



Chambre vaudoise
du commerce et de l'industrie

Madame
Véronique Aguet
Service juridique et législatif
Affaires juridiques
Place du Château 1
1014 Lausanne

Lausanne, le 16 avril 2009
S:\COMMUN\POLITIQUE\Position\2009\POL0914.doc

Révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) : procédure d'assainissement – Procédure de consultation sur l'avant-projet (AP LP)

Madame,

Nous avons bien reçu votre courrier du 27 février dernier, relatif au projet mentionné sous rubrique, et vous remercions de nous consulter à ce propos.

Après la débâcle de Swissair, de nombreuses interventions parlementaires ont demandé d'examiner le besoin de révision de la LP. En été 2003, un groupe de réflexion, composé d'experts, a examiné la nécessité de réviser le droit de l'insolvabilité. Au printemps 2008, le groupe de réflexion a livré un rapport final et un avant-projet de révision (AP LP). Il est également arrivé à la conclusion que le droit suisse de l'exécution forcée offre des solutions fiables et praticables, y compris sous l'angle de l'assainissement des entreprises et qu'une révision générale ne s'impose pas. Il estime de plus qu'il n'est pas opportun de créer un droit spécial régissant l'insolvabilité des grandes entreprises ("faillite des groupes de sociétés"). Il a cependant relevé quelques points faibles du droit actuel et propose plusieurs modifications ponctuelles.

L'avant-projet soumis en consultation reprend en très grande partie le texte du groupe susmentionné et coordonne certains points avec la révision en cours du droit des sociétés anonymes.

Remarques générales

Comme susmentionné, l'avant-projet ne révolutionne pas le droit suisse de l'exécution mais apporte quelques modifications ponctuelles. En fait, nous rejoignons l'avis des experts et saluons l'effort entrepris de ne pas remanier profondément le droit actuel en la matière et de tenir compte des intérêts entre les débiteurs et leurs créanciers. Nous nous limiterons à quelques remarques spécifiques eu égard au fait que notre pratique en matière de procédure d'assainissement est limitée.

Remarques spécifiques

1. Procédure concordataire (procédure d'assainissement)

Cette dernière serait représentée par la procédure concordataire, dans laquelle serait intégrée la possibilité d'ajouter la faillite. Ainsi, toutes les formes de société et non plus seulement les sociétés anonymes pourraient avoir accès au moratoire. Cette nouveauté est à saluer.

La fonction du sursis concordataire est élargie : elle ne devrait plus forcément déboucher sur la conclusion d'un concordat judiciaire ou sur une faillite, mais pourrait être accordé à titre de simple sursis. Cela permet également d'annuler le sursis si un assainissement intervient avec l'expiration du sursis (art. 296a, al.1 AP LP), voire même par le biais d'un règlement extrajudiciaire conclu avec les créanciers. Cet élément est appréciable pour des entreprises faisant face à des difficultés passagères et qui arrivent à trouver des solutions viables et fiables.

Concernant la phase d'introduction de la procédure, sur requête du débiteur (art. 293 let a AP LP), l'AP n'exige plus que le débiteur joigne un projet de concordat à sa requête. Il est toujours tenu de motiver sa demande de concordat, de fournir les documents usuels laissant apparaître l'état de son patrimoine, de ses résultats et de ses revenus. Certes, cela évite au requérant de devoir s'entendre préalablement avec ses créanciers et de devoir dévoiler sa situation financière, mais à notre avis le projet de concordat est primordial. Le projet de concordat permet d'assurer que le débiteur connaît sa situation, est capable de faire des propositions cohérentes et permet d'assurer que la requête de sursis n'est pas formée uniquement à des fins dilatoires¹. Ainsi, l'article 293 let a AP LP ne rencontre pas notre approbation.

Concernant le sursis, il est facilité : contrairement à la situation actuelle, le sursis définitif serait en principe précédé par un sursis provisoire, ce qui faciliterait l'accès au sursis. L'AP prévoit d'octroyer le sursis provisoire mais pour une durée maximale de 4 mois (art. 293a al.1 AP LP) et il ne doit pas être obligatoirement rendu public (art. 293c al.2 AP LP) afin de protéger le débiteur de ses créanciers, de ne pas ébranler la confiance du public dans l'entreprise concernée (contrairement au sursis définitif qui est obligatoirement public). Toutefois, l'article 293c al. 2 précise bien : "*Il n'y a pas lieu de le rendre public lorsque la protection des intérêts de tiers est garantie*" et implique une protection évidente pour les intérêts de tiers. De plus, concernant les sociétés cotées en bourse, l'art. 72 du Règlement de cotation de la Bourse suisse SWX prévoit que ces dernières doivent se présenter devant le public et l'informer du sursis (publicité événementielle). Aussi, les propositions susmentionnées de l'avant-projet sont à saluer pour autant que la protection des intérêts de tiers soit réellement garantie.

Une autre nouveauté est inscrite dans l'avant-projet : les effets du sursis concordataire sur le droit des créanciers sont rapprochés de ceux de la faillite afin d'augmenter les chances d'assainissement. Il est notamment prévu que la procédure concordataire révisée donne la possibilité d'exiger la conversion des créances en nature en créances en argent. Cette règle instaure, selon l'avant-projet, une égalité de traitement entre créanciers en nature et en argent, tout en accroissant les chances d'un assainissement. Cette mesure peut permettre, voire inciter, certaines entreprises à assainir leur entreprise et évite d'aggraver leur situation financière, voire de passer par la case inéluctable de la faillite. Toutefois, nous peinons à trouver une application pratique de cette disposition et peinons également à juger des effets bénéfiques sur les créanciers.

¹ Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 271-352, Pierre-Robert Gilliéron, Editions Payot Lausanne, p 357

Une commission des créanciers est prévue dans le cadre du sursis définitif (art. 295 a AP LP), représentant différentes catégories de créanciers. Pour assurer une composition équilibrée de la commission, le juge du concordat désigne lui-même ses membres. Ainsi, le droit de codécision des créanciers est renforcé. Il est également prévu de convoquer une assemblée des créanciers extraordinaires (art. 294a AP LP) lorsque le sursis est prolongé au-delà de douze mois : ces derniers sont tenus informés de l'avancement de la procédure, des raisons de la prolongation du sursis et de la suite de la procédure. Cette mesure est judicieuse et permet aux créanciers d'avoir une vue sur la procédure et sur les éventuelles mesures à adopter.

Dans le cadre de l'homologation du concordat, l'avant-projet propose que le désintéressement des créanciers de troisième classe ne fassent plus l'objet d'une garantie (art. 306 al. 1 ch 2 AP LP). L'avant-projet précise que l'homologation du concordat suppose l'existence de garanties en suffisance concernant l'exécution du concordat, le paiement des créances privilégiées et les dettes de la masse. L'obligation de garantie conduit, souvent, au blocage de ressources financières essentielles pour le succès de l'assainissement et constitue à ce titre un obstacle majeur à la conclusion du concordat. Cette mesure nous paraît certes attractive mais nous laisse perplexe : les créanciers de 3^{ème} classe ont déjà beaucoup de peine à être désintéressés dans la pratique. Aussi, il nous paraît que les créanciers de 3^{ème} classe doivent pouvoir bénéficier de la même garantie que les autres créanciers sur les dettes de la masse.

2. Questions particulières relatives aux contrats de durée

L'avant-projet propose une nouvelle conception dans laquelle le sort des contrats de durée dépend essentiellement de celui de l'entreprise, à savoir sa liquidation (faillite et concordat par abandon d'actifs) ou la poursuite de son activité (sursis concordataire et concordat ordinaire). Dans le cas de contrats de durée en cas de liquidation (faillite et concordat par abandon d'actifs), une nouvelle norme est créée à l'article 211a al. 1 AP LP : *"les prétentions fondées sur un contrat de durée et dues jusqu'au terme de résiliation la plus proche ou jusqu'à la date d'expiration du contrat peuvent être invoquées à titre de créances de faillite dès l'ouverture de celle-ci. Les avantages que l'autre partie contractante aurait obtenu durant cette période lui sont amputés"*. Cela permet au cocontractant d'invoquer ses droits à titre de créances de faillite ordinaires, mais au maximum jusqu'au terme de la résiliation la plus proche ou jusqu'à l'expiration du contrat. Comme l'indique l'avant-projet, cela permet de régler une certaine passivité et également une insécurité qui règne en la matière mais le cocontractant doit être très vigilant au terme prévu et prendre les dispositions nécessaires, faute de quoi il ne peut plus faire valoir ses droits. Il s'agit là d'une nouveauté qui doit être impérativement portée à connaissance des créanciers qui seraient visés. Une communication obligatoire pourrait être instaurée à l'égard de cocontractants visés par cette disposition.

Concernant le sort des contrats de durée dans le cadre du sursis concordataire, il est prévu (art. 297a AP LP) que le débiteur peut dénoncer les contrats de durée qui constituent un obstacle à son assainissement en tout temps, avec l'assentiment de l'administrateur. L'autre partie doit toutefois être pleinement indemnisée (Art. 211a AP LP). Cette indemnité, toutefois, ne vaudra que comme une créance concordataire qui ne donnera droit qu'à un dividende concordataire. Cette disposition, certes intéressante et innovante, nous laisse pantois : la garantie et la prévisibilité du droit, de la liberté contractuelle sont annihilés. La CVCI ne peut souscrire à cette nouvelle disposition.

Concernant le contrat de travail, le rapport explicatif précise (page 21) que *"l'avant-projet renforce considérablement la position juridique des travailleurs dans la procédure, notamment parce qu'il élargit très sensiblement les droits des créanciers en général (institution d'une commission des créanciers représentative et d'une assemblée des créanciers ayant qualité d'organes de contrôle dans la phase du sursis concordataire déjà; art. 294a et 295a AP LP). Ces mesures devraient permettre de prévenir efficacement les abus"*. Les règles prévues semblent acceptables.

* *
*

Il est certes judicieux d'éviter des exercices alibi pour les débiteurs et de tenter des possibilités d'assainissement plutôt que de passer par la case "faillite" lorsque celle-ci est évitable. Toutefois, même si l'avant-projet renforce la position des créanciers et permet, peut-être, d'augmenter le pourcentage de recouvrement par les créanciers, les autorités fiscales et les employés face à une entreprise insolvable, il est indispensable de maintenir une forte protection des intérêts des créanciers.

Ainsi, si la CVCI salue l'effort consenti dans l'avant-projet, elle ne peut souscrire à toutes les modifications proposées eu égard aux remarques susmentionnées.

Nous vous remercions de l'intérêt que vous porterez à ces lignes et vous adressons, Madame, nos salutations les meilleures.

CHAMBRE VAUDOISE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

Guy-Philippe Bolay
Directeur adjoint

Norma Streit-Luzio
Sous-directrice