

Madame la Conseillère fédérale
Eveline Widmer-Schlumpf
Cheffe du Département fédéral de justice
et police
3003 Berne

*Par courrier A et courrier électronique à
emanuela.gramegna@bj.admin.ch*

Réf. : MFP/15004032

Lausanne, le 6 mai 2009

Révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) : procédure d'assainissement – Ouverture de la procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud vous remercie d'avoir sollicité son avis sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Après avoir mené une consultation auprès des organismes concernés du canton, il a l'honneur de vous faire part de ses déterminations.

I. Remarques d'ordre général

La nécessité même d'une révision législative de cette ampleur ne paraît pas évidente aux yeux du Conseil d'Etat. En effet, l'avant-projet mis en consultation se ressent quelque peu du fort contexte émotionnel auquel il a fait suite (« débâcle Swissair »). Le besoin de légiférer ne paraît pas identique aujourd'hui.

Il faut ainsi constater que l'ajournement de la faillite est un instrument qui a fait ses preuves en pratique ; il est simple, souple, efficace et laisse au juge une grande marge de liberté. On peut ainsi se demander si la suppression de cette possibilité et son remplacement par une procédure de sursis concordataire provisoire, soit une procédure qui semble compliquée et difficilement accessible aux petites et moyennes sociétés, est opportune. En outre, bien que le droit actuel souffre de points faibles concernant la procédure d'assainissement, la procédure concordataire proposée paraît difficile et devrait être réservée aux cas complexes. Dans ce cadre, il faut relever que l'actuel système d'ajournement de la faillite permet aux entreprises de réaliser leur assainissement sans procédure particulière et, surtout, sans lourdeur et sans frais. Or, la nouvelle procédure concordataire proposée se caractérise par une alternative rigide (faillite ou procédure concordataire), une multiplication des « étapes » de la procédure et des intervenants possibles (juge du concordat, commissaires, commission des créanciers, assemblée des créanciers), ce qui risque d'entraîner des lourdeurs et des coûts accrus. De plus, l'octroi quasiment automatique du sursis provisoire risque dans un certain nombre de cas de retarder inutilement l'ouverture de la faillite.

L'avant-projet modifie en outre sur certains points le droit matériel (notamment la suppression du droit de rétention du bailleur, l'introduction d'un droit de résiliation extraordinaire des contrats de durée, la protection des travailleurs). Ces modifications, vu leur importance, mériteraient un débat approfondi et une réflexion pour elles-mêmes et ne devraient pas être introduites dans le cadre d'une réforme relative à la procédure d'assainissement, mais dans une réforme individuelle et annoncée comme telle.

On peut encore constater que le rapport explicatif ne dit rien sur les conséquences financières de l'avant-projet, notamment sur les conséquences pour les cantons. En effet, si l'avant-projet a pour objectif d'instaurer une procédure concordataire efficace réduisant d'éventuelles faillites, le nombre de débiteurs des cantons pourraient être réduit. Cet élément faisant défaut au projet proposé, il pourrait être utile de compléter le rapport sur ce point.

II. Remarques particulières

Ad art. 4a AP LP

La coordination entre les différents organes, autorités et tribunaux impliqués dans des procédures connexes semble opportune. Il faut toutefois constater que la formulation de cet article devrait être revue dans la mesure où elle utilise notamment des termes différents par rapport au reste de la loi (tribunaux de la faillite et du concordat).

Ad art. 174 al. 1 AP LP

Bien que le rapport précise que cette disposition doit être adaptée dans la mesure où une référence au juge de la faillite n'est plus de mise, il apparaît, à notre sens et malgré les modifications apportées par l'avant-projet, que ce n'est pas seulement « l'ouverture de la faillite », mais toute décision du juge de la faillite, y compris un refus de prononcer la faillite qui devrait encore pouvoir faire l'objet d'un recours. Cette disposition devrait dès lors être modifiée.

Ad art. 211a AP LP (art. 297a AP LP)

Cet article règle le sort des contrats de durée en cas de liquidation de l'entreprise (faillite et concordat par abandon d'actifs). Les experts ont, dans ce cadre, proposé de renoncer à l'institution d'un droit de résiliation extraordinaire au profit de la masse en faillite, alors qu'ils l'ont admis dans le cadre du sursis concordataire (art. 297a AP LP). L'avant-projet et le rapport explicatif ne sont toutefois pas suffisamment clairs dans la mesure où un droit de résiliation anticipée apparaît toutefois possible, la doctrine étant en outre unanime à considérer qu'il est juste d'instaurer un droit de résiliation extraordinaire pour certains contrats innommés (Roland Fischer, *Lizenzverträge im Konkurs*, Berne 2008, p. 279 ss Ivan Cherpillod ; *La fin des contrats de durée*, Lausanne 1988, p. 250 ; Patricia Cornaz, *L'exécution forcée des droits de propriété intellectuelle*, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 165 ss).

Il apparaît ainsi que cette disposition n'est pas claire dans sa formulation et pourrait être complétée, la résiliation anticipée et les règles légales particulières régissant le sort des contrats en cas d'insolvabilité devant être réservées.

Au niveau de la formulation, on peut relever que la dernière phrase de l'alinéa premier pourrait être remplacée par : « *les avantages que le cocontractant du failli aurait obtenus durant cette période lui sont imputés* ».

L'instauration d'un droit de résiliation extraordinaire des contrats de durée devrait faire en outre l'objet d'une réflexion approfondie dès lors qu'elle est clairement contraire aux principes contractuels généraux.

Ad art. 283 AP LP (art. 712k AP CC)

Ces modifications visent à restreindre, voire à supprimer certains privilèges dans la faillite et le concordat, dont notamment le droit de rétention du bailleur commercial. On peut en premier lieu se demander si cette modification a sa place dans une procédure de révision de la LP. Selon le rapport explicatif, cette protection est excessive au regard de l'égalité entre les créanciers. Le projet n'explique toutefois pas en quoi ce privilège ne serait plus justifié aujourd'hui ni pourquoi la communauté des copropriétaires mérite une meilleure protection que le bailleur, une telle inégalité de traitement ne se justifiant pas.

Ad art. 285 al. 3 AP LP

Cet article consacre le caractère non révocable des actes accomplis avec l'aval du juge ou de la commission des créanciers. On peut toutefois relever un risque de voir se multiplier, au lieu d'actions révocatoires, des actions en responsabilité contre l'Etat.

Ad art. 286 al. 3 et 288 al. 2 AP LP

Le renversement du fardeau de la preuve en cas d'acte révocable accompli en faveur d'un « proche » du débiteur peut être approuvé.

Ad art. 293a AP LP

La durée de l'ajournement (devenu sursis concordataire provisoire), généralement accordé dans un premier temps pour six mois et prolongeable, serait réduite à quatre mois maximum, ce qui, en pratique, est trop court pour un assainissement.

Le système de l'ouverture de la faillite d'office (art. 293a, 294 et 309 AP LP) paraît également problématique dans la mesure où il restreint de façon importante le droit d'être entendu du débiteur. Il n'est par ailleurs pas possible d'exclure qu'il existe une issue autre que la faillite ou le concordat.

Ad art. 293c al. 2 AP LP

Ce nouvel article prévoit qu'il n'y a pas lieu de rendre public le sursis provisoire « *lorsque la protection des intérêts de tiers est garantie* ». Il est à craindre qu'une telle formulation conduise en pratique à une publication systématique, compromettant l'assainissement des entreprises.

D'autre part, la différence existant entre les effets du sursis provisoire publié et du sursis provisoire non publié n'est pas claire. Le rapport explique qu'une poursuite peut encore être introduite contre le débiteur, ce dernier ayant toutefois la possibilité de faire valoir l'octroi du sursis provisoire par le biais d'une plainte selon la LP (art. 17). Si la poursuite a déjà atteint le stade de la continuation, le débiteur peut informer l'office des poursuites du sursis provisoire. La solution proposée paraît toutefois compliquée et peu judicieuse.

Ad art. 295a AP LP

Il est relevé que l'institution de la commission de créanciers soulève certaines questions. En effet, sa formation et sa composition ne sont pas définies de façon suffisamment claire dans la loi, ce qui risque d'entraîner toutes sortes de difficultés pratiques, dont celle de devoir, dans certains cas, désigner un très grand nombre de créanciers, au détriment de l'efficacité de la commission, pour satisfaire à l'obligation de représentation équitable, ainsi qu'un risque non négligeable de recours multiples contre la désignation (ou la non-désignation) de tel créancier, voire d'actions en responsabilité contre l'Etat. On peut constater également que cette commission disposerait de pouvoirs très étendus (surveillance de l'activité du commissaire, autorisation « en lieu et place du juge du concordat » des actes visés à l'art. 298 al. 2). Le système proposé aboutit ainsi à une forme de « privatisation » de la procédure. Il est en outre à craindre un risque de partialité et/ou de favoritisme (les créanciers n'étant par définition pas tous représentés), risque d'autant plus grave que les actes effectués avec l'aval de la commission ne serait, selon l'art. 285 al. 3 AP LP, pas révocables.

La possibilité donnée par l'art. 294a AP LP à la commission des créanciers de révoquer le commissaire et les membres de la commission paraît également problématique en cas de conflits ou d'intérêts divergents entre les différentes catégories de créanciers.

Ad art. 306 al. 1 ch. 1bis AP LP

Cette abrogation ne paraît pas opportune dès lors qu'il s'agit d'un garde-fou.

Ad art. 309 AP LP

Il faut constater que l'avant-projet ne contient aucune disposition réglant la situation en cas de recours contre le refus d'homologation du concordat ni en cas de retrait de la requête de concordat (lequel entraîne la non-homologation du concordat).

Ad art. 314 al. 1bis AP LP

L'avant-projet prévoit la possibilité d'un désintéressement des créanciers en tout ou en partie par l'octroi de droits de participations ou de droits sociaux qui peuvent s'exercer à l'égard du débiteur ou d'une société reprenante. S'agissant de créances de droit public (fiscales), cela a pour conséquence de faire entrer l'Etat et les communes dans le capital de la société débitrice ou de la société reprenante. La gestion par l'Etat de ces participations pourrait toutefois s'avérer problématique dans certains cas. La solution proposée n'est donc pas satisfaisante, à tout le moins lorsque ces sociétés ne sont pas cotées en bourse et que leurs actions ne peuvent être revendues immédiatement.

III. Conclusion

Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat vaudois reconnaît que la révision proposée permettrait d'améliorer sur certains points la procédure d'assainissement, le droit actuel présentant des lacunes. Il considère toutefois que la procédure d'ajournement de la faillite et le droit concordataire actuels fonctionnent de manière satisfaisante. Or, la réforme envisagée à cet égard reste incertaine, notamment dans ses effets sur les plans économique et social. En outre, il est regrettable que la révision proposée, dont l'impact est important tant sur le droit des poursuites que sur le droit matériel, soit présentée sous la forme de modifications ponctuelles.

Dès lors, considérant l'alourdissement de la procédure concordataire proposée, plus complexe encore que la procédure actuelle, et le manque de précision de nombreuses dispositions de la révision présentée, le Conseil d'Etat du Canton de Vaud ne se dit pas convaincu par l'avant-projet mis en consultation.

En vous remerciant de l'accueil que vous réserverez aux observations du Canton de Vaud, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre considération distinguée.


AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT



Pascal Broulis

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean

Copies

- OAE
- SJL