2 ; 121 III 488 consid. 2b.

³⁴ ATF 131 III 306 consid. 3.1.2 = JdT 2006 I 56, confirmé dans Arrêt du Tribunal fédéral 4C.48/2005 précité, consid. 2.1.

³⁵ CORBOZ, *op. cit.*, p. 392.

³⁶ C'est-à-dire une responsabilité précontractuelle fondée sur le principe de la confiance. Voir sur ce concept ATF 121 III 350 = JdT 1996 I 187 (rés.).

³⁷ ATF 122 III 176 consid. 7 = JdT 1998 II 140, confirmé in ATF 131 III 306 consid. 3.1.2 = JdT 2006 I 56 et les arrêts cités.

³⁸ ATF 131 III 306 consid. 3.2.1 = JdT 2006 I 56.

³⁹ ATF 122 III 194 consid. 7b = JdT 1998 II 140. L'importance pratique de cette règle restrictive a souvent été exagérée par la doctrine. Voir également, GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, thèse, Lausanne, 2005, pp. 60 ss.

plicables lorsque seul le créancier social est lésé. Quant au cas le plus fréquent dans lequel le créancier subit un dommage par ricochet découlant de l'insolvabilité de la société, ces limitations ne s'appliquent pas davantage.

[Rz 28] Le Tribunal fédéral justifie la distinction entre dommage direct et dommage indirect par les problèmes de concours que poserait une action en réparation du dommage direct dans ces hypothèses et par les conséquences pratiques inadmissibles qu'elle entraînerait⁴⁰, étant toutefois précisé que la Haute Cour a restreint par la suite l'application de ce principe aux cas dans lesquels il y aurait conflit entre la réparation du dommage de la société avec celle du dommage des créanciers ou des actionnaires et que, dès lors que la société n'a pas subi de dommage, la qualification du dommage doit reposer non pas sur la nature du devoir violé, mais sur le patrimoine touché⁴¹.

[Rz 29] Cela étant, la distinction opérée par le Tribunal fédéral entre dommage direct et dommage indirect en se fondant sur la nature de la norme violée est critiquée par une partie de la doctrine qui, à notre avis à juste titre, l'estime contraire au texte légal qui fait clairement du patrimoine directement affecté par l'acte dommageable le critère d'application de la réglementation spéciale des art. 756 à 758 CO⁴², et plus particulièrement l'intertitre de ces dispositions qui mentionne respectivement « dommage subi par la société » et « dommage causé à la société »⁴³ et qui considère que, contrairement à ce que prétend le Tribunal fédéral, la coexistence de la prétention sociale avec des prétentions individuelles des créanciers ne pose aucun problème de concours même si la norme violée protège à la fois les intérêts de la société et ceux des créanciers⁴⁴, car la société et les créanciers directement lésés font valoir un dommage distinct⁴⁵. Ces auteurs rejettent également l'argument selon lequel les créanciers pouvant se plaindre d'un dommage direct seraient privilégiés, car même s'il est théoriquement possible pour un créancier d'invoquer un dommage qualifié de direct par une action individuelle durant la faillite et qu'il n'est pas obligé d'attendre pour agir la deuxième assemblée des créanciers⁴⁶, contrairement à l'ensemble des créanciers, en pratique, il ne peut agir en réparation de son dommage direct que lorsque celui-ci peut être chiffré avec une certitude suffisante⁴⁷.

[Rz 30] Dans le cas des sociétés dont les gérants organisent sciemment ou par négligence coupable l'insolvabilité et la faillite, il sied de relever que les dirigeants se confondent souvent avec les lésés directs, dans la mesure où ils détiennent l'essentiel voire la totalité des actions ou des parts sociales, si bien qu'en principe, aucun dommage direct n'est invoqué. En parallèle, il existe un nombre important de créanciers subissant un dommage indirect. Il s'agit principalement des créanciers chirographaires ou ordinaires, c'est-à-dire ceux qui ne bénéficient pas d'une créance garantie par gage ou d'une collocation dans une classe privilégiée. Il convient d'ajouter à cet égard que la procédure de faillite est liquidée sommairement en raison de l'absence ou de l'insuffisance

⁴⁰ ATF 122 III 194 consid. 7c = JdT 1998 II 140.

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.200/2002 du 13 novembre 2002, consid. 3 non publié à l'ATF 129 III 129 = JdT 2003 I 146 (rés.).

⁴² UMBACH/WEBER, Shadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozess, in Weber (éd.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, Zurich, 2003, p. 119 et WATTER/TRÜFFER, Remarques sur les arrêts ATF 122 III 166 et 122 III 176, in AJP/PJA 1996, p. 1584.

⁴³ CHAUDET, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁴ UMBACH/WEBER, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁵ CHAUDET, *op. cit.*, pp. 154–155.

⁴⁶ ATF 122 III 194 consid. 7c = JdT 1998 II 140.

⁴⁷ Voir parmi d'autres, ATF 122 III 222 = JdT 1997 I 246 et ATF 93 II 453 consid. 2a.

d'actifs ou, au mieux, il n'existe que quelques actifs pour désintéresser les créanciers colloqués en première classe, le plus souvent de manière partielle. A partir de là, il n'existe pas d'autre solution que demander et obtenir la cession des droits de la masse⁴⁸, ce qui allonge et complique la procédure, ou de démontrer avoir subi un dommage découlant directement d'un acte illicite, d'une responsabilité précontractuelle ou d'une norme spéciale du droit des sociétés, par exemple l'art. 752 CO⁴⁹. Or, force est de constater que la plupart du temps, de telles circonstances ne sont pas réalisées. Il peut donc s'avérer particulièrement difficile d'actionner directement le dirigeant de droit — et plus encore le dirigeant de fait — d'une personne morale et de cela les dirigeants indécents en ont parfaitement conscience.

[Rz 31] Il existe cependant des normes spéciales qui permettent de mettre en œuvre la responsabilité personnelle de dirigeants d'entreprises indépendamment de la problématique de l'existence ou non d'un dommage direct. Il en va ainsi de l'art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), qui prévoit en substance que l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas les prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance (ndlr : à la caisse de compensation), est tenu à réparation. Même si la loi ne le mentionne pas expressément, cette action s'étend à titre subsidiaire aux personnes physiques composant les organes d'une société⁵⁰, de sorte qu'il appartient à la caisse de compensation qui se prévaut de l'art. 52 LAVS d'avoir préalablement agi contre la société en tant que sujet de droit et, le cas échéant, à participer activement à la procédure, notamment en cas de faillite⁵¹. Dans ces conditions, l'art. 52 LAVS ne crée pas une voie d'action directe contre les organes de la société. Il convient cependant de préciser que selon une jurisprudence, certes isolée, du Tribunal fédéral, une caisse de compensation est habile, jusque devant l'instance supérieure de recours, à convertir la créance en dommage-intérêts fondée sur l'art. 52 LAVS en créance de cotisations au sens des art. 14 ss LAVS⁵². Nous relevons au surplus pour mémoire que l'art. 52 LAVS s'applique également au régime d'allocations pour perte de gain (art. 21 al. 2 de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur l'allocation pour perte de gain en cas de service et de maternité [LAPG]⁵³ ;) et à celui des allocations familiales (art. 25 let. c de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales [LAFam]⁵⁴).

[Rz 32] En conclusion, à l'exception des créances découlant de la violation des dispositions de la LAVS, de la LAPG et de la LAFam, l'issue d'une action en responsabilité civile contre les dirigeants d'une personne morale est très souvent incertaine, en particulier lorsque la procédure est ouverte contre des dirigeants de faits par des lésés indirects.

2.2 Solutions proposées

[Rz 33] Comme il n'existe en l'état pas d'action directe au bénéfice des lésés qui se trouvent en dehors du cadre sociétal, c'est-à-dire les créanciers ordinaires tels que les fournisseurs, les sous-

⁴⁸ ATF 132 III 564 consid. 3.3 = JdT 2007 I 448.

⁴⁹ Voir ATF 131 III 306 consid. 2 et 3.1.2 = JdT 2006 I 56.

⁵⁰ ATF 132 III 523 consid. 4.5 et les références citées

⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral H 283/99 du 14 décembre 2000 = Pratique VSI 2001, p. 97.

⁵² ATF 136 V 268 consid. 4.4. et 4.5 = AJP/PJA 2011, p. 116 (rés.).

⁵³ LAPG ; RS 834.1.

⁵⁴ LAFam ; RS 836.2.

traitants, les travailleurs ou même les caisses de retraite ou de pension (LPP)⁵⁵, lesquelles au surplus ne bénéficient pas d'un régime spécifique semblable à celui qui existe au bénéfice des caisses de compensation prévu par l'art. 52 LAVS⁵⁶, pour éviter que les « *serial failers* » se retranchent derrière les obstacles mis en œuvre par le droit prétorien les mettant à l'abri de poursuites civiles, il serait opportun de faire coexister de manière expresse dans la loi l'action de la société et celles des actionnaires et des créanciers sociaux. La mise sur un pied d'égalité de l'ensemble des créanciers de la société se justifierait également du point de vue du droit de la poursuite dans lequel prévaut l'égalité des créanciers dans leurs classes respectives.

[Rz 34] Ainsi, le contenu de l'art. 754 al. 1 CO pourrait être modifié en les termes suivants : « Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire, créancier social ou créancier chirographaire, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs ».

3 Examen à l'aune du droit de la concurrence déloyale

3.1 Droit actuel

[Rz 35] Selon l'art. 2 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)⁵⁷, tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre les concurrents ou les fournisseurs et clients est considéré comme déloyal. Aux termes de l'art. 3 al. 1 let. f LCD, agit de façon déloyale celui qui offre de façon réitérée, au-dessous de leur prix coûtant un choix de marchandises, d'œuvres ou de prestations et met cette offre particulièrement en valeur dans la publicité, trompant ainsi la clientèle sur ses propres capacités ou celle de ses concurrents.

[Rz 36] Souvent dans la pratique, les « *serial failers* » et les personnes qui organisent volontairement leur insolvabilité font peu cas de l'existence de conditions minimales de salaire et de travail arrêtées par les conventions collectives applicables à leur branche d'activité ou en vigueur selon les usages professionnels, quand ils ne s'abstiennent pas de verser leur dû à leurs collaborateurs. A partir de là, ces entreprises peuvent proposer des prix très bas par rapport à leurs concurrents qui respectent le cadre légal et conventionnel. L'art. 7 LCD prévoit expressément que celui, qui, notamment, n'observe pas les conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux, agit de façon déloyale. Cette disposition ne figure cependant pas dans la liste contenue en les art. 23 et 24 LCD des dispositions de la loi contre la concurrence déloyale érigées en infraction. Dans ces conditions, les actes réprimés par l'art. 7 LCD ne sont pas punissables pénalement⁵⁸, ce qui n'est guère dissuasif à l'égard des entrepreneurs indéliçats. Ce comportement peut certes faire l'objet d'une action civile, mais celle-ci pose des problèmes au plan de la qualité pour agir telle qu'elle est régie par l'art. 9 LCD, lequel fixe comme conditions le fait de subir une atteinte dans

⁵⁵ LPP ; RS 831.40.

⁵⁶ ATF 131 III 306 consid. 3.1.2 = JdT 2006 I 56.

⁵⁷ LCD ; RS 241.

⁵⁸ DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Berne, 2012, 5^{ème} éd., pp. 181—182.

sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général ou d'être menacé d'une telle atteinte. Il appartient ainsi à l'entreprise qui s'estime victime d'un acte de concurrence déloyale de prouver l'existence d'un tel acte, ce n'est guère évident dans la mesure les salaires des travailleurs ressortissent à la sphère privée et que dans le cas particulier des « serial failers », il est très fréquent que leurs collaborateurs ne sont pas au bénéfice d'un contrat de travail écrit ou, pire encore, se trouvent en situation irrégulière au regard de la législation et la réglementation sur le séjour et l'établissement des étrangers, compromettant ou rendant impossible leur déposition devant un tribunal.

[Rz 37] En outre, selon une partie de la doctrine, l'art. 7 LCD ne doit pas être interprété de manière à contraindre tous les employeurs à appliquer les mêmes conditions de travail, car si tel était le cas, il risquerait de restreindre considérablement la marge de manœuvre des employeurs, de sorte que la problématique visée par la disposition précitée relève bien plus de la législation sur le travail⁵⁹. Autrement dit l'art. 7 LCD ne s'étendrait pas aux conditions de salaire et de travail prévues par les conventions collectives de travail, sauf si elles créent des inégalités de traitement entre travailleurs⁶⁰, mais se limiterait aux prescriptions légales en la matière. Cette opinion ne nous paraît guère soutenable, car si le législateur avait entendu restreindre aux seules norme législatives et réglementaires le champ d'application de l'art. 7 LCD, il ne serait pas référé aux conditions contractuelles ou aux usages professionnels. Mais il y a plus. La rare jurisprudence rendue en application de la disposition précitée, bien que statuant sur la qualité pour agir d'un syndicat au sens de l'art. 10 al. 2 LCD, admet expressément que l'action d'une telle entité peut viser des inégalités salariales découlant directement d'une convention collective⁶¹ et plus particulièrement le fait que des entreprises ne respectent pas les conditions de travail prévues par une convention collective et qui s'appliquent tant à elles qu'aux entreprises concurrentes liées par cette convention⁶².

3.2 Solutions proposées

[Rz 38] Au vu de ce qui précède, il conviendrait de modifier l'art. 7 LCD pour y introduire une référence aux conditions minimales de salaire et de travail telle qu'elle est contenue en l'art. 5 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (LDét)⁶³ et d'intégrer l'art. 7 LCD dans la liste des comportements déloyaux réprimés pénalement prévue par l'art. 23 LCD.

⁵⁹ MARTENET/HEINEMANN, *Droit de la concurrence*, Zurich, 2012, p. 234 et les références citées. Contra : DAVID/JACOBS, *op. cit.*, pp. 50—51.

⁶⁰ ATF 121 III 168 = JdT 1996 I 52.

⁶¹ ATF 121 III 168 consid. 4 = JdT 1996 I 52.

⁶² ATF 125 III 82 consid. 4a.

⁶³ Loi sur les travailleurs détachés (LDét. ; RS 823.20). Sur cette problématique, voir EQUEY, *La responsabilité solidaire des entrepreneurs de la construction dans le cadre des détachements de travailleurs étrangers*, in : Jusletter 15 juillet 2013.

4 Examen à l'aune du droit des poursuites et de la faillite

4.1 Droit actuel

[Rz 39] Les personnes qui participent à l'organisation de l'insolvabilité de leur entreprise peuvent également tirer profit de certaines dispositions de la législation et de la réglementation en matière de poursuites et de faillites pour échapper à leurs créanciers et créer une nouvelle personne morale. Nous présentons ci-après deux problématiques qui se posent de manière récurrente.

4.1.1 La prescription des actes de défaut de biens

[Rz 40] Selon l'art. 149a LP, la créance constatée par un acte de défaut de biens se prescrit par vingt ans à compter de la délivrance de l'acte de défaut de biens ; à l'égard des héritiers du débiteur, elle se prescrit au plus tard par un an à compter de l'ouverture de la succession. Le débiteur peut en tout temps s'acquitter de la créance en payant en mains de l'office l'acte de défaut de biens. Après paiement de la totalité de la dette, l'inscription de l'acte de défaut de biens est radiée du registre. Le dispositif prévu en l'art. 149a LP est complété par l'art. 8a LP, selon lequel toute personne peut consulter les registres des poursuites et faillites si elle rend son intérêt vraisemblable. Le droit de consulter des tiers s'éteint cinq ans après la clôture de la procédure (art. 8a al. 4 LP)⁶⁴. Les autorités administratives et judiciaires peuvent encore, dans l'intérêt d'une procédure pendante devant elles, demander la délivrance d'un extrait.

4.1.2 Registres des poursuites et faillites décentralisés

[Rz 41] En l'état, il n'existe pas de registre des poursuites unique ou harmonisé sur l'ensemble du territoire fédéral, contrairement à ce qui prévaut en matière d'état civil (Infostar) ou pour les autres registres des habitants ou les autres registres de personnes⁶⁵, les cantons devant mettre en œuvre leurs propres registres. Certains cantons ont même institué plusieurs répertoires. Il en va ainsi par exemple du canton de Vaud, dans lequel il n'existe pas de registre cantonal des poursuites, chaque district étant doté de son propre répertoire, à savoir, Aigle, Gros-de-Vaud, Lausanne, l'Ouest lausannois, Lavaux-Oron, Morges, Nyon, Broye-Vully, Riviera-Pays d'Enhaut, Jura-Nord vaudois, et chaque arrondissement de faillite compte un registre ad hoc, soit les arrondissements de l'Est-vaudois, de la Broye et du Nord vaudois, de la Côte, et de Lausanne. Actuellement, dans ce canton, pour se renseigner sur la situation d'une personne, les créanciers doivent solliciter préalablement le bureau du contrôle des habitants de chaque commune dans laquelle le débiteur poursuivi a été domicilié, puis s'adresser ensuite aux offices des districts du ressort des communes concernées. Ces opérations sont particulièrement dispendieuses en temps et en argent. Au surplus, l'organisation actuelle permet au débiteur de se « racheter une conduite » en transportant son domicile, par exemple par le simple « dépôt de ses papiers » dans une commune sise dans un autre district de celui où il a des poursuites inscrites.

⁶⁴ DALLÈVES/FOËX/JEANDIN (éd.), Poursuite et faillite, Commentaire romand, Bâle, 2005, rem. 14 ad art. 8a LP.

⁶⁵ Voir à cet égard l'art. 2 de loi fédérale du 23 juin 2006 sur les registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes (LHR ; RS 431.02).

4.1.3 Restrictions dans la faillite

[Rz 42] Comme nous l'avons exposé, il arrive fréquemment que les personnes qui ont contribué à l'organisation volontaire de l'insolvabilité et de la faillite de leur entreprise, une fois la procédure judiciaire terminée, se rendent à l'office pour y racheter à très bas prix les actifs de cette entreprise qui n'ont pas fait l'objet d'une vente aux enchères, faute d'avoir trouvé preneur (art. 126 al. 3 LP), ce type de faillites étant très souvent clôturées de manière sommaire, en l'absence de valeurs patrimoniales en suffisance. Les biens rachetés servent ensuite à la capitalisation, sous la forme d'apports en nature, d'une nouvelle société qui connaîtra le même sort que la précédente.

4.2 Solutions proposées

4.2.1 La prescription des actes de défauts de biens

[Rz 43] Le délai quinquennal prévu par l'art. 8a al. 4 LP est problématique, car d'une part, il déroge au délai de prescription de vingt ans figurant en l'art. 149a LP et, de l'autre, à l'égard des justiciables qui obtiennent une attestation du registre des poursuites et faillites, celui qui fait l'objet d'actes de défaut de biens plus anciens que cinq ans, mais non prescrits au sens de l'art. 149a LP, peut, s'il ne fait pas l'objet d'autres poursuites ou d'actes de défauts de biens de moins de cinq ans, apparaître comme une personne digne de confiance en affaires. En d'autres termes, en l'état, la problématique réside dans le fait qu'une personne peut toujours faire l'objet d'un acte de défaut de biens, bien que ce dernier soit rayé du registre après le délai de cinq ans. Or, celui qui veut s'informer sur la situation d'une personne auprès du registre des poursuites et faillites, se fie systématiquement à son contenu, car il bénéficie au demeurant de la force probante des registres publics au sens de l'art. 9 du Code civil du 10 décembre 1907 (CC)⁶⁶ (voir l'art. 8 al. 2 LP). Or, si l'extrait ne mentionne pas d'actes de défaut de biens, cela peut évidemment avoir des incidences sur la personne qui le consulte en ce sens que cela pourrait l'amener à contracter avec le justiciable concerné en se fiant à sa solvabilité et, plus généralement, à l'absence de précédents attestant d'une certaine propension à la prodigalité, par exemple. Cela a également pour conséquence de diminuer l'effet dissuasif sur les personnes qui participent à l'organisation volontaire de la faillite de leur entreprise, même lorsqu'elles ont fait l'objet de poursuites directes par les créanciers, par exemple sur le fondement de l'art. 52 LAVS.

[Rz 44] Au surplus, il est utile de relever que les poursuites acquittées par l'intéressé continuent à figurer sur le registre des poursuites, certes avec la mention « payé », car la jurisprudence rendue en application de l'art. 8a al. 3 LP n'autorise pas le préposé à radier de son propre chef les poursuites et n'impose pas au créancier de retirer sa poursuite après en avoir reçu le paiement par son débiteur, considérant à cet égard que c'est à dessein que le législateur a entendu permettre que les tiers puissent avoir connaissance de l'existence de poursuites qui n'ont pas fait l'objet d'une procédure de mainlevée, sans pour autant avoir été retirées⁶⁷ et, cela, pendant un délai de cinq ans après la clôture de la procédure (art. 8a al. 4 LP⁶⁸). Il suit de là que, du point de vue du

⁶⁶ CC ; RS 210.

⁶⁷ Tribunal Cantonal GE, autorité de surveillance LP, arrêt du 12 septembre 2001 consid. 4 = BLSchK 2002, p. 43 ; Tribunal Cantonal VD, Cour civile, jugement du 12 octobre 2011, 143/2011 consid. VIb.

⁶⁸ ATF 128 III 334.

registre des poursuites, le débiteur qui ne s'acquitte pas de ses dettes se trouve placé dans une situation à terme plus favorable que celui qui les honore, ce qui peut paraître contradictoire, voire choquant.

[Rz 45] Il existe un intérêt non négligeable pour les justiciables et notamment pour les partenaires potentiels en affaires à ce que les actes de défaut de biens figurent dans le registre des poursuites et faillites jusqu'à l'échéance de la prescription, c'est-à-dire vingt ans. Il est utile de rappeler que l'art. 8a al. 4, 2^{ème} phr. LP prévoit déjà un droit de consultation plus étendu au bénéfice des autorités administratives et judiciaires. Or, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il existe un intérêt public justifiant le droit de consulter le registre des poursuites et d'en obtenir des extraits afin d'être renseigné sur la solvabilité d'un partenaire en affaires et sur la mesure dans laquelle il est digne de confiance qui l'emporte sur la protection de la personnalité de celui qui y est inscrit en qualité de poursuivi⁶⁹. Il convient également de citer GILLIÉRON dans une note rédigée à propos de cette jurisprudence qui relève que « *les données que fournit le registre des poursuites ne sont pas seulement importantes pour permettre de se faire une idée de la solvabilité ou la cote d'un partenaire en affaires ou d'un éventuel cocontractant. Elles peuvent aussi fournir les indices d'une insolvabilité ou d'une cessation de paiements permettant de requérir la faillite sans poursuite préalable d'un débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite (...). Il n'y aura jamais de procédures d'assainissement ou de redressement des entreprises satisfaisantes sans la possibilité de les ouvrir, d'office ou sur requête d'un créancier, sur la base d'un examen attentif des données révélées par le registre des poursuites, car, d'une part, le signal d'alarme des art. 725, 817 al. 1^{er} (ndlr : actuellement : 820) et 903 CO — lorsque ces dispositions s'appliquent — ou résultant du bouclage des comptes annuels intervient beaucoup trop tard, compte tenu du laxisme généralisé dans l'application des règles légales sur la comptabilité commerciale et des retards considérables constatés dans le bouclage des comptes et, d'autre part, les entrepreneurs en difficulté font preuve d'un optimisme invétéré, quand il ne s'agit pas d'insouciance, de négligence ou de malhonnêteté. Lorsque des difficultés de paiement sont constantes, un examen de la capacité bénéficiaire de l'entreprise s'impose d'urgence* »⁷⁰.

[Rz 46] Dans ces conditions, la consultation des registres jusqu'à la péremption des actes de défaut de biens ne se heurterait pas à des intérêts privés supérieurs. Les entreprises et les particuliers doivent ainsi pouvoir se référer de manière fiable au registre des poursuites et faillites et, partant, connaître avec exactitude la situation d'un intéressé qui fait l'objet d'un acte de défaut de biens. Il s'agirait dès lors de modifier l'art. 8a al. 4 LP afin que les intéressés puissent consulter les registres pendant 20 ans, ce qui correspondrait à la prescription légale des actes de défaut de biens.

4.2.2 Registres des poursuites et faillites décentralisés

[Rz 47] Pour résoudre le problème des registres disparates et les effets indésirables qui peuvent en résulter, il serait opportun d'adopter des dispositions, afin de centraliser les données des registres des poursuites et faillites, par exemple dans un fichier fédéral, auquel tous les préposés des différents cantons auraient accès. Un extrait du registre des poursuites pourrait être délivré à tout intéressé sur la base de ce fichier, dans le respect des conditions prévues par l'art. 8a LP. Une modification pourrait être ainsi apportée à l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale sur l'harmonisation

⁶⁹ ATF 115 III 81 = JdT 1992 II 7. Voir également GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Bâle, 2012, p. 49.

⁷⁰ GILLIÉRON, note ad ATF 115 III 81, in JdT 1992 II 15.

des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes (LHR) en y ajoutant une référence à un registre centralisé des offices des poursuites et des offices de faillites. Un article serait ajouté dans les dispositions transitoires de la LHR pour donner la compétence au Conseil fédéral de régler la transition et la tenue informatisée de ce registre centralisé. Une disposition similaire pourrait également être introduite en l'art. 8 LP, en y ajoutant une compétence au bénéfice du Conseil fédéral pour édicter une ordonnance technique, comme c'est le cas actuellement pour les registres d'état-civil ou les registres du commerce⁷¹.

4.2.3 Restrictions dans la faillite

[Rz 48] Il nous paraît également utile que le législateur pose quelques restrictions pour écarter les « *serial failers* » des opérations de reprise d'actifs de la société en faillite à la gestion de laquelle ils ont concouru et ainsi enrayer le cercle vicieux tel que nous l'avons décrit précédemment. Une solution pourrait consister à introduire dans les dispositions topiques de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, notamment les art. 126, 231 et 258, interdisant aux personnes qui ont participé en fait ou en droit à la gestion d'une société qui pourrait recevoir l'intitulé suivant : « *Le débiteur et les personnes qui ont participé en droit ou en fait à la gestion de l'entreprise, ne peuvent participer à la vente aux enchères, que ce soit en nom propre, au nom d'une nouvelle raison individuelle, en qualité de membre d'une association, associé d'une société de personne, de commandite ou de gérant ou d'administrateur d'une personne morale. Le préposé ou ses auxiliaires sont habilités à procéder au contrôle des identités et à refuser l'accès à la salle des ventes* ». Il est clair que l'introduction d'une telle interdiction soulève la question d'une éventuelle atteinte aux droits fondamentaux. Nous examinerons ci-après les principales dispositions constitutionnelles qui peuvent entrer en considération.

[Rz 49] Selon l'art. 27 de la Constitution fédérale (Cst.), la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique privée et son libre exercice. Cette liberté protège toute activité économique lucrative exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu⁷². Le fait d'interdire aux anciens gérants ou administrateurs de racheter l'entreprise qu'ils dirigeaient en droit ou en fait touche à leur liberté économique, car tout citoyen a le droit d'acquérir son entreprise en vue d'y exercer une activité lucrative de son choix. Les restrictions à la liberté économiques doivent être justifiées par un intérêt public prépondérant. L'intérêt visé en l'occurrence consiste à agir en amont pour prévenir le risque de rachat à bas prix de la substance d'entreprises faillies ou saisies, même avant qu'une décision judiciaire ou administrative soit rendue à l'encontre des fraudeurs. Il s'agit, comme mentionné précédemment, de lutter contre des pratiques abusives qui portent atteinte aux partenaires contractuels, y compris les travailleurs, aux institutions étatiques, notamment en matière fiscale, aux caisses de compensation et aux caisses de retraites. Il existe dès lors un intérêt public manifeste à lutter plus efficacement contre cette forme de criminalité économique contre laquelle, en l'état, il n'existe aucun moyen de droit efficace, en particulier pour

⁷¹ Voir les ordonnances des 28 avril 2004 sur l'état civil (OEC ; RS 211.112.1) et 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC ; RS 221.411).

⁷² Arrêts du Tribunal fédéral 2C_450/2007 du 12 novembre 2007 consid. 2.1 et 2P.172/2001 du 16 avril 2002 consid. 2.1 ; ATF 118 Ia 175 consid. 1. Voir également le message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, in FF 1997 I 1 ss, p. 176. Voir aussi AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, Berne, 2013, 3^{ème} éd., p. 421.

contrecarrer ce type d'organisations frauduleuses. Il est utile de rappeler que l'art. 94 al. 2 Cst. enjoint la Confédération à veiller à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée et consacre le principe de l'Etat social en ce sens qu'elle préconise un ordre économique et social non seulement orienté vers la libre concurrence, mais aussi respectueux des devoirs sociaux⁷³. Dans ce cadre, les prescriptions fédérales sur l'exercice de la liberté économique peuvent se rapporter à toutes les activités économiques privées qui tendent à la production d'un gain et s'adressent en premier lieu aux opérateurs économiques dont elles peuvent restreindre les droits en poursuivant un but de police économique ou de politique sociale⁷⁴. Il sied cependant de relever que les mesures de restrictions doivent se fonder sur les dispositions constitutionnelles qui autorisent explicitement la Confédération à déroger au principe de la liberté économique⁷⁵. Or, selon l'art. 94 al. 4 en relation avec l'art. 96 al. 2 let. b Cst., la Confédération est habilitée à adopter des dérogations au principe de la liberté économique afin de lutter contre la concurrence déloyale. Conformément à l'art. 36 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale et être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et doit être proportionnée au but visé. Il faut examiner s'il existe un intérêt public prépondérant afin de pouvoir restreindre la liberté économique du failli, une telle restriction devant au surplus constituer la mesure la moins incisive et la plus apte à poursuivre le but visé, c'est-à-dire préserver les intérêts prépondérants des créanciers et l'intérêt public à ce que la personne concernée ne génère pas des dettes fiscales ou relatives aux assurances sociales qui ne seront ensuite jamais acquittées⁷⁶. Enfin, selon l'art. 5 al. 2 Cst., l'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et doit être proportionnée au but visé.

[Rz 50] Il est d'intérêt public que l'économie suisse ne soit pas biaisée par des organisations frauduleuses. En effet, les personnes qui vident volontairement leur société de leur substance, notamment en ne payant pas les assurances sociales, en engageant des travailleurs « au noir », en ne respectant pas les conditions minimales de salaire et de travail et en diminuant sciemment leur actif portent atteinte à l'économie et, plus particulièrement, à une saine concurrence. Les contribuables, les administrations et les caisses de l'Etat sont directement touchés par ce genre de procédés. Au surplus, il existe aussi un intérêt pour les employés des fraudeurs que ces derniers paient effectivement leurs assurances sociales. En l'occurrence, il n'est contesté que le fait d'interdire aux personnes qui ont organisé l'insolvabilité et la faillite de leur entreprise se voit interdire le rachat des actifs de dite entreprise et d'inscrire pendant une durée limitée une nouvelle raison sociale au registre du commerce restreint leur liberté économique, mais cela concerne uniquement les cas de rachat de biens de sociétés en faillite dont ils ont été dirigeants et la restriction de l'inscription ne les empêche pas d'exercer une activité de gérant de fait. Il suit de là que l'on ne touche pas le noyau de cette liberté fondamentale. Au surplus, il est utile de rappeler qu'en l'état, l'art. 67 du Code pénal du 21 décembre 1937 (CP)⁷⁷ prévoit déjà la possibilité pour la direction de la procédure de prononcer l'interdiction d'exercer une profession pendant une durée déterminée. Dans ces conditions, les interdictions envisagées dans les dispositions topiques de la

⁷³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, p. 450.

⁷⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, p. 451.

⁷⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, p. 452.

⁷⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 2C_450/2007 du 12 novembre 2007 consid. 2.1 et 2P.172/2001 du 16 avril 2002 consid. 2.1.

⁷⁷ CP ; RS 311.0.

LP ne font que préciser la portée générale de l'art. 67 CP précité. En conséquence, une base légale au sens large serait suffisante.

5 Examen à l'aune du droit pénal

5.1 Droit actuel

[Rz 51] Le droit pénal suisse est ainsi conçu qu'un grand nombre de comportements des organes de la société qui peuvent parfois faire l'objet d'une responsabilité civile aux conditions strictes susdécrites, ne sont pas érigés en infraction, si bien qu'ils ne sont pas punissables pénalement en vertu du principe cardinal « *nulla poena sine lege* » (pas de peine sans loi). Parmi les comportements susdécrits, seuls certains actes tombent sous l'empire de la loi pénale. Nous présentons ci-après les principales dispositions susceptibles de trouver application.

5.1.1 La gestion déloyale (art.158 CP)

[Rz 52] L'art. 158 CP réprime le fait, d'une part, pour une personne qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique ou même sans mandat est tenue de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion, viole ses devoirs et porte atteinte à ses intérêts ou permet qu'ils soient lésés, et, d'autre part, la personne qui abuse de son pouvoir de représentation que lui confère la loi, un mandant officiel ou un acte juridique, et porte atteinte aux intérêts pécuniaires du représenté. Le devoir de gestion ou de sauvegarde entraîne l'obligation d'accomplir des actes matériels ou juridiques, en particulier des actes tendant à la défense des intérêts patrimoniaux d'autrui⁷⁸. Il suit de là que toute mauvaise gestion n'entraîne pas systématiquement une condamnation pour gestion déloyale⁷⁹. En outre, l'art. 158 CP ne concerne qu'un cercle limité de personnes. A partir de là, l'autorité de poursuite et de répression pénales doit prouver l'existence d'un mandat de gestion, d'un devoir d'effectuer correctement ce devoir, d'un dommage et d'un lien de causalité naturelle et adéquate.

5.1.1.1 La qualité de gestionnaire

[Rz 53] S'agissant de la problématique de la qualité de gestionnaire, la pratique admet, dans les cas des personnes morales, qu'elle trouve application à l'organe de l'administration auquel incombe la direction effective des affaires internes en vue de l'accomplissement du but social et la représentation de la personne morale face à des tiers⁸⁰, même en présence d'un actionnaire et ad-

⁷⁸ ATF 120 IV 190 consid. 2b = JdT 1996 IV 56 ; ATF 118 IV 244 consid. 2a = SJ 1993, p. 593. Voir également CORBOZ, Les infractions en droit suisse I, Berne, 2010, p. 428. Le comportement délictueux consiste à violer ce devoir. L'infraction est consommée dès que les intérêts pécuniaires que le gérant a pour mission de défendre sont endommagés (ATF 81 IV 280 = JdT 1956 IV 76 et ATF 83 IV 77 = JdT 1958 IV 18).

⁷⁹ HURTADO POZO, Droit pénal, Partie spéciale, Zurich, 2009, p. 441.

⁸⁰ ATF 100 IV 108 = JdT 1975 IV 4 : en l'espèce, un administrateur d'une société anonyme avec signature individuelle. Entrent notamment dans le champ d'application de l'art. 158 CP, les administrateurs d'une SA (ATF 100 IV 108 = JdT 1975 IV 8, y compris ceux de « paille » (Arrêt du Tribunal fédéral 6B_223/2010 du 13 janvier 2011 consid. 3.3.2), les directeurs, gérants ou membres du comité d'une société coopérative (Arrêt du Tribunal fédéral 6S.187/2004 du 18 février 2005) et les membres d'un conseil de fondation (ATF 122 IV 279 = JdT 1998 IV 67 et ATF 105 IV 106). Voir également MOREILLON ET CRTS (éd.), Code pénal, Petit commentaire, Bâle, 2012, rem. 8 ad art. 158 CP.

ministrateur unique d'une société anonyme⁸¹, que ces personnes aient la signature individuelle ou la signature collective, car il n'y a aucune raison de considérer que seul celui qui jouit individuellement d'un tel pouvoir de disposition autonome peut tomber dans le champ d'application de l'art. 158 CP⁸². Selon nous, il ne doit pas en aller différemment d'un associé-gérant détenteur de l'ensemble des parts sociales d'une société à responsabilité limitée, dès lors que depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 de la réforme du droit de la Sàrl, cette dernière peut être formée par une ou plusieurs personnes (art. 772 al. 1 et 775 CO⁸³). Au surplus, le Tribunal fédéral a admis, certes dans une jurisprudence isolée, que l'associé-gérant d'une société en nom collectif pouvait être considéré comme un organe d'une personne morale⁸⁴. En outre, un auteur considère que le liquidateur peut également entrer dans le cercle des personnes visées par l'art. 158 al. 1 CP⁸⁵. Enfin, il est utile de préciser que la jurisprudence admet de manière relativement large la qualité de gestionnaire à l'aune de l'art. 158 CP⁸⁶.

[Rz 54] En revanche, les obligations prévues aux art. 530 ss CO dans le cadre du contrat de société simple, applicables à l'encontre des membres de la communauté, n'impliquent en elles-mêmes aucun pouvoir ou devoir légal, contractuel ou de fait, d'intervenir de manière indépendante dans les affaires d'autrui⁸⁷. Enfin, il est utile de préciser que peuvent également être poursuivis les administrateurs ou les gérants de fait, c'est-à-dire les personnes qui veillent sur un complexe patrimonial non négligeable dans l'intérêt d'autrui en occupant une position indépendante et responsable dans les faits⁸⁸, le cas échéant par l'intermédiaire d'un homme de paille⁸⁹. Il est utile d'ajouter que la poursuite pénale d'un administrateur ou d'un gérant de fait n'implique pas *ispo jure* l'exonération de toute responsabilité à l'égard de l'homme de paille⁹⁰, sauf si ce dernier ne constitue qu'un simple outil utilisé par le dirigeant effectif. Enfin, il sied de préciser que si l'auteur ne peut être identifié en raison du manque d'organisation de l'entreprise, cette dernière est responsable pénalement, conformément à l'art. 102 al. 1 CP. Compte tenu du champ d'application personnel assez large de l'art. 158 CP, les personnes qui administrent ou gèrent en droit ou en fait une entreprise dont elles organisent l'insolvabilité sont susceptibles de répondre pénalement au titre de gestion déloyale.

⁸¹ ATF 117 IV 259 = JdT 1993 IV 80.

⁸² ATF 105 IV 106 = JdT 1980 IV 127.

⁸³ RO 2007 4791 ; FF 2002 2949 et FF 2004 3745. Voir également MONTAVON, Droit suisse de la Sàrl, Lausanne, 2008, p. 4. Sur le principe de la responsabilité pénale de l'associé-gérant d'une Sàrl, voir Arrêt du Tribunal fédéral 6B_728/2012 du 18 février 2013 consid. 2.

⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 6P.101/2001 consid.4b = SJ 2012 I 129 : cas de détournements de retenues des cotisations sociales sur les salaires au sens de l'art. 159 CP.

⁸⁵ DONATSCH, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Delegation von Kompetenzen durch den Verwaltungsrat, in ZSTR/RPS 120/2002, p. 3.

⁸⁶ TRECHSEL/PIETH (éd.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zurich/Saint-Gall, 2013, rem. 6 ad art. 158 CP et les références citées. Voir également MOREILLON ET CRTS (éd.), Code pénal, *op. cit.*, rem. 7 ad art. 158 CP.

⁸⁷ ATF 100 IV 33 consid. 3 = JdT 1975 IV 62 = SJ 1975, p. 24.

⁸⁸ ATF 129 IV 124 consid. 2a = JdT 2005 IV 112.

⁸⁹ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 442.

⁹⁰ ATF 105 IV 106 = JdT 1980 IV 127 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6S.605/1999 du 2 mars 2000 consid. 4.

5.1.1.2 Le devoir de gestion ou de sauvegarde

[Rz 55] Le devoir de gérer découle de la situation juridique du gérant, fondée sur le rapport de confiance entre celui-ci et l'ayant-droit des intérêts pécuniaires⁹¹, ce qui implique, d'une part, que le gérant ait un certain pouvoir de fait ou de droit⁹² sur le patrimoine de sa victime et, de l'autre, que ce pouvoir soit exercé au profit du propriétaire⁹³. S'agissant du devoir de gestion, il n'est pas nécessaire que l'auteur soit le seul à pouvoir engager par contrat celui dont il est le gérant, car il suffit qu'il dispose d'assez d'indépendance et jouisse d'un pouvoir de disposition autonome sur les biens qui lui sont remis, sur les moyens de production ou sur le personnel de l'entreprise, ce pouvoir pouvant se manifester non seulement vis-à-vis de l'extérieur par la passation d'actes juridiques avec des tiers, mais également par la défense, sur le plan interne, d'intérêts patrimoniaux ou par des actes matériels⁹⁴. Les membres du conseil d'administration de la SA entrent dans ce cercle⁹⁵. Il est utile de relever que lorsque ces personnes délèguent tout ou partie de la gestion, elles ont le devoir intransmissible et inaliénable d'exercer la haute surveillance sur les personnes délégataires, comme cela résulte en particulier des art. 716a al. 1 ch. 5 et 754 al. 2 CO⁹⁶.

5.1.1.3 L'existence d'un dommage et d'un lien de causalité

[Rz 56] Par déloyauté, il faut entendre, selon le Tribunal fédéral, une infidélité à l'égard de celui envers lequel on est engagé et qui consiste en une sorte de trahison⁹⁷. Pour déterminer si l'on se trouve en présence d'une déloyauté, il faut examiner de cas en cas la nature et l'étendue des obligations imposées au gérant, telles qu'elles résultent de la loi ou de l'accord des parties⁹⁸. Ainsi, celui qui s'occupe des affaires d'autrui et se comporte de manière conforme à ses devoirs échappe à toute sanction pénale, même si sa gestion s'avère par la suite atypique⁹⁹ ou déficitaire¹⁰⁰ ou qu'il a opéré des actes comportant des risques¹⁰¹. Seule l'acceptation de risques qu'un dirigeant d'affaires avisé n'aurait jamais pris dans la même situation peut justifier une sanction pénale¹⁰². La déloyauté consiste soit à accomplir des actes matériels ou juridiques dont il faudrait s'abstenir, soit au contraire à s'abstenir d'actes matériels ou juridiques qu'il faudrait accomplir¹⁰³. La princi-

⁹¹ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 443 et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 8 et 9 ad art. 158 CP.

⁹² ATF 81 IV 279 = JdT 1956 IV 73 ; ATF 100 IV 72 = JdT 1975 IV 108 ; ATF 102 IV 92 ; GRAVEN, Gestion déloyale (art. 159 CP), FJS 1035, p. 2 et HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 443 et les références citées.

⁹³ ATF 102 IV 90.

⁹⁴ ATF 123 IV 17 = JdT 1998 IV 124 = SJ 1997, p. 228 ; ATF 120 IV 190 = JdT 1996 IV 156 = SJ 1995, p. 2 ; ATF 105 IV 308 = JdT 1981 IV 81. Voir également MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 7 ad art. 158 CP.

⁹⁵ Message du Conseil fédéral du 24 avril 1991 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (infractions contre le patrimoine et faux dans les titres) ainsi que la modification de la loi fédérale sur l'approvisionnement économique du pays (dispositions pénales), in FF 1991 II 933, 1018 ; ci-après : FF 1991 II.

⁹⁶ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 444 et la référence citée et MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 8 ad art. 158 CP.

⁹⁷ ATF 81 IV 230 = JdT 1956 IV 44 ; ATF 88 IV 141 = JdT 1962 IV 153 ; voir également GRAVEN, *op. cit.*, p. 5.

⁹⁸ GRAVEN, *op. cit.*, p. 5.

⁹⁹ GRAVEN, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁰ FF 1991 II 1018.

¹⁰¹ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 445 et la référence citée.

¹⁰² FF 1991 II 1018. Voir également MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 21 ad art. 158 CP et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 10 ad art. 158 CP.

¹⁰³ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 445 et la référence citée.

pale difficulté, notamment pour le juge pénal, consiste à distinguer les situations dans lesquelles le devoir de diligence a réellement été violé de celles où une décision commerciale se relève seulement inappropriée¹⁰⁴. Sont notamment considérés comme des actes de gestion déloyale :

- l'omission de conclure un contrat¹⁰⁵ ;
- le fait de placer inconvenablement la fortune de l'ayant droit¹⁰⁶ ;
- l'utilisation à son propre profit du matériel et du personnel d'une entreprise¹⁰⁷ ;
- le fait pour un gérant de kiosque à journaux de s'absenter continuellement et négliger la comptabilité¹⁰⁸ ;
- le fait de ne pas s'opposer au paiement de sommes indues¹⁰⁹ ;
- le fait, pour l'organe proposé à l'administration d'une société anonyme, d'abandonner à un tiers la pleine propriété d'un apport en nature¹¹⁰ ;
- le transfert sans autorisation d'une marque appartenant au patrimoine de la société¹¹¹ ;
- l'adjudication de travaux à un entrepreneur, alors que l'intéressé a proposé un prix supérieur à d'autres offres et alors qu'aucune autre raison ne le justifie¹¹² ;
- la conclusion d'un contrat de licence impliquant l'obligation de payer des redevances ainsi qu'un pourcentage sur le produit des ventes, alors que l'invention appartient en fait à la société contractante¹¹³ ;
- la signature par le chef d'agence d'une société, par appât du gain, sous la raison sociale de son employeur, de garanties irrévocables et abstraites n'ayant aucune existence¹¹⁴ ;
- le fait pour un gérant de fortune de se lancer de manière délibérée et massivement dans des opérations à haut risque alors que les clients n'acceptent des placements spéculatifs que dans une mesure limitée¹¹⁵ ;
- l'acceptation de pots-de-vin ayant conduit le gérant à adopter un comportement contraire aux intérêts économiques de l'employeur et ayant porté préjudice à celui-ci¹¹⁶ ;
- le fait pour un fondé de pouvoir d'une société coopérative d'accorder d'importantes « remises d'intérêts », assimilables à des libéralités, à de gros débiteurs de la coopérative selon son bon vouloir et en l'absence de toute réglementation interne et de laisser s'endetter de manière importante ces débiteurs, occasionnant une perte de recettes substantielle pour la société¹¹⁷ ;
- le fait pour l'associé d'une Sàrl de mélanger les avoirs financiers de cette dernière avec ceux de son entreprise individuelle pour affecter ensuite les montants distraits au remboursement de ses crédits bancaires, au paiement de ses ouvriers et de divers employés, à l'achat d'un garage

¹⁰⁴*Ibidem.*

¹⁰⁵ATF 80 IV 243 = JdT 1955 IV 77.

¹⁰⁶HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 446.

¹⁰⁷ATF 81 IV 276 = JdT 1956 IV 73 et Arrêt du Tribunal fédéral 6B_931/2008 du 2 février 2009.

¹⁰⁸ATF 86 IV 12 = JdT 1960 IV 74.

¹⁰⁹ATF 88 IV 137 = JdT 1962 IV 152.

¹¹⁰ATF 97 IV 10 = JdT 1971 IV 103.

¹¹¹ATF 100 IV 113 = JdT 1975 IV 8.

¹¹²ATF 101 IV 33.

¹¹³ATF 100 IV 167 = JdT 1975 IV 108.

¹¹⁴ATF 105 IV 190 = JdT 1981 IV 24 ; ATF 123 IV 17 = JdT 1998 IV 124 = SJ 1997, p. 380.

¹¹⁵ATF 120 IV 190 = JdT 1996 IV 156 = SJ 1995, p. 2.

¹¹⁶ATF 129 IV 124 = JdT 2005 IV 112.

¹¹⁷Arrêt du Tribunal fédéral 6S.187/2004 du 18 février 2005.

- et au paiement de factures et de poursuites concernant sa ferme et son propre entretien¹¹⁸ ;
- le fait pour un gérant de caisse de retraite de compenser des créances de cette dernière à son égard avec des créances fictives qu’il prétend détenir contre la caisse¹¹⁹ ;
- le fait pour un directeur général de ne prendre aucune précaution pour protéger les secrets techniques et commerciaux de l’entreprise qui l’emploie de manière à ce qu’ils tombent dans les mains d’une entreprise concurrente¹²⁰ ;
- le fait pour un associé d’une société à responsabilité limitée de convaincre un promettant-vendeur de traiter uniquement avec lui et de passer un acte constitutif d’emprunt directement avec une autre société dont il est le titulaire au détriment de la Sàrl avec laquelle des pourparlers étaient sur le point d’aboutir à une vente avec le même promettant-vendeur en expliquant à ce dernier de manière fallacieuse que les relations avec son associé étaient prétendument mauvaises¹²¹ ;
- le fait pour des gestionnaires de fortune de prélever sur les transactions financières effectuées au moyen des fonds confiés par leurs clients des commissions totales d’une importance telle qu’elles amputaient considérablement le capital des clients, les gains ne suffisant pas à compenser les ponctions¹²².

[Rz 57] Il résulte des différents exemples précités que le fait pour un gérant ou un administrateur de laisser s’appauvrir la société n’est pas encore en soi constitutif de gestion déloyale. Seuls certains comportements tombent dans le champ d’application de l’art. 158 CP, comme par exemple le fait d’accorder des avantages indus à certains débiteurs de l’entreprise et plus particulièrement si le gérant de l’entreprise qui accorde ce type de libéralités est également gérant de droit ou de fait de l’entreprise débitrice. Mais il y a plus. La loi pénale réprime la lésion directe du patrimoine qui a été confié au gérant. Dans le cadre de personnes morales, seules celles-ci disposeraient de la qualité de lésé et, partant, pour recourir au Tribunal fédéral, à l’exclusion des tiers comme les créanciers de l’entreprise, notamment les assurances sociales (qui disposent certes d’autres moyens d’action) ou les créanciers chirographaires, car dans ce cadre l’auteur ne revêt pas la qualité de gérant vis-à-vis des tiers¹²³. Il est utile de préciser que la qualité pour recourir est également subordonnée à la qualité de victime LAVI, soit avoir subi une lésion à son intégrité physique, psychique ou sexuelle et le dommage étant indirect, les tiers concernés n’ont pas la qualité de lésés (art. 115 al. 1 du Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 [CPP]¹²⁴). En définitive, il s’agit d’une situation qui présente des similitudes avec la problématique mise en exergue dans le cadre de l’examen de la responsabilité civile des administrateurs et gérants dans le cadre de l’art. 754 CO.

¹¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_986/2008 du 20 avril 2009.

¹¹⁹ Arrêts du Tribunal fédéral 6B_472/2011, 6B_489/2011, 6B_531/2011 du 12 mai 2012.

¹²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_211/2012 du 7 septembre 2012.

¹²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_728/2012 du 18 février 2013.

¹²² Arrêt du Tribunal fédéral 6B_967/2013 du 21 février 2014.

¹²³ ATF 97 IV 16 = JdT 1971 IV 109. Pour des arrêts récents, voir par exemple : Arrêts du Tribunal fédéral 6B_509/2007 du 21 septembre 2007 ; 6B_179/2008 du 15 mars 2008 et 6B_736/2010 du 27 septembre 2010 : qualité pour recourir déniée à un plaignant lésé contre une ordonnance de non-lieu libérant l’auteur présumé d’une gestion déloyale.

¹²⁴ CPP ; RS 312.0. Voir également, GARBARSKI, La constitution de partie civile de l’actionnaire en procédure pénale : analyse critique de la jurisprudence de la chambre d’accusation, in SJ 2010 II 48.

5.1.1.4 L'existence d'un dommage et d'un lien de causalité

[Rz 58] Dans le cadre de l'art. 158 CP, pour que l'infraction soit consommée, il est nécessaire que la gestion déloyale constitue la cause naturelle et adéquate propre à provoquer un dommage¹²⁵, c'est-à-dire une lésion du patrimoine sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif, mais aussi d'une mise en danger de celui-ci telle qu'elle a pour effet d'en diminuer la valeur du point de vue économique¹²⁶, à l'exclusion du dommage infligé à des tiers vis-à-vis desquels l'auteur n'a pas la qualité de gérant¹²⁷, comme déjà relevé ci-avant. Ainsi, par exemple, l'administrateur unique d'une société anonyme qui dispose des biens de celle-ci la lèse si, après le prélèvement litigieux, la fortune nette, c'est-à-dire les actifs moins les passifs de la société, qui subsiste ne suffit plus à équilibrer le capital social et les réserves obligatoires et, ce faisant, son comportement peut être qualifié de distribution cachée de dividendes, laquelle est contraire au devoir de loyauté et réalise ainsi les éléments constitutifs de l'infraction de gestion déloyale¹²⁸. Il y a également lieu d'appliquer l'art. 158 CP au directeur qui utilise des travailleurs de la société qui l'emploie à des fins privées¹²⁹. En revanche, il n'est pas nécessaire que le dommage soit causé directement par le comportement de l'auteur, le fait qu'un tiers puisse de cette manière le provoquer étant suffisant¹³⁰.

5.1.1.5 Conclusion

[Rz 59] En définitive, l'infraction de gestion déloyale ne permet de réprimer que les comportements contraires à la loyauté qui ont été commis par une personne dotée d'un pouvoir de gestion et qui ont causé un dommage au patrimoine dans le cadre de cette compétence. Les éléments constitutifs de l'art. 158 CP ne sont dès lors pas réalisés :

- lorsque l'autorité de poursuite ou de répression pénale ne parvient pas à démontrer qu'une personne dont on soupçonne un comportement déloyal est un gérant ou un administrateur de fait, ce qui est souvent le cas dans les affaires d'insolvabilité organisée ou des faillites frauduleuses ;
- lorsque le dommage patrimonial ne touche que de personnes tierces à la société.

[Rz 60] Il est également utile de rappeler que même si l'infraction réprimée par l'art. 158 CP peut entrer en considération, les tiers lésés de manière médiate ou par ricochet, par exemple, ne disposent pas d'une action pénale directe contre l'auteur présumé de la gestion déloyale, car n'étant pas touchés directement par l'infraction, ils n'ont pas la qualité de lésé.

¹²⁵CORBOZ, *op. cit.*, p. 429 ; GRAVEN, *op. cit.*, p. 6 ; MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 24 à 26 ad art. 158 CP et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 12 ad art. 158 CP.

¹²⁶ATF 129 IV 124 consid. 3.1 = JdT 2005 IV 112.

¹²⁷ATF 97 IV 16 = JdT 1971 IV 109.

¹²⁸ATF 117 IV 259 = JdT 1993 IV 80.

¹²⁹ATF 81 IV 276 = JdT 1956 IV 73.

¹³⁰CORBOZ, *op. cit.*, p. 429.

5.1.2 Le détournement de retenues sur les salaires (art.159 CP)

[Rz 61] L'art. 159 CP ne concerne pas directement les cas d'insolvabilité organisée ou de faillite frauduleuse tels que définies dans le présent exposé, mais entend réprimer des actes qui constituent fréquemment une composante des comportements des « *serial failers* » et le préalable à la faillite de leur entreprise. Ce sont en effet souvent les assurances sociales créancières et le trésor public qui mettent en poursuite en premier lieu les entreprises débitrices, car les administrateurs ou gérants de ces entités ont tendance à s'acquitter des dettes concernant des postes qui sont nécessaires au maintien de leur activité, notamment les fournitures (marchandises, matières, etc.), les frais de véhicules et les loyers.

[Rz 62] L'art. 159 CP constitue un délit spécial¹³¹ qui ne peut être commis que par un employeur, ce qui suppose l'existence de rapports de travail¹³². L'employeur peut être une personne morale. Dans ce cas, l'art. 29 CP désigne de manière non exhaustive les personnes physiques qui peuvent être recherchées par l'autorité de poursuite et de répression pénale¹³³. Cela peut être l'unique associé gérant d'une société en nom collectif¹³⁴, l'administrateur d'une société anonyme¹³⁵ ou le gérant d'une société à responsabilité limitée¹³⁶.

[Rz 63] Cela étant, le simple fait que l'employeur s'engage envers son travailleur à retenir une somme d'argent en faveur d'un tiers ne suffit pas pour appliquer l'art. 159 CP¹³⁷, car ce rapport particulier suppose, d'une part, que l'employeur soit soumis à l'obligation de retenir une partie du salaire et, de l'autre, qu'il ait le devoir de verser le montant connu au destinataire¹³⁸, ce qui exclut les cas de carence de paiement des dettes de l'employeur en relation avec l'engagement du travailleur, par exemple la part patronale des cotisations d'assurances sociales ou de prévoyance professionnelle¹³⁹, mais ce qui inclut en revanche les retenues de salaire ordonnées dans le cadre d'une procédure de divorce, en vertu du paiement d'impôts, de taxes, de primes, de cotisations, d'assurances ou à d'autres fins¹⁴⁰. La source de l'obligation peut être :

- soit la loi, par exemple, dans le cadre de l'impôt à la source, un acte juridique, par exemple une cession de salaire sur la base de l'art. 325 CO, une injonction de l'autorité, telle qu'un avis aux débiteurs au sens des art. 132, 177 et 261 CC ou une saisie ordonnée par l'office des poursuites¹⁴¹ ;
- soit une convention entre, d'une part, l'employeur, et, de l'autre, le travailleur¹⁴², par exemple le remboursement échelonné d'un prêt ou d'un versement des acomptes relatifs à une vente

¹³¹HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 452.

¹³²FF 1991 II 1022 ; CORBOZ, *op. cit.*, p. 435 et les références citées ; MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 4 ad art. 159 CP et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 2 ad art. 159 CP.

¹³³CORBOZ, *op. cit.*, p. 435 et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 2 ad art. 159 CP.

¹³⁴Arrêt du Tribunal fédéral 6P.101/2001 du 28 novembre 2001.

¹³⁵Arrêt du Tribunal fédéral 6S.269/2005 du 22 septembre 2005.

¹³⁶Arrêt du Tribunal fédéral 6B_338/2007 du 19 septembre 2007.

¹³⁷HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 452.

¹³⁸FF 1991 II 1022.

¹³⁹CORBOZ, *op. cit.*, p. 436.

¹⁴⁰HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 452.

¹⁴¹HURTADO POZO, *op. cit.*, pp. 452—453 ; MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 4 ad art. 159 CP et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 5 ad art. 159 CP et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 3 ad art. 159 CP.

¹⁴²TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 3 ad art. 159 CP.

à tempérament¹⁴³.

[Rz 64] L'infraction est consommée dès le moment où l'employeur ne paie pas le montant dû à la dernière date possible¹⁴⁴ et l'utilise à d'autres fins¹⁴⁵ après les avoir effectivement déduits du salaire du travailleur¹⁴⁶. En revanche, selon une opinion isolée, l'employeur n'est pas punissable s'il se trouve dans une situation d'insolvabilité¹⁴⁷, ce qui est discutable dans la mesure où elle peut également impliquer une protection de l'employeur qui se rend volontairement insolvable. Enfin, le comportement de l'employeur doit être propre à provoquer un dommage au détriment du travailleur¹⁴⁸, lequel peut se présenter de deux manières :

- le travailleur reste obligé à l'égard du tiers de payer la somme déjà retenue sur son salaire ; ou
- ses droits à l'égard du tiers sont diminués du fait que la somme n'a pas été versée par l'employeur¹⁴⁹.

[Rz 65] Si le détournement sur le salaire ne cause aucun dommage au travailleur, l'art. 159 CP ne trouve pas application et il convient de rechercher dans la législation spéciale une disposition subsidiaire¹⁵⁰. Il en va ainsi des art. 87 al. 3 LAVS et 76 al. 3 LPP¹⁵¹, lesquels ne s'appliquent cependant pas en concours, car l'employeur est débiteur tant de la part patronale que de celle du travailleur et que ce dernier ne subit aucun préjudice en cas de carence dans le paiement des cotisations¹⁵². Il est utile de rappeler que, selon le Tribunal fédéral, est punissable au regard des art. 87 al. 3 LAVS et 76 al. 3 LPP l'employeur qui omet de transférer les cotisations échues des employés à la dernière date possible, bien qu'il en ait eu la faculté ou parce que cela résulte d'une violation fautive du devoir de garder à disposition les fonds nécessaires¹⁵³.

[Rz 66] En définitive, les dispositions pénales en matière de violation du devoir du paiement des retenues opérées sur les salaires des travailleurs paraissent suffisantes. Nous n'y reviendrons dès lors pas dans le cadre du présent exposé.

5.1.3 Les infractions commises dans le cadre de la faillite ou de la saisie

[Rz 67] Il existe en l'état plusieurs dispositions dans le Code pénal qui répriment des comportements déloyaux du gérant ou de l'administrateur d'une entreprise portant atteinte aux tiers. Les art. 163 à 165 et 167 CP peuvent trouver application aux cas de faillites frauduleuses et des comportements décrits dans le présent exposé.

¹⁴³FF 1991 II 1022.

¹⁴⁴ATF 122 IV 270 = JdT 1998 IV 88.

¹⁴⁵FF 1991 II 1023; condition cependant estimée trop restrictive par la doctrine, voir HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 453. *Contra* : TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 4 ad art. 159 CP.

¹⁴⁶Tribunal Cantonal NE, arrêt du 27 juin 2005 = RJN 2005, p. 224, confirmé par Arrêt du Tribunal fédéral 6S.269/2005 du 22 septembre 2005.

¹⁴⁷TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 6 ad art. 159 CP et la référence citée.

¹⁴⁸CORBOZ, *op. cit.*, p. 434.

¹⁴⁹FF 1991 II 1023.

¹⁵⁰CORBOZ, *op. cit.*, p. 438.

¹⁵¹CORBOZ, *op. cit.*, p. 438.

¹⁵²HURTADO POZO, *op. cit.*, pp. 454—455 et FF 1991 II 455. Voir également MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 4 ad art. 159 CP.

¹⁵³ATF 122 IV 270 consid. 2 et 3 = JdT 1998 IV 88.

5.1.3.1 Banqueroute frauduleuse et fraude dans la saisie (art. 163 CP)

[Rz 68] L'art. 163 CP vise un débiteur soumis à la faillite, c'est-à-dire inscrit sur le registre du commerce (art. 39 LP), ou, dans le cas contraire, relevant de la procédure de saisie (ch. 1), ou un tiers (ch. 2)¹⁵⁴. La qualité de débiteur constitue une circonstance personnelle spéciale au sens de l'art. 27 CP¹⁵⁵, mais il ne suffit pas que le débiteur apparaisse formellement au registre des poursuites, il faut également qu'il existe des créanciers et que ceux-ci soient concrètement affectés¹⁵⁶, de sorte que la notion de débiteur doit également être comprise au sens matériel du terme¹⁵⁷, c'est-à-dire redevable d'une dette selon le droit privé¹⁵⁸. Il suit de là que celui qui dirige une personne morale dans les faits et sans apparaître sur le registre du commerce peut également être considéré comme un débiteur, au demeurant même s'il n'a aucune fonction dans la société et s'abrite derrière des hommes de paille¹⁵⁹. Il est utile de préciser que les débiteurs soumis à la procédure de poursuite en réalisation de gage au sens de l'art. 41 LP n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 163 CP, car cette disposition ne contient aucune référence à cet égard¹⁶⁰, et cela même s'il réalise les autres éléments constitutifs de l'infraction. Le tiers est également visé par l'art. 163 CP (ch. 2), ce par quoi il faut entendre, selon la jurisprudence, celui qui n'est ni débiteur ni assimilé à celui-ci au sens de l'art. 29 CP¹⁶¹, et qui peut être un créancier¹⁶² ou le conjoint du débiteur¹⁶³. En revanche, l'art. 163 CP ne saurait trouver application au réviseur d'une SA qui viole ses obligations au sens des art. 725 al. 2 et 729b CO¹⁶⁴.

[Rz 69] L'art. 163 CP punit le débiteur ou le tiers qui distrait ou dissimule des objets ou des valeurs patrimoniales, c'est-à-dire l'ensemble du patrimoine (biens, droits sur des choses corporelles, des créances ou tout droit soumis à la procédure d'exécution forcée)¹⁶⁵.

[Rz 70] Le comportement délictueux consiste pour l'auteur en :

- la diminution fictive de son actif, par exemple, par la création de fausses dettes, sous forme de désignation de titres représentatifs de marchandises¹⁶⁶, la désignation d'un bien failli comme appartenant à un tiers¹⁶⁷ ou le transfert de biens de la société à une société « écran » en dessous de leur valeur vénale¹⁶⁸ ;
- la distraction, par exemple lorsque le débiteur retire définitivement des biens servant à dé-

¹⁵⁴TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 3 ad art. 163 CP.

¹⁵⁵HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 509 et la référence citée.

¹⁵⁶SCHWANDER, FJS 1128, p. 3.

¹⁵⁷SCHWANDER, FJS 1128, p. 3.

¹⁵⁸HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 510.

¹⁵⁹ATF 107 IV 175 consid. 1a = JdT 1983 IV 9 ; ATF 112 Ib 228 consid. 3a = JdT 1987 IV 21.

¹⁶⁰HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 510.

¹⁶¹ATF 112 Ib 228 consid. 3a = JdT 1987 IV 21.

¹⁶²CORBOZ, *op. cit.*, p. 495.

¹⁶³TF Str.34/1983 du 6 juin 1983.

¹⁶⁴Arrêt du Tribunal fédéral 6B_575/2009 du 14 janvier 2010 consid. 1.3 : en revanche, un tel comportement, par exemple l'absence d'annonce au juge en cas de surendettement peut être constitutif de gestion fautive au sens de l'art. 165 CP.

¹⁶⁵FF 1991 II 1031 et MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 5 ad art. 163 CP.

¹⁶⁶ATF 97 IV 18 = JdT 1972 IV 34.

¹⁶⁷ATF 93 IV 16 = JdT 1967 IV 91.

¹⁶⁸HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 512.

sintéresser des créanciers ou lorsqu'il tait le lieu où ils sont exposés¹⁶⁹ ou la création d'une société « écran » à laquelle la société en faillite transfère des actifs afin de les soustraire à la masse en faillite¹⁷⁰ ou par la dissimulation de valeurs patrimoniales, tels que la vente d'un bien immobilier appartenant au failli en copropriété avec son épouse sans informer préalablement l'office des faillites¹⁷¹, le fait de celer des machines d'une société anonyme en faveur de ses actionnaires majoritaires qui en sont également les créanciers¹⁷² ou de toute autre manière la fourniture d'informations fausses ou incomplètes¹⁷³ ou de tromper ses créanciers¹⁷⁴, à l'exclusion toutefois du silence ou du simple refus de communiquer les informations nécessaires notamment à l'office des faillites¹⁷⁵ ;

- l'invocation de dettes supposées, par exemple la reconnaissance de créances fictives ou l'incitation à des tiers à en produire, par exemple la production dans sa propre faillite de créances fictives¹⁷⁶ ou la modification sans cause de la comptabilité afin d'augmenter de manière artificielle le montant de certaines dettes, de manière à soustraire l'excédent aux créanciers légitimes¹⁷⁷.

5.1.3.2 Diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers (art.164 CP)

[Rz 71] Les comportements relatifs à la mise en œuvre de l'infraction réprimée par l'art. 164 CP sont similaires à ceux de l'art. 163 CP¹⁷⁸, de sorte que le lecteur y est renvoyé¹⁷⁹. Cela étant, l'art. 164 CP présente des différences notables par rapport à l'art. 163 CP :

- il ne vise que la diminution effective de l'actif ou de la valeur économique disponible pour désintéresser les créanciers, alors que l'art. 163 CP réprime les cas d'atteintes fictives au patrimoine du débiteur¹⁸⁰. L'infraction ne peut donc pas porter sur un bien sans valeur¹⁸¹ ou qui n'est pas assujéti à l'exécution forcée à l'encontre du débiteur¹⁸² ;
- la liste des comportements visés par l'art. 164 CP est exhaustive, faute de contenir des termes tels que « notamment » ou « en particulier », contrairement à la liste de l'art. 163 CP qui est exemplative¹⁸³, étant précisé que cette restriction a été voulue de manière délibérée par le législateur¹⁸⁴. Cela a pour conséquence d'exclure tous les actes non expressément prévus par

¹⁶⁹HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 512 et les références citées.

¹⁷⁰HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 512.

¹⁷¹Arrêt du Tribunal fédéral 6B_128/2010 du 2 juillet 2010 consid. 4.

¹⁷²ATF 107 IV 175 = JdT 1983 IV 9.

¹⁷³ATF 131 IV 56 = JdT 2007 IV 15.

¹⁷⁴ATF 102 IV 172 consid. 2 = JdT 1977 IV 136.

¹⁷⁵ATF précité : dans un tel cas de figure, seule la contravention prévue par l'art. 323 CP entre en considération.

¹⁷⁶ATF 105 IV 105 = JdT 1980 IV 109.

¹⁷⁷HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 513 et MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 10 ad art. 163 CP.

¹⁷⁸CORBOZ, *op. cit.*, p. 508 ; HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 517 et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 1 ad art. 164 CP.

¹⁷⁹Voir supra ch. 5.1.3.1.

¹⁸⁰HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 517.

¹⁸¹CORBOZ, *op. cit.*, p. 509.

¹⁸²ATF 131 IV 49 consid. 1.2 = JdT 2007 IV 8 : cas d'une dette échue et exigible acquittée par un organe d'une société anonyme alors que le créancier est ledit organe.

¹⁸³FF 1991 II 1032 ; ATF 126 IV 5 consid. 2d = JdT 2001 IV 110 et ATF 131 IV 49 consid. 1.2 = JdT 2007 IV 8. Voir également MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 6 ad art. 164 CP et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 3 ad art. 164 CP.

¹⁸⁴FF 1991 II 1031.

l'art. 164 CP¹⁸⁵ ;

- comme en ce qui concerne l'art. 163 CP, l'art. 164 CP n'entre en considération que si le débiteur a fait l'objet d'une faillite ou d'un acte de défaut de biens.

[Rz 72] L'art. 164 CP vise néanmoins plusieurs hypothèses qui réalisent le comportement délicieux. Il s'agit des actes suivants :

- endommager, c'est-à-dire porter atteinte à l'intégrité du bien en l'altérant dans sa substance, par exemple le fait pour le débiteur de griffer des véhicules lui appartenant¹⁸⁶, détruire, soit l'anéantissement de la chose, par exemple brûler un immeuble¹⁸⁷, déprécier ou mettre hors d'usage des valeurs patrimoniales, à savoir en entravant la possibilité d'utilisation, par exemple le sabotage de machines industrielles¹⁸⁸ ou le fait de laisser pourrir des stocks de matières de façon à causer un dommage à ses créanciers¹⁸⁹ ;
- céder des valeurs patrimoniales à titre gratuit ou contre une prestation de valeur manifestement inférieure, cette disposition étant inspirée de l'art. 286 LP¹⁹⁰, mais étant précisé que l'art. 164 CP ne recouvre pas l'ensemble des cas visés par l'action révocatoire¹⁹¹, ce qui permet d'exclure les cadeaux usuels¹⁹², mais inclut en revanche toutes les autres libéralités, par exemple une aliénation moyennant une contre-valeur insuffisante ou l'acceptation de créances douteuses ou contestées, pour autant que l'intention de nuire aux créanciers soit prouvée¹⁹³, le fait d'opérer un transfert d'argent du compte d'une société anonyme à une autre société sans lien avec la première¹⁹⁴ ou dont l'auteur en détient la propriété¹⁹⁵ ou pour l'administrateur unique d'une société anonyme de vendre à une société à responsabilité limitée dont il est l'associé unique un parc de machines à une valeur très inférieure à la valeur estimée¹⁹⁶.
- refuser sans raison valable des droits qui reviennent au débiteur ou renoncer gratuitement à ces droits. Sont visés dans ce cadre non seulement des diminutions d'actifs mais également des non-augmentations d'actifs¹⁹⁷, qui peuvent être concrétisées par l'octroi par l'auteur d'une remise de dette, au sens de l'art. 115 CO¹⁹⁸, la répudiation d'une succession en application de l'art. 566 CC¹⁹⁹ ou la renonciation à exercer l'action en réduction prévue par l'art. 522 CC²⁰⁰. Il est utile de relever que le libellé de l'art. 164 CP ne comprend pas les opérations

¹⁸⁵HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 518 et les références citées.

¹⁸⁶HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 519 et les références citées.

¹⁸⁷CORBOZ, *op. cit.*, p. 510.

¹⁸⁸HURTADO POZO, *op. cit.*, pp. 519-520.

¹⁸⁹MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 8 ad art. 164 CP.

¹⁹⁰FF 1991 II 1032; ATF 131 IV 49 consid. 1.3.3 = JdT 2007 IV 8 et ATF 126 IV 5 consid. 2d = JdT 2001 IV 10. Voir également MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 9 ad art. 164 CP.

¹⁹¹ATF 131 IV 49 consid. 1.3.3 = JdT 2007 IV 8.

¹⁹²CORBOZ, *op. cit.*, p. 510 et MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 10 ad art. 164 CP.

¹⁹³ATF 126 IV 5 consid. 2d = JdT 2001 IV 10 ; FF 1991 II 1032.

¹⁹⁴Arrêt du Tribunal fédéral 6S.438/2005 du 28 février 2006 consid. 3.

¹⁹⁵ATF 107 IV 175 consid. 1 = JdT 1983 IV 9.

¹⁹⁶Arrêt du Tribunal fédéral 6B_434/2011 du 27 janvier 2012 consid. 2.2 et 2.3 : près de cinq fois. Voir également Arrêt du Tribunal fédéral 6S.142/2003 du 4 juillet 2003 consid. 3.

¹⁹⁷CORBOZ, *op. cit.*, p. 511.

¹⁹⁸CORBOZ, *op. cit.*, p. 511 et MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 12 ad art. 164 CP.

¹⁹⁹CORBOZ, *op. cit.*, p. 511 ; HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 521 et les références citées et FF 1991 II 1033. Voir également MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 12 ad art. 164 CP.

²⁰⁰CORBOZ, *op. cit.*, p. 511 ; FF 1991 II 1033.

constitutives d'augmentation du passif ou de non-diminution du passif, le cas échéant, sans contrepartie, de sorte que celui qui prend des engagements sans contre-valeur correspondante n'est pas punissable²⁰¹.

5.1.3.3 Gestion fautive (art.165 CP)

[Rz 73] Les activités commerciales et industrielles comportent des risques et, bien que la liberté économique soit protégée par l'art. 27 Cst., elle est limitée par l'« interdiction de nuire à autrui »²⁰². Il suit de là que chacun est libre de mener ses affaires comme il l'entend, mais doit en supporter les conséquences²⁰³ et l'art. 165 CP a pour objectif de protéger les créanciers face à certains agissements blâmables des gestionnaires d'entreprise²⁰⁴. L'art. 165 CP n'entre en considération que :

- lorsque la faute de gestion a entraîné des conséquences préjudiciables pour les tiers²⁰⁵ ;
- lorsque l'auteur mène un train de vie sans rapport avec ses ressources, conduit ses affaires de façon téméraire ou insouciant et laisse des dettes, parfois exorbitantes, en affirmant avec obstination qu'il espère toujours trouver un partenaire disposé à investir des fonds importants ou conclure un contrat faramineux. Dans ce sens, l'art. 165 CP est conçu pour les cas d'optimisme déraisonnable et s'applique lorsque l'intention de nuire aux créanciers ne peut être prouvée²⁰⁶ ;
- comme en ce qui concerne les art. 163 et 164 CP, si le débiteur a fait l'objet d'une faillite ou d'un acte de défaut de biens²⁰⁷, ce qui suppose qu'il soit soumis à l'une ou l'autre des voies de recouvrement par la LP, de sorte qu'un tiers ne peut être considéré que comme un participant accessoire²⁰⁸.

[Rz 74] D'une manière plus générale, pour que l'art. 165 CP trouve application, il faut :

- une faute de gestion, laquelle peut consister en une action ou une omission²⁰⁹, mais en revanche ne relève pas d'un comportement spécifique illégal en soi, le législateur ayant choisi de réprimer une gestion, en principe autorisée, que l'auteur exerce d'une façon telle qu'il cause ou aggrave son surendettement, provoque sa propre insolvabilité ou aggrave sa situation alors qu'il se sait insolvable²¹⁰. C'est la raison pour laquelle l'art. 165 CP contient six exemples, à savoir :
 - la dotation insuffisante en capital qui vise les cas où une entreprise ne prend pas les

²⁰¹ CORBOZ, *op. cit.*, p. 511 et les références citées.

²⁰² CORBOZ, *op. cit.*, p. 518.

²⁰³ CORBOZ, *op. cit.*, p. 518.

²⁰⁴ ATF 115 IV 38 = JdT 1990 IV 128 = SJ 1990, p. 134 : négligence grossière dans la gestion de l'entreprise par le fait que le gérant connaissait le risque d'insolvabilité de son partenaire contractuel ; ATF 77 IV 167 = JdT 1951 IV 128 : spéculation hasardeuse au détriment des créanciers.

²⁰⁵ CORBOZ, *op. cit.*, p. 519.

²⁰⁶ CORBOZ, *op. cit.*, p. 519.

²⁰⁷ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 525 ; FF 1991 II 1033.

²⁰⁸ CORBOZ, *op. cit.*, p. 520.

²⁰⁹ ATF 109 IV 113 consid. 1c = JdT 1985 IV 78 ; ATF 115 IV 38 consid. 2 = JdT 1990 IV 128 = SJ 1990, p. 134 ; ATF 123 IV 193 = JdT 1999 IV 70 = SJ 1998, p. 265.

²¹⁰ FF 1991 II 1033 ; MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 6 ad art. 165 CP et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 4 ad art. 165 CP.

- mesures nécessaires pour libérer l'entier du capital-actions ou dont les apports sont insuffisants ou surévalués lors de la fondation, à condition que cela soit de manière importante²¹¹, étant précisé qu'il est déterminant que, dès le départ, l'entreprise ne dispose pas en réalité manifestement des fonds propres nécessaires à son activité²¹² ;
- des dépenses exagérées, c'est-à-dire des actes par lesquels le débiteur dissipe son capital de manière disproportionnée à ses ressources, notamment pour ses besoins personnels ou ceux de sa famille²¹³, des voyages privés²¹⁴, des frais de représentation ou de repas manifestement excessifs²¹⁵, des invitations ou des missions dont on ne peut raisonnablement attendre des résultats en rapport avec les dépenses²¹⁶, des demandes de coûteuses expertises de rationalisation²¹⁷ ou le simple fait de vouloir conserver un train de vie élevé²¹⁸, en dépit des difficultés financières de l'entreprise²¹⁹. Sont aussi qualifiés de dépenses exagérées les prélèvements privés opérés par les organes sur la fortune de la société²²⁰ ou le simple fait de mettre en œuvre des investissements importants pour des retombées assez faibles ou de prendre des engagements pour des stocks dont le débiteur sait qu'il n'arrivera pas à les écouler²²¹ ;
 - des spéculations hasardeuses, soit toute opération financière qui comporte un risque manifestement trop élevé²²², ce qui inclut notamment des ordres en bourse²²³, des investissements dispendieux et étrangers au but de l'entreprise²²⁴ ou des placements immobiliers, notamment en recourant à l'emprunt hypothécaire²²⁵, en regard des estimations du marché²²⁶, mais aussi des circonstances personnelles propres à l'auteur, étant précisé que plus ce dernier semble sur le point d'être incapable de payer ses dettes, moins l'on ne saurait tolérer de lui qu'il « joue à la roulette »²²⁷, ou en acquérant des cédules hypothécaires sans valeur²²⁸. Une seule spéculation hasardeuse suffit pour rendre applicable l'art. 165 CP²²⁹, mais celle-ci doit apparaître d'emblée comme telle²³⁰ ;

²¹¹ FF 1991 II 1035.

²¹² CORBOZ, *op. cit.*, p. 522. Voir également MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 7 ad art. 165 CP.

²¹³ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 527 et les références citées ; SCHWANDER, Banqueroute simple et déconfiture, in FJS 1129, p. 2.

²¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 6S.24/2007 du 6 mars 2007 consid. 3.

²¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral précité.

²¹⁶ CORBOZ, *op. cit.*, p. 522. Voir également Arrêt du Tribunal fédéral 6B_883/2010 du 27 avril 2011 consid. 3.5 : dépenses excessives dans des night-clubs.

²¹⁷ ATF 109 IV 113 consid. 1a = JdT 1984 IV 78.

²¹⁸ TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 6 ad art. 165 CP.

²¹⁹ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 527.

²²⁰ BRUNNER, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Bâle, Genève et Munich 2008, rem. 30 ad art. 165 CP.

²²¹ MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 10 ad art. 165 CP.

²²² ATF 77 IV 164 consid. 2 = JdT 1951 IV 128.

²²³ CORBOZ, *op. cit.*, p. 523 et les références citées.

²²⁴ ATF 109 IV 113 consid. 1a = JdT 1984 IV 78.

²²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral non publié 6B_573/2011 du 27 novembre 2012 consid. 5.2.

²²⁶ EPARD, La banqueroute simple et la déconfiture (art. 165 du code pénal), thèse, Lausanne, 1984, p. 93.

²²⁷ CORBOZ, *op. cit.*, p. 523.

²²⁸ ATF 102 IV 21 = JdT 1977 IV 6.

²²⁹ ATF précité et SCHWANDER, FJS 1129, p. 2.

²³⁰ TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 7 ad art. 165 CP et WERMEILLE, La diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et la gestion fautive (Articles 164 et 165 CPS), in ZStrR/RPS 117/1999, p. 388.

- l’octroi ou l’utilisation à la légère de crédit²³¹, sans nécessité réelle²³², ce qui concerne, d’une part, les créances accordées à des débiteurs peu fiables²³³, et, de l’autre, l’emploi irréfléchi de crédits tendant à empêcher le remboursement²³⁴, ce qui inclut par exemple des prêts à des personnes ne présentant pas de garanties suffisantes²³⁵, ou des avances de salaire injustifiées attestées comme un crédit sur une brève période²³⁶, l’acceptation de titres de créance sans valeur de la part d’une société anonyme insolvable²³⁷ ou même de simples prélèvements à titre privé sans justification ni contrepartie²³⁸ ;
 - le bradage de valeurs patrimoniales, c’est-à-dire le fait pour l’auteur de se défaire de ses valeurs patrimoniales pour un prix manifestement insuffisant²³⁹ ou à titre gratuit²⁴⁰ ;
 - la négligence coupable dans l’exercice de sa profession ou dans l’administration de ses biens, laquelle sanctionne la légèreté blâmable que ce soit dans le cadre d’une activité lucrative ou dans la gestion de fortune²⁴¹, par exemple celui qui investit dans un projet sans en avoir les compétences requises²⁴², Cette liste n’est pas exhaustive²⁴³, celui qui procède à des réductions injustifiées de la durée du travail et ce faisant diminue ses rentrées financières²⁴⁴, le fait pour l’administrateur effectif d’une société anonyme de ne pas déposer le bilan et laisser la situation s’aggraver en se fiant à des perspectives aléatoires²⁴⁵ et, d’une manière générale, la violation des obligations du conseil d’administration d’une société anonyme, en particulier l’omission de l’avis de surendettement au sens de l’art. 725 al. 2 CO²⁴⁶, l’obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes en application de l’art. 957 CO ou tout autre violation du devoir de diligence prévu par l’art. 717 CO²⁴⁷.
- la faute de gestion doit avoir provoqué ou aggravé le surendettement²⁴⁸ ou l’insolvabilité, un acte de gestion non fautif n’entraînant ainsi pas la culpabilité de l’auteur²⁴⁹. Il n’est cependant pas indispensable que l’acte reproché soit l’unique source de la diminution du patrimoine. En revanche, il doit au moins constituer l’un des comportements cités à titre exemplatif

²³¹ FF 1991 II 1035.

²³² TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 8 ad art. 165 CP.

²³³ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_54/2008 du 9 mai 2008 consid. 7.3.2.

²³⁴ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 527.

²³⁵ ATF 109 IV 113 consid. 1a = JdT 1984 IV 78 et CORBOZ, *op. cit.*, p. 522.

²³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6S.24/2007 du 6 mars 2007 consid. 3.

²³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_459/2007 du 18 janvier 2008 consid. 6.3.

²³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_359/2010 du 9 juillet 2010 consid. 2.3.

²³⁹ CORBOZ, *op. cit.*, p. 523 et WERMEILLE, ZStrR/RPS 117/1999, p. 389.

²⁴⁰ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 527 et WERMEILLE, ZStrR/RPS 117/1999, p. 389.

²⁴¹ CORBOZ, *op. cit.*, p. 523 et HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 527.

²⁴² Arrêt du Tribunal fédéral 6B_573/2011 du 27 novembre 2012 consid. 5.2. Voir également HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 527

²⁴³ ATF 77 IV 167 = JdT 1951 IV 128 et SCHWANDER, FJS 1129, p. 2.

²⁴⁴ Tribunal Cantonal ZH = BJP 1957, n° 48 = SJZ/RSJ 1956, p. 378 cité par SCHWANDER, FJS 1129, p. 3.

²⁴⁵ ATF 115 IV 114 consid. 1a = JdT 1990 IV 142.

²⁴⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 6B_711/2011 du 31 janvier 2012 consid. 3.4 ; 6S.1/2006 du 21 mars 2006 consid. 8.1 et Str. 52/1983 du 26 mai 1983 = SJ 1984, p. 169. Voir également TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 9 ad art. 165 CP.

²⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_492/2009 du 10 janvier 2010 consid. 2.2 ; HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 528 et BRUNNER, *op. cit.*, rem. 40 ad art. 165 CP et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 9 ad art. 165 CP.

²⁴⁸ ATF 116 IV 26 = JdT 1992 IV 146.

²⁴⁹ ATF 104 IV 160 consid. 2a = JdT 1980 IV 18.

en l'art. 165 CP²⁵⁰. Le simple fait de préteriter sa situation financière ne suffit pas à entraîner la condamnation de l'auteur. Il faut que ce dernier se trouve par ses actions en situation d'insolvabilité ou aggrave sa situation alors qu'il se sait insolvable. Il convient à cet égard de distinguer deux notions. La norme pénale peut trouver d'abord application aux cas de surendettement, concept qui s'applique aux débiteurs soumis à la poursuite par la voie de la faillite²⁵¹ et qui découle de l'art. 725 al. 2 CO, et est réalisé lorsque, du point de vue comptable, les dettes ne sont plus couvertes ni sur la base d'un bilan d'exploitation ni sur celle d'un bilan de liquidation²⁵². Ensuite, l'art. 165 CP étend à l'insolvabilité, qui concerne les débiteurs soumis à la poursuite par la voie de la saisie²⁵³, et qui doit être comprise comme l'impossibilité pour un débiteur de s'acquitter de ses dettes exigibles, par exemple parce qu'il se trouve confronté à une absence durable de liquidités suffisantes pour payer ses factures²⁵⁴, étant cependant précisé que l'insolvabilité ne suppose pas la tenue d'une comptabilité avec estimation des actifs et des passifs²⁵⁵. Il est possible pour un débiteur de se trouver en situation d'insolvabilité, sans qu'il ne soit nécessairement en état de surendettement, par exemple lorsqu'il possède des actifs immobilisés qui ne peuvent cependant pas être réalisés suffisamment vite pour acquitter des dettes exigibles²⁵⁶ ;

- le comportement reproché n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 164 CP, car l'art. 165 CP est subsidiaire, c'est-à-dire qu'il ne peut entrer en ligne de compte que pour pallier les éventuelles lacunes de la loi²⁵⁷, si bien qu'il aurait pour effet de créer une obligation à l'encontre de tout débiteur à accorder un certain soin à son patrimoine en vue de préserver ses créanciers²⁵⁸ ;
- l'auteur doit avoir agi de manière intentionnelle, car l'art. 165 CP ne précise pas que les fautes de gestion pourraient résulter de la simple négligence²⁵⁹, bien que le libellé de cette disposition cite à titre d'exemple des spéculations hasardeuses, l'utilisation à la légère de crédits ou la négligence coupable, ce qui crée une certaine ambivalence, source de nombreuses controverses²⁶⁰. Ainsi, par exemple, dans un premier temps, le Tribunal fédéral avait admis que l'art. 165 CP tendait à réprimer une négligence grave²⁶¹, puis, il a considéré que cette disposition légale n'était pas fondée sur la distinction traditionnelle entre l'intention et la négligence, mais décrivait de manière spéciale le comportement punissable²⁶². Il suffit dès lors que l'auteur ait causé ou aggravé l'insolvabilité par une négligence grave, l'intention de la

²⁵⁰ ATF précité.

²⁵¹ FF 1991 II 1035. *Contra* : WERMEILLE, ZStrR/RPS 117/1999, p. 391 qui est d'avis que sont également concernés les cas de saisie.

²⁵² ATF 127 IV 110 = SJ 2001 I 435 ; CORBOZ, *op. cit.*, p. 524.

²⁵³ FF 1991 II 1035.

²⁵⁴ EPARD, *op. cit.*, p. 101.

²⁵⁵ CORBOZ, *op. cit.*, p. 524.

²⁵⁶ CORBOZ, *op. cit.*, p. 524.

²⁵⁷ FF 1991 II 1032 ; MOREILLON ET CRTS (éd.), *op. cit.*, rem. 26 ad art. 165 CP et SCHWANDER, FJS 1129, p. 6.

²⁵⁸ ATF 77 IV 167 = JdT 1951 IV 128.

²⁵⁹ CORBOZ, *op. cit.*, p. 527 et les références citées.

²⁶⁰ CORBOZ, *op. cit.*, p. 527 et HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 529.

²⁶¹ ATF 104 IV 160 consid. 4a = JdT 1980 IV 18.

²⁶² ATF 123 IV 193 = JdT 1999 IV 70 = SJ 1998, p. 265 ; ATF 115 IV 38 = JdT 1990 IV 128 = SJ 1990, p. 134 et ATF 109 Ib 317 = JdT 1985 IV 31.

provoquer n'étant pas nécessaire²⁶³, car ne punir que les comportements intentionnels irait à l'encontre de la norme légale²⁶⁴, mais l'auteur doit savoir en revanche que son action ou son omission peut contribuer à causer ou à aggraver son insolvabilité²⁶⁵. Le message du Conseil fédéral précise cependant que l'infraction est intentionnelle dans la mesure où la gestion fautive reprochée à l'auteur doit être volontaire, étant précisé qu'il ne saurait être question de réprimer celui qui aurait adopté un comportement dolosif sous l'emprise d'une contrainte ou d'une erreur sur les faits²⁶⁶. Néanmoins, l'élément intentionnel réside dans la détermination du caractère fautif de la gestion, ce que le juge doit examiner au regard de l'ensemble des circonstances, c'est-à-dire si l'auteur a fait preuve d'un manque du sens des responsabilités, étant précisé qu'il est sans importance que l'auteur ait eu conscience d'avoir manqué du sens des responsabilités, par exemple qu'il ait considéré avec obstination que sa gestion était bonne²⁶⁷. Ainsi, l'auteur doit au moins avoir conscience sous la forme d'un dol éventuel des circonstances qui rendent punissable son comportement²⁶⁸, mais la négligence grave peut également rendre applicable l'art. 165 CP, lorsqu'elle résulte de la violation flagrante d'un devoir élémentaire de prudence, notamment par l'adoption d'un comportement manifestement irresponsable²⁶⁹, par exemple, le fait pour un réviseur de ne pas inviter son mandant à faire l'avis au juge en cas de réalisation des conditions prévues par l'art. 725 al. 2 CO²⁷⁰, pour le gestionnaire d'une société de dépenser les liquidités de cette dernière à tout va²⁷¹ ou le fait de se trouver dans l'ignorance de sa situation financière²⁷².

5.1.3.4 Avantages accordés à certains créanciers (art.167 CP)

[Rz 75] Dans le cadre de la procédure de poursuite, le débiteur répond de toutes ses dettes de la même manière²⁷³ et ses créanciers ont un droit à être traités de manière égale, raison pour laquelle le but de l'infraction prévue par l'art. 167 CP consiste à protéger les créanciers en réprimant le fait pour le débiteur de répartir entre eux le disponible de manière contraire à la loi²⁷⁴, par exemple en favorisant des créanciers qui appartiennent au cercle familial²⁷⁵, ou d'une manière plus générale en entendant faire bénéficier certains de ses créanciers d'une plus grande partie de ses biens que ces derniers n'obtiendraient dans le cadre de la procédure d'exécution forcée²⁷⁶. A titre liminaire, il convient de préciser que :

²⁶³ ATF 115 IV 38 consid. 2 = JdT 1990 IV 128 = SJ 1990, p. 134 et ATF 104 IV 160 consid. 4a = JdT 1980 IV 18.

²⁶⁴ EPARD, *op. cit.*, p. 112.

²⁶⁵ ATF 115 IV 38 consid. 2 = JdT 1990 IV 128 = SJ 1990, p. 134.

²⁶⁶ CORBOZ, *op. cit.*, p. 528.

²⁶⁷ CORBOZ, *op. cit.*, p. 529.

²⁶⁸ CORBOZ, *op. cit.*, p. 529.

²⁶⁹ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 530 et les références citées.

²⁷⁰ Tribunal Cantonal NE, arrêts des 15 novembre 2011 = RJN 2011, p. 256, et 22 décembre 2010 = RJN 2011, p. 236.

²⁷¹ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 530.

²⁷² ATF 115 IV 38 consid. 2 = JdT 1990 IV 128 = SJ 1990, p. 134 et TF Str. 52/1983 du 26 mai 1983 = SJ 1984, p. 169.

²⁷³ GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Bâle, 2012, 5^{ème} éd., p. 15.

²⁷⁴ ATF 117 IV 23 = JdT 1993 IV 42 et ATF 93 IV 16 = JdT 1967 IV 91.

²⁷⁵ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 538.

²⁷⁶ ATF 74 IV 40 = JdT 1948 IV 144 ; SCHWANDER, FJS 1129, p. 7.

- seul le débiteur est visé par le texte légal²⁷⁷, de sorte qu'un tiers ne pourra être considéré que comme un participant accessoire²⁷⁸ ;
- au sens de l'art. 167 CP, il y a insolvabilité dès le moment où les actifs ne couvrent plus les passifs exigibles à bref délai²⁷⁹, c'est-à-dire sur les créances qui, pour ne pas être encore exigibles, le deviendront bientôt, selon toute probabilité²⁸⁰, de sorte que c'est l'impossibilité de payer ses dettes qui est visée et non pas une stricte comparaison entre les actifs et les passifs²⁸¹, étant précisé que l'insolvabilité doit exister au moment où le débiteur accomplit l'acte pénalement réprimé²⁸², peu importe que la poursuite soit ou non déjà ouverte²⁸³ ;
- la détermination de ce qui revient de par la loi à chaque créancier, de ce qui peut être considéré comme un règlement de dette autorisé ou imposé, et de ce qui constitue un avantage accordé à un créancier doit être opérée à l'aune des art. 286 ss LP²⁸⁴, en particulier des art. 287 al. 1 et 288 LP²⁸⁵, soit en substance payer une dette non échue²⁸⁶, payer une dette autrement qu'en numéraire ou en valeurs usuelles, constituer avec ses propres moyens des sûretés pour une dette sans y être obligé²⁸⁷.

[Rz 76] Cette infraction n'entre en considération que lorsque les éléments suivants sont réalisés :

- l'auteur doit être un débiteur insolvable, ce qui exclut, comme mentionné plus haut, un tiers, et le créancier qui se contente d'accepter l'avantage même s'il sait nuire à d'autres créanciers²⁸⁸, car, en ce qui concerne ce dernier, il n'existe aucun rapport de droit entre lui et les créanciers lésés, à tout le moins un rapport particulier comme cela prévaut entre le débiteur et les créanciers lésés²⁸⁹. Font cependant exception les cas où le créancier favorisé intervient de manière active, lorsque par exemple il décide le débiteur à lui accorder un avantage ou lorsqu'il facilite l'opération en prenant des mesures spéciales²⁹⁰ ;
- l'insolvabilité doit exister au moment où le débiteur accomplit l'acte délictueux²⁹¹, l'insolvabilité devant être considérée comme le résultat d'un endettement, comme dans le cadre de l'art. 287 LP, de sorte que tant que le bilan présente un solde actif, le paiement d'une dette ne met pas en danger les autres créanciers, si bien que l'art. 167 CP exige non seulement l'insolvabilité, mais encore l'endettement²⁹² ;
- l'acte commis par l'auteur doit entrer dans l'une des hypothèses visées par l'art. 287 al. 1

²⁷⁷ CORBOZ, *op. cit.*, p. 542 et les références citées et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 3 ad art. 167 CP.

²⁷⁸ CORBOZ, *op. cit.*, p. 542.

²⁷⁹ MOREILLON ET CRTS (éd.), Code pénal, rem. 4 ad art. 167 CP.

²⁸⁰ ATF 104 IV 77 consid. 3d = JdT 1988 IV 34.

²⁸¹ CORBOZ, *op. cit.*, p. 542.

²⁸² ATF précité.

²⁸³ CORBOZ, *op. cit.*, p. 542.

²⁸⁴ TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 7 ad art. 167 CP.

²⁸⁵ MOREILLON ET CRTS (éd.), Code pénal, rem. 8 ad art. 167 CP ; SCHWANDER, FJS 1129, p. 7.

²⁸⁶ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 539 et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 3 ad art. 167 CP.

²⁸⁷ CORBOZ, *op. cit.*, p. 543.

²⁸⁸ MOREILLON ET CRTS (éd.), Code pénal, rem. 5 ad art. 167 CP.

²⁸⁹ SCHWANDER, FJS 1129, p. 8.

²⁹⁰ SCHWANDER, FJS 1129, p. 8 ; ATF 74 IV 48 = JdT 1948 IV 151 et ATF 75 IV 109 = JdT 1949 IV 123.

²⁹¹ ATF 104 IV 77 consid. 3d = JdT 1980 IV 34.

²⁹² SCHWANDER, FJS 1129, p. 8.

LP, c'est-à-dire comme mentionné ci-avant, payer une dette non échue²⁹³, payer une dette autrement qu'en numéraire ou en valeurs usuelles, constituer avec ses propres moyens des sûretés pour une dette sans y être obligé²⁹⁴, étant toutefois précisé que d'autres actes analogues ont été considérés comme constitutifs de l'infraction réprimée par l'art. 167 CP, par exemple utiliser toutes les ressources d'une société qui n'a pas plus d'activité pour payer un prêt échu depuis longtemps²⁹⁵. Au surplus, la commission de l'infraction n'exige pas de causer un désavantage qui ne puisse être réparé, notamment par une action révocatoire. Il n'est exigé ni causalité avec un dommage, ni résultat. Il suffit que l'acte augmente les chances pour un ou plusieurs créanciers d'être avantagés par rapport aux autres²⁹⁶ ;

- comme en ce qui concerne les faits incriminés en les art. 163 à 165 CP, le débiteur doit avoir fait l'objet d'un jugement de faillite définitif et exécutoire ou d'un acte de défaut de biens²⁹⁷ et que le concordat judiciaire accepté et homologué est assimilé à la faillite (art. 171 al. 1 CP) ;
- l'infraction réprimée par l'art. 167 CP est intentionnelle et l'auteur doit savoir qu'il est insolvable, le dol éventuel n'étant pas suffisant, et doit vouloir ou accepter les conséquences de son acte²⁹⁸ et que ce dernier favorise certains créanciers au détriment des autres, le dol éventuel étant suffisant s'agissant de ce dernier point²⁹⁹.

[Rz 77] Les tribunaux interprètent de manière restrictive l'art. 167 CP. L'application de cette disposition a été cependant admise lorsqu'un organe d'une société, qui se trouve pratiquement en liquidation, en réalise le mobilier et, conformément à une décision prise à l'avance, utilise exclusivement le produit de la vente à rembourser un emprunt arrivé depuis longtemps à échéance³⁰⁰.

[Rz 78] En revanche, n'ont pas été admis comme actes réprimés par l'art. 167 CP :

- le fait de mettre de côté des actifs d'une société anonyme, à l'instigation et au profit d'un actionnaire majoritaire qui est en même temps créancier de la société, cette action étant constitutive de banqueroute frauduleuse au sens de l'art. 163 CP³⁰¹ ;
- le fait pour un administrateur d'une société anonyme d'octroyer à lui-même un prêt au nom et pour le compte de la personne morale, comportement qui est réprimé par l'art. 164 CP³⁰².

5.1.3.5 Problématique

[Rz 79] Même si les dispositions que nous avons examinées ci-avant peuvent trouver application à certains comportements réalisés par les « *serial failers* », elles posent de nombreux problèmes en pratique :

²⁹³HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 539.

²⁹⁴CORBOZ, *op. cit.*, p. 543.

²⁹⁵ATF 117 IV 23 = JdT 1993 IV 42 = JdT 1994 II 26.

²⁹⁶ATF 75 IV 111 consid. 2 et Arrêt du Tribunal fédéral 6B_434/2011 du 27 janvier 2012 consid. 3.

²⁹⁷ATF 75 IV 109 = JdT 1949 IV 123 et ATF 74 IV 95 = JdT 1948 IV 141.

²⁹⁸ATF 93 IV 16 consid. 1b = JdT 1967 IV 91 ; MOREILLON ET CRTS (éd.), Code pénal, rem. 13 à 15 ad art. 167 CP et TRECHSEL/PIETH (éd.), *op. cit.*, rem. 8 ad art. 167 CP.

²⁹⁹ATF 74 IV 46 = JdT 1948 IV 151.

³⁰⁰ATF 117 IV 23 consid. 4 = JdT 1993 IV 42 = JdT 1994 II 26.

³⁰¹ATF 107 IV 175 consid. 1a = JdT 1983 IV 9.

³⁰²Arrêt du Tribunal fédéral 6B_434/2011 du 27 janvier 2012 consid. 3.

- elles ne peuvent entrer en considération que si celui qui s'est rendu coupable des agissements litigieux a été déclaré en faillite par jugement (art. 171 LP) ou qui a fait l'objet d'une saisie ayant abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens (art. 149 LP), ces mesures devant être entrées en force³⁰³ et valables³⁰⁴. Ces conditions sont interprétées de manière très stricte par les tribunaux. Ainsi, par exemple, le Tribunal fédéral a confirmé l'acquiescement d'un failli qui avait dissimulé des biens lors d'une saisie, dans la mesure où, compte tenu de sa forme juridique, il aurait dû être soumis à la procédure de faillite et que, par conséquent, la saisie était nulle³⁰⁵. Autrement dit, il n'existe pas de disposition pénale permettant une incrimination des actes visés par les art. 163 ss CP avant que l'auteur ne tombe en faillite ou ne soit frappé d'une saisie, au risque que la situation de l'intéressé ne se péjore encore davantage jusqu'au prononcé de faillite ou à la délivrance d'un acte de défaut de biens. Ces dispositions ne jouent donc pas un rôle préventif suffisant ;
- elles ne sont applicables que si l'auteur a agi intentionnellement et avec une volonté de nuire. La grande difficulté consiste pour l'autorité de poursuite et de répression pénale à démontrer l'élément intentionnel ou à tout le moins le dol éventuel ou la négligence grave. En cas d'échec, seule une contravention entre en ligne de compte et l'auteur ne sera soumis qu'à l'art. 323 ch. 4 CP³⁰⁶. Il faut en outre que l'auteur soit animé de la volonté de créer un dommage aux créanciers. Dans ces conditions, la simple prodigalité inconsciente n'est pas punissable. Or, en pratique, il est aisé pour un gestionnaire indélicat de soutenir ne pas avoir accordé suffisamment d'attention à l'aspect administratif de son activité et d'avoir négligé dans ce cadre sa comptabilité ;
- elles créent des difficultés d'ordre probatoire, notamment en ce qui concerne l'élément moral, c'est-à-dire la nécessité de prouver l'intention de l'auteur, comme examiné ci-avant, si bien qu'un nombre très important de procédures sont clôturées par une ordonnance de classement³⁰⁷ ;
- les créanciers lésés ne sont pas admis à recourir au plan pénal³⁰⁸. Il est utile de rappeler au surplus que la qualité pour recourir est également subordonnée à la qualité de victime LAVI, soit avoir subi une lésion à son intégrité physique, psychique ou sexuelle et le dommage étant indirect, les tiers concernés n'ont pas la qualité de lésés (art. 115 al. 1 CPP).

³⁰³ ATF 109 Ib 317 = JdT 1985 IV 31 et CORBOZ, *op. cit.*, p. 500.

³⁰⁴ ATF 89 IV 77 = JdT 1963 IV 86 et HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 501 et les références citées.

³⁰⁵ ATF 70 IV 76 = JdT 1944 IV 109 et ATF 74 IV 95 = JdT 1948 IV 141. Voir également SCHWANDER, FJS 1128, p. 8.

³⁰⁶ ATF 93 IV 90 = JdT 1968 I 24.

³⁰⁷ Voir par exemple Arrêts du Tribunal fédéral 6B_73/2008 du 13 mars 2008 ; 6B_52/2009 du 6 février 2009 et 6B_853/2009 du 5 novembre 2009.

³⁰⁸ ATF 97 IV 16 = JdT 1971 IV 109. Pour des arrêts plus récents, voir par exemple : Arrêt du Tribunal fédéral 6B_509/2007 du 21 septembre 2007 ; 6B_179/2008 du 15 mars 2008 et 6B_736/2010 du 27 septembre 2010 : qualité pour recourir déniée à un plaignant lésé contre une ordonnance de non-lieu libérant l'auteur présumé d'une gestion déloyale ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_73/2008 du 13 mars 2008 consid. 3 : qualité pour recourir déniée à la masse en faillite d'une société anonyme lésée qui a déposé plainte pénale pour des infractions dans la faillite ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_936/2013 du 14 février 2014 consid. 1 : qualité pour recourir déniée à des créanciers contre une ordonnance de non-entrée en matière, faute pour eux de ne pas avoir suffisamment expliqué les prétentions civiles qu'ils ont fait valoir contre un débiteur intimé.

5.2 Solutions proposées

5.2.1 Création d'une infraction réprimant l'insolvabilité organisée

[Rz 80] En droit français, le Code pénal du 1^{er} mars 1994 (CP-F)³⁰⁹ contient un art. 314-7 dont la teneur est la suivante : « *Le fait, pour un débiteur, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité soit en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, soit en diminuant ou en dissimulant tout ou partie de ses revenus, soit en dissimulant certains de ses biens, en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45'000 euros d'amende* » (al. 1). « *Commet le même délit le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale qui organise ou aggrave l'insolvabilité de celle-ci dans les conditions définies à l'alinéa précédent en vue de la soustraire aux obligations pécuniaires résultant d'une condamnation prononcée en matière pénale, délictuelle ou quasi délictuelle* » (al. 2). Cette disposition appelle les commentaires ci-après.

[Rz 81] L'insolvabilité au sens de la loi pénale française « *consiste, de la part de débiteurs se refusant à payer ce qu'ils doivent ou devront à autrui, à dissimuler leurs biens, ou les mettre au nom de proches, afin de se rendre insolvable et d'échapper ainsi à toute saisie* »³¹⁰. Il faut préciser à cet égard que, contrairement à ce qui prévaut en droit suisse, l'ordre juridique français ne permet pas de mettre un sujet de droit en procédure d'exécution forcée (poursuites) sans disposer d'un jugement définitif et exécutoire, raison pour laquelle la règle pénale crée une possibilité d'incrimination en dehors de toute procédure judiciaire. La réalisation de l'infraction réprimée par l'art. 314-7 CP-F est subordonnée à l'existence ou l'imminence d'une décision judiciaire constatant la dette de l'auteur³¹¹, que cette décision émane d'une juridiction civile ou d'une juridiction pénale, soit une condamnation de nature patrimoniale, ce par quoi il faut entendre :

- la condamnation à payer une somme d'argent ;
- la condamnation à confiscation d'un bien ;
- la condamnation au paiement d'aliments (art. 314-9 CP-F) ;
- les conventions homologuées (ratifiées pour valoir jugement) portant obligation de verser des prestations, subsides ou contributions aux charges du mariage (art. 314-9 CP-F).

[Rz 82] L'organisation frauduleuse de l'insolvabilité peut être également réalisée par le dirigeant d'une personne morale, qu'il s'agisse d'un dirigeant de droit ou d'un dirigeant de fait, lorsqu'il organise son insolvabilité pour la faire échapper à une condamnation pécuniaire prononcée en matière pénale, délictuelle (responsabilité civile), ou quasi-délictuelle (art. 314-7 al. 2 CP-F).

[Rz 83] L'organisation frauduleuse de l'insolvabilité couvre également l'aggravation illicite de l'insolvabilité. Elle constitue en outre une infraction intentionnelle, ce qui implique qu'elle doit avoir été voulue par l'auteur³¹². En France, le concept du dol éventuel n'existe pas. Il appartient dès lors à l'autorité de poursuite et de répression pénale d'apporter la preuve de l'élément intentionnel, ce qui peut s'avérer difficile, car l'auteur peut soutenir que les actes qui lui sont reprochés

³⁰⁹Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 (JORF du 23 décembre 1992, p. 17568) ; ci-après : CP-F.

³¹⁰DOUCET, Dictionnaire de droit criminel, disponible à l'adresse Internet suivante : http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_i/lettre_i_ins.htm (consulté le 15 novembre 2014).

³¹¹MALABAT, Droit pénal spécial, Paris, 2013, p. 432.

³¹²MALABAT, *op. cit.*, p. 433.

sont imputables à des oublis ou à une mauvaise gestion, autrement dit invoquer la négligence. Le juge se forge cependant sa conviction en examinant la vraisemblance des arguments invoqués. Ainsi, l'auteur qui paie de lourdes charges foncières pour les propriétés qu'il a omis de déclarer ne peut se prévaloir d'un simple oubli ou celui qui gérait parfaitement son patrimoine ne peut que difficilement faire croire par la suite à des actes de mauvaise gestion³¹³.

[Rz 84] A titre d'exemples, nous mentionnons plusieurs décisions de juridictions pénales françaises. Selon la Cour de cassation, chambre criminelle, « *Caractérise en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnels, le délit d'organisation frauduleuse de son insolvabilité reproché au prévenu, la cour d'appel qui, pour déclarer l'intéressé coupable de ce délit, retient que celui-ci, deux mois avant l'audience d'un tribunal devant lequel il était poursuivi pour exercice illégal de la profession d'expert comptable et alors qu'il pouvait redouter d'être condamné par cette juridiction à des réparations civiles, a diminué l'actif de son capital en cédant sans contrepartie à sa compagne et au fils de celle-ci 60 % du capital d'une société civile immobilière dont il était jusqu'alors l'unique détenteur* »³¹⁴, ou la complicité de ce délit par le fait que « *la prévenue, en occultant son état de femme mariée, a aidé son mari à dissimuler ses biens et revenus en lui servant de prête-nom dans le cadre d'une société commerciale afin de permettre à celui-ci de se soustraire à diverses condamnations pécuniaires* »³¹⁵. Enfin, selon un jugement de la cour correctionnelle du Tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence, « *Constitue le délit d'insolvabilité frauduleuse le fait, pour une prévenue disposant d'une somme suffisante pour désintéresser son créancier, de se soustraire à une condamnation pécuniaire prononcée par une juridiction répressive en vendant son habitation et en dispersant son prix par son placement sur plusieurs comptes bancaires ouverts dans un autre département que celui de son domicile afin d'éviter le paiement* »³¹⁶.

[Rz 85] Il serait dès lors opportun d'introduire une disposition dans le Code pénal suisse qui, sur le modèle français, sanctionnerait les personnes qui organisent de manière volontaire l'insolvabilité de leur entreprise. Elle pourrait se situer entre l'art. 158 CP et les infractions commises dans le cadre de la faillite et avoir la teneur suivante :

« Art. 158bis Organisation frauduleuse de l'insolvabilité :

(al. 1) : « Le débiteur qui, même avant décision judiciaire constatant sa dette, aura organisé ou aggravé son insolvabilité

en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, sans cause ou contrepartie ;

en cédant tout ou partie de son actif à des prix inférieurs à ceux du marché, en accordant des remises de dettes ou rabais en violation de l'usage commercial ou de la pratique des affaires,

en dissimulant tout ou partie de ses revenus ;

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ Cass. crim., arrêt du 5 avril 2005 = GdP 30 octobre 2005, avec note de Y. MONNET.

³¹⁵ Cass. crim., arrêt du 11 décembre 1989 = Bul. crim. n° 471, p. 1149.

³¹⁶ TGI Aix-en-Provence, jugement du 26 novembre 1997 = JCP 1998 IV 1953.

en diminuant ses revenus, notamment par la renonciation à tout ou partie de sommes qui lui sont dues ou en limitant ou baissant sans cause le taux consacré à une activité lucrative ;

en dissimulant tout ou partie de ses biens ;

sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

(al. 2) : « Le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale qui, dans les mêmes conditions, aura organisé ou aggravé l'insolvabilité de celle-ci, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

(al. 3) : « Le complice qui, dans les mêmes conditions, se sera livré à ces agissements, de manière à causer un dommage aux créanciers, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq au plus ou d'une peine pécuniaire ».

(al. 4) : « En cas de faillite ou saisie du débiteur ou de la personne morale, le débiteur, le dirigeant de droit ou de fait de la personne morale et les personnes qui ont effectivement participé à la gestion de la personne morale ne pourront pas acquérir ces biens ».

(al. 5) : « La direction de la procédure peut condamner la personne bénéficiaire des valeurs reçues dans le cadre de l'al. 1 comme complice ou instigatrice de l'infraction, si les conditions de l'art. 24 ou 25 sont réalisées, et, le cas échéant, dire qu'elle est tenue solidairement, dans la limite des fonds ou de la valeur vénale des biens reçus à titre gratuit ou onéreux aux obligations pécuniaires résultant de la condamnation à l'exécution de laquelle l'auteur de l'infraction a voulu se soustraire ».

[Rz 86] Cette proposition appelle plusieurs remarques :

- la notion d'insolvabilité à laquelle se réfère le projet de disposition ci-dessus vise à **protéger les créanciers en dehors de toute procédure de faillite ou de saisie** et va dans le sens des recommandations formulées par une partie récente de la doctrine³¹⁷ ;
- la proposition d'article ne suppose pas que le débiteur se trouve en état de surendettement. L'infraction est intentionnelle et le dol éventuel suffit. La sanction peut donc frapper celui qui, par exemple, dissimule des biens lui appartenant ou les met en propriété au nom d'un tiers ou encore refuse d'exercer un travail à temps complet ou à un taux plus élevé, alors qu'une telle activité peut être raisonnablement et objectivement exigible de sa part, ou qui décide de son propre chef de diminuer son taux d'activité ;
- ensuite, l'incrimination du fait d'augmenter son passif ou de diminuer son actif, indépendamment d'une décision de faillite ou de saisie entrée en force, pourrait avoir comme conséquence de privilégier les créanciers antérieurs et les créanciers de droit public, cela en violation d'un

³¹⁷ BUTTICAZ, La notion d'insolvabilité en droit suisse, Thèse, Zurich, 2011, §§ 527 ss : qui propose de regrouper sous le concept d'insolence [insolvency] toutes les difficultés financières d'une manière générale, notamment le surendettement et l'insolvabilité telle que définie par les différentes dispositions applicables en droit suisse.

principe cardinal de droit suisse selon lequel tous les créanciers d'un même débiteur sont sur pied d'égalité, à l'exception de ceux bénéficiant de privilèges institués par la loi (voir les art. 812 ss et 886 CC et 126 et 219 al. 1 à 3 LP). Il n'est pas contesté que cette problématique peut constituer un effet collatéral indésirable, mais comme mentionné ci-avant, elle poursuit un but d'intérêt public qui vise à protéger l'ensemble des créanciers en dehors de toute procédure de faillite ou de saisie, solution au demeurant préconisée par la doctrine récente, et surtout poursuit un objectif préventif qui consiste à punir des actes préparatoires à une déconvenue financière et les conséquences qui en découlent systématiquement, à savoir une insuffisance d'actifs constatée dans la procédure de faillite ne permettant pas de désintéresser les créanciers, y compris les créanciers institutionnels ;

- enfin, peut entrer en considération une incrimination au titre de complice des personnes qui ont participé dans les limites et les conditions prévues par l'art. 24 ou 25 CP à l'organisation frauduleuse et à la cession des biens ou valeurs du débiteur et, si elles en ont bénéficié, des libéralités accordées indûment par l'auteur principal. Il peut s'agir par exemple de l'épouse à laquelle le gérant d'une Sàrl aurait cédé sans contrepartie un véhicule automobile appartenant à la société.

[Rz 87] A partir de là, il serait nécessaire de modifier la teneur de l'art. 286 LP pour tenir compte de l'introduction de l'incrimination de l'insolvabilité organisée. Il est précisé ici que les conditions de base de l'action révocatoire, à savoir la nécessité de l'ouverture ou la déclaration de la faillite ou la saisie, ne doivent pas être modifiées, même si les actes visés par la disposition précitée prévoient la possibilité d'une incrimination indépendamment d'une déclaration de faillite ou de la délivrance d'un acte de défaut de biens, car il s'agit ici d'éviter des effets indésirables d'une norme autorisant à tout créancier d'obtenir la révocation de tout acte qui serait susceptible de porter préjudice à ses intérêts. De plus, se pose également la question d'introduire un article, par exemple dans l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC)³¹⁸, afin d'interdire au débiteur en faillite et aux personnes qui ont effectivement participé à la gestion de l'entreprise et fait l'objet d'une condamnation pénale pour des faits visés par l'une ou l'autre des infractions examinées ci-avant, de s'inscrire pendant une durée limitée comme titulaire d'une raison individuelle, associé-gérant d'une société à responsabilité limitée ou d'une autre forme de société commerciale ou administrateur d'une société anonyme ou d'une société coopérative. En effet, la fonction du RC est de constituer et d'identifier les entités juridiques ainsi que d'enregistrer et publier les faits juridiquement pertinents afin de garantir la sécurité du droit et la protection de tiers dans le cadre des normes impératives du droit privé (art. 1^{er} ORC). Cependant, l'examen par le préposé et ses auxiliaires consiste à vérifier si les conditions prévues sont remplies et, en particulier, si la réquisition et les pièces ont le contenu exigé par la loi et l'ordonnance et ne contredisent pas de dispositions impératives (art. 28 ORC). Il suit de là qu'il n'appartient pas au registre du commerce d'examiner le passé judiciaire, civil ou pénal, d'un candidat à l'inscription sur le registre du commerce. L'introduction d'une telle disposition allant dans ce sens dans l'ORC ne serait d'ailleurs pas envisageable, faute de base légale suffisante dans le code des obligations. En revanche, il serait possible de compléter et préciser le dispositif prévu par l'art. 67 CP qui crée une base légale autorisant le juge pénal à prononcer à l'encontre de l'auteur d'un crime ou d'un délit commis dans l'exercice d'une profession. Il est dès lors proposé de compléter la disposition

³¹⁸ORC ; RS 221.411.

précitée en y incluant un alinéa concernant les titulaires de raisons individuelles, les gérants de sociétés commerciales ou les administrateurs de sociétés anonymes ou de sociétés coopératives et leur faisant interdiction de pratiquer une telle activité pendant une durée déterminée³¹⁹.

5.2.2 Analyse sous l'angle des droits constitutionnels

[Rz 88] Le principe de la légalité ancré en l'art. 5 al. 2 Cst. concerne directement les relations entre l'Etat et les administrés, et plus précisément la question de la délimitation de la sphère des attributions étatiques par rapport à celle des activités privées, c'est-à-dire des libres interventions de la puissance publique. Toute activité étatique doit avoir un fondement dans la loi. D'une part, les attributions administratives doivent être créées par la loi. Il ne peut y avoir de compétences étatiques en dehors de celles qui sont fixées par la loi. D'autre part, les attributions étatiques doivent être exercées selon les modalités déterminées par la loi³²⁰. Le principe de la légalité revêt une importance cardinale en droit pénal, car l'art. 1^{er} CP subordonne la poursuite pénale à l'existence d'une infraction définie par la loi. La jurisprudence admet qu'une base légale au sens matériel peut suffire, c'est-à-dire une norme générale et abstraite, qui doit toutefois être conforme à la Constitution³²¹. En l'occurrence, l'incrimination de l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité reposerait sur une base légale formelle. Il faut cependant examiner la question de la conformité au droit constitutionnel. Dans le cas d'espèce, l'article proposé ne rentre en conflit ni avec les droits constitutionnels, ni avec les autres dispositions pénales et il poursuit un intérêt public à la protection des créanciers, y compris des institutions ou des entités chargées de l'application de la législation sur les assurances sociales.

[Rz 89] Selon l'art. 27 Cst., la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique privée et son libre exercice. Cette liberté protège toute activité économique lucrative exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu³²². Les dérogations à la liberté économique doivent notamment être justifiées par un intérêt public prépondérant, la loi pénale ne devant réprimer que certains excès et manifestations de l'activité lucrative³²³ ou permettre la cessation de la commission d'activités économiques illégales³²⁴. Or, dans le cadre de la proposition de réglementation ci-avant, il s'agit précisément de prévenir l'intérêt des tiers et des collectivités à ce qu'un débiteur ne se mette pas en état d'insolvabilité, par des manœuvres délibérées pour échapper à leurs prétentions. La norme vise ainsi à protéger, d'une part, les créanciers institutionnels tels que le fisc, les caisses de compensation ou les caisses de pension et, de l'autre, les créanciers privés.

³¹⁹Il est utile de préciser que l'art. 67 CP et diverses autres dispositions du code pénal ont été modifiées par la loi fédérale du 13 décembre 2013 sur l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs, RO 2013 2055 ss) avec effet au 1^{er} janvier 2015, le délai référendaire n'ayant pas été utilisé.

³²⁰MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Berne, 2012, 3^{ème} éd., p. 650.

³²¹MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif., *op. cit.*, p. 654.

³²²Arrêts du Tribunal fédéral 2C_450/2007 du 12 novembre 2007 consid. 2.1 et 2P.172/2001 du 16 avril 2002 consid. 2.1 et ATF 118 Ia 175 consid. 1 ; voir également FF 1997 I 176ss.

³²³ATF 137 I 167 consid. 3.1.

³²⁴Arrêts du Tribunal fédéral 1B_422/2013 du 13 février 2014 et 1P.47/2003 du 17 mars 2003 consid. 3.2

6 Bilan et perspective

[Rz 90] En l'état, la législation suisse ne paraît pas suffisante pour lutter efficacement contre les personnes qui organisent de manière consciente et volontaire l'insolvabilité de leur entreprise. Il en va ainsi dans les domaines de la concurrence déloyale, des poursuites et de la faillite et du droit pénal, pour les raisons que nous avons évoquées dans le cadre du présent exposé, il nous paraît nécessaire que des compléments soient apportés dans le dispositif légal et réglementaire actuel. Pour le maintien d'une concurrence efficace, la préservation des créances des entités publiques et des assurances sociales ainsi que des partenaires en affaires et des travailleurs.

[Rz 91] Il est évident que l'introduction de nouvelles dispositions dans le sens de ce que nous proposons n'ira pas sans poser de problèmes, notamment parce qu'elles sont susceptibles de créer des restrictions à la liberté économique et qu'elles ne permettront pas de mettre un terme définitif au comportement des « *serial failers* ». Cependant, la création d'une infraction incriminant l'organisation volontaire de l'insolvabilité poursuit un but préventif et tend à permettre au juge pénal de mettre un terme à des opérations précipitant la déconfiture d'une entreprise, sans avoir attendu le dépôt de bilan et la liquidation de la faillite. L'article proposé ne constitue pas une nouveauté puisqu'il s'inspire en grande partie d'une disposition appliquée depuis plusieurs décennies en droit français sans grandes difficultés. Quant aux propositions de dispositions qui restreignent l'accès des personnes ayant concouru à la perte de leur entreprise, elles poursuivent également des objectifs de protection et plus précisément celui d'empêcher la récidive. Bien entendu, il appartiendra au juge pénal d'examiner chaque cas d'espèce pour déterminer si les conditions d'une incrimination en raison d'une insolvabilité organisée sont réalisées, afin de ne pas condamner les administrateurs ou les gérants qui ont respecté les diligences auxquelles ils sont soumis.

DAVID EQUEY, Maîtrise en droit — DEA droit, HEC, IPSC nouvelles technologies — CAS en magistrature — titulaire du brevet d'avocat — doctorant.

L'auteur travaille comme chef du Service juridique de la Fédération vaudoise des entrepreneurs. Il ne s'exprime ici qu'en son nom personnel et ne saurait engager l'entité précitée par ses propos. Il tient ici à exprimer ses remerciements à Mme Patricia Pereira, juriste, pour les recherches effectuées en vue de la rédaction de la présente contribution.



Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Herr David Rüetschi
Bundesrain 20
3003 Bern

unser Zeichen St
Zürich, 12. August 2015

Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuld- betreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Sehr geehrter Herr Rüetschi
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, uns an der Vernehmlassung in der oben stehenden Sache beteiligen zu können. Gerne nehmen wir dazu in der gesetzten Frist wie folgt Stellung.

1. Ausgangslage

Der Hauseigentümergebiet Schweiz (HEV) anerkennt grundsätzlich den Handlungsbedarf bei der Verhinderung missbräuchlicher Konkurse. Wurde das Konkursverfahren über eine Gesellschaft mangels Aktiven eingestellt und die Gesellschaft anschliessend liquidiert und gelöscht, so sind besonders in der Baubranche oftmals nicht nur die Konkurrenten unterboten und die Gläubiger geschädigt, sondern auch für private Bauherren wird es de facto unmöglich, die vereinbarten Leistungen erfolgreich einzufordern. Dies betrifft namentlich Leistungsansprüche aus dem Garantierecht, aber auch vertraglich vereinbarte primäre Leistungsansprüche. Auch aus diesen Gründen gilt es, die missbräuchlichen Konkurse zu verhindern.

Im Vordergrund stehen zwei Problemkreise des Bundesgesetzes über Schuld-
betreibung und Konkurs (SchKG). Einerseits stellen die hohen Rechtsverfolgungskosten ein Hindernis dar, das beseitigt werden muss, und andererseits sind die verspäteten Konkursöffnungen zu verhindern. Letztere haben oft zur Folge, dass der Konkurs dann mangels Aktiven eingestellt werden muss. Dies ist stossend, denn die Rückabwicklung missbräuchlicher Transaktionen hängt von der Durchführung eines Konkursverfahrens ab.

2. Stellungnahme zu den vorgeschlagenen Massnahmen

2.1. Erlass der Kostentragungspflicht (nicht aber der Vorschusspflicht) des antragstellenden Gläubigers

Diese vorgeschlagene Massnahme geht zu wenig weit, denn, wie der Bericht selbst erwähnt, ändert sich in der Praxis für die antragstellende Partei (Gläubiger) wenig. Diese muss nach wie vor „Geld in die Hand“ nehmen und das Kostenrisiko verbleibt weiterhin beim antragstellenden Gläubiger. Nach wie vor ist nicht einzusehen, weshalb ein einziger Gläubiger als „Winkelried“ das Risiko zu Gunsten der anderen beteiligten Gläubiger eingehen sollte. Die Begründung für die vorgeschlagene Massnahme, dass so weiterhin keine Konkurse durchgeführt würden, bei denen entweder niemand geschädigt würde oder aber ohnehin keine Vermögenswerte (auch nicht bei den Organen) vorhanden seien, überzeugt nicht. Auch aus den Anhörungen und Rückmeldungen betroffener und interessierter Kreise geht eindeutig und häufig an erster Stelle hervor, dass die heutige Situation bei der Verteilung der Rechtsverfolgungskosten und des Prozessaufwandes stossend und ungerecht ist.

Erstens ist nicht ersichtlich, weshalb ein Gläubiger ein Konkursverfahren beantragen sollte, wenn niemand geschädigt wurde oder aber keine Vermögenswerte vorhanden sind. Diese Behauptung im Bericht gilt es zu substantiieren und wird bis dahin bestritten. So deutet zum Beispiel die sehr niedrige Zahl von reinen Schikanebetreibungen darauf hin, dass Gläubiger nicht missbräuchlich Konkurse einleiten werden. Sodann besteht immer noch die Möglichkeit, über die Bestimmungen des Rechtsmissbrauchs den Antrag eines Gläubigers abzulehnen. Missbrauch soll keinen Rechtsschutz finden. Wo aber kein Missbrauch vorliegt, ist nicht einzusehen, weshalb ein einziger Gläubiger das Risiko zu tragen hat.

Zweitens: Die Möglichkeit, die letzten eingetragenen Organe persönlich haften zu lassen, ist grundsätzlich begrüssenswert (vgl. dazu unten 2.2.), doch wird gerade bei missbräuchlichen Konkursen der Schuldner zu vermeiden wissen, persönliches Vermögen zu haben. Anders gesagt, es gibt auch dafür zahlreiche Umgehungsmöglichkeiten, die dazu führen, dass der antragstellende Gläubiger nach wie vor als armer Tor dasteht. In der Praxis dürfte somit das Kostenrisiko nicht reduziert werden. Vielmehr wird es auch mit der vorgeschlagenen Lösung weiterhin aus nachvollziehbaren Gründen so sein, dass die Gläubiger das Kostenrisiko nicht tragen wollen, da ungewiss bleibt, ob sie überhaupt etwas erhalten und die Kosten des Verfahrens gedeckt werden. An der stossenden rechtlichen Lage wird sich im Resultat daher kaum etwas ändern.

Drittens ist es nicht Ziel der vorliegenden Revision, die Allgemeinheit von vielen Konkurskostenausfällen zu entlasten, sondern die Stellung des Gläubigers bei missbräuchlichen Konkursen zu stärken.

Viertens sind die Gläubiger vom Kostenrisiko zu befreien, auch wenn dafür die öffentliche Hand für gewisse Kosten aufkommen muss. Es ist (Kern-)Aufgabe eines jeden funktionierenden Rechtsstaates dafür zu sorgen, dass ein Gläubiger zu seinem Recht kommt. Der Rechtsanspruch entspringt einer Rechtsordnung, welche oftmals auch vom selben Staat geschaffen wurde. Den Rechtssubjekten wird vom Staat sozusagen die Rechtsordnung als Mittel in die Hand gegeben, um ihre Rechtsbeziehungen unter einander zu regeln. Es ist daher stossend (wenn nicht gar etwas zynisch), wenn der Staat zwar den Rechtsanspruch in seiner Rechtsordnung vorsieht, derselbe Staat aber bei der Rechtsdurchsetzung aus Kostengründen

kneift. Möglicherweise mussten schon Kosten für ein Gerichtsverfahren vorgeschossen werden und nun soll für den Vollzug nochmals ein Kostenvorschuss bezahlt werden. Wird das Vertrauen in den Vollzug aus Kostengründen geschwächt, so führt dies in letzter Konsequenz zur Selbstjustiz bzw. zur Beauftragung privater Inkassobüros. Dieser Tendenz gilt es dezidiert entgegen zu treten und das Vertrauen in den Rechtsstaat zu stärken. Dieses Anliegen deckt sich auch mit dem angegebenen Ziel der vorliegenden Reform, nämlich eine generalpräventive Wirkung zu erzielen.

Fazit: Um wirksame Abhilfe zu schaffen und eine möglichst frühe Anrufung des Konkursrichters zu ermöglichen, sind die Gläubiger ganz vom Kostenrisiko zu entlasten.

Antrag HEV: Gläubiger sind gänzlich vom Kostenrisiko zu entlasten.

Art. 169

[4. Haftung für die Konkurskosten]

¹ ~~Wer das Konkursbegehren stellt, haftet für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldenruf (Art. 232) entstehen. Die Kosten für das Konkursbegehren bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230) oder bis zum Schuldenruf (Art. 232) sind vom Konkursamt vorzuschüssen.~~

2.2. Persönliche solidarische Haftung der Organe des Gemeinschuldners für den Konkurskosten- und den Vorschussausfall

Der HEV begrüsst die geplante solidarische Haftung für einen Ausfall der letzten von der Gesellschaft eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans des Schuldners. Dies vor allem dann, wenn diese nicht nachweisen, dass sie kein Verschulden trifft, insbesondere, dass sie ihre Pflichten nach Art. 725 und 725a OR nicht absichtlich oder fahrlässig verletzt haben. Obwohl sich in der Praxis auch dafür zahlreiche Umgehungsmöglichkeiten bieten, ist es ein Schritt in die richtige Richtung. Anders als vorgeschlagen soll das Konkursamt (und nicht der antragstellende Gläubiger) die Möglichkeit erhalten, die Kosten des Verfahrens beim Verursacher (Gemeinschuldner) gegebenenfalls mit der persönlichen Haftung der letzten eingetragenen Organe einzufordern. Dies, verbunden mit der Solidarhaftung der juristischen Person, reduziert das Ausfallrisiko für das Konkursamt und letztlich für die Allgemeinheit.

Antrag HEV: Der Haftungsdurchgriff mit Haftungsvermutung ist unter Vorbehalt der nachstehenden Änderungen ins SchKG aufzunehmen.

Art. 169

[4. Haftung für die Konkurskosten]

² ~~Das Gericht kann von dem Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen. Ist der Schuldner eine juristische Person, so haften die letzten von der Gesellschaft eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans des Schuldners dem Konkursamt, das den Kostenvorschuss geleistet hat, solidarisch für einen~~

Ausfall, sofern diese nicht nachweisen, dass sie kein Verschulden trifft, insbesondere, dass sie ihre Pflichten nach Art. 725 und 725a OR nicht absichtlich oder fahrlässig verletzt haben.

2.3. Verlängerung der Zahlungsfrist von Art. 230 Abs. 2 SchKG

Der HEV begrüsst die Verlängerung der bisher zehntägigen Frist auf zwanzig Tage.

Antrag HEV: Die Verlängerung der Frist ist unter Vorbehalt der nachstehenden Änderungen ins SchKG aufzunehmen.

Art. 230

[Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven 1. Im allgemeinen]

¹ *Reicht die Konkursmasse **sowie das Vermögen der letzten von der Gesellschaft eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans des Schuldners voraussichtlich nicht aus**, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken, so verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens.*

² *Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich bekannt. In der Publikation weist es darauf hin, dass das Verfahren geschlossen wird, wenn nicht innert **zehn zwanzig** Tagen ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten leistet. **Der Gläubiger kann nach Art. 169 Abs. 2 vorgehen.***

3. Anpassung von Art. 725 ff. OR

Der Bericht lehnt eine Anpassung von Art. 725 ff. OR unter Hinweis auf die Vernehmlassungsvorlage für eine Modernisierung des Aktienrechts vom 28. November 2014 ab. In die Vorlage seien auch die Vorschläge der Expertengruppe «Sanierung im Obligationenrecht» eingeflossen. Diese würden eine umfassende Reform der Artikel 725 ff. OR vorsehen. Darin sei namentlich die Einführung von «Frühindikatoren» vorgesehen, zugleich werde die Pflicht zur engeren Überwachung der Finanzlage verdeutlicht. Die konsequente Einhaltung der neu vorgesehenen Verpflichtung schliesse eine «mittellose» Überschuldungsanzeige an sich aus. Es werde daher – unter Hinweis auf die genannten Bestimmungen, welche aus Sicht des Missbrauchsschutzes zu begrüessen seien – auf eine zusätzliche Regelung im Rahmen dieser Vorlage verzichtet.

Diese Einschätzung ist nur teilweise zutreffend. Die erwähnten erweiterten Pflichten bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit, dem Kapitalverlust oder der Überschuldung sagen nichts darüber aus, ob tatsächlich noch genügend Mittel für ein allfälliges Konkurs- oder Nachlassverfahren vorhanden sind. Auch wenn die erweiterten Handlungspflichten die Wahrscheinlichkeit, dass noch genügend Mittel für ein allfälliges Konkurs- oder Nachlassverfahren vorhanden sind, erhöht, wird dies nirgends ausdrücklich verlangt. Um aber sicher zu stellen, dass für ein allfälliges Konkurs- oder Nachlassverfahren noch genügend Mittel vorhanden sind, ist daher de lege lata zusätzlich zu den erweiterten Handlungspflichten die verworfene Massnahme in Art. 725 OR einzufügen.

Antrag HEV: Art. 725 OR ist wie folgt anzupassen:

Art. 725 OR

[VII. Kapitalverlust und Überschuldung 1. Anzeigepflichten]

¹

...

² Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. **Die Anzeige hat aber spätestens dann zu erfolgen, wenn bei Unterlassung nicht mehr genügend Mittel vorhanden sein könnten, um ein allfälliges Konkurs- oder Nachlassverfahren zu finanzieren.**

³

....

4. Schlussfolgerung

Abschliessend sei nochmals erwähnt, dass die Hürde der hohen Rechtsverfolgungskosten gesenkt werden muss. Dazu ist dem antragstellenden Gläubiger die Kosten sowie die Haftung für die Kosten zu erlassen. Vielmehr ist es angezeigt, dass das Konkursamt die entstandenen Kosten beim Schuldner eintreibt. Dazu soll das SchKG in dem Sinn angepasst werden, dass die letzten von der Gesellschaft eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans des Schuldners solidarisch für einen Ausfall haften, sofern diese nicht nachweisen, dass sie kein Verschulden trifft, insbesondere, dass sie ihre Pflichten nach Art. 725 und 725a OR nicht absichtlich oder fahrlässig verletzt haben. Art. 725 OR ist so anzupassen, dass die Anzeige spätestens dann erfolgt, wenn bei Unterlassung nicht mehr genügend Mittel vorhanden sein könnten, um ein allfälliges Konkurs- und Nachlassverfahren zu finanzieren.

Besten Dank für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Hauseigentümerverband Schweiz



NR Hans Egloff
Präsident



Pavlo Stathakis
Rechtsanwalt



Poststrasse 25, 3071 Ostermundigen

Bundesamt für Justiz
Herr Dr. D. Rüetschi
Bundesrain 20
3003 Bern

3071 Ostermundigen, 31. Juli 2015

Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbe- treibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Sehr geehrter Herr Dr. Rüetschi,
sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, uns zum Entwurf in oben erwähnter Sache äussern zu können.

Vorbemerkung

Die Absicht, etwas gegen die Missbräuche des Konkursverfahrens zu unternehmen, wird von unseren Verbandsmitgliedern unisono begrüsst. Kein Mitglied ist allerdings der Meinung, dass die drei vorgeschlagenen Gesetzesänderungen eine merkliche Verbesserung der heutigen Situation bewirken können.

Zu Art. 43 Ziff. 1 – 1^{bis} ESchKG:

Bezüglich der Folgen einer Aufhebung der beiden erwähnten Bestimmungen sind die Meinungen in unserem Verband unterschiedlich. Insbesondere zahlreiche Betreibungsbeamtinnen und -beamte sehen in diesen Bestimmungen die Chance der Schuldnerinnen, vorübergehend in Schieflage geratene Finanzen im Laufe des Pfändungsverfahrens wieder zu ordnen und einen Konkurs zu vermeiden. Demgegenüber betrachten Konkursbeamtinnen und -beamte im Einklang mit der Eidgenössischen Steuerverwaltung, dem SECO (Arbeitslosen- und Insolvenzversicherung), dem Sicherheitsfonds und der Zentralen Ausgleichsstelle (erläuternder Bericht S. 4 f.) die heutige Regelung vor allem als Möglichkeit der obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane, die Konkurseröffnung zu verschleppen und trotz Pfändungen oder gar Verlustscheinen den Betrieb weiterzuführen und auf diese Weise weitere Schulden anzuhäufen. Sicherlich kommen beide Szenarien – allerdings in quantitativ jeweils unbekanntem Ausmass – vor. Welche Situation nun in erster Linie vermieden werden soll, ist ebenso eine politische Frage, wie diejenige nach der Bedeutung befürchteter negativer Folgen für das Gemeinwesen (mehr Debitorenverluste, Vorschusspflicht für Verfahrenskosten usw.). Vorgeschlagen wurde deshalb auch, die Wahl der Verfahrensart dem Gläubiger zu überlassen, was ein situationsgerechtes Vorgehen ermöglichen würde.

Klar ist jedenfalls, dass diese Bestimmung keinen Verantwortlichen davon abhalten kann und wird, nach einer allenfalls schnelleren Konkursöffnung über die bisherige Gesellschaft eine neue zu gründen und den bisherigen Betrieb mit einer neuen Gesellschaft weiter zu führen.

Zu Art. 169 ESchKG:

Der erläuternde Bericht (S. 6 f.) kann den Eindruck erwecken, neu müsse der Schuldner bzw. die Konkursmasse und nicht mehr der Gläubiger die Kosten des Konkursverfahrens bis zur Einstellung mangels Aktiven tragen. Die Kosten werden jedoch bereits heute aus allenfalls noch vorhandenen Massemitteln bezahlt, und der Gläubiger muss nur die ungedeckt gebliebenen Kosten begleichen. Mit anderen Worten ändert sich diesbezüglich in der Praxis nichts. Neu ist einzig, dass der Gläubiger oder das Konkursamt für entsprechende vor- oder nachschüssig bezahlte Kosten die Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans soll in Anspruch nehmen können.

Ob sich Gläubiger tatsächlich häufiger oder schneller als heute zur Stellung des Konkursbegehrens entschliessen werden, weil sie im Falle einer Begleichung entsprechender Kosten die Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans der Konkursitin in Anspruch nehmen können, erscheint sehr unwahrscheinlich. Zu gross ist das Risiko, am Schluss auch bei den Verantwortlichen kein Geld zu erhalten. Ebenso wenig kann erwartet werden, dass sich die Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans aufgrund einer persönlichen Haftpflicht für die Kosten bis zur Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven dazu bewegen lassen, den Konkurs früher anzumelden, d.h. solange noch nennenswerte liquide Mittel vorhanden sind. Wer etwas zu verbergen oder Ansprüche zu befürchten hat, wird weiterhin alles Interesse daran haben, die Gesellschaft möglichst ohne jegliche Aktiven zu hinterlassen, damit es ja nicht zur Durchführung des Konkursverfahrens kommt. Die Haftpflicht für in der Regel einen Betrag von maximal CHF 2'000.00 ist im Vergleich zur Summe allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche derart unbedeutend, dass eine solche Haftung an der heutigen Situation mit Sicherheit nichts zu ändern vermöchte. Diese Haftpflicht wird aus demselben Grund schon gar nicht dazu führen, dass die Verantwortlichen veranlasst würden, sogar genügend Mittel für die Durchführung eines summarischen Konkursverfahrens in der insolventen Gesellschaft zu belassen. Unnötig ist sodann die Möglichkeit, sich dieser in aller Regel bescheidenen Haftung noch entschlagen zu können. Diese treibt lediglich das Risiko für den Gläubiger nach oben und hält diese damit vom gewünschten Verhalten ab.

Im Übrigen haben Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans, welche im Ausland wohnen, faktisch nichts zu befürchten. Eine „vorgezogene Entsorgungsgebühr“ wäre deshalb durchaus für Gesellschaften angezeigt, bei welchen *alle* Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans im Ausland wohnhaft sind. Das Argument der Kapitalbindung überzeugt zudem wenig, geht es doch um einen im Einzelfall recht geringen Betrag und zudem wären auch Instrumente analog denjenigen, wie sie die „SC, SwissCaution SA“ für Mietzinskautionen anbietet, denkbar.

Ein positiver und begrüssenswerter (Neben)Effekt wäre hingegen bei den Konkursverfahren nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR zu erwarten. Die Demission und die daraus resultierende gerichtliche Auflösung der Gesellschaft ist einerseits ein beliebter Weg um die Liquidationsvorschriften zu umgehen und andererseits um die kostenfreie Liquidation einer Gesellschaft durch den Staat zu erwirken. Auch diese erwünschte Wirkung ist aber nur mit einer Änderung des Entwurfs zu erzielen. Nicht nur die im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans sollten für die Kosten haften, sondern auch diejenigen, welche zuletzt ausgeschieden sind. Schliesslich sollte auch nicht einfach das Prinzip „den Letzten beissen die Hunde“ gelten, was erfordert, dass zusätzlich überhaupt alle Mitglieder haften sollten, welche sich bspw. erst im Laufe des letzten Jahres vor der Konkursöffnung bzw. der Anordnung der konkursamtlichen Liquidation haben löschen lassen.

Nicht zu übersehen ist schliesslich, dass die raschere Eröffnung des Konkurses über eine Gesellschaft mit laufend wachsenden Schulden zwar aus Sicht aller künftigen Gläubiger zu begrüessen ist, aber nicht verhindert, dass die Verantwortlichen eine neue Gesellschaft gründen und mit dieser faktisch den Betrieb fortführen können, ohne dass sie mit mehr als den Kosten bis zur Verfahrenseinstellung belastet würden.

Zu Art. 230 Abs. 2 SchKG:

Als dritte Gesetzesänderung wird vorgeschlagen, dass die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses zur Durchführung des Konkurses von 10 auf 20 Tage erhöht wird. Gemäss der Erfahrung der Konkursämter ist es ausserordentlich selten, dass ein Gläubiger gewillt ist, den Vorschuss für die Durchführung eines summarischen Verfahrens zu bezahlen. Aufgrund der Kontakte mit den Gläubigern ist auch klar, dass nicht die Frist das wahre Hemmnis für die Vorschussleistung ist, sondern die Aussicht, nebst dem verlorenen noch weiteres Geld in den Sand zu setzen. Für die Konkursverwaltungen kommt es hingegen immer mal wieder vor, dass bspw. aufgrund von Streitsituationen um Konkursaktiven (Retentionsrechte, Aussonderungen etc.) möglichst rasch ein Entscheid über die Frage der Durchführung des Konkurses herbeigeführt werden muss. Aus unserer Sicht erscheint die vorgesehene Änderung deshalb unnötig bis potentiell schädlich und wird einhellig abgelehnt. Um beiden Anliegen Rechnung zu tragen, könnte die Bestimmung allenfalls auch in der Weise modifiziert werden, dass das Konkursamt die Frist festlegt, was es insbesondere ermöglichen würde, sie erforderlichenfalls zu verlängern.

Vorschläge

Wie bereits erwähnt, wird die Absicht der Revisionsvorlage begrüsst, die vorgeschlagene Umsetzung aber als ungenügend bis unwirksam betrachtet. Es ist offensichtlich, dass auch Radikallösungen wie etwa ein Verbot, sich nach zwei Konkursen noch als Organ einer juristischen Person im Handelsregister eintragen zu lassen, keine Lösung brächten. Bereits heute verstehen es entsprechende Personen, aus ihrem Verwandten- und Bekanntenkreis Strohleute zu rekrutieren.

Das geltende Konkursrecht geht davon aus, dass die Gläubiger ihre Interessen im Konkurs selbst wahrnehmen. Wie bereits der erläuternde Bericht ausführt, ist in der Praxis aber kaum ein Gläubiger bereit, im Konkursfall Zeit oder gar Geld zu investieren, um seine Ansprüche durchzusetzen (erläuternder Bericht S. 4). Angesichts der heute von den Gläubigern und den Konkursämtern zu überwindenden Beweis- und Kostenrisiken, kann es nicht erstaunen, dass erstere nichts unternehmen wollen und letztere mangels finanzieller Mittel und Beweisen nichts unternehmen können. Aus Sicht der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz müssten deshalb insbesondere die Risiken bei der Verfolgung von Ansprüchen gegenüber den Mitgliedern des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans verringert werden. Ausgangspunkt müsste an sich in jedem Konkursverfahren die bis praktisch zur Konkurseröffnung geführte Buchhaltung sein. Allerdings ist der Anteil der Fälle, in welcher eine solche Buchhaltung inkl. Belegen vorgelegt wird, gering. Wird eine Buchhaltung vorgelegt, ist diese oft unvollständig bis fragmentarisch, und endet meist Monate vor der Konkurseröffnung, was jeweils mit den fehlenden Mitteln für die Bezahlung des Buchhalters begründet wird. Die Buchhaltung ist nun aber für die Verfolgung der Geldflüsse und die Prüfung einer Verantwortlichkeit unabdingbar.

Wer mit Hilfe einer juristischen Person sein Haftungsrisiko für seine unternehmerischen Pläne auf Dritte abwälzen will, sollte dies im Gegenzug nur tun dürfen, wenn er die vorgeschriebene Buchhaltung auch tatsächlich führt. Um dieses Ziel zu erreichen, könnte eine Art Kausalhaftung statuiert werden, wonach alle Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans solidarisch für die Schulden der Gesellschaft haften, wenn bei Konkurseröffnung keine vollständige Buchhaltung vorgelegt wird. Denkbar wäre alternativ, die Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans in einem solchen Fall die Beweislast dafür tragen zu lassen, dass sie für die Schulden der Gesellschaft nicht verantwortlich sind. Eine derartige Regelung vermöchte den

nötigen Druck aufzubauen, damit jedes Mitglied des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans ein wirkliches Interesse daran hätte, dass eine Buchhaltung geführt und abgeliefert wird.

Weitere punktuelle Vorschläge wären die Einführung einer Haftbarkeit analog zu Art. 52 AHVG für die Ansprüche weiterer Gläubiger wie etwa die Arbeitslosenkasse, den Sicherheitsfonds BVG, die Unfallversicherung usw. sowie die nach Zustellung der Konkursandrohung von Amtes wegen erfolgende Aufnahme eines Güterverzeichnisses nach Art. 162 SchKG.

Stossend ist schliesslich auch die heutige Regelung, dass bei Einstellung mangels Aktiven (mit Ausnahme des Falles nach Art. 230a SchKG) auch die verwertbaren Aktiven und die nach Abzug der Kosten verbliebenen Gelder der Konkursitin den Mitgliedern des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans herausgegeben werden müssen. Es darf wohl angenommen werden, dass diese Werte nur in Ausnahmefällen den Gläubigern der Gesellschaft zukommen werden. Da wäre es wohl sinnvoller, alles zu verwerten und den Erlös einer Sozialversicherung zukommen zu lassen. In einzelnen erfolgreichen Verwertungsfällen dürfte dies sogar dazu führen, dass der Verwertungserlös unerwarteterweise für die Durchführung des eingestellten Verfahrens ausreicht, so dass dessen Wiedereröffnung beantragt werden könnte.

Zu guter Letzt ist nicht zu übersehen, dass es doch etliche Mitglieder der obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane juristischer Personen gibt, welche auch persönlich insolvent sind. Diese lassen sich teilweise durch eine zivilrechtliche Haftung nicht beeindrucken und können nur noch durch Strafbestimmungen von unerwünschtem Tun abgehalten werden. Der Nachweis strafbaren Verhaltens setzt aber oft ebenfalls wieder eine ordnungsgemäss geführte Buchhaltung voraus. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass Art. 166 StGB die Unterlassung der Buchführung nur dann annimmt, wenn daraus der Vermögensstand der Schuldnerin nicht oder nur unvollständig ersichtlich ist. Wie bereits erwähnt erscheint uns aber entscheidender, dass die Geldflüsse nachvollzogen werden können. Daraus werden nicht nur Anfechtungs- bzw. Haftungsansprüche, sondern auch strafbare Handlungen erkennbar. Der Taterfolg der Erkennbarkeit des Vermögensstandes sollte deshalb aus dieser Bestimmung gestrichen oder durch die Erkennbarkeit der Vermögensflüsse ersetzt werden.

Für die Kenntnisnahme unserer Ausführungen danken wir Ihnen im Voraus bestens.

Mit freundlichen Grüssen

Konferenz der Betreibungs- und
Konkursbeamten der Schweiz

Gerhard Kuhn, Sekretär

Roger Schober, Präsident



CH-3003 Berne, Forum PME

Par courriel

david.rueetschi@bj.admin.ch

Office fédéral de la justice
Unité Droit civil et procédure civile
Bundesrain 20
3003 Berne

Spécialiste: mup
Berne, 06.08.2015

Projet de modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite)

Madame, Monsieur,

Notre commission extraparlamentaire s'est penchée, lors de sa séance du 24 juin 2015, sur le projet mentionné en titre de modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Nous remercions M. le Prof. Rodrigo Rodriguez de votre office d'avoir participé à cette séance et d'y avoir présenté les différents aspects du projet. Conformément à son mandat, notre commission l'a examiné du point de vue des petites et moyennes entreprises (PME).

Nous soutenons pleinement et sans réserve ce projet, car les modifications proposées permettront de réduire les obstacles pratiques et juridiques auxquels les créanciers sont aujourd'hui parfois confrontés dans le cadre de procédures de faillite. Les adaptations limiteront l'usage abusif de la faillite, sans pour autant condamner la déroute économique ou empêcher les entreprises de s'assainir de leur propre initiative.

Nous soutenons par ailleurs, dans ce contexte, les mesures proposées dans le message du 15 avril 2015 concernant la modification du Code des obligations (droit du registre du commerce). Il y est prévu de mettre en place un registre central des personnes physiques inscrites au registre du commerce (registre central des personnes). Cette mesure améliorera à notre avis encore davantage la situation, car ce registre permettra d'identifier dans toute la Suisse les personnes physiques inscrites au registre du commerce. Cette nouveauté sera un moyen complémentaire efficace de lutte contre les abus, notamment par le biais de la responsabilité personnelle, contre le phénomène des faillis multirécidivistes.

Il serait à notre avis souhaitable, une fois que ces nouveautés auront été mises en place, de doter le registre du commerce d'une fonctionnalité supplémentaire reliant les personnes physiques aux différentes entités juridiques dans lesquelles elles ont exercé ou exercent une fonction en tant que membre de l'organe supérieur de direction ou d'administration. Il sera ainsi possible, comme le permettent déjà certains services privés sur la base des données contenues dans la FOOSC, d'identifier si une personne est impliquée dans une ou plusieurs

Forum PME
Holzikofenweg 36, 3003 Berne
Tél. +41 58 464 72 32, Fax +41 58 463 12 11
kmu-forum-pme@seco.admin.ch
www.forum-pme.ch

sociétés ayant fait faillite. Ces informations permettront aux différents acteurs économiques d'être plus prudents au moment de conclure des contrats.

Nous sommes pour les motifs évoqués ci-dessus favorables au projet mis en consultation et espérons vivement qu'il sera largement soutenu et approuvé. Nous espérons par ailleurs que la mise en place du registre central des personnes physiques inscrites au registre du commerce sera rapidement réalisée et que ses fonctionnalités seront élargies.

Avec nos meilleures salutations.



Dr. Eric Jakob
Co-Président du Forum PME
Ambassadeur, Chef de la promotion économique du
Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)

Copie à:

Office fédéral du registre du commerce (M. Nicholas Turin)



Motion Hess / Missbrauch des Konkursverfahrens Verhindern / Vernehmlassung Leiterin Konkursamt Aargau

Als Leiterin des Konkursamts Aargau sowie Konkursbeamtin des Kantons Aargau, musste ich leider in den vergangenen 15 Jahren ungezählte Fälle bearbeiten oder zur Kenntnis nehmen, bei denen zumindest der Verdacht eines Missbrauchs bestand. Die Höhe des für die Gläubiger vermeidbaren Schadens lässt sich nicht einmal annähernd abschätzen, da dazu keine Statistik erhoben wird und auch nicht erhoben werden kann. In all den Fällen, in denen ein Verfahren mangels Aktiven eingestellt werden muss, wird der entsprechende Verlust nicht durch Verlustscheine ausgewiesen und kann daher gar nicht beziffert werden.

Zu Ziff. 1.4

Es erstaunt nicht, dass die Anzahl der zur Anzeige gebrachten Missbrauchsfälle nur gering ist. Auf der einen Seite genügen die bekannten Fakten oft nicht, um überhaupt Strafanzeige zu erstatten. Auf der anderen Seite zeigt die Erfahrung, dass gerade schwerwiegende Delikte aufgrund der Beweislage durch die Strafuntersuchungsbehörde nicht vor Gericht gebracht und somit gar nicht geahndet werden. Leider müssen wohl gerade Strafverfahren, in denen die Angelegenheit sehr komplex ist und zumindest die Befürchtung besteht, dass der Tatbestand vor Gericht nicht bewiesen werden kann, eingestellt werden. Im schlimmsten Fall erhalten die verantwortlichen Personen nach der Einstellung des Strafverfahrens gar noch eine Entschädigung für die erlittenen Nachteile der Strafuntersuchung und werden somit in ihrem Tun bestätigt. Nachdem dies genau das Gegenteil ist, was die Konkursverwaltungen erreichen möchten, muss eine Strafanzeige wohl überlegt und müssen die entsprechenden Beweise hieb und stichfest sein. Bei geringfügigeren Delikten wird dagegen durchaus eine geringe Strafe mittels Strafbefehl ausgesprochen, deren spezialpräventive Wirkung ich ebenfalls bezweifle.

Bestimmungen über die persönliche Haftung der Geschäftsführer (insb. Art. 52 Abs. 2 AHVG) erweisen sich sicher als wirksam für die entsprechende Institution, für die übrigen Gläubiger, können sich diese aber wiederum ins Gegenteil verkehren. "Routinierte" Geschäftsführer, bei denen mindestens der Verdacht eines Missbrauchs besteht, bezahlen in der Regel die ausstehenden AHV-Beiträge, welche im Konkurs lediglich in 2. Klasse privilegiert sind. Dies geschieht nur leider sehr oft zu Lasten der Gläubiger, welche im Konkurs in 1. Klasse (Arbeitnehmer und BVG) privilegiert sind. Ich habe es schon erlebt, dass die Lohnläufe im Dezember gestoppt und stattdessen die AHV-Beiträge bezahlt wurden. Dies hatte zur Folge, dass die AHV-Ausgleichskasse im Konkurs der Firma keine Forderung mehr hatte, ein Teil der Arbeitnehmer der besagten Firma sowohl den Dezemberlohn, als auch den 13. Monatslohn, ein Teil der Arbeitnehmer lediglich den Dezemberlohn nicht aber den 13. Monatslohn und ein Teil der Arbeitnehmer weder den Dezemberlohn noch den 13. Monatslohn erhalten hatten. Es entstand eine komplette Ungleichbehandlung der im Konkurs privilegierten Gläubiger. Nachdem für den nicht ausbezahlten Lohn die Arbeitslosenkasse in Anspruch genommen wird, welche Insolvenzenschädigung bzw. Arbeitslosentaggeld ausbezahlt, hat dies in all jenen Fällen, wo in der 1. Konkursklasse keine oder keine 100%-ige Dividende aus-

bezahlt werden kann, die stossende Folge, dass die verantwortlichen Organe sich ihrer persönlichen Haftung zu Lasten der öffentlichen Hand bereits vor Konkurseröffnung entledigt haben. Lediglich die ehrlichen Geschäftsführer, bei welchen kein Verdacht des Missbrauchs gegeben ist und andere Gründe zum Konkurs geführt haben, haben im Zeitpunkt der Konkurseröffnung die AHV-Ausstände noch nicht bezahlt und werden anschliessend persönlich haftbar gemacht.

Zu Ziff. 2

Aus meiner praktischen Erfahrung möchte ich darauf hinweisen, dass insbesondere bei GmbHs oft nicht nur nicht ausreichende Mittel in der Masse belassen wurden, sondern diese gar von Anfang an mit zu wenig Kapital ausgestattet sind. Ist bei einer GmbH das für die Gründung erforderliche Kapital aus meiner Sicht ohnehin viel zu gering, werden oft auch Sacheinlagen getätigt, welche völlig überbewertet sind. Eingebracht wird oft altes, wertloses Inventar.

Im Interesse der Gläubiger ist es unabdingbar, dass Konkurse früher – wenn noch die für die Durchführung des Verfahrens nötigen Aktiven vorhanden sind – eröffnet werden. Ich weise an dieser Stelle jedoch darauf hin, dass – wenn mehr Konkursverfahren tatsächlich durchgeführt werden können und nicht mangels Aktiven eingestellt werden müssen – die vorhandenen personellen Ressourcen bei den Konkursämtern wahrscheinlich nicht mehr ausreichend sind und personell aufgestockt werden muss. Im Gegenzug dürften aber auch mehr Gebühren nach der Gebührenverordnung zum SchKG eingenommen werden.

Zu Ziff. 3.1.2

Es stellt sich mir die Frage, ob die Aussichten, das Geld bei den letzten eingetragenen Organen wieder einzutreiben wirklich so gut sind. In der Praxis wird dies wahrscheinlich zur Folge haben, dass wiederum der Betreuungsweg beschritten werden muss (was erneut einen Mehraufwand für die Konkursämter bedeutet) und das Geld dennoch nur bei eher "unbeholfenen" Organen eingetrieben werden kann. Die versierten und mit "allen Wassern gewaschenen" Organe werden wohl auch hier Mittel und Wege finden, dass sie nicht zur Kasse gebeten werden können.

Zu Ziff. 3.2.1

Es wäre zu wünschen, wenn ein Haftungsdurchgriff mit Haftungsvermutung tatsächlich generalpräventive Wirkung zeigen würde. Aus meiner praktischen Erfahrung insbesondere mit Gesellschaftern und Geschäftsführern von GmbHs wage ich dies aber ebenfalls zu bezweifeln. Diejenigen, die ohnehin von der Hand in den Mund leben, können ebenfalls nicht erfolgreich zur Kasse gebeten werden. Ausserdem werden auch hier versierte Organe Mittel und Wege finden, dass sie nicht zur Kasse gebeten werden können.

Zu Ziff. 3.3.1

Meines Erachtens ist es nicht unbedingt erforderlich, dass Art. 43 Ziff. 1 bis 1^{bis} SchKG gestrichen werden. Aus meiner Sicht sind hier die Betreibungsämter sowie die entsprechenden Institutionen in der Pflicht. Bei korrekter Anwendung der Bestimmungen des SchKG dürfte tatsächlich kein Vollstreckungssubstrat im späteren Konkurs mehr vorhanden sein, wenn chronisch die öffentlich-rechtlichen Schulden nicht bezahlt worden sind. In der Praxis zeigt sich, dass Vollstreckungssubstrat dennoch in vielen Fällen immer noch vorhanden ist, da offenbar die Bestimmungen nicht richtig angewendet werden und somit Vermögenswerte nicht gepfändet, stattdessen aber Verlustscheine ausgestellt werden. Leider mussten wir es schon oft erleben, dass juristischen Personen Inventargegenstände als Kompetenzgut überlassen wurden, obwohl juristische Personen keinen Anspruch auf Kompetenzgut haben. Hier sind die Betreibungsämter in der Pflicht. Ausserdem sind die Institutionen, welche die öffentlich-rechtliche Forderung versuchen auf dem Betreuungsweg einzutreiben, in der Pflicht, die Pfändungsverlustscheine zu hinterfragen. Wie kann es sein, dass

eine juristische Person über Jahre weiterarbeiten kann und sich immer mehr öffentliche-rechtliche Schulden anhäufen, wenn die vorhandenen Aktiven eigentlich gepfändet werden müssten und selbstverständlich nicht der juristischen Person als Kompetenzgut überlassen werden dürften?

Über die Vor- und Nachteile von Art. 43 SchKG für die Gläubiger kann man meines Erachtens zu Recht unterschiedlicher Meinung sein.

Unter dem Gesichtspunkt einer erfolgreichen Sanierung, kann meines Erachtens Art. 43 SchKG wohl tatsächlich kontraproduktiv sein und wäre daher wohl eher zu streichen.

Zu Ziff. 3.4.1

Ob eine Verlängerung der 10-tägigen Frist tatsächlich zur Folge hat, dass vermehrt die Durchführung des Verfahrens verlangt und auch der entsprechende Kostenvorschuss geleistet wird, bezweifle ich, da auch die Verlängerung der Frist nichts daran ändert, dass man es sich in jedem Fall gut überlegen muss, mehrere Tausend Franken für die Durchführung eines Konkursverfahrens zu "investieren". Man muss sich somit seiner Sache sehr sicher sein. Daran wird auch die Verlängerung der Frist um 10 Tage nichts ändern. Andererseits sprechen wohl aber auch keine gewichtigen Gründe gegen eine Verlängerung.

Zu Ziff. 4.3

Die Ausführungen zu den geprüften und verworfenen Massnahmen werden zur Kenntnis genommen und sind einleuchtend, weshalb ich dazu keine Anmerkungen mehr habe. Lediglich zu Ziff. 4.3.3 habe ich eine Ergänzung aus meiner praktischen Erfahrung. Selbstverständlich haben die Konkursämter Einblick in die Handlungen des Schuldners, welche Grundlage für eine Strafanzeige bilden können. Dass ein bestimmter Schuldner schon zum x-ten Mal ein Unternehmen in die Insolvenz treibt und dabei enorme Verluste für die Gläubiger entstanden sind, wurde beim Konkursamt Aargau nebst möglicherweise weiteren strafbaren Handlungen des Öfteren zur Anzeige gebracht, ohne dass eine entsprechende Bestrafung erfolgte. Leider mussten wir im Gegenteil zur Kenntnis nehmen, dass ein entsprechendes Strafverfahren gar eingestellt wurde mit der expliziten oder sinngemässen Begründung, dass es nicht strafbar sei, mehrfach Konkurs zu machen. Vor diesem Hintergrund sind meines Erachtens die Strafuntersuchungsbehörden bei der Schulung ihrer Leute und der Durchsetzung der Normen über die Konkursdelikte, welche leider offenbar ein eher stiefmütterliches Dasein fristen, in der Pflicht.

Zu Ziff. 5

Dem Fazit stimme ich zu. Ich hoffe sehr, dass mit den vorgeschlagenen Massnahmen Missbräuche inskünftig tatsächlich seltener werden und - sollten sie dennoch eintreffen – auch besser geahndet werden. Nachdem sich sinnvolle Normen aber leider oft ins Gegenteil verkehren (siehe meine Ausführungen zu Ziff. 1.4) erachte ich aber die Eigenverantwortung der Gläubiger als äusserst wichtiges Instrument im Dienst der Missbrauchsbekämpfung. Leider zeigt sich jedoch in der Praxis, dass Gläubiger die durch die verantwortlichen Personen im Konkurs einer Firma einen erheblichen Verlust erlitten haben, ihre Geschäftsbeziehung mit den gleichen Personen in einer neuen Firma weiter pflegen. Ich anerkenne, dass dies oft wohl nicht ganz freiwillig geschieht. Meines Erachtens würde hier jedoch noch erhebliches Potential für die Missbrauchsbekämpfung bestehen.

KONKURSAMT AARGAU

sig. Beatrice Reinhardt

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ
3003 Bern

david.rueetschi@bj.admin.ch

Bern, 14. August 2015

Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung, an der Vernehmlassung zu oben genannter Vorlage teilzunehmen. Die Konferenz der städtischen Finanzdirektorinnen und -direktoren nimmt die Gelegenheit zu einer Stellungnahme gerne wahr. Sie begrüsst das Anliegen des Motionärs, mittels gesetzlicher Anpassungen gegen missbräuchliche Konkursverfahren vorzugehen, deren Konsequenzen sich auch auf öffentlich-rechtliche Körperschaften auswirken. Die vorgeschlagenen Massnahmen sind nach Ansicht der Konferenz der städtischen Finanzdirektorinnen und -direktoren jedoch wenig zielführend und zum Teil problematisch.

Mit dem vorliegenden Revisionsvorschlag wird beabsichtigt, einerseits missbräuchliche Konkursverfahren zu erschweren und andererseits die Hürden für die Gläubiger zur Durchführung eines Konkursverfahrens zu senken. Ziel ist es primär zu verhindern, dass Konkurse erst eröffnet werden, wenn nicht mehr genügend Aktiven zur Deckung der Verfahrenskosten vorhanden sind. Darüber hinaus wird mit der Revision bezweckt, das nach bisherigem Recht mögliche Weiterführen von Unternehmen trotz Nichtzahlung öffentlich-rechtlicher Schulden zu unterbinden.

Im Folgenden nehmen wir zu den einzelnen vorgeschlagenen Änderungen Stellung:

Art. 169 SchKG

Nach geltendem Recht haftet die antragstellende Partei für die Kosten des Konkursverfahrens. Der vorliegende Revisionsentwurf sieht neu vor, dass die Kosten für das Konkursverfahren zwar von der antragstellenden Partei vorgestreckt werden, dass die Kostentragungspflicht aber künftig auf die letzten im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leistungs- und Verwaltungsorgans

einer juristischen Person abgewälzt wird. Die Konferenz der städtischen Finanzdirektorinnen und -direktoren begrüsst die Aufhebung der Kostentragungspflicht des Gläubigers wie auch die Einführung einer Organhaftung. Ob diese Massnahmen dazu beitragen, dass Konkursverfahren künftig rechtzeitig eingeleitet werden, wird aber mehrheitlich bezweifelt. Es gilt Folgendes zu berücksichtigen:

1. Die heutige Gesetzeslage bietet mit dem Mittel der Verantwortlichkeitsklage (Art. 754, 757 OR) bereits die Möglichkeit, gegen missbräuchliches Verhalten der Organe vorzugehen. Wie im erläuternden Bericht zutreffend beschrieben, stellen jedoch unklare gesetzliche Regelungen und Unsicherheiten eine grosse Hemmschwelle für das Durchführen eines derartigen Verfahrens dar, die mit den vorgeschlagenen Änderungen nicht beseitigt würden. Es wäre deshalb sinnvoll, die diesbezügliche Rechtsunsicherheit zu beheben und eine entsprechende gesetzliche Regelung zu treffen.
2. Der Vernehmlassungsentwurf sieht vor, dass die Organe für die ungedeckten Kosten eines summarischen Konkursverfahrens haften, doch bleibt die genaue Ausgestaltung dieser Kostentragungspflicht offen. Aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit der Organe, ihr Verschulden zu widerlegen, sind aufwendige und langwierige Zivilprozesse nicht auszuschliessen, die das finanzielle Risiko für Gläubiger sogar erhöhen würden.
3. Die generalpräventive Wirkung der Gesetzesänderung ist zu bezweifeln, zumal Personen, die in missbräuchliche Konkursverfahren involviert sind, mutmasslich über eine gewisse kriminelle Energie verfügen und entsprechend wohl auch in der Lage wären, sich der Organhaftung erfolgreich zu entziehen.

Art. 43 Ziff. 1 und 1bis SchKG

Der Vernehmlassungsentwurf sieht die Streichung von Art. 43 Ziff. 1 und 1bis SchKG vor, wodurch auch Inhabern öffentlich-rechtlicher Forderungen die Möglichkeit der Konkursbetreibung geöffnet würde. Damit soll verhindert werden, dass sich Unternehmen trotz chronischer Nichtzahlung fälliger öffentlich-rechtlicher Schulden (Steuern, UVG-Prämien) weiterführen lassen.

Aus Sicht der Mehrheit der Mitglieder der Konferenz der städtischen Finanzdirektorinnen und -direktoren ist eine solche Missbrauchsverhinderung zwar erstrebenswert, doch hätte die vorgesehene Regelung insbesondere für Steuerämter schwerwiegende Konsequenzen und erscheint daher problematisch.

Die bestehende Ausnahmeregelung in Art. 43 Ziff. 1 und 1bis SchKG wurde ursprünglich eingeführt, um den Konkurs von Unternehmen aufgrund öffentlich-rechtlicher Forderungen und einen damit einhergehenden Verlust von Arbeitsplätzen zu verhindern. Diese Überlegung des Gesetzgebers hat nach Auffassung der Konferenz der städtischen Finanzdirektorinnen und -direktoren noch immer ihre Berechtigung, insbesondere in Zeiten wirtschaftlicher Unsicherheit.

Entfällt die Ausnahmeregelung, müssten Steuerämter aufgrund ihrer gesetzlichen Verpflichtung zum Bezug der Steuern im Betreibungsverfahren gegenüber juristischen Personen mit dem Fortsetzungsbegehren immer eine Konkursbetreibung einleiten – auch wenn es sich nur um eine vorübergehende Zahlungsunfähigkeit des betroffenen Unternehmens handelt. Die Folge wäre ein starker Anstieg der Konkursverfahren, was wiederum mit hohen Kosten verbunden wäre. Dies lässt sich insbesondere bei

niedrigen Forderungen von wenigen 100 Franken nicht rechtfertigen. In der Realität würden öffentlich-rechtliche Gläubiger wohl in solchen Fällen normalerweise auf Massnahmen der Zwangsvollstreckung verzichten. Dies würde zu geringeren Einnahmen führen und hätte mithin zur Folge, dass sich Schuldner, die dem Konkursverfahren unterliegen, jeglicher öffentlich-rechtlicher Forderungen entziehen würden (inkl. strafrechtlicher Forderungen etwa bei Verkehrsbussen). Ohne nachweisliche Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners wäre auch eine Umwandlung einer Busse nicht möglich.

Überdies erachtet die Konferenz der städtischen Finanzdirektorinnen und -direktoren eine privilegierte Behandlung öffentlich-rechtlicher Gläubiger als gerechtfertigt. Zu bedenken ist insbesondere, dass die Steuerämter gegenüber privaten Gläubigern hinsichtlich des Inkassos in der Regel benachteiligt sind. Ihnen fehlt das Druckmittel des Einstellens von Gegenleistungen bei Nichtzahlung, sie können ihre Forderungen auch nicht an professionelle Inkassoinstitute abtreten oder ihre Schuldner vorgängig auf deren Bonität hin überprüfen. Weiter können Steuerämter Geschäftsbeziehungen nicht kündigen, sondern sie sind oft sogar über die Dauer des Bestehens einer Firma hinaus an diese gebunden. Zudem kommen sämtliche Einnahmen der Steuerämter zumindest mittelbar auch der Allgemeinheit zugute, weshalb es kaum zu begrüssen wäre, wenn ein beträchtlicher Anteil für Konkursverfahren aufgewendet werden müsste.

Was die im erläuternden Bericht erwähnte Gefahr eines „Absaugens des Vollstreckungssubstrats“ durch öffentlich-rechtliche Gläubiger betrifft (direkte Pfändung statt aufwändigem und teurem Konkursverfahren), so ist zu beachten, dass der zeitliche Vorteil einer direkten Pfändung insbesondere für Steuerämter nicht gilt, da deren Vollstreckungshandlungen erst nach Vorliegen der definitiven Einschätzung und somit mit einer erheblichen zeitlichen Verzögerung erfolgen können. Zudem haben Untersuchungen der Steuerämter gezeigt, dass aus Betreibungen juristischer Personen in einem Grossteil der Fälle nur ein Pfändungsverlustschein resultiert, dass also ohnehin kein Vollstreckungssubstrat mehr vorhanden ist.

Zu guter Letzt dürfte die Bereitschaft privater Gläubiger, ein Konkursverfahren einzuleiten, noch weiter sinken, wenn sie damit rechnen können, dass in Zukunft öffentlich-rechtliche Gläubiger aufgrund des neuen gesetzlichen Auftrags ein Konkursbegehren stellen müssen. Die Aufgabe der rechtzeitigen Konkurseinleitung mit allen damit einhergehenden Kosten und Risiken wäre folglich zu einem grossen Teil auf das Gemeinwesen übertragen.

Nach Auffassung der Konferenz der städtischen Finanzdirektorinnen und -direktoren dürfte das Druckmittel einer möglichen Konkurseröffnung auch durch öffentlich-rechtliche Gläubiger die Zahlungsmoral chronischer Schuldner zwar positiv beeinflussen und Missbräuchen entgegenwirken, doch lässt sich die vorgeschlagene Anpassung von Art. 43 SchKG aus oben genannten Gründen nicht rechtfertigen. Sollte trotzdem das Bedürfnis nach einer Revision von Art. 43 Abs. 1 und 1bis SchKG bestehen, so regt die Konferenz der städtischen Finanzdirektorinnen und -direktoren an, den betroffenen Institutionen künftig zumindest ein Wahlrecht hinsichtlich der Betreibungsart einzuräumen. Damit müsste ein öffentlich-rechtlicher Gläubiger nicht grundsätzlich den langwierigen und kostspieligen Weg der Konkursbetreibung beschreiten.

Art. 230 Abs. 2 SchKG

Die Konferenz der städtischen Finanzdirektorinnen und -direktoren erachtet die vorgesehene Verlängerung der Frist von 10 auf 20 Tage für das Begehren um Fortsetzung des Konkursverfahrens als sinnvoll.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und stehen Ihnen für Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Konferenz der städtischen Finanzdirektorinnen und -direktoren

Präsident

Geschäftsführerin a.i.



Daniel Leupi
Finanzvorsteher der Stadt Zürich



Barbara Santschi

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Bundeshaus
3003 Bern

E-Mail: david.rueetschi@bj.admin.ch

Zürich, 13. August 2015

Hansueli Schuetz
Wirtschafts- und Sozialpolitik
Direkt +41 44 283 45 78
Mobil +41 79 617 23 02
Fax +41 44 283 45 65
hansueli.schuetz@kfmv.ch

Kaufmännischer Verband Schweiz
Hans-Huber-Strasse 4
Postfach 1853
CH-8027 Zürich
kfmv.ch

**Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs
(Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern, Mo. SR H. Hess 11.3925)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zu dieser Vorlage Stellung nehmen zu können.

Grundsätzliche Bemerkungen

Wir begrüßen grundsätzlich die Zielsetzung der Motion Hess (11.3925) und des vorliegenden Reformvorschlags. Ein verbesserter Schutz vor missbräuchlichen Konkursen liegt nicht zuletzt im Interesse der in solchen Unternehmen oft mitbetroffenen Arbeitnehmenden, da die Insolvenzenschädigung häufig Lohnforderungen nicht oder nur teilweise abzudecken vermag. Nicht bezahlte Sozialversicherungsbeiträge, Steuern etc. belasten zudem indirekt die Allgemeinheit. Es ist nötig, Missbräuchen des Konkursrechts möglichst einen Riegel zu schieben.

Eine zentrale Forderung aus Angestelltensicht besteht darin, dass – in Analogie zur Regelung bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten – auch das Konkursverfahren für Lohnforderungen kostenlos sein muss. Die Arbeitnehmenden sind im Falle ausstehender Lohnzahlungen häufig in einer finanziellen Notlage. Dem muss Rechnung getragen werden.

- *Wir ersuchen Sie, im Rahmen dieser Revision die gemäss Art. 169 Absatz 1 vorgesehene Leistung eines Vorschusses - und damit jegliche Haftung - für die Konkurskosten für betreibende Arbeitnehmende wegzubedingen.*

Weiter erachten wir es als unerlässlich, dass die Transparenz bezüglich missbräuchlicher Konkurse – unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte – verbessert wird. Sinnvoll wäre ein öffentliches Register für Konkurs- und Betreibungsdelikte (im Wiederholungsfall), in das mit Interessennachweis Einsicht gewährt würde. Dieses müsste mit den Daten des Handelsregisters verknüpft werden, um Verbindungen zwischen natürlichen und juristischen Personen zu ermöglichen.

Bemerkungen zu einzelnen Artikeln

Art. 43 SchKG

Wir begrüßen grundsätzlich, dass neu auch öffentlich rechtliche Gläubiger wie Kommunen, Kantone oder die SUVA die Möglichkeit erhalten, ein Konkursbegehren zu stellen. Es ist in der Tat nicht einsichtig, dass Unternehmen ihre Tätigkeit weiterführen können, obschon sie u.U. chronisch öffentlich-rechtliche Verpflichtungen nicht erfüllen.

Allerdings muss die Effizienz dieser Regelung nochmals sorgfältig abgeklärt werden, da sich der Weg zur Schuldeneintreibung zeitlich nunmehr verlängern könnte.

Art. 169

Wie erwähnt, fordern wir hier, dass Arbeitnehmende als Gläubiger von der Leistung eines Vorschusses für die Konkurskosten befreit werden.

Art. 230 Abs. 2

Mit der hier vorgeschlagenen Fristverlängerung von zehn auf zwanzig Tagen sind wir einverstanden, diese Ausweitung erscheint sinnvoll.

Freundliche Grüsse
Kaufmännischer Verband Schweiz



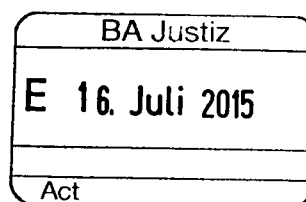
Prof. Dr. Daniel Jositsch, Nationalrat
Präsident



Manuel Keller
Leiter Beruf und Beratung



L a u s a n n e



Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Lausanne, le 13 juillet 2015
P.18/74- ib – FIPAV

Consultation concernant la modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

La Municipalité de Lausanne a pris connaissance du projet de modification législative mentionné en titre et souhaite prendre position dans le délai imparti.

On ne peut qu'appuyer la volonté de lutter contre les faillites abusives. Cependant, les conséquences pratiques de la modification de l'art. 43 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) nous conduisent à nous y opposer, pour les motifs exposés ci-dessous.

Nous précisons en revanche ne pas avoir d'objection aux modifications des art. 169 et 230 LP, ni de remarques particulières à formuler concernant ces articles.

1. Difficultés de recouvrement

La très grande majorité des créances de la Ville de Lausanne présentent un montant en capital peu élevé (inférieur à CHF 500.-).

La suppression de l'exception prévue à l'art. 43 ch. 1 LP entraînerait dès lors l'impossibilité de mener à terme les procédures de recouvrement pour les débiteurs inscrits au registre du commerce, compte tenu de la disproportion entre le montant de la créance et celui des frais à avancer dans le cadre d'une procédure de faillite.

Le taux d'encaissement des créances diminuerait ainsi de manière significative, réduisant d'autant les recettes annuelles.

Municipalité de Lausanne

Secrétariat municipal
place de la Palud 2
case postale 6904
CH-1002 Lausanne
tél. ++41 21 315 22 15
fax ++41 21 315 20 03
municipalite@lausanne.ch

2. Inégalité de traitement

La modification de l'art. 43 LP créerait une inégalité de traitement inadmissible entre les débiteurs soumis à la saisie et ceux soumis à la faillite, plus particulièrement dans le cadre des créances relevant du droit pénal (ordonnances pénales).

En effet, vu la modicité de ces créances, la faillite ne sera pas requise, de sorte que les procédures de poursuite n'iront pas à leur terme. L'insolvabilité des débiteurs ne pourra dès lors pas être démontrée, de sorte que la procédure de conversion des amendes ne pourra pas être initiée.

La modification législative proposée offrirait ainsi aux débiteurs soumis à la faillite une possibilité d'échapper à toute exécution des sanctions pénales rendues à leur rencontre.

3. Rôle des collectivités publiques

L'opinion qui a prévalu lors de la rédaction de la LP, selon laquelle le rôle des collectivités publiques n'est pas de mettre en faillite leurs administrés, a toujours sa raison d'être.

Il paraîtrait en effet choquant que les collectivités publiques se voient contraintes de provoquer la disparition d'acteurs de la vie économique, sociale ou culturelle locale pour obtenir le recouvrement de leurs créances de droit public.

En effet, si la révision proposée vise les auteurs de faillites abusives, elle impactera l'ensemble des débiteurs soumis à la faillite. Dès lors, une société bien implantée qui rencontrerait momentanément des difficultés financières courrait le risque d'une mise en faillite pour des montants modestes dus à la collectivité publique.

En outre, cette modification législative reporterait de manière significative sur les collectivités publiques les coûts liés à la mise en faillite.

4. Impacts financiers

D'un point de vue financier, on peut estimer ainsi les pertes annuelles pour la Ville de Lausanne, en considérant qu'environ 20% des débiteurs seraient impactés par la modification législative proposée :

pertes en capital	pertes sur frais de poursuites ¹	total
CHF 900'000.-	CHF 250'000.-	CHF 1'150'000.-

On doit en outre craindre que le nombre de poursuites à introduire augmente, dans la mesure où les débiteurs soumis à la faillite auront tôt fait de comprendre qu'ils peuvent renoncer à acquitter les créances de la Ville de Lausanne (et des autres créanciers de droit public), cela sans autre conséquence que l'inscription d'une poursuite au registre de l'office des poursuites.

¹ Il s'agit des coûts liés à l'établissement du commandement de payer, d'une éventuelle procédure de mainlevée et de l'établissement de la commination de faillite.

On ne peut exclure non plus que les montants encaissés par le Canton au titre des impôts communaux soient également réduits.

5. Conclusion

La Municipalité de Lausanne ne peut qu'approuver la volonté de lutter contre les faillites abusives, dont les conséquences pèsent sur les collectivités publiques.

Toutefois, la proposition de modification de l'art. 43 LP reporte sur celles-ci des charges importantes en leur faisant supporter le coût des procédures de faillites. Elle entraînera également une diminution significative des encaissements des créances de droit public, tout en créant des inégalités de traitement choquantes entre débiteurs.

Ainsi, force est d'admettre que la modification proposée aura des effets contreproductifs.

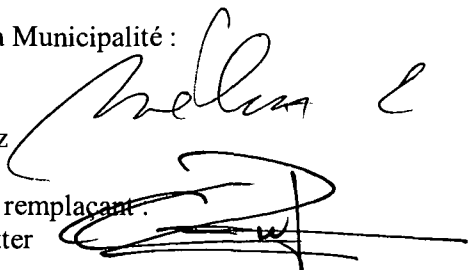
Pour ces motifs, la Municipalité de Lausanne s'oppose à la modification proposée de l'art. 43 LP.

Nous vous souhaitons une bonne réception de la présente et vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, l'expression de nos sentiments distingués.

Au nom de la Municipalité :

Le syndic :
Daniel Brélaz

Le secrétaire remplaçant :
Christian Zutter

The image shows two handwritten signatures in black ink. The first signature, for Daniel Brélaz, is written in a cursive style and is positioned to the right of his name. The second signature, for Christian Zutter, is also in cursive and is positioned to the right of his name. Both signatures are clearly legible and appear to be official.

Copie, pour information, à :

Union des Villes suisses, Monbijoustrasse 8, Case postale 8175, 3001 Berne

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

Brugg, 27. Juli 2015

Zuständig: Martin Wuersch
Sekretariat: Brigitte Flückiger / Barbara Saxer
Dokument: Stellungnahme SchKG an EJPD-d

Änderung des SchKG (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Ihrem Schreiben vom 27. April 2015 laden Sie uns ein, zur oben genannten Vorlage Stellung zu nehmen. Für die uns gegebene Möglichkeit danken wir Ihnen bestens.

Der Schweizer Bauernverband (SBV) vertritt Bauernfamilien, die ihrerseits mehrheitlich als Einzelunternehmungen organisiert sind. Die Familienbetriebe in der Landwirtschaft können sich die dargestellten Geschäftsgebaren nicht erlauben und kommen ihren Forderungen pflichtgemäss nach. Missbräuchliche Konkurse treffen die gesamte schweizerische Wirtschaft, weshalb bekannte Probleme im Bereich des Schweizerischen Konkursrechts wirksam zu bekämpfen sind. Wir versprechen uns durch die Revision insbesondere auch administrative Erleichterungen für die Gläubiger.

Der SBV unterstützt die gemachten Vorschläge und verlangt Nachbesserungen, um die Stellung der Gläubiger zu verbessern.

Der Kostenvorschuss durch die konkursbeantragende Partei ist zwingend einzuführen. Die Kann-Vorschrift in Art. 169 E-SchKG muss durch eine zwingende Vorschrift ersetzt werden. Soweit als möglich sind die Kosten immer vom Konkursiten zu tragen. Stellt ein Gläubiger den entsprechenden Antrag auf Konkurs einer Unternehmung, ist die Konkursverwaltung zu verpflichten, den geleisteten Vorschuss des Gläubigers durch Werte beim Schuldner sicherzustellen. Im Konkursverfahren sind diese Werte privilegiert zur Deckung des Vorschusses zu verwerten. Die neu eingeführte, verschärfte Organhaftung schützt den Gläubiger zu wenig. Durch unseren Vorschlag kann davon ausgegangen werden, dass rascher eine Betreuung auf Konkurs eingeleitet wird, da eine grössere Wahrscheinlichkeit besteht, die vorgeschossenen Kosten zurück zu erhalten.

Des Weiteren fordern wir, dass rasche Transparenz über die mit Konkursen in Verbindung stehenden natürlichen Personen geschaffen wird. Die hinter den konkursiten Unternehmen stehenden natürlichen Personen müssen jederzeit eindeutig identifiziert werden können. Durch verbesserte Suchfunktionen der eidgenössischen Register sollen künftig sämtliche Konkurse einer im Handelsregister eingetragenen Person einfach ausfindig gemacht werden können. Die dazu nötigen Informationen sind vorhanden und müssten elektronisch so aufbereitet werden, dass durch Wohnsitzwechsel oder andere Schreibweise der Namen keine Umgehung möglich ist.

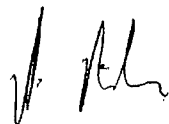
Seite 2 | 2

Durch die Recherchemöglichkeit wird die Eigenverantwortung der Lieferanten und Auftraggeber gefördert, ohne dass dazu aufwendige Verfahren in die Wege geleitet werden müssen. Den Verzicht auf die Einführung dieser Möglichkeit erachten wir als falsch. Die hohen Kosten missbräuchlicher Konkurse rechtfertigen entsprechende Investitionskosten in die elektronische Aufarbeitung der Daten.

Wir hoffen, dass Sie unsere Anliegen berücksichtigen werden und danken Ihnen nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizer Bauernverband



Markus Ritter
Präsident



Jacques Bourgeois
Direktor

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD

Per Mail:

david.rueetschi@bj.admin.ch

rodrigo.rodriguez@bj.admin.ch

Bern, 3. Juli 2015

Vernehmlassungsantwort Änderungen des SchKG in Umsetzung der Mo. Hess 11.3925

Lieber Herr Rodriguez,
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, uns zur obengenannten Vernehmlassung äussern zu dürfen.

I. Allgemeines

Der SGB begrüsst die vorliegende Reform und den Inhalt der zugrundeliegenden Motion Hess.

Wir fordern jedoch aus Arbeitnehmer-Perspektive weitergehende Schritte, um die Interessen der durch die immer zahlreicher werdenden missbräuchlichen Konkurse geprellten Arbeitnehmenden düpierten effektiv zu schützen. Der Sachverhalt der missbräuchlichen, in Kette stattfindende Konkurse, ist in gewissen Branchen (namentlich Bau-Hauptgewerbe, Bau-Nebengewerbe und Gastro) zu einer eigentlichen Geschäftsstrategie gewisser skrupelloser Arbeitgeber geworden, die aus dem Konkurs und der Nicht-Bezahlung von Arbeitnehmenden und Lieferanten eine eigentliche Geschäftsstrategie gemacht haben: So werden bei Ausschreibungen und Offerten Preise gedrückt und sich korrekt verhaltende Konkurrenten unlauter konkurrenziert. Die Zeche zahlen die Arbeitnehmenden, die Lieferanten und die Allgemeinheit.

1. SchKG-Verfahren sollte für Arbeitnehmenden/Lohnforderungen grundsätzlich kostenlos sein

Aus Arbeitnehmenden-Perspektive ist insbesondere festzuhalten, dass die Insolvenzenschädigung häufig nicht die Lohn-Forderungen begleichen kann oder will und so der Arbeitnehmer-Gläubiger auf den ordentlichen SchKG-Weg verwiesen wird, um seine aus Arbeitsrecht fließenden Forderung einzutreiben. Oftmals gehen skrupellose Arbeitgeber in Konkurs, um ihren Beschäftigten ausstehende Lohn- und Sozialbeitragszahlungen sowie ihre Lieferanten nicht zahlen zu müssen. Sofort danach gründen sie in der gleichen Branche ein neues Unternehmen unter einem anderen Namen. Dieses neue Unternehmen geht rasch aus denselben Gründen in Konkurs und das gleiche Spiel beginnt von vorn. Wieder werden Arbeitnehmende geprellt.

Wir erinnern daran, dass gem. ZPO 113 Abs. 2 lit. d und ZPO 114 lit. c arbeitsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich kostenlos sind, also weder Gebühren noch Auslagen anfallen. Dies aus dem Gedanken, dass dem Arbeitnehmenden, welcher regelmässig schwächere Partei ist, ein niederschwelliger und einfacher Rechtsweg offen stehen muss.

Leider wird diesem Prinzip im Schweizer Schuldbetreibungsrecht nicht Rechnung getragen. Allgemein fordert der SGB, dass für alle SchKG-Verfahren, welche Lohnforderungen aus Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. zum Inhalt haben, für den Arbeitnehmenden-Gläubiger die Kostenlosigkeit gilt. Also keinerlei Gebühren, Vorschüsse, etc. verlangt werden. In diesem Sinne darf Art. 169 Abs. 1 f. SchKG nicht mehr Anwendung finden auf Arbeitnehmer-Gläubiger.

2. Handelsregister-Moratorium für gewisse notorische Konkursiten

Um der Praxis der unlauteren Konkurrenz durch Kettenkonkurse einen Riegel vorzuschieben, schlägt der SGB weiter vor, dass gewisse in Konkurs gegangene Arbeitgeber, deren Verbindlichkeiten aus einem alten Unternehmen nicht vollständig zurückgezahlt worden sind, während eines gewissen Zeitraums nach dem Konkurs nicht erneut als Organ einer Personengesellschaft im Handelsregister eingetragen werden können. Dies könnte z.B. für Personen der Fall sein, die innerhalb eines bestimmten Zeitrahmes (bspw. 1 Jahr) mehr als 1 Mal Konkurs mit ihrer Gesellschaft gegangen sind. Eine genaue, verhältnismässige Ausgestaltung dieser Bestimmung, welche auch den Grundrechten Rechnung tragen würde, könnte anhand von verschiedenen Parametern erarbeitet werden. Eine analoge Vorschrift hat sich z.B. in Belgien bewährt. Wir bitten den Bundesrat, in diesem Sinne die Revision zu ergänzen.

Um diese Massnahmen gegen missbräuchliche Konkurse zu vervollständigen, müssen u.E. auch schnell ein Unternehmens-Strafregister und Konkurs- und Betreibungsdelikte im Katalog der einzutragenden Delikte eingeführt werden. Dieses Unternehmens-Strafregister ist mit einer Handelsregister-Identifikationsnummer zu verknüpfen, so dass eine Weiterverfolgung und Verknüpfung von Daten zwischen natürlichen und juristischen Personen sichergestellt sind. Weiter sind Konkurs- und Betreibungsdelikte im Katalog von Art. 102 StGB einzufügen, also dem Unternehmensstrafrecht.

3. Problem im Rahmen des Verfahrens der Insolvenzenschädigung

Die Ratio Legis dieser Reform tangiert auch die für Arbeitnehmende häufig sehr frustrierende Praxis der Insolvenzenschädigung. Viele Arbeitnehmende, welche keine kostspielige (mindestens 4000-6000 Fr.) Betreuung gegen den säumigen Arbeitgeber einleiten, erhalten keine bzw. nicht die volle Insolvenzenschädigung wegen angeblicher Verletzung der Schadensminderungspflicht. Dies ist äusserst stossend. Die (angebliche) Verletzung der Schadenminderungspflicht führt in der Praxis so stets und unbesehen der Erfolgsaussichten der Betreuung zu einer Verwirkung des Anspruchs.

Während die vorliegende Reform gute Vorschläge macht, versäumt sie es doch, das Hauptproblem aus Arbeitnehmer-Sicht zu lösen: dass Arbeitnehmende-Gläubiger für die Eintreibung ihrer arbeitsrechtlichen Lohn-Forderung einen Vorschuss zahlen müssen. Der SGB sieht es als am zweckmässigsten an, wenn dem Arbeitnehmenden-Gläubiger im SchKG-Verfahren keinerlei Kosten erwachsen würden. Dies würde auch die Problematik rund um die Insolvenzenschädigung lösen, da dann Arbeitnehmenden-Gläubiger in jedem Fall ohne finanzielles Risiko Betreibungen einleiten und ihre Schadensminderungspflicht erfüllen könnten.

4. Verfolgungsträgheit Staatsanwaltschaften i.S. Konkursdelikte

Ein anderer, u.E. im engen Zusammenhang mit vorliegender Reform befindlicher Punkt ist die Tatsache, dass offensichtlich viele kantonale Staatsanwaltschaften nicht oder sehr selten Delikte rund um missbräuchliche Konkurse verfolgen. Dies, obwohl ihnen von Gewerkschaften, Arbeitnehmenden oder Lieferanten Anzeigen gemacht werden. Dabei geht es besonders um Sachverhalte von Unterlassung der Buchführung (StGB 166), ungetreue Geschäftsbesorgung (StGB 158), betrügerischer Konkurs (StGB 163), Gläubigerschädigung (StGB 164) und Misswirtschaft (StGB 165).

Dies unter anderem, weil viele Betreibungsämter und andere Behörde nicht konsequent Anzeige erstatten, auch wenn ihnen die nötigen Informationen vorliegen.

Wir bitten Sie in ihrer Funktion als Oberaufsicht SchKG, alle nötigen Schritte zu unternehmen, um die zuständigen kantonalen Behörden zur regelmässigen Anzeige bei Vorliegen eines Verdachts auf Delikte im Zusammenhang mit einem missbräuchlichen Konkurs zu verpflichten.

Auch sollten u.E. die Ausgleichskassen, die AHV sowie die Steuerverwaltungen eine Anzeigepflicht im Rahmen der Bekämpfung von missbräuchlichen Konkursen erhalten. Wir bitten Sie um eine entsprechende Erweiterung der Reform.

II. Bemerkungen zu den einzelnen Artikel

Art. 43 SchKG

Der SGB begrüsst den Vorschlag des Bundesrates, dass auch öffentlich-rechtliche Gläubiger wie die Steuerverwaltungen und die SUVA befugt werden, ein Konkursbegehren zu stellen. Damit soll verhindert werden, dass Unternehmen trotz chronischer Nichtzahlung fälliger öffentlich-rechtlicher Schulden ihre Geschäftstätigkeit weiterführen. Dies ist ein wichtiger Schritt im Kampf für eine frühzeitige Einleitung des Konkursverfahrens im Bereich der Kettenkonkurse, bevor zu grosse Schäden passieren.

Der SGB ist jedoch der Meinung, dass diese Reform nicht weit genug geht. Vielmehr soll, wie oben geschrieben, diesen Behörden auch eine Anzeigepflicht gegeben werden bei Verdacht auf Vorliegen von Konkursdelikten.

Art. 169 Abs. 1 SchKG

Arbeitnehmende-Gläubiger sollen von Vorschuss und Haftung für die Konkurskosten ausgeschlossen werden. Für sie soll, analog zum Arbeitsrecht nach ZPO, die Kostenlosigkeit gelten.

Für die anderen Gläubiger-Kategorien ist der SGB mit dem vorliegenden Vorschlag einverstanden.

Art. 169 Abs. 2 SchKG

Der SGB ist mit dem Inhalt der Bestimmung einverstanden und begrüsst diese Reform.

Im Sinne der Ausführungen zu Art. 169 Abs. 1 SchKG fordert der SGB, dass für die Arbeitnehmenden-Gläubiger gar keine Konkurskosten und deshalb auch keine Vorschüsse anfallen sollen. Eventualiter ist für den SGB zumindest für die Arbeitnehmer-Gläubiger auf den Vorschuss zu ver-

zichten und die Kosten direkt am Ende des Verfahrens i.S.v. Abs. 2 von Amtes wegen bei den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen des Schuldners persönlich einzutreiben.

Art. 230 SchKG

Der SGB ist mit dem vorliegenden Vorschlag einverstanden.


Für die Berücksichtigung unserer Ausführungen bedanken wir uns bereits im Voraus bestens.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND



Paul Rechsteiner
Präsident



Luca Cirigliano
Zentralsekretär

Département fédérale de justice et police
DFJP

Par courriel :

david.rueetschi@bj.admin.ch

rodrigo.rodriguez@bj.admin.ch

Berne, le 3 juillet 2015

Modifications de la loi sur la poursuite pour dette et la faillite (LP), en application de la motion Hess 11.3925

Chers Messieurs,
Mesdames, Messieurs,

Nous vous remercions de nous donner la possibilité de nous exprimer au sujet des modifications précitées.

I. Remarques générales

L'Union syndicale suisse (USS) salue la présente réforme et la teneur de la motion Hess qui en est à l'origine.

Du point de vue des travailleurs et travailleuses, nous vous demandons cependant d'aller plus loin afin de réellement protéger les intérêts de ces derniers qui se font escroquer par des faillites abusives toujours plus nombreuses. Dans certaines branches, comme le secteur principal et le second œuvre de la construction ainsi que la restauration, les cas de faillites abusives en chaîne sont devenus une véritable stratégie d'entreprise par laquelle des employeurs sans scrupules ne versent pas les salaires dus à leur personnel ni ne paient ce qu'ils doivent à leurs fournisseurs. Par ce biais, ils peuvent, lors d'offres et d'appels d'offres, faire pression sur les prix et se livrer à une concurrence déloyale avec des entreprises au comportement correct. Et ce sont les travailleurs et travailleuses ainsi que la société qui trinquent.

1. La procédure selon la LP devrait a priori être gratuite pour les travailleurs et travailleuses, soit le recouvrement de créances de salaires

Du point de vue des travailleurs et travailleuses, on doit notamment constater que l'indemnité en cas d'insolvabilité ne peut, ou ne veut, souvent pas régler les créances de salaires et qu'ainsi, le travailleur-créancier se trouve renvoyé à la voie de droit ordinaire selon la LP pour recouvrer les créances découlant pour lui du droit du travail. Fréquemment, des employeurs sans scrupules se mettent en faillite pour ne pas avoir à payer à leurs employé(e)s des salaires et cotisations sociales dus ainsi que des sommes qu'ils doivent aussi à leurs fournisseurs. Et immédiatement après cela, ils créent sous un autre nom une entreprise dans la même branche. Cette nouvelle

entreprise fait alors rapidement faillite pour les mêmes raisons et ce petit jeu reprend depuis le début. Et des travailleurs et travailleuses se font à nouveau escroquer.

Nous vous rappelons que, selon le Code de procédure civile (CPC), article 113 alinéa 2 lettre 2 et article 114 lettre c, les litiges relevant du droit du travail sont en principe gratuits, donc que ni émoluments ni débours ne sont perçus ; cela, afin qu'une voie de droit facilement accessible et simple soit offerte au travailleur ou à la travailleuse, soit la partie régulièrement la plus faible.

Malheureusement, le droit de la poursuite pour dettes ne tient pas compte de ce principe. De manière générale, l'USS demande que toutes les procédures selon la LP qui concernent des créances de salaires (art. 319 sqq. LP) fixés dans un contrat de travail soient gratuites pour le travailleur-créancier, donc qu'aucun émoluments, avance ou autres frais ne soient perçus. Ainsi, l'article 169 alinéa 1 lettre f LP n'a plus à s'appliquer aux travailleurs-créanciers.

2. Registre du commerce : moratoire pour certaines faillites notoires

Pour mettre un terme à la concurrence déloyale pratiquée au moyen de faillites en chaîne, l'USS propose aussi que les employeurs faillis, dont les dettes provenant d'une ancienne entreprise n'ont pas été entièrement remboursées, ne puissent pas figurer pendant un certain temps après une faillite dans le registre de commerce comme organe d'une société de personnes. Cela pourrait être le cas, par exemple, de personnes qui pendant une période déterminée (p. ex. 1 an) se sont mises plus de une fois en faillite avec leur entreprise. À partir de plusieurs paramètres, on pourrait aménager de manière précise et proportionnée cette disposition, qui tiendrait aussi compte des droits fondamentaux. Une prescription analogue a fait ses preuves, par exemple, en Belgique. Nous prions le Conseil fédéral de compléter sa révision dans ce sens.

Pour compléter ces mesures destinées à empêcher les faillites abusives, nous estimons qu'il faut aussi créer rapidement un casier judiciaire des entreprises et y faire figurer les délits de poursuite et de faillite dans le catalogue des infractions prises en compte. Ce casier judiciaire des entreprises doit être relié à un numéro d'identification du registre du commerce, de manière à garantir un suivi et un couplage des données des personnes physiques et morales. En outre, les infractions en matière de poursuite et faillite doivent être ajoutées au catalogue de l'article 102 LP, c'est-à-dire au droit pénal applicable aux entreprises.

3. Problème dans le cadre de la procédure concernant l'indemnité en cas d'insolvabilité

La ratio legis de cette réforme concerne aussi la pratique souvent très frustrante pour les travailleurs et travailleuses de l'indemnité en cas d'insolvabilité. Beaucoup de travailleurs et travailleuses qui n'engagent pas de poursuite onéreuse (au moins Fr. 4 000-6 000) contre un employeur récalcitrant ne reçoivent aucune indemnité ou ne reçoivent pas l'indemnité complète en raison d'une soi-disant violation de l'obligation de limiter le dommage. C'est extrêmement choquant. Dans la pratique, la (soi-disant) violation de cette obligation conduit ainsi toujours, et indépendamment des chances de succès de la poursuite, à une perte du droit (péremption).

Bien qu'elle contienne de bonnes propositions, la présente réforme oublie de résoudre le principal problème du point de vue des travailleurs et travailleuses, à savoir que le travailleur-créancier doit payer une avance sur frais pour le recouvrement de sa créance de salaire selon le droit du travail. Selon l'USS, il est on ne peut plus approprié que le travailleur-créancier n'ait aucun frais lors d'une procédure selon la LP. Cela résoudrait aussi les problèmes qui se posent concernant

l'indemnité en cas d'insolvabilité, car les travailleurs-créanciers peuvent alors engager dans chaque cas une poursuite sans courir de risque financier et remplir leur obligation de limiter le dommage.

4. Inertie en matière de poursuite de la part des ministères publics concernant les infractions liées à la faillite

À notre avis, le fait que, manifestement, beaucoup de ministères publics cantonaux ne poursuivent pas ou que très rarement les infractions liées à des faillites abusives, alors que des syndicats, des travailleurs et travailleuses ou des fournisseurs leur en dénoncent, est un point qui est aussi en rapport étroit à la présente réforme. Il s'agit ici en particulier de violations de l'obligation de tenir une comptabilité (art. 166 Code pénal, CP), de gestion déloyale (art. 158 CP), de banqueroute frauduleuse (art. 163 CP), du préjudice porté aux créanciers (art. 164 CP) ou de gestion fautive (art. 165 CP).

Cette réalité s'explique notamment par le fait que nombre d'offices des poursuites et autres autorités ne portent pas plainte bien qu'elles disposent des informations nécessaires pour le faire.

Nous vous prions, en tant que responsable de la haute surveillance en matière de poursuite et faillite, d'entreprendre toutes les démarches nécessaires pour, en cas de soupçon d'infraction en rapport avec une faillite abusive, contraindre les autorités cantonales responsables à procéder à une dénonciation régulière.

Nous estimons aussi que, dans le cadre de la lutte contre les faillites abusives, les caisses de compensation, l'AVS et les administrations fiscales devraient avoir un devoir d'informer. Nous vous prions de bien vouloir étendre en conséquence la réforme dans ce sens.

II. Remarques sur les articles

Article 43 LP

L'USS salue la proposition du Conseil fédéral que les créanciers de droit public, comme les administrations fiscales et la SUVA, puissent requérir l'ouverture d'une faillite. Ainsi, on empêchera que des entreprises puissent poursuivre leurs activités malgré le non-paiement chronique de dettes de droit public échues. C'est là un pas important dans la lutte pour une ouverture à temps de la procédure de faillite dans le domaine des faillites en chaîne, c'est-à-dire avant que les dégâts ne soient trop importants.

L'USS est toutefois d'avis que cette réforme ne va pas assez loin. Il faut au contraire, comme dit plus haut, aussi donner à ces autorités l'obligation d'informer en cas de soupçon d'une infraction liée à une faillite.

Article 169 alinéa 1 LP

Les travailleurs-créanciers doivent être exclus de toute avance et responsabilité relatives aux frais de faillite. La gratuité doit s'appliquer ici, comme dans le droit du travail selon le CPC.

Pour les autres catégories de créanciers, l'USS est d'accord avec la proposition qui est faite.

Article 169 alinéa 2 LP

L'USS est d'accord avec la teneur de cette disposition et se déclare satisfaite de ce point de la réforme.

Dans le sens des remarques relatives à l'article 169 alinéa 1 LP, l'USS demande qu'il n'y ait aucun frais de faillite du tout pour les travailleurs-créanciers et, par conséquent, aucune avance sur les frais. L'USS pense qu'il faut éventuellement renoncer à l'avance sur frais pour les travailleurs-créanciers et réclamer d'office le paiement de ces frais à la fin de la procédure selon l'alinéa 2 auprès de l'organe de direction et de gestion supérieur du débiteur.

Article 230 LP

L'USS est d'accord avec la proposition qui est faite.

En vous demandant de prendre en considération les présentes observations et en vous en remerciant par avance de le faire, nous vous prions de croire, Monsieur, Mesdames et Messieurs, de croire à l'assurance de notre considération distinguée.

UNION SYNDICALE SUISSE



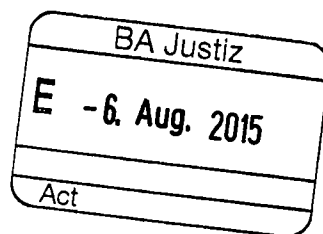
Paul Rechsteiner
Président



Luca Cirigliano
Secrétaire central

Bundesamt für Justiz
Herr
Dr. David Rüetschi
Bundesrain 20
3003 Bern

david.rueetschi@bj.admin.ch



Bern, 5. August 2015 sgv-KI/ds

Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Sehr geehrter Herr Dr. Rüetschi

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv, die Nummer 1 der Schweizer KMU-Wirtschaft, vertritt 250 Verbände und gegen 300'000 Unternehmen. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit Schreiben vom 27. April 2015 lädt uns das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ein, zum Entwurf der Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) Stellung zu nehmen. Wir danken für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv verurteilt missbräuchliche Konkurse, in denen das Konkursrecht dazu missbraucht wird, Konkurrenten zu unterbieten und Gläubiger zu schädigen. Bekannt sind Fälle aus der grafischen Branche und aus der Baubranche. Das heutige Konkursrecht erlaubt es einem Unternehmer, unmittelbar nach einem Konkurs ein neues Unternehmen zu gründen und dabei z.B. die bisherigen Maschinen und die Mitarbeitenden zu übernehmen. Wir sind der Auffassung, dass jeder eine zweite Chance verdient. Vereinzelt Fälle hingegen weisen darauf hin, dass Konkurse fahrlässig bzw. bewusst provoziert werden, um danach im Rahmen einer Auffanggesellschaft mit günstigeren Konditionen weiter zu produzieren. Der Konkurs wird dazu benutzt, bestehende Schulden loszuwerden. Lokal und regional kann ein ruinöser Preiskampf mit entsprechenden Marktverzerrungen die Folge sein, der negative Auswirkungen auf eine ganze Branche haben kann. Während den parlamentarischen Beratungen hat der Schweizerische Gewerbeverband sgv die Motion 11.3925 unterstützt mit dem Ziel, Lösungsansätze für die Bekämpfung missbräuchlicher Konkurse zu finden.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt die Unterbindung missbräuchlicher Konkurse und befürwortet die grundsätzliche Stossrichtung. Die Vorlage hilft Marktverzerrungen zu verhindern. Wie die Vernehmlasser sind wir ebenfalls der Auffassung, dass im Bereich des Strafrechts kein Handlungsbedarf besteht, weil die Konkursdelikte bereits umfassend geregelt sind. Es ist nicht ein Mangel der Gesetzgebung, wenn es in offensichtlichen Missbrauchsfällen nicht oft zu Strafverfahren kommt. Oft werden Strafverfahren ganz einfach nicht eingeleitet. Die betroffenen Geschädigten bzw. ihre Interessensvertreterinnen und Interessensvertreter müssten konsequenter Strafanzeige erstatten.

Zu den einzelnen vorgeschlagenen Massnahmen nehmen wir wie folgt Stellung:

Persönliche Solidarische Haftung – Vorschuss für die Konkurskosten (Art. 169 SchKG Abs. 1 und Abs. 2)

Bis ein Konkurs eingestellt ist und die Schulden eingefordert werden können, entstehen Kosten. Gemäss heute geltendem Recht haftet der Gläubiger für diese. Damit geht der Gläubiger ein finanzielles Risiko ein, wenn er zu dem ihm zustehenden Geld kommen will. Neu soll der antragsstellende Gläubiger von der Kostenpflicht befreit werden. Diese muss stattdessen der Schuldner tragen. Für den Schweizerischen Gewerbeverband sgv ist das ein gangbarer Weg. Die Kosten sollen grundsätzlich jene tragen, die sie verursachen. Die Praxis wird weisen ob der vorgeschlagene Haftungsdurchgriff mit Haftungsvermutung dazu führen wird, dass die verantwortlichen Organe der Gesellschaft (Schuldner) ein Insolvenzverfahren früher bzw. zu einem Zeitpunkt einleiten, in dem noch genügend freie Aktiven vorhanden sind, um die Kosten des Konkursverfahrens sicherzustellen. Von der persönlichen solidarischen Haftung erwartet der sgv eine gewisse präventive Wirkung.

Dass eine generelle Gebühr (im Sinne einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr) für mögliche Kosten aus dem Konkursverfahren bei der Gründung der Firma nicht zur Debatte steht, begrüsst der sgv ausdrücklich. Eine generell vorgezogene Gebühr für mögliche Konkurskosten wäre ein falsches Signal und würde zur unnötigen Kriminalisierung von Firmengründern beitragen.

Verlängerung der Zahlungsfrist (Art. 230 Abs. 2 SchKG)

Eine vom Konkursgericht verfügte Einstellung mangels Aktiven macht das Konkursamt öffentlich bekannt. In der Publikation wird darauf hingewiesen, dass das Verfahren geschlossen wird, wenn ein Gläubiger nicht innert zehn Tagen die Durchführung eines Konkursverfahrens verlangt. Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt die Ausdehnung der Frist von 10 auf 20 Tagen. Ein Gläubiger braucht entsprechend Zeit für Akteneinsicht, Beurteilung der Lage und der Aussichten, weshalb die vorgeschlagene Fristausdehnung Sinn macht.

Stellung der öffentlich rechtlichen Schuldner – Streichung von Art. 43 Ziff. 1 und 1bis SchKG

Die Streichung dieses Artikels hätte zur Folge, dass neu auch öffentlich-rechtliche Gläubiger (z.B. UVG-Prämien oder Steuern) nach geltendem Recht befugt wären, ein Konkursbegehren zu stellen. Wäre eine Firma z.B. mit ihren Steuerzahlungen in Verzug, könnte die entsprechende Steuerverwaltung ein Begehren auf Konkurs stellen. Dies lehnt der Schweizerische Gewerbeverband sgv ab. Der Staat soll nicht Auslöser sein, Firmen in den Konkurs zu treiben. Die primäre Aufgabe des Staates ist es, für günstige Rahmenbedingungen zu sorgen.

Wir danken für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv



Hans-Ulrich Bigler
Direktor



Dieter Kläy
Ressortleiter

Per E-Mail (david.rueetschi@bj.admin.ch)

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 7. August 2015

Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern): Vernehmlassungsantwort sivg

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren

Das Schweizerische Institut für Verwaltungsräte sivg (Institut suisse des administrateurs isade) vertritt schweizweit die Interessen von Verwaltungsräten. Es verfolgt gemäss seinen Statuten namentlich folgende Ziele: Förderung der Berufsethik, Unterstützung der professionellen Ausübung von Verwaltungsratsmitgliedern, Förderung der Corporate Governance sowie die Interessenvertretung von Verwaltungsräten gegenüber Behörden und Politik und die Verhinderung regulatorischer Missbräuche. Das sivg ist ein Verein im Sinne der Artikel 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches und wurde am 2. Juli 2007 mit Sitz in Bern gegründet. Es führt in Paudex bei Lausanne ein secrétariat romand.

Als Institut für Verwaltungsräte beschränken wir unsere Vernehmlassungsantwort auf Art. 169 VE-SchKG (Vorschuss und Haftung für die Konkurskosten).

Missbräuche sollen wenn immer möglich verhindert oder zumindest geahndet werden. Allerdings nicht zum Nachteil der weit überwiegenden sich nicht missbräuchlich verhaltenden Mehrheit. **Das sivg lehnt daher eine solidarische Ausfallhaftung der „letzten von der Gesellschaft eingesetzten und im Handelsregister eingetragenen Mitglieder der obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane“ und die Umkehr der Beweislast ab.**

Begründung

1. Ausgangslage: Die Motion Hess (11.3925)

Der Vorentwurf soll die Motion Hess (11.3925) umsetzen. Diese beauftragte den Bundesrat, „die rechtlichen Grundlagen dafür zu schaffen, dass Personen das Konkursverfahren nicht mehr dazu missbrauchen können, sich ihrer Verpflichtung zu entledigen“.

Hintergrund der Motion sind Fälle (vor allem aus der Baubranche), in denen das Konkursverfahren dazu missbraucht wird, Konkurrenten zu unterbieten, Gläubiger zu schädigen und sofort wieder ein neues Unternehmen zu gründen, das ehemalige Arbeitnehmer und aus der Konkursmasse Gerätschaften und Maschinen übernimmt.

Die Einführung einer solidarischen Ausfallhaftung für die leitenden Organe geht über das Ansinnen der Motion hinaus, und auch die vor der Erarbeitung der Revisionsvorschläge eingeholten Rückmeldungen aus Staatsanwalt, Eidg. Steuerverwaltung, Arbeitslosen- und Insolvenzversicherung, Sicherheitsfonds BVG, privaten Inkassostellen, Gewerkschaften, Konkursämtern und Gerichten (vgl. erläuternder Bericht, Ziff. 1.4, S. 4 f.) weisen kein entsprechendes praktisches oder rechtliches Bedürfnis aus.

2. Art. 169 Abs. 1 VE-SchKG (Erlass der Kostentragungspflicht des antragstellenden Gläubigers): Unterstützung

Das sigv unterstützt den Vorschlag von Art. 169 Abs. 1 VE-SchKG, wonach die Kostentragungspflicht den im Konkursverfahren unterliegenden Schuldner resp. die Konkursmasse trifft. Die geltende Regelung, mit der derjenige Gläubiger das Konkursbegehren stellt, das Kostenrisiko trägt, ist nicht sachgerecht und widerspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass derjenige, der im Verfahren unterliegt, die Verfahrenskosten tragen muss. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist es aber auch richtig, dass – wie vorgeschlagen – der gesuchstellende Gläubiger auf Anordnung des Gerichts hin, einen Kostenvorschuss zu leisten hat.

3. Art. 169 Abs. 2 VE-SchKG (Persönliche solidarische Ausfallhaftung der Organe des Gemeinschuldners für Konkurskosten und Vorschuss): Ablehnung

Das sigv lehnt den Vorschlag von Art. 169 Abs. 2 VE-SchKG, wonach die Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans persönlich und solidarisch für den Konkurskostenausfall haften, sofern ihnen keine Exkulpation gelingt (Haftungsdurchgriff mit Haftungsvermutung), aus rechtlichen und praktischen Gründen ab.

a) Haftungssubstrat im Konkurs ist die Konkursmasse

Es ist zwar unschön, aber dem Konkursverfahren inhärent, dass in aller Regel Gläubiger zu Schaden kommen. Haftungssubstrat der konkursiten juristischen Person ist die Konkursmasse. Deshalb ist es auch richtig, dass die Kostentragungspflicht neu die Konkursmasse treffen soll (Art. 169 Abs. 1 VE-SchKG, s. oben). Falsch ist hingegen, aufgrund der Tatsache, dass im Konkurs die Gläubiger regelmässig zu Schaden kommen, in Art. 169 Abs. 2 VE-SchKG ein zusätzliches Haftungssubstrat im persönlichen Vermögen der Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans zu generieren. Umsomehr, als dass die Gesellschaftsgläubiger via Art. 754 OR bereits Zugriff darauf haben.

b) Ungerechtfertigter Generalverdacht

Der Generalverdacht des Missbrauchs des Konkursverfahrens zur Gläubigerschädigung, unter den der erläuternde Bericht die Verwaltungsräte stellt, ist nicht gerechtfertigt. Für die meisten Unternehmer ist der Konkurs auch privat eine Katastrophe, für deren Abwendung oft bemerkenswerte Ressourcen – auch aus dem privaten Umfeld - mobilisiert werden.

Im Jahr 2014 wurden gemäss Betreibungs- und Konkursstatistik des Bundesamts für Statistik BFS 5'287 Konkurse wegen Insolvenz gegen im Handelsregister eingetragene Personen eröffnet. (Im Vergleich dazu verzeichnet die Statistik im gleichen Zeitraum 6'566 Konkursöffnungen wegen ausgeschlagener Verlassenschaften und anderer Personenkonkurse.) In den allermeisten dieser Fällen dürften Gläubiger zu Schaden gekommen sein, aber in den allerwenigsten dürfte ein von der Motion Hess inkriminierter Missbrauch des Konkursverfahrens stattgefunden haben. Der erläuternde Bericht schweigt sich über die mögliche Anzahl von Fällen gefliessentlich aus und erwähnt auch nicht, wie viele der im Visier stehenden Unternehmen Einzelunternehmen sind, die von der geplanten Revision – da ihre Inhaber sowieso persönlich haften – nicht betroffen sind.

Die Organe, insbesondere die Verwaltungsratsmitglieder, eines konkursiten Unternehmens unter den Generalverdacht zu stellen, den Konkurs missbräuchlich herbeigeführt oder zumindest dem Unternehmen respektive den Konkursgläubigern durch zu langes Zuwarten Substrat entzogen zu haben, ist wirtschaftlich, gesellschaftspolitisch und rechtlich falsch.

c) Ungerechtfertigter zusätzlicher Haftungsdurchgriff

Die geltende Rechtslage lässt den Haftungsdurchgriff auf die Mitglieder der Organe bereits unter verschiedenen Grundlagen zu. Primäre Haftungsgrundlage dürfte die Verantwortlichkeit nach Art. 754 (i.V.m. Art. 717 und 759) OR bilden, möglich ist aber beispielsweise auch ein Durchgriff nach Art. 41 OR (vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015). Nicht zu vergessen ist im weiteren die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Betreibungs- und Konkursdelikte.

Der geplante zusätzliche Haftungsdurchgriff ist daher nicht gerechtfertigt. Er erleichtert nur den durch die Konkurskosten Geschädigten - in erster Linie wohl vor allem den Behörden -, an ihr Geld zu kommen, egal woher und egal, ob den Organmitgliedern tatsächlich eine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann oder nicht.

d) Ungerechtfertigte Haftungsvermutung (Umkehr der Beweislast)

Das sivg erachtet die allgemeine Tendenz zur Haftungsverschärfung mit zusätzlicher Umkehr der Beweislast grundsätzlich als problematisch. Mit der aktuell politisch und gesellschaftlich offensichtlich beliebten Umkehr der Beweislast kommt die Verschuldenshaftung faktisch einer (milden) Kausalhaftung gleich.

Der Grund der Kausalhaftung liegt entweder in einer Haftpflicht für fremdes Verschulden oder in einer objektivierten Sorgfaltspflicht („wessen Vorteil, dessen Risiko“). Beide Gründe sind vorliegend nicht gegeben, und damit ist auch die Umkehr der Beweislast nicht gerechtfertigt.

e) Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR und Konkursdelikte nach Art. 163 ff. StGB genügt

Für das sivg ist klar: Tatsächliche Missbräuche sollen geahndet werden. Das geltende Recht stellt dafür jedoch bereits genügend Rechtsbehelfe zur Verfügung. Soll im Sinne der Motion Hess vor allem verhindert werden, dass missbräuchlich konkursite Unternehmer sogleich auf Kosten ihrer Arbeitnehmer, Sozialversicherungen, Konkurrenten und Gläubiger wiederum ein gleiches Geschäft aufbauen, um es dann wieder „Konkurs gehen zu lassen“, ist ein Korrektiv, wenn überhaupt allenfalls hier anzusetzen.

f) Exkulpationsbeweis in der Praxis kaum möglich

Das sivg bezweifelt stark, dass der versprochene Exkulpationsbeweis in der Praxis möglich sein wird. Die Rechtsprechung zu Art. 54 AHVG zeigt deutlich, dass sogar eine gesetzlich als Verschuldenshaftung ausgestaltete Haftung in der Praxis zur Kausalhaftung ohne Exkulpationsbeweis wird. Es ist daher zu erwarten, dass sobald ungedeckte Verfahrenskosten entstehen, unabhängig ihres Verschuldens automatisch die letzten Mitglieder des Verwaltungsrats zur Rechenschaft gezogen werden.

g) Keine generalpräventive Wirkung in der Praxis

Der erläuternde Bericht verspricht, von einem Haftungsdurchgriff, sei „eine generalpräventive Wirkung zu erwarten“ (erläuternder Bericht, S. 8). Diesem Wunschenken widerspricht das sivg.

Personen, die über eine gewisse „kriminelle“ Energie verfügen und das Konkursverfahren tatsächlich missbrauchen, werden sich durch eine zusätzliche Haftung wohl kaum von ihren Machenschaften abhalten lassen. Zudem wird in der Praxis ausgerechnet bei diesen Personen privat kaum „etwas zu holen sein“, so dass sie sich vor dem Durchgriff nicht fürchten müssen.

Die meisten Unternehmer glauben – ob objektiv gerechtfertigt oder nicht, bleibe dahingestellt – tatsächlich daran, ihr Unternehmen und seine Arbeitsplätze retten zu können. Ihrem Konkurs liegt kein Missbrauch des Konkursverfahrens und keine Schädigungsabsicht zugrunde. Sollten sie mit der Benachrichtigung des Richters zulange zugewartet haben, so können sie jedoch über Art. 754 OR haftbar gemacht werden.

h) Neuer Markt für Dienstleister

Die Praxis reagiert in der Regel rasch – und häufig ausweichend – auf Gesetzesänderungen. Die Ausdehnung der Haftung auf „die letzten von der Gesellschaft eingesetzten“ Organmitglieder könnte insbesondere zwei Entwicklungen mit sich bringen, die nicht nur dem Ziel der Motion Hess (und evtl. auch der Teilrevision des SchKG) zuwiderliegen, sondern aus Sicht des sivg generell nicht begrüssenswert wären.

1. Professionelle Liquidatoren statt Liquidation durch den Verwaltungsrat

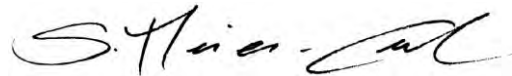
Gemäss Art. 740 Abs. 1 OR wird „die Liquidation durch den Verwaltungsrat besorgt, sofern sie nicht [...] anderen Personen übertragen wird“.

Während dem im Visier der Revision stehenden, tendentiell missbräuchlich und „kriminell“ handelnden Verwaltungsrat das potentielle Risiko einer Ausfallhaftung für Konkurskosten egal sein dürfte, könnte sich der sorgfältige dazu veranlasst sehen, die Liquidation der Gesellschaft entgegen dem Grundsatz von Art. 740 Abs. 1 OR, professionellen Liquidatoren zu übertragen. Diese ausschliesslich für die Liquidation eingesetzten Personen dürften erstens nur gegen zulässigen Vorschuss handeln und zweitens dürfte ihnen der Exkulpationsbeweis in der Regel gelingen.

2. Neue Versicherungen für Konkurskosten

Denkbar ist im weiteren, dass Versicherungen den Markt der Ausfallhaftung für Konkurskosten für sich entdecken und gegen teure Prämien bereit sind, das Risiko zu übernehmen. Die bezweifelte, aber vom Bundesrat versprochene generalpräventiver Wirkung der Haftungsverschärfung wäre hinfällig.

Freundliche Grüsse



Stefanie Meier-Gubser
Geschäftsführerin sivg

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement

Zürich, 13. August 2015

Motion Hess – Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

I. Grundsätzliche Erwägungen

In den vergangenen Jahren wurde gemäss dem Erläuternden Bericht ein gewisses Missbrauchspotential im Zusammenhang mit dem Konkursverfahren beobachtet. So berichtet der Motionär von einer Tendenz der Unternehmer aus bestimmten Branchen, das Konkursrecht zum Zwecke des Schaffens eines Wettbewerbsvorteils zu missbrauchen.

Ziel des vorliegenden Revisionsvorschlags zum Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes soll es insbesondere sein, missbräuchliche Konkursverfahren einerseits zu erschweren und andererseits die Hürden für die Gläubiger zur Eröffnung eines Konkursverfahrens zu senken. Insbesondere in Fällen, in denen die Mittel in der Masse des Gemeinschuldners nicht ausreichen, um ein Konkursverfahren durchzuführen, schrecken die Gläubiger bislang vor dem Risiko hoher Kosten, welche sie möglicherweise niemals zurückerhalten, zurück, so dass in vielerlei Fällen eine Einstellung des Konkurses mangels Aktiven erfolgt. Der vorliegende Revisionsentwurf basiert auf der Annahme, dass es für den Unternehmer in manchen Fällen attraktiver ist, sein Unternehmen komplett auszuhöhlen, da so sowohl die Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen Durchführung des Konkurses als auch die einer Rechtsverfolgung des Unternehmers sinkt. Ziel dieser Revision ist somit, die Chance einer rechtzeitigen Durchführung des Konkursverfahrens vor einer Aushöhlung des Unternehmens zu erhöhen. Die folgenden Ausführungen sollen die vorgesehenen Massnahmen einer kritischen Beleuchtung unter besonderer Betrachtung der Auswirkungen auf die Städte unterziehen.

II. Erlass der Kostentragungspflicht (nicht aber der Vorschusspflicht) des antragstellenden Gläubigers sowie persönliche solidarische Haftung der Organes des Gemeinschuldners für die Konkurskosten

Nach aktuellem Recht haftet im Konkursverfahren die antragstellende Partei für die Kosten des Verfahrens. Der vorliegende Revisionsentwurf sieht eine Umwandlung dieser Kostentragungspflicht in eine Vorschusspflicht vor. Künftig sollen die Kosten für das Konkursverfahren zwar wie bis anhin von der antragstellenden Partei vorgestreckt werden, für ungedeckte Kos-

ten eines summarischen Verfahrens sollen gegenüber Gläubiger und Konkursamt jedoch künftig die letzten im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leistungs- und Verwaltungsorgans einer juristischen Person haften.

Diese vorgesehene Neuregelung resultiert aus der Vermutung, dass die Organe im Falle einer möglichen persönlichen Haftung ein gesteigertes Interesse daran haben dürften, den Konkurs zu einem Zeitpunkt einzuleiten, in dem noch eine gewisse Substanz in der Firma vorhanden ist. Durch die vorgesehene persönliche Organhaftung soll somit gewissen Missbrauchsfällen Einhalt geboten werden.

Grundsätzlich begrüsst die Städtische Steuerkonferenz die vorgesehene Aufhebung der Kostentragungspflicht des Gläubigers sowie die Einführung einer Organhaftung für die ungedeckten Kosten des Konkursverfahrens. Es stellt sich zunächst jedoch die Frage, ob eine Kostentragungspflicht der Organe in der vorgeschlagenen Form für diese tatsächlich eine Motivation zur rechtzeitigen Einleitung des Konkursverfahrens darstellt.

Die heutige Gesetzeslage bietet für missbräuchliches Verhalten der Organe mit der Verantwortlichkeitsklage (Art. 754, 757 OR) bereits die Möglichkeit, gegen fehlbare Organe vorzugehen. Wie im Erläuternden Bericht zutreffend beschrieben wurde, stellen jedoch unklare gesetzliche Regelungen und Unsicherheiten eine grosse Hemmschwelle für das Durchführen eines derartigen Verfahrens dar. Nach Ansicht der Städtischen Steuerkonferenz wäre ganz grundsätzlich ein Bestreben, die diesbezüglichen Rechtsunsicherheiten und Hemmschwellen zu beheben, wünschenswert.

Nach Auffassung der Städtischen Steuerkonferenz dürfte die vorgesehene Einführung einer Organhaftung so, wie sie im Entwurf konzipiert wurde, für den Gläubiger faktisch wohl nur geringe Verbesserungen mit sich bringen. So trägt der Gläubiger als Schuldner der Vorschussleistung weiterhin das Inkassorisiko für das Eintreiben der ungedeckt gebliebenen Beträge, wobei der Revisionsvorschlag keinerlei Antworten auf die Frage liefert, auf welche Art allfällige Ansprüche gegen die Organe tatsächlich durchgesetzt werden.

Insbesondere die vorgesehene Exkulpationsmöglichkeit, welche immer auch eine materielle Überprüfung der Haftungsfrage notwendig macht, dürfte verhindern, dass der Gläubiger im Anschluss an das Konkursverfahren einen definitiven Rechtsöffnungstitel gegenüber den Organen erhalten würde. Geht man davon aus, dass der Gläubiger zumindest einen provisorischen Rechtsöffnungstitel erhalten würde, so müsste eine Überprüfung des Verschuldens wohl im Rahmen einer Aberkennungsklage stattfinden, es würde also ein weiterer aufwändiger und langwieriger Prozess notwendig, welcher erneut mit Aufwand, Kosten und Risiken verbunden wäre.

Sollte es dem Organ im Zuge des Zivilprozesses tatsächlich gelingen, sein Verschulden zu widerlegen, so hätte der Gläubiger nicht nur die Kosten für das Konkursverfahren selbst, sondern zudem weitere Folgekosten (z.B. Anwaltskosten, Gerichtskosten etc.) zu tragen. Ob die Gläubiger derartige Mühen und Risiken für das blossе Eintreiben der ungedeckten Konkurskosten tatsächlich auf sich nehmen würden, erscheint nach Ansicht der Städtischen Steuerkonferenz mehr als fragwürdig.

Ganz grundsätzlich erscheint die vorgesehene Haftung der letzten eingetragenen Organe ohnedies als problematisch, lädt sie doch geradezu dazu ein, in den letzten Stunden einer Unternehmung Strohmänner eintragen zu lassen und so die Haftung der tatsächlichen Organe zu erschweren. Auch in Hinblick auf Betreuungsort, Gerichtsstand, Beweislast etc. lässt die Regelung zahlreiche Fragen unbeantwortet.

Da man mit der Neuregelung insbesondere jenen Unternehmen und deren Organen Einhalt gebieten möchte, welche sich durch eine Tendenz zum Missbrauch des Konkursverfahrens

auszeichnen, geht man offenbar von einer gewissen kriminellen Energie der betreffenden Personen aus. Nach Auffassung der Städtischen Steuerkonferenz erscheint die Annahme, dass sich dergestalt veranlagte Personen nun durch die vorgesehene Einführung einer Organhaftung von ihrem Tun abbringen liessen und aufgrund einer drohenden Kostentragung den Weg zurück in die Welt der redlich Geschäftenden finden würden, einigermassen realitätsfern, zumal auch bisher die Möglichkeit strafrechtlicher Verfahren sowie Verantwortlichkeitsklagen diesem Gebaren bislang keinen Einhalt gebieten konnten. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Organhaftung von findigen Personen dadurch ausgehöhlt wird, dass diese selbst offiziell über keinerlei Vollstreckungssubstrat mehr verfügen bzw. sich der Zahlung entziehen würden, unauffindbar oder im Ausland wären. Auch das rechtzeitige Einsetzen von zahlungsunfähigen Strohmännern wäre ein probates Mittel, sich den drohenden Forderungen zu entziehen.

III. Streichung von Art. 43 Ziff. 1 und 1bis SchKG

Nach den Regelungen des Art. 43 Ziff. und 1bis SchKG ist aktuell für öffentlich-rechtliche Forderungen sowie für die Prämien der obligatorischen Unfallversicherung die Konkursbetreibung ausgeschlossen. Der Vernehmlassungsvorschlag sieht nun die Streichung von Art. 43 Ziff. 1 und 1 bis SchKG und damit die Notwendigkeit der Konkursbetreibung auch für die Inhaber öffentlich-rechtlicher Forderungen vor. So soll verhindert werden, dass sich Unternehmen trotz chronischer Nichtzahlung fälliger öffentlich-rechtlicher Schulden (Steuern, UVG-Prämien) weiterführen lassen. Von dieser Regelung betroffen wären insbesondere auch die Steuerämter. Diese sind zum jetzigen Zeitpunkt grundsätzlich nicht berechtigt, für ausstehende Forderungen die Konkursöffnung zu beantragen.

Nach Ansicht der Städtischen Steuerkonferenz ist die vorgesehene Regelung aus vielerlei Gründen weder geeignet noch praktikabel, um dieses Ziel durchzusetzen. Dies aus folgenden Erwägungen:

1) Historische Betrachtung

Die Ausnahmeregelung des Art. 43 Ziff. 1 und 1bis SchKG wurde ursprünglich eingeführt, um zu vermeiden, dass Unternehmen aufgrund öffentlich-rechtlicher Forderungen in den Konkurs getrieben werden. Der dahinterstehende Gedanke ist auch zum heutigen Zeitpunkt einleuchtend und plausibel: Es gibt in der Schweiz ca. 350'000 KMUS, welche rund 2.5 Mio. Mitarbeiter beschäftigen. Mit dem Konkurs eines Unternehmens geht in vielen Fällen auch der Verlust von Arbeitsplätzen einher. Hieraus entstehen Folgekosten für die öffentliche Hand (Arbeitslosengeld, Sozialhilfe etc.). Der Gedanke des Gesetzgebers, derartige Szenarien möglichst zu vermeiden und daher öffentlich-rechtliche Forderungen der Konkursbetreibung nicht zugänglich zu machen, erscheint nach Auffassung der Städtischen Steuerkonferenz auch in den heutigen Zeiten wirtschaftlicher Unsicherheit noch eine gewisse Berechtigung zu haben.

2) Bedeutung für die Steuerämter

Da die Steuerämter gesetzlich zum Bezug der Steuern verpflichtet sind, müssten sie im Betreibungsverfahren gegenüber juristischen Personen mit dem Stellen des Fortsetzungsbegehrens immer das Konkursbegehren stellen und diese so auch bei nur vorübergehender Zahlungsunfähigkeit in den Konkurs treiben. Berücksichtigt man, dass allein das Steueramt der Stadt Zürich jährlich ca. 700 juristische Personen betreiben muss und bei ca. 500 juristi-

schen Personen ein Fortsetzungsbegehren gestellt wird, und dass allein im Kanton Zürich die Anzahl der Betreibungen durch die Direkte Bundessteuer wohl doppelt so hoch liegt, so ist schweizweit von jährlich ca. 2'500 neuen Konkursverfahren auszugehen.

Auch wenn zu hoffen bleibt, dass das Druckmittel einer möglichen Konkursöffnung die Zahlungsmoral gewisser Gemeinschuldner spätestens mit Zugang des Betreibungsbegehrens positiv beeinflussen dürfte, blieben noch immer zahlreiche Unternehmen, für welche ein Konkursbegehren aufgrund offener Steuerforderungen zumindest möglicherweise gestellt werden müsste. Zieht man nun in Betracht, dass für ein Konkursverfahren in der Regel Kostenvorschüsse in Höhe von mindestens CHF 1'800 verlangt werden, so kann hochgerechnet mit Kostenvorschüssen für die Steuerämter von minimal fünf Millionen, realistischerweise aber über 10 Millionen ausgegangen werden. Ein erheblicher Mehraufwand würde zudem aus der Notwendigkeit, die vorgeschossenen Kosten des Konkursverfahrens einzutreiben und die notwendigen Prozesse zu führen, resultieren.

Nur am Rande sei angemerkt, dass ein grosser Teil der von den Steuerämtern betriebenen Forderungen gegenüber juristischen Personen sich in einer Grössenordnung von wenigen 100 Franken bewegt. Nach Auffassung der Städtischen Steuerkonferenz erscheint die Notwendigkeit einer Konkursbetreibung durch die Inhaber öffentlich-rechtlicher Forderungen bei Forderungen in dieser Höhe nicht nur absurd, sondern ganz und gar unbillig. Nicht nur erschiene es grob unverhältnismässig, ein Unternehmen wegen einer geringfügigen Steuerschuld in den Konkurs zu treiben, es dürfte zudem kaum vertretbar sein, Kosten in Höhe von mehreren tausend Franken zu generieren, um derart niedrige Forderungen einzutreiben. Die Steuerämter würden sich daher wohl gezwungen sehen, Forderungen, welche unter den zu erwartenden Kosten liegen, von vornherein abzuschreiben, was jedoch mit ihrem gesetzlichen Bezugsauftrag nicht vereinbar wäre.

3) Auswirkungen auf private Gläubiger

Auch die vorgesehene Gesetzesrevision wird nicht vermeiden können, dass private Gläubiger weiterhin vor der Einleitung eines Konkursverfahrens zurückschrecken, da sie die damit verbundenen Kosten und Mühen scheuen. Künftig dürfte die Bereitschaft privater Gläubiger zur Einleitung des Konkursverfahrens jedoch noch weiter sinken, da diese in vielerlei Fällen davon ausgehen würden, dass die Inhaber öffentlich-rechtlicher Forderungen aufgrund ihres gesetzlichen Auftrages diese Arbeit übernehmen werden. Die Aufgabe der rechtzeitigen Konkurseinleitung mit allen damit einhergehenden Kosten und Risiken wäre folglich zu einem grossen Teil auf das Gemeinwesen übertragen.

4) Steuerämter als einzige Gläubiger

Untersuchungen auf Seiten der Steuer- und Betreibungsämter haben gezeigt, dass das Steueramt oftmals einziger Gläubiger eines Unternehmens ist. Hier nun aber zu argumentieren, dass der Grund dafür in der Tatsache liegt, dass den entsprechenden Institutionen die Betreibung auf Konkurs verwehrt bleibt und daher diesen Stellen gegenüber die Zahlungsmoral schlechter ist, dürfte nur in den wenigsten Fällen zutreffen. Dies zeigt insbesondere die Tatsache, dass die Betreibungen gegen die entsprechenden Unternehmungen häufig ins Leere laufen und es an pfändbarem Substrat fehlt. Es werden lediglich Pfändungsverlustscheine generiert. Der Gedanke, auch für öffentlich-rechtliche Forderungen künftig der Konkursbetreibung zu unterstellen, basiert teilweise auf der Annahme, dass die Zahlungsmoral durch eine mögliche Konkursbetreibung verbessert würde. Diese Mutmassung wiederum dürfte dem Gedanken entspringen, dass bei den Unternehmen trotz erfolgloser Pfändung noch Substrat vorhanden sein könnte, welches lediglich in der Pfändung aus irgendwelchen

Gründen nicht zum Vorschein kam. Mit anderen Worten unterstellt dieser Gedanke einen notorischen Pfändungsbetrug und mithin ein strafrechtlich relevantes Verhalten durch die betroffenen Unternehmer. Einem derartigen Verhalten kann nach Auffassung der Städtischen Steuerkonferenz jedoch bereits heute durch ein sorgfältig durchgeführtes Pfändungsverfahren sowie - im Härtefall - auch durch strafrechtliche Massnahmen begegnet werden.

5) Abziehen des Pfändungssubstrates durch die Inhaber öffentlich-rechtlicher Forderungen

Mit der aus der Streichung des Art. 43 Abs. 1 und 1bis SchKG resultierenden Gleichstellung der Inhaber öffentlich-rechtlicher Forderungen mit sonstigen Gläubigern soll gemäss dem Erläuternden Bericht auch erreicht werden, dass ein "Absaugen des Vollstreckungssubstrates" durch die Inhaber öffentlich-rechtlicher Forderungen vermieden wird. Diese Überlegung basiert auf dem Gedanken, dass die öffentlich-rechtlichen Gläubiger nach aktueller Gesetzeslage einen gewissen zeitlichen und auch praktischen Vorteil den anderen Gläubigern gegenüber haben, da sie direkt pfänden können und nicht das aufwändige und kostenintensive Konkursverfahren durchlaufen müssen. Nach Auffassung der Städtischen Steuerkonferenz ist insbesondere in Hinblick auf die Steuerämter der Verdacht eines „Absaugens“ des Vollstreckungssubstrates praxisfern.

Es ist bekannt, dass die Vollstreckungshandlungen der Steuerämter naturgemäss ganz grundsätzlich bereits mit einer erheblichen Verzögerung erfolgen. Dies aus dem Grund, da bei juristischen Personen die definitive Einschätzung im Regelfall mindestens drei Jahre nach der entsprechenden Steuerperiode erfolgt. Erwirtschaftet eine Firma folglich in einer bestimmten Steuerperiode einen Gewinn, so können die Steuern für diesen im Regelfall erst einige Jahre später bezogen werden. Zu diesem Zeitpunkt hat sich die finanzielle Situation der Unternehmung aber möglicherweise bereits massiv verschlechtert und eine Zahlung der Steuerforderung ist nicht mehr möglich. Während private Gläubiger in der Regel zeitnahe Rechnungen stellen und immer wieder die Möglichkeit haben, sich über die Solvenz ihrer Geschäftspartner zu informieren, sind die Steuerämter hier im Nachteil. Ein Schutz privater Gläubiger vor den vermeintlich prioritär behandelten Inhabern öffentlich-rechtlicher Forderungen erscheint bereits aus diesem Grund nicht notwendig.

Auch dürfte es ausser Frage stehen, dass die Steuerämter im Vergleich zu anderen Gläubigern einer privilegierten Behandlung bedürfen. Zunächst sind die Steuerämter gegenüber privaten Gläubigern hinsichtlich des Inkassos bereits deshalb in einer benachteiligten Situation, da für Steuerforderungen keine direkt messbaren Gegenleistungen erbracht werden. Während herkömmliche Gläubiger sich entscheiden können, im Falle der Nichtzahlung allfällige Leistungen einzustellen, steht der öffentlichen Hand ein derartiges Druckmittel nicht zu. Auch ist es den Steuerämtern im Gegensatz zu privaten Gläubigern untersagt, ihre Forderungen an professionelle Inkassoinstitute abzutreten. Zudem haben die Steuerämter nicht die Möglichkeit, ihre Schuldner auszuwählen und sich im Vorwege ein Bild von deren Bonität zu machen. Auch die privaten Vertragspartnern mögliche Kündigung der Geschäftsbeziehung steht den Steuerämtern nicht zur Verfügung, vielmehr sind die Steuerämter für die Dauer des Bestehens einer Firma – und oft noch darüber hinaus – an diese gebunden. Selbst gegenüber notorischen Nichtzahlern entstehen Jahr für Jahr neue Steuerforderungen, welche zu beziehen gesetzlicher Auftrag der Steuerämter ist. All dies macht deutlich, dass die Ausgangslage für den Bezug öffentlich-rechtlicher Forderungen bereits schlechter als für sonstige Forderungen ist. Die geltenden Regelungen des SchKG sind auf die Bedürfnisse der Steuerämter kaum vorbereitet, sondern entsprechen vielmehr den Bedürfnissen privater Gläubiger. Insbesondere kennt die Schweiz im Gegensatz zu den benachbarten Ländern

kein spezielles Verwaltungsvollstreckungsrecht, vielmehr müssen öffentlich-rechtliche Forderungen nach den Regeln des für private Rechtsverhältnisse geschaffenen SchKGs vollstreckt werden. Sämtliche zuvor ausgeführten Argumente zeigen deutlich, dass die unter den Anwendungsbereich des heutigen Art. 43 Abs. 1 und 1 bis SchKG fallenden Institutionen unter besonderer Berücksichtigung der Steuerämter eines besonderen, auch gesetzlichen, Schutzes bedürfen, welcher sich nicht zuletzt auch dadurch rechtfertigt, dass sämtliche Einnahmen der Steuerämter zumindest mittelbar auch der Allgemeinheit zugutekommen und nicht lediglich der Befriedigung des Gewinnstrebens Einzelner dienen. Es dürfte kaum im Sinne der Allgemeinheit liegen, wenn ein beträchtlicher Anteil des Steuersubstrates künftig für Personalaufwand und Kosten von Konkursverfahren verwendet wird. Hieraus würde sowohl bei den Steuer- als auch bei den Konkursämtern ein unsinniger und nicht zu vertretender Aufwand resultieren. Aus diesem Grund spricht sich die Städtische Steuerkonferenz klar gegen eine Streichung des Art. 43 Art. 1 und 1bis SchKG aus.

Zudem bezweifelt die Städtische Steuerkonferenz, dass die entsprechenden Gemeinschuldner durch die Pfändung so sehr geschröpft würden, dass in der Folge keinerlei Substrat im Zuge eines Konkursverfahrens mehr vorhanden ist. Untersuchungen der Steuerämter haben vielmehr ergeben, dass aus den Betreibungen juristischer Personen in einem Grossteil der Fälle lediglich Pfändungsverlustscheine resultieren, die juristischen Personen also ohnedies nicht (mehr) zahlungsfähig sind. Von einem "Absaugen des Vollstreckungssubstrates" durch die vorangegangene Pfändung kann somit nur schwer die Rede sein. Nach Auffassung der Städtischen Steuerkonferenz wären eine konsequentere Bereinigung der Register und eine Löschung nicht mehr aktiver Firmen(-mäntel) tatsächlich wünschenswert. Das erzwungene Durchführen von Konkursverfahren durch Inhaber öffentlich-rechtlicher Forderungen scheint hierfür jedoch der falsche Ansatz zu sein.

Zwar begrüsst die Städtische Steuerkonferenz die Bestrebungen, das SchKG künftig weniger „schuldnerfreundlich“ zu gestalten. Auch räumt die Städtische Steuerkonferenz ein, dass der Schutz der KMUs und der damit zusammenhängenden Arbeitsplätze als historisch erwachsene Argument gegen eine Konkursbetreibung für öffentlich-rechtliche Forderungen nicht in jedem Fall mehr zeitgemäss ist und es sich bei den missbräuchlich agierenden Unternehmen wohl häufig um solche mit sehr wenigen Mitarbeitern handeln dürfte, welche gegebenenfalls nicht einmal mehr aktiv tätig sind. Grundsätzlich erscheint nach Auffassung der Städtischen Steuerkonferenz die Regelung des Art. 43 Abs. 1 und 1bis SchKG in seiner aktuellen Form jedoch durchaus sinnvoll. Zudem steht bereits heute dem Inhaber öffentlich-rechtlicher Forderungen die Einleitung eines Konkursverfahrens gemäss Art. 190 SchKG zumindest dann offen, wenn der Schuldner die Zahlungen eingestellt hat.

6) Wahlrecht

Um den ganz unterschiedlichen Anforderungen, welchen sich insbesondere die Steuerämter im Inkasso der Steuerforderungen ausgesetzt sehen, gerecht zu werden und um zu vermeiden, dass unbillige Ergebnisse zustande kommen, regt die Städtische Steuerkonferenz an, den unter Art. 43 Abs. 1 und 1bis SchKG fallenden Institutionen künftig zumindest ein Wahlrecht hinsichtlich der Betreibungsart einzuräumen.

Mit der Einführung eines Wahlrechts würde vermieden, dass die Steuerämter grundsätzlich den Weg der Konkursbetreibung beschreiten müssten. Die Konkursbetreibung erscheint nach Auffassung der Städtischen Steuerkonferenz insbesondere gegenüber Unternehmungen, die erstmals säumig mit ihren Steuerzahlungen sind, sowie in Fällen, in denen nur geringfügige Summen geschuldet werden, unverhältnismässig. Auch erscheint es nach Auffassung der Städtischen Steuerkonferenz nachgerade stossend, dass Unternehmen mit zahlrei-

chen Mitarbeitern durch die Steuerämter in den Konkurs gezwungen und so zahlreiche Arbeitsplätze vernichtet würden. Auf Basis der vorgesehenen Regelung wären die Steuerämter aufgrund ihres gesetzlichen Bezugsauftrages gezwungen, auch im Falle noch so kleiner Forderungen die Konkursbetreibung einzuleiten, womit zudem auch ein erhebliches Kostenrisiko einherginge. Würde man den Inhabern öffentlich-rechtlicher Forderungen indes ein Wahlrecht einräumen, so liessen sich derartige stossende Ergebnisse vermeiden, auch würde eine unerträgliche Explosion der Kosten auf Seiten der öffentlichen Hand für die Durchführung zahlreicher Konkursverfahren vermieden. Aus diesem Grund spricht sich die Städtische Steuerkonferenz klar für ein Wahlrecht aus.

IV. Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

Der vorgesehenen Verlängerung der Frist zur Einleitung des Konkursverfahrens von 10 auf 20 Tage steht die Schweizerische Steuerkonferenz neutral gegenüber.

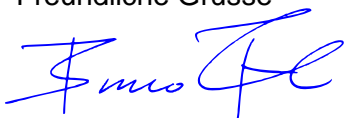
V. Fazit

Ganz grundsätzlich begrüsst die Städtische Steuerkonferenz das Bestreben, mit Änderungen im SchKG dem Missbrauch des Konkursverfahrens entgegenzutreten. Auch wenn ein missbräuchliches Verhalten bereits ganz grundsätzlich eine gewisse „kriminelle Energie“ mit sich bringt, welcher sich bereits mit den bereits heute geltenden Regelungen im Bereich des SchKG, des Zivil- und des Strafgesetzes begegnen liesse, erscheint der Versuch, weitere Regelungen zu schaffen, um so den Missbrauchsfällen entgegenzuwirken, durchaus ein Schritt in die richtige Richtung zu sein.

Nach Auffassung der Städtischen Steuerkonferenz weisen die vorgeschlagenen Anpassungen jedoch beträchtliche Schwächen auf und sind in der vorgelegten Form kaum praktikabel und nur schwer um- bzw. durchsetzbar. Dies gilt insbesondere für die Ausgestaltung der Organhaftung (welche dem Grunde nach jedoch begrüsst wird) sowie für die vorgesehene Streichung des Art. 43 Abs. 1 und 1bis SchKG. Stünde den Steuerämtern künftig allein die Möglichkeit der Konkursbetreibung offen, würde dies in manchem Fall zu stossenden Ergebnissen führen. Zudem bestünde die latente Gefahr, dass Unternehmen, welche sich in Hinblick auf ihre Steuerforderungen in einem vorübergehenden Zahlungsengpass befänden, in den Konkurs getrieben und dadurch allenfalls auch Arbeitsplätze zerstört würden. Auch wäre der entstehende Kosten- und Personalaufwand für die Steuerämter nur schwer zu bewältigen und gegenüber der Allgemeinheit kaum zu rechtfertigen.

Aus diesem Grund spricht sich die Städtische Steuerkonferenz klar gegen die Streichung des Art. 43 Abs. 1 und 1bis SchKG aus. Eine Öffnung der Konkursbetreibung für öffentlich-rechtliche Forderungen erscheint nach Auffassung der Städtischen Steuerkonferenz eher im Rahmen einer Einführung eines Wahlrechts für die Inhaber öffentlich-rechtlicher Forderungen sinnvoll und praktikabel.

Freundliche Grüsse



Dr. Bruno Fässler

Vizepräsident Städtische Steuerkonferenz



Kanton Zürich
Staatsanwaltschaft III
Wirtschaftsdelikte

Weststrasse 70
Postfach 9717
8036 Zürich
Telefon +41 44 455 97 00
Telefax +41 44 455 97 97
www.staatsanwaltschaften.zh.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Herrn Dr. iur. David Rüetschi
Chef Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht

per E-Mail: david.rueetschi@bj.admin.ch

PD Dr. Marc Jean-Richard-dit-Bressel
Staatsanwalt/Abteilungsleiter, Büro A-1
Privatdozent an der Universität Zürich

**Federführung Schuldbetreibungs- und
Konkursdelikte – Strafverfolgung
Erwachsene des Kantons Zürich**

Direktwahl +41 44 455 97 12
marc.jean-richard@ji.zh.ch

Zürich, 14. August 2015

Vernehmlassung

Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Sehr geehrte Damen und Herren

Hinter der vorliegenden Vernehmlassung steht eine *Projektgruppe*, die ein Präventionskonzept gegen den Konkursmissbrauch erarbeitet. Der Projektgruppe besteht aus Vertreterinnen und Vertretern der Kantonspolizei Zürich und der Strafverfolgung Erwachsene des Kantons Zürich, namentlich

- ◆ der Präventionsabteilung der Kantonspolizei Zürich,
- ◆ der Ermittlungsabteilung Wirtschaftskriminalität der Kantonspolizei Zürich, und
- ◆ der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, Wirtschaftsdelikte.

Diese Projektgruppe vereint erhebliche praktische Erfahrung in der strafrechtlichen Aufarbeitung des Konkursmissbrauchs und ähnlicher Probleme.



Inhaltsverzeichnis

A. Übersicht	2
1. <i>Problemverschärfung durch organisierte „Firmenbestattung“</i>	2
2. <i>Zusammenfassung der vorgeschlagenen Massnahmen</i>	4
B. Begründung	6
1. <i>Zu bekämpfende Missbräuche</i>	6
2. <i>Die Vorschläge der Projektgruppe im Einzelnen</i>	7
2.1 <i>Vorbemerkung: Strafrecht als „ultima ratio“</i>	7
2.2 <i>Massnahmen zur Erleichterung der strafrechtlichen Bekämpfung von Missbräuchen</i>	8
a. <i>Verdeutlichung der Strafnorm gegen Misswirtschaft (Art. 165 StGB) durch Konkursverschleppung</i>	8
b. <i>Ausweitung der Officialmaxime bei Misswirtschaft</i>	9
c. <i>Rechtssichere Regelung des Gerichtsstands</i>	10
2.3 <i>Massnahmen zur Prävention und zum Gläubigerschutz</i>	12
a. <i>Konkureröffnung bei Feststellung der Überschuldung im Rahmen der Liquidation wegen Organisationsmängeln</i>	12
b. <i>Zulassung einer Verantwortlichkeitsklage der Gläubiger bei Konkurseinstellung</i>	13
c. <i>Gewährleistung der konkursamtlichen Aktensicherung</i>	14
d. <i>Revisionspflicht bei Änderung der Geschäftsfirma, des Sitzes oder des Zwecks</i>	16
e. <i>Personensuche im ZEFIX</i>	17

A. Übersicht

1. Problemverschärfung durch organisierte „Firmenbestattung“

Die im Erläuternden Bericht vom 22. April 2015 beschriebene Ausgangslage betreffend Missbrauch des Konkursrechts zur „Konkursreiterei“ entspricht den Erfahrungen und Beobachtungen der Projektgruppe. Allerdings kommen gemäss jüngeren Erkenntnissen der Projektgruppe zwei erschwerende Aspekte hinzu, die im Erläuternden Bericht keine Erwähnung gefunden haben:

◆ Organisierte „Firmenbestattung“:

Es haben sich organisierte Strukturen entwickelt, die Kleinunternehmer dabei unterstützen, ihre überschuldeten Gesellschaften so zu „entsorgen“, dass das Risiko, zivil- oder strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden, möglichst gering ist. Dabei werden nicht die materiellen Voraussetzungen der Verantwortlichkeit vermieden, was zu begrüessen wäre, sondern es wird die Durchsetzung der Ver-



antwortlichkeit erschwert. In zahlreichen Fällen hat sich folgender Ablauf beobachten lassen: Der Kleinunternehmer wendet sich an einen spezialisierten Treuhänder, um seine überschuldete Gesellschaft loszuwerden. Der Treuhänder vermittelt einen „Firmenbestatter“, der bereit ist, die Gesellschaft zu übernehmen und sich als einziger Verwaltungsrat der AG bzw. Geschäftsführer und Gesellschafter der GmbH im Handelsregister eintragen zu lassen. Dafür zahlt der Kleinunternehmer eine Gebühr von einigen Tausend Franken, die sich der Treuhänder und der Firmenbestatter teilen. Unter den Firmenbestattern sind die Gesellschaften inaktiv, ausser dass sie teilweise, jedoch nicht zwingend, für Bestellungsbeträge missbraucht werden. Manche Firmenbestatter sind als einziges Organ von dutzenden von inaktiven, überschuldeten Gesellschaften im Handelsregister eingetragen. Oft ändern sie die Geschäftsfirma und den rein formellen Sitz und manchmal auch den statutarischen Zweck der Gesellschaft. Ihre Hauptaufgabe besteht darin, die Konkursöffnung möglichst weit hinauszuschieben. All das dient dazu, zeitliche, räumliche und inhaltliche Distanz zu den alten Organen zu schaffen, um deren Risiko zu vermindern, von den Gläubigern, den Konkursämtern oder den Strafverfolgungsbehörden in die Pflicht genommen zu werden.

◆ Konkursverhinderung:

Vermeehrt werden überschuldete Gesellschaften ohne Konkursöffnung „entsorgt“, indem eine Liquidation nach der Handelsregisterverordnung oder eine Liquidation wegen Organisationsmängeln gemäss Art. 731b OR provoziert wird. Dadurch wird es in formeller Hinsicht zusätzlich erschwert, Gesellschaftsorgane für Pflichtverletzungen verantwortlich zu machen: Ohne förmliche Konkursöffnung steht den Gläubigern die Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 757 OR nicht zur Verfügung. Aus dem gleichen Grund fehlt eine wesentliche Voraussetzung für die Anwendung der Strafnorm gemäss Art. 165 StGB betreffend Misswirtschaft, die sich als strafrechtliche Hauptwaffe gegen die beschriebenen Missbräuche erwiesen hat.

Durch organisierte „Firmenbestattung“ und Konkursverhinderung werden nicht nur private Unternehmen geschädigt, sondern vor allem auch die öffentliche Hand. Aufgrund der bisherigen Erkenntnisse und Erfahrungswerte ist davon auszugehen, dass der jähr-



liche volkswirtschaftliche Schaden allein im Kanton Zürich im dreistelligen Millionenbereich liegen dürfte.

2. Zusammenfassung der vorgeschlagenen Massnahmen

Die Projektgruppe schlägt zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zusammenhang mit überschuldeten Kapitalgesellschaften folgende Massnahmen vor:

Massnahmen zur Erleichterung der strafrechtlichen Bekämpfung von Missbräuchen

1. Verdeutlichung der Strafnorm gegen Misswirtschaft durch Konkursverschleppung

Mit einer Ergänzung von Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, wonach als Misswirtschaft auch explizit die *Verletzung der Prüfungs- oder Anzeigepflichten bei begründeter Besorgnis der Überschuldung* genannt wird, ist eine konsequente Strafverfolgung sicherzustellen (Begründung vgl. hinten B.2.2.a).

2. Ausweitung der Offizialmaxime bei Misswirtschaft

Durch eine geringfügige Anpassung von Art. 165 Ziff. 2 Abs. 1 StGB ist es den Strafverfolgungsbehörden zu ermöglichen, bei Ausstellung eines Verlustscheines gegen einen wegen einer Ausnahme gemäss Art. 43 SchKG auf Pfändung betriebenen Schuldner von Amtes wegen ein Strafverfahren wegen Misswirtschaft durchführen zu können (Begründung vgl. hinten B.2.2.b)

3. Rechtssichere Regelung des Gerichtsstands

Durch eine Neufassung von Art. 36 StPO ist der Gerichtsstand für Konkursdelikte unmissverständlich festzulegen, um die zurzeit diesbezüglich herrschenden Unklarheiten und interkantonalen Kompetenzkonflikte zu beseitigen (Begründung vgl. hinten B.2.2.c).



Massnahmen zur Prävention und zum Gläubigerschutz

1. *Konkureröffnung bei Feststellung der Überschuldung im Rahmen der Liquidation wegen Organisationsmängeln*

Dem Artikel 731b OR ist ein Absatz beizufügen, wonach die zur Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs eingesetzten Liquidatoren, sobald sie eine Überschuldung feststellen, das Gericht zu benachrichtigen haben und dieses die Eröffnung des Konkurses auszusprechen hat (Begründung vgl. hinten B.2.3.a).

2. *Zulassung einer Verantwortlichkeitsklage der Gläubiger bei Konkurseinstellung*

Art. 260 SchKG ist dahingehend anzupassen, dass er den Gläubigern auch bei Konkurseinstellung die Möglichkeit der Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage einräumt (Begründung vgl. hinten B.2.3.b).

3. *Gewährleistung der konkursamtlichen Aktensicherung*

Durch eine Anpassung von Art. 223 Abs. 2 SchKG ist eine umfassende konkursamtliche Sicherstellung der Geschäftsakten der Schuldner zu gewährleisten (Begründung vgl. hinten B.2.3.c).

4. *Revisionspflicht bei Änderung der Geschäftsfirma, des Sitzes oder des Zwecks*

Als Voraussetzung für die Umbenennung der Gesellschaft sowie die Änderung des Sitzes oder des Gesellschaftszwecks ist die nicht wegbedingbare Pflicht einzuführen, dem Handelsregisteramt eine revidierte Jahresrechnung oder Zwischenbilanz vorzulegen (Begründung vgl. hinten B.2.3.d).

5. *Personensuche im ZEFIX*

Im ZEFIX-Portal ist eine Suchoption einzurichten, die eingegebene Personensuchbegriffe an alle 26 kantonalen Datenbanken weiterleitet und die dortigen Suchergebnisse zentral anzeigt (Begründung vgl. hinten B.2.3.e).



B. Begründung

1. Zu bekämpfende Missbräuche

Die im Erläuternden Bericht vom 22. April 2015 beschriebene Ausgangslage entspricht den Erfahrungen und Beobachtungen der Projektgruppe: In gewissen Branchen – z.B. Bau und Gastronomie – hat sich die Unsitte verbreitet, dass Kleinunternehmer ihre *Kapitalgesellschaften als „Wegwerfartikel“* missbrauchen. Sie lassen bewusst bestimmte Schulden wie Steuern, Sozialversicherungsbeiträge, Telekommunikationskosten, Leasingraten und dergleichen auflaufen und befreien sich von diesen Lasten, indem sie die Gesellschaft ohne Aktiven in Konkurs gehen lassen und ihre Geschäftstätigkeit mit einer neuen Gesellschaft fortsetzen. Dieses Vorgehen führt nicht nur zu massiven Gläubigerschäden, besonders zum Nachteil der Staatskasse und der sozialen Sicherheit, sondern auch zu einem empfindlichen Wettbewerbsnachteil der Konkurrenten, die ihre Pflichten erfüllen. Hinzu kommen die zwei erschwerenden Aspekte, die im Erläuternden Bericht keine Erwähnung gefunden haben, nämlich *organisierte „Firmenbestattung“* und *Konkursverhinderung* (Näheres vgl. vorn A.1).

Der *Projekttitel „Missbrauch des Konkursverfahrens“* trifft den Sachverhalt nicht einwandfrei. Das eigentliche Konkursverfahren (Art. 221 ff. SchKG) wird nicht missbraucht, sondern vermieden, indem entweder auf eine Liquidation wegen Organisationsmangels (Art. 731b OR) oder durch Verbrauch aller liquiden Vermögenswerte auf eine Konkurseinstellung mangels Aktiven (Art. 230 SchKG) hingewirkt wird. Missbraucht wird die Figur der juristischen Person, vor allem in der Form der AG und GmbH.

Die Projektgruppe teilt die im Erläuternden Bericht vertretene Auffassung, dass *unternehmerisches Scheitern nicht kriminalisiert* werden darf und auch nicht anderweitig zu einem Stigma führen soll. An der Möglichkeit der grundsätzlichen Begrenzung der Haftung auf das Vermögen einer juristischen Person als Unternehmensträgerin ist festzuhalten. Doch ist diese Haftungsbegrenzung nur vertretbar, wenn den gesetzlich vorgeschriebenen Massnahmen zum Schutz des Haftungssubstrats volle Geltung verschafft wird. Nicht das unternehmerische Scheitern soll kriminalisiert werden, wohl aber die



Vernachlässigung der Vermögensschutzpflichten im Krisenfall, sei es durch Konkursverschleppung oder durch Verschleudern oder Verheimlichen von Vermögenswerten.

2. Die Vorschläge der Projektgruppe im Einzelnen

2.1 Vorbemerkung: Strafrecht als „ultima ratio“

Die *zivilrechtlichen Mittel* versagen weitgehend, wenn es darum geht, dem Missbrauch der juristischen Person zur billigen Entsorgung von Schulden einen Riegel zu schieben. Im Wesentlichen sind es Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. SchKG) und Verantwortlichkeitsklagen (Art. 752 ff. OR), die zur Deckung von Forderungen führen können, wenn ein Gläubiger durch die Sicherstellung der Konkurskosten die Durchführung eines mangels Aktiven eingestellten Konkurses ermöglicht (Art. 230 SchKG). Meist ist sowohl der Gläubigergesamtheit als auch jedem einzelnen Gläubiger (vgl. Art. 260 SchKG) das Risiko solcher Prozesse zu hoch, zumal ein gewonnener Prozess wenig nützt, wenn die gutgeheissene Forderung mangels Vollstreckungssubstrats nicht eingezogen werden kann.

Die im Vernehmlassungsentwurf vorgeschlagenen Massnahmen, die die Gläubiger zur vermehrten Stellung von Konkursbegehren sowie Leistung der Sicherheit gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG ermutigen wollen (Vorlage Art. 169 und Art. 230; Erläuternder Bericht Ziff. 3.1, 3.2 und 3.4), sind zwar zu begrüessen, erscheinen jedoch wegen des Risikos der Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsprozesse in ihrer Wirkung begrenzt.

Da sich somit das Zivilrecht und das Zivilprozessrecht (einschliesslich SchKG) als ungenügende Mittel zur Missbrauchsbekämpfung erweisen, ist zunächst zu prüfen, ob sich diese Lücke mit dem *Verwaltungsrecht* füllen lässt. Denn das *Strafrecht* soll „*ultima ratio*“ sein.

Die *Handelsregisterämter* sind die Verwaltungsbehörden, denen bereits de lege lata gewisse Prüfungspflichten in Bezug auf alle eingetragenen juristischen Personen obliegen. Diese Prüfungspflichten könnten zum Zwecke der Missbrauchsbekämpfung erweitert werden. Soll eine solche Prüfung wirksam sein, bedeutet sie einen erheblichen Mehraufwand für die Ämter und gleichzeitig einen massiven Eingriff in die Wirt-



schaftsfreiheit, der dem Fehlverhalten einer Minderheit gilt, jedoch sämtliche Unternehmen belastet. Deshalb sind einschneidende und damit wirksame Verwaltungsmassnahmen im vorliegenden Zusammenhang unverhältnismässig. Milde, für alle Betroffenen mit wenig Zusatzaufwand verbundene Verwaltungsmassnahmen können die Missbrauchsbekämpfung unterstützen (hinten Ziff. 2.3.d-e), sind aber für sich allein ungenügend.

Aus diesen Gründen ist das *Strafrecht die entscheidende Waffe* gegen die beschriebenen Missbräuche. Es hat gegenüber dem Verwaltungsrecht den Vorteil, dass es nicht alle Wirtschaftsteilnehmer belastet, sondern nur diejenigen, gegen die ein „hinreichender Tatverdacht“ (Art. 7 Abs. 1 und Art. 309 Abs. 2 Bst. a StPO) besteht.

Unter anderem deshalb wurde bereits in den Jahren 2009 bis 2011 im Rahmen des von der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich geleiteten *Projekts „Wegwerfgesellschaften“ („WWG“)* ein Schema entwickelt, um den Konkursmissbrauch in einem einfachen und kurzen Strafverfahren als Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB, begangen durch Konkursverschleppung, zu ahnden (vgl. Beilage 1: Merkblatt „Wegwerfgesellschaften“; Beilage 2: Abhandlung „Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei Wegwerfgesellschaften“, Zürich 2011).

Das WWG-Schema hat sich in der Praxis insofern bewährt, als dass es ermöglicht, die Konkursverschleppung ohne grossen Untersuchungsaufwand als *Massendelikt* zu ahnden. Doch besonders angesichts der organisierten „Firmenbestattung“ und der Konkursverhinderung weist das WWG-Schema gewisse Schwächen auf, denen die von der Projektgruppe vorgeschlagenen Massnahmen Rechnung tragen.

2.2 Massnahmen zur Erleichterung der strafrechtlichen Bekämpfung von Missbräuchen

a. Verdeutlichung der Strafnorm gegen Misswirtschaft (Art. 165 StGB) durch Konkursverschleppung

Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht keine Unsicherheit darüber, dass die Konkursverschleppung als Misswirtschaft zu bestrafen ist, wenn sie zur Ver-



schlimmerung der Vermögenslage der Kapitalgesellschaft beiträgt. Allerdings ist dies noch nicht in das allgemeine Bewusstsein der Strafverfolgungsbehörden eingegangen. Deshalb erscheint es wünschenswert, dies im *Gesetzestext* zu *verdeutlichen*, um den Strafbehörden unmissverständlich zu signalisieren, dass die konsequente Verfolgung der Konkursverschleppung dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Die Projektgruppe schlägt vor, Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 StGB folgendermassen zu ergänzen:

Der Schuldner, der in anderer Weise als nach Artikel 164, durch Misswirtschaft, namentlich durch ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit, Verschleudern von Vermögenswerten, *Verletzung der Prüfungs- oder Anzeigepflichten bei begründeter Besorgnis der Überschuldung* oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung, seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, [...]

b. Ausweitung der Officialmaxime bei Misswirtschaft

Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug (Art. 163 StGB), Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 StGB), Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB) und Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) sind auch dann von Amtes wegen zu verfolgen, wenn keine Konkursöffnung erfolgt ist, sondern bloss ein Pfändungsverlustschein vorliegt. Die Misswirtschaft (Art. 165 StGB) ist hingegen ein Antragsdelikt, wenn gegen den Schuldner ein Verlustschein ergangen, jedoch über ihn kein Konkurs eröffnet worden ist. Nach der Erfahrung der Projektgruppe kommt es äusserst selten vor, dass ein Gläubiger rechtzeitig einen Strafantrag wegen Misswirtschaft stellt. Folglich versagt die Strafnorm gemäss Art. 165 StGB in den sich häufenden Fällen, in denen überschuldete, mit Verlustscheinen belastete Gesellschaften ohne Konkursöffnung gelöscht werden.

Die Vernehmlassungsvorlage will wichtige Ausnahmen von der Konkursbetreibung (Art. 43 SchKG) abschaffen und so die Konkursöffnung bei Überschuldung fördern (Erläuternder Bericht Ziff. 3.3). Aus strafrechtlicher Sicht stellt dies nach Ansicht der Projektgruppe einen Schritt in die richtige Richtung dar. Doch werden aufgrund anderweitiger Erwägungen Zweifel an der Zweckmässigkeit dieses Vorschlags angemeldet



(vgl. Vernehmlassung des Regierungsrats des Kantons Zürich vom 1. Juli 2015). Deshalb sind andere Möglichkeiten zu prüfen, um die mit der Abschaffung von Ausnahmen von der Konkursbetreibung angestrebten Ziele zu erreichen.

Folgende geringfügige Anpassung von Art. 165 Ziff. 2 Abs. 1 StGB würde es den Strafverfolgungsbehörden ermöglichen, bei Ausstellung eines Verlustscheines gegen einen wegen einer Ausnahme gemäss Art. 43 SchKG auf Pfändung betriebenen Schuldner von Amtes wegen ein Strafverfahren betreffend Misswirtschaft durchzuführen:

Der auf Pfändung betriebene nicht der Konkursbetreibung unterliegende Schuldner, über den auch nicht ohne vorgängige Betreibung der Konkurs eröffnet worden ist, wird nur auf Antrag eines Gläubigers verfolgt, der einen Verlustschein gegen ihn erlangt hat.

Damit bliebe die mit Art. 165 Ziff. 2 StGB angestrebte Schonung der nicht unternehmerisch tätigen natürlichen Person erhalten, solange gegen sie nur Verlustscheine aus Pfändungen vorliegen und es nicht ohne vorgängige Betreibung gemäss Art. 190 ff. SchKG zu der Konkursöffnung gekommen ist. Hingegen soll das Antragsprivileg gemäss dem Vorschlag nicht für den generell der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner gelten, der wegen einer Ausnahme gemäss Art. 43 SchKG auf Pfändung betrieben wird.

Eine andere Möglichkeit der Ausweitung der Oficialmaxime bestünde darin, in einem neu einzufügenden Art. 171^{bis} StGB die *Auflösung wegen Mängeln in der Organisation der Gesellschaft* (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR, bei der GmbH in Verbindung mit Art. 819 OR) der Konkursöffnung gleichzustellen. Die Projektgruppe gibt der vorgeschlagenen Anpassung von Art. 165 Ziff. 2 StGB den Vorzug, da sie diese Massnahme als gezielter und effizienter erachtet, insbesondere da sie ein strafrechtliches Einschreiten bereits in der Phase der unrechtmässigen Konkursverzögerung erlaubt.

c. Rechtssichere Regelung des Gerichtsstands

Ein erheblicher Widerstand erwächst der Strafverfolgung dadurch, dass die im Rahmen des Firmenbestatterwesens regelmässig vorgenommenen Sitzverlegungen zu *negativen Kompetenzkonflikten zwischen den Kantonen* führen. Zwar enthält die Strafpro-



zessordnung eine spezifische Bestimmung über den Gerichtsstand bei Betreibungs- und Konkursdelikten und bei Strafverfahren gegen Unternehmen (Art. 36 StPO) und erklärt die Behörden am Sitz des Unternehmens mit Schuldner- bzw. Beschuldigtenstellung als zuständig. Allein, diese Regelung lässt einen weiten Interpretationsspielraum: Ist der formelle oder der materielle Sitz gemeint? Der Sitz im Zeitpunkt der Konkursöffnung oder der Sitz im Zeitpunkt des tatbestandsmässigen Verhaltens? Und welche Folge hat die Konkurrenz mit anderen Straftatbeständen, z.B. der ungetreuen Geschäftsbesorgung zum Nachteil des konkursiten Unternehmens? Tritt hier der Gerichtsstand des Tatorts in Konkurrenz mit dem Gerichtsstand des Unternehmenssitzes? Das würde ein „Gerichtsstands-Shopping“ ermöglichen, wenn eine nebensächliche Teilhandlung des tatbestandsmässigen Verhaltens in einem anderen Kanton als demjenigen des Unternehmenssitzes stattgefunden hat (vgl. Art. 31 Abs. 2 StPO).

Aus der Sicht der Projektgruppe ist es besonders mit Blick auf die Firmenbestatterproblematik, aber auch allgemein im Interesse der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von hohem Interesse, negativen Kompetenzkonflikten möglichst wenig Raum zu lassen. Dazu sind der *Interpretationsspielraum von Art. 36 StPO* zu *verkleinern* und sein Anwendungsfeld zu erweitern. Zudem ist darauf zu achten, dass sich die Anknüpfungstatbestände schnell und ohne Aufwand feststellen lassen. Oft bedeuten die Vorermittlungen zur Frage, wo sich der tatsächliche Sitz befindet, nicht nur Zeitverlust und Ressourcenverschleiss, sondern sie wirken auch als „Frühwarnsystem“, das die Tatverdächtigen zur Beseitigung oder Verfälschung von Beweismitteln anregen kann.

Die Projektgruppe schlägt folgende Neufassung von Art. 36 StPO vor:

Gerichtsstand bei Betreibungs- und Konkursdelikten und bei Strafverfahren ~~gegen~~ *betreffend* Unternehmen

¹ *Bei Straftaten nach den Artikeln 163-171^{bis} StGB sind die Behörden am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der natürlichen Person oder am Steuersitz des Unternehmens mit Schuldnerstellung zuständig.*

² *Für Strafverfahren gegen natürliche Personen, die gemäss der Verdachtslage auf strafbare Weise für ein Unternehmen oder als dessen Organe oder Hilfspersonen gegen ein solches gehandelt haben, und für Strafverfahren gegen ein Unternehmen sind die Behörden am Steuersitz des Unternehmens zuständig.*



^{2bis} *Als Steuersitz des Unternehmens gilt der Ort, an dem nach Massgabe des Sitzes oder der tatsächlichen Verwaltung das Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern für die Periode, in der die mutmassliche Tat verübt wurde, durchgeführt worden oder anhängig ist.*

³ Fehlt ein Gerichtsstand nach den Absätzen 1 und 2, so bestimmt er sich nach den Artikeln 31 bis 35.

Der Vorschlag knüpft den Gerichtsstand an eine einfach feststellbare Tatsache, lässt kaum Raum für Gerichtsstandstreitigkeiten und führt stets zu einer akzeptablen Lösung. Sollten der Steuersitz und der Ermittlungsschwerpunkt ausnahmsweise in verschiedenen Kantonen sein, ist gleichwohl derjenige Kanton strafverfolgungspflichtig, welcher von der problematischen Unternehmenstätigkeit aufgrund der Steuerveranlagung einen potentiellen Nutzen hatte.

2.3 Massnahmen zur Prävention und zum Gläubigerschutz

a. Konkureröffnung bei Feststellung der Überschuldung im Rahmen der Liquidation wegen Organisationsmängeln

Die vorgeschlagene Ausweitung der Officialmaxime bei Misswirtschaft (vorn B.2.2.b) genügt für die Strafverfolgung, kann aber die für den Gläubigerschutz massgeblichen Wirkungen der Konkureröffnung nicht ersetzen, wenn eine überschuldete Gesellschaft ohne Konkureröffnung gelöscht wird. Unter anderem ist es den Gläubigern ohne Konkureröffnung verwehrt, Verantwortlichkeitsklagen gemäss Art. 757 OR in Verbindung Art. 260 SchKG gegen Organe der Gemeinschuldnerin zu erheben. Es ist deshalb dafür zu sorgen, dass überschuldete Gesellschaften nicht ohne Konkureröffnung von der Bildfläche verschwinden können. Doch genau das geschieht gemäss den Beobachtungen der Projektgruppe häufig bei Liquidationen wegen mangelhafter Organisation gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR.

Nach Ansicht der Projektgruppe gelten auch bei der Liquidation gemäss Art. 731b Abs. 2 Ziff. 3 OR für die Liquidatoren die Pflichten gemäss Art. 742 ff. OR (bei der GmbH in Verbindung mit Art. 821a Abs. 1 OR), namentlich die Pflicht, bei Feststellen der Überschuldung gemäss Art. 743 Abs. 2 OR die Konkureröffnung herbeizuführen. Doch



dies entspricht anscheinend nicht der Praxis, die sich zu Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 herausgebildet hat. Die Projektgruppe empfiehlt deshalb, dem Artikel 731b OR folgenden Absatz 4 beizufügen:

Die zur Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs eingesetzten Liquidatoren haben, sobald sie eine Überschuldung feststellen, den Richter zu benachrichtigen; dieser hat die Eröffnung des Konkurses auszusprechen.

b. Zulassung einer Verantwortlichkeitsklage der Gläubiger bei Kurseinstellung

Entgegen der im Erläuternden Bericht (Ziff. 4.3.2) vertretenen Auffassung ist die Projektgruppe der Auffassung, dass eine Klagemöglichkeit jedes Gläubigers im Fall der Kurseinstellung geboten und praktikabel ist.

Es ist stossend, Gesellschaftsorgane, die ihre Kapitalschutzpflichten krass verletzen und die Gesellschaft vor der Konkursöffnung vollständig ausbluten lassen, dafür mit einer weitgehenden Immunität gegen Verantwortlichkeitsklagen zu belohnen. Aus generalpräventiver Sicht ist es wünschenswert, wenn einzelne Gläubiger das Prozessrisiko auf sich nehmen, um fehlbare Organe zivilrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Es erscheint nicht angebracht, das Prozessrisiko dadurch zu erhöhen, dass der Gläubiger die Kosten für das Konkursverfahren vorschiesen muss, bevor er weiss, ob die Gläubigergesamtheit klagen will und ob der Klage Erfolg beschieden sein wird.

Die einfache und saubere Lösung besteht darin, dass die Konkursverwaltung auch bei einem eingestellten Konkurs gegen eine Schreibgebühr Rechtsansprüche im Sinne von Art. 260 SchKG vornehmen kann, der entsprechend zu überarbeiten ist:

Abtretung von Rechtsansprüchen

¹Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet; *die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven ist dem Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger auf die Geltendmachung aller Rechtsansprüche der Masse gleichgestellt.*



² Das Ergebnis dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderungen derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Range. Der Überschuss ist an die Masse abzuliefern.

^{2bis} *Wurde der Konkurs mangels Aktiven eingestellt, legen die Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, die Abrechnung über das Ergebnis dem Konkursamt vor, das diese gegen eine angemessene Gebühr prüft, gegebenenfalls berichtigt und genehmigt. Deckt der Überschuss nach Abzug der Prüfungsgebühr die voraussichtlichen Konkurskosten, wird der Konkurs durchgeführt. Deckt der Überschuss diese Kosten nicht, so setzt das Konkursamt in sinngemässer Anwendung von Art. 230 Abs. 2 SchKG eine Frist unter Festlegung einer entsprechend reduzierten Sicherheit an.*

³ *Wird das Konkursverfahren durchgeführt, verzichtet die Gesamtheit der Gläubiger auf die Geltendmachung und verlangt auch kein Gläubiger die Abtretung, so können solche Ansprüche nach Artikel 256 verwertet werden.*

Art. 757 Abs. 2 OR enthält für Verantwortlichkeitsklagen eine ähnliche, aber nicht deckungsgleiche Regelung wie Art. 260 SchKG für sämtliche Rechtsansprüche der Masse. Ein Teil der Lehre leitet daraus ab, Art. 757 Abs. 2 OR sei gerade auf die Fälle zugeschnitten, in denen der Konkurs mangels Aktiven eingestellt wird. Diese Bedeutung geht jedoch nicht mit hinreichender Klarheit aus dem Gesetzestext hervor. Die vorgeschlagene Änderung von Art. 260 SchKG führt dazu, dass Art. 757 Abs. 2 OR unter dem Gesichtspunkt dieser Lehrmeinung obsolet wird. Ein anderer Sinn dieser Doppelspurigkeit lässt sich nicht erkennen. Es geht namentlich auch nicht darum, in den Bestimmungen über die aktienrechtliche Verantwortlichkeit Art. 260 SchKG vorzubehalten, denn dies wird bereits durch den klaren Wortlaut von Art. 757 Abs. 3 OR gewährleistet. Art. 757 Abs. 2 OR ist demnach ersatzlos zu streichen.

c. Gewährleistung der konkursamtlichen Aktensicherung

Gemäss der in der Projektgruppe vertretenen Erfahrung entsprach es bis vor einigen Jahren der ständigen *Praxis der Konkursämter*, die Geschäftsbücher stets sicherzustellen und während zehn Jahren aufzubewahren. In den letzten Jahren hat sich diese Praxis geändert, und zwar teilweise sogar in Fällen, in denen der Konkurs durchgeführt worden ist. Diese Entwicklung ist bedenklich und erleichtert es pflichtvergessenen Gesellschaftsorganen, sich der Verantwortlichkeit zu entziehen.



Die Sicherstellung der Geschäftsbücher entspricht vor allem einem *schützenswerten Interesse der Gläubiger*. Sie sind eine wichtige Grundlage für die Feststellung der Aktiven und die Prüfung der Konkurseingaben durch die Konkursverwaltung. Zumindest dann, wenn das Verfahren mangels Aktiven eingestellt wird oder wenn die Konkursverwaltung gewisse Rechtsansprüche der Masse nicht geltend machen kann, muss der Gläubiger zudem durch Einsichtnahme in die Geschäftsbücher prüfen können, ob ein Vorschuss zu leisten bzw. ein Zivilprozess einzuleiten ist. Dass die konkursamtliche Aktensicherung ausserdem für die Strafverfolgungsbehörden ermittlungstaktische Vorteile bringt, ist eine willkommene Nebenwirkung.

Der Erläuternde Bericht äussert sich in Ziff. 2 (letzter Absatz vor Ziff. 3) wie folgt: „Aus Sicht der (befragten) Staatsanwaltschaften ist es auch für die Strafverfolgungsbehörden von Vorteil, wenn die Konkursakten beim Konkursamt eingesehen und gegebenenfalls beschlagnahmt werden können. Dies ist aber nicht möglich, wenn gar kein Verfahren durchgeführt wird.“

Zunächst ist dem zu entgegen, dass es hier nicht um die „Konkursakten“ geht, sondern um die *konkursamtliche Beschlagnahme der Geschäftsakten der Gemeinschuldnerinnen*, als deren Kernstück die Rechnungslegung mit sämtlichen Belegen anzusehen ist. Gemäss Art. 223 Abs. 2 SchKG nimmt das Konkursamt u.a. „Geschäfts- und Hausbücher sowie sonstige Schriften von Belang“ in Verwahrung. Das ist eine Pflicht, die die Konkursämter gemäss der gesetzlichen Ordnung sofort zu erfüllen haben, bevor über die Einstellung des Konkurses gemäss Art. 230 SchKG entschieden werden kann.

Generell sind Geschäftsbücher und die Buchungsbelege sowie der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht *während zehn Jahren nach Ablauf des Geschäftsjahres aufzubewahren* (Art. 958f OR). Gemäss Art. 747 OR (für die GmbH in Verbindung mit Art. 826 Abs. 2 OR) sind die Geschäftsbücher etc. einer aufgelösten Aktiengesellschaft während zehn Jahren nach deren Löschung an einem sicheren Ort aufzubewahren, der von den Liquidatoren oder, wenn diese sich nicht einigen können, vom Handelsregisteramt zu bezeichnen ist.



Aus diesen Bestimmungen ist abzuleiten, dass die *Aufbewahrung der Geschäftsbücher* unmittelbar mit der Konkurseröffnung eine *Pflicht des Konkursamtes* wird, und zwar auch dann, wenn der Mangel an Aktiven später zur Einstellung des Konkurses führt. Denn die Konkurseinstellung bewirkt zu Recht nicht, dass die Befugnisse und Pflichten der alten Organe wieder aufleben. Da diese Pflicht der Konkursämter offenbar nicht mehr unbestritten ist, drängt es sich auf, diese im *Gesetzestext* zu *verdeutlichen*. Bei dieser Gelegenheit ist Art. 223 Abs. 2 SchKG dem aktuellen Rechnungslegungsrecht anzupassen:

Bares Geld und Wertpapiere sowie ~~Geschäfts-~~ und Hausbücher, sowie Geschäftsbücher, Buchungsbelege, Geschäftsberichte, Revisionsberichte, Aktienbücher, Aktieninhaberverzeichnisse und sonstige ~~Schriften~~ Aufzeichnungen von Belang nimmt das Konkursamt in Verwahrung; es gewährt den Gläubigern Akteneinsicht und sorgt für die Einhaltung der gesetzlichen Aufbewahrungsfristen.

d. Revisionspflicht bei Änderung der Geschäftsfirma, des Sitzes oder des Zwecks

Die für das Firmenbestattersystem typischen Umfirmierungen, Sitzverlegungen und Zweckänderungen sind missbräuchlich und erschweren die Rechtsdurchsetzung erheblich, und zwar sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht. Die Projektgruppe erachtet es deshalb als angebracht, für mehr Konstanz bei diesen zentralen Erkennungsmerkmalen der Kapitalgesellschaften zu sorgen. Als Mittel dafür eignen sich gezielte Ausnahmen von der Möglichkeit, durch das sog. „*Opting-Out*“ auf eine Revision zu verzichten (Art. 727a Abs. 2 OR). Zwar würde es die Projektgruppe vorziehen, wenn das „*Opting-Out*“ gänzlich abgeschafft würde, doch teilt sie die im Erläuternden Bericht (Ziff. 4.2.2) vertretene Meinung, dass es nicht angebracht ist, diesen gesetzgeberischen Entscheid nun nach kurzer Zeit schon wieder in Frage zu stellen.

Es gibt bereits heute eine wichtige *Ausnahme vom „Opting-Out“*, nämlich die zwingende Revisionspflicht bei begründeter Besorgnis der Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR. Gemäss dem Vorschlag der Projektgruppe sollen als weitere Ausnahme Umfirmierungen, Sitzverlegungen und Statutenänderungen nur gültig sein, wenn eine



revidierte Jahresrechnung oder Zwischenbilanz vorliegt, wonach die Verpflichtungen des Unternehmens im Zeitpunkt der Statutenänderung durch die Aktiven gedeckt sind, sei es nach Fortführungswerten oder nach Veräusserungswerten. Als Konsequenz dieser Regelung erfasst das Handelsregister keine solchen Änderungen ohne entsprechenden Nachweis.

Auch wenn dieser Vorschlag durch die *missbräuchlichen Statutenänderungen* im Firmenbestatterwesen angeregt worden ist, handelt es sich nicht um eine unverhältnismässige Belastung der Allgemeinheit zur Bekämpfung des Fehlverhaltens einer Minderheit. Aus der Pflicht, bei Überschuldung die Bilanz zu deponieren, lässt sich schon heute ableiten, dass die Überschuldung einer Statutenänderung entgegensteht. Die für das „Opting-Out“ massgebliche Zielsetzung, dass „mit wenig Aufwand und Mitteln“ ein Unternehmen geführt werden kann (Erläuternder Bericht 4.2.2., S.13), bedingt keineswegs, dass die Umfirmierung, die Sitzverlegung und die Zweckänderung möglichst preisgünstig sein sollen. Im Gegenteil ist in dieser Hinsicht eine gewisse Konstanz erstrebenswert. Dass die vorgeschlagene Regelung auch pflichtbewusste Gesellschaftsorgane davon abhalten könnte, ständig an den wichtigsten Erkennungsmerkmalen ihres Unternehmens „herumzubasteln“, darf deshalb als willkommene Nebenwirkung angesehen werden.

e. Personensuche im „ZEFIX“

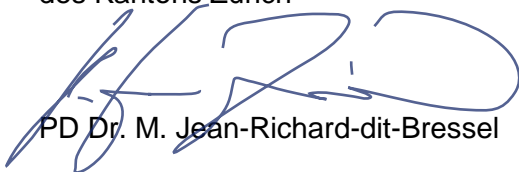
Das Wirtschaften mit „Wegwerfgesellschaften“ und das „Firmenbestatterwesen“ werden dadurch erleichtert, dass die zentrale Online-Handelsregisterdatenbank „ZEFIX“ keine Personensuchfunktion anbietet. Denn dadurch erhöht sich der Aufwand, sich vor dem Geschäftsabschluss mit einer juristischen Person verlässlich über das Geschäftsgbaren von deren Organen zu informieren. Die Projektgruppe teilt deshalb die im Erläuternden Bericht vertretbare Auffassung über die hohe Präventionswirkung einer zentralen Personensuchfunktion im ZEFIX, erachtet jedoch die dort in diesem Zusammenhang gewählte Überschrift mit dem Stichwort „*Konkurspranger*“ (Ziff. 4.3.4) als unpassend. Es geht hier nicht um „blaming and shaming“, sondern darum, den eigenverantwortlichen Selbstschutz der Wirtschaftsteilnehmer vor missbräuchlichen Machenschaften zu fördern.



Eine effiziente Personensuche ist seit Jahren in jeder einzelnen kantonalen Online-Handelsregisterdatenbank möglich (vgl. „Gebrauchsanweisung“, Beilage 3). Es kann deshalb weder rechtlich noch technisch ein Problem darstellen, im ZEFIX-Portal eine Suchoption einzurichten, die eingegebene Personensuchbegriffe an alle 26 kantonalen Datenbanken weiterleitet und die dortigen Suchergebnisse zentral anzeigt.

Die Personalangaben der Handelsregister-Fichen enthalten den Namen, den Vornamen, einen allfälligen Doktor-Titel, den schweizerischen Heimatort oder die ausländische Staatsangehörigkeit sowie den Wohnort. Aufgrund dieser Angaben lassen sich „Namens-Zwillinge“ meistens, aber nicht immer unterscheiden. Diese Verwechslungsgefahr ist indessen keine Frage der zentralen Personensuche, sondern der Ausgestaltung der Firmenfichen.

Freundliche Grüsse
Staatsanwaltschaft III
des Kantons Zürich



PD Dr. M. Jean-Richard-dit-Bressel

Beilagen

1. Merkblatt „Wegwerfgesellschaften“
2. Abhandlung „Misswirtschaft durch Konkursverschleppung“, Zürich 2011
3. Gebrauchsanweisung „Personensuche im kantonalen Handelsregister“



Merkblatt „Wegwerfgesellschaften“ („WWG“)

Misswirtschaft (Art. 165 StGB) durch Konkursverschleppung

Der entscheidende *Ausgleich zwischen der Haftungsbeschränkung durch Kapitalgesellschaften und den Gläubigerinteressen* wird durch Art. 725 OR gewährleistet. Er verpflichtet die Unternehmensleitung, die Finanzkontrolle so zu organisieren, dass die Überschuldung früh erkannt und durch Konkursöffnung in einem Zeitpunkt gestoppt wird, in dem noch genügend Aktiven vorhanden sind, um den Gläubigern eine substantielle Konkursdividende zu gewährleisten. Ein Konkurs, der mangels Aktiven eingestellt werden muss, ist kaum denkbar, wenn die Unternehmensleitung ihre Pflichten gemäss Art. 725 OR erfüllt und keine dramatischen gesamtwirtschaftlichen Ereignisse wie z.B. ein Börsencrash mitwirken.

Dieser Zusammenhang und die wachsende Zahl von Konkurseinstellungen mangels Aktiven hat dazu geführt, dass in den Jahren 2009 bis 2011 im Rahmen des von der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich geleiteten *Projekts „Wegwerfgesellschaften“ („WWG“)* ein Schema entwickelt wurde, um den Konkursmissbrauch in einem einfachen und kurzen Strafverfahren als Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB, begangen durch Konkursverschleppung, zu ahnden.

Dieses sog. *WWG-Schema* beruht auf folgenden Grundlagen:

- ◆ Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es eine „arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung“ gemäss Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, die *Kapitalschutzpflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR* (für die GmbH in Verbindung mit Art. 820 Abs. 1 OR) zu missachten (*BGE: 104 IV 160 E.4b; 127 IV 110 E.5.b.; nicht in der AS publizierte Entscheide des BGer: 6P.164/2006 E.9, v.a. 9.3.4.1; 6S.1/2006 E.8, 6B_433/2007 E.2; 6S.24/2007 E.3.; 6S.71/2007 E.9 ff.; 6B_54/2008 E.7, v.a. 7.4.2).*
- ◆ Die „*begründete Besorgnis einer Überschuldung*“, die die Kapitalschutzpflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR auslöst, ist spätestens dann gegeben, wenn das Unternehmen nicht mehr alle seine Schulden aus dem normalen Geschäftsbetrieb tilgen kann, namentlich wenn Forderungen der Steuerbehörden und Sozialversicherungsanstalten offen bleiben, was sich einfach dadurch nachweisen lässt, dass gegen das Unternehmen einschlägige *Betreibungen* eingeleitet worden sind.
- ◆ Die Verletzung der Pflicht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR muss die in Art. 165 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in vier Varianten beschriebenen Folgen haben, nämlich eine *Verschlimmerung der Vermögenslage* bei vorbestehender *oder* sich dadurch ergebender Überschuldung *oder* Zahlungsunfähigkeit. Die Konkursöffnung auf *Betreibung* ist die Folge der Zahlungsunfähigkeit, die Konkursöffnung nach Bilanzdeponierung die Folge der Überschuldung. Die objektive Strafbarkeitsbedingung der

Konkurseröffnung ist mithin gleichzeitig der Nachweis, dass das gesetzlich erforderliche Ergebnis der Verschlimmerung eingetreten ist.

Erfahrungsgemäss lassen die wenigsten Kleinunternehmen mit einschlägigen Betreibungen gemäss Art. 725 Abs. 2 OR eine Zwischenbilanz revidieren. Deren Organe melden auch selten von sich aus Konkurs an. Für die *Kausalität* dieser Pflichtverletzung für die Verschlimmerung der Vermögenslage, d.h. den tatbestandsmässigen Erfolg, ist entscheidend, dass es die Organe dadurch verpassen, rechtzeitig die „Notbremse“ zu ziehen, um für die Gesellschaftsgläubiger möglichst viel Substanz zu retten. Vielmehr verbrauchen die Unternehmen in aller Regel die noch vorhandenen liquiden Aktiven, namentlich die Bankguthaben, und lassen weitere Passiven auflaufen, z.B.:

- ◆ Löhne und weitere Personalkosten,
- ◆ Mieten und Raumnebenkosten,
- ◆ Leasinggebühren und weitere Verkehrskosten,
- ◆ Telefongebühren und weitere Kommunikations- und Infrastrukturkosten,
- ◆ Versicherungsprämien,
- ◆ Schuldzinsen und weitere Finanzierungs- und Verzugskosten.

Für diese meist leicht nachweisbare Verschlimmerung der Vermögenslage gemäss Art. 165 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ist die Unterlassung der rechtzeitigen Konkursanmeldung eine adäquate Ursache. Denn *durch rechtzeitige Konkursanmeldung* wären der *Verbrauch von Vermögenswerten* und die *Entstehung neuer Verpflichtungen früher gestoppt* worden (vgl. Art. 197 ff. SchKG, v.a. Art. 209 SchKG „Zinsenlauf“, Art. 211a SchKG „Dauerschuldverhältnisse“). Nicht erforderlich ist es, dass das fehlbare Organ selber unmittelbar in die Erhöhung der Passiven oder Verminderung der Aktiven involviert ist oder auch nur darüber informiert wird. Die Verschlimmerung ist lediglich der tatbestandsmässige Erfolg, der erst nach dem tatbestandsmässigen Verhalten (Missachtung von Art. 725 Abs. 2 OR = Konkursverschleppung = Misswirtschaft) eintritt und in Bezug auf den es genügt, wenn ihn das fehlbare Organ in einem pauschalen Sinne für möglich gehalten und in Kauf genommen hat (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB).

Das WWG-Schema hat sich in der Praxis bewährt: Es ermöglicht, die Konkursverschleppung ohne grossen Untersuchungsaufwand als *Massendelikt* zu ahnden. Trotz der Schematisierung der Untersuchung stellt das WWG-Konzept sicher, dass niemand für das blosses Schuldenmachen oder wirtschaftliche Scheitern bestraft wird. Grund für die Strafe ist der verantwortungslose Umgang mit dem Vollstreckungssubstrat in der Unternehmenskrise. Ob dies einer systematischen Missbrauchsabsicht entspringt oder nur als Fehlreaktion auf das ungewollte wirtschaftliche Scheitern geschieht, ist für die Strafbarkeit unerheblich.

Zürich, 14. August 2015

M. Jean-Richard-dit-Bressel

Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 120

**Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor,
in und nach der Generalabwicklung**

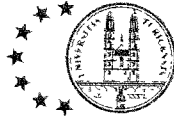
Herausgeber: Jürg-Beat Ackermann, Wolfgang Wohlers

**Misswirtschaft durch
Konkursverschleppung bei
«Wegwerfgesellschaften»**

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Abhandlung:	PDF-Seite 6
Musterstrafanzeige:	PDF-Seite 37
Anklageschema:	PDF-Seite 40

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:

Jürg-Beat Ackermann, Wolfgang Wohlers

Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution

5. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht

Schulthess § 2011

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2011
ISBN 978-3-7255-6401-9

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Mögliche strafrechtliche Konsequenzen von (fehlgeschlagenen) Sanierungsmassnahmen 1

Prof. Dr. iur. Andreas Donatsch, Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich, Richter am Kassationsgericht des Kantons Zürich

Buchführungs- und Urkundendelikte in der wirtschaftlichen Krise 19

Dr. iur. Markus Boog, Gerichtsschreiber am Schweizerischen Bundesgericht, Lausanne

Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei „Wegwerfgesellschaften“ 59

Dr. iur. Marc Jean-Richard-dit-Bressel, LL.M., Staatsanwalt an der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Praktische Aspekte der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung 95

lic. oec. HSG Martin Schaad, dipl. Wirtschaftsprüfer, US Certified Public Accountant (CPA), Partner KPMG AG, Standortleiter Zürich

Strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter im Konkurs des Schuldners 123

Gläubiger – Unternehmensberater – Revisoren – Wirtschaftsprüfer – Compliance-Officer

Prof. Dr. iur. Felix Bommer, Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Luzern, und

Dr. iur. Marc Thommen, LL.M., Oberassistent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Luzern

Möglichkeiten und Grenzen einer Zusammenarbeit von Konkursverwaltung, Staatsanwaltschaft und Gericht 161

Barbara Lips, Fürsprecherin, MAS ECI, Gerichtspräsidentin am Wirtschaftsstrafgericht des Kantons Bern

**Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA – Ein
Zukunftsmodell für Untersuchungen im Wirtschaftsstrafrecht?** 179

*lic. iur. Brigitte Umbach-Spahn, Rechtsanwältin, LL.M., Wenger Plattner
Rechtsanwälte, Küsnacht*

**Die Begleichung fälliger Schulden – Strafbarkeitsrisiken für
Schuldner und Gläubiger** 195

*Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Professor für Strafrecht und
Strafprozessrecht an der Universität Zürich*

Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei „Wegwerfgesellschaften“

Marc Jean-Richard-dit-Bressel*

Inhalt

I.	Einleitung.....	60
II.	Ultima ratio	61
III.	Massengeschäft zur Missbrauchsbekämpfung.....	65
IV.	Schuldpunkt	67
1.	Anfangsverdacht durch Konkurseinstellung mangels Aktiven.....	67
2.	Objektive Strafbarkeitsbedingung	69
3.	Das Schuldnerkriterium	70
4.	Das Pflichtverletzungskriterium	71
a)	Inhalt der Pflicht.....	71
aa)	Bestimmung des Stichtages für die Zwischenbilanzierungspflicht.....	72
bb)	Bedeutung der revidierten Zwischenbilanz.....	73
b)	Der Träger der Pflicht.....	75
aa)	Tatsächlicher Leiter.....	75
bb)	Revisionsstelle	76
5.	Das Verschlimmerungskriterium.....	77
a)	Gesetzliche Definition der Verschlimmerung	77
b)	Kausalität von Pflichtverletzung und Verschlimmerung.....	78
6.	Subjektiver Tatbestand	81
V.	Strafpunkt.....	82
VI.	Zivilforderung	82
1.	Indirekter Schaden.....	83
2.	Adhäsionsweise Geltendmachung	84
3.	Wirkung der Konkurseinstellung.....	84
VII.	Kein Reformbedarf	87

* Der Verfasser ist Staatsanwalt und leitet die Abteilung A der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, Wirtschaftsdelikte. Der vorliegende Artikel gibt seine persönliche Meinung wieder. Dank gebührt Staatsanwalt Dr. iur. Cornel Borbély für die Durchsicht des Manuskripts und die weiterführenden Anregungen.

Anhang 1: Musterstrafanzeige.....	89
Anhang 2: Anklageschema.....	92

I. Einleitung

Wer der Wegwerfgesellschaft den Kampf ansagt, setzt sich für das *Recycling* ein. Auch im Kampf gegen die „Wegwerfgesellschaften“ (WWG) geht es nicht ohne Wiederverwertung. Die Abneigung gegen Wiederholungen aus bereits publizierten Texten¹ vermag es nicht zu rechtfertigen, das Thema unvollständig oder mit neuen Worten weniger klar darzulegen. Gleichwohl ist der vorliegende Beitrag keine blosse Neuauflage, sondern durchaus eine Erweiterung und Vertiefung.

Mit Recycling haben wir es auch in einem anderen Sinne zu tun: Es werden hier keineswegs gewagte und originelle dogmatische Hypothesen in die Welt gesetzt. Vielmehr findet die *ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts*, wonach sich Konkursverschleppung als Misswirtschaft bestrafen lässt², uneingeschränkte Zustimmung. Alles andere als neu ist auch der zweite zentrale Gedanke dieses Artikels, nämlich dass die Strafjustiz häufige Verhaltensfehler nur wirksam bekämpfen kann, wenn dies in Verfahren geschieht, die als *Massengeschäfte* ausgestaltet sind und sich an feste und erprobte Abläufe halten. Der Mehrwert, den das Projekt „Wegwerfgesellschaften“³ anstrebt, besteht in einer Verbindung von gefestigter Rechtsprechung mit der bewährten Arbeitsmethode.

¹ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Waffe im Kampf gegen die „Wegwerfgesellschaften“, plädoyer 6/2009, 29 ff.; DERS., Kampf den leeren Aktiengesellschaften, Tages-Anzeiger vom 18. Juni 2008, 11.

² BGE 127 IV 110; BGer 6S.1/2006 vom 21. März 2006 E. 8.1; 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.3.

³ Dieses Projekt wird seit Herbst 2008 unter dem Patronat der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich durch die Staatsanwaltschaft III betreut. In einer ersten Testphase ist es zu einer Reihe von rechtskräftigen Strafbefehlen und einem rechtskräftigen Schuldspruch gekommen, Einzelrichteramt in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichts Zürich, Urteil GG090217 vom 7. Oktober 2009.

Die bislang guten Erfahrungen mit einer Reihe von Testfällen, die nach dem WWG-Muster bearbeitet wurden, sind Anlass für die Hoffnung, dass sich auch *weitere Spielarten der Wirtschaftskriminalität* mit einem erheblich verminderten Ermittlungsaufwand bekämpfen lassen. Zu denken ist etwa an die Aufarbeitung von Serienbetrüger nach dem „Köderprinzip“.⁴ Auch das Phänomen der Kommissionsreiterei (Churning) ruft nach einer vereinfachten strafrechtlichen Behandlung.⁵

II. Ultima ratio

Es ist kein Zufall, dass es die „Wegwerfgesellschaften“ sind, die die Wirtschaftskriminalisten zur Entwicklung eines Schnellverfahrens drängen. Die juristischen Personen, vor allem Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) und Aktiengesellschaften (AG), die wir hiernach unter dem Oberbegriff *Kapitalgesellschaften* zusammenfassen, eignen sich dazu, *Schulden billig zu entsorgen*. Mancher Gläubiger ärgert sich, weil sich sein juristischer Schuldner in Luft aufgelöst hat, sein realer Schuldner jedoch im gewohnten Lokal mit fast unveränderter Infrastruktur sein Geschäft weiterführt.

Ein Gewerbe über eine juristische Person zu betreiben und so die *Haftung auf das Geschäftsvermögen zu beschränken*, stellt eine Errungenschaft dar, deren Nutzen nicht in Frage zu stellen ist. Wer ein wirtschaftliches Unterfangen erwägt, wird dadurch von der Sorge entlastet, im Falle des Scheiterns lebenslanglich Schulden abzahlen zu müssen. Manches, was uns selbstver-

⁴ Die Grundidee besteht darin, nur zu untersuchen, ob der vom Täter ausgelegte „Lügenköder“ arglistig im Sinne von Art. 146 StGB ist. Entscheidet sich der Geschädigte trotz der vom Täter aufgebauten Inszenierung schon aufgrund einer überprüfbar einfachen Lüge oder gar eines reinen Werturteils zu der vom Täter gewünschten Vermögensdisposition, liegt ein strafbarer Versuch der arglistigen Täuschung vor, der im Falle der Gewerbmässigkeit im Kollektivdelikt aufgeht. Dadurch erübrigt sich die aufwändige Ermittlung, ob der Geschädigte individuell der Inszenierung des Beschuldigten ausgesetzt war; a.M. Bezirksgericht Meilen, Urteil DG100007 vom 15. März 2011, E. III.2.4.4, 47.

⁵ Damit befasst sich eine Arbeitsgruppe der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, vgl. z.B. SDA, Staatsanwaltschaft will speditiver werden, Der Landbote vom 2. April 2009, 27.

ständig ist und was wir nicht mehr missen möchten, verdanken wir Projekten, deren Erfolg zu Beginn keineswegs selbstverständlich war. Es ist deshalb richtig, die Risikobereitschaft zu fördern.

Für die *Gläubiger* ist die Haftungsbeschränkung allerdings ein doppelter Nachteil. Denn abgesehen von der Verminderung des Haftungssubstrats besteht die Gefahr, dass die Risikobegrenzung seinen Schuldner zum Leichtsinne verleitet.⁶ Dass juristische Personen, namentlich Kapitalgesellschaften, als Geschäftspartner gleichwohl attraktiv sind, ja in der Regel sogar höheren Kredit als natürliche Personen geniessen, verdanken wir bewährten Gläubigerschutzmechanismen. Dabei kommt dem Grundkapital eine herausragende Rolle zu. Deshalb sind die *Kontroll- und Anzeigepflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung* gemäss Art. 725 OR⁷ nicht irgendeine Formvorschrift, sondern gehören zum Kernbestand des Gesellschaftsrechts.⁸ Dies entspricht auch der Auffassung des Bundesgerichts, das deren Verletzung als „arge Nachlässigkeit“ im Sinne des Misswirtschaftsstrafnorm gemäss Art. 165 StGB würdigt.

Trotzdem fehlt es dieser Pflicht an Nachdruck. Denn sonst wäre es nicht möglich, dass Kapitalgesellschaften so oft in *Konkursen* enden, die *mangels Aktiven eingestellt* werden müssen.⁹ Würde stets bei den ersten ernsthaften Krisenzeichen eine Zwischenbilanz gezogen, durch eine geeignete Fachper-

⁶ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es für die gemäss Art. 29 StGB für den Schuldner verantwortlichen Individuen kein eigenes Geld zu verlieren gibt, etwa weil sie eine Aktiengesellschaft mit einem nominellen Kapital von 100'000 Franken für ein paar Tausend Franken als leeren Mantel erworben haben, vgl. dazu STAUBLI RENÉ, Die Täter hüllen sich oft in einen „Mantel“, Tages-Anzeiger vom 17. Juni 2008, 38; JEAN-RICHARD, Kampf (FN 1), 11. Vgl. auch KLEE MATIEU, In der Geizfalle, Beobachter 12/2011 vom 10. Juni 2011, 20 ff., 29, Wegbedingung von Garantielasten durch Firmenkonkurse und Fortsetzung der Geschäftstätigkeit mit neuen Firmen.

⁷ AG: Art. 725 Abs. 2 OR; GmbH: Art. 725 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 820 Abs. 1 OR; Genossenschaft: Art. 903 Abs. 2 OR.

⁸ Ausführlich BGer 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.3.4.2; BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N 713; DONATSCH ANDREAS, Mögliche strafrechtliche Konsequenzen von (fehlgeschlagenen) Sanierungsmassnahmen, im vorliegenden Band, II.

⁹ Zu diesbezüglichen Verfahrensfragen vgl. VOUILLOZ FRANÇOIS, La suspension de la faillite faute d'actif (art. 230 et 230a LP), BLSchK 2001, 41 ff., 51 ff.

son revidiert und hernach – im Falle der Überschuldung – sofort dem Konkursgericht vorgelegt, käme es praktisch nie zu einem Gesellschaftskonkurs ohne liquidierbare Aktiven. Jedoch gibt es bei Kapitalgesellschaften bei weitem mehr aktivenlose Konkurse als bei Unternehmen, deren Träger natürliche Personen sind. Im Jahre 2008 gab es im Kanton Zürich 327 Konkurseinstellungen betreffend Aktiengesellschaften (25%) und GmbH (75%), dagegen nur 99 betreffend Einzelunternehmen (75%) und Kollektivgesellschaften (25%)¹⁰. Das ist keineswegs darauf zurückzuführen, dass es bedeutend weniger Einzelunternehmen und Kollektivgesellschaften gäbe als Kapitalgesellschaften. Werden die Konkurseinstellungen anhand der Gesamtzahlen der im Handelsregister eingetragenen Unternehmenstypen ins richtige Verhältnis zueinander gerückt, bleiben immer noch doppelt so viele Konkurse von juristischen Personen.¹¹ Das ist erstaunlich, haben doch die Einzelunternehmen und Kollektivgesellschaften keinerlei Anzeigepflichten bei Überschuldung.

Dieses Ergebnis legt die Interpretation nahe, dass die Aussicht, *persönlich zu haften*, den verantwortungsvollen Umgang mit dem Geld weitaus besser fördert als eine Kapitalschutzbestimmung. Soll diese wirksam sein, muss ihre Missachtung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit unangenehme Konsequenzen nach sich ziehen. Unsere Rechtsordnung bietet durchaus Mittel an, die das ermöglichen. Hier ist einerseits an die *zivilrechtlichen Haftungsnormen*¹² zu denken, die die Konkursverwaltung oder die sog. Abtretungsgläubiger in die Lage versetzen, die persönliche Haftung pflichtvergessener Gesellschaftsorgane herbeizuführen. Andererseits stellt das *Strafrecht* die bereits erwähnte Misswirtschaftsnorm und weitere Bestimmungen zur Verfü-

¹⁰ Quelle: Amtsblatt des Kantons Zürich, <www.amtsblatt.zh.ch>, Archiv, Inseratenteil.

¹¹ Quelle: Handelsregister-Statistik 2007, <www.hra.zh.ch>, Über das HRA Zürich. Am 31. Dezember 2007 waren im Kanton Zürich 25 231 Einzelunternehmen, 2 475 Kollektivgesellschaften, 29 421 AG, 19 140 GmbH und 1 397 Genossenschaften eingetragen. Die Gruppe EK (Einzelunternehmen und Kollektivgesellschaften) entspricht mit 27 706 Eintragungen 57% der Gruppe GA (GmbH und AG) mit 48 561 Eintragungen. Das Verhältnis der Konkurseinstellungen von 99 EK zu 326 GA entspricht proportionalitätsbereinigt: $([EK \div 57] \times 100) \div GA$, oder in Zahlen $174 \div 326 = 53\%$.

¹² Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation der Aktiengesellschaft gemäss Art. 754 OR; gestützt auf Art. 827 OR auch auf die GmbH anwendbar.

gung, die geeignet sind, der Kapitalschutzbestimmung Nachdruck zu verleihen. Doch die Verfolgung von Konkursdelikten mit Kapitalgesellschaften gilt als anspruchsvoll und kommt selten in Gang, wenn den Behörden nicht ein konkreter Anfangsverdacht in professioneller Darstellung unterbreitet wird.¹³ Die Konkursverwaltung kann sich einen solchen Aufwand nur leisten, wenn gute Aussichten bestehen, dadurch weitere Aktiven zu realisieren¹⁴, und überdies die Kosten durch liquide Aktiven des Gemeinschuldners gedeckt sind¹⁵. Ein etwas grösseres Risiko leisten sich bisweilen einzelne Gläubiger, die gemäss Art. 260 SchKG für bestimmte Ansprüche auf eigene Gefahr, dafür mit Vorabbefriedigungsrecht, für die Konkursmasse auftreten.

Wurde eine Kapitalgesellschaft so weit heruntergewirtschaftet, dass nicht mehr genügend Aktiven für die Durchführung des Konkurses vorhanden sind, ist die Aussicht am geringsten, dass jemand die Kosten und die Mühe auf sich nimmt, Zivil- oder Strafprozesse gegen die Organe anzustrengen. Wer sich auf eine besonders ausgeprägte Art pflichtwidrig verhält, indem er für die Konkursmasse nicht einmal den für die Durchführung des Konkurses

¹³ Die proaktive Forschung nach Verdachtsmomenten, die z.B. im Strassenverkehr zum Alltag der Strafverfolgungsbehörden gehört, ist bei Konkursdelikten und allgemein Wirtschaftsdelikten selten. Die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich betreibt ein „Monitoring“, wenn ein Problem, das mit einem Wirtschaftsdelikt zusammenhängen könnte, auf grosses Medieninteresse stösst, vgl. z.B. SCHÖCHLI HANSUELI, Doppelter Verzicht auf Klagen, NZZ vom 16. Dezember 2009, 25.

¹⁴ Bei schlechten Prozesschancen besteht wenig Aussicht auf den erforderlichen Konsens der Gläubiger. Für das Führen von Prozessen bedarf es der Zustimmung der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses, Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 und Art. 238 Abs. 1 SchKG.; vgl. auch Art. 80 KOV; BÖCKLI (FN 8), § 18 N 276; a.M. BACHMANN ROLAND, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs, AJP 2003, 499 ff., 504, der aus dem Wortlaut von Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR eine Zuständigkeit der Konkursverwaltung unter Ausschluss der Mitwirkung der Gläubiger ableitet.

¹⁵ Für die Konkursverwaltung stehen einzig die Masse und die Vorschüsse zur Deckung ihrer Auslagen zur Verfügung, vgl. z.B. Art. 23 lit. c und Art. 24 der Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911 (KOV); IQBAL YASMIN, SchKG und Verfassung – untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?, Zürich 2005, 176 f. „Der amtliche Charakter [...] bietet eine erhöhte Gewähr, dass bei der Liquidation die Mittel zur Bezahlung der Kosten hängiger Prozesse zurückgestellt werden“, BGE 85 I 140 E. 2, 145. Unentgeltliche Rechtspflege gibt es für die Konkursmasse nicht, BGE 61 III 170; 125 V 371; krit. IQBAL, 176 ff.

erforderlichen Rest an Aktiven übrig lässt, hat demnach weit bessere Aussichten, unbehelligt davonzukommen, als derjenige, der in Ehren Schiffbruch erleidet und in der Folge alles unternimmt, um seinen Gläubigern einen möglichst hohen Deckungsgrad zu verschaffen.¹⁶ Wir haben es demnach mit einer absurden *Umkehr der Verhältnisse* zu tun, die den Anreiz schafft, eine überschuldete Kapitalgesellschaft möglichst vollständig ausbluten zu lassen, bevor der Konkurs eröffnet wird.¹⁷ Eine solche Verzerrung ruft nach dem Strafrecht als „ultima ratio“.

III. Massengeschäft zur Missbrauchsbekämpfung

Dieser Ruf nach dem Strafrecht ist nicht als Auftrag an den Gesetzgeber zu verstehen. Nach hier vertretener Meinung sind es nicht Strafbarkeitslücken, die die Strafverfolgung von fehlbaren Schuldnern verhindern. Denn die Konkurs- und Betreibungsverbrechen des Strafgesetzbuches decken einen sehr weiten Bereich ab. Gerade diese Weite und die damit einhergehende Rechtsunsicherheit¹⁸ bringen die Gefahr mit sich, ein zielgerichtetes Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden zu erschweren.¹⁹ Zwar gibt es auch in diesem Bereich Strafverfahren, die mit substanziellen Schuldsprüchen enden.²⁰ Doch in der öffentlichen Wahrnehmung und im Empfinden vieler

¹⁶ Illustrativ dazu das folgende Zitat aus BOSS CATHERINE, *Verfahren Mafia-Jagd*, Sonntagszeitung vom 12. Juni 2011, 9: „Die Richter wiesen die Klageschrift zurück. Es sei ihnen nicht möglich, über Konkursdelikte zu befinden, wenn in der Schweiz nie ein ordentliches Konkursverfahren durchgeführt worden sei – dieses war nämlich mangels Aktiven eingestellt worden“.

¹⁷ Ähnlich der Gedanke von BERTSCHINGER URS, in: KREN KOSTKIEWICZ/NOBEL/SCHWANDER/WOLF (Hrsg.), *Handkommentar OR*, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 757, N 20 am Ende.

¹⁸ Lesenswert zu diesem Thema ARZT GUNTHER, *Über den Nutzen der Rechtsunsicherheit*, recht 2001, 166 ff.

¹⁹ Näheres vgl. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, *Wahrheitsfindung bei Wirtschaftskatastrophen – Strafprozesse für die Geschichtsforschung?* ZStrR 2008, 115 ff., 126 ff.

²⁰ Z.B. im Fall Werner K. Rey, wo allerdings die Medien die Zuchthausstrafe von vier Jahren und drei Monaten angesichts der Verfahrensdauer von zehn Jahren und des Schuldenbergs von vier Milliarden Franken nicht als Erfolg feierten, BORN HANS-

Strafverfolger drängt sich der Eindruck in den Vordergrund, dass sich Abklärungen um vermutete Konkursdelikte in einem komplizierten Strafrechtsbereich bewegen und halt ihre Zeit bräuchten.²¹ Die Gefahr, für Missbräuche gerade stehen zu müssen, bleibt insgesamt gering, besonders bei den aktivenlosen Konkursen.

Deshalb sind Massengeschäfte zu entwickeln, die mit *geringem Ermittlungsaufwand* das strafwürdige Verhalten im Kern erfassen und die rechtspolitisch erforderlichen generalpräventiven Signale setzen. Wer die Malaria bekämpfen will, muss nicht mit der Fliegenklatsche losziehen, sondern Sümpfe trocknenlegen. Dieses Konzept ist im vorliegenden Zusammenhang erfolgversprechend, wenn es auf der strafrechtlichen Würdigung von Fakten beruht, die dem *Konkursamt* zum grössten Teil ohnehin bekannt werden. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, wie dieses der Staatsanwaltschaft bei Konkursverschleppungen mit erträglichem Aufwand eine Vorlage liefern kann, die dem Polizeirapport bei einem Strassenverkehrsvergehen vergleichbar ist. Zu diesem Zweck stellt das Notariatsinspektorat des Kantons Zürich den Konkursämtern eine *Musterstrafanzeige* zur Verfügung.²²

Wie eingangs erwähnt, subsumiert das Bundesgericht die Konkursverschleppung unter die *Misswirtschaftsstrafnorm* gemäss Art. 165 StGB. Dieser Gesetzesartikel soll hier keineswegs als Wundermittel angepriesen werden. Er lädt aufgrund seiner Unschärfe zu *uferlosen Untersuchungen* ein.²³ Tauglich für das Massengeschäft sind allein Misswirtschaftsmechanismen, die durch die Rechtsprechung klare Konturen erhalten haben.

Konkursverschleppung als Massengeschäft zu ahnden, kann nur gelingen, wenn sich die Strafverfolgungsbehörden „Scheuklappen“ auferlegen und auf detektivische Arbeit weitgehend verzichten. Dem gemässigten *Opportunitätsprinzip* ist viel Raum zu geben. Denn der Zeitverlust für tiefer greifende

PETER, Der Prozess, Das Magazin vom 23. Juni 2001, 25, 44; vgl. auch SOLLBERGER RENÉ, Zusammenbruch des „omniösen“ Imperiums von Werner K. Rey, Cash vom 21. Oktober 2004, 43.

²¹ So ein Untersuchungsrichter in einem Zeitungsinterview von KÜNZI STEPHAN, Und die Story wiederholt sich, Berner Zeitung vom 2. Dezember 2003, 21a.

²² Vgl. Anhang 1.

²³ DONATSCH (FN 8), III.2 am Ende; JEAN-RICHARD, Wahrheitsfindung (FN 19), 124, 126.

Ermittlungen kann zu einer Strafminderung führen²⁴, die die anvisierte Straferhöhung weitgehend ausgleicht, so dass den zusätzlich nachgewiesenen Straftaten „neben den anderen der beschuldigten Person zur Last gelegten Taten für die Festsetzung der zu erwartenden Strafe oder Massnahme keine wesentliche Bedeutung zukommt“²⁵. Die staatlichen Ermittlungen haben deshalb nur insoweit über die Konkursverschleppung hinauszugehen, als den Behörden ein auf konkrete Transaktionen bezogener dringender Tatverdacht bekannt wird. Auch wenn ein solcher punktueller Verdacht es unter strafprozessualen Gesichtspunkten rechtfertigt, in den Geschäftsakten systematisch nach Hinweisen auf weitere verdächtige Transaktionen zu suchen²⁶, ist mit Blick auf die angestrebte Breitenwirkung von dieser bislang üblichen Untersuchungstaktik abzuraten.

IV. Schuldpunkt²⁷

1. Anfangsverdacht durch Konkurseinstellung mangels Aktiven

Die Einstellung eines Konkurses über eine Kapitalgesellschaft mangels Aktiven ist keine Voraussetzung dafür, dass die Konkursverschleppung als Misswirtschaft geahndet werden kann. Doch eignet sich dieser Umstand als *Hauptkriterium für die Auslösung des Massengeschäfts*. Denn erstens ist das Strafrecht als „ultima ratio“ besonders bei diesem Extremfall des Vermögenszerfalls gefordert, da die übrige Rechtsordnung nicht angemessen darauf

²⁴ SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/HUG MARKUS/JOSITSCH DANIEL, Strafrecht II, 8. Aufl., Zürich 2007, 106 ff.; PK-TRECHSEL/EIJSTEN, Art. 47 StGB, N 25. – KIENER HANSPETER, Den Tarif durchgeben? Die zahlenmässige Gewichtung von Strafzumessungsfaktoren als Mittel zur Herstellung von Vergleichbarkeit und Transparenz, dargestellt anhand ausgewählter Delikte mittlerer und schwerer Kriminalität, ZStrR 2007, 351 ff., 379, setzt in einem Beispiel für die Verletzung des Beschleunigungsgebotes bis 30% ein.

²⁵ Art. 8 Abs. 2 lit. a StPO.

²⁶ Sog. Erweiterungsschluss im Sinne der Tatverdachtslehre, dazu BaK-JEAN-RICHARD, Art. 269 StPO, N 37.

²⁷ Das flexibel anzuwendende Anklageschema im Anhang 2 kann die Umsetzung der hier empfohlenen Untersuchungsstrategie erleichtern.

zu reagierten vermag. Zweitens lässt sich mit Fug behaupten, dass es einen hinreichenden Anfangsverdacht der Konkursverschleppung begründet, wenn eine Kapitalgesellschaft ihre sicher realisierbaren Aktiven vollständig verloren hat. Denn der Vermögenszerfall entwickelt sich höchst selten so rasant, dass zwischen den ersten Warnsignalen der Überschuldung und dem kompletten Verlust der Aktiven eine so kurze Spanne liegt, dass keine Zeit mehr bleibt, die Notbremse gemäss Art. 725 OR zu ziehen. Ist das ausnahmsweise doch der Fall, besteht der Verdacht, dass die mit solchen Risiken beladene Finanzstruktur einer sonstigen Spielart der Misswirtschaft zuzuschreiben ist, namentlich einer gewagten Spekulation, einer leichtsinnigen Kreditgewährung oder dem Verschleudern von Vermögenswerten.

Das Routineverfahren wegen Konkursverschleppung ist auch dann zu eröffnen, wenn der Konkurs nur dank eines *Gläubigervorschusses* durchgeführt werden kann. Denn es wäre stossend, den Gläubiger, der dieses Risiko auf sich nimmt, der „Schützenhilfe“, die das Routinestrafverfahren bietet, zu berauben.

Das Abstellen auf die Konkurseinstellung mangels Aktiven verhindert, dass dem Schuldner aufrichtige und sorgfältige *Sanierungsbemühungen* als Konkursverschleppung angekreidet werden. Wie Art. 725a OR zeigt, hat der Gesetzgeber zwar vorgesehen, dass in solchen Fällen gleichwohl das Konkursgericht anzurufen und dabei der Konkursaufschub zu beantragen sei. Sanierungsspezialisten halten dem jedoch entgegen, dass der Gang zum Richter wegen der Publizitätswirkung und des damit einhergehenden Kreditverlusts manches heute weder aufrecht stehende Unternehmen in den Konkurs getrieben hätte.²⁸ Es lässt sich hier nicht überprüfen, ob dies zutrifft. Immerhin scheint der Gesetzgeber dieses Problem erkannt zu haben, denn der Konkursaufschub ist gemäss Art. 725a Abs. 3 OR nicht zwingend zu publizieren. Entscheidend ist, dass ein Sanierer, der den Gang zum Richter scheut, umso aufmerksamer darüber wachen muss, ob sich das Scheitern der Bemühungen und das Fortschreiten des Vermögenszerfalls abzeichnen.²⁹ So hat er es in

²⁸ So in einer Diskussion an der Tagung „Rechnungslegung, Revision und Compliance – Lehren aus der Krise“ des Europainstitutes der Universität Zürich vom 29. März 2011; vgl. auch DONATSCH, (FN 8), III.1.

²⁹ BGer 6B.54/2007 vom 9. Mai 2008 E. 7.3.2; BaK-BRUNNER, Art. 165 StGB, N 22.

der Hand, die Notbremse lange vor dem Totalverlust zu ziehen. Bei Sanierungsbemühungen die angemessene Kontrolltätigkeit zu unterlassen oder trotz der Feststellung einer Verschlimmerung die Bilanzdeponierung weiter zu verschleppen, ist beides eine arge Nachlässigkeit.

Neben der Konkurseinstellung mangels Aktiven sind *alternative Verdachtskriterien* für die Eröffnung einer Routineuntersuchung denkbar, die allerdings im vorliegenden Rahmen nicht vertieft werden können. So begründen uneinbringliche Aktionärsdarlehen, die einen substantiellen Anteil der Aktiven ausmachen, ebenfalls den Verdacht der Misswirtschaft.³⁰ Als grundlegend andersartiges Verdachtskriterium lässt sich der belastete betriebs- oder konkursrechtliche Leumund wichtiger Exponenten der Kapitalgesellschaft in Erwägung ziehen.

2. Objektive Strafbarkeitsbedingung

Misswirtschaft kann nur dann strafrechtlich verfolgt werden, wenn über den betroffenen Schuldner der *Konkurs* eröffnet oder gegen ihn ein *Verlustschein* ausgestellt worden ist.

Liegt einzig ein *Verlustschein* vor, handelt es sich um ein *Antragsdelikt*, wobei der Antrag gemäss Art. 165 Ziff. 2 Abs. 2 StGB innerhalb von drei Monaten seit der Zustellung des Verlustscheines zu stellen ist.³¹ Es hat sich ein Typ der Wegwerfgesellschaft etabliert, mit dem ausschliesslich durch das öffentliche Recht begründete Schulden gemäss Art. 43 SchKG „entsorgt“ werden, für die die Konkursbetreibung ausgeschlossen ist. Die Steuerbehörden und die Einrichtungen der sozialen Sicherheit strengen nach mehreren fruchtlosen Mahnungen jeweils Betreibungen an, bei denen sich kein pfändbares Vermögen feststellen lässt, so dass die Pfändungsurkunde gemäss Art. 115 Abs. 1 SchKG zum Verlustschein wird. Aus denselben Gründen wie der aktivenlose Konkurs begründet diese Sachlage bei Kapitalgesellschaften den Verdacht der Misswirtschaft durch Konkursverschleppung. Stellen die

³⁰ Vgl. dazu BGer 6P.71/2007 vom 27. April 2007 E. 4 und 9; 6B_54/2008 vom 9. Mai 2008 E. 7.

³¹ Das gilt auch für den grundsätzlich der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner, BGE 81 IV 29.

Steuerbehörden bzw. sonstigen zuständigen Stellen nicht fristgerecht einen Strafantrag, was bislang nicht Praxis gewesen ist, sind den Strafbehörden die Hände gebunden.

Viele Wegwerfgesellschaften mit Verlustscheinen verschwinden ohne Konkursöffnung von der Bildfläche, indem sie sich *wegen „fehlenden Rechtsdomizils“* durch das Handelsregisteramt gemäss Art. 153 Abs. 3 HRegV *von Amtes wegen auflösen* lassen. Es wäre *de lege ferenda* wünschenswert, dieses „Schlupfloch“ zu stopfen, beispielsweise dadurch, dass die Auflösung von Amtes wegen der Konkursöffnung gleichgestellt wird, wenigstens dann, wenn zudem ein Pfändungsverlustschein vorliegt.

3. Das Schuldnerkriterium

Misswirtschaft ist ein *Sonderdelikt*. Strafbar ist nur der „Schuldner“. Entsprechend dem strafrechtlichen Organbegriff gemäss Art. 29 StGB wird die Schuldneigenschaft der Kapitalgesellschaft verschiedenen Typen von Leitungspersonen zugerechnet.

Bei dem Massengeschäft stellt sich zunächst die rein taktische Frage, ob sich die Organstellung ohne nennenswerten Ermittlungsaufwand nachweisen lässt. Wer willentlich als Organ im Handelsregister eingetragen ist, unterliegt den massgeblichen Sonderpflichten, selbst wenn es sich um einen reinen *Strohmann* handelt.³² Wünschenswert ist es zwar, nicht nur die Strohmänner, sondern auch die tatsächlichen Organe in die Pflicht nehmen zu können. Sprengt der entsprechende Nachweis jedoch den Rahmen eines Schnellverfahrens, so ist in der Regel darauf zu verzichten.

Die *Ermittlung des tatsächlichen Beherrschers* einer Kapitalgesellschaft gestaltet sich indes in der Regel weit weniger aufwändig, als man erwarten könnte. Auch wenn er sich im Handelsregister hinter Strohmännern versteckt, tritt er oft bereits gegenüber der Konkursverwaltung als wichtigste Ansprechperson hervor. Und selten verschweigen als Beschuldigte befragte Strohleute die Identität ihres Auftraggebers.

³² BGer 6B_54/2008 E. 7; von VISCHER/BORSARI zustimmend kommentiert in: GesKR 2008, 378.

Es ist zu beachten, dass ein *Vertretungsverhältnis gemäss Art. 29 StGB nicht genügt*, um jemanden für die Konkursverschleppung verantwortlich zu machen. Denn nicht alle von dieser Zurechnungsnorm erfassten Personen sind verpflichtet, die Bilanz zu deponieren. Dabei handelt es sich nicht um eine Frage des Schuldnerkriteriums, sondern des sogleich zu behandelnden Pflichtverletzungskriteriums.

4. Das Pflichtverletzungskriterium

Art. 165 StGB versucht, den Begriff der Misswirtschaft zu konkretisieren. Es gelingt jedoch nicht, strafbares und strafloses Verhalten klar abzugrenzen. Dieses Abgrenzungsproblem besteht dann nicht, wenn das als Misswirtschaft geächtete Verhalten der Verletzung einer *ausserstrafrechtlich statuierten Pflicht* entspricht, die den Vermögensschutz zum Gegenstand hat.³³ Als typische Ausprägung der „argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung“ betrachtet das Bundesgericht deshalb zu Recht die Zwischenbilanzierungs- und Benachrichtigungspflicht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR³⁴, die auch für die GmbH und die Genossenschaft gilt.

a) Inhalt der Pflicht

Art. 725⁺ Abs. 2 OR lautet: „Wenn *begründete Besorgnis einer Überschuldung*³⁵ besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.“

³³ Gemäss BGer 6B_492/2009 E. 2.2 liegt eine nachlässige Berufsausübung vor, „wenn gesetzliche Bestimmungen der Unternehmensführung missachtet werden“.

³⁴ BGE 127 IV 110; BGer 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.2; 6S.1/2006 vom 21. März 2006 E. 8.1; BGer vom 26. Mai 1983, publiziert in SJ 1984, 169 ff.; BaK-BRUNNER, Art. 165 StGB, N 40.

³⁵ Hervorhebung durch den Verfasser.

aa) *Bestimmung des Stichtages für die Zwischenbilanzierungspflicht*

Begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht namentlich bei *Liquiditätsengpässen*, d.h. wenn die Gesellschaft Schwierigkeiten bekundet, die mit dem normalen Geschäftsbetrieb zusammenhängenden Forderungen³⁶ fristgerecht zu zahlen. Damit werden nicht etwa die „Überschuldung“ und die „Zahlungsunfähigkeit“ in denselben Topf geworfen.³⁷ Die Überschuldung tritt im operativen Geschäft oft nicht klar zutage, zumal sich über den Wert gewisser Aktiven mit Fug streiten lässt.³⁸ Positionen wie angefangene Arbeiten, Immaterialgüter und Darlehen an Nahestehende vermögen die Bilanz eines krisengeschüttelten Unternehmens ausgeglichen erscheinen lassen. Anders verhält es sich mit der Zahlungsunfähigkeit. Auch wer sich einredet, dass die Krise morgen ausgestanden sein wird, ist sich schmerzlich bewusst, dass er heute nicht zahlen kann. Zahlungsschwierigkeiten können zwar auch andere Ursachen haben, doch sind sie regelmässig ein Symptom der Überschuldung.³⁹ Deshalb begründen sie die Pflicht, die eigene Vermögenslage im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR durch eine ausgewiesene und unabhängige Fachperson prüfen zu lassen.

Die Durchsicht der Geschäftsakten zeigt, ab wann sich *Mahnungen* häufen. Den Stichtag bestimmt an sich schon die erste Mahnung für eine „normale“ Forderung, die bis zur Konkurseröffnung oder fruchtlosen Pfändung offen

³⁶ Z.B. Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, Kundenguthaben, öffentlich-rechtliche Forderungen. Vgl. auch SCHAAD MARTIN, *Praktische Aspekte der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung*, im vorliegenden Band, I.2, besonders FN 3.

³⁷ Zur Unterscheidung beachte BGer 6B_492/2009 E. 2.3.2 mit Hinw. auf BGer 5C.230/2005 vom 2. März 2006 E. 3: Ein Aktionärsdarlehen ist Fremdkapital und verschärft die Überschuldung, obwohl es die Zahlungsfähigkeit wiederherstellen kann.

³⁸ Gemäss BÖCKLI (FN 8), § 13 N 712h, kann die zunehmende Verschuldung äusserlich zu Geldfluss führen. Vgl. auch SCHAAD (FN 36), I.3 und II.2.a).

³⁹ Ähnlich BÖCKLI (FN 8), § 13 N 748, wonach Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung „in der Praxis meist gar nicht so weit von einander entfernt“ seien, und N 749, wonach der Fall der Zahlungsunfähigkeit ohne Überschuldung relativ selten sei. Zu Ausnahmen von dieser Regel vgl. SCHAAD (FN 36), I.4; vgl. dort auch II.2.a) zur laufenden Aktienrechtsrevision mit Hinweis auf Botschaft 2007, BBl 2008, 1589, wonach Art. 725 ff. OR durch Bestimmungen zur Zahlungsunfähigkeit ergänzt werden sollen.

geblieben ist. Allerdings verursacht es manchmal einen beachtlichen *Untersuchungsaufwand*, Geschäftsakten in diesem Sinne auszuwerten. Umgekehrt kommt es vor, dass keine Geschäftsakten greifbar sind.

Sowohl bei fehlenden als auch bei zu umfangreichen Geschäftsakten bietet sich das *Betreibungsregister* als Rettungsanker an. In den Testfällen haben die Betreibungsregisterauszüge durchwegs bewiesen, dass sich die Zahlungsschwierigkeiten mindestens ein halbes Jahr vor der Konkurseröffnung – meist schon erheblich früher – manifestierten, und zwar durch regelmässige Betreibungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger und grosser Dienstleister wie Versicherungsgesellschaften, Telekommunikationsanbieter, Leasingunternehmen usw. Weniger „unpersönliche“ Gläubiger, die nicht nur die Firmenbezeichnung, sondern auch das Gesicht des eigentlichen Schuldners erfassen, stossen auf eine etwas bessere Zahlungsmoral, vor allem, wenn der Schuldner mit einer Auffanggesellschaft wieder von ihnen bedient werden will. Auch wenn sich aus dem Betreibungsregister ein späterer Stichtag ergibt als aus den Mahnungen, ist diese Entlastung der Beschuldigten angesichts des Effizienzgewinns der Strafbehörden vertretbar.

In keinem der Testfälle, die im Rahmen des WWG-Projekts bislang bearbeitet wurden, haben die zuständigen Organe unter dem Eindruck der Zahlungsschwierigkeiten eine *Zwischenbilanz* gezogen und durch einen Revisor prüfen lassen. Bei *völliger Passivität* ist die arge Nachlässigkeit schon gegeben, wenn nach dem Stichtag vier- bis sechs Wochen ungenutzt verstrichen sind.

bb) Bedeutung der revidierten Zwischenbilanz

Anders verhält es sich, wenn der Schuldner pflichtgemäss und ohne erhebliche Verzögerung eine *Zwischenbilanz* zieht und einen Revisor eingeschaltet. Stellt dieser die *Überschuldung nach Liquidations- und Fortführungswerten* fest und lässt sich diese nicht durch Rangrücktritte entschärfen, besteht die Pflicht, die Bilanz innerhalb von vier bis sechs Wochen⁴⁰ zu hinterlegen.

⁴⁰ BGer 4C.117/1999 vom 16. November 1999, dazu LUTERBACHER THIERRY, Ein wegweisendes Bundesgerichts-Urteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, ST 2000, 1267 ff., 1270.

Nicht strafwürdig verhält sich, wer professionelle und seriöse *Sanierungsbestrebungen* unternimmt und dabei stets die Übersicht über die Finanzlage behält. Das Bundesgericht beschränkt diese Lockerung auf Fälle, in denen eine vernünftige Aussicht auf Lösung des Problems innerhalb weniger Wochen besteht.⁴¹ Wie vorn beschrieben⁴², widerlegt die Tatsache, dass bei der Konkurseröffnung keine Aktiven mehr vorhanden sind, die Ernsthaftigkeit vorangegangener Sanierungsversuche.

Nicht für das Massengeschäft geeignet ist der Fall, in welchem der *Revisor* die *Überschuldung zu Unrecht verneint*. Kommt es wenige Monate, nachdem der Revisor die Zwischenbilanz für gesund befunden hat, zu einem aktivenlosen Konkurs, begründet dies zwar den dringenden Verdacht, die Zwischenbilanz und das Attest seien inhaltlich falsch, so dass neben der Misswirtschaft auch die Urkundenfälschung gemäss Art. 251 StGB als Untersuchungsthema im Raum steht. Doch bleiben mehrere Varianten offen, was geschehen sein könnte. Das Attest kann falsch sein, weil dem Revisor ein Kunstfehler unterlaufen ist, weil er einer Täuschung unterlag oder weil er dem Schuldner willfährig zugehört hat. Bei mutwilliger Aushöhlung kann auch eine gesunde Kapitalgesellschaft nach wenigen Monaten ohne Aktiven dastehen. Bei einer solchen Verdachtslage die Wahrheit zu ermitteln, ist eine vorläufig eher auf Spezialisten zugeschnittene Aufgabe. Doch auch in diesem Bereich besteht Aussicht, dass sich geeignete Routinen entwickeln lassen.

⁴¹ BGE 132 III 564 E. 5.1, 573; BGE 127 IV 110, 113, verlangt „des perspectives d’assainissement concrètes, réalisables à court terme“. Gemäss LUTERBACHER (FN 40), 1270, scheint das Bundesgericht Sanierungsbemühungen grundsätzlich als Grund für den Aufschub der Bilanzdeponierung zu anerkennen, wobei solche nicht länger als 60 Tage dauern dürften; ebenso BGer 6B_492/2009 E. 2.2; BÖCKLI (FN 8), § 13 N 777 und 816 ff.; DONATSCH (FN 8), III.3 bei FN 31. Kritisch zur Sanierungsfrist von 60 Tagen: CAMPOUNOVO RICO A., Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur, ST 2004, 71 ff., 73 f. Zur Pflicht der Revisionsstelle, die Wirksamkeit der Sanierungsmassnahmen zu beurteilen, vgl. SCHAAD (FN 36), III.3.b); zur Frist III.3.c).

⁴² IV.1.

b) *Der Träger der Pflicht*

Das Gesetz legt präzise fest, wer zur Bilanzdeponierung und den vorangehenden Kontrollen verpflichtet ist. Bei den *Aktiengesellschaften* handelt es sich um eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des *Verwaltungsrats*.⁴³ Bleibt der Verwaltungsrat untätig, ist die *Revisionsstelle* gefordert.⁴⁴ Daraus folgt, dass dem Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft, der nicht Mitglied des Verwaltungsrats ist⁴⁵, keine Pflicht zur Deponierung der Bilanz obliegt. Er kommt nicht als Beschuldigter der Konkursverschleppung in Frage. Dasselbe gilt a fortiori für alle Führungskräfte auf einer tieferen Hierarchiestufe, d.h. strafrechtliche Organe im Sinne von Art. 29 lit. c StGB.

Bei der *GmbH* ist der *Geschäftsführer*⁴⁶, bei der *Genossenschaft* das *Verwaltungsmitglied*⁴⁷ und bei einer vor der Konkurseröffnung in Liquidation versetzten Gesellschaft der *Liquidator*⁴⁸ für die Bilanzdeponierung zuständig.

Das Konkursverschleppungs-Strafverfahren richtet sich demnach gegen die Individuen, die mit den relevanten Funktionen im *Handelsregister* eingetragen waren, als die Prüfungs- oder Anzeigepflichten hätten erfüllt werden sollen.

aa) *Tatsächlicher Leiter*

Art. 29 lit. d StGB rechnet die strafrechtlich relevanten Pflichten von juristischen Personen, Gesellschaften und Einzelfirmen der natürlichen Person zu, die „ohne Organ, Mitglied eines Organs, Gesellschafter oder Mitarbeiter zu sein, als tatsächlicher Leiter“ handelt. Da der tatsächliche Leiter gemäss dieser Definition nicht dem Verwaltungsrat zugerechnet wird, lässt sich der

⁴³ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR.

⁴⁴ Art. 728c Abs. 3 OR bei ordentlicher Revision; Art. 729c OR bei eingeschränkter Revision; Art. 725 Abs. 3 OR im Falle des „opting out“ gemäss Art. 727a Abs. 2 OR.

⁴⁵ Dritter im Sinne von Art. 716b Abs. 1 OR.

⁴⁶ Art. 810 Abs. 2 Ziff. 7 OR.

⁴⁷ Art. 903 Abs. 2 OR.

⁴⁸ Art. 743 Abs. 2, Art. 821a Abs. 1 und Art. 913 Abs. 1 OR.

Standpunkt vertreten, er sei von den Prüfungs- und Anzeigepflichten entbunden, da der Verwaltungsrat diese weder verlieren noch veräussern könne. Dieser Standpunkt wäre rechtspolitisch allerdings bedenklich und gäbe der zu bekämpfenden Marotte, sich hinter Strohmännern zu verstecken, zusätzlich Auftrieb. Doch hält diese Auslegung, zu der der Wortlaut von Art. 29 verleiten mag, systematischen und teleologischen Erwägungen nicht stand. Art. 29 StGB bezweckt, Pflichten, die der juristischen Person als solcher anhaften, natürlichen Personen zuzurechnen. Dagegen sagt Art. 29 StGB nichts darüber aus, welches Organ dafür verantwortlich ist, eine bestimmte Pflicht der juristischen Person zu erfüllen. Die Formulierung von Art. 29 lit. d StGB bedeutet keineswegs, dass der tatsächliche Leiter nicht durch ein Organmandat oder einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft verbunden sein kann. Sind solche Rechtsverhältnisse jedoch im üblichen Sinne dokumentiert, lassen sich die Gesellschaftspflichten gemäss Art. 29 lit. a, b oder c StGB der natürlichen Person zurechnen, ohne dass der oft aufwändigere Beweis geführt werden muss, ob der Beschuldigte tatsächlicher Leiter sei. Auf dieses Kriterium stellt Art. 29 lit. d StGB dann ab, wenn es einer förmlichen Grundlage für die anderen Kriterien fehlt.

Ob der tatsächliche Leiter, der sich im Handelsregister nicht als Verwaltungsratsmitglied erfassen lässt, gleichwohl die Pflichten eines Verwaltungsratsmitgliedes auf sich lädt, beurteilt sich nicht nach Art. 29 StGB, sondern nach Massgabe des *Gesellschaftsrechts*. Grundsätzlich hält sich der Gesetzgeber in Bezug auf die Anzeigepflichten an das oberste operative Organ der Gesellschaft. Steht über diesem ein weiteres, inoffizielles Organ, so vermag dieses zufolge der Unentziehbarkeit und der Unübertragbarkeit das offizielle Organ nicht zu entlasten. Wenn aber das inoffizielle Organ faktisch in der Lage ist, gewisse Befugnisse an sich zu ziehen, erscheint es zwingend, dieses auch hinsichtlich der Pflichten dem offiziellen Organ gleichzustellen. Damit trägt der tatsächliche Leiter die Verantwortung für die Konkursverschleppung mit und fällt als Beschuldigter im entsprechenden Strafverfahren in Betracht.

bb) Revisionsstelle

Die Praxis des Bundesgerichts, gestützt auf Art. 165 StGB in Verbindung mit Art. 725 OR auch die Mitglieder der Revisionsstelle zu belangen, ist *kriti-*

siert worden. Es sei eine formalistische Betrachtungsweise, den Revisor als Organ im Sinne von Art. 29 lit. a StGB und mithin als Schuldner anzusehen. Richtigerweise sei nur derjenige Organ im Sinne von Art. 29 StGB, welcher Geschäfte für die Gesellschaft führe. Die Revisionsstelle habe Kontrollaufgaben zu erfüllen, verfüge jedoch über keinerlei Geschäftsführungskompetenz. Deshalb sei es nicht sachgerecht, ihr die Schuldnerstellung zuzurechnen.⁴⁹

Es ist durchaus überzeugend, dass Art. 29 StGB ohne Geschäftsführungsbefugnisse nicht zum Tragen kommen soll. Auch trifft es zu, dass die Revisionsstelle grundsätzlich nicht zur Geschäftsführung berufen ist. Dieser Grundsatz kennt indes *eine* Ausnahme: Bei der *Bilanzdeponierung* handelt es sich um eine *Akt der Geschäftsführung*.⁵⁰ Und genau um diesen Vorgang geht es bei der Konkursverschleppung. Somit ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts in dieser Frage nicht zu beanstanden.

5. Das Verschlimmerungskriterium

Ein *wesentliches Tatbestandsmerkmal* der Misswirtschaft ist die Verschlimmerung der Vermögenslage, die das unter den Oberbegriff der „Misswirtschaft“ gestellte Verhalten bewirken muss.⁵¹

a) Gesetzliche Definition der Verschlimmerung

Diese Verschlimmerung wird im Gesetz in *vier Varianten* umschrieben: Herbeiführen bzw. Verschlimmern der Überschuldung; Herbeiführen der Zahlungsunfähigkeit bzw. Verschlimmern der Vermögenslage bei Zahlungsunfähigkeit.⁵² Diese Formulierung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Liqui-

⁴⁹ CAMPOUNOVO RICO A., Ist der Revisor „Schuldner“ und damit strafbar wegen Misswirtschaft?, ST 2009, 744 ff.; kritisch auch IMARK LUKAS, Zur Strafbarkeit der Revisionsstelle wegen leichtsinnigen Konkurses, ST 2002, 901 ff., 903.

⁵⁰ So auch das Bundesgericht gemäss LUTERBACHER (FN 40), 1269.

⁵¹ Es ist selbstverständlich, dass zwischen der Bankrotthandlung und der Vermögens einbusse ein Kausalzusammenhang bestehen muss, BGer 6B_492/2009 E. 2.2; PK-TRECHSEL/OGG, Art. 165 StGB, N 10.

⁵² Vgl. dazu die Graphik bei JEAN-RICHARD, Wahrheitsfindung (FN 19), 121.

siert worden. Es sei eine formalistische Betrachtungsweise, den Revisor als Organ im Sinne von Art. 29 lit. a StGB und mithin als Schuldner anzusehen. Richtigerweise sei nur derjenige Organ im Sinne von Art. 29 StGB, welcher Geschäfte für die Gesellschaft führe. Die Revisionsstelle habe Kontrollaufgaben zu erfüllen, verfüge jedoch über keinerlei Geschäftsführungskompetenz. Deshalb sei es nicht sachgerecht, ihr die Schuldnerstellung zuzurechnen.⁴⁹

Es ist durchaus überzeugend, dass Art. 29 StGB ohne Geschäftsführungsbefugnisse nicht zum Tragen kommen soll. Auch trifft es zu, dass die Revisionsstelle grundsätzlich nicht zur Geschäftsführung berufen ist. Dieser Grundsatz kennt indes *eine* Ausnahme: Bei der *Bilanzdeponierung* handelt es sich um eine *Akt der Geschäftsführung*.⁵⁰ Und genau um diesen Vorgang geht es bei der Konkursverschleppung. Somit ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts in dieser Frage nicht zu beanstanden.

5. Das Verschlimmerungskriterium

Ein *wesentliches Tatbestandsmerkmal* der Misswirtschaft ist die Verschlimmerung der Vermögenslage, die das unter den Oberbegriff der „Misswirtschaft“ gestellte Verhalten bewirken muss.⁵¹

a) Gesetzliche Definition der Verschlimmerung

Diese Verschlimmerung wird im Gesetz in *vier Varianten* umschrieben: Herbeiführen bzw. Verschlimmern der Überschuldung; Herbeiführen der Zahlungsunfähigkeit bzw. Verschlimmern der Vermögenslage bei Zahlungsunfähigkeit.⁵² Diese Formulierung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Liqui-

⁴⁹ CAMPOUNOVO RICO A., Ist der Revisor „Schuldner“ und damit strafbar wegen Misswirtschaft?, ST 2009, 744 ff.; kritisch auch IMARK LUKAS, Zur Strafbarkeit der Revisionsstelle wegen leichtsinnigen Konkurses, ST 2002, 901 ff., 903.

⁵⁰ So auch das Bundesgericht gemäss LUTERBACHER (FN 40), 1269.

⁵¹ Es ist selbstverständlich, dass zwischen der Bankrotthandlung und der Vermögens einbusse ein Kausalzusammenhang bestehen muss, BGer 6B_492/2009 E. 2.2; PK-TRECHSEL/OGG, Art. 165 StGB, N 10.

⁵² Vgl. dazu die Graphik bei JEAN-RICHARD, Wahrheitsfindung (FN 19), 121.

dität anders als das Vermögen nie weniger als Null betragen kann. Die Ausdrucksweise mag umständlich sein, aber keinesfalls redundant.⁵³ Sie legt sorgfältig dar, dass am Endpunkt der relevanten Verschlimmerung Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit bestehen muss, dass es aber nicht darauf ankommt, ob dies schon vor der Einwirkung des Täters der Fall war.

b) *Kausalität von Pflichtverletzung und Verschlimmerung*

Die Konkursverschleppung ist die adäquate Ursache genau derjenigen Verschlimmerung, die sich *bei rechtszeitiger Konkursöffnung* nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge hätte *verhindern* lassen. Der Konkursverschleppungsschaden berechnet sich demnach als Differenz zwischen der hypothetischen Masse bei rechtzeitiger Konkursanmeldung und der durch deren Verzögerung geschmälernten Masse. Eine vorübergehende Erholung unterbricht diesen Kausalzusammenhang nicht zwangsläufig.⁵⁴ Einbussen, die ein pflichtbewusster Konkursbeamter bei rechtzeitiger Deponierung der Bilanz nicht hätte verhindern können, gehen nicht auf die Rechnung der Konkursverschleppung.⁵⁵

Zur Konkretisierung dieses Zusammenhangs sind zunächst *die wesentlichen Wirkungen des Konkurses* in Erinnerung rufen: Durch die Konkursöffnung verlieren die bisherigen Organe und sonstigen Vertreter des Gemeinschuldners ihre Ermächtigungen. Alle bisherigen Gesellschaftszwecke weichen dem Zweck der Liquidation. Die Konkursverwaltung darf neue Verbindlichkeiten nur eingehen, wenn sie sich damit Leistungen verschafft, die für die Liquidation nötig sind. Im Konkurs ist es nicht mehr erlaubt, liquide Aktiven im Austausch gegen weniger liquide, wenn auch gewinnträchtige Aktiven zu veräussern. Dauerschuldverhältnisse werden so schnell wie möglich beendet. Der Zinsenlauf für Forderungen ohne Pfandsicherung endet von Gesetzes wegen.⁵⁶ Grundsätzlich werden Verpflichtungen des Gemeinschuldners in

⁵³ A.M. BaK-BRUNNER, Art. 165 StGB, N 20; DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, 9. Aufl., Zürich 2008, 337.

⁵⁴ BGer 6S.1/2006 vom 21. März 2006 E. 8.2 f.

⁵⁵ BGE 136 III 322; BÖCKLI (FN 8), § 18 N 369a; LUTERBACHER (FN 40), 1271.

⁵⁶ Art. 209 Abs. 1 SchKG.

Geldschulden umgewandelt. Die Schulden werden nicht laufend bezahlt, sondern nach Massgabe des Kollokationsplans und der Verteilungsliste nach Deckungsgrad anteilmässig beglichen.

In Bezug auf viele Verpflichtungen oder Transaktionen lässt sich zwar auch in der Verschleppungsphase behaupten, diese stünden im Dienste eines Konzeptes, das letztlich der *Vermögensvermehrung* diene. Eine Verpflichtung führe gewöhnlich zu einem Mehrwert. Dieser sei zur Ermittlung der relevanten Verschlimmerung der Verpflichtung in Abzug zu bringen. Die Ermittlung dieses Mehrwerts ist aufwändig, stellt hohe Anforderungen an das fachliche Können und sprengt mithin die Möglichkeiten eines Massengeschäfts. Doch erübrigt sich diese Arbeit immer dann, wenn ein Mehrwert einzig bei der Fortführung der Geschäftstätigkeit in Frage kommt. Denn Konkursverschleppung bedeutet die Verletzung der Pflicht, sich rechtzeitig *auf den Liquidationszweck zu beschränken*. Aufwand, der nicht diesem Zweck dient, verschärft die Überschuldung. Deshalb ist der gesamte Aufwand für die auf die Erfüllung des statutarischen Zwecks ausgerichtete Unternehmensstruktur mit den Kosten für „Arbeit, Boden und Kapital“ als Verschleppungsschaden zu betrachten; der dadurch geschaffene Mehrwert wäre einzig dann vom Schaden in Abzug zu bringen, wenn er aus liquiden Aktiven besteht. Solche sind bei aktivenlosen Konkursen jedoch nicht vorhanden, so dass ein relevanter Mehrwert von vornherein ausgeschlossen werden kann.⁵⁷

Ein Vorbehalt ist jedoch in Bezug auf *Dauerschuldverhältnisse* zu beachten. Durch solche verursachte Kosten werden durch die Konkurseröffnung nicht sofort angehalten, ausser den Schuldzinsen.⁵⁸ Es ist vielmehr Aufgabe der Konkursverwaltung, die Dauerschuldverhältnisse auf den nächstmöglichen Termin zu kündigen. Löhne, Mieten und dergleichen sind somit nicht vom

⁵⁷ In diesem Sinne auch das Bundesgericht, dem es für die Kausalität genügt, wenn bei Überschuldung ausschliesslich Verluste erwirtschaftet werden, BGer 6B_492/2009 E. 2.3.3; WOHLERS WOLFGANG, Die Begleichung fälliger Schulden – Strafbarkeitsrisiken für Gläubiger, im vorliegenden Band, V.1, lehnt unter dem Gesichtspunkt von Art. 164 StGB im Falle der Konkurseröffnung die Berücksichtigung von nur langfristig nützlichen Gegenwerten zu Recht ab.

⁵⁸ Botschaft (10.077) zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BB1 2010, 6455, 6472 f., mit Hinweis auf weitere Ansnahmen in FN 31. In der Botschaft wird vorgeschlagen, kein ausserordentliches Kündigungsrecht einzuführen, Art. 211a E SchKG, 6508 f.

Stichtag für die Anzeigepflicht an dem Verschleppungsschaden zuzurechnen. Vielmehr ist zum Stichtag die jeweilige Kündigungsfrist hinzuzurechnen. Von dem so ermittelten Zeitpunkt an läuft die Schadensberechnung, und zwar gegebenenfalls über die Konkursöffnung hinaus bis zur tatsächlichen Beendigung des Dauerschuldverhältnisses. Unerheblich ist es, ob die so auflaufenden Schulden beglichen werden. Bleiben sie offen, besteht der Endzustand in einer Erhöhung der Passiven, werden sie getilgt, in einer Verminderung der Aktiven an dem Ort, wo das Geld für die Tilgung herkommt.

Der *Aufwand für Liquidationshandlungen* vor dem Konkurs kann grundsätzlich dem Schaden abgezogen werden. Hier ist jedoch eine Einschränkung angebracht: Der Liquidationsaufwand darf die Kosten nicht übersteigen, die eine pflichtgemäss arbeitende Konkursverwaltung verursacht hätte. Bei mangels Aktiven eingestellten Konkursen bietet sich als Obergrenze der Betrag an, den das Konkursamt als Gläubigervorschuss für die Durchführung des Konkurses benötigt hätte.

Für die Strafbarkeit ist es ohne Belang, ob der zur Bilanzdeponierung verpflichtete Beschuldigte in die Rechtshandlungen, die die Vermögenslage verschlimmern, selber involviert ist oder auch nur davon Kenntnis hat. Denn allein dadurch, dass er für die Verschleppung zu verantwortlich ist, hat er eine adäquate Ursache gesetzt, dass die Vermögenslage weiter verschlimmert werden kann. Dieser *Kausalzusammenhang* wird *nicht* durch rechtswidriges oder gar strafbares Verhalten von weiteren Organen und Mitarbeitern *unterbrochen*. Denn es entspricht – bildlich gesprochen – dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass sich die Geier auf eine Leiche stürzen. Gerade auch das will die Anzeigepflicht verhindern.

Kein gemäss Art. 165 StGB relevanter Verschleppungsschaden entsteht nach hier vertretener Meinung durch die *Erfüllung von Verpflichtungen*, die vor dem Zeitpunkt der Anzeigepflicht entstanden sind. Die Überschuldung wird dadurch nicht verändert, denn die Verminderung eines Aktivums wie Bar- oder Buchgeld wird durch die Verminderung eines Passivums, nämlich der getilgten Schuld, ausgeglichen. Zwar lässt sich der Standpunkt vertreten, durch dieses Verhalten werde Liquidität beseitigt. Doch hätte die verbleibende Liquidität ja auch im Konkurs grundsätzlich so eingesetzt werden müssen, allerdings unter Gleichbehandlung der Gläubiger nach Massgabe der Kollokations- und Verteilregeln. Bei der Misswirtschaft gemäss Art. 165

StGB geht es indes einzig um die Vermögenserhaltung, nicht auch um die Gleichbehandlung der Gläubiger, die Gegenstand des hinsichtlich der Strafdrohung milderen Art. 167 StGB ist.⁵⁹

6. Subjektiver Tatbestand

Die Praxis leitet aus der Formulierung des Tatbestandes ab, dass *grobe Fahrlässigkeit* genügt.⁶⁰ Im französischen Gesetzestext wird für „Nachlässigkeit“ im Sinne von Art. 165 StGB und „Fahrlässigkeit“ im Sinne von Art. 12 Abs. 3 StGB dasselbe Wort verwendet, nämlich „négligence“. Als grob betrachtet das Bundesgericht die Fahrlässigkeit, wenn elementare Sorgfaltspflichten verletzt würden, zu denen die Kontroll- und Anzeigepflichten gemäss Art. 725 OR gehörten.⁶¹ Grobfahrlässig handelt besonders auch derjenige, der sich durch Unterlassung der Buchführung der nötigen Kontrollinstrumente beraubt⁶² oder ein Verwaltungsratsmandat oder eine ähnliche Funktion übernimmt, ohne sich über seine Pflichten zu informieren und ohne sich im Geringsten um den Geschäftsgang zu kümmern⁶³.

Auch wenn die Figur der dem Strafrecht sonst fremden groben Fahrlässigkeit aus dogmatischer Sicht Anlass zu Kritik geben mag⁶⁴, bedeutet sie für den hier vorgestellten praktischen Ansatz eine entscheidende Entlastung.

⁵⁹ DONATSCH (FN 8), III.3; WOHLERS (FN 57), IV bei FN 50. Gemäss den überzeugenden Ausführungen von ERNST WOLFGANG, Die Zahlung fälliger Schuld als Fall der paulianischen Anfechtung in Geschichte und Gegenwart, SJZ 217, 417 ff., 419 ff., ist die Zahlung einer fälligen Schuld nach Eintritt der Überschuldung anfechtbar im Sinne von Art. 288 SchKG.

⁶⁰ BGE 104 IV 165; 115 IV 38, 41 E. 2; BGer 6B_492/2009 E. 2.2; BaK-BRUNNER, Art. 165 StGB, N 49; HERREN PETER, Misswirtschaft, Zürich 2006, 123 f.; PK-TRECHSEL/OGG, Art. 165 StGB, N 11; WERMEILLE YANN, La diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et la gestion fautive, ZStrR 1999, 393 ff.

⁶¹ BGer 6B_492/2009 E. 2.3.4.2.

⁶² BGer 6B.433/2007 vom 11. Februar 2008 E. 2.2.

⁶³ Kantonsgericht Graubünden, Urteil SK1 09 14 vom 17. Juni 2009, Sachverhalt B.1 (Anklagetext Misswirtschaft) und E. 9; BaK-BRUNNER, Art. 165 StGB, N 39 (Übernahmeverschulden).

⁶⁴ JEAN-RICHARD, Wahrheitsfindung (FN 19), 124 f., mit Hinweisen.

V. Strafpunkt

Grundsätzlich ist die Konkursverschleppung für das Strafbefehlsverfahren geeignet. Bei Ersttätern, auf die sich das hier vorgestellte Anklageschema anwenden lässt und bei denen sich der Verschleppungsschaden in der Größenordnung von 50'000 Franken bewegt, erscheint eine *Einsatzstrafe von 90 Tagessätzen* angemessen.⁶⁵ Diese Einsatzstrafe ist nach Massgabe des individuellen Verschuldens, der persönlichen Verhältnisse und des Schadensbetrags zu erhöhen oder zu mindern. Auf Beschuldigte mit einschlägigen Vorstrafen ist ein deutlich härterer Massstab anzuwenden.

VI. Zivilforderung

Besonders aus der Sicht der Gläubiger ist es wünschenswert, dass der Beschuldigte im Strafverfahren für den Konkursverschleppungsschaden haftbar gemacht werden kann. Wenn das *Strafbefehlsverfahren* Anwendung findet, ist dies gemäss Art. 353 Abs. 2 StPO nur möglich, soweit die beschuldigte Person die Zivilforderung der Privatklägerschaft anerkannt hat. Nicht anerkannte Forderungen sind auf den Zivilweg zu verweisen. Der Beschuldigte wird eher geneigt sein, die Forderung zu anerkennen, wenn ihm diese überzeugend dargelegt werden kann. Zudem wird es sicher auch Konkursverschleppungen geben, die im *Anklageverfahren* bearbeitet werden. Die Anklageerhebung kann sich aufdrängen, wenn der Beschuldigte die Zivilforderung nicht anerkennen will, obwohl sich ein namhafter Konkursverschleppungsschaden nachweisen lässt. Aus diesen Gründen ist hier kurz auf die Zivilforderung einzugehen.

⁶⁵ Beispiel: BGer 6B_492/2009 Sachverhalt B: 35 Tagessätze, Gläubigerverluste 21 Mio. Franken, Verschleppung rund sieben Monate von der Erkenntnis der Überschuldung und rund vier Monate vom Scheitern der Sanierung an gerechnet. Nach hier vertretener Meinung erscheint diese Strafe, die vom Bundesgericht nicht zu prüfen war, zu milde.

1. Indirekter Schaden

Die Konkursdelikte, besonders Art. 164 und Art. 165 StGB, schädigen den Gläubiger nicht unmittelbar. Vielmehr wird *zunächst das Vermögen des Schuldners vermindert*. Dies bedeutet, dass auch das Substrat schwindet, auf das der Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung mit Hilfe der Behörden zur Durchsetzung seiner Forderung greifen kann. Dadurch hat der Gläubiger einen mittelbaren oder indirekten Schaden. Er hat deshalb keinen direkten Anspruch, dass ihm der Täter den Ausfall ersetzen muss. Vielmehr handelt es sich um einen Anspruch der Gesellschaft oder genauer der Konkursmasse, der nach unterschiedlichen *Verteilregeln* letztlich den Gläubigern zugute kommt.⁶⁶

Besonders hervorzuheben ist die Verteilregel von Art. 260 SchKG, wonach sich der Gläubiger *Rechtsansprüche der Masse „abtreten“* lassen kann, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet. Das Ergebnis dient in erster Linie zur Deckung der Kosten und der Forderungen der Abtretungsgläubiger. Bleibt ein Überschuss, ist er der Masse abzuliefern. Es handelt sich bei Art. 260 SchKG somit nicht um eine eigentliche Abtretung, sondern um eine Inkassobefugnis mit Vorabbefriedigungsrecht. Der Abtretungsgläubiger macht nicht das eigene Recht, sondern das Recht der Masse geltend.

Nach hier vertretener Meinung hat der Gläubiger deshalb gegen den Täter eines Konkursdelikts *keinen Schadenersatzanspruch nach Art. 41 OR*. Vielmehr geht es typischerweise um Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 754 OR.⁶⁷

Anders verhält es sich mit dem *Inkasso- und Prozessaufwand des Gläubigers* für die Geltendmachung des Verantwortlichkeitsanspruchs. Dabei handelt es

⁶⁶ BÖCKLI (FN 8), § 18 N 365a; GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA/STEBLER SIMONE, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 2009, 479 ff., 480.

⁶⁷ Gl.M. BÖCKLI (FN 8), § 18 N 364 ff., mit besonderem Hinweis auf die Konkursverschleppung in N 369b, wobei zu beachten ist, dass als tatbestandsmässiger Schaden gemäss Art. 165 StGB nur der von BÖCKLI beschriebene indirekte Schaden des Altgläubigers, nicht aber der direkte Schaden des Neugläubigers angesehen werden kann. Letzterer wird geschädigt, weil er einer Gesellschaft Kredit gewährt hat, die als Marktgegenseite nicht mehr hätte auftreten dürfen.

sich um einen direkten Schaden, für den der Täter gemäss Art. 41 OR Ersatz schuldet.

2. Adhäsionsweise Geltendmachung

Gemäss Art. 122 Abs. 1 StPO kann die Privatklägerschaft „zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat“ adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass es sich dabei ausschliesslich um Ansprüche gemäss Art. 41 OR handeln kann. Voraussetzung ist einzig, dass sich der Anspruch aus der Straftat ergibt. Daraus folgt, dass adhäsionsweise nur Ersatz für denjenigen Konkursverschleppungsschaden zugesprochen werden kann, der in der Anklageschrift unter dem Gesichtspunkte des Verschlimmerungskriteriums ausgewiesen ist.

Dagegen bedarf es keiner Verankerung des *Inkasso- und Prozessaufwandes* in der Anklageschrift. Ersatz dafür kann adhäsionsweise gutgeheissen werden, wenn der entsprechende Aufwand belegt ist und sich als adäquate Folge der Straftat zeigt.

3. Wirkung der Konkurseinstellung

Gemäss Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR steht es zunächst der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen. Es handelt sich dabei gemäss dem Satz 1 um das Recht, „Ersatz des Schadens an die Gesellschaft“ zu verlangen. Art. 757 Abs. 2 OR behandelt den Fall, dass die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche verzichtet. Dabei ergeben sich im Verhältnis zu Art. 260 SchKG *einerseits Parallelen und anderseits Widersprüche*. Die Verteilung ist in beiden Bestimmungen inhaltlich gleich geregelt, wobei Art. 757 Abs. 2 OR in dieser Frage ausdrücklich auf das SchKG verweist. Art. 260 SchKG verlangt den Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger und sieht eine Abtretungserklärung der Konkursverwaltung vor.⁶⁸ Gemäss dem Wortlaut von Art. 757 Abs. 2 OR genügt der Verzicht der Konkursverwaltung, was unmittelbar zur

⁶⁸ SCHNELLER YVES, Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion, Zürich/St. Gallen 2006, 418 bei und in FN 2502.

Klagelegitimation jedes Aktionärs und Gläubigers führt. Art. 757 Abs. 3 OR behält sodann ausdrücklich die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG vor.⁶⁹

Die Synopse der Formulierungen hat gezeigt, dass der Gesetzgeber mit Art. 757 OR eine *Ergänzung zu Art. 260 SchKG* geschaffen hat, gewissermassen einen zweiten Weg.⁷⁰ Wäre Art. 757 OR einzig die Aufgabe zuge-dacht, an geeigneter Stelle an Art. 260 SchKG zu erinnern, hätte kein Bedarf nach einer differenzierten Bestimmung bestanden, die für einen Teil der Ge-sichtspunkte auf ihre Schwesternorm hinweist, für einen anderen Teil dage-gen eigenständige Formulierungen verwendet. Der Vergleich der beiden Normen lässt erkennen, dass Art. 260 SchKG tiefer im Konkursverfahren verwurzelt ist. Die Legitimation einzelner Gläubiger bedingt einen Antrag, einen Meinungs-austausch mit der Gesamtheit der Gläubiger und einen Ab-tretungsakt der Konkursverwaltung. Nach Art. 757 OR genügt dagegen ein nicht näher erläuteter Verzicht, um die Aktivlegitimation jedes Gläubigers und Aktionärs herbeizuführen.⁷¹

Damit erweist sich Art. 757 OR als *auf den Fall der Konkurseinstellung mangels Aktiven zugeschnitten*⁷². Durch diese verzichtet die Konkursverwal-tung in Bezug auf den betroffenen Gemeinschuldner auf sämtliche weiteren Handlungen, was die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen

⁶⁹ Dieser Verweis wurde durch das Parlament eingefügt. Die Botschaft über die Revi-sion des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 445 ff., erachtete den Verweis als unnötig, da der Entwurf von Art. 757 Abs. 2 OR eine selbständige Ver-teilregel enthielt, 852, mit der der Bundesrat sich von Art. 260 SchKG distanzieren wollte, „da die Rechtslehre darin zu Recht eine missglückte Ordnung“ gesehen ha-be, 937. Der Nationalrat stimmte dem Entwurf des Bundesrats zunächst zu, AB 1985 N 1788, später dem Beschluss des Ständerats, AB 1990 N 1389, beides ohne Diskussion. Im Ständerat wurde die von der Kommission vorgeschlagene, bis heute geltende Fassung von Art. 757 Abs. 2 und 3 OR ohne jede Erläuterung angenom-men, AB 1988 S 525.

⁷⁰ Allerdings enthalten weder die Botschaft (FN 69) noch die Protokolle der parla-mentarischen Beratungen (FN 69) eine entsprechende Absichtsbekundung.

⁷¹ Vor der Revision 1991 verlangte auch die aktienrechtliche Bestimmung eine Ab-tretung, BERTSCHINGER (FN 17), Art. 757 OR, N 21 am Anfang.

⁷² Gl.M. BERTSCHINGER (FN 17), Art. 757 OR, N 21 am Ende.

mit einschliesst.⁷³ Wird der Konkurs eingestellt, bleibt ein Schuldenruf aus, so dass es der Konkursverwaltung nicht möglich ist, die Gesamtheit der Gläubiger zu überschauen und zu verwalten. Es ist deshalb nicht angebracht, einzelnen Gläubigern, mit denen es zufällig zu Kontakten gekommen ist, Legitimationspapiere auszustellen, zumal die Konkursverwaltung nach der Konkurseinstellung möglichst weitgehend von Verwaltungsaufwand entlastet werden soll. Gleichwohl ist der Gesellschaftsgläubiger nur anstelle der Konkursverwaltung aktivlegitimiert und hat deshalb keinen Anspruch auf einen Hinweis gemäss Art. 118 Abs. 4 StPO.

Was sich aus der vergleichenden Analyse der Gesetzesformulierungen ergeben hat, hält auch *teleologischen Erwägungen* stand: Den Gläubigern und Aktionären ist die Verantwortlichkeitsklage freizugeben, wenn der Konkurs mangels Aktiven eingestellt werden muss. Wie bereits erörtert, ist der aktivenlose Konkurs ein starkes Indiz dafür, dass die Gesellschaftsorgane besonders nachlässig und pflichtvergessen waren. Es wäre widersinnig, gerade diese Organe aus formalistischen Erwägungen vor der Verantwortlichkeitsklage zu schützen.

Die hier vertretene Auslegung ist in der *Rechtsprechung* nicht unbestritten. So steht die Konkurseinstellung gemäss einem viel beachteter Entscheid des Neuenburger Kassationshofes⁷⁴ der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen durch Gesellschaftsgläubiger entgegen. Das Bundesgericht hat sich noch nicht zu dieser Frage geäussert.⁷⁵

⁷³ Vgl. SCHNELLER (FN 68), 418 bei FN 2504: „Ein solcher Verzicht der Konkursverwaltung ist an keine Form gebunden und kann deshalb auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln erfolgen“.

⁷⁴ Publiziert in SJZ 1999, 54 f.

⁷⁵ Offen gelassen in BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009 E. 2.4, dazu VOGT HANS-UELI/SCHÖNBÄCHLER MARCEL, Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft, GesKR 2010, 246 ff., 247. – Eine Stellungnahme des Bundesgerichts zu dieser Frage lässt sich nicht aus seiner Rechtsprechung ableiten, wonach zur Aktivlegitimation des Gläubigers die rechtskräftige Kollokation seiner Forderung genügt, BGE 132 III 342 E. 2.2, 345 ff.; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER (FN 66), 380 bei FN 16. Bei diesen Entscheiden ging es darum, dass das Gericht Einreden gegen den materiellen Bestand der Forderung des rechtskräftig kollozierten Abtretungsgläubigers gemäss Art. 260 SchKG nicht zu hören hat. Daraus folgt *contra ratio* lediglich, dass der nicht kollozierte Gläubiger beim Vorgehen nach Art. 757

Die *Lehre* ist überwiegend der Auffassung, dass Art. 757 Abs. 2 OR im Falle der Konkurseinstellung Anwendung findet.⁷⁶ Teilweise wird geltend gemacht, die Konkurseinstellung stelle nur dann einen Verzicht auf die Geltendmachung eines Anspruchs dar, wenn dieser Anspruch vorgängig ins Konkursinventar aufgenommen worden sei.

VII. Kein Reformbedarf⁷⁷

Die Bestrebungen, in der Schweiz die Konkursverschleppung effizienter zu bekämpfen, führen zur Frage, ob eine *Spezialstrafnorm nach deutschem Vorbild* diesem Ziel förderlich wäre.⁷⁸ In Deutschland wird dieses Phänomen seit geraumer Zeit als Massengeschäft geahndet, seit 2008 gestützt auf § 15a der Insolvenzordnung (InsO) mit dem Titel: „Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit“⁷⁹. Diese Norm statuiert die Pflicht, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen, und regelt detailliert, wen bei welchen Unternehmenstypen diese Pflicht trifft. Wer die Insolvenz vorsätzlich verschleppt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft. Bei Fahrlässigkeit steht höchstens ein Jahr in Aussicht.

Als Stärke dieser Regelung könnte die klare und kurze *Frist* hervorgehoben werden. Wenig Klarheit besteht indes in Bezug auf deren Beginn. Art. 725 OR hat demgegenüber den Vorteil, dass er ein Verfahren zur Feststellung der

Abs. 2 OR seine Aktivlegitimation und mithin seine Forderung nachzuweisen hat. Der Nachweis des genauen Forderungsbetrags oder sämtlicher Teilforderungen ist hingegen für die Aktivlegitimation nicht erforderlich.

⁷⁶ BaK-WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 757 OR, N 26; BERTSCHINGER (FN 17), Art. 757 OR, N 19 ff.; BÖCKLI (FN 8), § 18 N 352; SCHNELLER (FN 68), 418, bei und in FN 2508; STOFFEL WALTER A., Klagen und Einreden gegen die Organverantwortlichkeit, in: DRUEY/FORSTMOSER (Hrsg.), Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, Zürich 1994, 15 ff., 34.

⁷⁷ Vgl. aber die punktuelle Anregung vorn, IV.2.

⁷⁸ In diese Richtung die Forderung von WOHLERS (FN 57), VI.

⁷⁹ Quelle: Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I 2866), in der Fassung der letzten Änderung durch Artikel 3 des Gesetzes vom 9. Dezember 2010 (BGBl. I 1885).

Überschuldung vorschreibt. Nach hier vertretener Meinung ist eine starre Frist wenig hilfreich, denn sie kann schwerlich der Vielfalt an Organisationsstrukturen der Unternehmen gerecht werden.

Eine wesentliche Erleichterung ist vor allem darin zu erblicken, dass in Deutschland sich der Nachweis erübrigt, dass sich die Vermögenslage durch die Insolvenzverschleppung verschlimmert hat. Die Insolvenzverschleppung ist mithin als reines *Gefährdungsdelikt* ausgestaltet.

Auch wenn die strafrechtliche Bekämpfung der Konkursverschleppung durch ein Massengeschäft durch die Einführung eines reinen Gefährdungsdelikt simpler scheinen mag, zeigt sich diese Lösung nicht als ratsam. Die Betrachtungen zur Zivilforderung haben gezeigt, dass es hier im Strafrecht und im Haftpflichtrecht um denselben Schaden geht. Dies hat nicht nur den vom Privatkläger geschätzten Vorteil, dass ihm der Weg zum Schadenersatz erleichtert werden kann. Gerade in komplexen und wenig populären Bereichen stellt es einen hohen Wert dar, wenn sich die *Rechtsordnung einheitlich* präsentiert und so eine innere Überzeugungskraft entfalten kann.

Die Überzeugungskraft des Strafrechts leidet besonders auch dann, wenn die Tatbestände um der vermeintlichen Effizienz Willen immer weiter in den Gefährdungsbereich abgerückt werden. Das hat zur Folge, dass vermehrt Verhaltensweisen bekämpft werden, deren Schädlichkeit nicht mehr intuitiv spürbar ist, sondern erst durch eine wissenschaftliche Gesamtbetrachtung erkennbar wird und oft umstritten bleibt. In einem solchen Kontext vermag *Strafrecht* keine *Signalwirkung* zu entfalten.

Das Ziel besteht darin, gegen „Wegwerfgesellschaften“ vorzugehen. Es leuchtet unmittelbar ein, dass es schädlich ist, Kapitalgesellschaften auszuhöhlen und dann mit den Schulden billig zu entsorgen, so dass die Gläubiger das Nachsehen haben. Die vollständige strafrechtliche Aufarbeitung solcher Vorgänge ist zwar möglich, lässt sich aber nicht als Massengeschäft bewältigen. Deshalb wird ein Teilaspekt der Wegwerfgesellschaften herausgegriffen, die Konkursverschleppung. Weisen wir den Konkursverschleppungsschaden nach, so bleibt die Problematik emotional fassbar. Verzichten wir darauf, bekommen wir es mit einer leeren Hülle zu tun, gewissermassen mit einer „*Wegwerfstrafnorm*“. Dies gilt es zu vermeiden.

Anhang 1: Musterstrafanzeige⁸⁰

1. Einleitung

Der Konkursrichter des Bezirksgerichts [Ort] hat mit Verfügung vom [Datum] über die [Name], mit Sitz in [Ort, Adresse], den Konkurs eröffnet und das Konkursamt [Name] mit der Durchführung des Verfahrens beauftragt (vgl. Konkursdekret in der Beilage).

2. Gesuch um Prüfung von Anhaltspunkten über das Vorliegen von Straftatbeständen i.S.v. § 9 der kantonalen Konkursverordnung (LS 281.2)

Die Konkursverwaltung im Konkursverfahren über die [Name] ersucht Sie höflich, ihr bekannt gewordene Anhaltspunkte über das Vorliegen von Straftatbeständen einer Prüfung insbesondere hinsichtlich der Delikte der Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB und der Unterlassung der Buchführung gemäss Art. 166 StGB, eventuel-ter der ordnungswidrigen Führung der Geschäftsbücher gemäss Art. 325 StGB, zu unterziehen.

3. Sachverhalt

Nach durchgeführter Einvernahme von [Name] (Beilage) und weiteren Abklärungen ist die Konkursverwaltung der Ansicht, dass die Konkursitin und hier namenntlich [Name], Funktion, als ihr zuständiges Organ durch folgendes Verhalten gegen die Kapitalschutzbestimmungen gemäss Art. 725 OR [i.V.m. Art. 820 Abs. 1 OR (GmbH)] verstossen und dadurch die Konkursöffnung verschleppt hat, was gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt des Tatbestands der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 StGB zu beurteilen ist. Dieser Ansicht der Konkursverwaltung liegen folgende Feststellungen zugrunde:

Organstellung:

Variante 1: [Name] ist als [Verwaltungsratsmitglied]/[Geschäftsführer] der konkur-siten Gesellschaft im Handelsregister eingetragen.

⁸⁰ Durch das Notariatsinspektorat des Kantons Zürich verabschiedet gegen Ende 2010; hier wegen des andersartigen Layouts mit geringfügigen redaktionellen Anpassungen sowie unter Auslassung des Teils „4. Rechtliches“ wiedergegeben.

Variante 2: [Name] ist zwar nicht als Verwaltungsratsmitglied [Geschäftsführer (GmbH)] der konkursiten Gesellschaft im Handelsregister eingetragen, doch bestehen klare Anhaltspunkte, dass er die Gesellschaft faktisch leitete (vgl. Art. 716a OR). [Anhaltspunkte kurz spezifizieren]

Besorgnis der Überschuldung:

Aus dem Betreibungsregisterauszug (Beilage) geht hervor, dass die Gesellschaft seit dem [Datum der ersten Betreibung der Serie, die sich ohne wesentliche Unterbrüche bis zur Konkurseröffnung hinzieht] regelmässig für Forderungen betrieben wurde, die mit ihrer Geschäftstätigkeit zusammenhängen, namentlich auch für Steuern und Sozialversicherungsbeiträge. Schon Monate vor dem [Betreibungsdatum] hat die Gesellschaft Mahnungen erhalten, was aus den Geschäftsakten hervorgeht und was [Name] in der Einvernahme bestätigt hat. Spätestens am [Betreibungsdatum] bestand somit die Besorgnis der Überschuldung, die zu Massnahmen gemäss Art. 725 Abs. 2 OR verpflichtet.

Pflichtverletzung:

Variante 1: Weder [Name] noch sonst ein Verantwortlicher der Gesellschaft zog eine Zwischenbilanz und legte sie einem Revisor zur Prüfung vor.

Variante 2: Gemäss der revidierten Zwischenbilanz vom [Datum] war die Gesellschaft nach Fortführungs- und Liquidationswerten überschuldet. Dennoch unterliess es [Name], die Bilanz zu deponieren.

Variante 3: In der Zwischenbilanz vom [Datum] verneinte der Revisor zwar die Überschuldung. Dies war jedoch darauf zurückzuführen, dass er die von [Name] vorgenommene offensichtliche Überbewertung des Aktivums [Positionsbezeichnung] kritiklos übernommen hat.

Verschlimmerung der Vermögenslage:

Nach dem [Betreibungsdatum] hat sich die Vermögenslage der Gesellschaft verschlechtert. So sind namentlich neue Passiven, wie [Beispiele nennen, namentlich auch Miete, Fahrzeugkosten, Löhne, Telefon, Versicherungen prüfen, ebenso bekannte Forderungen (Betreibungen) auf Entstehung durchsehen], entstanden, ohne dass damit eine Vermehrung der Aktiven einhergegangen wäre, und Aktiven verbraucht oder entwertet worden, ohne dass dies zur Verminderung der vorbestehenden Passiven geführt hätte.

[Bemerkung: Aufschlussreich erscheint auch der Verkehr auf den Bankkonten der Gesellschaft seit dem „Betreibungsdatum“. Besonders hinzuweisen ist auf folgende Lastschriften: grössere Barbezüge, Transaktionen an Nahestehende und Auffanggesellschaften, sofern für das Konkursamt leicht erkennbar; solche Transaktionen sind mit dem Verantwortlichen zu besprechen.]

Vermögensstand bei der Konkurseröffnung:

Bei der Konkurseröffnung waren praktisch keine liquiden Aktiven mehr vorhanden. Aufgrund der offenen Betreibungen, der Aussagen in der Einvernahme und den vorliegenden Geschäfts- und Konkursakten sind die Passiven auf mindestens [Betrag] Franken zu schätzen.

Buchführung:

Der jüngste dem Konkursamt vorliegende Abschluss ist derjenige per [Datum] (Beilage). [Name] hat bis heute trotz mehrerer Aufforderungen keine Buchhaltung für die Zeit danach beigebracht.

Beilagen

- Konkursöffnungsverfügung
- Einvernahmeprotokoll mit Beilagen
- Betreibungsregisterauszug
- Bilanz und Erfolgsrechnung
- Auszüge aus Bankkonten

Anhang 2: Anklageschema

Die beschuldigte Person hat

als Verwaltungsrats-Mitglied (AG) bzw. Geschäftsführer (GmbH) der Konkursschuldnerin in anderer Weise als nach Art. 164 StGB durch Misswirtschaft, namentlich durch arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung, deren Überschuldung verschlimmert,

bei folgendem Sachverhalt:

- A. Die Wegwerf-AG/GmbH, [Adresse] (WWG), wurde am [Datum] mit einem Aktienkapital/Stammkapital von [Betrag] Franken gegründet.
- B. Seit dem [Datum] ist die beschuldigte Person mit Wissen und Willen als Verwaltungsrats-Mitglied (AG) bzw. Geschäftsführer (GmbH) der WWG mit Einzelzeichnungsberechtigung im HR eingetragen.
- C. Das Bezirksgericht [Ort] hat am [Datum] über die WWG den Konkurs eröffnet und den Konkurs am [Datum] mangels Aktiven eingestellt.
- D. Im Zeitpunkt der Konkursöffnung hatte die WWG Schulden von mindestens [Betrag] Franken. Dies ist gleichzeitig der Betrag der Überschuldung, da diesen Ausständen keinerlei Aktiven gegenüber stehen. Die Überschuldung war noch bedeutend geringer, als am [Datum] regelmässige Betreibungen einsetzten.
- E. Varianten (Beispiele):
 - E1. Die beschuldigte Person erkannte spätestens aufgrund der Betreuung vom [Datum] des Gläubigers G. im Betrage von [Betrag] Franken, dass die WWG in einer Finanzkrise war und dass somit begründete Besorgnis einer Überschuldung bestand. Trotzdem unterliess es die beschuldigte Person, eine Zwischenbilanz der WWG zu ziehen und durch einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen.
 - E2. Da der Verdacht auf Überschuldung bestand, liess die beschuldigte Person eine Zwischenbilanz der WWG durch einen zugelassenen Revisor prüfen. Obwohl dieser sowohl nach Liquidations- als auch nach Fortführungswerten eine Überschuldung feststellte, deponierte die beschuldigte Person die Bilanz nicht beim Konkursrichter.
 - E3. Als die beschuldigte Person am [Datum] das Verwaltungsrats-Mandat (AG) bzw. das Geschäftsführungs-Mandat (GmbH) der WWG übernahm, erkannte sie, dass es um die Erfüllung eines gesellschaftsrechtlichen Erfordernisses

ging, das nur Sinn macht, wenn der förmlich Verpflichtete auch tatsächlich Verantwortung übernimmt. Trotzdem kümmerte sie sich um überhaupt nichts und bemerkte nicht einmal, dass die WWG seit dem [Datum] regelmässig wegen öffentlichrechtlicher Forderungen betrieben werden musste und mithin in einer Finanzkrise war, die im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR ein entschlossenes Handeln der Organe erfordert hätte.

- F. Durch die Unterlassung der gebotenen Kontrollen bzw. Anzeigen hat die beschuldigte Person seit [Datum] ihre Geschäftsführerplichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR (bei der GmbH in Verbindung mit Art. 820 Abs. 2 OR) und Art. 716a OR (bei der GmbH Art. 810 Abs. 2 OR) grob verletzt, was einer argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung entspricht.
- G. Diese arge Nachlässigkeit bewirkte eine Verschleppung des Konkurses, was aufgrund der laufenden Kosten zu einer Verschlimmerung der Vermögenslage der WWG führte. Namentlich die hiernach aufgelisteten Kosten liefen auf, seit die beschuldigte Person die Hinweise erkannte [oder hätte erkennen sollen], die Anlass zur Besorgnis einer Überschuldung gaben. Da die WWG, wie die beschuldigte Person erkannte, keine Aussicht auf Fortführung der Geschäftstätigkeit mehr hatte, konnte sie sich mit diesen Ausgaben keinen für sie brauchbaren Gegenwert verschaffen.

nach Ablauf der Kündigungsfrist, vom Zeitpunkt der Anzeigepflicht an gerechnet, über die Konkursöffnung hinaus bis zur Beendigung des Dauer-schuldverhältnisses:

- Mieten
- Löhne
- Versicherungsprämien

vom Zeitpunkt der Anzeigepflicht an:

- Schuldzinsen
- Provisionen, Kommissionen, Honorare etc.
- Telekommunikationskosten
- Fahrzeug- und sonstige Transportkosten
- Verbrauchsmaterialkosten
- Abschreibungen auf Sachwerte
- Darlehensgewährungen

Dadurch hat sich die beschuldigte Person der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht.





Gebrauchsanweisung

Suche nach Personen in kantonalen Online-Handelsregister-Datenbanken

Unter www.zefix.ch kann nicht für die ganze Schweiz nach Personennamen gesucht werden. Jedoch ist dies allen kantonalen Online-Handelsregister-Datenbanken möglich. Die meisten Kantone (alle ausser Aargau, Freiburg, Genf, Neuenburg und Waadt) verfügen über dasselbe Online-Suchsystem wie der Kanton Zürich.

Von www.zefix.ch aus führt der Weg zu den kantonalen Online-Handelsregister-Datenbanken über einen Klick auf das Kantonswappen:

The screenshot shows the Zefix website interface. On the left, there is a search form with the following fields and options:

- Suche nach Firma/Name (input field)
- Suche nach Unternehmensnummer (input field)
- Einschränkung nach Rechtsform (dropdown menu: keine Einschränkung)
- Einschränkung nach Kanton (dropdown menu: keine Einschränkung)
- Einschränkung nach Sitz (Gemeinde/Ortschaft) (input field)
- Suchoptionen: nur aktive (gültige) Firmen (bezeichnungen), inkl. frühere Fassungen und gelöschte Firmen, normale Suche, phonetisch, soundex
- Buttons: Löschen, Suchen
- Links: Zefix - Bedienungsanleitung, Firmenrecherche, Firmenrecherche Online - REGIX, Geschützte Abkürzungen, Geschützte Abkürzungen - IGE, auf KMU-Portal, Informationen zur Unternehmensgründung, Juspace.ch

On the right, there is a list titled "Die Handelsregisterämter der Schweiz" with the following entries:

Kanton	Anzahl
Aargau	400
Appenzell Innerrhoden	310
Appenzell Ausserrhoden	300
Bern	036
Basel-Landschaft	280
Basel-Stadt	270
Freiburg	217
Genf	660
Glarus	160
Graubünden	350
Jura	670
Luzern	100
Neuenburg	645
Nidwalden	150
Obwalden	140
St. Gallen	320
Schaffhausen	290
Solothurn	241
Schwyz	130
Thurgau	440
Tessin	501
Uri	120
Waadt	550
Wallis	600-626
Zug	170
Zürich	020

Below the list, there is a note: "Für weitere Informationen zu einem kantonalen Handelsregisteramt klicken Sie auf das Kantonswappen. Sie haben dort über einen Link die Möglichkeit, direkt auf der kantonalen Datenbank Suchanfragen auszuführen. Beglaubigte Handelsregisterauszüge sind direkt beim zuständigen Handelsregisteramt zu bestellen."

At the bottom, there are links: Zentraler Firmen- und Identifikationsindex | Rechtliches | Kontakt | Störung



Handelsregisteramt des Kantons Zürich

Schöntalstrasse 5
Postfach
CH - 8022 Zürich

Registerführerin : Jaqueline Schwarz, lic. iur.
Stellvertreter : Hans-Jakob Kach, RA, lic. iur.
Internet Server : [Homepage: Suche in der kantonalen Handelsregisterdatenbank](#)
Schalterstunden : 08:00 - 16:30 (durchgehend)
Telefon : +41 (0)43 259 74 00 (08:00 - 11:30, 13:00 - 16:30)

Telefax : +41 (0)43 259 74 90

Mail : kanzlei.hra@ii.zh.ch

Gemeindeliste ohne mit Ortschaften

*Wir bitten die Registerämter uns allfällige Änderungen betreffend diese Seite umgehend [per E-Mail mitzuteilen](#).
Nous prions les offices du registre de nous communiquer les modifications concernant cette page [par courrier électronique](#).
Gli uffici sono pregati di comunicarci le modificazioni concernenti questa pagina tramite [messaggeria elettronica](#).*

⇒ Suche in der kantonalen Handelsregisterdatenbank

Kanton Zürich Startseite Français Italiano English [Kontakt](#)

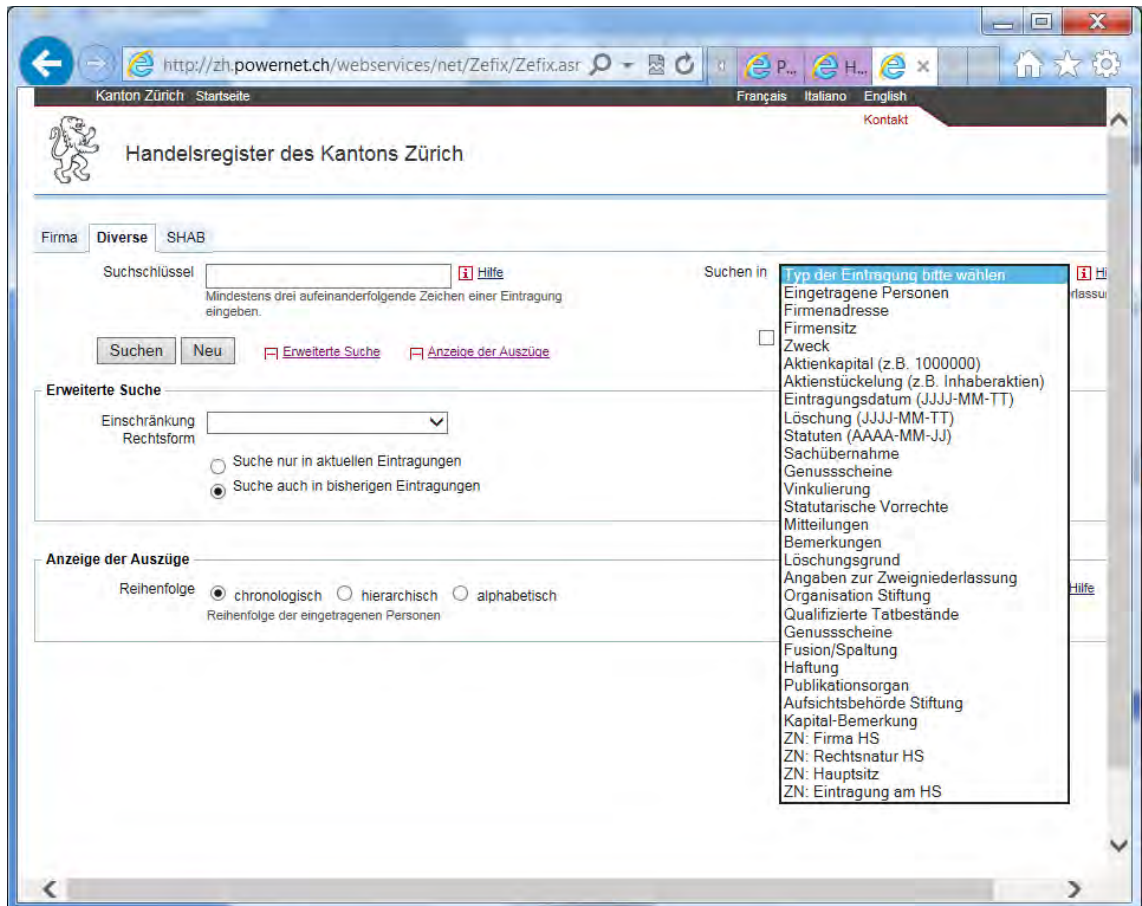
Handelsregister des Kantons Zürich

Firma Diverse SHAB

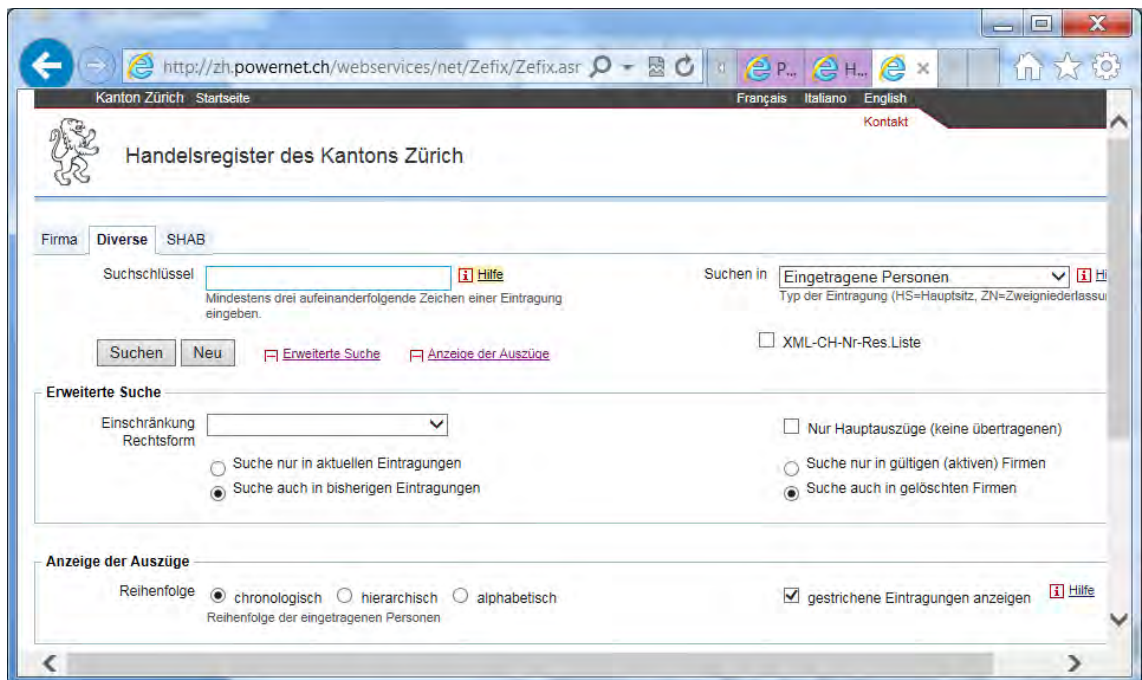
Firmenname [Hilfe](#) CH-Nummer
Mindestens drei aufeinanderfolgende Zeichen eingeben.

<http://zh.powernet.ch/webservices/net/Zefix/Zefix.aspx/SearchHTML?A...>

⇒ Diverse



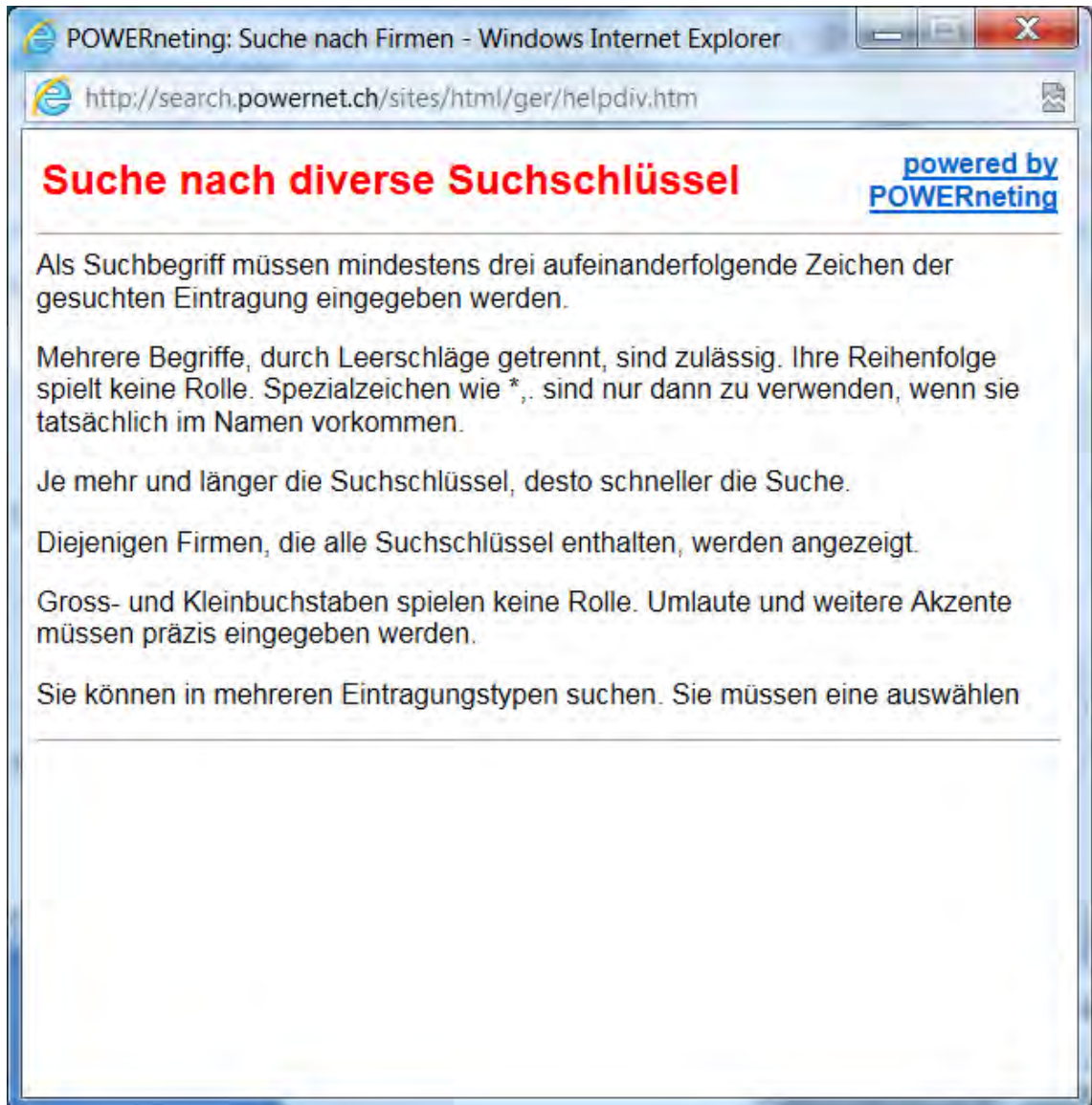
- ⇒ Winkel neben „Typ der Eintragung bitte wählen“ anklicken
- ⇒ auf dadurch erscheinender Liste „Eingetragene Personen“ anklicken



- ⇒ „Erweiterte Suche“ anklicken und dann „Suche auch in bisherigen Eintragungen“ und „Suche auch in gelöschten Firmen wählen“ sowie „Nur Hauptauszüge (keine übertragenen)“ deaktivieren.
- Bei neuem Anwählen dieser Internetseite und bei Anklicken des Buttons „Neu“

wählt das System diese drei Optionen umgekehrt; wer sich auch für die Vergangenheit interessiert, muss diese Optionen bei jeder Suche neu wählen.

- ⇒ Die unter „Anzeige der Auszüge“ wählbaren Optionen stellt das System standardmässig auf „chronologisch“ sowie auf Aktivierung von „gestrichene Eintragungen anzeigen“
- ⇒ Hilfe zu Suchschlüssel



- ⇒ Werden mehrere Begriffe wie Vornamen, Namen, Titel und Ortschaften eingegeben, so findet das System alle Handelsregister-Fichen, in denen eine Personenzeile vorkommt, die alle diese Zeichenfolgen in beliebiger Reihenfolge enthält.

Die verschiedenen Personenzeilen betreffend dieselbe Firmenummer werden nicht kombiniert.

Beispiel:

Der Suchschlüssel
„Peter Arnold Gachnang Agasul“
findet:

- Peter, Arnold, von Gachnang, in Agasul

- Peter, Arnold, von Agasul, in Gachnang
- Arnold, Peter, von Gachnang, in Agasul
- Arnold, Peter, von Agasul, in Gachnang

Der Suchschlüssel findet *auch*:

- Kleinpeter, Arnold, ...
- Petersohn, Arnold, ...

Der Suchschlüssel findet *nicht*:

- Huber, Arnold, von Gachnang, in Zürich, Präsident des VR
Meier, Peter, von Winterthur, in Agasul, Mitglied des VR

Kantonale HR-Datenbanken mit derselben Personen-Suchmöglichkeit

Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, Bern, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Glarus, Graubünden, Jura, Luzern, Nidwalden, Obwalden, St. Gallen, Schaffhausen, Solothurn, Schwyz, Thurgau, Tessin, Uri, Wallis, Zug, Zürich

(d.h. alle Kantone ausser Aargau, Freiburg, Genf, Neuenburg und Waadt)

Kantonale HR-Datenbanken mit anderer Personen-Suchmöglichkeit

Aargau: Eingabe-Feld „Suche nach Person“ im Startbildschirm (nach Zefix)

Freiburg, Genf, Neuenburg, Waadt: im Startbildschirm (nach Zefix) auf „+ Critères avancés de recherche“ bzw. „+Detaillierte Suchkriterien“ klicken => Eingabe bei „Nom de personne“ bzw. „Name“ und „Prénom“ bzw. „Vorname“

Zürich, 14. August 2015

M. Jean-Richard-dit-Bressel

KONFERENZ DER STADTAMMÄNNER VON ZÜRICH

Präsident: de Mestral Yves, Stadtmann, Stadtmannamt Zürich 3, Sihlfeldstrasse 10, 8036 Zürich, 044 412 01 80
Vizepräsidentin: Sigg Marion, Stadtmann, Stadtmannamt Zürich 2, Ulmbergstrasse 1, 8027 Zürich, 044 412 03 55
Kassier: Müller Christian, Stadtmann, Stadtmannamt Zürich 7, Minervastrasse 40, 8032 Zürich, 044 412 04 50
Protokollführer: Kunz Marcel, Stadtmann, Stadtmannamt Zürich 6, Beckenhofstrasse 59, 8006 Zürich, 044 412 03 80

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ
Prof. Dr. Rodrigo Rodriguez, Rechtsanwalt
Leiter Dienststelle Oberaufsicht SchKG
Bundesrain 20
3003 Bern

8003 Zürich, 16. Juli 2015

Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Sehr geehrter Herr Prof. Rodriguez

Ich erlaube mir, Ihnen in vorstehend erwähnter Angelegenheit im Namen der Konferenz der Stadtmänner von Zürich die folgende ablehnende Vernehmlassung zukommen zu lassen:

Die Konferenz der Stadtmänner von Zürich schliesst sich im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum Gesetzesentwurf des EJPD zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) vollumfänglich der beiliegenden Stellungnahme des Kantonalverbandes der Gemeindeammänner und Betreibungsbeamten des Kantons Zürich an (vgl. Stellungnahme des Kantonalverbandes der Gemeindeammänner und Betreibungsbeamten des Kantons Zürich vom 5. Juni 2015 an die Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich in der Beilage).

Ergänzend wird festgehalten, dass, wenn effektiv das Problem von missbräuchlichen Konkursen angegangen werden soll, den Gläubigern der öffentlichen Hand lediglich die Möglichkeit eingeräumt werden müsste, *nach deren Ermessen* Betreibung auf Konkurs oder auf Pfändung einleiten zu können. Art. 43 SchKG würde dann neu konzipiert wie folgt lauten:

2/2

SchKG 43 – Ausnahmen von der Konkursbetreibung

Abs. 1

Für periodische familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge sowie Unterhaltsbeiträge nach dem Partnerschaftsgesetz vom 18. Juni 2004 sowie für Ansprüche auf Sicherheitsleistung ist die Konkursbetreibung in jedem Fall ausgeschlossen.

Abs. 2

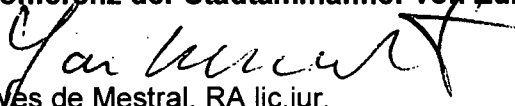
Für Steuern, Abgaben, Gebühren, Sporteln, Bussen und andere im öffentlichen Recht begründete Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte sowie für Prämien der obligatorischen Unfallversicherung kann der Schuldner auch auf Pfändung betrieben werden.

Mit der kann-Formulierung obliegt es dem Gläubiger, je nach den konkreten Umständen des Einzelfalles, mittels Fortsetzungsbegehren die Betreibung auf Konkurs *oder* auf Pfändung zu verlangen. Generalisierende Lösungen entpupp(t)en sich angesichts der Verschiedenartigkeit der sich bietenden tatsächlichen Verhältnisse als nicht zielführend: kann einzig auf Konkurs resp. einzig auf Pfändung betrieben werden, führt dies zu hohen Kostenfolgen für die öffentliche Hand resp. zu unbilligen Resultaten. Eine Wahlmöglichkeit hat der Gesetzgeber dem Gläubiger überdies bereits in Art. 230 Abs. 3 SchKG mit gutem Erfolg eingeräumt, dementsprechend würde einer kann-Formulierung in gesetzestechnischer Hinsicht nichts im Wege stehen.

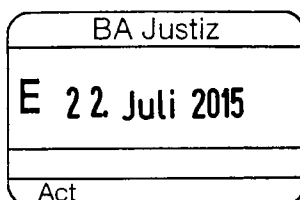
Ich bitte höflich um Kenntnisnahme und verbleibe

mit freundlichen Grüßen

Konferenz der Stadtammänner von Zürich


Yves de Mestral, RA lic.iur.
Präsident

Beilage:
erwähnt



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 21. Juli 2015
Wb/540

VERNEHMLASSUNG

Revision des Konkursverfahrensrechts

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf den auf Ihrer Website vorgestellten Vorentwurf samt erläuterndem Bericht und erlauben uns, zu dem Gesetzgebungsvorhaben innert Frist wie folgt Stellung zu nehmen:

Die SUIISA als Organisation, welche die kollektive Verwertung von Urheberrechten an nicht-dramatischen musikalischen Werken unter Bundesaufsicht (Art. 40 ff. URG) durchführt, ist in erheblicher Weise von der Problematik betroffen, die zum vorliegenden Gesetzesvorhaben geführt hat. Dabei befindet sich die SUIISA meistens in Gesellschaft der von den Missbräuchen am meisten betroffenen Steuer- und Sozialversicherungsbehörden: Der Konkursit bzw. die Konkursitin ist (fast) allen Verpflichtungen nachgekommen ausser den Steuern, Sozialversicherungsbeiträgen und den Urheberrechtsentschädigungen. Im Gastgewerbe, bei Clubs, Diskotheken und ähnlichen Betrieben kommt es häufig vor, dass Nutzer ihre Schulden mittels Konkurs, der mangels Aktiven eingestellt wird, „entsorgen“ und kurz darauf mit einer neuen Gesellschaft den gleichen Betrieb weiterführen oder einen neuen eröffnen. Solchen missbräuchlichen Praktiken ist wie im erläuternden Bericht beschrieben nur schwer beizukommen.

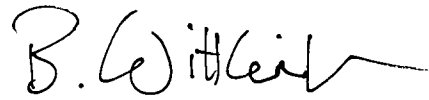
Von daher **begrüssen** wir die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen und **unterstützen sie vorbehaltlos**.

Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik
Coopérative des auteurs et éditeurs de musique
Cooperativa degli autori ed editori di musica

SUIISA Bellariastrasse 82, Postfach 782, CH-8038 Zürich, Tel +41 44 485 66 66, Fax +41 44 482 43 33
www.suisa.ch, suisa@suisa.ch, MwSt.-Nr: CHE-105.838.471 MWST

Mit vorzüglicher Hochachtung

SUISA

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'B. Wittweiler', with a stylized flourish at the end.

Bernhard Wittweiler
RA Dr. iur., Leiter Rechtsdienst

cc: IGE, ProLitteris, Suissimage, SSA

Eidg. Justiz- und
Polizeidepartement

- 3. Juni 2015

suva

BA Justiz

E - 4. Juni 2015

Act

Suva

Generalsekretär
Fluhmattstr. 1
Postfach 4358
6002 Luzern

Telefon 041 419 51 11
Telefax 041 419 58 28
Postkonto 60-700-6
www.suva.ch

Marc Epelbaum, lic.iur.
Direktwahl 041 419 55 00
Direktfax 041 419 61 70
marc.epelbaum@suva.ch

Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Vorsteherin des Eidgenössischen
Justiz- und Polizeidepartements EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Datum 02.06.2015

Betrifft Vernehmlassung betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga

Wir bedanken uns für die Gelegenheit, an der Vernehmlassung betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) teilnehmen zu dürfen. Gerne nehmen wir dazu fristgerecht Stellung:

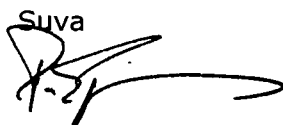
Für die Suva von besonderer Relevanz ist die Aufhebung von Art. 43 Abs. 1^{bis} SchKG. Das ermöglicht uns inskünftig, säumige Prämienzahler auf Konkurs betreiben zu können. Bisher war dies für Prämien der obligatorischen Unfallversicherung ausgeschlossen.

Zudem ist in Art. 169 Abs. 2 SchKG neu vorgesehen, dass die im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans des Schuldners gegenüber dem Konkursamt oder der Partei, die den Kostenvorschuss geleistet hat, solidarisch für einen Ausfall haften. Auch die Suva kann somit für entgangene Prämien Rückgriff auf die Mitglieder der obersten Organe des schuldigen Betriebs nehmen.

Wir begrüßen diese Änderungen sehr, da sie ein schon oftmals festgestelltes Missbrauchspotenzial eliminieren.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen zu dienen, und senden sie wunschgemäss in elektronischer Form an das Bundesamt für Justiz (david.rueetschi@bj.admin.ch).

Freundliche Grüsse

Suva


Marc Epelbaum, lic.iur.
Generalsekretär



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

LA DOYENNE

Par courrier électronique

David.rueetschi@bj.admin.ch

Département de justice et police DFJP

3003 BERN

Le 18 août 2015/CC/pr

Procédure de consultation relative à l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite)

Monsieur,

Pour faire suite au courrier du 27 avril 2015 de notre Conseillère fédérale, Mme Simonetta Sommaruga, nous vous informons que la Faculté de droit n'a pas de remarques particulières à faire au sujet de l'avant-projet mentionné sous rubrique.

Veillez croire, Monsieur, à l'expression de notre considération distinguée.



Christine Chappuis

FACULTÉ DE DROIT

Av. du 1^{er}-Mars 26
CH-2000 Neuchâtel

Par courriel :

david.rueetschi@bj.admin.ch
Office fédéral de la justice
Office fédéral du registre du commerce
Bundesrain 20
CH – 3003 Berne

Sujet : Procédure de consultation / Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite)

Madame la Conseillère fédérale,

Madame, Monsieur,

Olivier Hari
Professeur, avocat
olivier.hari@unine.ch
Tel. +41 (32) 718 12 44

Dans le délai fixé par le Conseil fédéral, j'ai l'honneur de vous remettre, exclusivement en version électronique, ma prise de position relative à l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (« **AP-LP** »).

1. Art. 169 AP-LP

1.1. Disposition proposée

Le droit de la poursuite et de la faillite obéit au principe d'initiative du créancier. Corollairement, les frais de poursuite sont avancés par le créancier ; les avances de frais sont remboursées au créancier poursuivant, pour autant que la masse active soit suffisante. Les frais engendrés sont toutefois relativement faibles (commandement de payer, continuation de la poursuite).

Dans l'hypothèse où le débiteur est sujet à la poursuite continuée par voie de faillite, le créancier qui requière la faillite doit effectuer ici encore une avance de frais, elle aussi relativement modeste. Cependant, le créancier requérant est également responsable des frais de la procédure de faillite, jusqu'à et y compris la suspension des opérations ou jusqu'à l'appel aux créanciers. Le créancier prend donc à cet égard un risque financier potentiellement non négligeable, en fonction des opérations effectuées par l'office des faillites.

Par la modification proposée, le juge compétent pour statuer sur la requête de faillite disposerait toujours de la compétence de mettre les frais de faillite à charge du créancier requérant. Cependant, et c'est là que se situe la nouveauté, l'art. 169 al. 2 AP-LP ferait bénéficier le créancier requérant condamné au paiement des frais de la faillite d'agir en remboursement contre les membres fautifs de l'organe supérieur de direction ou d'administration en remboursement des frais effectivement engagés, en particulier ceux qui seraient en faute, et auraient notamment manqué intentionnellement ou par négligence à leurs obligations au sens des art. 725 et 725a CO. La loi présume la faute, et il appartient à l'organe supérieur de direction ou d'administration de renverser cette présomption.

FACULTE DE DROIT

Secrétariat
Av. du 1^{er}-Mars 26
CH-2000 Neuchâtel
Tel: +41 (0)32 718 12 00
Fax: +41 (0)32 718 12 01
secretariat.droit@unine.ch

1.2. Commentaire

La disposition proposée n'immunise en rien le créancier requérant contre tout risque financier ; au contraire, au risque déjà pris par le créancier requérant, s'en ajoute en réalité un nouveau, la loi ne faisant qu'instituer en faveur du créancier requérant le droit d'obtenir le remboursement des frais effectivement payés par l'organe supérieur de direction ou d'administration fautif. La mise en œuvre de son droit par le créancier se ferait à ses risques, et sans garantie quant au résultat, dépendant de la solvabilité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration concernés, ainsi que de leur aptitude à démontrer l'absence de toute faute.

L'AP-LP ne fait pas mention d'un for particulier en lien avec l'action du créancier ou de l'office des faillites, ce qui constitue une lacune. Idéalement une modification de l'art. 40 CPC, respectivement un renvoi à cette disposition, devrait être prévu¹. En l'absence d'une telle modification, respectivement d'un tel renvoi, le demandeur devrait probablement choisir l'un des fors prévus par l'art. 36 CPC².

L'on peut par ailleurs douter de l'effet préventif de l'introduction de cette disposition, censée pousser les sociétés à constituer une réserve pour éviter que la responsabilité personnelle de l'organe supérieure de direction ou d'administration ne soit engagée en cas de faillite (rapport explicatif, p. 8). Il y a fort à parier que les sociétés dont les organes pensent à comptabiliser une réserve – ceux-là mêmes qui sont en charge de l'avis au juge – verront ces mêmes organes diligents agir à temps en matière d'avis au juge.

Quoi qu'il en soit, même si effectivement une telle réserve, purement comptable, était constituée, elle constituerait des actifs de la société – et non des organes – dont la société n'aurait plus la libre disposition en cas de faillite (principe de dessaisissement, art. 197 al. 1 LP et 224 LP) et qui ne se retrouveraient pas en tant que tels dans les actifs de la société.

2. Art. 43 al. 1 et al. 1 bis AP-LP (poursuite par voie de faillite exclue, abrogation)

2.1. Disposition proposée

L'AP-LP prévoit de supprimer l'exception à la poursuite continuée par voie de faillite prévue pour les débiteurs pourtant inscrits au registre du commerce, et donc sujets à la poursuite continuée par voie de faillite, mais poursuivis pour un recouvrement d'impôts, des contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une casse publique ou à un fonctionnaire (art. 43 ch. 1 LP) et pour un débiteur poursuivi pour un recouvrement de prime de l'assurance-accidents obligatoire (art. 43 ch. 1bis LP). Cette disposition serait détournée de sa finalité pour des entreprises qui renoncent systématiquement à payer leurs dettes de droit public échues et continuent de déployer leur activité sans risque de faillite.

2.2. Commentaire

L'exception prévue à l'actuel art. 43 ch. 1 et ch. 2 LP a été introduite au moment de l'adoption de la LP, en 1889. Le Message de 1886 précise à cet égard que le « caractère même de la créance s'oppose (...) à un mode d'exécution entraînant la liquidation générale de l'avoir³ ». Le Message de 1991 énonce par ailleurs qu'« il apparaît contraire au but visé de poursuivre un débiteur par voie de faillite pour des contributions d'entretien et d'aliment relevant du droit de la famille, dans la mesure où il s'agit d'une mesure où il s'agit de contributions périodiques, à savoir de prestations dues pour une certaine durée »⁴. Le législateur a donc voulu conférer dans une certaine mesure un privilège à certains créanciers, donnant à ces derniers le droit de faire saisir et réaliser des actifs du débiteur, même sujet à la poursuite continuée par voie de faillite, afin

¹ Art. 40 CPC : Le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou du siège de la société est compétent pour statuer sur les actions en responsabilité fondées sur le droit des sociétés.

² Art. 36 CPC : Le tribunal du domicile ou du siège du lésé ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour statuer sur les actions fondées sur un acte illicite.

³ Message du conseil fédéral à l'assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite adopté par le conseil fédéral le 23 février 1886, FF 1886 II 1 (48).

⁴ Message concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, FF 1991 III 1 (56).

que le débiteur ne disparaisse pas du fait d'une liquidation générale, et avec lui les possibilités de recouvrement de créances s'inscrivant dans un rapport de durée et/ou concernant des créanciers revêtant des qualités personnelles particulières (créances de prévoyance, d'assurance, *in fine* au bénéfice des salariés du débiteur, réputés des « parties faibles », requérant une protection particulière).

Ceci étant, et même s'il est indiscutable que les abus énoncés par le rapport explicatif relatif à l'AP-LP existent, il convient à notre avis que la loi distingue entre « bons » et « mauvais » débiteurs. Aussi est-il proposé que l'art. 43 ch. 1 et 1bis soit modifié en intégrant les notions de « bons » et « mauvais » débiteurs précitées, se traduisant dans les faits par des retards répétés et systématiques, voire l'absence de tout paiement pour la deuxième catégorie de débiteurs, alors que pour les premiers les retards sont beaucoup moins fréquents.

Proposition :

¹ 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 ;
1bis. Le recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire ;
2. le recouvrement de contributions 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.

² La poursuite d'un débiteur mentionné aux ch. 1 et 1bis peut être continuée par voie de faillite en cas de retard ou d'absence de paiement supérieurs à trois mois consécutifs, ou à six mois non consécutifs sur l'année civile en cours.

3. Art. 230 al. AP-LP (délai)

3.1. Disposition proposée

Actuellement, un délai de dix jours est imparti aux créanciers pour payer une sûreté destinée à payer les frais non couverts par la masse active.

3.2. Commentaire

Comme le relève à juste titre le rapport, le délai de dix jours est excessivement court. Il est en pratique impossible pour un créancier de consulter les dossiers de la faillie dans un laps de temps aussi bref, respectivement se faire conseiller juridiquement. Le délai actuel paraît donc improductif, car il est probable que certains créanciers qui auraient pu effectuer le paiement de la sûreté ne le fassent pas, faute de temps pour consulter le dossier de la faillie. Il convient donc de saluer l'extension à vingt jours du délai.

4. Remarques conclusives et propositions alternatives

Il n'est pas certain que les trois mesures proposées soient aptes à remplir l'objectif voulu, à savoir « prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite ». En particulier, l'instauration d'une responsabilité patrimoniale des organes de gestion et d'administration pour les frais de faillite paraît difficile à mettre en œuvre. L'on rappellera à cet égard que les organes de gestion et d'administration sont déjà responsables civilement lorsqu'ils tardent à aviser le juge du surendettement de la société en application de l'art. 754 CO notamment ; or, il n'est pas démontré que cette responsabilité patrimoniale ait eu des effets positifs quantifiables positifs.

L'on relèvera que l'AP de modification du CO contient de règles nouvelles en cas d'insolvabilité, comme l'établissement d'un plan de trésorerie en cas de risque d'insolvabilité (art. 725 AP-CO), et l'élévation du seuil déterminant pour établir s'il existe une perte de capital (art. 725a AP-CO)⁵.

⁵ Avant-projet soumis à consultation disponible sous https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2499/CO-droit-de-la-societe-anonyme-Projet_fr.pdf.

Par ailleurs, statistiquement, 11'000 à 12'000 procédures de faillite sont ouvertes chaque année⁶. Le nombre d'infractions dans la poursuite pour dettes et la faillite commises sur la même période est selon les statistiques STAT TAB quant à lui relativement bas – avec toutefois un pic s'agissant de la banqueroute frauduleuse en 2014⁷. Il conviendrait donc de se demander si tous les offices des faillites et autres organes de liquidation ont pour habitude de dénoncer les faits de nature pénale constatés dans une procédure de faillite, respectivement si les autorités de poursuite pénale, et en particulier les procureurs généraux, ont axé leur politique de poursuite pénale sur les infractions dans la poursuite pour dettes et la faillite.

Finalement, l'on est en droit de se demander si l'*opting-out* prévu par l'art. 727 al. 2 CO ne devrait pas être purement et simplement aboli. En introduisant cette disposition, le législateur n'a semble-t-il pas pris en compte le fait que l'organe de révision a non seulement pour rôle de protéger les droits des actionnaires (et dans une certaine mesure compenser l'asymétrie de l'information entre conseil d'administration d'une part et assemblée générale d'autre part), mais également de protéger les créanciers de la société concernée ; l'organe de révision a ainsi l'obligation d'aviser le juge du surendettement de la société (art. 728c et 729c CO).

Vous souhaitant bonne réception de la présente et de son annexe, je vous prie de croire, Madame la Conseillère fédérale, Madame, Monsieur, à l'assurance de ma plus haute considération.



Olivier Hari
Professeur

Annexe ment.

⁶ <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/infothek/online/bd/stattab/01.topic.9.html> (cf. Annexe 2 ci-dessous).

⁷ cf. Annexe 1 ci-dessous.

Annexe 1

Infractions enregistrées par la police selon le Code pénal, les cantons, le degré de réalisation et le degré d'élucidation (Suisse)

Infractions	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Banqueroute fraud. et fraude saisie (Art. 163)	165	154	147	129	177	351
Diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers (Art. 164)	39	56	31	48	47	41
Gestion fautive (Art. 165)	72	79	80	126	82	116
Violation de l'obligation de tenir une comptabilité (Art. 166)	60	101	80	141	108	132
Avantages accord. à certains créanciers (Art. 167)	12	29	21	12	13	19
Subornation dans l'exécution forcée (Art. 168)	0	1	0	0	0	0
Détournement de valeurs patrimoniales (Art. 169)	464	457	331	474	402	346
Obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire (Art. 170)	0	3	1	1	1	0

Source :

https://www.pxweb.bfs.admin.ch/Selection.aspx?px_language=fr&px_db=px-x-1903020100_101&px_tableid=px-x-1903020100_101\px-x-1903020100_101.px&px_type=PX

Annexe 2

Poursuites et faillites

Procédures de faillite et actes de poursuite, 2011 - 2014

	2011	2012	2013	2014
Ouvertures de procédures de faillite ¹	13'551	14'556	14'376	13'568
Dont: ouvertures de faillites	11'073	12'008	12'478	11'853
Dont: dissolutions (art. 731b CO)	2'478	2'548	1'898	1'715
Clôtures de procédures de faillite ¹	11'924	12'955	13'197	12'805
Pertes en 1'000 frs ²	2'125'529	2'218'461	1'887'793	3'144'279
Commandements de payer ³	2'687'944	2'726'938	2'779'504	2'826'314
Saisies exécutées ³	1'424'261	1'482'797	1'454'723	1'525'408
Réalisations ³	529'397	561'873	569'772	636'033

1 Y compris celles relatives aux dissolutions (Art. 731b CO)

2 Résultant des liquidations de procédures ordinaires et sommaires

3 Données 2012 et 2013 actualisées

Actualisation: 26.03.2015

Source: Démographie des entreprises <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/06/02/blank/key/02/betreibungen.html>



Lausanne, le 24 juin 2015

Concerne : détermination sur le projet de modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite destiné à "prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite"

Madame, Monsieur,

Vous avez soumis pour détermination le projet de modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite destiné à "prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite".

Ce projet et son rapport explicatif appellent les remarques suivantes :

1. Selon le rapport explicatif, ch. 1.2, le projet est une "réaction à des cas où le droit de la faillite a été utilisé abusivement". Au chiffre 1.3, le rapport constate que les statistiques ne permettent pas de savoir combien de faillites peuvent être qualifiées d'abusives.

Avant de réviser une loi qui donne satisfaction, il convient d'examiner si cette révision s'impose. A défaut de statistiques, on ne peut s'appuyer que sur des hypothèses. Il pourrait être utile de consulter, au préalable, les offices des faillites de Suisse afin de connaître la véritable situation.

Le préposé à un office des faillites de taille moyenne, assez représentatif des offices des faillites suisses, me dit qu'en trente-cinq ans d'expérience il a vu, en tout et pour tout, environ six à dix fois le même débiteur tomber une nouvelle fois en faillite. Un tel chiffre - sensiblement moins d'un cas par année - n'incite pas à réviser une loi qui fonctionne bien.

L'expérience de ces dernières années montre aussi que les lois souffrent à être révisées trop souvent, et ceci quant à la terminologie et au contenu.

2. Le projet propose d'abroger *l'art. 43 ch. 1 et ch. 1^{bis} LP*. Ces chiffres ont le contenu suivant : selon le ch. 1, la poursuite par voie de faillite est exclue pour le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes

Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique



ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à un fonctionnaire. Et le ch. 1^{bis} ajoute à cette liste le recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire.

La poursuite pour ces créances doit intervenir par la voie de la saisie, éventuellement de la réalisation de gage.

Cela ne signifie cependant pas pour autant que la faillite soit totalement exclue pour ces créances. Si la faillite est requise pour une *autre créance*, non mentionnée à l'art. 43 LP, ou par un autre créancier, les titulaires des créances mentionnées à cet article peuvent évidemment aussi les produire dans la faillite. Et même les créanciers de créances mentionnées à l'art. 43 LP peuvent requérir la faillite sans poursuite préalable de leur débiteur dans les cas visés à l'art. 190 LP. A la lecture du rapport explicatif, on constate que cette possibilité n'est pas du tout mentionnée. Pourtant, elle offre une voie rapide qui mène à la faillite. Selon ce qu'on lit dans le rapport, le système actuel est, apparemment, considéré parfois comme lent ou pénible. On semble ignorer les cas de faillite sans poursuite préalable.

La faillite est avant tout la voie d'exécution forcée pour les *commerçants*. Et cela a toujours été ainsi. Elle offre, contrairement à la poursuite par voie de saisie, l'égalité de traitement entre les créanciers. Et c'est ce que l'on recherche dans le contexte commercial : l'égalité des créanciers. Toutefois, la faillite a une conséquence grave : elle amène à la liquidation du patrimoine du débiteur et, si ce dernier est une personne morale, à la disparition de celle-ci. La faillite mène à l'anéantissement économique du débiteur.

Au contraire de la faillite, la poursuite par voie de saisie ne vise pas directement la liquidation du patrimoine du débiteur, mais permet à ce dernier de maintenir ses activités.

Dès lors, le créancier dont la créance est plutôt modeste et, éventuellement, périodique a un intérêt à la poursuite par voie de saisie, parce que le patrimoine de son débiteur qui lui répond ne disparaît pas, et le créancier pourra, le cas échéant, s'y attaquer ultérieurement. La saisie du salaire ou d'autres revenus peut ainsi s'étendre sur une année (art. 93 al. 2 LP). Et l'acte de défaut de biens après saisie permet au créancier de demander rapidement une nouvelle saisie (cf. art. 149 et 149a LP).

En revanche, celui qui a une créance importante, telle qu'on les trouve surtout dans le commerce, a un intérêt à ce que la faillite de son débiteur soit prononcée, parce qu'il pourrait, sur le moment, recouvrer probablement un montant plus important.

Notre loi tient compte de ces réalités économiques. La faillite est, en principe, l'exécution forcée pour les *commerçants*, selon l'art. 39 LP. La saisie est, en revanche, le mode appliqué aux *non-commerçants*.

Le législateur a choisi délibérément d'excepter les créances de l'art. 43 LP de la poursuite par voie de faillite. Il était conscient des réalités économiques et convaincu aussi que ce n'est pas le rôle de l'Etat, créancier des créances de droit public, de pousser un débiteur à la faillite. Ce n'est pas à l'Etat de provoquer l'anéantissement économique des débiteurs. Ainsi, nous lisons, dans le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 23 février 1886, message du 6 avril 1886, publié dans la Feuille fédérale du 8 mai 1886, vol. II p. 48 : « Le caractère même de la créance s'oppose, croyons-nous, à un mode d'exécution qui entraîne la liquidation générale de l'avoir. »

La commission du Conseil national chargée d'examiner le projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite écrit, dans son rapport du 28 mars 1887 (Feuille fédérale 1887 I p. 616 (634)) ainsi : « Le recouvrement de ces montants, qui d'ordinaire ne sont pas très importants, s'opérera en général plus rapidement par voie de saisie ; il est d'ailleurs conforme à toute l'économie de la loi d'éviter la faillite partout où elle ne paraît pas indispensable. » Rien n'a changé depuis cent trente ans. Il importe d'éviter la faillite là où elle n'est pas indispensable. Pour des montants peu élevés – ce qui est en général le cas des créances de droit public – la saisie est aussi plus rapide, car elle peut se concentrer sur des actifs facilement saisissables et réalisables. La faillite, au contraire, implique la réalisation de tout le patrimoine, y compris les immeubles et droits délicats ; avant que l'état de collocation n'entre en force, l'administration de la faillite ne peut pas distribuer des deniers (art. 266 LP).

Le conseiller fédéral Louis Ruchonnet, le « père » de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, s'exprime ainsi (Délibérations concernant le projet de loi fédérale du 23 février 1886 sur la poursuite pour dettes et la faillite, Extrait du procès-verbal de la commission du Conseil des Etats, 1886, p. 63) : La disposition est conçue en faveur de l'Etat qui « doit avoir un intérêt à être payé le plus rapidement possible. Or, la saisie est plus rapide que la faillite. Et comme il s'agit généralement de petites sommes, la saisie au profit de l'état (*sic*) ne nuit guère aux autres créanciers ... Enfin, il est dans l'intérêt de l'état qu'il ne se rende pas odieux en mettant en faillite des citoyens. »

Cette déclaration fait le point de la situation. Elle est vraie aujourd'hui comme il y a cent trente ans. La *saisie* est à tous les égards le mode approprié pour l'exécution forcée des créances de droit public dues à un créancier de droit public. Elle est simple, rapide, peu coûteuse et ne met pas d'emblée en péril le débiteur. La saisie de revenus peut aussi s'étendre sur une certaine durée. Ainsi, elle procure des rentrées au créancier, sans anéantir l'existence économique du débiteur, voire son existence même si celui-ci est une personne morale.

Si le débiteur est une *personne morale*, la faillite amène à sa radiation du registre du commerce et donc à sa *disparition*. Après avoir reçu un éventuel dividende dans la faillite, l'Etat, titulaire des créances de droit public, ne recouvrira plus rien du tout. Si le débiteur est une personne physique, il bénéficie de l'exception du *non-retour à meilleure fortune* selon l'art. 265 et l'art. 265a LP. Or l'Etat, créancier d'impôts, doit être conscient du fait que, si de nombreuses années plus tard intervient éventuellement un retour à meilleure fortune, il ne sera pas le seul créancier à vouloir s'attaquer de nouveau au patrimoine du débiteur. Il sera en concours avec les autres créanciers, renvoyés perdants dans la faillite.

En ce qui concerne la poursuite pour les créances de droit public, la saisie réunit tous les avantages. La faillite ne présente que des inconvénients, hormis les cas de fraude qui justifient, selon l'art. 190 LP, la faillite sans poursuite préalable.

Enfin, la modification proposée conduirait certainement à une surcharge de travail des offices des faillites qui se traduirait notamment par le besoin d'engager du personnel supplémentaire.

Il s'impose donc d'être extrêmement réservé à l'égard de la proposition de réviser l'art. 43 LP. Elle ne convainc pas. Il faut se demander si c'est le rôle de l'Etat de pousser les citoyens et acteurs économiques à la faillite. Il n'est pas inopportun de rappeler les termes utilisés par le conseiller fédéral Louis Ruchonnet : l'Etat doit-il se rendre odieux ?

3. Selon la proposition relative à l'art. 169 al. 1 LP, celui qui requiert la faillite ne répond plus des frais, tandis que selon le texte actuel il en répond jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif ou jusqu'à l'appel aux créanciers.

Il est en tout cas bon de prévoir, comme le fait le projet, que le juge peut exiger l'avance de frais. Afin de parer à des cas de témérité, qui existent, il serait bon de préciser encore que ces frais peuvent être mis à la charge du requérant.

Il serait prudent de permettre au juge de la faillite de mettre les frais à la charge d'un créancier requérant lorsque les circonstances l'imposent.

4. En ce qui concerne l'art. 169 al. 2 LP, le projet propose de mettre les frais de la procédure sommaire non couverts à la charge des membres "de l'organe supérieur de direction et d'administration qui ont été nommés par la société et inscrits en dernier au registre du commerce", à moins qu'ils ne puissent "prouver qu'ils ne sont pas en faute".

Ces propositions appellent des remarques quant à la terminologie et quant au fond.

Pour ce qui est de la *terminologie*, il faut remarquer que la tournure "être en faute" est du langage courant. Elle manque totalement de précision et on ne sait pas ce que les auteurs veulent dire ici. Est-ce qu'ils visent seulement l'intention ou aussi la négligence ? A l'art. 97 al. 2 CO, le texte est, au contraire, clair et un modèle : "à moins qu'une faute ne lui soit imputable". On sait qu'en droit des obligations ce terme comprend l'intention et la négligence.

Le texte mentionne, d'autre part, d'abord la personne morale ("Si le débiteur est une personne morale, ..."). Il parle ensuite de la société ("qui ont été nommées par la société"). On ne sait pas ce que vise ce texte. La personne morale ou la société ? Les deux termes ne sont pas synonymes. Ainsi, l'association et la fondation sont des personnes morales, mais pas des sociétés. Et l'association inscrite au registre du commerce ainsi que la fondation sont soumises à la poursuite par voie de faillite (art. 39 al. 1 ch. 11 et 12 LP). Est-ce que l'al. 2 proposé les vise ou non ? Nous ne le savons pas.

Le texte mentionne les "frais de procédure sommaire". Le choix de ne pas tenir compte des frais de la procédure de liquidation ordinaire (art. 232 ss LP) est-il délibéré ? Quelle serait alors la raison de distinguer, pour ce qui est des frais, ces deux procédures de liquidation quand les organes sont, comme le suppose le texte, "en faute" ? Selon l'art. 232 al. 2 LP, les créanciers peuvent requérir, en fournissant une sûreté suffisante, que la liquidation ait lieu en la forme ordinaire. Est-ce que l'on a songé à cette éventualité et au sort des frais dans une pareille hypothèse ?

Quant au *fond* : il peut effectivement paraître équitable de mettre à la charge des organes de la faillie les frais, quand ces organes ont agi de manière contraire à la bonne foi. Il va cependant trop loin de renverser le fardeau de la preuve. Le projet dit : "dès lors qu'ils ne peuvent prouver qu'ils ne sont pas en faute". Il y a ainsi un soupçon et un risque qui planent sur tous les administrateurs. Une faillite peut toutefois arriver sans qu'il y ait aucune faute de la part des organes, par exemple parce qu'une société perd un concours de marchés publics ou en raison d'autres circonstances non imputables aux faillies. La proposition et, en particulier, le renversement du fardeau de la preuve freinent l'élan des entreprises.

La proposition manque de cohérence et n'est pas compatible avec d'autres dispositions. Ainsi, l'art. 194 al. 1 LP exclut d'appliquer l'art. 169 LP aux cas de faillite de l'art. 192 LP. Ces cas de faillite sont ceux que prévoit le droit des sociétés, notamment les art. 725 et 725a du Code des obligations. Pourtant, on lit dans le rapport explicatif, ch. 3.2.1, que la modification de l'art. 169 al. 2

LP vise à rectifier le fait que la société n'ait pas « respecté ses obligations au sens des art. 725 et 725a CO. ». Or les administrateurs qui violent leurs obligations découlant de l'art. 725 et de l'art. 725a CO n'assumeront pas les frais de la faillite si celle-ci fait suite à un avis de surendettement (art. 192 LP). L'art. 194 al. 1 LP exclut expressément l'application de l'art. 169 LP à la faillite prévue à l'art. 192 LP. En d'autres termes, les administrateurs ne paieront jamais les frais de la faillite si celle-ci repose sur l'art. 192 LP. Ainsi, le conseil d'administration d'une société anonyme qui constate une situation de surendettement n'en avise pas le juge de la faillite contrairement à ses obligations. Quelques mois plus tard, il avertit finalement le juge de l'état surendettement de la société. Le juge constate le surendettement et prononce la faillite sans poursuite préalable (art. 192 LP). Vu les mois passés, il est probable que les actifs de la société ne permettent pas une liquidation sommaire et que le juge prononce la suspension de la faillite faute d'actif. Si un créancier fournit l'avance de frais dans le délai fixé par le juge, il ne pourra, vu l'art. 194 al. 1 LP, aucunement réclamer les frais de liquidation aux administrateurs, quand bien même ceux-ci seraient fautifs. En d'autres termes, l'art. 169 al. 2 LP ne lui est d'aucune utilité. Cela conduit à une inégalité de traitement entre les créanciers ayant fourni l'avance de frais dans une procédure de faillite consécutive à une poursuite et ceux ayant avancé les frais dans une procédure de faillite sans poursuite préalable. Une telle issue heurte le sens de l'équité.

La proposition n'est pas non plus claire en ce qui concerne la *procédure*. On ne sait pas qui doit décider s'il y a ou s'il n'y a pas faute. Est-ce l'office des faillites, est-ce le juge ? Dans le premier cas, la voie de recours serait la plainte à l'autorité de surveillance selon l'art. 17 LP. Dans le second cas, il faudrait préciser quel est ce juge. Si c'est le juge de la faillite, la cause s'instruirait en procédure sommaire et la voie de recours serait probablement celle de l'art. 174 LP. Si c'est un autre juge, il conviendrait encore de préciser le type de procédure - sommaire, ordinaire ou ordinaire sans procédure de conciliation préalable - et dès lors la compétence.

Le projet présente trop d'imprécisions pour être accepté tel quel. Il convient de le revoir.

L'idée de faire participer la personne physique responsable de la situation aux frais de la faillite n'est cependant pas dénuée de sens. Il importe d'éviter que la personne physique ne puisse se servir de la personne morale pour commettre des abus.

On pourrait concevoir que l'administration de la faillite qui doit de toute façon établir le *rapport final* et l'adresser au juge (art. 268 LP) saisisse cette occasion. Elle pourrait proposer dans son rapport final que la personne physique responsable pour la deuxième fois ou plus de la faillite d'une personne morale assume les frais de cette faillite. Il s'agirait d'une proposition

adressée au juge qui devrait la soumettre à la personne physique concernée et garantirait ainsi le droit d'être entendu de cette dernière. Il incomberait ensuite au juge de décider, et sa décision pourrait faire l'objet d'un recours à l'autorité judiciaire supérieure.

5. La modification proposée de l'art. 230 al. 2 LP n'appelle pas de remarques.

Veillez agréer, Madame, Monsieur, mes salutations distinguées.



Hansjörg Peter



Präsident Roland Isler
Stadtammann Winterthur-Stadt
Postfach 779
8402 Winterthur
Tel. G: 052 267 50 11
Fax G: 052 267 53 16
E-mail: roland.isler@win.ch

Winterthur, 5. Juni 2015

Frau
Regierungsrätin Jacqueline Fehr
Direktion der Justiz des Kantons Zürich
Neumühlequai 10
Postfach
8090 Zürich

Motion Hess – Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens)

Sehr geehrte Frau Regierungsrätin

Wir bedanken uns für die Einladung zur Vernehmlassung in rubrizierter Angelegenheit.

Allgemeine Bemerkungen

Unter anderem begründet der Motionär seinen Vorstoss damit, dass der Konkurs einer Gesellschaft dazu benutzt wird, um bestehende Schulden loszuwerden und Löhne nicht bezahlen zu müssen. Im Weiteren führt er in seiner Begründung an, dass kurz nach dem Konkurs neue Gesellschaften gegründet werden, Produktionsanlagen und Warenlager aus der Konkursmasse herausgekauft und die bisherigen Arbeitnehmer neu angestellt werden.

Im erläuternden Bericht des Bundesamtes für Justiz wird richtigerweise erwähnt, dass das geltende Konkurs- und Strafrecht verschiedene Mittel zur Verfügung stellt, um solche Missbräuche zu ahnden. Im Weiteren führt der Bericht aus, dass die Verfolgung von Konkursmissbräuchen weniger an den fehlenden rechtlichen Grundlagen liegt, sondern an der Bereitschaft der Geschädigten, sich mittels Strafanzeigen und Prozessführungen zu wehren.

Der Verband der Gemeindeammänner und Betreibungsbeamten ist klar der Meinung, dass die vorgesehenen Gesetzesänderungen überhaupt nicht dazu beitragen, Missbräuche im Konkursverfahren zu verhindern. Insbesondere werden durch den Wegfall von Art. 43 Ziff. 1 und 1bis SchKG, für die Steuerbehörden beträchtliche finanzielle Ausfälle generiert (vgl. nachfolgend die Ausführungen zu diesem Artikel).

Änderung von Art. 43 Ziffer 1 – 1bis SchKG

Mit der Schaffung des Art. 43 SchKG wollte der Gesetzgeber verhindern, dass kein Schuldner wegen einer öffentlich-rechtlichen Forderung in den Konkurs getrieben wird. Ohne diese Ausnahmeregelung müssten die Steuerbehörden ein Unternehmen in Konkurs bringen und der Staat würde zum Arbeitsplatzvernichter. Auf Grund dieser Situation fehlen einerseits die Steuereinnahmen der Arbeitnehmer und andererseits muss der Staat für die arbeitslosen Mitarbeitenden aufkommen. Es ist auch sehr fraglich, ob der Staat die Kosten einer Konkursöffnung bezahlen muss.

Die im erläuternden Bericht angebrachte Kritik der Besserstellung kann dahingehend abgeschwächt werden, dass die Legislative im Jahre 2003 zusätzlich die Prämien der obligatorischen Unfallversicherung ins Ausnahmeprivileg aufgenommen hat. Politisch wurde somit ein weiteres Privileg anerkannt.

Das Argument, dass Unternehmen, welche im öffentlich Recht begründete Leistungen nicht bezahlen und so eigentlich überschuldet sind, aber aufgrund von Art. 43 SchKG nicht in den Konkurs gezwungen werden können, ist in der Praxis nicht stichhaltig. Genau der Art. 43 SchKG bewirkt, dass der Schuldner aufgrund eines Pfändungsverfahrens eine künftige Generalexécution verhindern und einen vorübergehenden finanziellen Engpass wieder ins Lot bringen kann.

Im erläuternden Bericht wird angeführt, dass bei der Einzelverwertung (Pfändung nach Art. 43 SchKG) ein Absaugen des Vollstreckungssubstrates für einen späteren Konkurs erfolgt. Die Praxis zeigt aber klar auf, dass in der Regel bei Unternehmen, gegen die Betreibungen hängig gemacht werden, so oder so keine verwertbaren Aktiven mehr vorhanden oder auf Grund pfandrechtlicher Ansprüche gebunden sind. Die sehr grosse Zahl von Konkursverfahren, welche mangels Aktiven eingestellt werden, untermauert diese Feststellung.

In den meisten Ländern Europas besteht übrigens die Möglichkeit, dass der Gläubiger sogar die Wahlmöglichkeit hat, unabhängig des Forderungsgrundes, die Einzelverwertung (Pfändung statt Konkurs), durchführen zu lassen.

Schlussendlich hätte ein Gläubiger ja jederzeit die Möglichkeit nach Art. 190 SchKG, Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung bei Zahlungseinstellung, über einen Schuldner die Konkursöffnung zu verlangen. Als Ausnahme zu Art. 43 Ziff. 2 SchKG, wonach die Konkursbetreuung für Steuern und Abgaben ausgeschlossen ist, erachtet die Lehre eine Konkursöffnung im Rahmen von Art. 190 SchKG ohne vorgängige Betreuung auch für öffentlich-rechtliche Forderungen als zulässig. Die Zahlungseinstellung deutet nach aussen auf Zahlungsunfähigkeit hin. Mit anderen Worten ist das äusserlich erkennbare Merkmal der Zahlungsunfähigkeit für den Gläubiger leichter nachzuweisen.

Änderung von Art. 169 SchKG

Die vorgeschlagene Änderung der Haftung der Organe des Gemeinschuldners für die Konkurskosten- und den Vorschussausfall ist absolut praxisfremd. In der Regel sind die Organe eines Konkursiten Unternehmens ebenfalls insolvent oder haben das Unternehmen frühzeitig verlassen, sind verschollen und unauffindbar. Der Gläubiger bleibt nach wie vor vorschusspflichtig, damit der Konkurs eröffnet werden kann. Die Idee, dass der Gläubiger bei den letzten eingetragenen Organen die vorgeschossenen Kosten wieder eintreiben kann, widerspricht jeglichem praktischen Denken.

Änderung von Art. 230 Abs. 2 SchKG

Die vorgeschlagene Verlängerung von zehn auf zwanzig Tagen zeigt in der Praxis sicher auch keine Wirkung.

Freundliche Grüsse

Verband der Gemeindeammänner und
Betreibungsbeamten des Kantons Zürich



Roland Isler, Präsident

Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Per e-mail;
david.rueetschi@bj.admin.ch

14. August 2015

Francis Beyeler, Direktwahl +41 62 825 25 40, francis.beyeler@strom.ch

Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern)

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) nimmt gerne die Möglichkeit wahr, sich zum Revisionsentwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs zu äussern. Er nimmt dazu wie folgt Stellung:

Als Dachverband der Schweizer Stromwirtschaft vertritt der VSE die Interessen der gesamten Strombranche. Seine rund 400 Branchenmitglieder decken über 90 Prozent der Schweizer Stromversorgung ab und befinden sich mehrheitlich in direktem oder indirektem Besitz der öffentlichen Hand.

Das Stromversorgungsgesetz (Art. 6 Abs. 1 StromVG) verpflichtet die Versorgungsunternehmen, alle Endverbraucher in ihrem Netzgebiet zumindest in der Grundversorgung jederzeit mit der gewünschten Menge an Elektrizität zu beliefern. Bei Missbräuchen des Konkursverfahrens sind die Stromversorger besonders betroffen und erheblichen finanziellen Risiken ausgesetzt. Der VSE begrüsst deshalb die vorgeschlagenen Anpassungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. Er erachtet diese als zielführende Massnahmen, um die Rechtsdurchsetzung für die geschädigten Gläubiger zu erleichtern und eine präventive Wirkung zu entfalten.

Gemäss der heutigen Rechtsgrundlage können Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten ihre öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen schadlos schuldig bleiben. Von den entsprechenden Ausfällen betroffen sind jedoch nicht nur die im erläuternden Bericht erwähnten Steuerbehörden und die Suva, sondern insbesondere auch die öffentlich-rechtlichen Stromversorgungsunternehmen. Ihre Stromrechnungen sind ebenfalls von der Konkursbetreibung ausgenommen und müssen auf dem Weg der Pfändung fortgesetzt werden (DOMENICO ACOCELLA, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel 1998, N 6 zu Art. 43). Den Versorgungsunternehmen müssen deshalb geeignete Inkasso-Massnahmen in die Hand gegeben werden, weshalb der VSE die vorgeschlagene Aufhebung von Art. 43 Ziff. 1 SchKG ausdrücklich unterstützt.

Die in Art. 169 Abs. 2 SchKG vorgesehenen Änderungen bezüglich Haftungsdurchgriff auf die letzten Organe der Gesellschaft und Umkehr der Beweislast stellen einen Paradigmenwechsel im schweizerischen Recht dar. Der VSE teilt jedoch die Ansicht des Bundesrates, dass diese Massnahmen eine generalpräventive Wirkung entfalten werden und erachtet sie als gerechtfertigt. Sie führen dazu, dass die Organe ein persönliches Interesse haben, das Insolvenzverfahren zu einem Zeitpunkt einzuleiten, in dem noch genügend Vermögenswerte vorhanden sind, um die summarischen Konkurskosten zu bezahlen. Zudem beschleunigt dies die Konkursanmeldung und führt somit zu einer Entlastung der Versorgungsunternehmen bei der Lieferpflicht gemäss StromVG.

Ebenfalls zu begrüßen ist die Verlängerung der Frist in Art. 230 Abs. 2 SchKG für die Einleitung des Konkursverfahrens durch einen Gläubiger und die Zahlung der Sicherheit. Dies gibt einem Gläubiger mehr Zeit, sich mittels Akteneinsicht ein besseres Bild über die Lage des Konkursiten zu machen.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse
VSE / AES

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'T. Zwald'.

Thomas Zwald
Leiter Public Affairs

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'S. Muster'.

Stefan Muster
Leiter Wirtschaft und Regulierung

per Adresse:

Advokaturbüro Küng + Hunzker
Lindenhofweg 9
Postfach 203
3123 Belp
Telefon 031.819.33.66
Telefax 031.819.11.71

Nur per E-Mail

Bundesamt für Justiz
Herr David Rüetschi
Bundesrain 20
3003 Bern

david.rueetschi@bj.admin.ch

Belp, 11. Mai 2015

Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des SchKG ("Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern")

Sehr geehrter Herr Dr. Rüetschi

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir machen Gebrauch von der Möglichkeit, zur Vorlage über eine Revision des SchKG Stellung zu nehmen, die auf eine Reduktion des Missbrauchspotentials von Konkursverfahren abzielt.

Der VSI ist *der* Verband der Schweizerischen Inkassobranche. Nur die dem VSI angeschlossenen Mitglieder garantieren ein ethisch einwandfreies Inkasso. Der VSI bearbeitet 3,3 Millionen Inkassofälle mit einem Volumen von über 11 Milliarden Schweizer Franken. Damit leistet er einen wesentlichen Nutzen für die schweizerische Volkswirtschaft. Der VSI setzt sich für ein unternehmensfreundliches Umfeld und optimale wirtschaftliche Rahmenbedingungen ein.

Die zahlreichen Lieferanten, welche täglich Waren gegen Rechnung liefern, erleiden in der Schweiz Jahr für Jahr hohe Verluste. Schon allein die amtlich erfassten Forderungsausfälle betragen regelmässig mehrere Milliarden Franken. Dies belegt ein Blick in die Betreibungs- und Konkursstatistik des BFS. Dieser weist für 2010 bis 2014 durchschnittliche Konkursverluste von deutlich mehr als CHF 2 Mia. pro Jahr aus, 2014 sogar CHF 3,144 Mia.



Das BFS erfasst zahlenmässig nur Verluste aus durchgeführten Konkursverfahren; weitaus grössere Ausfälle resultieren jedoch aus den mangels Aktiven eingestellten Konkursen (ca. 50 % aller Verfahren) sowie aus zehntausenden von Pfändungsverlustscheinen, die gegen Private und nicht im Handelsregister eingetragene Kleinunternehmen oder wegen unbeglichener Steuerforderungen ausgestellt werden. Wie aus den vom Bundesamt für Statistik veröffentlichten Zahlen hervorgeht, mussten 2014 mehr als 1,52 Mio. Pfändungen vollzogen werden, wobei die resultierenden Ausfälle zahlenmässig nicht erfasst werden. Auch bei den Privat- und Nachlasskonkursen bleibt das Niveau hoch. 2014 wurden 6566 solche Konkursverfahren eingeleitet, was wiederum einer Tendenz nach oben entspricht. Diese Fakten werden von den politischen Instanzen oft ungenügend in die Überlegungen einbezogen.

Daher begrüsst der VSI die vorgesehene teilweise Entlastung der Gläubiger. Aus unserer Sicht geht die Vorlage allerdings nicht weit genug. **Wir halten vielmehr dafür, dass die Vorschusspflicht der Gläubiger gänzlich gestrichen werden sollte.**

Die im Erläuterungsbericht geäusserte Befürchtung, die Streichung der Vorschusspflicht werde zu Missbräuchen führen, erachten wir als nicht zutreffend:

Man beachte den Umstand, wie viel Zeit- und Kostenaufwand Gläubiger im Normalfall betreiben müssen, um überhaupt ein Konkursbegehren schliesslich stellen zu können. Dieser Aufwand dürfte als Hürde für leichtfertige Konkursbegehren mehr als ausreichen. Kein Gläubiger wird die erforderlichen Schritte ohne Notwendigkeit durchführen bzw. finanzieren. Ausser in den Einzelfällen, in welchen ein Schuldner das Erheben eines Rechtsvorschlags unterlässt, oder wo der Konkurs ohne vorgängige Betreuung eröffnet werden kann (was dann allerdings in der Regel nicht ohne Beizug eines Anwalts und entsprechenden Kosten abgeht), muss selbst bei kleinsten Forderungen ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden, bei grösseren Beträgen zusätzlich ein vereinfachtes bzw. ordentliches Gerichtsverfahren, allenfalls sogar durch mehrere Instanzen.

Bekanntlich ist die Rechtsverfolgung in der Schweiz mit hohen - je nach Höhe der Ausstände und der Finanzlage des einzelnen Gläubigers geradezu ruinösen - Vorfinanzierungslasten und Kostenrisiken verbunden. Die Gläubiger müssen im Falle der Nichteinhaltung von Zahlungsverpflichtungen durch ihre Schuldner Betreibungs- und Gerichtskosten sowie ggf. hohe Anwaltskosten vorfinanzieren. Bei grösseren Forderungen kann die Schaffung der rechtlichen Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung leicht Ausgaben in sechsstelliger Höhe verursachen. Diese muss der Gläubiger u.U. über Jahre vorschliessen, ohne jedoch die Gewissheit zu haben, dass ihm diese wieder rückerstattet werden. Ein Gläubiger, der seine Liquidität erhalten und damit die Existenz seines Unternehmens sichern will, hat häufig gar keine Wahl, als unter Inkaufnahme erheblicher Kosten und Risiken gegen Schuldner vorzugehen, die ihren Verpflichtungen nicht nachkommen. Dies soll und muss ihm so weit wie möglich erleichtert werden. Die beantragte Entlastung beim

Vollzug wäre zweifellos ein Signal in die richtige Richtung. Schliesslich sei auch darauf verwiesen, dass Konkursämter u.a. durch die Möglichkeit zusätzlich abgesichert sind, sich aus dem Erlös der Verwertung von Aktiven als Erste bezahlt zu machen.

Obwohl die Kostenvorschusspflicht der Gläubiger im Entwurf als "Kann"-Vorschrift ausgestaltet ist, ist davon auszugehen dass diese sich de facto sehr rasch in eine "Muss"-Vorschrift umwandeln wird. Es wird kaum je möglich sein, dem Konkursgericht rechtzeitig schlüssig darzulegen, dass die verwertbaren Aktiven für eine Deckung der Konkurskosten ausreichen werden, weil bei der Verfahrenseröffnung in aller Regel noch kein amtliches Inventar vorliegen wird. Es dürfte sich daher sehr rasch eine Praxis herausbilden, den Vorschuss in jedem Fall einzuverlangen.

Im Ergebnis dürfte der jetzige Vorschlag häufig zu einer relativ absurden Situation führen. Der Gläubiger, der dadurch entlastet werden soll, würde dafür neu riskieren, zur Deckung seines Regressanspruches Geld für ein *weiteres* Gerichtsverfahren in die Hand nehmen zu müssen, ohne zu wissen, ob er diese zusätzlichen (oder die früheren, dem Schuldner auferlegten) Auslagen je zurückerhalten wird. Die angestrebte Entlastung kann m.a.W. leicht zum Bumerang werden. Das Konkursamt hätte demgegenüber die Möglichkeit, den Ersatz der Verfahrenskosten auf dem Verfügungsweg anzuordnen und selber durchzusetzen. Dies scheint als die sachgerechtere Lösung.

Insgesamt gehen wir davon aus, dass nicht nur ein privates, sondern auch ein erhebliches, öffentliches Interesse an der Stärkung eines regulären Wirtschaftsverkehrs besteht, indem die Parteien ihre Pflichten erfüllen und die Berechtigten ihre Position ohne übermässige Kosten durchsetzen können. Die Gegebenheiten sprechen dafür, die Gläubiger vom Inkassorisiko und nicht nur von der Haftung für die Vollzugskosten zu entlasten. Ein Gläubiger, der seine Liquidität erhalten und damit die Existenz seines Unternehmens sichern will, hat häufig gar keine Wahl, als unter Inkaufnahme erheblicher Kosten und Risiken gegen Schuldner vorzugehen, die ihren Verpflichtungen nicht nachkommen wollen oder können. Dies soll und muss ihm so weit wie möglich erleichtert werden.

Im Einzelnen haben wir folgende Bemerkungen:

1. Zu Art. 169 SchKG (neu) Abs. 1: Antrag: Streichung.

Abs. 2 [neu: Abs. 1]: Antrag: Streichung der Kostenvorschusspflicht des Gläubigers und Beschränkung der Kostenhaftung der Organe der konkursiten, juristischen Person auf das Konkursamt.


Soweit dies als erforderlich erachtet wird, könnte zudem ausdrücklich festgehalten werden, dass die Ersatzpflicht auf dem Verwaltungsweg zu beurteilen ist.

2. Zu Art. 43 SchKG (neu): Wir beantragen eine Beibehaltung des geltenden Rechts. In diesem liegt ein gewisser (u.E. durchaus gerechtfertigter) Ausgleich des Machtvorsprunges des Staates gegenüber den Privaten.
3. Zu Art. 230 Abs. 2 (neu): Die Anpassung der Frist für die Leistung des Kostenvorschusses ist zu begrüßen. Keine weiteren Bemerkungen.

Wir danken Ihnen im Voraus bestens Berücksichtigung unserer Anregungen im Rahmen der weiteren Gesetzgebungsarbeit.

mit vorzüglicher Hochachtung

VSI Verband Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute



Eveline Küng, Fürsprecherin
Präsidentin