

Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Somaruga
Cheffe du Département fédéral de justice
et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

***Par courrier électronique à
David.rueetschi@bj.admin.ch***

Réf. : PM/15018552

Lausanne, le 5 août 2015

Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite). 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 volonté de prendre des mesures afin d'éviter les situations décrites par la motion Hess, soit l'usage abusif de la procédure de faillite à des fins de concurrence déloyale et au détriment des créanciers, est soutenue par le Conseil d'Etat. Les modifications proposées des art. 43 ch. 1 et 1bis, 169 et 230 al. 2 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après : LP), qui mettent en œuvre la motion Hess, renforcent les dispositifs existants de lutte contre les abus du droit des faillites et peuvent contribuer à prévenir des comportements préjudiciables tant aux employés concernés qu'à une concurrence loyale entre entreprises.

Nous attirons cependant votre attention sur la portée limitée des propositions mises en consultation ; pour atteindre le principal but visé, il faudrait selon nous une disposition prévoyant que les personnes qui ont été à l'origine d'un nombre de faillites donné dans un certain laps de temps ne puissent pas, pendant un délai moratoire, se faire à nouveau inscrire comme organe d'une société de personnes.

II. Remarques particulières

Modification de l'art. 43 ch. 1 et 1bis LP

Cette modification prévoit l'abrogation des chiffres 1 et 1bis de l'art. 43 LP qui excluent la poursuite par voie de faillite pour le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à un fonctionnaire et pour le recouvrement de primes de l'assurance-accidents obligatoire. La suppression de l'exception faite dans le droit actuel empêchera que des entreprises puissent poursuivre longtemps une activité sans payer leurs dettes envers l'administration fiscale ou l'assurance-accidents. Néanmoins, nous demandons que les créanciers conservent la faculté de procéder par la voie de la saisie lorsque les circonstances le justifient, cette alternative comportant aussi certains avantages reconnus.

De façon générale, il est opportun de réduire l'inégalité existant dans le droit actuel entre les différents types de créanciers, qui ne se justifie plus. Cette modification contribue également à renforcer l'utilisation de la LP comme instrument d'assainissement permettant à une entreprise en situation délicate de restructurer ses dettes pour poursuivre ses activités.

Nous attirons toutefois l'attention sur le fait que l'abrogation envisagée ne concernant pas seulement les sociétés, mais tous les débiteurs inscrits au registre du commerce, elle peut également avoir pour conséquence une multiplication du nombre de faillites et notamment du nombre de faillites personnelles.

Modification de l'art. 169 al. 1 et 2 LP

La nouvelle formulation de l'alinéa 1^{er} prévoit 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, ou jusqu'à l'appel aux créanciers. En revanche, l'obligation du créancier de supporter ces frais serait supprimée.

Ce changement facilite l'action des créanciers et aura donc un effet préventif. De plus, il rétablit une situation surprenante dans le droit actuel, puisque seul le créancier qui a demandé l'ouverture de la procédure répond des frais, alors que d'autres créanciers peuvent en profiter.

La pratique actuelle dans le canton de Vaud, veut que le juge ne demande pas d'avance de frais dans la première phase de la faillite. Ce mode de faire évite aux tribunaux de devoir gérer des avances qu'ils doivent souvent restituer en raison du retrait de la requête. Il s'agit de préserver la possibilité de demander ou non une avance de frais, ce qui nous paraît être le cas dans le projet mis en consultation.

Le nouvel alinéa 2 prévoit 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 en 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.

Le rapport explicatif précise que l'utilité de cette modification réside principalement dans son effet de prévention générale. Une disposition similaire existe pour la responsabilité du paiement des cotisations à l'AVS (art. 52 LAVS) et a fait ses preuves.

Nous faisons cependant remarquer que pour que la mesure soit efficace, il faudrait que la responsabilité solidaire des organes soit traitée d'office par le juge en charge de la faillite, sans que cela soit aux créanciers ou aux offices d'introduire les démarches afin d'obtenir le remboursement des avances de frais versées.

De plus, dans la mesure où, dans les situations d'urgence, les organes de la société ne sont pas forcément déjà inscrits au registre du commerce, il serait utile de prévoir une réserve en ce sens dans le texte.

Enfin, nous relevons également qu'il serait peut-être cohérent de modifier l'art. 194, al. 1 2^{ème} phrase LP et de limiter l'exclusion à l'application de l'art. 169 al. 1 LP uniquement, c'est-à-dire que ce premier alinéa soit le seul à ne pas s'appliquer en cas de faillite d'office, le second alinéa restant applicable.

Modification de l'art. 230 al. 2 LP

L'avant-projet propose de prolonger de dix à vingt jours le délai fixé aux créanciers pour s'opposer à la clôture de la faillite sans liquidation, en requérant la liquidation de la faillite et en fournissant la sûreté exigée pour les frais qui ne seront pas couverts par la masse. Selon le rapport explicatif, un créancier devrait pouvoir disposer de plus de temps pour consulter les dossiers afin de se faire une image de la situation de la société débitrice, pour éventuellement solliciter un conseil juridique et, finalement, pour payer la sûreté requise.

La prolongation de ce bref délai apparaît opportune. On peut toutefois se demander si sa fixation ne devrait pas être laissée à l'appréciation de l'office, qui pourrait tenir compte des cas particuliers que constituent les faillites compliquées ou volumineuses.

Autres mesures non retenues dans le rapport explicatif

Comme précisé dans le rapport explicatif il n'apparaît pas nécessaire de prévoir de modifications des dispositions pénales, qui existent déjà. Il semblerait toutefois utile que des mesures soient envisagées afin de rendre les dénonciations pénales beaucoup plus systématiques.

Des mesures visant une modification de la législation sur les marchés publics comme recommandé dans le rapport explicatif pourraient également être efficaces.

Enfin, et comme nous l'avons signalé dans les remarques d'ordre générales, afin de lutter contre le phénomène de concurrence déloyale pratiquée au moyen de faillites en chaîne, il pourrait être utile d'étudier une disposition prévoyant que les personnes qui ont été à l'origine d'un nombre de faillites donné dans un certain laps de temps ne puissent pas, pendant un délai moratoire, se faire à nouveau inscrire comme organe d'une

société de personnes. Une traduction légale et proportionnée, respectueuse des droits individuels, permettrait de contribuer à la prévention de l'utilisation de la faillite pour commettre des abus en chaîne.

III. Conclusion

Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat vaudois approuve dans l'ensemble les modifications proposées avec les quelques réserves et mises en garde mentionnées ci-dessus. Le Conseil d'Etat soutient la volonté exprimée par le projet de trouver une solution aux problèmes mis en évidence par la motion Hess et invite le Conseil fédéral à prendre en compte les suggestions qu'il formule pour aller plus loin.

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



Pierre-Yves Maillard

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean

Copies

- Office des affaires extérieures
- Service juridique et législatif