



26.04.2017

Modification de la loi fédérale sur le droit international privé (chapitre 11: faillite et concordat)

Rapport sur les résultats
de la procédure de consultation

Table des matières

1	Objet et déroulement de la procédure de consultation	3
2	Appréciation générale de l'avant-projet	4
2.1	Avis relatifs au projet dans son ensemble	4
2.2	Remarques relatives à la rédaction et à la technique législative	4
2.3	Autres points sortant du cadre de l'avant-projet	5
3	Avis sur les différentes propositions	5
3.1	Suppression de l'exigence de réciprocité (art. 166, al. 1, AP-LDIP)	5
3.1.1	Avis positifs	5
3.1.2	Avis critiques	5
3.2	Extension de la compétence en matière de reconnaissance (art. 166, al. 1, AP-LDIP)	6
3.2.1	Avis positifs	6
3.2.2	Avis critiques	6
3.2.3	Propositions de modifications et de mise en œuvre	7
3.3	Lien avec la procédure au lieu de la succursale (art. 166, al. 2, AP-LDIP)	7
3.3.1	Avis positifs	7
3.3.2	Avis critiques	7
3.3.3	Propositions de modifications et de mise en œuvre	8
3.4	Procédures sommaire et ordinaire (art. 170, al. 3, AP-LDIP)	8
3.5	Délais de l'action révocatoire (art. 171, al. 1, AP-LDIP)	9
3.6	Renonciation à la procédure ancillaire (art. 174a AP-LDIP)	9
3.6.1	Avis généraux	9
3.6.2	Conditions de la renonciation (al. 1)	10
3.6.3	Pouvoirs de l'administration de la faillite étrangère (al. 2)	11
3.6.4	Propositions de modifications et de mise en œuvre	11
3.7	Coordination avec la procédure étrangère (art. 174b AP-LDIP)	12
3.8	Prise en considération de procédures pendantes à l'étranger (art. 174c AP-LDIP et art. 244a AP-LP)	12
3.9	Autres suggestions et critiques	13
3.9.1	Procédure de reconnaissance	13
3.9.2	Compétence pour la procédure au lieu de la succursale	14
3.9.3	Participation à la procédure ancillaire	14
3.9.4	Droit d'intenter une action en contestation de l'état de collocation	14
3.9.5	Reconnaissance de l'état de collocation étranger	14
3.9.6	Conséquences de l'absence de reconnaissance	15
3.9.7	Droit applicable	15
4	Conventions avec certaines régions d'Allemagne	15
5	Consultation	15
	Annexe	16

Résumé

Le projet de révision de la loi fédérale sur le droit international privé porte sur les conditions et les effets juridiques de la reconnaissance des procédures de faillite et de concordat étrangères.

Une majorité de cantons et d'organisations accueillent favorablement la révision et les principaux éléments du projet. Deux cantons et plusieurs organisations s'opposent à ces derniers et remettent en question la nécessité d'une révision.

Si l'abandon de l'exigence de réciprocité est salué par la plupart des participants, il est également critiqué par certains.

Une majorité de participants s'opposent à la nouvelle réglementation du rapport entre la procédure ancillaire et la procédure au lieu de la succursale qui est proposée.

La possibilité de renoncer à la procédure ancillaire est approuvée par une large majorité de participants. Une délimitation plus précise des pouvoirs de l'administration de la faillite étrangère est toutefois demandée.

L'abrogation des conventions signées avec certaines régions d'Allemagne est saluée par une grande majorité de participants.

Concernant les autres éléments de la révision (type de procédure, délais, coopération avec les autorités étrangères, reconnaissance des décisions étrangères), plusieurs propositions de modifications ont été faites. Par ailleurs, diverses demandes d'adaptations supplémentaires ont été formulées.

1 Objet et déroulement de la procédure de consultation

Les modifications du chapitre 11 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)¹ qui sont proposées portent, d'une part, sur les conditions de la reconnaissance des procédures de faillite et de concordat ouvertes à l'étranger et, d'autre part, sur les effets juridiques de cette reconnaissance sur les biens du débiteur situés en Suisse de même que sur les droits du créancier. Elles visent à simplifier la procédure de reconnaissance, à éviter les situations juridiques boiteuses pouvant résulter d'une non-reconnaissance et à réduire les coûts de la procédure dans les cas de figure simples, tout en continuant à protéger les intérêts des créanciers domiciliés en Suisse.

La procédure de consultation a été ouverte le 14 octobre 2015 par le Conseil fédéral et s'est achevée le 5 février 2016. Ont été invités à y participer les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, les associations faïtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national, les associations faïtières de l'économie de même que les autres organisations concernées. Le dossier soumis à consultation et les avis reçus peuvent être consultés sur Internet².

Se sont exprimés 25 cantons, 2 partis politiques ainsi que 19 organisations et autres participants. Ont expressément renoncé à prendre position le canton du Jura, le Parti socialiste suisse, la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police, l'Union patronale suisse, l'Union des villes suisses et l'Université de Genève. Une liste des avis reçus figure en annexe.

¹ RS 291.

² Voir page du communiqué de presse relatif à l'ouverture de la procédure de consultation : <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2015/2015-10-141.html>

2 Appréciation générale de l'avant-projet

2.1 Avis relatifs au projet dans son ensemble

Le PLR, le PDC, la *plupart* des cantons³ et une majorité d'organisations⁴ *approuvent* la révision sur le fond.

L'Association LP, l'UNI BS et l'UNI ZH approuvent la révision. Cette dernière n'est «pas contestée» (unbestritten) par BE. Economiesuisse souligne les avantages d'une harmonisation avec les normes internationales, qui entraînera une simplification des procédures et une diminution des coûts (FR, GE, SH, la FER et l'UNI LU partagent également ce point de vue). SO salue l'harmonisation avec le droit en matière d'insolvabilité bancaire. AR souligne que le système actuel n'a pas fait ses preuves dans la pratique. Selon lui, la révision proposée tient compte de l'imbrication croissante des économies suisse et étrangères et améliore la coordination avec les procédures des autres Etats (AG est également de cet avis). GE salue plus particulièrement le fait que la règle consistant à privilégier, pour des raisons de politique sociale, certaines catégories de créanciers dignes de protection soit maintenue, que le projet ne génère aucune conséquence sur le plan financier et qu'il requière la modification de relativement peu de lois pour être mis en œuvre.

L'USS approuve la simplification de la procédure de reconnaissance. Elle estime en effet que les intérêts des salariés suisses se trouvent également lésés sous le régime actuel lorsque, faute de reconnaissance d'une procédure de faillite étrangère (contre leur employeur), leurs droits ne peuvent pas être reconnus et qu'une procédure de faillite ancillaire ne peut, de fait, pas être ouverte.

VD, ZH et plusieurs organisations – en particulier de Suisse romande – se sont, quant à eux, déclarés sceptiques à l'égard du projet, voire s'y sont *opposés*. VD, ZH, le Centre Patronal et l'UNIL remettent en question la nécessité de la révision dans la mesure où seul un petit nombre de cas est concerné par la réglementation. Ils auraient préféré la conclusion de conventions internationales, par exemple entre les pays de l'UE/AELE (le PDC et Bucher sont d'accord sur ce dernier point).

Creditreform et la VSI s'opposent à tous les éléments du projet de révision qui pourraient désavantager les créanciers domiciliés en Suisse par rapport à ceux domiciliés à l'étranger et entraîner des allègements de procédure considérables pour les administrations de la faillite étrangères. L'USAM se déclare toutefois favorable à une simplification des procédures. VD, le Centre Patronal et l'UNIL désapprouvent, eux aussi, les principaux éléments de l'avant-projet, en particulier la suppression de l'exigence de réciprocité.

Plusieurs participants à la consultation ont également formulé, dans leur prise de position, des *propositions* qui ne concernent pas directement les dispositions faisant l'objet de la révision. Ces propositions sont abordées au ch. 3.9.

2.2 Remarques relatives à la rédaction et à la technique législative

Certains participants ont formulé des critiques d'ordre rédactionnel et concernant la technique législative, mais aussi proposé des améliorations.

³ AI, AG (conseil exécutif et tribunaux), AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, GR, LU, NE, OW, SH, SO, SZ, SG, TG, TI, VS, ZG.

⁴ AAB-VD, economiesuisse, FER, Association LP, USS, UNI BE, UNI ZH, UNI BS, UNI LU.

VD et l'UNIL critiquent sévèrement la version française du projet. Selon eux, le recours à la forme passive et l'emploi de notions peu claires sur le plan juridique sont, d'une manière générale, trop fréquents.

Pour ce qui est de la systématique de la loi, l'UNI ZH remet en question la structuration de l'art. 174a AP-LDIP et recommande de faire de cette disposition un art. 172a AP-LDIP. Concernant l'art. 244a LP, BS propose d'insérer cette disposition, non pas après l'art. 244 LP, mais après l'art. 207 LP car ce dernier constitue le fondement de l'art. 63 OAOF. FR propose, quant à lui, d'introduire cette réglementation au niveau de l'ordonnance et d'en faire un art. 63a OAOF.

2.3 Autres points sortant du cadre de l'avant-projet

Plusieurs participants à la consultation (PDC, Meier/Giudici, UNIL) suggèrent que la Suisse conclue un accord sur la reconnaissance des décisions de faillite avec les Etats membres de l'UE. Selon certains participants (VD, ZH, PDC, Bucher, Centre Patronal, UNIL), l'existence d'un tel accord permettrait de renoncer à une suppression généralisée de l'exigence de réciprocité (qui ne s'appliquerait alors que dans les cas de procédures impliquant des pays non signataires).

D'autres propositions concernant des domaines thématiques qui ne font pas concrètement l'objet de l'avant-projet mais qui sont en rapport avec le sujet sont présentées au ch. 3.9.

3 Avis sur les différentes propositions

3.1 Suppression de l'exigence de réciprocité (art. 166, al. 1, AP-LDIP)

3.1.1 Avis positifs

La *plupart* des cantons⁵ et des organisations⁶ qui se sont exprimés sur ce point *approuvent* (« vivement » pour l'UNI BS, « largement » pour la CPPFS) la suppression de l'exigence de réciprocité, qui est « dépassée » (Association LP) et, « d'une manière générale, problématique » (UNI ZH). Pour justifier leur point de vue, ils invoquent la plupart du temps les motifs mentionnés dans le rapport, à savoir l'économie de procédure qui sera réalisée et le fait que cette exigence n'a pas permis d'atteindre le but visé. AR et TI saluent notamment la simplification des règles de procédure qui en découle (des expertises coûteuses sont aujourd'hui souvent requises). La suppression de l'exigence de réciprocité permettra d'éviter une application inconsistante du droit (AI) et d'accroître la sécurité juridique (moins de « situations de non-droit » dues à une absence de reconnaissance ; Meier/Giudici sont par exemple de cet avis). Economiesuisse approuve l'harmonisation avec le droit en matière d'insolvabilité bancaire, domaine dans lequel les expériences faites suite à l'abandon de la réciprocité se sont révélées positives. Selon l'UNI BE et Meier/Giudici (mais aussi l'Association LP et l'UNI BS), ce n'est pas aux créanciers ni aux parties (même ceux situés en Suisse) de « payer » pour la structure du système juridique étranger.

3.1.2 Avis critiques

VD, Creditreform, le Centre Patronal, l'USAM, l'UNIL, la VSI et l'ASM portent un regard *critique* sur l'abandon de l'exigence de réciprocité. Ils estiment que la Suisse se dessaisit ainsi,

⁵ SO, SG, VS, UR.

⁶ Economiesuisse, FER, CPPFS, Association LP, UNI BE, UNI BS et UNI ZH.

« sans contrepartie aucune » (Centre Patronal), d'un instrument de pression qui lui permet d'inciter les pays étrangers à reconnaître plus largement les faillites prononcées sur son territoire. L'USAM et la VSI sont d'avis que la réciprocité renforce la position des créanciers suisses. Selon Creditreform, on peut, par ailleurs, imposer aux parties d'apporter la preuve de la situation juridique (et, partant, de prendre en charge les coûts).

VD, le Centre Patronal, Creditreform et l'UNIL préféreraient qu'on opte pour la signature de conventions internationales avec les Etats membres de l'UE plutôt que l'on renonce de manière générale à l'exigence de réciprocité. Le PDC partage également ce point de vue (voir ch. 2.3 ci-dessus).

Selon l'ASM mais aussi Bucher, la réserve de l'ordre public (introduite en lieu et place de l'exigence de réciprocité) n'est pas suffisante pour traiter les cas dans lesquels il est porté atteinte aux droits fondamentaux du débiteur ou du créancier ou dans lesquels une pression induite est exercée sur certaines parties en Suisse.

Bucher suggère qu'une réflexion approfondie soit menée dans la perspective de l'abandon de l'exigence de réciprocité, sans toutefois remettre en cause cette mesure. Il estime que les risques éventuels liés à cet abandon ne sont pas suffisamment analysés dans le rapport. D'autres mécanismes de protection devraient en outre être examinés, comme une liste d'Etats dont le système ne suscite pas de réserves du point de vue de la Suisse. Bucher attire par ailleurs l'attention sur le fait que le régime, tel que proposé, ne permet aujourd'hui pas de contrôle sur la nature des créances invoquées dans le contexte de la faillite étrangère à reconnaître (par exemple dans les cas où la faillite a été principalement provoquée par des créances d'impôt).

3.2 Extension de la compétence en matière de reconnaissance (art. 166, al. 1, AP-LDIP)

3.2.1 Avis positifs

Une *majorité* de participants à la consultation⁷ qui se sont exprimés sur ce point *approuvent* l'extension (réfléchie) de la compétence en matière de reconnaissance.

Parmi eux, nombreux sont ceux qui soulignent l'importance de la réserve en faveur des sociétés implantées en Suisse (Creditreform, FER, UNI BE, UNI BS) et qui saluent sa conservation.

TI rappelle que la jurisprudence tessinoise a, en fin de compte, déjà mis en œuvre la solution proposée et que les expériences en la matière sont positives⁸.

Plusieurs participants à la consultation souhaitent des clarifications supplémentaires (voir ch. 3.2.3 ci-dessous).

3.2.2 Avis critiques

Le PDC, VD, l'ASM et l'USAM se montrent sceptiques à l'égard du critère que constitue le « centre des intérêts principaux » (COMI) car il serait source d'insécurité juridique. Selon VD, la mise en place d'un régime différencié pour les sociétés suisses et les sociétés étrangères donne lieu à une inégalité de traitement qui ne se justifie pas. L'ASM objecte que la procédure sommaire (applicable en cas de reconnaissance) ne permet pas, par exemple, de pro-

⁷ TI, Association LP, CSNLaw, Creditreform, UNI BE, UNI BS, FER et Centre Patronal.

⁸ Avec référence à Charles Jaques, *La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger*, Lugano 2006.

céder aux investigations nécessaires pour s'assurer du centre des intérêts principaux de la faillite.

Le PDC considère que l'extension de la compétence indirecte au COMI est problématique car la réglementation actuelle est suffisamment claire. C'est la raison pour laquelle il estime qu'il serait judicieux de montrer, lors d'une prochaine étape, comment faire face à un éventuel conflit de compétences entre les autorités suisses et étrangères (voir ch. 3.2.3 ci-dessous).

3.2.3 Propositions de modifications et de mise en œuvre

Certains participants souhaitent une réglementation plus claire concernant les cas dans lesquels la juridiction compétente dans l'Etat du siège statutaire et celle compétente dans l'Etat du siège effectif pourraient rendre des décisions contradictoires (economiesuisse, UNIL, Centre Patronal). Le Centre Patronal et l'UNIL proposent donc ici que l'ouverture de la procédure au COMI (étranger) ne puisse être reconnue en Suisse que si elle a été reconnue par l'ordre juridique (étranger également) où le débiteur a son siège.

TI trouve, quant à lui, absurde qu'une décision rendue au centre des intérêts principaux étrangers ne soit toujours pas reconnue lorsque le siège statutaire de l'entreprise se trouvait en Suisse.

3.3 Lien avec la procédure au lieu de la succursale (art. 166, al. 2, AP-LDIP)

3.3.1 Avis positifs

TI et l'UNI BE reconnaissent explicitement qu'il est nécessaire de réviser les dispositions relatives à la coordination entre la procédure ancillaire et la procédure au lieu de la succursale lorsque ces deux procédures sont ouvertes en parallèle. Telle qu'elle est réglementée aujourd'hui, cette coordination serait un échec (UNI BE). Les deux participants soulignent également que chacune des solutions pose des difficultés.

3.3.2 Avis critiques

La grande majorité des participants⁹ qui se sont exprimés sur le rapport entre la procédure ancillaire et la procédure au lieu de la succursale *s'opposent* à la nouvelle réglementation proposée ou souhaitent que cette dernière soit complètement revue.

Selon ces participants, il faut maintenir la primauté accordée à la procédure au lieu de la succursale, et ce pas uniquement dans le droit bancaire (divergence évoquée par l'UNIL). Cette primauté correspond au système prévu par le règlement de l'UE relatif aux procédures d'insolvabilité et qui offre aux créanciers de la succursale la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure au lieu de cette dernière (UNI BS). La réglementation proposée n'est pas satisfaisante à l'égard des créanciers des succursales suisses. Elle serait source d'insécurité juridique pour ces derniers et les exposerait à un risque financier dans la mesure où une éventuelle procédure de reconnaissance concernant la procédure principale pourrait prendre un certain temps (UNIL, Centre Patronal). La procédure de reconnaissance pourrait par ailleurs être introduite de manière abusive afin de bloquer la procédure au lieu de la succursale. Enfin, les créanciers de la succursale pourraient ne pas savoir où a été demandée, le cas échéant, l'ouverture d'une procédure de reconnaissance (UNIL). Selon l'UNI ZH, la

⁹ BS, VD, CPPFS, UNI BS, UNIL, UNI ZH et Centre Patronal.

réglementation proposée désavantage au final également les créanciers privilégiés domiciliés à l'étranger, qui sont pris en compte dans la procédure au lieu de la succursale et non dans la procédure ancillaire.

3.3.3 Propositions de modifications et de mise en œuvre

BS et la CPPFS proposent de n'exclure la procédure au lieu de la succursale qu'à compter de la décision de reconnaissance (et non pas dès le dépôt de la requête).

L'UNI BE suggère de compléter la réglementation proposée en introduisant la possibilité d'intégrer une procédure ancillaire dans une procédure au lieu de succursale qui pourrait déjà être entamée.

Comme nous le verrons également au ch. 3.6.4, l'UNI ZH suggère de limiter le traitement privilégié des créanciers suisses à la procédure au lieu de la succursale et de l'exclure de la procédure ancillaire. A l'inverse, l'UNIL exige qu'à l'avenir tous les créanciers (y compris ceux qui ne sont pas privilégiés) soient pris en compte dans la procédure ancillaire et demande que l'art. 172 LDIP soit adapté dans ce sens.

BS, NE et la CPPFS proposent de saisir l'occasion pour corriger certaines imprécisions dans la terminologie employée. Il faudrait, selon eux, remplacer le terme confus de « succursale » par celui d'« établissement » car c'est ce qu'on entend ici au final (au sens de l'art. 50 LP). L'UNI ZH souhaite une clarification concernant la délimitation de la masse de la faillite en cas de procédures concomitantes (procédure au lieu de la succursale vs procédure ancillaire).

3.4 Procédures sommaire et ordinaire (art. 170, al. 3, AP-LDIP)

Seuls quelques participants¹⁰ se sont exprimés sur la nouvelle réglementation proposée concernant le type de procédure de reconnaissance utilisée. Ils *saluent* la clarification concernant l'application de principe de la procédure sommaire.

Plusieurs participants se sont déclarés *sceptiques* quant à la possibilité de requérir exceptionnellement une procédure ordinaire (et donc la mise en place d'une administration spéciale de la faillite) :

Certes, ils reconnaissent qu'il est nécessaire de prévoir la mise en place, aux frais du requérant, d'une administration spéciale de la faillite (UNI BS, UNI BE). Selon NW, la CPPFS et l'UNI BS, il faudrait toutefois exclure la possibilité que ce soit une administration de faillite étrangère qui puisse faire office d'administration spéciale de la faillite. L'UNI BS estime, en outre, que la tenue d'une assemblée de créanciers n'est pas appropriée. Selon ZG, le tribunal devrait pouvoir fixer le montant de l'avance de frais ; il devrait éventuellement pouvoir se prononcer uniquement sur la reconnaissance tandis que l'office des faillites devrait pouvoir décider du type de procédure (et donc avoir la possibilité de suspendre la faillite).

VD, le Centre Patronal et l'UNIL déplorent le fait qu'il ne soit possible de demander une procédure ordinaire que jusqu'à la reconnaissance de l'état de collocation étranger. Ils proposent par conséquent de renoncer à cette restriction et de reprendre le contenu de l'art. 231, al. 2, LP. BS et NW n'accorderaient, quant à eux, cette possibilité que jusqu'au terme du délai fixé dans l'appel aux créanciers. Enfin, BS remet en cause le fait que seule l'administration de la faillite étrangère ait la possibilité de requérir une procédure ordinaire.

¹⁰ BS, NW, VD, ZG, CPPFS, UNI BE, UNI BS, UNIL.

3.5 Délais de l'action révocatoire (art. 171, al. 1, AP-LDIP)

La plupart des participants qui se sont exprimés sur le calcul des délais de l'action révocatoire se prononcent en faveur d'une réglementation différente de celle proposée dans l'avant-projet.

Plusieurs participants approuvent le rattachement des *délais visés aux art. 286 à 288 LP* à l'ouverture de la faillite à l'étranger¹¹, d'une part, car il existe un lien matériel avec cet événement et, d'autre part, parce qu'une autre solution (rattachement à la date de la décision de reconnaissance) rendrait ces délais inutiles dans de nombreux cas (ils pourraient déjà être écoulés au moment où la décision de reconnaissance est prononcée).

BS, NW, VD, la CPPFS, l'Association LP et l'UNI BS souhaitent, quant à eux, une *réglementation différente des délais de prescription*. Ces délais ne devraient commencer à courir qu'une fois la décision de reconnaissance rendue en Suisse, faute de quoi les actions révocatoires pourraient, dans de nombreux cas, déjà être prescrites au moment de la reconnaissance de la faillite.

TI et CSNLaw proposent de rattacher aussi bien les délais visés aux art. 286 à 288 LP que les délais de prescription à la décision de reconnaissance, qui devra indiquer, selon l'UNIL, la date, l'heure et la minute du jugement de faillite étranger.

Creditreform émet l'idée de se référer à la date de publication du jugement de faillite étranger dans un organe de publication suisse pour le calcul des délais de péremption.

BS et la CPPFS suggèrent que la reconnaissance de la décision de faillite étrangère ou de la requête correspondante interrompe la prescription. Si cette solution n'est pas retenue, ZH craint que les créanciers à l'origine de l'action révocatoire soient considérablement désavantagés par rapport à ce que prévoit le droit en vigueur.

TI, VD et l'UNIL voudraient en outre qu'on précise à l'art. 170, al. 2, LDIP que l'art. 171 AP-LDIP demeure réservé. Selon VD et ZG, il faudrait par ailleurs clarifier l'incidence qu'a sur les délais le fait que l'action révocatoire ne peut pas être intentée tant que la procédure ancillaire est en cours. Enfin, CSNLaw attire l'attention sur le fait que la contestation d'une prétention concernant la masse de la faillite étrangère n'est pas réglementée.

3.6 Renonciation à la procédure ancillaire (art. 174a AP-LDIP)

3.6.1 Avis généraux

La possibilité prévue par l'avant-projet de renoncer, comme c'est le cas en matière bancaire, à une procédure ancillaire dans certains cas particuliers, est *saluée par la plupart* des participants qui se sont exprimés sur ce point (elle est «largement» saluée par l'UNI ZH)¹². Cette possibilité permettra, selon eux, d'éviter des démarches complexes et coûteuses dans les cas où ce type de procédure se révèle inutile. L'Association LP approuve notamment la marge d'appréciation laissée au tribunal. L'UNI BE rappelle que la loi-type de la CNUDCI ne prévoit pas non plus une telle obligation. TI souligne que la réglementation proposée est déjà mise en œuvre par le biais de la jurisprudence dans ce canton et que les expériences sont positives. FR est d'avis qu'en l'absence de créanciers gagistes ou privilégiés en Suisse certaines liquidations peuvent être menées par l'administration de la faillite étrangère, sans que la souveraineté de la Suisse ne s'en trouve menacée.

¹¹ BS, VD, CPPFS, Association LP, UNI BS, UNIL.

¹² AR, BS, FR, SG, TI, VS, ZG, ZH, CPPFS, Meier/Giudici, Association LP, UNI BE, UNI BS, UNI ZH.

Selon ZH, la condition « si aucun créancier [...] ne s'annonce » ne couvre pas tous les cas de figure dans lesquels on pourrait renoncer à une procédure ancillaire. On pense par exemple à ceux dans lesquels les créances ont été écartées de manière définitive.

SZ, VD, le Centre Patronal, Creditreform et l'UNIL *s'opposent* à cette disposition ou se montrent sceptiques à son égard, les raisons invoquées étant très proches : ils trouvent inapproprié que des biens situés en Suisse soient confiés à l'administration de la faillite étrangère. Selon eux, les offices des faillites connaissent mieux la procédure et les spécificités suisses. Par ailleurs, l'examen de la question de savoir si les intérêts du créancier sont protégés dans la procédure étrangère va à l'encontre de l'objectif de rationalisation (la FER partage cet avis). De plus, une renonciation à la procédure ancillaire empêcherait les productions tardives au sens de l'art. 251 LP (l'UNIL, VD et le Centre Patronal ont un point de vue similaire ; ZH est d'accord sur ce point). Creditreform déplore que les créanciers de troisième classe ne puissent toujours pas participer aux procédures ancillaires.

3.6.2 Conditions de la renonciation (al. 1)

Les conditions de la renonciation à la procédure ancillaire (pas de créancier susceptible d'être admis à l'état de collocation en Suisse) n'ont fait l'objet d'aucune critique fondamentale, mais ont donné lieu à des propositions d'adaptations.

L'UNI BE, l'UNI BS et l'UNI ZH considèrent que les conditions auxquelles l'on peut renoncer à une procédure ancillaire sont *trop restrictives*. L'UNI BS souhaiterait une formulation plus ouverte telle que celle de l'art. 37g, al. 2, LB, qui « prend en compte l'intérêt juridique ». L'UNI ZH critique non seulement le droit absolu du créancier gagiste à une procédure ancillaire mais aussi celui du créancier privilégié. Dans le premier cas, le fait que l'administration de la faillite étrangère mette à disposition les biens remis en gage situés en Suisse devrait suffire (il devrait alors à nouveau être possible d'y renoncer). Dans le second cas (présence de créanciers privilégiés), l'UNI ZH ne voit qu'un domaine d'application très restreint car il existe, en pareilles situations, de toute façon presque toujours une succursale en Suisse, ce qui donne la possibilité d'une procédure au lieu de cette dernière.

L'UNI ZH critique par ailleurs l'exigence de « la prise en compte suffisante » des créanciers de troisième classe en cas de renonciation à une procédure ancillaire. Elle propose que cette vérification soit, de manière générale, supprimée (et uniquement prévue par l'art. 173 LDIP) ou au moins exclue dans les cas où aucun créancier de troisième classe ne s'est annoncé. Elle recommande ici de toujours procéder à un appel à tous les créanciers. L'UNI BE considère également que cette vérification est redondante eu égard à l'examen de l'ordre public qui est systématiquement réalisé.

Enfin, l'UNI ZH propose d'inverser le rapport entre la règle et l'exception de manière à ce qu'on renonce à une procédure ancillaire uniquement si aucun ayant droit (ou créancier) ne s'est annoncé.

AI et VD souhaitent que soit expressément indiqué dans la loi que c'est le tribunal (et non l'office des poursuites) qui prend la décision de renoncer à une procédure ancillaire.

Seuls ZG et l'ASM voudraient que des conditions *supplémentaires* soient définies. Selon ZG, il convient également de s'assurer qu'il n'est pas porté atteinte aux droits des autres ayants droit (par exemple concernant d'éventuelles revendications de propriété). L'ASM propose, quant à elle, que la protection des droits des créanciers autres que ceux domiciliés en Suisse, comme les créanciers (domiciliés à l'étranger) justifiant d'un lien avec les avoirs situés en Suisse, soit garantie.

3.6.3 Pouvoirs de l'administration de la faillite étrangère (al. 2)

Une grande majorité de participants qui ont exprimé leur point de vue sur cette disposition souhaitent que l'on *décrive plus précisément les pouvoirs* de l'administration de la faillite étrangère dans les cas où l'on renonce à une procédure ancillaire. Certains craignent que des dispositions importantes de la LP ne soient pas respectées.

L'Association LP voudrait qu'on précise dans la loi que l'administration de la faillite étrangère a le droit d'intenter une action révocatoire en cas de renonciation à une procédure ancillaire (comme indiqué dans le rapport p. 14).

L'UNI BS demande de préciser que l'administration de la faillite étrangère a uniquement le droit d'accomplir des actes de disposition soumis au droit privé (et éventuellement des actes de vente soumis au droit privé), alors que SG part du principe que c'est justement l'objet de la nouvelle réglementation (raison pour laquelle il l'approuve).

L'UNI BE souhaite qu'on précise que les actes spéciaux (en particulier les séquestres) sont exclus mais aussi que l'administration de la faillite étrangère n'est pas autorisée à statuer sur les litiges ni à faire usage de la contrainte et qu'elle doit requérir l'aide des autorités judiciaires de l'Etat pour faire appliquer des décisions étrangères. L'UNI ZH partage les craintes formulées et propose un texte s'inspirant du droit autrichien en matière d'insolvabilité (elle propose, par exemple, d'ajouter « ses pouvoirs ne peuvent inclure l'emploi de moyens de contrainte en Suisse ni le droit de statuer sur un litige ou un différend »). AI propose la phrase suivante : « Elle n'est pas autorisée à exercer des activités relevant de la puissance publique ; c'est l'office des faillites compétent qui s'en charge par la voie de l'entraide judiciaire. »

En ce qui concerne les pouvoirs de droit privé, Meier/Giudici regrettent que le projet ne prévoie pas d'obligation de prendre en considération la LP. Ils proposent que l'administration de la faillite étrangère se conforme à cette dernière et (par analogie à l'art. 21, al. 3, du règlement de l'UE relatif aux procédures d'insolvabilité) fasse appel aux autorités suisses pour l'emploi de moyens de contrainte. Selon SZ, il est à craindre qu'une autorité étrangère utilise ses procédures et formulaires types également en Suisse et que cela donne, par conséquent, tout de même lieu à des actes relevant de la puissance publique.

Creditreform est préoccupé par les actes que les autorités de la faillite étrangères pourraient accomplir en lien avec des biens situés en Suisse. Il n'est pas à exclure que, dans le cadre d'actes de vente, les dispositions de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (Lex Koller) ou celles sur les résidences secondaires soient violées.

SG salue expressément le fait que le tribunal puisse assortir la renonciation de conditions et de charges ; cette possibilité permettra de faire face à d'éventuels problèmes (pouvant également survenir après coup).

3.6.4 Propositions de modifications et de mise en œuvre

BS, ZG et la CPPFS proposent que l'office des poursuites suisse puisse aussi demander (lorsqu'aucun créancier ne s'est annoncé) qu'on renonce à la procédure ancillaire.

TI propose que les biens soient remis à l'administration de la faillite étrangère uniquement si l'état de collocation étranger est reconnu.

VD et l'UNIL souhaitent que plusieurs notions soient clarifiées (notamment celles de « biens » et d'« intérêts » des créanciers).

Meier/Giudici proposent d'aller plus loin : le tribunal suisse devrait avoir la possibilité d'obtenir de l'administration de la faillite étrangère la garantie que les créanciers de la succursale suisse sont traités de la même manière dans la procédure menée à l'étranger que si une faillite de la succursale était prononcée en Suisse. Une fois cette garantie obtenue, on pourrait renoncer en Suisse à une procédure au lieu de la succursale, conformément à ce que prévoit l'art. 36 du nouveau règlement de l'UE relatif aux procédures d'insolvabilité (« procédures secondaires virtuelles»). Les créanciers de la succursale pourraient finalement être mieux pris en considération et des économies pourraient être réalisées.

3.7 Coordination avec la procédure étrangère (art. 174b AP-LDIP)

Tous les avis reçus à ce sujet (SH, TI, VD, USS, UNI ZH, Meier/Giudici) approuvent la réglementation proposée concernant la coopération et la coordination des autorités suisses et étrangères.

VD et l'UNIL souhaitent qu'on explique plus précisément ce que l'on entend par « coopération » et « coordination ».

L'UNI ZH et Meier/Giudici voudraient que cette disposition potestative devienne plus ou moins contraignante (Meier/Giudici : « doit absolument » ; UNI ZH : «soll»).

3.8 Prise en considération de procédures pendantes à l'étranger (art. 174c AP-LDIP et art. 244a AP-LP)

SG, TI, l'UNI BE et l'UNI BS admettent la nécessité de légiférer en ce qui concerne le traitement des procédures civiles et des procédures liées à une procédure d'insolvabilité menées à l'étranger et *approuvent*, sur le principe, la réglementation proposée même s'ils proposent plusieurs améliorations et ajouts (voir ci-dessous).

L'UNI BS estime que la nouvelle réglementation proposée à l'art. 244a AP-LP est théoriquement correcte mais que l'al. 2 devrait formuler une réserve selon laquelle la décision doit pouvoir être reconnue en Suisse. L'UNI BE reconnaît, elle aussi, la nécessité d'une réglementation. Elle considère cependant que la réglementation proposée, en particulier à l'art. 244a AP-LP, est incomplète et trop rigide. Elle désapprouve le choix qui a été fait de prendre comme point de départ l'ouverture de la procédure (d'insolvabilité) en Suisse. Du point de vue de l'UNI BE, il doit également être possible de prendre en compte les procédures civiles introduites ultérieurement, à condition par exemple que la procédure civile et la procédure de faillite suisse puissent être coordonnées (par analogie à la situation juridique prévue par l'art. 207 LP).

SG, NE, ZH et *economiesuisse* soulignent toutefois les difficultés et l'insécurité juridique auxquelles donne lieu l'imprécision de l'expression « dans un délai convenable ». La priorité doit être accordée au traitement rapide des procédures en Suisse. VD et l'UNIL proposent de remplacer l'expression « dans un délai convenable » (tirée de l'art. 9 LDIP) par un délai plus précis.

VD, le Centre Patronal, la CPPFS et l'UNIL *s'opposent*, de manière générale, à la réglementation proposée, et ce même *fermement* («dezidiert») pour la CPPFS : tout d'abord, rien ne garantit, lors d'une procédure menée à l'étranger, que le tribunal compétent va accepter une suspension de ladite procédure. La défense des intérêts de la masse de la faillite étrangère pourrait générer des coûts élevés et une insécurité juridique (en raison de l'obligation de se faire assister par un avocat rien que pour la suspension). Par ailleurs, on ne peut exiger de l'administration de la faillite qu'elle tranche la question complexe de savoir s'il est à prévoir

que la décision de la juridiction étrangère pourra être reconnue. Enfin, la durée de la procédure menée à l'étranger est très difficile à évaluer. Il existe un risque que la procédure de faillite s'éternise du fait de ces procédures pendantes. C'est la raison pour laquelle il faut s'en tenir à la réglementation en vigueur. L'UNIL considère que cette disposition ouvre la porte à des abus qui pourraient résulter du fait qu'une partie, sentant le risque de la faillite du débiteur commun, fasse sciemment appel à un tribunal étranger dans le but d'éviter la juridiction suisse.

VD et l'UNIL font par ailleurs état de plusieurs incohérences rédactionnelles dans la version française.

3.8.1 Avis sur l'art. 174c AP-LDIP

L'UNI BE et l'UNI ZH se *félicitent* du fait que le domaine des décisions liées à une procédure d'insolvabilité fasse l'objet d'une réglementation spécifique. TI est, lui aussi, d'accord avec la réglementation proposée.

L'UNI BE propose de compléter la disposition par une définition autonome de la notion de « procédures liées à une décision de faillite », qui viendrait remplacer la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'UNI BE souhaiterait en outre, en accord avec les propositions faites concernant l'art. 244a AP-LP, introduire dans cette disposition la possibilité de prendre également en compte pendant la procédure d'insolvabilité menée en Suisse les actions intentées à l'étranger. L'UNI ZH déplore que la compétence indirecte soit si étroite. Elle estime que les décisions émanant de l'Etat où a été ouverte la procédure d'insolvabilité, qui n'ont pas été rendues au siège du débiteur ni avec son consentement, devraient être reconnues. Une exception pour les débiteurs ayant leur domicile ou leur siège en Suisse serait, selon elle, à la rigueur envisageable. Bucher souhaite, lui aussi, que la compétence indirecte soit étendue et que le centre des intérêts principaux du débiteur (non domicilié en Suisse) soit pris en compte.

VD, le Centre Patronal et l'UNIL souhaitent que certains points importants de cette disposition soient précisés et *modifiés*. Ils évoquent tout d'abord des incohérences rédactionnelles dans la version française. Le champ d'application des dispositions doit être précisé, par exemple en ajoutant une liste des procédures visées. En ce qui concerne la reconnaissance, il faut examiner si cette dernière doit se limiter aux seules décisions relatives à des biens qui se trouvent à l'étranger (UNIL) ou si elle doit être subordonnée à la réciprocité (Centre Patronal).

3.9 Autres suggestions et critiques

3.9.1 Procédure de reconnaissance

L'UNI ZH déplore que l'abandon de la procédure de reconnaissance formelle n'ait pas été examiné de manière plus approfondie à la lumière des expériences faites par les pays voisins même si la décision lui semble compréhensible d'un point de vue politico-juridique.

L'UNI BS suggère de reprendre dans le projet de loi la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui exclut toute reconnaissance à titre préjudiciel.

Meier/Giudici proposent de préciser à l'art. 166 LDIP que les moratoires et les sursis concordataires dont le but est uniquement de gagner du temps peuvent être reconnus.

Bucher propose d'étendre le pouvoir de demander la reconnaissance (notamment aux créanciers éventuels) et d'examiner la question en rapport avec l'art. 174c LDIP tandis que CSNLaw suggère de l'étendre à tous ceux qui font valoir un intérêt légitime.

Bucher suggère en outre de reconnaître la capacité de l'administration de la faillite étrangère de représenter le débiteur en Suisse hors procédure de liquidation, à la rigueur d'examiner la possibilité d'une reconnaissance à titre incident.

CSNLaw propose de préciser qu'une reconnaissance est possible s'il existe des intérêts dignes de protection, et ce même si les biens ne sont pas situés en Suisse (art. 59, al. 2, let. a, CC).

3.9.2 Compétence pour la procédure au lieu de la succursale

BS et la CPPFS proposent de modifier l'art. 167, al. 1, LDIP afin que ce soient le tribunal et l'office des faillites du lieu d'inscription de la succursale (et non ceux du lieu de situation des biens) qui soient compétents pour la procédure lorsqu'une succursale est inscrite au registre du commerce en Suisse.

3.9.3 Participation à la procédure ancillaire

Creditreform déplore que le droit actuel (qui n'est pas modifié sur ce point) ne prévoit pas la possibilité pour les créanciers de troisième classe de demander l'imputation de leurs prétentions à la procédure ancillaire. Cette restriction doit être supprimée dans le cadre de la révision.

L'UNI ZH regrette, à l'inverse, que les créanciers ayant leur domicile en Suisse continuent de bénéficier de privilèges. L'existence de créanciers de ce type présuppose presque toujours l'existence d'une succursale, au lieu de laquelle une procédure de faillite peut être ouverte.

3.9.4 Droit d'intenter une action en contestation de l'état de collocation

L'Association LP propose de préciser à l'art. 172, al. 1, let. a, AP-LDIP que les créanciers gagistes désignés à l'art. 219 LP ne sont admis à l'état de collocation que si leur créance est garantie par des biens remis en gage en Suisse.

BS, TI et la CPPFS estiment qu'il existe une lacune juridique à l'art. 172, al. 2, LDIP qui doit être comblée. Ainsi, selon le droit en vigueur, un créancier qui n'est pas admis à l'état de collocation dans la procédure ancillaire ne peut intenter l'action en contestation de l'état de collocation indu d'un créancier qui y a été admis (ce qui n'est pas le cas dans la procédure de faillite « ordinaire »). C'est la raison pour laquelle il faut accorder au moins à l'administration de la faillite étrangère (en tant que représentante de ces intérêts) le droit d'intenter une action en contestation négative. TI propose d'abroger purement et simplement l'art. 172, al. 2, LDIP car cette disposition viole le droit d'être entendu des créanciers qui échappent au champ d'application du droit actuel.

3.9.5 Reconnaissance de l'état de collocation étranger

L'UNI BE suggère de renoncer, également dans le cadre de la procédure ancillaire, à l'exigence de reconnaissance de l'état de collocation étranger. Une procédure qui désavantage les créanciers suisses ne devrait pas être reconnue eu égard simplement à la réserve de l'ordre public.

TI propose qu'on renonce à l'exigence de reconnaissance de l'état de collocation étranger si aucun créancier de troisième classe ne s'est annoncé en Suisse.

3.9.6 Conséquences de l'absence de reconnaissance

L'UNI BE et l'UNI ZH déplorent le fait qu'aucune réglementation ne soit prévue pour les cas où une procédure d'insolvabilité étrangère n'est pas reconnue. L'UNI ZH propose qu'en pareils cas on ait recours à une procédure subsidiaire particulière, notamment lorsque la faillite ou l'état de collocation ne peut pas être reconnu mais qu'un motif de faillite existe au sens de la LP.

3.9.7 Droit applicable

SH suggère de prévoir une disposition sur le droit applicable. Certes, le principe de la *lex fori* concursus s'applique d'une manière générale, mais on peut se demander à quel droit sont soumises les actions intentées par les administrateurs étrangers. Si le nouvel art. 171 LP prévu dans le projet soumet les actions révocatoires au droit suisse, et plus particulièrement aux art. 285 ss. LP, il ne couvre pas les autres actions, telles que les actions en revendication de la masse.

4 Conventions avec certaines régions d'Allemagne

De nombreux cantons¹³ se sont exprimés sur la question de l'abrogation des conventions conclues avec certaines régions d'Allemagne. Tous se sont déclarés *favorables à cette abrogation* ou du moins n'ont pas formulé d'objection (ZH).

Les arguments invoqués pour justifier leur souhait sont ceux qui figurent dans le rapport : les conventions ont une portée mineure dans la pratique (BS, TG) et ne sont pas claires que ce soit sur le plan du contenu ou du champ d'application (AI, BE, SH). SH attire l'attention sur le fait que la collaboration avec les autorités allemandes compétentes dans les régions frontalières fonctionne bien indépendamment de ces conventions. Seul ZH indique qu'il ne rencontre, en règle générale, aucun problème notable lors de la mise en œuvre de ces conventions.

La CPPFS considère, en revanche, que les conventions conclues avec certaines régions d'Allemagne sont utiles. Elle reconnaît toutefois que ces conventions posent de nombreuses difficultés d'interprétation dans la pratique, notamment en ce qui concerne le champ d'application et le contenu.

5 Consultation

Conformément à l'art. 9 de la loi du 18 mars 2005 sur la consultation (RS 172.061), le public a accès au dossier soumis à consultation ainsi que, après expiration du délai de consultation, aux avis exprimés par les participants, tout comme – après que l'autorité ayant ouvert la procédure en a pris connaissance – au rapport sur les résultats de la consultation. Les prises de position complètes peuvent être consultées à l'Office fédéral de la justice.

¹³ AI, BE, BS, GE, GL, NE, TG, SH, SZ, TI, VS, ZH.

Verzeichnis der Eingaben / Liste des organismes ayant répondu / Elenco die partecipanti

Kantone / Cantons / Cantoni

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

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

CVP	Christlichdemokratische Volkspartei Parti Démocrate-Chrétien Partito Popolare Democratico
FDP	Freisinnig-Demokratische Partei. Die Liberalen Parti radical-démocratique. Les Libéraux-Radicaux Partito liberale-radicale. I Liberali

Interessierte Organisationen und Privatpersonen / Organisations intéressées et particuliers / Organizzazioni interessate e privati

AAB-VD	Association des agents d'affaires brevetés du Canton de Vaud
Bucher	Andreas Bucher, Genf
Centre Patronal	Centre Patronal
Creditreform	Schweizerischer Verband Creditreform Union Suisse Creditreform Unione svizzera dei creditori Creditreform
CSNLaw	CSNLAW - Studio legale e notarile, Lugano
economiesuisse	Verband der Schweizer Unternehmen Fédération des entreprises suisses Federazione delle imprese svizzere
FER	Fédération des Entreprises Romandes
KBKS	Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse Conferenza degli ufficiali di esecuzione e fallimenti della Svizzera
Meier/Giudici	Isaak Meier, Zürich/Camilla Giudici, Zürich
SchKG-Vereinigung	SchKG-Vereinigung - Vereinigung für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht Association LP - Association pour le droit des poursuites et de la faillite
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB Union syndicale suisse USS Unione sindacale svizzera USS
SGV	Schweizerischer Gewerbeverband Union suisse des arts et métiers Unione svizzera delle arti e mestieri
SVR	Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter SVR Association Suisse des magistrats de l'ordre judiciaire ASM Associazione Svizzera dei magistrati ASM Associazioni Svizra dals derschaders ASD
Travail.Suisse	Travail Suisse
UNI BE	Universität Bern
UNI BS	Universität Basel
UNIL	Université de Lausanne
UZH	Universität Zürich
VSI	Verband Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute Association Suisse des Sociétés Fiduciaires de Recouvrement Associazioni degli Uffici Fiduciari d'Incasso Svizzeri

Verzicht auf Stellungnahmen / Instances ayant renoncé à prendre position / Rinuncia a esprimere un parere

- Jura / Jura / Giura
- Sozialdemokratische Partei der Schweiz
Parti Socialiste Suisse
Partito Socialista Svizzero
- Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und –direktoren
Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police
Conferenza delle direttrici e dei direttori dei dipartimenti cantonali di giustizia e polizia
- Schweizerischer Arbeitgeberverband
Union patronale suisse
Unione svizzera degli imprenditori
- Schweizerischer Städteverband
Union des villes suisses
Unione delle città svizzere
- Université de Genève