

Régime d'insolvabilité pour les États: des pistes intéressantes en Suisse?

Avec la crise actuelle de la dette en Europe, la question du régime d'insolvabilité pour les États connaît un regain d'intérêt sur le plan politique et économique. Comment des mesures législatives pourraient-elles, à titre *préventif*, empêcher le surendettement et, à titre *curatif*, améliorer l'assainissement? Peu connu, le régime suisse d'insolvabilité pour les communes, en vigueur depuis plus de 60 ans, propose des pistes intéressantes¹.

1 Extrait d'un document plus détaillé présenté le 8 mars 2013 à Fribourg en Brisgau, à l'occasion du symposium *Föderalismus und Subsidiarität*, cet article est paru, sous une forme abrégée, dans le numéro 7/2013 de la revue *Aktuelle Juristische Praxis*.

2 Krueger (2002), pp. 4-5.

3 Krueger (2002), p. 20.



La Suisse possède depuis 1947 un instrument juridique pour régler à titre curatif les cas de surendettement. Il ne l'a utilisé qu'une seule fois dans les années nonante pour la commune de Loèche-les-Bains. En illustration: maison communale de la station.

Photo: Keystone



Pr Christoph A. Schaltegger

Professeur ordinaire d'économie politique à l'université de Lucerne et directeur de l'Institut d'économie financière et de droit financier de l'université de Saint-Gall



Marc M. Winistörfer
Assistant scientifique à la Faculté de droit de l'université de Lucerne

En dépit de la hausse des niveaux d'endettement dans le monde entier, la solvabilité des États débiteurs est restée garantie pendant de longues années. Cette situation a brusquement changé en octobre 2009, quand la Grèce et d'autres pays ont connu de graves difficultés financières. Dans le cadre des discussions déclenchées par cette nouvelle donne, le ministre allemand des finances, Wolfgang Schäuble, a évoqué l'éventualité de l'insolvabilité le 4 mai 2010: «Nous devons réfléchir aux mécanismes qui, dans les cas d'extrême rigueur, permettent aux États membres d'engager une procédure ordonnée d'insolvabilité, sans mettre en danger la zone euro dans son ensemble.» À l'échelle historique, l'insolvabilité de collectivités publiques est un phénomène relativement fréquent. Ainsi, *Reinhard et Rogoff (2008)* ont recensé de 1800 à 2007 pas moins de 250 cas où des pays ont cessé d'honorer leurs dettes envers l'étranger et une septantaine où ils n'ont plus pu faire face à la dette interne. En conséquence, non seulement les États concernés au premier chef, mais aussi d'autres, a priori hors de

cause, se sont trouvés menacés dans leur existence même. Ainsi, Terre-Neuve perdit son indépendance et devint une province du Canada en 1936 pour ne pas avoir pu honorer sa dette externe.

À la suite du défaut de paiement de l'Argentine, Anne O. Krueger, directrice générale adjointe du FMI, proposa un régime d'insolvabilité appelé «mécanisme de restructuration de la dette souveraine». Le but était, d'une part, de donner aux États débiteurs la possibilité de réduire en temps utile la charge de leur dette tout en sauvegardant les droits des créanciers, d'autre part, d'augmenter la prévisibilité des mécanismes de rééchelonnement de la dette². La proposition du FMI s'inspirait du chapitre 9 du code de la faillite des États-Unis. L'État débiteur devrait pouvoir demander une suspension du remboursement du capital et du paiement des intérêts, dans le but de poser un cadre permettant de négocier le rééchelonnement de la dette et, en cas d'échec, de créer une base régissant les restructurations contraignantes³. La résistance politique des États-Unis fit échouer ce projet.

L'avantage des dispositifs législatifs

Les décisions prises actuellement au coup par coup nuisent à la sécurité juridique et sont un facteur d'instabilité⁴. Il faudrait que la procédure qui suit un défaut de paiement soit soumise à des règles claires, de sorte que les parties concernées sachent à quoi s'en tenir. C'est là tout l'intérêt d'un régime d'insolvabilité défini par la loi, qui réduit l'incertitude et permet aux créanciers de nourrir des attentes fondées sur des faits. Le régime d'insolvabilité sert à concilier des intérêts divergents et semble donc intrinsèquement meilleur qu'une solution négociée. Si celle-ci aboutit à une restructuration de la dette satisfaisant aux attentes du marché, elle n'offre pas de sécurité juridique suffisante et occasionne des coûts de transaction élevés⁵. En effet, la plupart des solutions négociées proposées comportent l'adoption de clauses d'actions collectives, de sorte qu'il faut compléter, voire renégocier, les contrats en vigueur. L'avantage des dispositifs législatifs réside dans le fait que les décisions prises par la majorité peuvent être imposées à tous les créanciers et que la marge de manœuvre

discrétionnaire des parties concernées est limitée⁶.

Origines du dispositif législatif en vigueur en Suisse

Depuis plus d'un demi-siècle, la loi fédérale du 4 décembre 1947 réglant la poursuite pour dettes contre les communes et autres collectivités de droit public cantonal (LPDC, RS 282.11) propose en Suisse une solution légale, à titre *curatif*, en cas de surendettement.

Ses origines remontent à la fin du XIX^e siècle, lorsque les événements ayant entouré le financement de la compagnie ferroviaire *National-Suisse* plongèrent les communes de Baden, Lenzbourg, Zofingue et Winterthour dans un grand désarroi budgétaire. Au printemps 1883, le Conseil fédéral nomma une commission d'experts chargée d'examiner les comptes des quatre villes garantes. Étant donné l'insuffisance des actifs communaux, les cantons d'Argovie et de Zurich engagèrent des fonds publics en fonction de leur capacité financière, tandis que la Confédération volait au secours des communes en proie à des problèmes économiques, en concédant aux cantons un prêt pour régler le reste des dettes.

Afin d'éviter que des événements de ce genre ne se reproduisent, le Conseil fédéral eut au préalable l'intention de régir l'insolvabilité des collectivités en même temps que le droit fédéral de la faillite⁷, avant de renoncer à incorporer les dispositions en la matière dans le projet définitif de loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. Il laissa néanmoins les cantons libres d'édicter une loi pour leurs communes.

La crise économique mondiale des années trente plongea de plus en plus de communes et de cantons dans des difficultés financières, surtout dans les régions horlogères et touristiques. En l'absence de législation fédérale, les cantons pouvaient édicter de leur propre chef des dispositions légales réglant le statut des obligataires. Ils tiraient régulièrement parti de cette liberté pour nuire aux intérêts des créanciers. En adoptant la base légale régissant la réduction de la dette des communes, le canton de Neuchâtel ébranla définitivement la confiance dans la volonté des débiteurs de droit public de s'acquitter de leurs obligations.

Pendant la crise et les turbulences monétaires des années trente, l'absence de cadre contraignant se fit de nouveau sentir. Pour tranquilliser les marchés et empêcher que les créanciers connaissent eux aussi des difficultés financières, le Conseil fédéral édicta dans un premier temps des mesures extraordi-

Encadré 1

Les instruments de la loi

La LPDC étant une loi spéciale, ses dispositions priment celles de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur les poursuites pour dettes et la faillite (LP, RS 281.1). L'étude des origines de la LPDC et des débats parlementaires indique qu'elle poursuit un double but: d'une part, garantir le crédit national et, d'autre part, protéger les créanciers. La loi n'admet, comme mode de poursuite, que la saisie ou la réalisation de gage (art. 2, al. 1, LPDC), de sorte que la liquidation complète d'une collectivité publique n'entre pas en ligne de compte. Les cantons ont le droit d'édicter des prescriptions en matière de concordat (art. 3, al. 1, LPDC).

Les biens réalisables ou saisissables sont pour l'essentiel ceux qui font partie du patrimoine financier de la collectivité (art. 7 LPDC), tandis que son patrimoine administratif et les créances d'impôts ne sont pas saisissables (art. 9 LPDC). Parmi les restrictions admissibles apportées aux droits des obligataires, la LPDC cite notamment la prorogation du délai d'amortissement et le sursis (art. 13, let. a à c, LPDC). À titre exceptionnel, le taux d'intérêt peut être réduit jusqu'à concurrence de la moitié et les intérêts échus remis dans la même proportion (art. 13, let. e et f, LPDC).

L'ouverture de la procédure se fait à la requête du débiteur, qui doit exposer sa situation financière de façon détaillée (art. 15, al. 1 et 2, LPDC). L'assemblée des créanciers (art. 17 ss. LPDC), l'espace où ceux-ci peuvent s'exprimer, statue à la majorité qualifiée sur les restrictions apportées à leurs droits (art. 20 LPDC), dans le respect du principe d'égalité (art. 22, art. 2, LPDC). Les dispositions relatives à la gérance sont au cœur de la LPDC. Cette figure peut être requise par le débiteur, par le gouvernement cantonal et par

tout créancier qui justifie d'un intérêt légitime (art. 28, art. 1 et 3, LPDC). Il faut pour cela que la collectivité se déclare insolvable ou ne soit pas en mesure, selon toute prévision, de remplir ses engagements financiers pendant longtemps. Dans un premier temps, la gérance peut être instituée pour une durée de trois ans, puis prolongée pour trois ans au plus, si les circonstances l'exigent (art. 30 LPDC). C'est l'autorité de surveillance qui statue sur l'institution d'une gérance (art. 32, art. 1, LPDC), dont les tâches consistent à régler les dettes échues (dans les limites du plan financier), à mettre de l'ordre dans les finances et à diminuer les dépenses et, dans la mesure du possible, augmenter les recettes (art. 34 LPDC). Les moyens à la disposition de la gérance sont notamment le recouvrement des impôts arriérés et des autres créances impayées, la réalisation du patrimoine financier, l'augmentation des impôts et autres contributions et, avec l'assentiment du gouvernement cantonal, l'introduction de nouveaux impôts et contributions (art. 35 ss. LPDC). En instituant la gérance, l'autorité de surveillance doit en délimiter exactement les pouvoirs (art. 39, art. 1, LPDC).

Cette mesure limite considérablement la liberté des organes ordinaires, qui doivent soumettre leurs décisions à la gérance (art. 39, art. 2, LPDC), mais soustrait en contrepartie le débiteur aux désagréments des poursuites, qui – au même titre que la prescription et la péremption – sont suspendues pour les engagements qu'il a contractés avant l'institution de la gérance (art. 41 LPDC).

naires sur l'évaluation des emprunts des collectivités de droit public⁸ avant d'adopter le 24 novembre 1936, en vertu du droit de nécessité, un arrêté tendant à protéger les droits des créanciers d'emprunts émis par des corporations de droit public⁹. La Confédération mit aussi sur le métier un projet de loi visant à éviter le retour à l'ancien droit au moment où les arrêtés fédéraux arriveraient à échéance. Les mesures envisagées s'inspiraient des dispositions du droit de nécessité et des propositions formulées dans les années 1880. Pour des raisons politiques, le régime d'insolvabilité ne devait pas s'appliquer aux cantons¹⁰.

Devant la menace de guerre et l'insécurité que celle-ci faisait planer sur le marché des capitaux, le Conseil des États décida à l'unanimité, lors de sa séance de décembre 1939, de ne pas passer à la discussion des articles¹¹. Néanmoins, le dossier fut réinscrit à l'agenda des Chambres fédérales sous la pression des représentants des banques et des assurances¹². Le 4 décembre 1947, les Chambres fédérales approuvaient la LPDC.

Pierres d'achoppement

À lui seul, le terme d'*insolvabilité* pose des difficultés considérables lorsqu'il s'applique à un sujet de droit public¹³. En effet, il n'est pas toujours facile de faire la distinction entre un manque temporaire de liquidités et l'insolvabilité ou l'absence de volonté d'honorer ses engagements. Pour résoudre ce problème, on peut commencer par considérer le défaut de paiement comme un critère objectif d'application de la loi, puis ouvrir une procédure d'insolvabilité dans un deuxième temps, après avoir examiné les faits. C'est une approche semblable qu'adopte la LPDC.

Autre objection possible, le régime d'insolvabilité contraignant est inconciliable avec la *souveraineté des débiteurs de droit public*¹⁴. Il est permis de douter que cette objection tienne dûment compte de la notion actuelle de souveraineté du débiteur, dont la sauvegarde dépend en premier lieu des modalités de la procédure. En effet, si le but de la loi est d'assainir et de rétablir la solvabilité, plutôt que de liquider la collectivité, ce problème perd de son importance¹⁵.

L'aléa moral de l'emprunteur

De nombreuses publications utilisent le terme d'*aléa moral de l'emprunteur* pour désigner les incitations néfastes qu'un régime d'insolvabilité pourrait exercer sur les politiques de dépenses et la moralité de paiement des débiteurs¹⁶. Tout régime d'insolvabilité doit attacher une attention particulière à ce problème. À long terme, ce sont les

forces du marché qui devraient offrir la meilleure protection contre les abus et les politiques de financement présentant un risque excessif. Le débiteur qui se déclare insolvable de façon abusive devra en effet supporter de lourds intérêts, en raison de la prime prélevée pour compenser le risque accru de défaillance. Une condition importante pour que les forces du marché puissent exercer leur action préventive est de ne pas avoir recours à une solution globale (plan de sauvetage), car une telle perspective court-circuite les réactions des marchés des capitaux et récompense de façon indirecte les abus commis par le débiteur.

Délimiter le substrat de responsabilité

Un autre aspect problématique concerne le *substrat de responsabilité*, constitué en premier lieu par les recettes fiscales. Il n'est cependant pas possible de générer indéfiniment de nouvelles ressources, en augmentant les impôts, sans entraîner de réactions tendant à éviter l'imposition. De surcroît, il y a des limites à la vente du patrimoine des collectivités publiques. Si l'on exclut la liquidation totale, le débiteur doit nécessairement disposer de suffisamment de fonds pour continuer à accomplir ses tâches fondamentales. Il en va autrement des actifs qui ne servent pas immédiatement les objectifs relevant de la puissance publique: ils peuvent être réalisés en droit et en fait. Toutefois, le privilège accordé au patrimoine administratif crée des incitations perverses, car ce sont les communes assumant le plus de tâches qui en tirent le plus grand profit. Ainsi, celles qui se trouvent dans ce cas tendent à augmenter leurs engagements et donc les risques financiers. C'est un reproche que l'on peut aussi adresser à la LPDC. Quelle que soit la solution retenue par la loi, il semble important de fixer a priori la liste des actifs réalisables. Il devrait, en effet, être beaucoup plus simple de s'entendre sur cette question ainsi que sur l'ordre de réalisation avant que l'insolvabilité soit déclarée.

Loèche-les-Bains: le seul cas où la loi s'est appliquée

La LPDC a été appliquée pour la première et unique fois, près d'un demi-siècle après son entrée en vigueur, au cas de Loèche-les-Bains. À la fin des années nonante, la municipalité et sa bourgeoisie croulaient sous les dettes, à la suite d'investissements douteux et de prises de participation financière dans des projets d'infrastructures au bénéfice du tourisme local. La dette totale envers des créanciers externes atteignit par moments 350 millions de francs. Un assainissement

4 Von Hagen (2011), p. 5 et Krueger (2002), p. 1.

5 Sester (2012), p. 114.

6 Krueger (2002), pp. 30–31.

7 Message du 6 avril 1886 (FF 1886 II 30).

8 RO 52 62.

9 RO 52 841.

10 Message du 12 juin 1939 (FF 1939 II 1–33).

11 Voir le bulletin sténographique officiel du Conseil des États, 1939, 609–614.

12 Message complémentaire du 27 décembre 1944 (FF 1945 I 1–31).

13 Roubini (2002), pp. 321–322.

14 Sester (2012), p. 114.

15 Krueger (2002), p. 11 et Paulus (2003), p. 239.

16 Roubini (2002), pp. 330–332.

Encadré 2

Bibliographie

- Von Hagen Jürgen, *Debt Resolution in the European Monetary Union*, exposés à l'occasion du symposium «Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes – Insolvenzordnung für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union?», Bonn, 2011.
- Kenen Peter B., «Organizing Debt Relief: The Need for a New Institution», *Journal of Economic Perspectives*, 4, 1990, pp. 7–18.
- Krueger Anne O., *A New Approach To Sovereign Debt Restructuring*, Washington, D.C. 2002.
- Panizza Ugo, Sturzenegger Federico et Zettelmeyer Jeromin, «The Economics and Law of Sovereign Debt and Default», *Journal of Economic Literature*, 47, 2009, pp. 651–698.
- Paulus Christoph G., «Ein Insolvenzverfahrensrecht für Staaten», dans Dabrowski Martin, Fischer Andreas, Gabriel Karl et Lienkamp Christoph (éd.), *Die Diskussion um ein Insolvenzrecht für Staaten, Bewertungen eines Lösungsvorschlages zur Überwindung der Internationalen Schuldenkrise*, Berlin, 2003, pp. 231–259.
- Reinhard Carmen M. et Rogoff Kenneth S., *This Time is Different: A Panoramic View of Eight Centuries of Financial Crisis*, NBER Working Paper 13882, 2008.
- Rogoff Kenneth S. et Zettelmeyer Jeromin, *Bankruptcy Procedures for Sovereigns: A History of Ideas, 1976–2001*, IMF Staff Papers 49, 2002, pp. 470–507.
- Roubini Nouriel, «Do We Need a New Bankruptcy Regime?», *Brookings Papers on Economic Activity*, 2002, pp. 321–333.
- Sester Peter, «Proposal for a Contractual Sovereign Debt Restructuring Mechanism», dans Nobel Peter et Benevenuto Rachel (éd.), *Law and Economics of Money and Currency, Fourth International Conference on Law and Economics*, Zurich/Bâle/Genève, 2012, pp. 111–120.

17 Roubini (2002), p. 323.

18 Paulus (2003), p. 240.

19 Krueger (2002), pp. 4–5.

20 Panizza, Sturzenegger et Zettelmeyer (2009).

durable étant hors de question, les parties impliquées s'entendirent en 2003 sur un plan de redressement volontaire qui exigea des créanciers d'importants sacrifices.

Puisqu'une seule commune suisse a dû se déclarer insolvable depuis l'adoption de la LPDC, on peut légitimement se demander s'il est logique de craindre que l'adoption d'un régime d'insolvabilité incite les débiteurs à appliquer une politique dépensière et risquée à l'excès. En l'occurrence, c'est le cadre institutionnel qui est déterminant. En outre, si le débiteur ne peut pas se dégager unilatéralement de ses obligations, comme le prévoit la LPDC, l'aléa moral de l'emprunteur est considérablement réduit.

La solution suisse: des pistes intéressantes

Tout régime d'insolvabilité appliqué aux États dépend pour l'essentiel du respect des règles définies au préalable pour la restructuration. Cependant, celles-ci n'existent pas encore au niveau international. Les États-Unis disposent d'un régime d'insolvabilité pour leurs collectivités locales, tout comme la Suisse – depuis plus de 60 ans – pour ses communes.

La solution suisse ancrée dans la LPDC propose à cet égard quelques pistes intéressantes. La plus grande difficulté consiste à inscrire dans la loi des incitations suffisamment fortes pour que tant le débiteur de droit public que ses créanciers s'en tiennent au cadre légal en vigueur, en dépit de leurs intérêts parfois opposés, et que le système ne récompense pas les infractions au régime d'insolvabilité¹⁷.

À lui seul, un régime d'insolvabilité ne peut maîtriser cette difficulté: d'autres précautions de nature institutionnelle sont donc nécessaires. S'agissant de la Suisse, elles sont de deux ordres: en premier lieu, l'État de droit – en particulier les tribunaux dont la jurisprudence précise les normes – et la démocratie directe – qui exerce un effet modérateur sur les dépenses – sont des garde-fous essentiels. En second lieu, la concurrence fiscale entre les cantons et l'autonomie financière des collectivités locales contribuent à l'efficacité du régime d'insolvabilité.

Certains instruments de la LPDC, sous une forme adaptée, pourraient facilement se transposer à la situation internationale. L'introduction de la procédure d'insolvabilité doit être lourde de conséquences pour le débiteur, afin d'ôter tout attrait à l'abus des dispositions légales et de garantir que les acteurs politiques ne soient pas incités à détourner le régime à leurs propres fins. La LPDC remplit cette exigence en limitant l'autonomie finan-

cière des communes et en confiant certaines compétences à une gérance. Par ailleurs, elle accorde provisoirement au débiteur les facilités dont il a réellement besoin. Pour que la consolidation des finances atteigne son but, il faut non seulement rééchelonner les dettes, mais aussi restructurer les dépenses et réorganiser les tâches publiques. L'absence de dispositions contraignantes sur la conclusion d'un concordat entre débiteur et créanciers, comme c'est le cas en Suisse, constitue, toutefois, une importante lacune. Ainsi, tout régime d'insolvabilité devrait prévoir tant une suspension du paiement des intérêts que la possibilité d'une réduction réglementée de la dette, pour le cas où l'État débiteur serait incapable de désintéresser les créanciers dans un délai raisonnable, ce qui empêcherait un redressement durable¹⁸.

Un régime d'insolvabilité peut atténuer la gravité des crises

Le grand avantage d'un régime d'insolvabilité sanctionné par une loi, comme la LPDC, réside dans le fait que toutes les parties prenantes connaissent les limites de leurs droits justiciables, les conséquences juridiques possibles et leurs implications financières. Il incite ainsi les parties à renoncer à leurs positions extrêmes et à accepter la négociation.

Le régime d'insolvabilité ne devrait être applicable que lorsque tous les autres mécanismes ont échoué¹⁹. C'est un excellent outil de dernier recours pour détendre la situation économique et contribuer à un règlement ordonné et prompt de futures crises de la dette²⁰.