



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP

**Office fédéral de la justice OFJ**  
Domaine de direction Droit privé  
Unité droit civil et procédure civile

# **Révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) : Procédure d'assainissement**

## **Synthèse des résultats de la procédure de consultation**

**Août 2009**

# 1 Généralités

La procédure de consultation relative à l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (procédure d'assainissement), daté de décembre 2008, a été ouverte par le Conseil fédéral le 28 janvier 2009 et a pris fin le 8 mai 2009. Le Tribunal fédéral, les cantons, les partis représentés à l'Assemblée fédérale, les facultés de droit ainsi que d'autres organisations intéressées ont été invités à donner leur avis.

25 cantons, 4 partis politiques et 31 organisations ont répondu. Deux participants qui n'avaient pas été officiellement consultés ont fait part de leur prise de position spontanée. Ont renoncé expressément à se prononcer : le Tribunal fédéral ainsi que l'Union des villes suisses.

## 2 Organismes ayant répondu

Voir la liste figurant en annexe.

## 3 Prises de position d'ordre général concernant l'avant-projet

### 31 Appréciation générale

La grande majorité des participants se félicite de la révision proposée (AG, AI, BL, BS, FR, GE, GL, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SO, TG, TI, UR, ZG, ZH ; PDC, PRD ; ASA, economieuisse, CPPFS, Association LP, SwissBanking, Fiduciaire Suisse, WP). Certains avis critiques ont également été formulés (SH, VD, ZH ; CVAM). Deux partis rejettent le texte proposé (PS, UDC) ainsi que quatre autres participants (Centre Patronal, SEC Suisse, USS, vsi).

### 32 Remarques générales

#### 321 Sur la procédure

Certains participants ont critiqué les propositions contenues dans l'avant-projet, relevant que celles-ci reposaient sur la seule conviction d'un groupe d'experts dont l'objectif se limitait à défendre les intérêts des organes d'assainissement et des cabinets d'avocats concernés, sans qu'aucun représentant des salariés n'ait été consulté (USS). Il a de même été relevé qu'aucun représentant de l'ordre judiciaire n'avait été appelé à se prononcer (UNIL). Il serait en outre impératif de consulter des experts provenant d'associations professionnelles et sectorielles avant l'élaboration du message, afin d'intégrer les préoccupations des PME (USAM).

Enfin, le fait que la minorité romande ait été sous-représentée au sein du groupe d'experts a également été critiqué ; le premier rapport rendu en 2005 n'a ainsi été traduit que partiellement, alors qu'aucun ouvrage romand n'a été cité une seule fois dans le second rapport (Centre Patronal, CVAM, UNIL).

#### 322 Situation initiale

Certains participants ont déploré le fait que l'avant-projet se réfère une fois de plus à la faillite de Swissair et que les propositions formulées ne visent que les faillites des grands groupes de sociétés sans égard à la réalité : or, en pratique, les entreprises touchées sont des raisons individuelles ou de petites ou moyennes entreprises (BE). Par ailleurs, le cas Swissair n'a fait ressortir aucun élément déterminant qui rendrait la modification de la procédure concordataire nécessaire. La faillite ne doit pas être évitée à tout prix. Au contraire, elle apparaît souvent plus propice à un nouveau départ qu'une longue procédure d'assainissement.

Ce fait ne saurait être compensé par la proposition faite d'étendre les droits de participation des créanciers (UDC).

### **323 Sur la nécessité d'une révision de la procédure d'assainissement en général**

De nombreux participants partagent l'avis du groupe d'expert selon lequel le droit suisse de l'exécution forcée concernant l'assainissement des entreprises est adapté et applicable, de sorte qu'aucune révision générale ne s'impose (NW, SG, SO, UR ; PRD, UDC ; économie-suisse, FER, CPPFS, Union patronale, SEE, veb, UBCS). Le fait que le projet ne propose pas un régime d'exécution forcée propre aux groupes de sociétés a également été salué et en particulier, le fait que le principe de la consolidation matérielle (pooling) ait été abandonné (Association LP). Un canton a également salué le fait que l'on ait sciemment renoncé à créer un droit spécial pour les faillites importantes (BL). Certains participants ont jugé qu'aucun besoin de légiférer ne se faisait sentir. L'avant-projet est né de la débâcle de Swissair. Or, aujourd'hui, il n'existe pas le même besoin de révision législative (VD ; Centre Patronal, CVAM, UNIL)

### **324 Sur l'avant-projet et le rapport explicatif**

La structure simple et claire de l'avant-projet a été saluée (SO) de même que le fait que tous les créanciers soient mis sur un pied d'égalité (NE). L'avant-projet offre une excellente solution médiane entre les différents intérêts en présence (Centre Patronal, CVAM, Association LP). Un parti est toutefois d'avis que l'avant-projet favorise plutôt les débiteurs au détriment des intérêts des créanciers (UDC). Un canton a par ailleurs relevé que le régime proposé était particulièrement complexe et devait être réservé aux cas difficiles (VD).

Un autre canton – dénonçant ainsi une faille de l'avant-projet – s'est étonné de ce que la réalité juridique et les conséquences des adaptations proposées n'aient pas été étudiées ou développées, soulignant qu'un grand nombre d'affirmations ne reposait que sur des suppositions (ZH). Un canton a, en outre, suggéré de consulter les normes internationales et en particulier les normes européennes en la matière, telles que le Règlement (CE) 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité et le Règlement (CE) 788/2008 du Conseil du 24 juillet 2008 (GE).

Certains participants ont également relevé les risques importants d'abus dans le cadre de la procédure concordataire, ajoutant que l'avant-projet ne faisait que les accroître: les concordats étant souvent très lucratifs pour les sociétés fiduciaires, il est arrivé à plusieurs reprises qu'au terme de faillites qui avaient été précédées d'une procédure concordataire infructueuse, le commissaire en charge ait été soupçonné d'avoir avant tout cherché à utiliser les biens restants de façon à augmenter ses honoraires ; l'autorité de surveillance est souvent impuissante face à ce type de comportements (BE). En outre, il arrive que des débiteurs menacés de faillite utilisent la procédure concordataire comme une échappatoire. Il ressort fréquemment, dans le cadre d'une liquidation prononcée selon les règles de la faillite après l'échec d'une procédure concordataire, que le débiteur a profité de la procédure concordataire non pas dans le but d'assainir sa société, mais pour mettre du capital de côté (BE). La révision proposée ne prend pas cette situation en compte ; au contraire, elle l'accroît, notamment avec la nouvelle réglementation sur le sursis provisoire et les tâches conséquentes qui viennent ainsi s'ajouter aux responsabilités du commissaire (BE). Sur le fond, plusieurs points traités dans la révision (en particulier la disparition du droit de rétention, la dissolution des contrats de durée et la protection des travailleurs) posent des questions importantes de droit matériel qu'il serait opportun de traiter hors du cadre de la révision de la procédure d'assainissement (VD). Par ailleurs, il serait nécessaire de prendre en compte la réforme en cours du droit de la société anonyme dont le rapport ne fait nulle part état (CFS).

D'un point de vue rédactionnel, d'aucuns ont critiqué le fait que l'avant-projet comportait de nombreux articles dont le numéro était complété d'une lettre minuscule en raison des nombreux ajouts apportés au texte de loi (exemple : art. 293a à 293d). Cette multiplication de dispositions légales n'est pas propice à une lecture fluide du texte (SW). Enfin, toujours sous

l'angle rédactionnel, plusieurs participants ont déploré certaines erreurs (notamment de traduction) relevées tant dans l'avant-projet que dans le rapport et ont formulé des propositions d'amélioration.

### **325 Questions supplémentaires n'ayant pas été abordées dans l'avant-projet**

D'aucuns ont proposé d'intégrer dans le projet de révision certains points que l'avant-projet n'aborde pas ou sur lesquels il ne propose aucun changement :

- Plusieurs participants regrettent que l'avant-projet ne traite pas expressément du prêt d'assainissement, car cette question doit, à leur sens, être réglementée. En pratique, le besoin de réglementation se fait réel et au vu de la jurisprudence de l'ATF 134 III 452, les arguments contenus dans le rapport explicatif sont dépassés. Prévoir d'attendre que le sursis concordataire soit prononcé pour pouvoir obtenir de nouveaux fonds n'a guère de sens et il est simplement inconcevable que les apports effectués de façon anticipée en vue d'un assainissement futurs soient moins bien traités que les apports versés une fois le sursis concordataire prononcé. De même n'est-il pas justifié d'avantager le créancier qui se fait rembourser sa créance avant de verser sa contribution d'assainissement, par rapport au créancier qui ne réclame pas immédiatement son dû et permet ainsi à l'entreprise concernée de profiter temporairement de liquidités. L'avant-projet doit donc être complété en conséquence (PRD, UDC ; economiesuisse, SwissBanking, UBCS).
- Une autre proposition développée de manière circonstanciée a été formulée. Elle visait à réglementer la question du prêt effectué en remplacement du capital propre (Association LP) ; un second participant a formulé un avis allant dans le même sens (ZH).
- Certains ont regretté que l'on n'ait pas profité de la révision partielle actuelle pour adapter les dispositions sur le règlement amiable des dettes (art. 333 ss LP) (NW ; CPPFS). En effet, pour plusieurs participants, certaines améliorations ponctuelles se seraient avérées nécessaires dans ce domaine ; l'on aurait pu, ce faisant, s'inspirer du droit de l'exécution forcée allemand applicable aux personnes physiques (NE, NW ; CPPFS).
- L'étude du cas Swissair a révélé qu'il existait de nombreux chevauchements entre les autorités, notamment avec les autorités pénales. Ces considérations ont amené un participant à proposer la création d'une base légale permettant de mettre sur pied un organe à même de centraliser toutes les informations en cas de faillite ou de crise importantes d'entreprises (ZH).
- Dans son message relatif au nouveau droit de la société anonyme, le Conseil fédéral a proposé d'introduire dans la loi la possibilité de convoquer une AG d'assainissement en cas d'insolvabilité. Il serait par conséquent opportun d'insérer une telle disposition dans l'avant-projet (veb).
- Un participant témoigne de sa surprise en constatant que l'on s'engage dans un processus de révision mettant considérablement en péril les intérêts des travailleurs et favorisant les licenciements, alors que nous vivons une période de récession économique profonde. La crise économique actuelle requiert au contraire que la loi impose la mise en place de plans sociaux en cas de licenciements collectifs. L'art. 335f CO doit donc être complété en ce sens (USS).
- Le projet souffre d'une lacune fondamentale dans sa conception même ; il se borne en effet à réglementer les possibilités d'améliorations dans le domaine couvert par la LP, à savoir lorsque le sursis concordataire a été validé, mais laisse de côté les possibilités d'assainissement envisageables avant qu'une procédure concordataire formelle ne soit introduite. En pratique, le fait d'ouvrir une procédure formelle génère déjà des pertes importantes, ce qui compromet d'autant un éventuel assainissement. Les participants concernés proposent donc de remanier fon-

damentalement le projet mis en consultation. Il s'agit notamment d'identifier les signes avant-coureurs propres à justifier une procédure d'assainissement (actuellement art. 725, al. 1 et 2, CO). Il importe, par ailleurs, de compléter les instruments dont dispose le conseil d'administration pour procéder à un assainissement efficace (CFS).

- Dans le contexte d'une révision concernant la procédure d'assainissement, il conviendrait d'intégrer d'autres domaines du droit tels que le droit fiscal (SW).
- Tout le domaine de l'assainissement gagnerait en qualité et en efficacité si les tribunaux comptaient dans leurs rangs plus de juges versés en économie (UBCS).
- L'art. 27 LP attribuant aux cantons le droit de réglementer la représentation professionnelle des intéressés à la procédure d'exécution forcée est largement dépassé, du fait de la loi sur le marché intérieur. Cette compétence cantonale conduit dans certains cantons à l'exclusion malheureuse de représentants des créanciers. L'art. 27, al. 1, LP, doit donc être modifié et permettre à chacun de représenter professionnellement les intéressés dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée menée sur le territoire suisse. L'art. 27, al. 2 et 3, LP doit en revanche être purement et simplement abrogé (SVC, vsi).
- Le rapport n'aborde pas la question de l'impact financier de la réforme proposée, notamment pour les cantons (VD).

## **4 Prises de position concernant la révision de la procédure concordataire (procédure d'assainissement)**

### **41 Avis de surendettement et ajournement de la faillite**

De nombreux participants saluent la proposition de faire disparaître l'ajournement de la faillite en tant que tel en l'intégrant à la procédure concordataire (LU, NE, SZ, ZH ; économie-suisse, Association LP, UBCS). Il convient toutefois de s'assurer que les avantages découlant de l'ajournement de la faillite ne seront pas perdus si l'on intègre l'ajournement de la faillite dans la procédure concordataire (Gastrosuisse). Le fait que l'ajournement de la faillite concerne dorénavant tous les sociétés, quelle que soit leur forme juridique, a également été perçu comme une amélioration (Gastrosuisse). Il convient ce faisant d'examiner si l'avis de surendettement au sens de l'art. 725 CO ne devrait pas être également intégré à la LP afin de s'appliquer à toutes les formes de sociétés (UBCS) permettant ainsi à ces dernières d'accéder en temps voulu aux tribunaux (SZ, TI). Un autre participant s'est, au contraire, félicité de ne pas voir le champ d'application de l'avis de surendettement (art. 725 CO) s'étendre aux raisons individuelles et aux sociétés de personnes (PDC).

D'autres participants se sont exprimés de façon critique à l'égard de la proposition consistant à intégrer l'ajournement de la faillite dans la procédure concordataire :

- Les tribunaux et les praticiens apprécient l'ajournement de la faillite, car cette procédure est flexible, fiable et, de plus, soumise à un contrôle judiciaire (GE ; Centre Patronal, CVAM, FSA). Le régime de l'ajournement de la faillite actuel, qui a donné satisfaction, doit donc être conservé en l'état (UDC ; Centre Patronal, CVAM, FSA, SEE, UNIL).
- La procédure actuelle de l'ajournement de la faillite est tout à fait viable; elle est simple, flexible, efficace ; de surcroît, elle laisse une large marge de manœuvre aux tribunaux. L'on peut donc se demander s'il est opportun de supprimer la procédure actuelle et de la remplacer par le régime complexe du sursis concordataire provisoire dont l'accès n'est pas aisé pour les petites et moyennes entreprises. L'ajournement de la faillite permet aux entreprises de parvenir à un assainissement en dehors de toute procédure préétablie, notamment en évitant les lourdeurs et les frais liés à une telle procédure (VD).

## **42 Phase d'introduction**

### **421 Requête du débiteur (art. 293, let. a, AP LP)**

Sous l'empire du droit actuel, le sursis concordataire ne peut être prononcé que si le débiteur présente un projet de concordat. Or un tel projet n'est pas indispensable de sorte que l'on peut renoncer à l'exiger, d'où son abandon dans l'avant-projet (JU, LU, SZ). Le plan de trésorerie apparaît en revanche comme une nécessité évidente (SZ).

Bilans et comptes de résultats devraient satisfaire à des exigences minimales en termes de qualité ; il s'agirait en particulier de requérir que ces documents soient le reflet réel de l'état du patrimoine, des finances et des résultats de l'entreprise. De même le budget devrait-il s'appuyer sur ces documents de référence (veb). L'art. 293, let. a, AP LP, doit être complété de façon à préciser que le bilan doit refléter la situation actuelle, sans être nécessairement révisé (SW) et que les documents doivent être actuels et se prononcer sur l'avenir de la société (LU, UBCS). Une importance particulière doit être accordée à l'obligation de détailler les chiffres avancés, afin d'éviter des abus (economiesuisse).

A l'inverse, plusieurs participants ont critiqué la proposition de ne plus exiger qu'un projet de concordat soit présenté à ce stade : si un projet de concordat n'a plus à être présenté, des demandes risquent d'être déposées de façon abusive (FR ; SwissBanking). Ces participants craignent qu'un accès facilité au sursis permette à certains débiteurs astucieux d'obtenir d'un juge du concordat peu rompu aux choses financières, en lui soumettant des bilans, comptes de résultats et budgets qu'ils auront eux-mêmes établis, un sursis de quatre mois ne nécessitant pas l'intervention d'un commissaire et n'exigeant pas d'en informer l'office des poursuites et de la faillite. Certains cercles de débiteurs seraient ainsi incités à tenter leur chance en obtenant un sursis provisoire de façon à repousser la menace d'une faillite le temps de faire disparaître la majeure partie du patrimoine de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle un participant a recommandé de limiter le régime du sursis provisoire aux entreprises possédant un capital minimum ou répondant à d'autres critères adéquats (BE). Proposition a, en outre, été faite de rendre la remise du bilan, des comptes de résultats et du plan de trésorerie, en tous les cas obligatoire (FR).

### **422 Requête du créancier (art. 293, let. b, AP LP)**

Concernant le droit des créanciers d'introduire une procédure concordataire, il a été relevé que la solution choisie consistant à limiter ce droit aux seuls créanciers habilités à requérir la faillite (art. 293, let. b, AP LP) n'était pas appropriée. Dans ces conditions, les organismes de prêts (banques), quoique susceptibles d'apporter leur soutien à une procédure concordataire (et ayant intérêt à l'ouverture d'une telle procédure), seraient rarement habilités à l'introduire; inversement, d'autres créanciers moins importants ayant dans leurs mains une commination de faillite seraient légitimés à introduire une procédure concordataire. La possibilité de tenter d'obtenir un sursis provisoire devrait donc être ouverte à tous les créanciers. Les incidences financières de la procédure suffiraient à empêcher les abus (LU).

### **423 Introduction d'office (art. 173a AP LP, art. 293, let. c, AP LP)**

S'agissant de l'introduction d'office de la procédure concordataire (art. 173a et 293, let. c, AP LP), un participant s'est demandé comment, en pratique, le juge pourrait décider de l'octroi du sursis à une entreprise souhaitant déposer son bilan, lors même qu'aucune demande en ce sens n'aurait été formulée. Un tel scénario placerait le juge dans une quasi impossibilité de motiver les perspectives d'assainissement, d'autant plus que la décision doit être prononcée dans le cadre d'une procédure sommaire basée sur des pièces. Aussi est-il inapproprié de maintenir la possibilité d'introduire d'office une procédure concordataire (UBCS).

## **43 Phase du sursis**

### **431 Sursis provisoire (art. 293a à 293d AP LP)**

L'importance accrue du sursis provisoire découlant de la réglementation proposée a été jugée positive par une partie des participants (LU, SZ ; PDC ; Association LP). De même, la proposition d'échelonner les sursis (sursis provisoire et sursis définitif) a-t-elle été jugée bénéfique par un canton du moins (LU). A l'inverse, un autre canton a jugé la procédure proposée trop lourde ; en effet, le fait de prévoir de façon quasi automatique l'octroi d'un sursis concordataire provisoire risque d'avoir pour effet que l'ouverture de certaines faillites soit inutilement repoussée (VD ; Centre Patronal, CVAM).

De même, le juge devrait-il être en mesure, dans le cadre du sursis provisoire également, de requérir de l'office des poursuites que celui-ci dresse un inventaire des biens du débiteur (art. 162 LP) au titre de mesure conservatoire (Association LP).

### **432 Octroi du sursis provisoire (art. 293a AP LP)**

Plusieurs participants se sont prononcés sur la durée maximale de quatre mois prévue en matière de sursis provisoire : les uns, invoquant la pratique, ont estimé que ce délai était trop serré pour procéder à un assainissement (VD ; FSA). D'autres ont considérés à l'inverse que ce délai était trop large (SwissBanking ; UBCS). D'autres encore ont fait état de la nécessité de renforcer les exigences (motivation) concernant l'octroi du délai, afin notamment d'éviter les abus (economiesuisse). L'art. 293a, AP LP, devrait par ailleurs préciser que ce délai n'est pas prolongeable (SW). Les conditions ouvrant droit au sursis ont en outre été jugées par trop imprécises, puisque les créanciers ne seraient pas consultés (SVKB).

Un participant a jugé impraticable la proposition formulée aux art. 293a, al. 2, et 294, al. 3, AP LP, consistant à permettre au juge du concordat de prononcer la faillite dans certains cas, cette mesure recelant le risque de générer des décisions contradictoires (SEE). Trois participants ont en outre considéré que l'ouverture d'office de la faillite en application de l'art. 293a, al. 2, AP LP, sans consultation du débiteur, constituait une violation intolérable du droit d'être entendu (VD ; UNIL ; SW).

### **433 Commissaire provisoire (art. 293b AP LP)**

Plusieurs participants ont exigé qu'un commissaire soit impérativement nommé en cas de sursis provisoire, arguant que seul celui-ci pouvait – en tant qu'expert neutre – effectuer le contrôle nécessaire à la conservation du patrimoine du débiteur (BL, JU, NE ; economiesuisse). Le point de vue inverse a également été défendu, selon lequel il était justifié de ne pas prévoir systématiquement la présence d'un commissaire en cas d'ajournement de la faillite (FSA, Gastrosuisse), car le coût de son intervention pouvait être tel pour les petites entreprises qu'il rendrait d'avance difficile – voire impossible – tout d'assainissement (Gastrosuisse).

### **434 Effets du sursis provisoire (art. 293c AP LP)**

De façon générale, les participants ont demandé que les effets du sursis provisoire selon l'art. 293c, al. 1, AP LP, soient les mêmes que ceux du sursis définitif. Les créanciers devraient ainsi jouir des mêmes voies de droit. Il n'est pas tolérable de faire supporter aux créanciers des restrictions importantes tout en limitant considérablement leurs droits. L'art. 293a AP LP, doit donc être adapté en conséquence et permettre aux créanciers d'attaquer l'octroi d'un sursis provisoire (USC, SwissBanking). Enfin, l'art. 293c, al.1, AP LP, devrait préciser que les effets déployés par un sursis provisoire rendu public sont les mêmes que ceux du sursis définitif (economiesuisse, SVKB).

#### **435 Non communication de l'octroi du sursis provisoire à l'office des poursuites (art. 293c, al. 2, let. a, AP LP)**

Plusieurs participants ont accueilli favorablement la proposition de ne pas informer les offices du sursis provisoire (FR, ZH ; economiesuisse, FER, FSA, Association LP). Un nombre important de critiques a pourtant été formulé à cet égard :

- Il ne fait aucun sens de ne pas informer les offices des poursuites de l'octroi d'un sursis (BE, BL, NE, OW, TI, VD, ZH ; CPPFS, ASSL, Swissbanking, SVBK). Le débiteur pourrait faire l'objet d'une poursuite, mais celle-ci ne pourrait pas être continuée (art. 293c, al. 2, let. b, AP LP). La proposition de renoncer à la publication du sursis provisoire doit être rejetée (ASA, HEV, USC).
- La règle devrait consister à rendre public le sursis provisoire ; la non publication devrait constituer l'exception et être motivée (BL).
- On peut se demander comment l'office des poursuites doit savoir qu'il ne peut pas ordonner la continuation d'une poursuite s'il n'a pas reçu l'information correspondante (OW). Si un créancier requiert la continuation de la poursuite, l'office des poursuites devra donner suite à cette demande ; le débiteur aura alors la possibilité de s'opposer à la continuation de la poursuite en invoquant le bénéfice du sursis provisoire ; c'est à ce moment-là seulement que l'office aura connaissance du sursis. Cette situation génère des démarches inutiles (BE ; CPPFS, SVBK). Aussi n'est-elle pas viable (BL, VD).
- Si l'on veut éviter que les tiers apprennent l'existence d'un sursis, il y aurait lieu de compléter en conséquence l'art. 8a LP (BE).
- S'agit-il d'une mesure réelle ? En effet, les créanciers ayant engagé des poursuites contre le débiteur et s'étant vu refuser la continuation de la poursuite ensuite d'une plainte déposée dans le cadre de l'art. 17 LP, se trouveraient informés de l'existence du sursis, contrairement aux autres créanciers du débiteur. Il y aurait alors inégalité de traitement entre les créanciers, ce qui est contraire à la loi (FR, TI ; ASSL, Swissbanking). La procédure prévue est en outre trop complexe et génère des frais inutiles (economicsuisse, SwissBanking).
- Prévoir de ne pas rendre public le sursis et renoncer par ailleurs à nommer un commissaire n'est pas très heureux. Si l'on devait renoncer à rendre le sursis public, il conviendrait d'imposer la présence d'un commissaire (SVBK).
- La possibilité d'accorder le sursis sans publicité conformément à l'art. 293c, al. 2, AP LP, porte une atteinte intolérable aux intérêts des créanciers. Les débiteurs pourraient ainsi « s'échapper », protégés par les dispositions en matière d'assainissement, sans que cela soit rendu public ; le danger serait alors de voir ces débiteurs conclure de nouveaux contrats avec de tiers encore épargnés qui deviendraient à leur tour de nouveaux créanciers, sans avoir pu se protéger (vsi). Par ailleurs, le projet ne dit pas clairement ce qu'il adviendrait – notamment sous l'angle de la responsabilité – des créances naissant pendant le sursis provisoire, étant donné que l'existence de ce sursis n'aurait pas été signalée aux nouveaux créanciers (SVBK, VSKF, ZEK).
- Il semble en outre délicat de permettre qu'un créancier introduise une poursuite et engage de ce fait des frais, alors même qu'un sursis provisoire a été prononcé et que la procédure ne peut pas être continuée (vrb).
- Si l'on renonce à publier le sursis provisoire, les salariés devraient être obligatoirement informés de la situation par un autre biais. A défaut, l'art. 53, al. 1, LACI, devrait être adapté de façon à prendre en compte les cas liés au sursis provisoire. Etant donné que l'octroi d'un sursis concordataire provisoire constitue un cas d'indemnité pour cause d'insolvabilité (art. 58 en relation avec l'art. 51, al. 1, LACI), les travailleurs devraient présenter leur demande d'indemnisation à la caisse publique compétente dans un délai de 60 jours à compter de la date de la publica-

tion du sursis concordataire dans la FOSC, sous peine de perdre leur droit (art. 53, al. 3, LACI) (TG).

#### **436 Effets en cas de cession (art. 293c, al. 2, let. c, AP LP)**

Seuls trois participants se sont exprimés positivement sur la réglementation proposée ici (FSA, Association LP, SVBK). De nombreux autres participants se sont au contraire prononcés en défaveur de cette disposition :

- La disposition proposée favorise à nouveau le débiteur en lui permettant de poursuivre son activité quasiment sans entraves et de céder ultérieurement ses nouvelles créances. C'est avant tout le patrimoine du cédant qui serait gravement touché. De même, cette disposition a-t-elle pour effet de générer une inégalité de traitement considérable par rapport au débiteur dont le sursis provisoire a été publié ; l'art. 293c, al. 2, let. c, AP LP doit donc être supprimé (BE). La réglementation prévue à l'art. 297, al. 2<sup>bis</sup> et à l'art. 293c, al. 2, let. c, AP LP, pourrait avoir pour effets de dépouiller le créancier qui, souhaitant garantir les contre-prestations qui lui sont dues contractuellement, se serait pourvu d'un titre de cession globale et se retrouverait avec un titre de garantie totalement vidé de sa substance, du simple fait de l'existence d'un sursis concordataire. Cette solution est indéfendable, car elle porte atteinte aux intérêts des créanciers d'une façon contraire au droit. Les débiteurs mal intentionnés pourraient être ainsi amenés à améliorer leur situation en requérant un sursis provisoire (vsi). Ces dispositions doivent donc elles aussi être supprimées (vsi).
- D'autres participants ont également estimé que la règle énoncée à l'art. 297, al. 2<sup>bis</sup>, AP LP, posait certains problèmes (economiesuisse, SwissBanking). Alors qu'en cas de faillite le débiteur perd son droit de disposer, ce droit lui reste acquis – sous réserve des actes mentionnés à l'art. 298 LP – en cas de sursis concordataire (economiesuisse, ASSL, SVBK). Si l'on respectait la théorie du passage (Durchgangstheorie) appliquée par le Tribunal fédéral, les créances nées pendant le sursis concordataire devraient être comprises dans la cession. La réglementation proposée dans l'avant-projet doit être revue sous l'angle de cette théorie (economiesuisse).
- Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, les loyers futurs ne seraient dus qu'à leur échéance ; il s'agirait donc de créances futures. Dans le leasing immobilier ou le financement structuré dans le domaine du leasing, ce type de cessions joue un rôle non négligeable pour apprécier la stabilité d'un financement. Ces créances représentent en outre une bonne partie de la solvabilité du débiteur. En conséquence, s'il l'on veut conserver la capacité des entreprises de contracter des crédits ou encore renforcer leur position dans ce domaine, il est impératif que l'on renonce à ce type de réglementations (ASSL).
- Enfin, cette disposition fait craindre que l'on ait dorénavant régulièrement recours à la publication du sursis, annihilant ainsi toute perspective d'assainissement (VD).

#### **437 Voies de recours (art. 293d AP LP)**

Ne pas octroyer aux créanciers un droit de recours est problématique. Ceux-ci devraient en effet également pouvoir recourir contre une décision, mais cette voie de droit devrait être limitée aux sursis ayant fait l'objet d'une publication. Dans les autres cas, soit lorsque le sursis n'est pas publié, il semble justifié de ne pas octroyer de droit de recours aux créanciers, afin de ne pas compromettre l'objectif poursuivi et permettre au débiteur de procéder à l'assainissement en toute tranquillité (SVBK). Par ailleurs, un participant a souligné qu'il serait souhaitable de donner en tous les cas aux créanciers le moyen d'attaquer les décisions restreignant leurs droits (UNIL). La disposition devrait à tout le moins mentionner expressément, sous la forme d'une réserve, la possibilité d'en appeler au commissaire (SW).

#### **438 Sursis définitif : Audience et décision (art. 294 AP LP)**

Certains participants relèvent que la disposition de l'art. 294, al. 2, AP LP, selon laquelle le commissaire provisoire doit établir un rapport, suppose qu'un commissaire soit effectivement nommé (art. 293b, AP LP) (ZH ; FSA). En outre, un participant a relevé que l'audience orale prévue à l'art. 294, al. 2, AP LP, n'était pas idéale, et que la forme orale devait être limitée aux cas particulièrement simples (SW). Par ailleurs, un participant a considéré que l'audience devait être fixée d'office par le juge à qui il revenait de convoquer les créanciers principaux, le commissaire devant en outre remettre un rapport écrit (SVKB). Un canton a estimé que l'art. 294, al. 3, AP LP, posait problème, du fait qu'il ne garantissait pas au débiteur le droit d'être entendu (VD).

#### **439 Prolongation du sursis (art. 294a AP LP)**

Les dispositions contenues dans cet article ont soulevé de nombreuses critiques :

- L'on voit mal pourquoi le débiteur n'est pas lui aussi habilité à demander la prolongation du sursis (SW). La disposition est par ailleurs mal placée du point de vue de la systématique : un commissaire devrait tout d'abord être nommé avant de pouvoir requérir la prolongation du sursis ; la disposition devrait donc se situer entre l'art. 295a et l'art. 295b, AP LP (ZH).
- Le fait de prévoir la possibilité de prolonger le sursis n'est pas en soi problématique ; il conviendrait toutefois d'accompagner cette mesure d'une réglementation impérative. Il s'agirait idéalement de faire dépendre cette prolongation du remboursement intégral des créances de première et deuxième classe, car dans le cas contraire, le créancier aurait du mal à percevoir l'intérêt réel du sursis concordataire et pourrait s'interroger sur le bien-fondé d'une prolongation (ASA).
- La convocation de l'assemblée des créanciers prévue à l'art. 294a, al. 2 et 3, AP LP, risquerait d'avoir pour seul effet de prolonger la procédure, puisque cette assemblée ne peut pas décider d'une éventuelle prolongation du sursis. La même remarque s'applique concernant la révocation du commissaire (ZH)
- L'assemblée des créanciers ne devrait pas avoir la compétence de nommer un nouveau commissaire en cas de prolongation du sursis pour une durée supérieure à douze mois. Cette tâche est du ressort du juge du concordat. Les créanciers ne sont en effet pas nécessairement familiers de la procédure ; par ailleurs, la révocation devrait être en tous les cas possible même si la disposition n'en fait pas mention expressément. La disposition doit donc être adaptée de façon à ce que l'assemblée des créanciers puisse proposer au juge de destituer le commissaire (SW).
- L'art. 294a, al. 3, AP LP, selon lequel les créanciers peuvent constituer une commission, admettre de nouveaux membres ou en révoquer d'anciens, peut poser des problèmes s'il existe un conflit d'intérêts entre les différents créanciers (VD). Il serait donc souhaitable que seul le juge – et non les créanciers – soit habilité à procéder à ces démarches (FSA).

#### **4310 Commissaire (art. 295 AP LP)**

Au vu de la situation actuelle insatisfaisante, il serait important de préciser les compétences du commissaire à l'égard du débiteur dans la décision octroyant le sursis et de définir clairement le cadre de son mandat (SVKB). Le commissaire devrait en outre être soumis à une surveillance ; la tâche de commissaire devrait également être confiée aux seules personnes dont les compétences techniques peuvent être vérifiées (SVKB). Le renforcement de la position du commissaire n'est pas sans poser problème. En effet, à l'heure actuelle, les cantons ont tous leurs propres critères concernant l'accès à la charge de commissaire ; or, cette

question n'est pas abordée dans la révision proposée. Au vu de l'importance croissante que revêt la procédure concordataire, il serait judicieux de définir au niveau fédéral les conditions permettant d'accéder à la fonction de commissaire, ne serait-ce qu'en raison de l'augmentation des procédures parallèles menées dans plusieurs cantons (BE). Le droit actuel ne permet guère de poursuivre le commissaire pour les actes irréguliers que l'on aurait pu constater dans la gestion de son mandat. Lorsque, au cours de la faillite qui suit une procédure concordataire, les autorités relèvent de telles irrégularités, le commissaire n'est déjà plus lié par un rapport de service au sens de la LP avec le canton. Etant donné que le mandat est alors clos, il n'est plus possible de prendre des mesures en application de l'art. 14 LP. C'est la raison pour laquelle il serait opportun de prévoir que les mesures prévues à l'art. 14 LP sont applicables par analogie au commissaire; il conviendrait en outre de prévoir dans la loi que le commissaire pourra être poursuivi, à des fins d'enquête ou de sanction en application de l'art. 14 LP, dans les douze mois au moins qui suivent la fin de la procédure (BE). Un participant a, par ailleurs, proposé d'ajouter à l'art. 295, AP LP, un alinéa 3, prévoyant en substance : « Lorsque la procédure d'assainissement n'a pas pour objet de parvenir à un concordat, le commissaire a pour tâche, outre les attributions que lui confère l'art. 293, al. 2, let. b et d, d'œuvrer activement à l'assainissement du débiteur ; il peut également participer à l'élaboration d'un plan d'assainissement » (SW).

#### **4311 Commission des créanciers (art. 295a AP LP)**

Plusieurs participants ont salué ouvertement la possibilité d'instituer une commission des créanciers (NE, SH, SO, ZH ; PDC, PRD, PS, economiesuisse, FER, Fiduciaire suisse) et de convoquer une assemblée des créanciers extraordinaire (PDC, PS). Il en a été de même concernant le renforcement des droits de participations des créanciers (Association LP, USS, UBCS). D'autres participants se sont toutefois exprimés en défaveur de l'institution d'une commission des créanciers (BL, VD ; PRD ; FSA, CFS). Un participant a notamment considéré que la désignation d'une commission des créanciers aurait pour effet de compliquer, d'alourdir et de prolonger la procédure (CFS). Un canton a par ailleurs relevé qu'il pouvait être utile de prévoir une commission des créanciers dans les cas de sursis concordataire touchant de grandes sociétés, mais pas dans les procédures relatives à des petites ou moyennes entreprises (GE). Proposition a été faite, pour la même raison, de conserver le système actuel afin d'exclure toute procédure relative à la constitution équilibrée d'une commission des créanciers au cours de la phase du sursis et d'éviter les éventuels conflits d'intérêts stériles pouvant naître entre la commission des créanciers, le commissaire et la direction de l'entreprise (BL). D'aucuns ont également souligné qu'en octroyant à la commission des créanciers des compétences étendues, on en arrivait à une privatisation de la procédure recelant des risques de partialité et de passe-droits (VD ; FSA); cette conséquence pourrait être d'autant plus problématique que les actes accomplis sur la base de l'art. 285, al. 3, AP LP, ne peuvent par la suite plus être attaqués (VD).

On a également critiqué le fait que ni la façon dont la commission devait être instituée, ni sa composition, ne ressortaient de l'article proposé, ce qui pourrait conduire à de nombreuses difficultés pratiques, notamment si un trop grand nombre de créanciers devait faire partie de la commission, ou encore, si un recours était déposé contre l'intégration ou, à l'inverse, la non intégration d'un créancier au sein de la commission (VD). Un participant a à ce titre proposé qu'un alinéa 4 soit ajouté à la disposition : il prévoirait l'obligation, pour la commission des créanciers, de se donner un règlement dont le texte serait soumis à l'approbation du juge (SW).

De même a-t-il été déploré que l'art. 295a, AP LP, ne définisse pas plus clairement les compétences attribuées à la commission des créanciers. En outre, l'on ne comprend pas la portée du droit de participation attribué à la commission si celle-ci ne possède pas de droit de veto : la commission a-t-elle ainsi le droit de s'opposer à une décision du commissaire ou le pouvoir final de trancher revient-il au juge ? (SVKB). Dans le même ordre d'idée, un partici-

pant a jugé problématique le fait que la commission des créanciers puisse donner des directives au commissaire. Il a proposé d'introduire un droit de proposition en faveur de la commission des créanciers, en donnant à cette dernière la possibilité d'attaquer par un recours les actes du commissaire (SW). Un autre participant a estimé que les créanciers qui n'étaient pas représentés au sein de la commission devaient aussi jouir d'un droit de recours (UNIL). Un participant a également proposé que la commission des créanciers soit instituée automatiquement sans que le pouvoir d'en décider soit laissé juge (NE). Il aurait en outre été conséquent de prévoir l'institution d'une commission équivalente en cas de faillite (art. 237, al. 3, LP) (ZH).

Un participant a par ailleurs demandé que soit intégré le droit, pour les employés de l'entreprise concernée, de convoquer une commission des créanciers. Les employés devraient également être représentés au sein de cette commission ; l'expérience a, en effet, montré que les employés étaient largement sous-représentés au sein des commissions de créanciers. Il s'agirait par ailleurs d'examiner dans quelle mesure le droit de participation de la commission des créanciers pourrait être étendu, notamment en matière de droit de veto sur les questions touchant aux droits des employés (Syna).

#### **4312 Voies de recours (art. 295b AP LP)**

Le fait que la plupart des créanciers ne disposent pas des connaissances nécessaires pour formuler un recours motivé est perçu comme un obstacle. Dans les rapports internationaux se pose en outre le problème lié à la difficulté d'informer les créanciers (LU). L'utilité de la voie de recours proposée a été mise en doute : prévoir une procédure de recours à un moment où l'entreprise est en train de lutter pour sa survie peut être contre-productif (CFS). Le fait que la commission des créanciers puisse approuver, en lieu et place du juge, les actes énoncés à l'art. 298, al. 2, AP LP, a également été critiqué (PRD ; Centre patronal, CVAM, FSA).

#### **4313 Publication (art. 296 AP LP)**

Le fait d'avoir introduit le registre du commerce dans la liste des autorités devant être informées a été jugé bénéfique (FR, LU). A l'inverse, il ne semble pas utile d'intégrer l'office des poursuites dans cette liste étant donné que cette autorité n'est pas concernée par les procédures de sursis et qu'il n'en est en pratique par informée non plus (BL, ZH ; Association LP). Il s'agirait également de préciser que la publication doit être effectuée par le tribunal (SW).

#### **4314 Annulation du sursis (art. 296a AP LP)**

La disposition proposée ici est le point final logique des règles de procédures qui précèdent (LU ; Association LP). L'on devrait toutefois réserver le droit du débiteur et des créanciers requérants d'attaquer la décision d'annulation lorsqu'un assainissement est intervenu, les autres créanciers ne disposant pas des connaissances suffisantes pour mener une procédure de pourvoi (LU). Un autre participant a regretté l'intégration de cet article qui, à son sens, ne répond à aucune nécessité pratique (CFS).

#### **4315 Effets du sursis**

Toute une série de remarques et propositions ont été formulées à propos des art. 297 à 298 et 300 s., AP LP :

- L'interdiction faite aux créanciers privilégiés également d'introduire une poursuite, ou d'en demander la continuation, a été saluée, car elle place tous les créanciers sur un pied d'égalité (FR, LU). Un participant s'est toutefois interrogé sur la raison ayant conduit à ne pas inclure dans cette interdiction les créanciers faisant valoir des créances garanties par gages immobiliers (FR).
- Un canton a approuvé la possibilité donnée au juge du concordat, à l'art. 298, AP LP, d'élargir les compétences attribuées au commissaire (LU). Une critique a été

formulée à l'égard de la disposition donnant à la commission des créanciers, à l'instar de ce qui est prévu à l'art. 295a, AP LP, le pouvoir d'approuver les actes en question (UNIL).

- Un participant a jugé regrettable que l'on n'ait pas tenu compte aux art. 300 et 301, AP LP, de la pratique du commissaire en matière internationale. Lorsque des établissements sis à l'étranger sont concernés, il serait souhaitable que la publication ait lieu dans les organes utilisés dans le pays concerné (LU).

## **44 Phase d'homologation**

### **441 Abrogation de l'art. 306, al. 2, ch. 1<sup>bis</sup>**

De l'avis d'un canton, cette disposition ne devrait pas être supprimée (VD).

### **442 Garantie pour les créanciers de troisième classe (art. 306, al. 1, chiffre 2, AP LP)**

La réglementation proposée ici a été jugée pertinente par un certain nombre de participants (JU, LU, SZ ; economiesuisse, Association LP). Un canton a estimé positive la proposition de renoncer à la garantie des créances de troisième classe, tout en requérant qu'un concept concluant soit encore finalisé permettant de garantir que les dividendes concordataires résultant de l'opération d'assainissement seront versées dans un délai déterminé (BL). Un participant a en outre proposé – étant donné que la disparition de la garantie des créances de troisième classe fragilise les droits de leurs titulaires – de prévoir que le juge se prononçant sur le concordat examine également si et dans quelle mesure ces créanciers peuvent espérer percevoir des dividendes, notamment grâce à des rendements futurs (economiesuisse).

Plusieurs participants ont également été critiques à l'égard de la disposition préconisée:

- Le fait qu'il ne soit fait mention nulle part des exigences relatives à l'exécution du concordat pourrait avoir pour effet de rendre le recours à l'art. 316 LP de plus en plus fréquent, permettant alors aux créanciers dont les prétentions n'auraient pas été satisfaites par le concordat de requérir du juge son annulation (JU).
- Il est légitime de s'interroger sur la pertinence de la proposition, car il est fort possible que les créanciers de troisième classe s'opposent au concordat s'ils ne peuvent avoir la certitude qu'il sera appliqué. Il serait en outre avisé de prévoir suffisamment de moyens offrant aux créanciers une garantie réelle quant à l'exécution du concordat (ASA).
- En raison de cette absence de garantie, les créanciers pourraient se voir soumettre pour approbation des concordats complètement utopiques, et être ainsi floués. Il convient en outre de rappeler qu'à l'heure actuelle les autorités judiciaires en charge des procédures concordataires et de l'homologation des concordats sont déjà souvent surchargées. La révision proposée, qui augmente la responsabilité des tribunaux, est de ce fait problématique (SVC, SwissBanking, SVBK).
- Par ailleurs, les créanciers non privilégiés de troisième classe risquent d'être incités à adhérer à un concordat entièrement illusoire et d'en ressortir lésés. Les créanciers de troisième classe dotés d'un bon conseil juridique devraient dès lors, à l'avenir, refuser par principe d'approuver un concordat, ne serait-ce que sur la base de considérations générales, dans le simple but de préserver leurs intérêts. La teneur actuelle de l'art. 306, al. 2, chiffre 2, LP, doit donc être maintenue (vsi).

### **443 Contribution équitable à l'assainissement (art. 306, al. 1, chiffre. 3, AP LP)**

Plusieurs participants ont jugé que la proposition faite ici était globalement intéressante, mais pouvait poser certains problèmes d'exécution, en particulier pour les sociétés cotées en bourse lors de l'identification de leurs titulaires, puisque cette information seule peut déter-

miner leur participation (JU, LU, SVBK) ; la formulation employée a aussi été jugée trop imprécise (SZ).

Un participant a également relevé que le rapport – en totale contradiction avec la teneur de la disposition – indiquait qu'il était possible, dans certains cas, de renoncer à cette contribution (JU). Le texte de loi devrait préciser cette possibilité (JU). Cette solution semble d'autant plus justifiée qu'une contribution forcée pourrait faire obstacle aux concordats-dividendes (ZH). Enfin, la proposition a également été jugée insatisfaisante en ce sens que la contribution d'assainissement entre en collision – en ce qui concerne les SA – avec l'interdiction relative à l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires (ZH) ou encore parce qu'elle est contraire au principe selon lequel les personnes détenant des participations au sein d'une personne morale ne répondent pas personnellement des dettes de celle-ci (FSA).

#### **444 Ouverture de la faillite en cas de refus d'homologation du concordat (art. 309 AP LP)**

Deux participants se sont dit favorables à l'ouverture automatique de la faillite lorsque le concordat n'a pas été homologué (LU ; FSA). Plusieurs participants ont, à l'inverse, été critiques concernant la réglementation proposée :

- L'avant-projet ne contient aucune disposition réglant les cas où un recours serait déposé contre le refus d'homologation du concordat et où la demande de concordat serait retirée (VD ; Centre Patronal ; CVAM).
- Le fait que la faillite puisse être ouverte sans que le débiteur soit entendu est problématique (VD ; UNIL).
- Si la disposition proposée est adoptée, toute personne déposant une demande de concordat devra être consciente, dès le début de ses démarches, que la faillite sera ouverte d'office si le concordat n'aboutit pas. Il arrive fréquemment que des personnes privées qui ne sont pas sujettes à la poursuite par voie de faillite, déposent une demande de concordat ; la disposition proposée aurait pour conséquence de les décourager dans cette démarche. L'art. 309, AP LP, devrait donc demeurer inchangé, à moins que le champ d'application de la modification proposée soit limité aux personnes soumises à la poursuite par voie de faillite (NW, SO ; CPPFS).
- La disposition ne précise pas qui supporte les frais lorsqu'il n'existe aucun actif et que la faillite est suspendue pour cette raison (NW, SO ; CPPFS).
- L'actuel art. 309, LP, est rarement appliqué ; il n'est donc pas utile de prévoir une ouverture automatique de la faillite (NW, SO).
- L'art. 309, AP LP, devrait en outre être complété et permettre au débiteur de requérir un délai supplémentaire. L'expérience a, en effet, montré que les situations se débloquent souvent au moment où elles paraissent sans issue ou presque (ASA).

#### **445 Accords intervenus pendant le sursis (art. 310 AP LP)**

Deux commentaires ont été apportés concernant l'aspect contraignant du concordat qui a été approuvé :

- La disposition devrait, d'une part, préciser ce qu'il advient des commandes passées alors qu'un sursis provisoire a été prononcé sans être publié. Lorsqu'un créancier n'est pas informé du sursis, il ne peut s'assurer que les nouvelles commandes qui seront passées seront validées par le commissaire (veb).
- Il faudrait, d'autre part, statuer que seuls les engagements pris sur la durée et qui sont nécessaires à l'activité de l'entreprise, constituent des dettes de la masse.

#### **446 Société reprenante (art. 314, al. 1<sup>bis</sup>, AP LP)**

Cette disposition a été approuvée par plusieurs participants (economiesuisse ; FER ; Association LP). Elle devrait toutefois ne concerner que les sociétés cotées en bourse (FR ; economiesuisse, SVC). En règle générale, une banque ne peut – ou ne veut – pas devenir elle-même actionnaire ; il peut par ailleurs être difficile, selon les circonstances, de revendre des titres non cotés (economiesuisse, SVBK). D'autres participants, au contraire, ont émis certaines critiques à l'encontre de la disposition : amener, par le biais d'un concordat, le plus grand nombre possible de créanciers à se satisfaire contre leur gré d'une participation au sein d'une entreprise qui fut leur débitrice, va beaucoup trop loin ; tout au plus pourrait-on admettre cette solution pour les entreprises cotées en bourse (SVC, SwissBanking, SVBK, vsi). Il n'est pas impossible non plus que la solution proposée conduise des assurances sociales (TG) ou l'Etat (VD), en tant que créanciers, à hériter malgré eux de participations dans une société débitrice ou dans une société reprenante, s'ils devaient ne pas approuver un concordat.

#### **447 Concordat dans la faillite (art. 332 AP LP)**

Un participant a proposé d'examiner si l'administration de la faillite ne devait pas être habilitée, alors qu'une procédure de faillite est en cours, à faire une demande de concordat ; l'administration de la faillite est, en effet, mieux à même de juger de l'opportunité d'une telle démarche, le débiteur étant selon les circonstances pas intéressé par celle-ci et les créanciers ne disposant souvent pas des informations requises (LU).

## **5 Prises de position sur des questions diverses**

### **51 Sort des contrats de durée (art. 297a, et art. 211 ss, AP LP)**

Plusieurs participants ont reconnu la nécessité de régler la question des contrats de durée dans la faillite (BS, FR ; ASSL, SVBK). D'autres participants ont expressément approuvé la disposition proposée (JU, LU, NE, OW, ZG, ZH ; PDC ; Association LP, Gastrosuisse, USF, veb) ou du moins, l'on approuvée dans son principe (economiesuisse, FER, SVBK).

De nombreuses propositions d'amélioration ont, en outre, été présentées :

- La notion de « contrat de durée » qui n'est utilisée ni dans la LP ni dans le CO recèle de nombreuses inconnues. La deuxième phrase de l'art. 211a, al. 1, de même que l'al. 2, AP LP, sont formulés de façon vague (UNIL).
- La révision ne devrait pas avoir pour effet de pousser outre mesure à la procédure concordataire. Il faudrait ainsi qu'un tribunal soit chargé de contrôler l'exercice du droit de résiliation extraordinaire des contrats de durée (BL, TI, ZH; ASSL).
- La teneur de l'art. 211a, al. 2, AP LP, est par trop imprécise : la disposition devrait en effet indiquer qu'elle ne s'applique qu'aux contrats de durée qui auront été repris du débiteur par la masse en faillite (BS), notamment en matière de contrats de bail, pour lesquels le moment auquel la masse reprend les locaux loués et répond ainsi des versements y afférents devrait au surplus être déterminé (OW).
- En outre, il peut arriver, selon l'importance de la procédure et le mode d'administration de la faillite, qu'un certain délai s'écoule entre la prise d'inventaire et son évaluation. Les frais de loyer pourraient ainsi constituer une part importante des frais de la faillite s'ils n'ont pas (ou ont insuffisamment) fait l'objet d'une garantie auprès du bailleur. Il se pourrait alors qu'à l'avenir de plus en plus de procédures de faillites soient suspendues conformément à l'art. 230 LP (OW).
- Le terme « avantages » utilisé à l'art. 211a, al. 1, 2ème phrase, est imprécis (SW).
- De même, la formule utilisée à l'art. 211a, al. 3, AP LP, est-elle ambiguë. Etant donné que le débiteur ne peut pas conclure – ou exécuter – valablement de nouveaux contrats sans l'accord de l'administration de la faillite ou des liquidateurs, le

terme « débiteur » n'est ici pas approprié (SW). Il est en outre important de souligner que cette possibilité ne s'applique pas aux raisons individuelles (SW).

- Concernant l'art. 297a, AP LP, il conviendrait de savoir précisément ce que recouvre la notion d' « indemnité » ; il s'agirait par ailleurs de préciser que tout autre accord entre les parties est nul et que l'art. 161 al. 1, CO ne s'applique pas (SW).
- L'art. 211a, AP LP, n'est pas suffisamment clair ; en outre, il conviendrait de ré-examiner la question de l'opportunité d'une résiliation des contrats de durée, étant donné qu'un tel droit de résiliation constitue indubitablement une entorse aux principes généraux du droit des contrats (VD ; UNIL).
- Une entorse de cet ordre au droit matériel devrait non seulement être approuvée par le commissaire, mais également par le juge du concordat (TI ; ASSL). Un participant a même partiellement rejeté cette dernière variante (FER).
- Plusieurs participants ont, en outre, souligné les risques importants d'abus générés par la nouvelle disposition (SO, ZH; ASA, ASSL) ; l'approbation obligatoire du commissaire ne suffirait pas à garantir les intérêts des créanciers ; en effet, le commissaire tend à se concentrer sur les possibilités d'assainissement et peut être amené à prendre une décision allant contre les intérêts des créanciers (ASA). Étant donné que toute personne (physique ou morale) peut requérir une procédure concordataire sans motif d'insolvabilité particulier et sans présenter de projet de concordat, un consommateur ayant contracté un leasing pourrait ainsi facilement requérir une procédure concordataire et rompre, le moment voulu, moyennant l'accord du commissaire, le contrat de leasing qui le lie (ASSL).

Cela étant, de sérieuses critiques ont été formulées à l'encontre de ce droit de résiliation particulier. Certains participants se sont déclarés en total désaccord avec son introduction (GE, SH, SO, ZH ; Centre Patronal, CVAM, ASA, USS, ASSL, SwissBanking), car il constitue une entorse trop importante au droit matériel (SH, SO, SZ, UDC ; Centre Patronal, CVAM, USS, uspi). Les droits de certains créanciers pourraient en être démesurément restreints (SH). L'art. 297a, AP LP, doit être abandonné, car il instaure un mode de résiliation contractuelle totalement déséquilibré (vsi). La question de savoir si le débiteur peut personnellement poursuivre un rapport contractuel doit s'apprécier sous l'angle du droit matériel en fonction du créancier (economiesuisse).

Les contrats de bail ont également donné lieu à des avis négatifs: une rupture de contrat aurait pour effet de chasser de manière soudaine de son logement le locataire protégé par un contrat de bail de longue durée, sans que celui-ci reçoive pour autant de compensation. Un problème pourrait également surgir si une société de leasing en difficulté se met à rompre tous les contrats de leasing qu'elle aura conclus (vsi). Concernant le bailleur confronté à un locataire insolvable, un participant a par ailleurs relevé que celui-ci bénéficiait déjà de l'art. 257d, CO, pour mettre un terme au contrat relativement rapidement, ce qui offre une solution suffisante (FRI).

Enfin, un autre avis critique a relevé que les effets du droit de résiliation extraordinaire pouvaient en particulier se révéler dramatiques en cas de rupture des rapports de travail (SH, SZ ; USS, Syna) La disposition permettrait de mettre un terme immédiat aux rapports de travail, ce qui éluderait les dispositions actuelles sur la protection des travailleurs (PS ; kvs, USS, Syna).

## **52 Sort des travailleurs en cas d'insolvabilité (art. 333b, al. 1, AP CO)**

La réglementation proposée par l'art. 333b, AP LP, a été approuvée par plusieurs participants (JU, NE, TI, ZG ; PRD ; economiesuisse, FER, Union patronale, Association LP, Gastrouisse, SwissBanking, USF, veb, UBCS). Le complément apporté à l'art. 335e CO, a lui

aussi été expressément salué par certains participants (LU, economiesuisse, Union patronale).

Quelques participants ont exprimé leur accord de principe concernant la proposition soumise, tout en demandant qu'il soit fait en sorte que la situation des travailleurs ne s'en trouve pas affaiblie. Il s'agirait en particulier d'examiner si, en relation avec ce nouvel art. 333b, al. 1, CO, d'autres mesures protectrices des travailleurs ne pourraient pas être prises (AG, LU, SZ). D'autres participants encore ont formulés de vives critiques à l'encontre du projet et l'ont rejeté (GE, SH ; PS, USS, Syna) :

- L'art. 333, CO, est une disposition protectrice du contrat de travail en tant que rapport individuel et s'applique au travailleur. Cet article n'est donc pas un outil de régulation du marché du travail relevant du droit public. La solution proposée aurait pour effet de bouleverser certaines dispositions protectrices, ce qui ne peut être admis (SH ; USS, Syna).
- Le rapport explicatif ne fournit aucun élément tendant à démontrer que l'actuel art. 333, CO, rend un assainissement difficile voire impossible.
- En cas de faillites ou lors d'assainissements d'entreprises, les travailleurs sont souvent doublement touchés, en tant que créanciers, pour leurs prétentions salariales, et en tant que travailleurs dont l'emploi se trouve menacé. La révision proposée ne tient pas suffisamment compte de ce double aspect. La législation actuelle offre déjà une protection très faible en cas d'insolvabilité et ne prévoit, notamment, toujours pas d'obligation de mettre en place un plan social en cas de licenciements collectifs. L'avant-projet affaiblit plus encore la position des travailleurs, en cas de sursis concordataire, au lieu de la renforcer (kvs, USS).
- L'expérience a montré que le droit suisse du contrat de travail était suffisamment flexible pour permettre d'adapter les rapports contractuels en cas de transfert de rapports de travail, sans qu'il soit nécessaire d'atténuer l'art. 333, CO (ZH ; kvs, USS). Il conviendrait de renforcer ce système, et non de démanteler les dispositions protectrices (PS, kvs, USS). Il est fréquent, en pratique, que des accords soient conclus entre l'ancien et le nouvel employeur ainsi que les partenaires sociaux ; ces accords permettent de prendre en compte tous les intérêts en présence et d'atténuer, le cas échéant, la gravité de certaines situations qui naîtraient de l'application de l'art. 333, CO (ZH ; PS).
- La proposition d'abolir le principe du transfert automatique des rapports de travail en cas de faillites ou de procédure concordataire a été jugée critique, car elle s'accompagne de la disparition de la responsabilité solidaire des employeurs. Le nouvel employeur répondrait ainsi uniquement des créances découlant des contrats de travail repris. De l'avis de plusieurs participants, le principe de la responsabilité solidaire devrait être entièrement maintenu dans le cadre de procédures d'insolvabilité (PS ; kvs, USS, Syna). Contrairement à la position défendue par le Tribunal fédéral, la responsabilité solidaire du repreneur devrait également être engagée lorsque l'entreprise a été reprise ensuite de la faillite de l'ancien employeur. Il y aurait lieu d'apporter cette précision à l'art. 333, al. 3, CO (PS ; USS, Syna). La loi devrait en outre prévoir que la responsabilité solidaire s'étend aux créances de cotisation des assurances sociales (PS ; USS, Syna).
- Les arguments avancés dans le rapport explicatif ne sont pas pertinents et la disposition proposée ne peut pas être retenue. Réaliser des assainissements moyennant non paiement des créances passées des travailleurs poserait un problème d'économie nationale, car cela aurait pour effet de charger lourdement l'assurance-chômage qui serait alors amenée à verser des indemnités en cas d'insolvabilité (PS).

A l'inverse, un participant s'est déclaré opposé à la proposition concernant la responsabilité solidaire du repreneur (Union patronale). Celle-ci constituerait un nouvel obstacle à l'assainissement ; un investisseur potentiel pourrait en effet être découragé au vu des créances salariales restant à honorer (Union patronale). Le privilège des travailleurs dans la faillite suffit à les protéger, sans que la responsabilité solidaire soit nécessaire (economiesuisse). Faire une distinction entre les travailleurs ayant été repris et ceux qui ne l'ont pas été aurait pour effet de ne pas traiter sur un pied d'égalité des créanciers situés au sein d'une même classe (economiesuisse). La proposition est contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 129 III 335) (FER). D'autres participants ont au contraire souscrit sans réserve à la proposition (Gastrosuisse).

En cas de licenciements collectifs, les employés doivent être consultés et une certaine procédure suivie (art. 335f, art. 335g, CO). Même si la faillite est prononcée par le juge, elle ne signifie pas automatiquement la fermeture de l'entreprise. L'avant-projet considère toutefois que les dispositions sur le licenciement collectif ne doivent pas s'appliquer en cas de faillite. Les arguments avancés ne convainquent pas, car les droits de participation inscrits à l'art. 335f, CO, ne sont pas intégralement englobés dans les droits appartenant aux créanciers conformément à la LP. La précision apportée dans l'avant projet est ainsi refusée ; les droits inscrits à l'art. 335f, CO, en matière de participation des travailleurs, doivent valoir également en cas d'ouverture de la faillite sans cessation d'activité (economiesuisse, USS, Syna). Dans les dispositions sur la faillite, les travailleurs ne profitent pas d'une information anticipée. Leurs intérêts ne correspondent pas à ceux des autres créanciers, surtout lorsqu'ils ne sont pas simultanément créanciers de la faillite. La révision doit tenir compte de cette spécificité (SH).

## **53 Privilèges de certains créanciers**

### **531 Privilèges en cas de faillite**

Quelques participants ont approuvé la décision de ne pas supprimer les privilèges en cas de faillite (SZ ; WP), alors que cette suppression avait été proposée par le groupe d'experts. A l'inverse, un autre participant a déploré expressément que ces privilèges ne soient pas éliminés (Association LP).

### **532 Suppression du droit de rétention en matière de bail à loyer et de bail à ferme**

De nombreux participants se prononcent en faveur de la suppression du droit de rétention du bailleur de locaux commerciaux et de choses affermées (BS, LU, NE, NW, OW, SZ, ZG, ZH ; PDC ; FSA, CPPFS, association LP).

Plusieurs participants ont en outre demandé que le droit de rétention dont dispose actuellement la communauté de copropriétaires (art. 712k CC) soit également supprimé ; il ne semblerait en effet pas logique de conserver le droit de rétention de cette communauté sans expliquer pourquoi celle-ci devrait jouir d'une meilleure protection que les bailleurs (BS, FR, NW, ZH, VD ; Centre Patronal, CVAM, CPPFS, uspi). Le principe du nantissement serait ainsi tourné de façon contraire au système. Le droit de rétention n'est d'ailleurs que très peu utilisé, car la copropriété par étages dispose également de l'hypothèque légale (art. 712i CC) (BS, ZH ; CPPFS) ; par ailleurs, aujourd'hui le mobilier n'est en règle générale qu'assez rarement saisi en raison du rapport coûts-utilité (ZH). Un participant a par ailleurs proposé de supprimer le droit de rétention des aubergistes et hôteliers (art. 491 CO) qui renvoie au droit de rétention du bailleur, étant d'avis qu'il s'agit là aussi d'une éludation du principe du nantissement, la disposition en question étant, au surplus, restée lettre morte (BS).

Inversement, plusieurs participants ont expressément rejeté la proposition de supprimer le droit de rétention (BE, GL ; UDC ; ASA, Centre Patronal, CVAM, FRI, Gastrosuisse, HEV, UNIL, uspi, vsi). Le droit de rétention du bailleur de locaux commerciaux et de baux à ferme offre, à leurs yeux, une solution de garantie rapide et simple aux bailleurs, et a fait ses preu-

ves, lorsque le locataire est en demeure (GL ; Centre Patronal ; Gastrosuisse, UNIL, uspi) ; il joue même un rôle central (HEV). Les arguments avancés dans le rapport explicatif à l'appui de la suppression du droit de rétention ne sont pas convaincants (BE ; Centre Patronal, CVAM, uspi). Le paiement du loyer à l'avance invoqué dans le rapport ne constitue pas une garantie, du fait notamment que l'échéance des loyers est très souvent plus courte (en règle générale un mois) que la portée du droit de rétention (BE ; UDC ; ASA). Les cautions dont il est également fait mention dans le rapport explicatif, en tant que solution de remplacement du droit de rétention, atteignent de nos jours de telles sommes que beaucoup de commerces doivent s'endetter pour pouvoir les déposer. Si l'on éliminait l'institution du droit de rétention, la situation s'en trouverait encore aggravée (BE ; UDC ; Gastrosuisse, HEV, uspi). Des participants ont enfin relevé que le rapport explicatif ne tenait pas compte de la réalité.

L'expulsion d'un locataire qui ne s'acquitte pas de loyers peut, en effet, prendre des années ; il ne serait donc pas juste de demander au bailleur de continuer d'assumer sa part du contrat alors que, à titre d'exemple, un fournisseur dont les factures ne sont pas payées ne peut – dans les faits – pas être contraint de continuer ses livraisons. Le droit de rétention constitue de ce fait pour le bailleur une compensation raisonnable eu égard à la situation désavantageuse dans laquelle il se trouve face au locataire (UDC ; HEV ; vsi). Il y a donc lieu de le maintenir. Un participant a en outre invoqué le fait que le droit de rétention protégeait avant tout les bailleurs isolés qui ne disposent pas - à l'inverse des grosses gérances immobilières – des moyens suffisants leur permettant de faire valoir leurs droits (UNIL).

Un autre intervenant a relevé que le fait de supprimer aujourd'hui le droit de rétention aurait pour effet de générer un déséquilibre important au niveau des contrats de bail à loyer et de bail à ferme en cours ; les contrats sont en effet souvent conclus pour une longue durée déterminée à l'avance et ne peuvent donc pas aisément être adaptés en cas de modification de la législation (HEV).

Enfin, certains participants ont critiqué le fait que la proposition ait été faite dans le cadre d'une révision de la législation en matière d'assainissement et non pas dans le cadre d'une révision du droit du bail auquel elle appartient (VD ; UNIL, vsi).

### **533 Adaptation de l'art. 712k CC**

Cette proposition a été rejetée par un participant. Celui-ci ne voit pas la raison pour laquelle des objets appartenant à des tiers ne pourraient plus tomber sous le coup du droit de rétention de la propriété par étage. Le droit actuel donne en effet à ces tiers suffisamment de moyens de défense : ils peuvent notamment avoir recours à la procédure d'opposition ou à la procédure en revendication. Ils disposent en outre de la possibilité de requérir l'inscription au registre des pactes de réserve de propriété (HEV). Il s'agirait de même de ne pas oublier qu'une communauté de propriétaires par étage est moins bien lotie que les bailleurs en matière de bail à loyer ou de bail à ferme, car il ne lui est pas possible d'expulser de la communauté l'un de ses membres. Pour terminer, un participant a souligné que la suppression proposée n'avait pas sa place dans une révision portant sur la procédure d'assainissement (HEV).

## **54 Faillite des groupes de sociétés**

### **541 Généralités**

Un participant a accueilli favorablement le fait que le droit général en matière d'assainissement demeure applicable aux groupes de sociétés (FER). Un autre participant a constaté que l'avant-projet ne prévoyait aucune solution concrète permettant de renforcer la procédure et de répondre aux problèmes rencontrés actuellement du fait de l'existence de groupes de sociétés (JU).

## 542 Coordination des procédures (art. 4a AP LP)

De nombreux participants ont accueilli favorablement la création d'une disposition de coordination au sens de l'art. 4a LP (LU, OW, TI, UR, VD, ZH ; FSA, Swissbanking). Toutefois, des critiques diverses ont été formulées à ce propos :

- La pratique a montré – dans des affaires ne ressortissant pas à la LP – que les autorités devant coordonner leurs procédures ne parvenaient pas toujours à s'accorder; cela pourrait conduire à des situations intenable dans les cas de faillites de groupes de sociétés. Le Conseil fédéral devrait dès lors édicter les ordonnances nécessaires à l'image de ce que prévoit l'art. 15, al. 1, LP, pour les cas où les autorités concernées ne parviendraient pas à s'accorder dans un délai utile (ZH ; FSA).
- Deux participants ont, par ailleurs, relevé que l'on constatait de plus en plus souvent, lors de procédures de faillite, que les sites de production ou l'activité effective des entreprises en faillite ne se situaient pas automatiquement au siège de la société. En conséquence, il convient de se demander si la loi ne doit pas contenir une disposition contraignant les différents offices de poursuites et de la faillite à se prêter mutuellement une entraide juridique (OW, SH). Cette obligation existe à l'heure actuelle uniquement pour l'inventaire et la saisie de biens mobiliers (exécution de la saisie, prise d'inventaire dans la faillite). Différents offices, se référant à l'art. 229 LP, refusent en outre toute entraide lorsqu'il s'agit d'interroger le débiteur ou son responsable, alors que cette entraide serait en pratique souhaitable (OW).
- Un canton a considéré que la disposition proposée n'était pas applicable en pratique : afin de coordonner efficacement plusieurs procédures (faillites ou concordats), il conviendrait de permettre aux tribunaux et offices concernés d'accéder à leurs données respectives relatives à la gestion et à l'actionnariat des sociétés situées sur le sol suisse, ce qui serait, toutefois, problématique du point de vue de la protection des données. La disposition risquerait donc d'en rester à une simple déclaration d'intention n'ayant aucune portée pratique, à moins que les participations dans les sociétés en cause soient connues, ce qui était le cas dans l'affaire Swissair (FR).
- Concernant l'art. 4a, al. 2, AP LP, un canton a relevé qu'il était certes envisageable de prévoir une compétence unique entre différentes administrations de faillite ou entre différents commissaires, mais qu'il était en revanche plus délicat – or, c'est ce que propose l'avant-projet – de remettre à une seule et même autorité la tâche de gérer simultanément des procédures de faillites et des procédures concordataires ; en effet, concentrer en une seule main la gestion de plusieurs procédures poursuivant des objectifs si différents peut générer certaines difficultés, et pénaliser notamment une procédure au profit d'une autre (BE).
- Un autre participant a estimé que la formulation de la disposition proposée était malheureuse et qu'elle risquait en l'état de créer une certaine insécurité juridique en utilisant des notions inhabituelles telles que « organes de l'exécution forcée », « connexité matérielle », etc. Il serait nécessaire de prévoir une réglementation claire sur les questions de compétence et ne pas créer d'insécurité juridique en édictant des normes imprécises, comme la disposition proposée dans l'avant-projet. Enfin, il est problématique de placer sur un pied d'égalité tribunaux et autorités de surveillance comme le fait l'art. 4a, AP LP (UNIL).

## 55 Action paulienne

Trois participants ont expressément approuvé la proposition d'exclure toute possibilité de contester les actes juridiques accomplis pendant le sursis concordataire et ayant été validés par le juge du concordat ou la commission des créanciers (VD ; FSA ; Association LP). Certains participants ont également accueilli favorablement le renversement du fardeau de la

preuve proposé dans le cadre de l'action paulienne (FR, JU, LU, SG, SO, VD, ZG ; Association LP, UBCS). Il en va de même de l'art. 285, al. 3, AP LP (NE ; SW). La suppression du court délai de péremption a aussi été saluée par un canton (ZG).

Plusieurs autres propositions ont en outre été formulées :

- Un participant, jugeant la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral sur l'action paulienne trop stricte, a souhaité la voir corriger estimant qu'elle conduisait à des situations insatisfaisantes : en effet, elle contraint le conseil d'administration à suspendre très tôt ses versements pour des prestations qui ne disposent d'aucune contre-valeur pouvant être portée au bilan. Il est ainsi fait recours au juge plus rapidement et le patrimoine perd plus vite de sa valeur (USF).
- Le même participant a également jugé qu'avant de renforcer ponctuellement les dispositions sur l'action paulienne, il paraissait nécessaire et urgent d'en préciser les règles et d'en limiter l'application à des cas précis ; le groupe d'experts ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si et comment les honoraires facturés pour les services de conseil en matière d'assainissement pouvaient être contestés via l'action paulienne (USF).
- Lorsque, dans une faillite, une société reprenante intervient, le fait qu'un entrepreneur puisse poursuivre les activités de l'ancienne société sous une nouvelle raison sociale et reprenne directement le portefeuille de clients de l'ancienne société, pose certains problèmes. Souvent, la valeur de cette clientèle n'a pas été chiffrée et aucune compensation n'est versée pour sa reprise. On peut dès lors se demander si la question du transfert à titre gratuit d'un portefeuille de clientèle à une société reprenante ne devrait pas être examiné (d'office) (veb).
- Ni le projet de loi ni le rapport explicatif ne citent le bailleur de fonds comme une « personne proche » du débiteur. Cela correspond à l'interprétation actuelle de l'art. 4<sup>er</sup> de la loi sur les banques, conformément à laquelle le simple bailleur n'est pas une personne proche, même s'il devait faire partie du conseil d'administration de la société ayant bénéficié du crédit. L'art. 286, al. 3, et l'art. 288, al. 2, AP LP, devraient être complétés en ce sens (Swissbanking).
- Le terme de « personne proche » n'est pas défini de manière suffisamment précise (UNIL).
- L'art. 285, al. 3, AP LP, est incomplet en ce sens qu'il devrait également mentionner les actes juridiques ayant été approuvés par le commissaire (SW).
- La pratique ayant montré que les investigations concernant les créanciers pouvaient parfois durer près de deux ans (notamment dans les rapports internationaux) - comme dans les cas où une faillite doit être suspendue faute d'actifs - le délai de prescription devrait être porté à cinq ans. Cette solution permettrait par ailleurs d'attendre le résultat d'une procédure pénale menée parallèlement (FSA, veb).

Inversement, d'autres participants ont rejeté la proposition relative au renversement du fardeau de la preuve (PRD, UDC, economiesuisse, FSA, SwissBanking, USF). Selon les circonstances, le bénéficiaire n'est pas en mesure d'apporter les preuves requises (USF) notamment parce qu'il risque une restriction du crédit si la banque créditrice est menacée de figurer dans le cercle des personnes proches (Swissbanking). Le renversement du fardeau de la preuve tel que proposé dans l'avant-projet fait fi des principes inscrits aux art. 8 et 3, CC ; il est, de même, contraire au principe selon lequel la preuve d'un fait négatif ne peut être apportée. Il n'a donc pas lieu d'être (PRD, UDC, economiesuisse). Etant donné que les tribunaux prennent déjà en considération la situation des personnes proches, la loi ne nécessite aucune révision (PRD). Au surplus, ce renversement du fardeau de la preuve a pour effet de générer une responsabilité causale effective (PRD, UDC). Il ne permet pas non plus d'adapter les actions révocatoires aux relations caractéristiques des groupes de sociétés, car lorsqu'il s'agit d'attaquer des transactions faites au sein d'un groupe de sociétés il y a lieu de déterminer, au sein de ce groupe, laquelle des masses (en faillite ou concordataire), et donc

quels créanciers, sont concernés. La question ne porte donc pas sur des personnes externes au groupe (PRD). Enfin, la formule proposée ici pourrait également se révéler contre-productive concernant les créanciers et rendre – surtout en temps de crise – tout assainissement plus difficile, en particulier pour les banques (PRD ; economiesuisse ; SwissBanking). Le demandeur pourrait profiter des moyens de procédure pour contraindre le défendeur à produire des documents portant sur une transaction litigieuse et ainsi pallier à l'absence de preuve (economiesuisse). Pour terminer, il est difficile de savoir quel serait l'effet d'un tel renversement du fardeau de la preuve sur l'appréciation pénale des mêmes faits (economiesuisse ; SwissBanking).

## **56 Voies de droit (art. 174, al. 1, AP LP)**

Plusieurs participants ont jugé que la nouvelle formulation utilisée n'était pas appropriée, relevant en particulier que l'ouverture de la faillite n'était pas seule en cause ici, mais que la disposition s'appliquait à toutes les décisions rendues par le juge de la faillite, notamment la décision consistant à ne pas prononcer la faillite (VD, ZH ; PRD ; FSA). Un autre participant a estimé que le texte de la loi devait refléter et concrétiser l'importante jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 174, al. 2, chiffre 2, LP (ATF 135 III 31) ; enfin, la disposition devrait indiquer si elle s'applique également à la faillite sans poursuite préalable (SW).

## **6 Consultation**

Selon l'art. 9 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (RS 172.061), le dossier soumis à consultation, les avis exprimés par les participants – après expiration du délai de consultation – et enfin, le rapport rendant compte des résultats de la consultation – après que le Conseil fédéral en a pris connaissance –, doivent être rendus accessibles au public. Les prises de positions complètes peuvent être consultées auprès de l'Office fédéral de la justice.

**Liste des organismes ayant répondu  
Verzeichnis der Eingaben  
Elenco dei partecipanti**

**Cantons / Kantone / Cantoni**

<b>AG</b>	Argovie / Aargau / Argovia
<b>AI</b>	Appenzell Rhodes-Intérieures / Appenzell Innerrhoden / Appenzello Interno
<b>BE</b>	Berne / Bern / Berna
<b>BL</b>	Bâle-Campagne / Basel-Landschaft / Basilea-Campagna
<b>BS</b>	Bâle-Ville / Basel-Stadt / Basilea-Città
<b>FR</b>	Fribourg / Freiburg / Friburgo
<b>GE</b>	Genève / Genf / Ginevra
<b>GL</b>	Glaris / Glarus / Glarona
<b>GR</b>	Grisons / Graubünden / Grigioni
<b>JU</b>	Jura / Giura
<b>LU</b>	Lucerne / Luzern / Lucerna
<b>NE</b>	Neuchâtel / Neuenburg
<b>NW</b>	Nidwald / Nidwalden / Nidvaldo
<b>OW</b>	Obwald / Obwalden / Obvaldo
<b>SG</b>	Saint-Gall / St. Gallen / San Gallo
<b>SH</b>	Schaffhouse / Schaffhausen / Sciaffusa
<b>SO</b>	Soleure / Solothurn / Soletta
<b>SZ</b>	Schwyz / Svitto
<b>TG</b>	Thurgovie / Thurgau / Turgovia
<b>TI</b>	Tessin / Ticino
<b>UR</b>	Uri
<b>VD</b>	Vaud / Waadt
<b>VS</b>	Valais / Wallis / Vallese
<b>ZG</b>	Zoug / Zug / Zugo
<b>ZH</b>	Zurich / Zürich / Zurigo

**Partis politiques / Parteien / Partiti politici**

<b>PDC</b>	Parti Démocrate-Chrétien / Christlichdemokratische Volkspartei / Partito Popolare Democratico
<b>PRD</b>	Parti radical-démocratique.Les Libéraux-Radicaux / Freisinnig-Demokratische Partei.Die Liberalen / Partito liberale-radical.I Liberali
<b>PS</b>	Parti Socialiste Suisse / Sozialdemokratische Partei der Schweiz / Partito Socialista Svizzero
<b>UDC</b>	Union Démocratique du Centre / Schweizerische Volkspartei / Unione Democratica di Centro

**Gerichte / Tribunaux / Tribunali**

<b>TF</b>	S Tribunal fédéral suisse / chweizerisches Bundesgericht / Tribunale federale svizzero
-----------	--

## **Organisations intéressées / Interessierte Organisationen / Organizzazioni interessate**

<b>ASA</b>	Association Suisse d'Assurances Schweizerischer Versicherungsverband Associazione Svizzera d'assicurazioni
<b>Association LP</b>	Association pour le droit des poursuites et de la faillite Vereinigung für Schuldbetreibung und Konkurs
<b>ASSL</b>	Association Suisse des Sociétés de Leasing Schweizerischer Leasingverband
<b>Centre Patronal</b>	Centre Patronal
<b>CFS</b>	Chambre Fiduciaire Treuhand Kammer Camera Fiduciaria
<b>CPPFS</b>	Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz Conferenza degli ufficiali di esecuzione e fallimenti della Svizzera
<b>CVAM</b>	Chambre vaudoise des arts et métiers
<b>economiesuisse</b>	Fédération des entreprises suisses Verband der Schweizer Unternehmen Federazione delle imprese svizzere
<b>FER</b>	Fédération des Entreprises Romandes
<b>FRI</b>	Fédération romande immobilière
<b>FSA</b>	Fédération Suisse des Avocats Schweizerischer Anwaltsverband Federazione Svizzera degli Avvocati
<b>Gastrosuisse</b>	Verband für Hotellerie und Restauration
<b>HEV</b>	Association suisse des propriétaires fonciers Hauseigentümerverband Schweiz
<b>kvs</b>	Société suisse des employés de commerce Kaufmännischer Verband Schweiz
<b>OStaatsWZH</b>	Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich
<b>Union patronale</b>	Union Patronale Suisse Schweizerischer Arbeitgeberverband Unione Svizzera Degli Imprenditori
<b>SSE</b>	Société Suisse des Entrepreneurs Schweizerischer Baumeisterverband Società Svizzera degli Impresari-Constructtori Societad Svizra dals Impresaris-Constructur
<b>USAM</b>	Union suisse des arts et métiers Schweizerischer Gewerbeverband Unione svizzera delle arti e mestieri
<b>USC</b>	Union suisse Creditreform Schweizerischer Verband Kreditreform
<b>USS</b>	Union syndicale suisse Schweizerischer Gewerkschaftsbund Unione sindacale svizzera

<b>UVS</b>	Union des villes suisses Schweizerischer Städteverband Unione delle città svizzere
<b>SwissBanking</b>	Association suisse des banquiers Schweizerische Bankiervereinigung Associazione Svizzera dei Banchieri
<b>Syna</b>	Syna
<b>UNIL</b>	Université de Lausanne
<b>USF</b>	Union Suisse des Fiduciaires Schweizerischer Treuhänderverband Unione Svizzera dei Fiduciari
<b>uspi</b>	Union suisse des professionnels de l'immobilier
<b>veb</b>	Schweizerischer Verband der dipl. Experten in Rechnungslegung und Controlling und der Inhaber des eidg. Fachausweises im Finanz- und Rechnungswesen
<b>UBCS</b>	Union des Banques Cantonales Suisses Verband Schweizerischer Kantonalbanken Unione delle Banche Cantionali Svizzere
<b>VSKF</b>	Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute
<b>vsi</b>	Association Suisse des Sociétés Fiduciaires de Recouvrement Verband Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute Associazioni degli Uffici Fiduciari d'Incasso Svizzeri
<b>ZEK</b>	Association pour la gestion d'une centrale d'information de crédit Verein zur Führung einer Zentralstelle für Kreditinformation Associazione per la gestione d'una centrale per informazioni di credito
<b>Autres Participants / Übrige Teilnehmer / Altri Partecipanti</b>	
<b>SW</b>	Schellenberg Wittmer Avocats
<b>WP</b>	Wenger Plattner Rechtsanwälte