

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

Réf. : PM/15019589

Lausanne, le 27 janvier 2016

Procédure de consultation sur l'avant-projet de modification de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (faillite et concordat)

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 du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (ci-après : LDIP) dans le domaine de la faillite et du concordat.

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

I. Remarques générales

Comme il sera exposé ci-dessous, la révision proposée pose certains problèmes juridiques, tandis que l'effet simplificateur de ces modifications n'est pas évident. Quant à l'opportunité de procéder à une adaptation de la LDIP, il résulte du chiffre 1.1.4 du rapport explicatif qu'une cinquantaine de demandes de reconnaissance d'une décision de faillite étrangère ont été présentées en Suisse entre 2010 et 2014. La plupart de ces demandes émanent d'Allemagne et d'autres Etats membres de l'Union européenne (ci-après : UE). Ces constats amènent deux remarques préliminaires :

En premier lieu, le fait d'ajouter à la LDIP des dispositions visant un très petit nombre de cas pratiques et des articles très détaillés, qui font oublier les grands principes, est susceptible d'en compliquer la compréhension d'ensemble.

En second lieu, si le but est de faciliter la reconnaissance et le traitement de faillites prononcées en majorité dans des pays de l'UE, une modification de la LDIP – qui a une vocation universelle – plutôt que la signature d'un accord ciblé avec l'UE ou ses Etats membres, ne semble pas être la meilleure option.

Pour ces raisons, de façon générale, l'intérêt de la révision envisagée apparaît limité.

Sous l'angle rédactionnel, le domaine de la poursuite pour dettes et la faillite, très précis, mérite des précautions particulières. L'avant-projet utilise pourtant, dans sa

version française, plusieurs formulations passives ainsi que des notions juridiques incertaines, qui laissent subsister des ambiguïtés.

II. Remarques particulières

Ad art. 166 de l'avant-projet (ci-après : pLDIP) :

A propos de l'extension de la compétence indirecte au lieu du centre des intérêts principaux du débiteur (art. 166 al. 1 pLDIP)

L'avant-projet prévoit de reconnaître les décisions de faillite étrangères prononcées non plus seulement dans l'Etat du domicile du débiteur, mais également dans l'Etat où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur, si celui-ci n'est pas domicilié en Suisse.

L'avant-projet institue de la sorte un régime différencié entre les débiteurs ayant leur domicile en Suisse, pour lesquels seule la faillite prononcée en Suisse reste possible, et les débiteurs ayant leur domicile à l'étranger, dont la faillite sera reconnue qu'elle soit prononcée dans l'Etat de leur domicile ou dans celui où se situe le centre de leurs intérêts. Une telle inégalité de traitement entre débiteurs ne se justifie pas. Par ailleurs cette disposition pourrait amener la Suisse à reconnaître une faillite non reconnue dans l'Etat de domicile du débiteur, au risque d'aboutir à une situation juridique boiteuse.

À propos de la renonciation à la réciprocité

Cette renonciation interviendrait sans faire de distinction entre les décisions provenant d'Etats membres de l'UE, à l'égard desquelles elle peut se comprendre, dans la mesure où ces pays offrent généralement des garanties procédurales équivalentes aux nôtres, et le reste du monde, où de telles garanties ne sont pas forcément présentes. Il est dès lors excessif d'interdire au juge suisse de tenir compte de l'absence de réciprocité.

À propos du rapport entre l'art. 50 al. 1 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite et la reconnaissance du jugement de faillite étranger

Selon le texte actuel de l'art. 166 al. 2 LDIP, la procédure de l'art. 50 al. 1 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après : LP) est admissible jusqu'au moment où l'état de collocation au sens de l'art. 172 LDIP est définitif. L'avant-projet propose de modifier cet alinéa et d'autoriser le recours à la procédure de l'art. 50 al. 1 LP uniquement jusqu'à ce qu'une requête de reconnaissance d'un jugement de faillite étranger ait été déposée.

Conformément à l'art. 50 al. 1 LP, le débiteur domicilié à l'étranger qui possède un établissement en Suisse peut y être poursuivi pour les dettes de celui-ci. Il est donc concevable que l'établissement en Suisse – souvent une succursale – soit déclaré en faillite. Cette disposition protège les créanciers suisses de l'établissement en Suisse du débiteur étranger et évite qu'ils ne doivent se rendre à l'étranger pour faire valoir leurs prétentions nées d'un rapport avec ledit établissement.

Le texte proposé affaiblit la situation des créanciers suisses. S'ils ne peuvent plus poursuivre l'établissement suisse sitôt que l'administration de la faillite étrangère du débiteur demande la reconnaissance du jugement de faillite étranger, ces créanciers se trouveront dans l'insécurité : Ils ne sauront pas si, et le cas échéant quand, le jugement étranger sera reconnu. Dans cette attente, ils ne pourront pas entreprendre de démarches afin de sauvegarder leurs intérêts, notamment en prévision du cas dans lequel la reconnaissance de la décision de faillite étrangère serait finalement refusée. L'avant-projet est du reste muet sur les conséquences d'un rejet de la demande de reconnaissance. Ceci est problématique à l'égard des créanciers suisses, qui se fient à l'existence d'un établissement en Suisse d'un débiteur à l'étranger.

Toujours à propos de l'établissement en Suisse du débiteur à l'étranger, l'avant-projet propose un art. 37g al. 4 bis nouveau de la loi sur les banques. Selon cette proposition, la procédure de l'art. 50 al. 1 LP serait admissible jusqu'à l'entrée en force de l'état de collocation au sens de l'art. 172 LDIP. En matière bancaire, l'on maintiendrait ainsi le régime en vigueur de l'art. 166 al. 2 LDIP actuel. Le rapport explicatif ne dit pas pourquoi le régime actuel serait maintenu en matière bancaire alors qu'il changerait à l'extérieur du domaine bancaire. Il n'y a pourtant pas de motif de traiter différemment les deux situations. Au contraire, cela constitue source de confusion.

Dans ces conditions, la modification de l'art. 166 al. 2 pLDIP ne peut être soutenue.

Ad art. 170 al. 3 pLDIP :

L'art. 170 al. 3 pLDIP apporte une précision bienvenue concernant la faculté de demander la liquidation sommaire, mais présente une difficulté quant au moment jusqu'auquel cette demande peut être présentée.

Si la procédure de liquidation sommaire est de loin la plus fréquente, il faut néanmoins permettre aux créanciers de pouvoir liquider la faillite en la procédure ordinaire. C'est pourquoi l'art. 231 al. 2 LP permet aux créanciers de demander, jusqu'à la distribution des deniers, que la liquidation intervienne en la procédure ordinaire. L'art. 170 al. 3 pLDIP n'admet une telle demande que jusqu'à la reconnaissance de l'état de collocation étranger. Ce choix ne s'explique guère et se révèle source de confusion.

Ad art. 171 pLDIP :

L'avant-projet prévoit que l'ouverture de la faillite à l'étranger est déterminante pour le calcul des délais fixés aux articles 285 à 292 LP qui traitent de l'action révocatoire. Ces délais concernent à la fois la définition des actes révocables et la prescription de l'action révocatoire. Le rapport explicatif relève que la question est actuellement controversée en doctrine et justifie son choix, en ce qui concerne la définition des actes révocables, par le fait qu'une longue période peut séparer la faillite de sa reconnaissance en Suisse et que « faire courir le délai à partir de la publication de la décision de reconnaissance favoriserait sans raison valable » les défendeurs à une telle action. En ce qui concerne le délai de prescription de l'action, il opte pour la même solution « pour des raisons de parallélisme » et pour éviter que les actes du débiteur puissent être attaqués « pendant une période indéfinie ».

Ce critère pose autant de problèmes qu'il n'en résout. En effet, le demandeur à l'action révocatoire pourrait être contraint d'ouvrir en Suisse une action dont la faillite est une condition, avant même de savoir si la faillite, prononcée à l'étranger, sera reconnue en Suisse.

Il faut y ajouter que la date de « l'ouverture de la faillite » à l'étranger peut être source d'incertitude pour le juge suisse, dès lors que c'est logiquement le droit étranger qui devrait la déterminer, cela d'une façon éventuellement différente de ce que prévoit en droit interne l'art. 175 LP. Il serait préférable de renoncer à employer la notion floue « d'ouverture de la faillite à l'étranger » et de se référer plutôt à un moment précis, soit celui du prononcé du jugement de faillite étranger, afin de correspondre à la règle posée par l'art. 175 LP précité.

Ad art. 174a pLDIP :

Sur le plan terminologique

Dès lors qu'il résulte clairement du rapport explicatif qu'une décision judiciaire est nécessaire pour renoncer à la procédure ancillaire, il serait plus clair de prévoir que « le tribunal peut » ou « le juge peut ».

L'art. 174a pLDIP dispose à la première phrase de l'al. 1 que le juge ou le tribunal doit « remettre à l'administration de la faillite étrangère les biens situés en Suisse ». L'al. 2 mentionne « les biens mis à [...] disposition » de l'administration de la faillite étrangère. S'agit-il des mêmes biens ? S'agit-il de mécanismes différents – quelle est alors la différence entre remettre et mettre à disposition ? Est-ce que l'al. 1 exclut les immeubles, que l'on ne peut « remettre » à une personne, tandis que l'al. 2 les comprendrait ? Ces aspects devraient faire l'objet de clarifications.

La deuxième phrase de l'al. 1 prévoit : « si les créanciers domiciliés en Suisse sont suffisamment pris en compte dans la procédure étrangère. » Il serait sans doute plus juste d'écrire « si les intérêts des créanciers ».

Sur la renonciation à la procédure ancillaire

L'art. 174a pLDIP risque d'avoir certaines conséquences négatives.

Selon son al. 2, l'administration de la faillite étrangère pourrait exercer, sur les biens mis à sa disposition, l'ensemble des pouvoirs détenus par le débiteur.

En premier lieu, il apparaît que l'office des faillites suisse conservera des compétences subsidiaires puisque, selon le rapport explicatif, l'administration de la faillite étrangère ne pourra procéder à des actes relevant de la puissance publique. Si de telles compétences subsistent, l'objectif de simplification et de diminution du travail à charge des autorités suisses risque de ne pas être atteint. La procédure pourrait même se révéler plus compliquée qu'aujourd'hui.

Par ailleurs, le fait de mettre à disposition de l'administration de la faillite étrangère les biens du débiteur pourrait se révéler nuisible aux intérêts de ce dernier et de ses créanciers. Il est évident que les offices des faillites suisses sont généralement les mieux à même de liquider des biens situés en Suisse. L'office des faillites sait comment valoriser ces actifs et attirer les acheteurs. Il connaît aussi le terrain et les procédures suisses. Or un bon résultat de la liquidation satisfait à la fois les créanciers et le débiteur, dont la perte sera alors moindre.

En outre, selon l'art. 251 al. 1 LP, les productions en retard sont admises jusqu'à la clôture de la faillite. En d'autres termes, le créancier qui a manqué le délai de production fixé dans la publication du jugement de faillite peut toujours produire sa créance, même après l'expiration de ce délai. Il doit toutefois se laisser opposer les éventuelles collocations ou mesures de réalisation déjà intervenues. Renoncer à une procédure de faillite locale en Suisse à la suite de la faillite du débiteur à l'étranger signifie priver le créancier suisse de la possibilité de produire selon l'art. 251 LP. Ceci crée une inégalité de traitement entre le créancier suisse du failli suisse et le créancier suisse du failli étranger qui a des biens en Suisse. Une telle inégalité ne se justifie pas. Par ailleurs, la position de certains créanciers suisses en serait affaiblie.

Enfin, selon l'art. 174a al. 1 2^{ème} phrase pLDIP, le tribunal suisse vérifie « si les créanciers domiciliés en Suisse sont suffisamment pris en compte dans la procédure étrangère ». Compte tenu de la matière, ce tribunal devrait instruire et statuer selon les règles de la procédure sommaire. Examiner si les intérêts des créanciers domiciliés en Suisse sont suffisamment « pris en compte à l'étranger » demande toutefois un examen approfondi, vraisemblablement inconciliable avec cette forme d'instruction simplifiée.

Ad art. 174b pLDIP :

En présence de plusieurs acteurs et intervenants, la coordination est évidemment souhaitable.

La possibilité, formulée, comme le dit le rapport explicatif, « de manière non contraignante et très générale », ne règle finalement rien concrètement.

Ad art. 174c pLDIP :

Sur le plan terminologique

Ce texte pose des problèmes de compréhension. En particulier, l'on ne sait guère ce qu'il faut entendre par « d'autres actions préjudiciables aux créanciers qui sont étroitement liées à une décision de faillite reconnue en Suisse ». Il en découle une incertitude juridique, qui risque de provoquer inutilement l'ouverture de procédures. Qui plus est, le rapport explicatif cite comme exemple les « actions en responsabilité contre les directeurs pour préjudices causés aux créanciers ». Celles-ci ne correspondent pourtant pas à la définition prévue par l'art. 174c pLDIP : Il ne s'agit pas « d'actions préjudiciables aux créanciers », mais d'actions ouvertes en raison de la commission d'actes préjudiciables aux créanciers.

Par ailleurs, l'expression « au sens des art. 25 à 27 » devrait être remplacée par « aux conditions des art. 25 à 27 ».

Sur le fond

La LDIP ne prévoit pas la reconnaissance des jugements révocatoires, considérés comme liés à la procédure d'exécution forcée, en l'état. Pourtant, il s'agit de véritables procédures indépendantes, qui ne se déroulent pas forcément devant le même tribunal (ni d'ailleurs nécessairement dans le même pays), qui obéissent à des règles procédurales propres, et qui n'opposent pas systématiquement la masse des créanciers au failli. Sur cette base, il semble acceptable que ces jugements puissent faire l'objet d'une reconnaissance en Suisse pour eux-mêmes, sur la base des règles générales de la LDIP ou des conventions internationales réservées par cette loi.

Il n'en reste pas moins que le fait de reconnaître, de manière générale, les jugements révocatoires étrangers visant un bien situé en Suisse se concilie mal avec l'art. 172 LDIP. La reconnaissance du jugement étranger entrerait en collision avec les droits des créanciers suisses que protège cet article. L'opportunité de ne reconnaître les jugements rendus à l'étranger sur des actions révocatoires que lorsque le bien concerné se trouvait lui-même à l'étranger pourrait donc être considérée.

Art. 244a nouveau LP :

Sur le plan terminologique

A l'al. 2, l'emploi de la notion de « valeur des créances » vise-t-il à marquer une distinction avec celle de « montant de créances » ? Si tel n'est pas le cas, il serait préférable d'écrire « montant des créances ».

Sur le fond

L'avant-projet souhaite permettre de tenir compte de procédures étrangères lors de l'établissement de l'état de collocation, et compléter ainsi l'art. 63 de l'ordonnance du 13 juillet 1911 sur l'administration des offices de faillite.

La tournure « dans un délai convenable » à la fin de l'al. 1 est toutefois très floue. Selon l'art. 270 LP, la faillite doit être liquidée dans un délai d'un an à compter de son ouverture. Même si l'on peut éventuellement prolonger ce délai (art. 270 al. 2 LP), la faillite doit se liquider rapidement, les créanciers et l'ordre public en général y ayant intérêt. Dès lors, il conviendrait de fixer aussi un délai précis et relativement bref à l'art. 244a al. 1 LP.

En ce qui concerne l'al. 2, le texte de l'avant-projet exige uniquement que la décision étrangère relative à une créance soit définitive pour que cette créance soit colloquée dans la faillite suisse. Cela n'est pourtant pas suffisant : comme le rapport explicatif le relève, il faut aussi que la décision étrangère soit reconnue en Suisse. Il s'agirait de le prévoir de façon expresse dans le texte de loi.

* * *

Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat vaudois exprime des réserves quant à la nécessité de réviser la LDIP pour régler quelques procédures par année. Il constate par ailleurs que l'avant-projet demeure inabouti, tant sur le fond que sous l'angle rédactionnel. En son état actuel, cette révision ne peut donc être soutenue.

En vous remerciant de l'accueil que vous réserverez au présent avis, 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