

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

Rapport et avant-projet du  
groupe d'experts « procédure concordataire »

**Berne, juin 2008**

# Table des matières

## **Partie générale**

- A. Introduction
  - I. Groupe d'experts Phase 1
  - II. Groupe d'experts Phase 2
- B. Aperçu des résultats de la phase 2
  - I. Principe : maintien des conclusions de la phase 1
  - II. Divergences par rapport à la phase 1
  - III. Protection et égalité de traitement des créanciers
- C. Suite de la procédure

## **Partie spéciale**

- Remarque liminaire
- A. Procédure concordataire (procédure d'assainissement)
  - I. Avis de surendettement et ajournement de la faillite
  - II. Phase d'introduction de la procédure
  - III. Phase du sursis
  - IV. Phase d'homologation
  - Ex cursus : le concordat dans la procédure de faillite
- B. Questions particulières
  - I. Des contrats de durée
  - II. Du sort des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur
  - III. Des privilèges de certains créanciers
  - IV. De l'apport de nouveaux fonds
  - V. De la faillite des groupes de sociétés
  - VI. Suppression d'autres lacunes du droit de révocation

## Partie générale

### A. Introduction

#### I. Groupe d'experts Phase 1

Après la débâcle de Swissair<sup>1</sup>, de nombreuses interventions parlementaires ont demandé un examen du besoin de révision du droit suisse de l'exécution forcée (ou de l'insolvabilité). La loi sur la poursuite pour dettes et la faillite<sup>2</sup> était particulièrement visée car elle aurait montré des faiblesses, principalement dans le domaine de l'insolvabilité des grandes entreprises.

En été 2003, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a institué un groupe d'experts en tant que *groupe de réflexion* en lui confiant le mandat d'examiner la nécessité de réviser le droit de l'insolvabilité. Trois points saillants se dégagent du mandat :

1. Examiner si et dans quelle mesure la procédure concordataire prévue dans la LP peut et doit continuer à se développer dans le sens de la procédure d'assainissement ;
2. Analyser les points de friction avec le droit matériel (garanties, privilèges, traitement des contrats de durée tels que les contrats de travail, de bail et de leasing) ;
3. Examiner s'il est opportun et possible de créer un droit spécial s'appliquant à la faillite des groupes de sociétés.

L'évaluation du besoin de légiférer devait être axée prioritairement sur le problème de l'assainissement. Dans ses réflexions, le groupe d'experts devait aussi prendre en compte les solutions retenues dans les procédures étrangères (par exemple le Chapter 11 du Bankruptcy Code américain) ainsi que les recommandations de la CNUDCI<sup>3</sup>.

En mars 2005, le groupe d'experts a remis son rapport sur le besoin de légiférer à l'OFJ<sup>4</sup>.

#### II. Groupe d'experts Phase 2

Compte tenu du temps restreint dont il a disposé pour examiner ces questions complexes, le groupe d'experts a dû se contenter de formuler des thèses. C'est pourquoi, en août 2006, l'OFJ l'a rappelé en le chargeant de poursuivre ses travaux sur la base des résultats de la phase 1 et de lui remettre un rapport succinct accompagné d'un avant-projet pouvant servir de base pour une révision de la loi. Ce mandat est rempli par le présent rapport qui a été livré à l'OFJ en juin 2008.

La composition du groupe d'experts n'a pas subi de remaniement profond pour la deuxième phase. Seul un représentant de la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse est venu s'y ajouter.

Les membres du groupe d'experts étaient :

- Stephan Bölli, Notariat Wetzikon (nouveau)
- Daniel Hunkeler, docteur en droit, avocat, Schumacher Baur Hürlimann, Zurich
- Franco Lorandi, docteur en droit, avocat, Beglinger Holenstein, Zurich, chargé d'enseignement à l'université de Saint-Gall
- Isaak Meier, docteur en droit, avocat, Zurich, professeur ordinaire à l'université de Zurich

---

<sup>1</sup> Pour la chronologie des événements, voir le rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats (CdG-E) du 19.9.2002, Le rôle du Conseil fédéral et de l'administration fédérale en relation avec la crise de Swissair (FF 2003 4885 ss, notamment 4955 ss).

<sup>2</sup> Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1).

<sup>3</sup> La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté des recommandations pour légiférer dans le domaine du droit de l'exécution forcée (cf. Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, état : projet du 30.9.2003).

<sup>4</sup> Le droit suisse de l'assainissement doit-il être révisé? Thèses et propositions au regard de l'assainissement des entreprises. Rapport du groupe d'experts chargé de réexaminer la procédure concordataire, avril 2005 ; cité comme rapport de la phase 1 dans la suite du présent rapport. Le rapport de la phase 1 peut être téléchargé sur Internet ([www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)).

- Henry Peter, docteur en droit, avocat, Peter, Bernasconi & Partners, Lugano, professeur ordinaire à l'université de Genève
- Daniel Staehelin, docteur en droit, avocat et notaire, Christen Rickli Partner, Bâle, chargé d'enseignement à l'université de Bâle
- Karl Wüthrich, avocat, Wenger Plattner, Zurich
- Dominik Gasser, avocat, Office fédéral de la justice, chargé d'enseignement à l'université de Lucerne, Bratschi Wiederkehr Buob, Zurich/Berne/Saint-Gall/Zoug (président)
- Le secrétariat et la rédaction du rapport et de l'avant-projet ont été assurés par Brigitte Rickli, avocate, et Toylan Senel, licencié en droit (collaborateurs à l'OFJ)

Le groupe d'experts s'est réuni à sept reprises, la dernière fois le 18 février 2008. Ses membres se sont également rencontrés à Lucerne en août 2007 pour une séance spéciale de deux jours.

## **B. Aperçu des résultats de la phase 2**

### **I. Principe : maintien des conclusions de la phase 1**

D'une manière générale, le groupe d'experts reste convaincu des positions exprimées au termes de la phase 1 de son mandat. Ses thèses ne seront donc pas répétées ici<sup>5</sup>. Il confirme notamment son avis selon lequel le droit suisse de l'exécution forcée est fiable et praticable, y compris sous l'angle de l'assainissement des entreprises. Par conséquent, une révision générale ne s'impose pas.

Cela n'exclut pas, comme cela avait déjà été souligné dans la phase 1, la nécessité de réformes ponctuelles<sup>6</sup>. D'un point de vue purement quantitatif, l'ampleur du travail législatif est donc limitée. Mais sur le plan qualitatif, on ne saurait sous-estimer la portée politique de ce projet, notamment en raison de ses conséquences économiques et sociales. Dans la pesée des intérêts entre les débiteurs (soit les entreprises à assainir) et leurs créanciers, tout transfert de charge a des conséquences immédiates et tangibles (par exemple en matière de délais de paiement, de risque de pertes, de taux des pertes, de modalités d'exécution des contrats, etc.).

Le groupe d'experts estime toujours qu'il n'est pas opportun de créer un droit spécial régissant l'insolvabilité des grandes entreprises (mot-clé « faillite des groupes de sociétés »)<sup>7</sup>. Par principe, le droit de l'exécution forcée ne doit pas empiéter sur les normes du droit matériel. Au contraire, il convient de maintenir le système actuel, dans lequel les règles générales de procédure s'appliquent aussi lors de la faillite des groupes (approche « atomiste » plutôt que « consolidée »). Il est néanmoins possible de tenir compte ponctuellement de la situation des groupes de sociétés (notamment pour les règles régissant le fardeau de la preuve en cas de révocation ou pour la coordination des procédures ; cf. Partie spéciale B/V).

Dans la phase 1, le groupe d'experts avait aussi relevé que la révision de la procédure d'assainissement ne devrait pas être uniquement axée sur l'assainissement de l'entreprise, mais qu'il conviendrait également de repenser le système de l'acte de défaut de biens et du retour à meilleure fortune (art. 265 ss LP) et de discuter de l'introduction d'une « libération du solde de la dette » (assainissement privé)<sup>8</sup>. Il n'a pas changé d'avis, car si cette problématique ressortit en grande partie au « droit social de l'insolvabilité » (surendettement des consommateurs et des ménages privés), elle présente aussi un lien direct avec l'assainissement des entreprises (assainissement des entreprises individuelles). Par manque de capacités et de temps, le groupe d'experts a toutefois dû limiter ses travaux à l'assainissement des entreprises.

<sup>5</sup> Pour un aperçu rapide, cf. rapport de la phase 1, p. 6 à 12.

<sup>6</sup> Rapport de la phase 1, p. 3 à 6.

<sup>7</sup> Rapport de la phase 1, p. 4 (ainsi que p. 46 ss dans la version allemande, la partie spéciale du rapport n'ayant pas été traduite).

<sup>8</sup> Rapport de la phase 1, p. 12 s, avec renvois.

## II. Divergences par rapport à la phase 1

Le groupe d'experts est revenu sur certaines de ses propositions formulées dans la phase 1. Ces divergences seront expliquées dans la partie spéciale de ce rapport et seuls les aspects principaux seront évoqués ici.

- Une obligation générale d'annoncer l'insolvabilité pour toutes les entreprises surendettées, indépendamment de leur forme juridique, n'est plus à l'ordre du jour. Le groupe d'experts est arrivé à la conclusion qu'une extension de l'avis obligatoire en cas de surendettement (art. 725 CO) aux entreprises individuelles et aux sociétés de personnes serait pratiquement impossible à mettre en oeuvre. D'ailleurs, cette idée a également été abandonnée dans le cadre de la révision du droit comptable.
- La possibilité de désigner un commissaire avant l'octroi du sursis concordataire est aussi abandonnée. Cette proposition ne se justifie plus dans la mesure où les conditions d'octroi du sursis concordataire sont allégées.
- L'idée d'un droit de résiliation extraordinaire des contrats de durée qui serait exercé dans la faillite par l'administration de la faillite, avec une indemnisation limitée de l'autre partie, n'est pas poursuivie (cf. art. 211a AP LP et Partie spéciale B/I).
- Enfin, la thèse d'un octroi pratiquement automatique du sursis concordataire lorsque celui-ci a été accordé à titre provisoire lors de la déclaration de surendettement (*automatic stay*) est aussi abandonnée (cf. Partie spéciale A/I).

## III. Protection et égalité de traitement des créanciers

Conformément au mandat qui lui a été confié, le groupe d'experts s'est concentré sur la problématique de l'assainissement. Néanmoins, les questions de la protection et de l'égalité de traitement des créanciers occupent aussi une place centrale dans la procédure d'assainissement. Il faut notamment renforcer le droit de codécision des créanciers pendant le sursis concordataire, dont la durée est souvent très longue (cf. Partie spéciale A/III/2.3). L'introduction d'une plus grande égalité de traitement entre les créanciers justifie en particulier les restrictions proposées au sujet de certains privilèges (cf. Partie spéciale B/III). Mais de telles restrictions vont aussi dans le sens d'un renforcement du droit de l'assainissement, car en fin de compte ces privilèges immobilisent des actifs et rendent l'assainissement plus difficile. Le groupe d'experts est bien conscient de la portée économique et sociale de cette problématique. Aussi tient-il à souligner qu'il ne prétend nullement détenir la vérité juridique. Il formule ici des appréciations et des approches de décision qui devront ensuite faire l'objet d'ajustements politiques.

## C. Suite de la procédure

Le groupe d'experts estime que la révision partielle qu'il propose peut être mise en oeuvre rapidement, notamment en ce qui concerne les aspects purement procéduraux (soit les propositions concernant la procédure concordataire). Il souligne aussi qu'il conviendra de procéder de façon coordonnée, car certains thèmes (en particulier l'avis obligatoire en cas de surendettement et l'ajournement de la faillite) sont déjà traités dans le cadre d'autres révisions du droit des sociétés en cours<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable ; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407, en particulier 1510.

## Partie spéciale

### Remarque liminaire

La partie spéciale comporte deux volets :

- la partie A présente et commente les propositions du groupe d'experts concernant une révision de la procédure concordataire ;
- la partie B aborde ensuite un certain nombre de problématiques particulières.

Cette structure a été adoptée dans un souci de clarté et de compréhension, notamment pour éviter d'interrompre la description du déroulement de la procédure par de longs excursus sur des questions matérielles connexes.

### **A. Procédure concordataire (procédure d'assainissement)**

#### **I. Avis de surendettement et ajournement de la faillite**

##### **1. Intégration de l'ajournement de la faillite dans la procédure concordataire**

Dans la conception proposée par l'avant-projet, la procédure concordataire est la seule procédure d'assainissement. Lors de la phase 1, le groupe d'experts avait constaté que le parallélisme entre l'ajournement de la faillite (art. 725 s CO) et le sursis concordataire conduisait à des redondances et à une insécurité juridique<sup>10</sup>. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet intègre le moratoire dans la procédure concordataire, ce qui permet d'abroger l'art. 725a CO.

Le moratoire n'est donc pas supprimé sans compensation ; il est simplement extrait du droit des sociétés et, du fait de son inscription dans la LP, rendu accessible à toutes les formes de sociétés<sup>11</sup>. Dans les faits, cela signifie qu'un sursis concordataire pourrait être réellement utilisé pour accorder un sursis, sans avoir pour objectif d'ouvrir la voie à un concordat judiciaire. C'est à cette possibilité que fait allusion l'art. 296a, al. 1, AP LP lorsqu'il indique que le sursis peut être annulé si un assainissement intervient avant l'expiration du sursis. En effet, cette situation peut très bien se produire même si aucun concordat judiciaire n'est conclu et homologué : elle peut être le résultat d'un accord extrajudiciaire conclu avec les créanciers principaux ou de mesures internes prises par l'entreprise, comme cela peut aujourd'hui être le cas dans le cadre d'un ajournement de faillite. La modification proposée généralise donc l'accession à cette possibilité.

L'intégration de l'ajournement de la faillite dans la procédure concordataire a aussi des conséquences rédactionnelles : les art. 219, al. 5, ch. 2, 288a, ch. 2, 331, al. 2, et 350 LP doivent être adaptés ou biffés. Le droit matériel doit aussi être corrigé lorsqu'il renvoie à l'ajournement de la faillite<sup>12</sup>. Ces ajustements rédactionnels sont laissés aux bons soins de l'administration fédérale.

##### **2. Maintien de l'avis de surendettement dans le droit des sociétés**

Dans le droit en vigueur, l'ajournement de la faillite (art. 725a CO) est intimement lié à ce que l'on appelle l'avis obligatoire en cas de surendettement. Le droit matériel fixe donc les conditions dans lesquelles une société est tenue d'informer le juge de son insolvabilité et quand ce dernier peut éventuellement ajourner la faillite. Le groupe d'experts est convaincu que les dispositions régissant cet « avis d'insolvabilité » obligatoire doivent rester dans le droit des sociétés (art. 725 CO). Par conséquent, cette obligation continuera de ne concerner que certaines formes de sociétés, à savoir les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives. Les experts ont donc renoncé à élaborer un « avis de surendettement » applicable de façon indifférenciée à toutes les formes de sociétés, d'autant qu'une telle mesure serait quasiment impraticable.

<sup>10</sup> Rapport de la phase 1, p. 12 à 14 (version allemande).

<sup>11</sup> Rapport de la phase 1, p. 18 (version allemande).

<sup>12</sup> Par exemple l'art. 903, al. 5, CO et l'art. 25, al. 3, de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB ; RS 952.0 ; cf. annexe).

Néanmoins le groupe d'experts propose d'étendre les conditions régissant l'avis obligatoire en cas de surendettement afin de garantir le recours aux autorités judiciaires en temps utile.

- Selon l'avant-projet, le juge doit être avisé lorsque les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, autrement dit lorsque la société est surendettée (art. 725, al. 3, let. a, 817, al. 1, et 903, al. 2, let. a, AP CO). Il en va déjà ainsi dans le droit actuel. La nouveauté est que le juge peut aussi être avisé lorsque l'organe de révision n'a pas encore vérifié le bilan intermédiaire.
- Un surendettement est révélé par le test du bilan. Mais il peut arriver que les créances au bilan soient couvertes et que l'entreprise soit tout de même confrontée à des problèmes de trésorerie, ce qui lui empêche d'honorer ses obligations. Or s'il ne lui est pas possible de désintéresser ses créanciers pendant une assez longue période, ses intérêts sont au moins autant affectés que si son bilan faisait apparaître un surendettement. C'est pourquoi dans une conception de la protection des créanciers où l'avis d'insolvabilité joue un rôle clé, le groupe d'experts estime qu'il convient d'ajouter un critère alternatif, à savoir que le juge doit aussi être avisé lorsque la société est devenue insolvable (art. 725, al. 3, let. b, 817, al. 1, et 903, al. 2, let. b, AP CO)<sup>13</sup>. La détermination du moment où intervient l'insolvabilité – ou la solvabilité – n'est pas une notion inconnue dans la LP (cf., par exemple, les art. 174, al. 2, et 191). La notion d'insolvabilité ne recouvre donc pas n'importe quelle difficulté de paiement. Au contraire, l'avis au juge n'est obligatoire que lorsque l'entreprise n'est pas en mesure de remédier à ses problèmes de trésorerie dans un délai prévisible et raisonnable. Il appartient à la direction de déterminer si tel est le cas, en tenant compte des circonstances du cas d'espèce, en particulier des créances en cours et futures (probables) ainsi que du carnet de commandes.

L'obligation d'aviser le juge est donc complétée par un nouveau critère (l'insolvabilité). Il ne faudrait cependant pas qu'à l'avenir les entreprises concernées puissent être poussées trop facilement vers une procédure d'exécution forcée. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet envisage quelques exceptions légales :

- Comme le prévoit déjà le droit en vigueur, il n'y a pas lieu d'aviser le juge si des créanciers de la société acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances envers la société (subordination de créances ; art. 725, al. 4, let. a, AP CO).
- Les experts proposent aussi qu'il soit possible de ne pas aviser le juge lorsque des éléments concrets portent à croire qu'il sera possible de mettre un terme au surendettement ou à l'insolvabilité dans un délai donné (art. 725, al. 4, let. b, et 903, al. 2<sup>bis</sup>, AP CO). L'avant-projet codifie ainsi une jurisprudence du Tribunal fédéral pour laquelle une base légale a fait défaut jusqu'ici<sup>14</sup>.

La tentative d'assainissement ne doit pas mettre les créanciers dans une position plus défavorable que si le juge avait été avisé immédiatement. Leurs créances ne doivent notamment pas être mises en péril par une détérioration supplémentaire de la situation financière de la société. La direction doit réellement s'efforcer d'améliorer la situation et prendre des mesures concrètes, propres à assainir objectivement et durablement les finances de l'entreprise<sup>15</sup>.

La durée d'attente admise est de deux mois afin de garantir la sécurité juridique. La responsabilité de l'organe compétent est engagée s'il ne procède pas au dépôt de bilan dans les délais impartis alors que les conditions d'un report ne sont pas remplies.

Etant donné que l'ajournement de la faillite en tant que procédure à part entière doit disparaître (cf. ci-dessus I/1), l'avis d'insolvabilité ne peut plus déboucher que sur la faillite ou sur une procédure concordataire. Lors de la phase 1, le groupe d'experts pensait encore que l'avis de surendettement devait entraîner automatiquement une procédure concordataire (par

<sup>13</sup> Voir également les art. 729b, al. 2, et 731a, al. 2, AP CO (dans l'annexe).

<sup>14</sup> Rapport de la phase 1, p. 13 avec renvois (version allemande).

<sup>15</sup> ATF 116 II 541.

analogie à un *automatic stay* selon le Chapter 11 du Bankruptcy Code américain). Il s'agissait en premier lieu de modifier l'impact collectif : au lieu que l'avis au juge ne sonne comme l'annonce de la disparition de la société il devait devenir porteur d'espoir d'un assainissement de l'entreprise<sup>16</sup>. Mais cette conception est en contradiction avec la pratique car, d'expérience, la plupart des avis de surendettement conduisent quand même à l'ouverture de la faillite. C'est pourquoi l'avant-projet revient en arrière et reste plus proche du droit en vigueur. L'avis de surendettement ne doit cependant pas conduire automatiquement au sursis concordataire, mais uniquement lorsque les conditions suivantes (non cumulatives) sont remplies :

- Comme c'est déjà le cas aujourd'hui, il peut être combiné avec une demande de concordat ; la procédure s'ouvre alors tout à fait normalement par la demande de sursis (cf. ci-dessous II/1). La demande de concordat remplace alors l'actuelle demande d'ajournement de la faillite.
- Si aucune demande de sursis concordataire n'est déposée lors de l'avis de surendettement, le juge de la faillite procède conformément à l'art. 173a LP : il transmet le dossier au juge du concordat si un concordat paraît possible. Celui-ci octroie ensuite un sursis provisoire, mais s'il constate qu'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat, il ouvre d'office la faillite (art. 293a, al. 2, AP LP). Il est inutile d'exiger le renvoi du dossier au juge de la faillite car cela complique inutilement la procédure. L'art. 173, al. 3, LP peut donc être abrogé.
- Dans tous les autres cas, le juge saisi ouvre la faillite, comme aujourd'hui.

## **II. Phase d'introduction de la procédure**

L'avant-projet maintient les trois modes d'introduction de la procédure concordataire en vigueur, à savoir sur requête du débiteur, sur requête d'un créancier ou d'office.

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

Toute personne physique ou morale qui peut être poursuivie pour dettes par voie de faillite ou de saisie peut se prévaloir de la procédure concordataire (art. 293, let. a, AP LP). Il n'est pas nécessaire de justifier d'un motif d'insolvabilité particulier. En ce sens, l'avant-projet reprend le droit en vigueur. Mais contrairement au droit actuel, il n'exige pas que le débiteur joigne un projet de concordat à sa requête. Cela évite au requérant de devoir s'entendre préalablement avec ses créanciers et de devoir leur dévoiler sa situation financière. L'avant-projet propose ici un rapprochement avec la pratique qui s'est développée en matière d'ajournement de la faillite (art. 725 CO), où l'octroi d'un moratoire n'est pas subordonné à la présentation d'un plan d'assainissement dès le début de la procédure.

Le débiteur a cependant toujours l'obligation de motiver sa demande de concordat. Etant donné qu'à l'avenir la procédure concordataire sera régie par les règles de la procédure sommaire du nouveau code de procédure civile suisse (art. 247, let. a, CPC), l'obligation de motiver la requête ne doit plus figurer explicitement dans la LP car elle découle directement de l'art. 248 CPC.

Par ailleurs, comme c'est déjà le cas aujourd'hui, le débiteur doit fournir tous les documents laissant apparaître l'état de son patrimoine, de ses résultats et de ses revenus. L'avant-projet précise toutefois que l'état actuel n'est pas seul déterminant mais également – et surtout – l'état futur. Le débiteur doit aussi produire un plan de trésorerie mettant tous les encaissements mensuels en regard des décaissements mensuels, la différence entre les deux constituant la trésorerie ou les liquidités disponibles pour remplir les obligations financières de la société. Le plan de trésorerie est un instrument important utilisé pour garantir la solvabilité de l'entreprise. En revanche, le débiteur ne doit plus fournir l'état de ses livres, cette obligation se traduisant le plus souvent par un exercice alibi.

---

<sup>16</sup> Rapport de la phase 1, p. 17 s (version allemande).



La requête du débiteur peut aussi être introduite, comme nous l'avons vu précédemment, avec l'avis de surendettement (cf. ci-dessus I/2).

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

Un créancier peut aussi requérir l'introduction d'une procédure concordataire (art. 293, let. b, AP LP). Comme dans le droit actuel, la condition posée est qu'il ait introduit une procédure de poursuite pour dettes et qu'il soit dans une position où il pourrait requérir l'ouverture de la faillite. Est également légitimé le créancier qui pourrait requérir la faillite sans poursuite préalable (art. 190 LP)<sup>17</sup>. Etant donné qu'en règle générale un créancier ne connaît pas les détails de la situation financière du débiteur, il convient de poser des conditions moins strictes pour le dépôt de sa requête que dans le cas de la requête du débiteur, ce qui est conforme et correspond au droit en vigueur.

Dans la pratique, les requêtes déposées par les créanciers seront plutôt rares. Un créancier requerra en principe l'ouverture de la faillite et il appartiendra ensuite au juge de la faillite de procéder conformément à l'art. 173a LP.

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

L'introduction d'office de la procédure concordataire peut intervenir dans les situations suivantes :

- Suite à l'avis de surendettement, lorsque le débiteur ne dépose pas de demande de concordat (cf. ci-dessus I/2) ;
- Suite à la réquisition de faillite d'un créancier (consécutive à une poursuite par voie de faillite ou en présence d'une condition matérielle justifiant l'ouverture de la faillite), par transmission du dossier au juge du concordat (art. 173a LP).

L'avant-projet ne change rien à ces règles. Cette entorse à la maxime de disposition a pour but d'éviter la faillite d'entreprises qui peuvent encore être assainies. Les perspectives d'homologation d'un concordat doivent toutefois être manifestes. Le juge n'a en aucun cas l'obligation de rechercher des éléments probants lors de l'examen de toutes les réquisitions de faillite. Pour ajourner le jugement de faillite, il suffit qu'il existe des éléments probants indiquant qu'un concordat est possible<sup>18</sup>.

### **III. Phase du sursis**

#### **1. Sursis provisoire**

##### **1.1 Octroi (art. 293a AP LP)**

Le juge du concordat statue sur l'octroi du sursis provisoire immédiatement après l'introduction de la requête ou après le transfert du dossier par le juge de la faillite (art. 293a, al. 1, AP LP). Il ne faut pas poser des conditions trop strictes à l'octroi du sursis concordataire, mais il peut être conditionné au versement d'une avance de frais au titre des honoraires du commissaire. C'est uniquement lorsqu'il constate qu'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat que le juge du concordat ouvre la faillite (art. 293a, al. 2, AP LP). Il s'ensuit donc que le sursis définitif est en principe précédé par un sursis provisoire (à l'inverse de la règle actuelle), ce qui facilite considérablement l'accès au sursis. De plus, un terme est mis à la pratique différenciée des cantons en matière de durée entre le dépôt de la requête et l'octroi du sursis. Selon l'avant-projet, le

<sup>17</sup> VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, Bâle/Genève/Munich 1998, ad art. 293 N 16 ; JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M./KOTTMANN MARTIN, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4<sup>e</sup> édition 1997/2001, ad art. 293 N 39 s.

<sup>18</sup> VOLLMAR ALEXANDER in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (note 17), ad art. 293 N 18 s.

sursis provisoire doit s'accompagner de mesures propres à préserver la substance de l'entreprise<sup>19</sup>.

Le juge du concordat statue en procédure sommaire (art. 247, let. a, CPC). Il vérifie d'office l'existence des conditions d'un sursis concordataire. Il n'est pas tenu d'auditionner les créanciers ; en revanche, lorsqu'un créancier requiert l'introduction d'une procédure concordataire le débiteur doit normalement être entendu, pour des raisons pratiques évidentes.

Le sursis provisoire est octroyé pour une durée maximale de quatre mois (art. 293a, al. 1, AP LP). Le délai maximal de deux mois prévu par le droit actuel (art. 293, al. 3, LP) est trop court pour permettre un examen approfondi des cas particulièrement complexes. En outre, l'obligation faite au débiteur de joindre un projet de concordat à sa requête ayant été supprimée, il faut donner plus de temps au juge pour clarifier la situation.

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

Pendant le sursis provisoire, il faut examiner la situation financière du débiteur et les possibilités d'y réagir. A cette fin, le juge du concordat peut désigner un ou plusieurs commissaires provisoires (art. 293b AP LP). Ceux-ci ont globalement les mêmes tâches que dans le cadre du sursis définitif (cf. art. 295 AP LP). Contrairement à ce qu'exige le droit actuel, l'octroi du sursis provisoire n'entraîne pas toujours la désignation d'un commissaire provisoire. Dans ce cas, le sursis revêt simplement la fonction d'un moratoire (cette conséquence découle de l'intégration de l'ajournement de la faillite prévu par le droit de la société anonyme dans la LP, cf. ci-dessus I/1).

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

Pendant le sursis provisoire, le débiteur doit être protégé de ses créanciers. Pour cette raison, le sursis ne doit pas obligatoirement être rendu public (art. 293c, al. 2, AP LP). C'est une différence notoire par rapport au droit en vigueur. La publication n'est prévue que lorsque les intérêts de tiers, en particulier ceux des salariés du débiteur, doivent être protégés<sup>20</sup>. Si une publication n'est pas jugée nécessaire de prime abord, mais qu'au cours du sursis provisoire il s'avère qu'elle le serait, le juge doit ordonner la publication ultérieurement.

Renoncer à la publicité du sursis concordataire a pour avantage de ne pas ébranler la confiance du public dans l'entreprise concernée, ce qui peut avoir une influence déterminante sur la poursuite de l'activité économique et sur l'assainissement visé. Les conséquences catastrophiques de l'annonce d'une éventuelle procédure concordataire ont été démontrées de façon exemplaire dans le cas du grounding de Swissair. Mais même si l'on renonce à la publication du sursis provisoire, les intérêts éventuels des tiers doivent être protégés. Les sociétés cotées en bourse doivent ainsi se présenter devant le public et l'informer du sursis (publicité événementielle)<sup>21</sup>.

Si le sursis provisoire est rendu public, il déploie les mêmes effets que le sursis définitif (art. 293c, al. 1, AP LP)<sup>22</sup>. Mais s'il est accordé sans publicité, ses effets divergent dans certains domaines (art. 293c, al. 2, AP LP). Par exemple, les offices n'en ont pas non plus communication. Etant donné que ni les créanciers ni l'office des poursuites n'ont connaissance du sursis provisoire, une poursuite peut encore être introduite contre le débiteur. Ce dernier a alors la possibilité de faire valoir l'octroi du sursis provisoire par le biais d'une plainte selon la LP (art. 17), ce qui a pour effet d'interrompre la continuation de la poursuite. Si la poursuite a déjà atteint le stade de la continuation, le débiteur peut informer l'office des poursuites du sursis provisoire. Enfin, la cession de créances futures ne s'éteint que lorsque le sursis provisoire est communiqué au cessionnaire (cf. ci-dessous Partie spéciale B/III/4).

<sup>19</sup> VOLLMAR ALEXANDER in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (note 17), ad art. 293 N 30 s.

<sup>20</sup> L'avant-projet reprend ainsi la réglementation de l'art. 725a, al. 3, CO.

<sup>21</sup> Art. 72 du Règlement de cotation de la Bourse suisse SWX.

<sup>22</sup> Voir ci-dessous Partie spéciale A/III/2.2.

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

Les créanciers n'ont aucune voie de recours dans le cadre du sursis provisoire, ni en ce qui concerne l'octroi du sursis en tant que tel, ni au sujet de la personne désignée comme commissaire (art. 293d AP LP). Cela est dû au fait que la procédure d'octroi du sursis provisoire est unilatérale : les créanciers ne sont pas auditionnés. Une voie de recours n'est offerte que contre la décision d'octroi du sursis définitif (cf. art. 295b AP LP). Une solution analogue a cours pour les mesures superprovisionnelles (art. 261 CPC) et pour l'autorisation de séquestre (art. 272 LP).

## 2. Sursis définitif

### 2.1 Octroi du sursis définitif

#### a) Audience et décision (art. 294 AP LP)

Le juge du concordat doit statuer sur le sort du débiteur avant la fin du sursis provisoire. Pour cela, il doit d'office convoquer une audience (art. 294, al. 2, AP LP). Il n'est pas nécessaire que le débiteur ou le créancier requérant dépose une nouvelle requête. La procédure se déroule conformément aux art. 244 ss CPC. Comme dans le droit actuel, le juge cite le débiteur et, le cas échéant, le créancier requérant à comparaître. Il peut aussi convoquer d'autres créanciers. Le commissaire provisoire fait un rapport oralement ou par écrit. Etant donné que la décision est rendue en procédure sommaire, l'art. 294, al. 2, AP LP n'a qu'une valeur déclaratoire.

Le sursis définitif doit être octroyé si des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat se font jour (art. 294, al. 1, AP LP). Cette condition doit être évaluée à la lumière de critères objectifs. S'il est prévu de conclure un concordat par abandon d'actifs, il faut que les intérêts des créanciers soient mieux garantis par la procédure concordataire que par une faillite<sup>23</sup>. Le sursis définitif est octroyé pour une durée de quatre à six mois. Sur demande du commissaire, il peut être prolongé jusqu'à douze mois, voire 24 mois dans les cas particulièrement complexes (art. 294a AP LP).

S'il constate qu'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat, le juge du concordat ouvre la faillite d'office (art. 294, al. 3, AP LP). Une requête du créancier n'est pas exigée<sup>24</sup>.

#### b) Commissaire (art. 295 AP LP)

Lorsque le sursis est octroyé définitivement, le juge du concordat nomme un ou plusieurs commissaires (art. 295, al. 1, AP LP). Si un commissaire exerce déjà cette fonction à titre provisoire, son mandat peut être confirmé. Les tâches du commissaire ne changent pas par rapport au droit en vigueur. Il doit notamment exercer les fonctions prévues par la loi (art. 295, al. 2, let. c, AP LP). Il intervient aussi comme organe de surveillance (art. 295, al. 2, let. b, AP LP) et de rapport (art. 295, al. 2, let. d, AP LP). Enfin, l'avant-projet précise sans équivoque qu'il incombe au commissaire d'élaborer le projet de concordat (art. 295, al. 2, let. a, AP LP).

#### c) Pourvoi (art. 295b AP LP)

La décision du juge du concordat peut faire l'objet d'un pourvoi selon les art. 316 ss CPC. Contrairement au droit actuel, l'avant-projet permet aux créanciers de contester et la décision d'octroi du sursis définitif, et la personne désignée en tant que commissaire (art. 295b, al. 1, AP LP), renforçant ainsi considérablement le statut du créancier. Le pourvoi ne peut avoir effet suspensif (art. 295b, al. 2, AP LP)<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Egalement dans le droit en vigueur : VOLLMAR ALEXANDER in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (note 17), ad art. 295 N 1.

<sup>24</sup> Voir également l'art. 296b AP LP, ci-dessous Partie spéciale A/III/2.5.

<sup>25</sup> En revanche, voir art. 323, al. 2, CPC.

Si le juge du concordat ouvre la faillite parce qu'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat, le pourvoi est régi par l'art. 174 AP LP<sup>26</sup>.

d) Publication (art. 296 AP LP)

L'octroi du sursis définitif doit obligatoirement être rendu public, comme c'est déjà le cas aujourd'hui. L'avant-projet précise cependant que la décision doit être communiquée non seulement à l'office des poursuites et au registre foncier, mais également à l'office des faillites et à l'office du registre du commerce. Pour ce dernier, la mesure semble justifiée en raison des restrictions du droit de disposer qui pèsent sur le débiteur pendant le sursis concordataire, conformément à l'art. 298 AP LP.

## 2.2 Effets du sursis définitif

a) Dans le temps

Selon le droit en vigueur, le sursis concordataire prend effet sur les droits des créanciers avec la décision d'octroi. En revanche, les restrictions du droit de disposer du débiteur ne prennent effet que lorsque la décision est rendue publique<sup>27</sup>. L'avant-projet simplifie la situation : tous les effets doivent se déployer dès le moment où le sursis concordataire a été prononcé<sup>28</sup>. Ainsi, par analogie à la procédure de faillite, la décision d'octroi a un effet immédiat. Est réservée, et ce à l'inverse de la faillite, la protection des tiers de bonne foi (art. 298, al. 2<sup>bis</sup>, AP LP). Mais la bonne foi reste sans effet dès lors que le sursis concordataire a été rendu public. Etant donné que le pourvoi dirigé contre la décision d'octroi ne peut pas avoir un effet suspensif (cf. art. 295b, al. 2, AP LP), le sursis concordataire continue de déployer tous ses effets même si la décision est attaquée.

Le sursis déploie ses effets jusqu'à son annulation pour cause d'assainissement (art. 296a AP LP), jusqu'à l'expiration du délai de pourvoi contre le jugement d'homologation du concordat, s'il n'a pas été utilisé, ou dès la clôture de la procédure de pourvoi (art. 308, let. c, AP LP), ou jusqu'à l'ouverture d'office de la faillite (art. 296b AP LP).

b) Sur les droits des créanciers (art. 297 AP LP)

Lors de la phase 1, le groupe d'experts a décidé que les effets du sursis concordataire sur les droits des créanciers devaient être rapprochés de ceux de la faillite afin d'augmenter les chances d'assainissement<sup>29</sup>:

- Aucune poursuite ne peut être introduite ou continuée pendant le sursis (art. 297, al. 1, AP LP). A l'inverse du droit actuel, cette règle vaut aussi pour les créances privilégiées. Le désintéressement des créanciers privilégiés est assuré par l'obligation de garantie (cf. art. 306, al. 2, AP LP). Il n'y a donc aucune raison justifiant qu'on leur octroie en plus le droit d'introduire une poursuite. En revanche, la poursuite en réalisation de gage immobilier est maintenue. L'art. 199, al. 2, LP s'applique par analogie aux biens qui sont déjà saisis (art. 297, al. 1<sup>bis</sup>, AP LP).
- Dans la mesure où les actes de poursuites sont exclus, cela doit aussi être le cas pour les procès (art. 297, al. 2<sup>ter</sup>, AP LP). Par analogie à la situation juridique en cas de faillite, le sursis concordataire a donc pour effet de suspendre les procès.
- L'avant-projet exclut aussi le séquestre et les autres mesures conservatoires portant sur les créances concordataires (art. 297, al. 2, AP LP). Par mesures conservatoires on entend ici l'établissement d'un inventaire des biens, l'interdiction de payer ou la saisie provisionnelle d'objet (la poursuite en réalisation du droit de rétention va également disparaître ; cf. ci-dessous B/III/3).

<sup>26</sup> Voir ci-dessous Partie spéciale A/III/2.5.

<sup>27</sup> VOLLMAR ALEXANDER in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (note 17), ad art. 297 N 3 et art. 298 N 13.

<sup>28</sup> Egalement pour l'interdiction de la compensation (art. 297, al. 4, AP LP).

<sup>29</sup> Rapport de la phase 1, p. 25 et 26 s (version allemande).

- Comme le prévoit déjà le droit actuel, les délais de prescription et de péremption cessent de courir pendant le sursis concordataire (art. 297, al. 2<sup>quater</sup>, AP LP), de même que les intérêts (art. 297, al. 3, AP LP). En matière de compensation, les interdictions prévues par le droit de la faillite restent valables (art. 297, al. 4, AP LP en relation avec les art. 213 et 214 LP).
- L'avant-projet comporte aussi une norme relative à la cession des créances futures (art. 297, al. 2<sup>bis</sup>, AP LP ; cf. ci-dessous B/III/4).
- Enfin, la procédure concordataire révisée prévoit la possibilité d'exiger la conversion des créances en nature (ou « réclamations dont l'objet n'est pas une somme d'argent ») en créances en argent dans le cadre du sursis aussi (art. 297, al. 5, AP LP). La conversion ne peut cependant se faire que si, et aussitôt, que le commissaire le communique au co-contractant. Le commissaire décide ainsi si le débiteur doit exécuter son obligation en nature ou si le créancier doit se contenter de déclarer des créances concordataires. Cette règle instaure une sorte d'égalité de traitement entre créanciers en nature et créanciers en argent, tout en accroissant les chances de réussite d'un assainissement, dans la mesure où l'entreprise a ainsi la possibilité de s'acquitter de ses obligations en nature désavantageuses par le biais du dividende concordataire.

c) Sur les droits du débiteur (art. 297a et 298 AP LP)

Comme dans le droit en vigueur, le sursis définitif a des effets directs sur le droit de disposer du débiteur (art. 298 AP LP). Etant donné que l'avant-projet permet au juge du concordat d'instituer une commission des créanciers pendant le sursis déjà, et que cette dernière a la compétence d'autoriser, en lieu et place du juge, l'aliénation ou l'engagement de l'actif immobilisé (cf. art. 295a, al. 3, AP LP)<sup>30</sup>, l'art. 298, al. 2, AP LP doit être adapté. A cet égard, il faut relever que selon l'avant-projet, les actes juridiques qui ont été accomplis avec l'aval du juge du concordat ou de la commission des créanciers ne peuvent plus être révoqués (art. 285, al. 3, AP LP ; cf. ci-dessous B/VI/1). Selon les circonstances, le juge du concordat peut – comme dans le droit actuel – priver le débiteur de la totalité de son droit de disposer. Mais si l'ampleur des actes d'usurpation du débiteur sont de nature à réduire durablement la substance du patrimoine, la faillite doit être ouverte d'office (art. 298, al. 3, AP LP). L'avant-projet ne prévoit plus un droit de révocation du sursis à proprement parler<sup>31</sup>.

Enfin, l'avant-projet propose pour le débiteur un droit de résiliation extraordinaire des contrats de durée pendant la procédure concordataire (art. 297a, AP LP ; cf. ci-après B/I).

## 2.3 Participation accrue des créanciers

Le droit en vigueur prévoit une consultation insuffisante des créanciers pendant la phase du sursis. Or ce sont eux qui, in fine, subissent les conséquences de l'insolvabilité. L'avant-projet renforce donc le droit de participation des créanciers, en particulier afin de les protéger contre des liquidations hâtives<sup>32</sup>.

a) Commission des créanciers (art. 295a AP LP)

Lorsque les circonstances l'exigent, le juge du concordat institue une commission de créanciers représentative pendant le sursis concordataire déjà (art. 295a, al. 1, AP LP). Il dispose ici d'une compétence discrétionnaire qu'il exerce en tenant compte avant tout de la complexité du cas d'espèce. En principe, il prononce cette décision lors de la confirmation du sursis définitif. S'il n'est pas exclu d'instituer une commission des créanciers ultérieurement, il est interdit de le faire avant, soit pendant le sursis provisoire. D'une part, parce que le sursis provisoire doit, si possible, ne faire l'objet d'aucune publicité et, d'autre part, parce qu'au

<sup>30</sup> Voir ci-après Partie spéciale A/III/2.3 a).

<sup>31</sup> Voir ci-après Partie spéciale A/III/2.5.

<sup>32</sup> Rapport de la phase 1, p. 25 et 27 ss (version allemande).

moment de l'octroi du sursis provisoire, le juge n'a pas encore une vue d'ensemble des créanciers.

Les différentes catégories de créanciers doivent être représentées dans la commission des créanciers. On pense, en particulier, à une représentation des travailleurs, des assurances sociales, des caisses de pensions, des banques, des fournisseurs et autres prestataires de services, des collectivités publiques et des créanciers d'emprunts. Pour assurer une composition équilibrée de la commission, le juge du concordat désigne ses membres lui-même. Il veille à ce que leur nombre soit adapté à la situation et ne soit pas trop élevé. Enfin, le commissaire doit pouvoir entretenir des contacts réguliers avec l'ensemble de la commission.

La commission des créanciers surveille l'activité du commissaire. Ce dernier l'informe régulièrement de l'avancement de la procédure et de l'issue visée. La commission des créanciers peut aussi donner des instructions au commissaire (art. 295a, al. 2, AP LP). Elle a enfin la compétence d'autoriser, en lieu et place du juge, les actes visés à l'art. 298, al. 2, AP LP, auxquels le débiteur ne peut procéder de son propre chef (art. 295a, al. 3, AP LP). Cette compétence donne aux créanciers un droit de codécision sur la manière de disposer de l'actif immobilisé du débiteur. La commission des créanciers n'a cependant pas un droit de veto. En ce sens, ses compétences sont moins étendues que celles de la commission de surveillance dans le cadre de la faillite (cf. art. 237, al. 3, LP).

#### b) Assemblée des créanciers extraordinaire (art. 294a AP LP)

Le sursis définitif est accordé pour une durée de quatre à six mois, qui peut toutefois être prolongée jusqu'à douze, voire 24 mois (art. 294a, al. 1 AP LP). Pour le créancier individuel, une prolongation signifie qu'il doit attendre pendant une période relativement longue sans connaître la situation financière concrète du débiteur et sans savoir vers quelle issue tend la procédure. Une telle incertitude ne saurait être tolérée pendant une durée aussi longue. C'est pourquoi lorsque le sursis est prolongé au-delà de douze mois, le commissaire est tenu de convoquer une assemblée des créanciers. Cette dernière doit se tenir avant l'expiration du neuvième mois suivant l'octroi du sursis définitif (art. 294a, al. 2, AP LP).

Lors de l'assemblée extraordinaire, le commissaire informe les créanciers de l'avancement de la procédure, des raisons de la prolongation du sursis et de la suite des événements. Les créanciers peuvent révoquer certains, voire tous les membres de la commission des créanciers instituée par le juge du concordat. Ils peuvent aussi constituer une nouvelle commission des créanciers et désigner un nouveau commissaire (art. 294a, al. 3, AP LP). Cette disposition exerce une forme de pression sur le commissaire afin qu'il procède rapidement, sous peine de voir l'assemblée extraordinaire instituer une commission des créanciers. S'il existe déjà un projet de concordat, le commissaire peut directement passer à la procédure d'approbation. Une assemblée ordinaire selon l'art. 302 LP se substitue alors à l'assemblée des créanciers extraordinaire. Le débiteur doit assister à l'assemblée et fournir les renseignements qui lui sont demandés (art. 294a, al. 3, en relation avec l'art. 302, al. 2, AP LP).

## 2.4 Annulation (art. 296a AP LP)

Si un assainissement intervient pendant le sursis concordataire, le sursis doit être annulé (art. 296a, al. 1, AP LP). Même si les intérêts cessent de courir pendant le sursis concordataire (cf. art. 297, al. 3, AP LP), les créanciers peuvent exiger le paiement de leurs créances d'intérêts. Un assainissement n'est donc en principe viable que si les intérêts sont aussi réglés. A l'instar de l'octroi, l'annulation du sursis concordataire doit être rendue publique.

Le juge du concordat statue en procédure sommaire selon les art. 244 ss CPC. Par conséquent il doit citer les parties en audience. En outre, la maxime inquisitoire restreinte s'applique (art. 296a, al. 2, AP LP). Comme à l'art. 294, al. 2, AP LP, cette disposition n'a qu'une valeur déclaratoire.

La décision du juge du concordat peut faire l'objet d'un pourvoi (art. 296a, al. 3, AP LP). En principe le pourvoi n'a pas d'effet suspensif, mais l'instance de recours a la faculté de l'accorder, ce qui sera vraisemblablement judicieux dans la majorité des cas (cf. art. 323 CPC).

## 2.5 Ouverture de la faillite d'office (art. 296b AP LP)

Selon l'avant-projet, la faillite doit être ouverte d'office lorsque cette mesure est nécessaire pour préserver la substance du patrimoine du débiteur (art. 296b, let. a, AP LP) ou lorsqu'il n'y a manifestement plus aucune perspective d'assainissement ou d'homologation du concordat (art. 296b, let. b, AP LP). Enfin, la faillite doit aussi être ouverte d'office lorsque le débiteur outrepassé son droit de disposition ou lorsqu'il contrevient aux injonctions du commissaire (art. 296b, let. c, AP LP). Pour ces cas de figure, le droit actuel prévoit la révocation du sursis et la possibilité pour les créanciers de requérir l'ouverture de la faillite sans poursuite préalable (art. 295, al. 5, et 298, al. 3, en relation avec les art. 309 et 190, al. 1, ch. 3, LP). La solution retenue dans l'avant-projet présente l'avantage de supprimer l'obligation faite aux créanciers de requérir la faillite. Elle rend donc caduque l'obligation d'avancer les frais de procédure et la responsabilité pour les frais de la faillite (cf. art. 194 en relation avec l'art. 169 LP). La protection des intérêts des créanciers s'en trouve sensiblement améliorée.

L'avant-projet prévoit l'ouverture de la faillite d'office dans plusieurs autres dispositions (art. 293a, al. 2, et 294, al. 3, AP LP, mais également art. 725, al. 3, et 903, al. 2, AP CO). Dans la mesure où l'ouverture de la faillite ne vise pas uniquement des sociétés de capitaux, des sociétés coopératives et des fondations mais tout débiteur, l'art. 192 AP LP doit être formulé de façon plus générale. En contrepartie, l'art. 190, al. 1, ch. 3, LP doit être biffé.

L'ouverture de la faillite peut être attaquée en vertu de l'art. 174 AP LP. Cette disposition doit être adaptée dans la mesure où une référence au juge de la faillite n'est plus de mise.

## 2.6 Suite de la procédure concordataire (art. 299 à 304 AP LP)

La suite de la procédure concordataire (art. 299 à 304 AP LP) ne subit pas de changement majeur par rapport au droit en vigueur. Seul le délai de l'appel aux créanciers est prolongé. Les créanciers disposeraient ainsi d'un mois au lieu de 20 jours pour faire connaître leurs créances (art. 300, al. 1, AP LP). En outre, le renvoi figurant à l'art. 301, al. 2, AP LP est explicite par souci de clarté.

## IV. Phase d'homologation

### 1. Homologation du concordat

#### 1.1 Conditions

##### a) Best interest test (art. 306, al. 2, ch. 1<sup>bis</sup>, LP)

L'avant-projet propose de renoncer à une disposition explicite selon laquelle le produit de la réalisation ou la somme offerte par le tiers lors d'un concordat par abandon d'actifs doivent apparaître supérieurs au montant qui pourrait être obtenu dans le cadre d'une faillite (*best interest test*). Cette condition n'est en effet qu'un cas d'application de la proportionnalité du concordat et ne doit donc pas être évoquée une deuxième fois (art. 306, al. 1, ch. 1, AP LP).

##### b) Aucune garantie pour les créances de troisième classe (Art. 306, al. 1, ch. 2, AP LP)

Selon le droit en vigueur, l'homologation du concordat suppose l'existence de garanties suffisantes concernant l'exécution du concordat, le paiement des créanciers privilégiés et les dettes de la masse (art. 306, al. 2, ch. 2, LP). L'obligation de garantie conduit souvent au blocage de ressources financières essentielles pour le succès de l'assainissement et, dans ce sens, elle constitue un obstacle majeur à la conclusion d'un concordat<sup>33</sup>. L'avant-projet propose donc de restreindre cette obligation pour accroître les chances de réussite d'un assainissement : l'exécution du concordat et par là le désintéressement des créanciers de troisième classe ne doivent plus faire l'objet d'une garantie (art. 306, al. 1, ch. 2, AP LP). En revanche, aucune modification n'est apportée à l'obligation de garantie portant sur les autres dettes de la masse. Sinon il deviendrait probablement trop difficile de trouver les investis-

<sup>33</sup> Rapport de la phase 1, p. 26 et 29 (version allemande).

seurs souvent nécessaires pour mener à bien un assainissement et il serait presque impossible de poursuivre l'activité commerciale de l'entreprise pendant le sursis. La garantie des créances privilégiées est aussi maintenue, mais les privilèges connaissent une cure drastique (cf. ci-après Partie spéciale B/III/2).

Pour ce qui est des créances privilégiées qui sont contestées, les experts proposent d'appliquer l'art. 305, al. 3, AP LP par analogie : une garantie n'est donc requise que dans la mesure où la créance est rendue vraisemblable. Le juge du concordat ne procède qu'à un examen sommaire de la créance, sans préjudice de la décision au fond.

#### c) Contribution des titulaires de parts (art. 306, al. 1, ch. 3, AP LP)

En règle générale, un concordat se traduit par une atteinte aux droits des créanciers : soit ils renoncent à une partie de leur créance ou octroient un sursis pour donner une chance à un assainissement, soit ils perdent une partie des sommes exigibles dans le cadre de la procédure de liquidation. La loi actuelle ne prévoit aucune contribution des titulaires de parts, ce qui peut donner lieu à des situations inéquitables en cas de concordat-dividende<sup>34</sup>. L'avant-projet propose de corriger cette injustice en obligeant les titulaires de parts à s'acquitter d'une contribution équitable à l'assainissement du débiteur dans le cadre d'un concordat ordinaire (art. 306, al. 1, ch. 3, AP LP). La contribution en question pourrait, par exemple, consister, pour les actionnaires, à approuver une réduction du capital-actions suivie d'une augmentation du capital. On peut toutefois s'abstenir de toute contribution si les intérêts des créanciers sont mieux préservés par le concordat-dividende, même sans contribution des titulaires de parts, qu'ils ne le seraient en cas de faillite. La notion de titulaire de parts est reprise de la loi sur la fusion<sup>35</sup>.

### 1.2. Pourvoi (art. 307 AP LP)

Le jugement d'homologation du concordat peut faire l'objet d'un pourvoi (art. 307, al. 1, AP LP) mais, dérogeant au principe général du droit de procédure (cf. art. 323 CPC), les experts proposent que celui-ci ait un effet suspensif (art. 307, al. 2, AP LP). Pendant l'action récursoire contre le jugement d'homologation, le débiteur se trouve donc toujours en situation de sursis concordataire et c'est uniquement lorsque le délai de pourvoi a expiré sans avoir été utilisé ou que la procédure de pourvoi s'achève que le concordat peut être exécuté ou – en cas de refus du concordat – que la faillite peut être réputée ouverte de plein droit (cf. ci-après art. 309 AP LP).

### 1.3 Communication et publication du jugement (art. 308 AP LP)

L'effet suspensif du pourvoi conformément à l'art. 307 AP LP suspend certes l'exécution du concordat mais il est sans effet sur la force de chose jugée (cf. art. 323 CPC). Il convient donc d'adapter l'art. 308 LP. Le jugement d'homologation doit être rendu public lorsque le délai de pourvoi a expiré sans être utilisé, ou dès la clôture de la procédure de pourvoi. Il doit alors être communiqué aux offices concernés, parmi lesquels l'avant-projet fait aussi figurer l'office des poursuites (art. 308, let. a et b, AP LP). Les effets du sursis cessent aussi après l'expiration du délai de pourvoi, si celui-ci n'est pas utilisé, ou dès la clôture de la procédure de pourvoi (art. 308, let. c, AP LP). Sur ce point, l'avant-projet s'écarte du droit en vigueur puisque, actuellement, les effets du sursis ne cessent qu'à partir de la publication du jugement d'homologation.

## 2. Effets du jugement d'homologation

### 2.1 En cas de refus (art. 309 AP LP)

<sup>34</sup> Rapport de la phase 1, p. 26 et 30 (version allemande).

<sup>35</sup> Art. 2, let. g de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus ; RS 221.301).



Selon l'avant-projet, lorsque le concordat n'est pas homologué la faillite est réputée ouverte de plein droit (art. 309 AP LP). Dans l'optique du renforcement du statut des créanciers, il n'exige plus que l'un d'eux requière l'ouverture de la faillite. Cette ouverture de la faillite ne peut pas être attaquée, dans la mesure où il existe déjà une voie de recours contre le jugement de non-homologation du concordat. C'est aussi pour cette raison que la faillite n'est pas ouverte *uno actu* lors du refus d'homologuer le concordat mais uniquement lorsque le délai de pourvoi a expiré sans avoir été utilisé ou que la procédure de pourvoi est close<sup>36</sup>. L'avant-projet prévoit donc sciemment une réglementation différente de celle qui a normalement cours pour l'ouverture de la faillite (cf. art. 174, al. 3, LP).

## 2.2 En cas d'homologation (art. 310 AP LP)

Ici, les experts proposent uniquement deux modifications :

- Premièrement, la naissance des créances concordataires – et donc des dettes qui font l'objet du concordat – ne se définit plus par la publication mais par l'octroi du sursis (art. 310, al. 1, AP LP). L'avant-projet applique ainsi de manière systématique le principe selon lequel le sursis déploie ses effets dès la décision d'octroi<sup>37</sup>.
- Deuxièmement, ils proposent que, dans un concordat par abandon d'actifs ou dans la faillite subséquente, les contre-prestations découlant d'un contrat de durée constituent des dettes de la masse si le débiteur a bénéficié des prestations prévues par ce contrat avec l'assentiment du commissaire (art. 310, al. 2, AP LP ; voir ci-après Partie spéciale B/IV/2). Cela signifie que ces créanciers sont désintéressés en premier, avant tous les autres créanciers chirographaires, sur la masse en liquidation libre de tout gage<sup>38</sup>.

## 3. Désintéressement sous forme d'actions d'une société reprenante (art. 314 et 318 AP LP)

Le « sauvetage » de l'entreprise débitrice est souvent réalisé au moyen d'un concordat par abandon d'actifs combiné avec la constitution d'une société reprenante. La société qui doit être assainie fonde une société affiliée dont le capital-actions est libéré par des apports en nature issus des actifs libres de la société mère. Puis la procédure concordataire est ouverte avec la société mère et aboutit à un concordat par abandon d'actifs prévoyant le désintéressement des créanciers au moyen d'actions de la filiale<sup>39</sup>.

Dans le souci d'assurer une plus grande sécurité juridique, l'avant-projet propose l'ajout d'une disposition explicite selon laquelle le concordat peut prévoir le désintéressement des créanciers sous forme de droits de participation ou de droits sociaux<sup>40</sup> qui peuvent s'exercer à l'égard du débiteur lui-même ou d'une société reprenante (art. 314, al. 1<sup>bis</sup>, et 318, al. 1, ch. 1, AP LP). Cette approche offre une possibilité de transfert de l'entreprise débitrice dans une nouvelle entité, possibilité qui est à la fois pratique et judicieuse et qui permet de facto de la sauver. On relèvera toutefois que les créanciers qui n'ont pas approuvé le concordat deviennent malgré eux titulaires de parts de la société reprenante. Cela ne pose pas de problème majeur si la société est cotée puisque les actions peuvent en principe être revendues à la bourse. En revanche, dans certaines circonstances il peut être très difficile d'aliéner les actions de la société si elles ne sont pas cotées. Dans l'optique de la sauvegarde des intérêts de ces créanciers, le juge ne doit donc homologuer un concordat qui prévoit ce type de conditions que s'il a pu se convaincre que cette solution est proportionnée pour les créanciers qui ne l'ont pas approuvée (art. 306, al. 1, ch. 1, AP LP)

<sup>36</sup> Voir ci-dessus Partie spéciale A/IV/1.2.

<sup>37</sup> Voir ci-dessus Partie spéciale A/III/2.2 a).

<sup>38</sup> Pour la même réglementation concernant les dettes contractées avec le consentement du commissaire : HANS ULRICH HARDMEIER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (note 17), ad art. 310 N 19.

<sup>39</sup> Rapport de la phase 1, p. 26 et 29 (version allemande).

<sup>40</sup> Par analogie à la loi sur la fusion, cette notion inclut aussi les formes de sociétés autres que la société anonyme.

#### **4. Autres dispositions**

L'avant-projet ne propose pas d'autres changements de fond pour la phase d'homologation du concordat. Les modifications contenues aux art. 305, al. 1, 318, al. 1, ch. 2, et 331, al. 2, AP LP, sont de nature purement rédactionnelle et ont pour but de clarifier la situation juridique actuelle.

#### **Ex cursus : le concordat dans la procédure de faillite (art. 332 AP LP)**

L'avant-projet offre aussi aux créanciers le droit de proposer un concordat dans le cadre de la procédure de faillite (art. 332, al. 1, AP LP), alignant en ce sens le droit sur la pratique<sup>41</sup>.

### **B. Questions particulières**

#### **I. Des contrats de durée (art. 211a et 297a AP LP)**

##### **1. Problématique**

On parle de contrat de durée lorsqu'un contrat ne porte pas sur l'échange unique de la prestation et de la contre-prestation mais qu'il est caractérisé par un échange permanent de prestations (comme dans un contrat de travail, un bail à loyer, un contrat de leasing ou un contrat de prêt). Selon le droit matériel, la survenance d'une insolvabilité n'entraîne normalement pas la dissolution du contrat de durée – sous réserve de quelques exceptions<sup>42</sup>. Et le droit de l'exécution forcée ne contient aucune règle prévoyant la dissolution d'office de ce type de contrat<sup>43</sup>.

Par conséquent, en cas d'insolvabilité (faillite, procédure concordataire) les contrats de durée suivent leur cours, ce qui peut rendre un assainissement sensiblement plus difficile (par exemple le leasing coûteux et de longue durée d'une machine qui n'est plus utilisée suite à la restructuration des opérations). Il faut aussi apporter une réponse à la manière de traiter les contrats de travail lors de la cession de l'entreprise (cf. ci-après II).

##### **2. Propositions du groupe d'experts**

###### **2.1 Phase 1**

Dans la phase 1, le groupe d'experts s'était demandé s'il fallait perpétuer le droit actuel, qui ne prévoit pas la dissolution des contrats en cas d'insolvabilité. Il était parvenu à la conclusion que l'organe de l'exécution forcée devait avoir la compétence de dénoncer les contrats de durée lorsqu'ils sont désavantageux. A cette fin, il a envisagé l'aménagement d'un droit de résiliation extraordinaire qui pourrait être appliqué de manière indifférenciée dans toutes les procédures d'insolvabilité (faillite, sursis concordataire, concordat ordinaire et concordat par abandon d'actifs) et pour tous les contrats de durée. Les experts donnaient la préférence à une solution maximale et souple, où l'organe de l'exécution forcée pourrait dénoncer le contrat sans tenir compte d'éventuels délais de résiliation contractuels ou légaux, y compris avec effet immédiat, et contre une simple indemnisation « adéquate » de la contrepartie. L'indemnité adéquate aurait aussi pu être inférieure à l'intérêt positif.

###### **2.2 Phase 2**

Dans la phase 2, les experts sont revenus sur la question du droit de résiliation extraordinaire et cette fois, ils ont conclu que la solution évoquée précédemment constituait une atteinte disproportionnée au droit matériel – notamment en raison de l'indemnisation limitée de

<sup>41</sup> A. WINKELMANN/L. LEVY/V. JEANNERET/O. MERKT/F. BIRCHLER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (note 17), ad art. 332 N 6.

<sup>42</sup> Par exemple le bail à ferme (art. 297a CO), le mandat (art. 405, al. 1, CO), le contrat d'agence (art. 418s, al. 1, CO), la rente viagère (art. 518, al. 3 CO), la société simple (art. 545, al. 1, ch. 3, CO).

<sup>43</sup> LORANDI FRANCO, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, PJA 2004, p. 1211.

la contrepartie – et qu'il n'était donc pas justifié d'en faire une institution générale du droit de l'exécution forcée. Il convenait au moins de respecter le principe de la pleine indemnisation de la contrepartie. Toutefois, en cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs un droit de résiliation extraordinaire ne résout rien s'il faut verser parallèlement une pleine indemnité. Cette réflexion a conduit le groupe d'experts à développer 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).

a) Contrats de durée en cas de liquidation (faillite et concordat par abandon d'actifs)

Les experts proposent de renoncer à l'institution d'un droit de résiliation extraordinaire au profit de la masse en faillite, donc en liquidation. Dans le cas d'une liquidation, le droit actuel reste donc applicable. L'avant-projet énonce toutefois de nouvelles règles qui fixent explicitement, sur les plans du droit matériel et du droit de l'exécution forcée, les conditions dans lesquelles les contrats de durée peuvent être maintenus ou éventuellement liquidés. On distingue trois cas de figure : 1. L'organe de l'exécution forcée devient partie au contrat ; 2. L'organe de l'exécution forcée dénonce le contrat (conformément aux règles matérielles applicables) ; 3. L'organe de l'exécution forcée reste passif.

- L'administration de la faillite ou les liquidateurs peuvent tout d'abord devenir partie à un contrat de durée en cours. Cette possibilité existe déjà, de façon générale, dans le droit actuel (art. 211, al. 2, LP), mais l'avant-projet la précise pour les contrats de durée aussi (art. 211a, al. 2, AP LP). S'il est fait usage de ce droit, les créances nées d'un contrat de durée après l'ouverture de la faillite sont des dettes de la masse en faillite. Les anciennes créances, soit celles qui sont nées avant l'ouverture de la faillite, ne peuvent en revanche être inscrites que comme créances de faillite. Cette précision n'est pas fondamentalement nouvelle, mais elle statue explicitement que des obligations ne peuvent être considérées comme des dettes de la masse en faillite que si elles naissent *après* le constat d'insolvabilité (en particulier l'ouverture de la faillite). La pratique du Tribunal fédéral n'est pas uniforme en la matière.
- Dans les faits, la reprise des rapports contractuels est rare. Dans la plupart des cas, l'administration de la faillite ou les liquidateurs ne prennent aucune mesure particulière : ils ne deviennent pas partie au contrat mais ils ne le dénoncent pas non plus (selon les règles matérielles applicables). Du fait de leur « passivité », les contrats restent en vigueur en vertu du droit civil. Il n'en demeure pas moins que, dans la pratique, une grande insécurité règne sur le sort qui doit être réservé à ces contrats de durée et aux prestations qui en découlent dans le cadre de la procédure d'exécution forcée. Une nouvelle norme en cas de liquidation est donc créée à l'art. 211a, al. 1, AP LP et permet de liquider en bonne et due forme les contrats de durée qui n'ont pas été résiliés et qui ne sont plus utilisés par le débiteur failli. Selon cette disposition, le cocontractant peut invoquer ses droits à titre de créances de faillite ordinaires, mais au maximum jusqu'au terme de résiliation le plus proche ou jusqu'à la date d'expiration du contrat. Dans le cadre de la liquidation, la « passivité » des organes de l'exécution forcée a ainsi les mêmes conséquences juridiques que la résiliation (ordinaire) du contrat de durée. Bien entendu, les règles légales particulières régissant le sort des contrats en cas d'insolvabilité sont réservées.

L'art. 211a, al. 1, AP LP précise aussi explicitement que le créancier doit accepter l'imputation d'un éventuel avantage lors de son indemnisation. L'imputation des avantages est certes un principe général qui s'applique dans tout le droit privé, mais des difficultés peuvent surgir lorsqu'un contrat est régi par un droit matériel étranger qui ne connaît pas ce principe. D'un point de vue formel, la réglementation relative à l'imputation des avantages devrait donc trouver sa place dans la loi sur le droit international privé<sup>44</sup>. Son inscription dans la LP la rend cependant plus compréhensible et plus accessible. Les experts laissent à la pratique le soin de déterminer si la théorie de l'échange ou de la

<sup>44</sup> Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP ; RS 291).

différence doit s'appliquer pour la fourniture de la contre-prestation, puisqu'il s'agit d'une question de droit matériel.

b) Sort des contrats de durée dans le sursis concordataire

Une norme fondamentalement nouvelle est proposée pour les contrats de durée dans le cadre du sursis concordataire. Le groupe d'experts reste ici fidèle à la conception développée dans la phase 1 selon laquelle le débiteur peut dénoncer les contrats de durée en tout temps (art. 297a AP LP). Les contrats de durée qui constituent un obstacle à un assainissement peuvent donc être résiliés avec effet immédiat. La contrepartie doit toutefois être pleinement indemnisée. L'indemnité n'est cependant qu'une créance concordataire et peut donc être réglée sous forme de dividende concordataire. Par conséquent cette nouvelle possibilité devrait considérablement faciliter l'assainissement des entreprises.

Le débiteur ne peut cependant pas exercer ce droit de résiliation extraordinaire de façon autonome. Pour éviter des abus, il doit avoir le consentement du commissaire. Il serait exagéré d'exiger aussi le consentement du juge du concordat, car cela alourdirait la procédure et rendrait la résiliation très difficile. Les experts ont en outre renoncé sciemment à fixer des conditions matérielles (par exemple : atteindre le but d'assainissement), dans la mesure où cela pourrait engendrer de longues procédures judiciaires.

Le groupe d'experts est conscient que ce droit de résiliation extraordinaire constitue une atteinte au droit matériel. Mais dans l'optique visée, qui est d'accroître les chances de réussite des assainissements, il estime qu'il n'est pas possible d'y renoncer. De plus, la primauté du droit de l'exécution forcée sur le droit matériel dans le cadre des procédures d'insolvabilité n'est ni nouvelle ni inhabituelle.

c) Continuation des contrats à l'usage personnel du débiteur

Dans l'exécution forcée contre les entreprises individuelles, la procédure vise non seulement les dettes commerciales du chef de la maison mais également celles ressortissant à sa sphère privée. La loi doit donc prévoir une règle particulière (art. 211a, al. 3, AP LP) : le débiteur peut maintenir les contrats de durée à ses frais s'il utilise les prestations qui en découlent à titre privé (par exemple abonnements de journal, assurance-maladie, bail du logement).

d) Contrat d'assurance (art. 55 LCA)

La pratique a montré que la dissolution automatique des contrats d'assurance lors de l'ouverture de la faillite (introduite par une révision de la loi sur le contrat d'assurance<sup>45</sup>) n'était pas judicieuse. Le groupe d'experts propose donc d'abroger l'art. 55 LCA, ce qui signifie que le régime ordinaire des contrats de durée s'appliquerait aussi aux contrats d'assurance.

## II. Du sort des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur

### 1. Problématique

Le contrat de travail est le type même du contrat de durée. La réglementation générale évoquée ci-dessus au chiffre I (art. 211a et 297a AP LP) s'applique donc aussi à ces contrats. Il convient cependant d'examiner dans quelle mesure les dispositions du CO sur la protection des travailleurs doivent être prises en compte dans la procédure d'exécution forcée. Sont notamment visés :

- premièrement, le transfert des rapports de travail en cas de cession de l'entreprise et la responsabilité solidaire de l'acquéreur (art. 333 CO) ;

---

<sup>45</sup> Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1) ; modification du 17.12.2004, en vigueur depuis le 01.01.2006 (RO 2005 5245, FF 2003 3353).

-- deuxièmement, les droits de participation particuliers dont jouissent les travailleurs en cas de cession de l'entreprise et de licenciement collectif (art. 333a et 335d ss CO).

## **2. Transfert des rapports de travail en cas de cession de l'entreprise**

### **2.1 Problématique**

En vertu du droit actuel, lors d'une cession d'entreprise, les rapports de travail sont transférés d'office à la nouvelle entité. Le nouvel employeur (soit l'acquéreur de l'entreprise) n'a pas le droit de s'y opposer<sup>46</sup>. Une restriction contractuelle portant sur la reprise de certains rapports de travail n'est pas non plus admise.

Cette réglementation pose de gros problèmes pratiques en rapport avec l'assainissement d'entreprises et lui fait régulièrement obstacle. L'une des conséquences du transfert intégral des contrats de travail exigé par la loi peut en effet être qu'aucun acheteur ne s'intéresse à l'entreprise, ce qui compromet son assainissement et conduit irrémédiablement à la disparition de la totalité des postes de travail. C'est un effet pervers des règles du CO sur la protection des travailleurs.

Les praticiens sont d'ailleurs partagés quant à savoir si l'art. 333 CO est applicable dans le cadre de la procédure d'exécution forcée<sup>47</sup>. Et jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a guère eu l'occasion de clarifier la situation : il a néanmoins jugé que la responsabilité solidaire au sens de l'art. 333, al. 3, CO ne s'appliquait pas lors de l'acquisition d'une entreprise issue de la masse en faillite<sup>48</sup>. Pour le reste, la question de l'applicabilité de l'art. 333 CO est restée sans réponse<sup>49</sup>.

Cette grande insécurité juridique nécessite une clarification au niveau de la loi. Il faut toutefois s'assurer qu'en cas d'exclusion éventuelle de l'applicabilité de l'art. 333 CO, la procédure d'exécution forcée ne puisse pas être utilisée délibérément pour éluder les dispositions sur la protection des travailleurs<sup>50</sup>.

### **2.2 Proposition du groupe d'experts (art. 333b, al. 1, AP CO)**

Le groupe d'experts propose d'exclure l'automatisme du transfert des rapports de travail lors d'une reprise d'entreprise pendant le sursis concordataire ainsi que dans le cadre d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs (art. 333b AP CO). Les conditions de reprise des contrats de travail, pour autant qu'ils soient repris, devraient ainsi faire l'objet d'une négociation et d'un accord entre les parties, conformément aux règles générales du droit des obligations. Les travailleurs concernés conserveraient toutefois le droit d'opposition que leur confère déjà le droit actuel (opting out).

---

<sup>46</sup> En revanche, selon l'art. 333, al. 1, CO, le travailleur peut s'opposer au transfert.

<sup>47</sup> Contre : CAMPONOVO RICO, A, Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, L'Expert-comptable Suisse 1998, p. 1417 ; SPÜHLER KARL/INFANGER DOMINIK, Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung - Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassvertrag? in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 227 ; VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (note 17), ad art. 298 N 18.

Pour : LORANDI FRANCO, Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR im Zusammenhang mit Sanierungen und Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel (note 47 « contre »), p. 95 ss ; HOFSTETTER HANS, Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen oder « Von der Kunst, über die eigenen Beine zu stolpern », PJA 1998, p. 926 ss.

<sup>48</sup> ATF 129 III 335, consid. 5.8.

<sup>49</sup> Voir tout de même l'arrêt du Tribunal cantonal de Zurich du 10 septembre 2003 selon lequel les dispositions de l'art. 333 CO s'appliquent aussi en cas de reprise d'une entreprise en faillite, à l'exception de la responsabilité solidaire du repreneur prévue à l'al. 3 (ZR 103 [2004] N 71).

<sup>50</sup> Voir Message I du 27 mai 1992 sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (message complémentaire I au message relatif à l'Accord EEE ; FF 1992 V 398).

Dans la mesure où l'acquéreur reprend les travailleurs, l'avant-projet exige qu'il adhère intégralement aux contrats de travail, y compris à d'éventuelles conventions collectives de travail. C'est pure logique. Il doit, en outre, répondre solidairement avec l'aliénateur des créances non couvertes qui découlent des contrats repris. Sur ce point, la proposition des experts diverge de la jurisprudence du Tribunal fédéral – à l'avantage des travailleurs repris. L'acquéreur ne doit cependant assumer aucune responsabilité pour les créances sur salaires non couvertes concernant des travailleurs qui n'ont pas été repris. Ces derniers ont pour seule possibilité de faire valoir leurs droits dans le cadre de la procédure d'exécution forcée.

Si l'on adopte un point de vue purement dogmatique, on peut avoir le sentiment que cette proposition affaiblit le statut des travailleurs. La pratique nous enseigne toutefois que le droit actuel (art. 333 CO) méconnaît la réalité. Il fait miroiter aux travailleurs une sécurité de l'emploi qui ne peut tout simplement pas être offerte dans le cadre d'un assainissement. Mais parallèlement, 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.

### **3. Droits de participation particuliers des travailleurs en cas de cession de l'entreprise et de licenciement collectif (art. 333b, al. 2, et 335e AP CO)**

#### **3.1 Problématique**

L'un des fondements de la protection des travailleurs est le droit de ces derniers d'être associés aux décisions importantes concernant l'employeur (art. 333 ss CO). L'employeur qui transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers est en particulier tenu d'en informer la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs en temps utile avant la réalisation du transfert (art. 333a, al. 1, CO).

Une obligation de consultation incombe aussi à l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif (art. 335f CO). Mais en vertu de l'art. 335e, al. 2, CO, cette règle ne s'applique pas lors d'une cessation d'activité de l'entreprise sur ordre du juge. Cela s'explique par le fait que, dans ce cas, la compétence de maintenir les conditions d'emploi des travailleurs a été retirée à l'employeur<sup>51</sup>. Selon la doctrine et la jurisprudence actuelles, la notion « sur ordre du juge » inclut aussi l'ouverture de la faillite<sup>52</sup>.

#### **3.2 Proposition du groupe d'experts**

Le groupe d'experts propose de maintenir la situation juridique actuelle en y apportant toutefois les précisions suivantes :

- Si la procédure débouche sur la liquidation de l'entreprise (faillite, concordat par abandon d'actifs), il n'y a pas lieu de prévoir des droits d'information et de consultation supplémentaires (relevant du droit du travail). En qualité de créanciers, les travailleurs disposent déjà de droits très étendus, qui vont bien au-delà de ceux que leur confère le droit du travail<sup>53</sup>. L'avant-projet précise cet aspect (art. 333b, al. 2, et 335e, al. 2, AP CO).
- La situation est différente dans le sursis concordataire : dans ce cas, les droits de participation particuliers accordés aux travailleurs sont entièrement justifiés. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs statué que les droits de participation prévus aux art. 335d ss CO devaient

---

<sup>51</sup> PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zurich/St-Gall 2007, p. 206 s.

<sup>52</sup> MEIER ISAAK/EXNER CHRISTIAN, Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer bei Sanierungen, DTA 2004, p. 214 avec renvois ; PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ (note 51), p. 206 s.

<sup>53</sup> ATF 130 III 102, consid. 3.1 ; ATF 123 III 176, consid. 3.a.

s'appliquer dans leur intégralité dans la phase du sursis provisoire<sup>54</sup>. Il doit en aller de même lorsque le sursis est définitif.

- Les droits de participation prévus par le droit du travail doivent aussi continuer de s'appliquer dans leur intégralité dans le cadre d'un concordat ordinaire.

### **III. Des privilèges de certains créanciers**

#### **1. Problématique**

En principe, la procédure d'exécution forcée doit traiter tous les créanciers sur un pied d'égalité (*pars conditio creditorum*). Ce principe ne peut cependant pas être appliqué sans réserve. Il est en effet légitime que certains créanciers veuillent obtenir des garanties contractuelles ou que le législateur privilégie certains créanciers pour des questions de politique sociale. Les privilèges qui en découlent ne doivent cependant pas constituer une entrave au bon déroulement de la liquidation ou empêcher l'assainissement de l'entreprise. Le groupe d'experts a donc examiné si, et dans quelle mesure, une restriction des droits préférentiels pouvait être envisagée. Il s'est notamment penché sur :

- les privilèges en cas de faillite ;
- le droit de rétention dans le bail à loyer ;
- la cession globale.

#### **2. Privilèges en cas de faillite**

##### **2.1 Problématique**

Les privilèges en cas de faillite sont une atteinte flagrante au principe de l'égalité de traitement entre tous les créanciers et, en ce sens, ils sont contraires à l'essence même de la faillite<sup>55</sup>. Dans une perspective socioéconomique, seuls des motifs sociaux peuvent justifier un privilège (droit social de l'exécution forcée). A l'origine, il n'était d'ailleurs question que de privilégier les créanciers se trouvant dans une situation de dépendance marquée à l'égard du débiteur et dont le désintéressement intégral est existentiel<sup>56</sup>. C'est sur la base de cette réflexion que le régime des privilèges a subi une cure drastique lors de la grande révision partielle de la LP qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997. Mais trois ans plus tard seulement, une partie des privilèges supprimés (assurances sociales) ont été réintroduits<sup>57</sup>.

Ces privilèges n'ont pas pour seule conséquence de discriminer les créanciers chirographaires (troisième classe); ils peuvent aussi entraver l'assainissement de l'entreprise. En effet, en vertu de l'art. 306, al. 2, LP, la procédure concordataire n'est possible que si le désintéressement intégral des créanciers privilégiés reconnu peut être garanti, la seule alternative étant la faillite.

Le groupe d'experts appelle donc de ses vœux un retour à la conception originelle (sociale) des privilèges en cas de faillite. Il sait que ce postulat heurtera certaines sensibilités politiques<sup>58</sup>, mais il est convaincu qu'il faut avancer dans cette direction. Premièrement, parce que les propositions qui en découlent ne sont pas nouvelles : elles constituaient déjà l'un des éléments centraux de la révision partielle susmentionnée. Et deuxièmement – surtout – parce qu'une réduction substantielle des privilèges est indispensable pour garantir la mise en place d'un droit de l'assainissement efficace.

<sup>54</sup> ATF 130 III 102, consid. 3.1.

<sup>55</sup> AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7<sup>e</sup> éd., Berne 2003, § 42 N 57.

<sup>56</sup> Intention de la révision de la LP de 1994 : voir message du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (FF 1991 III 147 ss).

<sup>57</sup> Modification du 24 mars 2000, RO 2000 2531.

<sup>58</sup> Voir également les documents suivants: Message du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (FF 1991 III 150 ss) ; Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 26 mars 1999 relatif à l'initiative parlementaire « Privilège des créances dans la faillite et assurances sociales » (99.420 ; FF 1999 8486 ss) ainsi que l'avis du Conseil fédéral (FF 1999 8886 ss).

## **2.2 Privilège des travailleurs (art. 219, al. 4, première classe, let. a et a<sup>bis</sup> AP LP)<sup>59</sup>**

Le privilège des travailleurs est l'archétype du privilège social. Il trouve son fondement dans la volonté de protéger les travailleurs en raison de leur dépendance économique et de leur obligation de prestation anticipée. Dans cette optique, le bien-fondé de ce privilège ne fait aucun doute. D'autant que sa suppression aurait inévitablement des répercussions pour l'Etat social (via l'indemnité en cas d'insolvabilité selon la LACI<sup>60</sup>) et en fin de compte pour le contribuable. Cet effet doit être évité à tout prix. Ce privilège peut cependant être conçu de manière plus restrictive sans remettre en question son caractère social. Dans cet esprit, les experts proposent d'ajouter à la limite de temps prévue à l'art. 219, al. 4, let. a, LP une restriction quant au montant maximum que le travailleur peut faire valoir au titre des créances sur salaire.

La jurisprudence constante du Tribunal fédéral ne reconnaît certes ce privilège au travailleur que s'il existe un rapport de subordination effectif. Les travailleurs qui sont largement indépendants et autonomes ou qui occupent une position supérieure dans la hiérarchie de l'entreprise, comme les directeurs ou les membres de la direction générale, ne tombent donc pas dans cette catégorie<sup>61</sup>. Il est toutefois possible que des travailleurs subordonnés perçoivent un salaire exorbitant (par exemple les footballeurs), bien supérieur au strict nécessaire. Or, en cas de faillite, la totalité de leurs créances sur salaire est privilégiée. Un système plus équilibré doit être mis en place.

L'art. 219, al. 4, première classe, let. a, AP LP plafonne donc le montant du privilège des travailleurs. Le montant maximal est fixé à 100 000 francs brut par travailleur. Cette disposition – par analogie à la législation bancaire<sup>62</sup> – délègue aussi au Conseil fédéral la compétence d'adapter ce montant en fonction de la dépréciation monétaire. Le rapport de subordination reste bien entendu une condition impérative. Dans une certaine mesure, les valeurs maximales sont toujours arbitraires, mais dans le cas présent on soulignera que les prétentions qui vont au-delà du plafond fixé ne sont pas perdues puisque – à l'instar de tous les autres créanciers – les travailleurs peuvent les faire valoir au titre de la troisième classe.

Comme dans le droit actuel, le privilège porte sur les créances des travailleurs qui ne sont pas nées ou devenues exigibles plus de six mois avant l'ouverture de la faillite. Les créances résultant d'une résiliation anticipée du contrat de travail pour cause de faillite de l'employeur (par exemple les indemnités de licenciement) en font partie. Par conséquent elles sont aussi incluses dans le nouveau montant maximum.

Les créances en restitution de sûretés des travailleurs sont citées séparément (art. 219, al. 4, première classe, let. a<sup>bis</sup>, AP LP). Les sûretés fournies par le travailleur ne sont donc pas incluses dans le montant maximal. Le contraire aurait été injuste dans la mesure où il s'agit de ressources qui « appartiennent » au travailleur.

## **2.3 Privilège des assurés dans la prévoyance professionnelle non obligatoire (art. 219, al. 4, première classe, let. b, ch. 2, AP LP)**

Actuellement, la LP inclut toutes les prétentions des assurés au titre de la prévoyance professionnelle non obligatoire dans les créances de première classe, sans tenir compte du fait que ces droits peuvent aussi être couverts par le fonds de garantie (art. 56 LPP<sup>63</sup>)<sup>64</sup>, ce qui

<sup>59</sup> Voir également l'initiative parlementaire Zanetti déposée le 21 juin 2002 (02.440) : « Limiter le privilège des créances accordé aux salariés » qui demande que l'on ne puisse considérer comme des créances de première classe que celles ne dépassant pas le double du montant maximal du gain assuré au sens de la loi fédérale sur l'assurance-accidents ; également MÜLLER ROLAND, Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer, in : RSJ 2004, p. 553 ss, 561 s.

<sup>60</sup> Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (loi sur l'assurance-chômage, LACI ; RS 837.0).

<sup>61</sup> ATF 118 III 46, consid. 2a.

<sup>62</sup> Voir art. 37c LB.

<sup>63</sup> Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40).



conduit à une double protection. Un privilège en cas de faillite ne s'impose que lorsque l'intervention du fonds de garantie est exclue. L'avant-projet propose de clarifier ce point.

#### **2.4 Privilège des institutions de prévoyance du personnel (art. 219, al. 4, première classe, let. b<sup>bis</sup>, AP LP)**

Selon le droit en vigueur, les créances des institutions de prévoyance à l'égard des employeurs affiliés bénéficient dans leur intégralité du privilège des créances de première classe<sup>65</sup>. Ce « privilège des caisses de pension » s'entend comme un prolongement du privilège des travailleurs : il garantit indirectement la prévoyance professionnelle des travailleurs.

L'avant-projet restreint explicitement ce privilège aux seules « créances de cotisations » selon l'art. 66, al. 2, LPP. Cette proposition n'est pas nouvelle : elle avait déjà été mise en discussion par le Conseil fédéral dans son message de 1991 sur la révision partielle de la LP<sup>66</sup>. Les autres créances des caisses de pension – comme les créances en dommages-intérêts ou les créances d'emprunts – ne doivent donc plus faire partie des créances privilégiées. Il n'en reste pas moins que le privilège des caisses de pension est maintenu, même si c'est de manière restreinte, ce qui n'est pas le cas des privilèges des autres assurances sociales (voir ci-dessous). Un déplacement dans la deuxième classe ne serait pas judicieux.

#### **2.5 Privilèges de l'assurance-vieillesse et survivants, de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents, du régime des allocations pour perte de gain, de l'assurance-chômage, de l'assurance-maladie sociale et des caisses de compensation pour allocations familiales (art. 219, al. 4, deuxième classe, let. b, c et d, AP LP)**

Dans la deuxième classe, le droit actuel privilégie le patrimoine de l'enfant ainsi que les assurances sociales citées dans le titre et les caisses de compensation pour allocations familiales. Le privilège accordé au patrimoine de l'enfant n'est pas mis en discussion. Les privilèges des assurances sociales se justifient aussi dans une optique de politique sociale. Cependant, à l'inverse du privilège des caisses de pension, ils doivent être considérés comme des privilèges fiscaux occultes.

Or les privilèges fiscaux – qu'ils soient directs ou indirects – sont contraires à l'esprit d'une conception moderne du droit de l'exécution forcée. D'un côté parce qu'ils réduisent drastiquement les chances de succès d'un assainissement, et de l'autre parce qu'ils portent « préjudice » aux créanciers de la troisième classe (fournisseurs et clients) : d'ailleurs il ne reste souvent plus rien pour eux. Des faillites en chaîne peuvent en être la conséquence. Le groupe d'experts serait donc favorable à l'abolition de toute forme de privilège à l'égard des pouvoirs publics – tout en sachant pertinemment que cette proposition sera très controversée sur le plan politique. Le reproche d'une « mise en péril du filet social » ne se fera pas attendre. Et pourtant, si l'on veut effectivement accroître les chances d'assainissement des entreprises, cette discussion ne pourra pas être évitée.

#### **2.6 Droits de gage légaux en faveur de l'Etat**

Les pouvoirs publics bénéficient encore d'autres privilèges (directs) qui sont réglés en dehors de la LP. On citera en particulier le droit de gage légal sur la bière<sup>67</sup> et le droit de gage douanier<sup>68</sup>.

Le droit de gage sur la bière sert à assurer le recouvrement des prétentions fiscales. Il naît en même temps que la créance fiscale qu'il garantit et prime les autres droits réels<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> ATF 2A.409/2000, consid. 3.c.

<sup>65</sup> ATF 129 III 468, consid. 3.5.

<sup>66</sup> Message du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (FF 1991 III 149 s).

<sup>67</sup> Art. 26 de la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur l'imposition de la bière (LIB ; RS 641.411).

<sup>68</sup> Art. 82 de la loi sur les douanes du 18 mars 2005 (LD ; RS 631).

<sup>69</sup> Message du 7 septembre 2005 relatif à la loi sur l'imposition de la bière (FF 2005 5354).

Le droit de gage douanier a été conçu dans le même esprit. Il prime tous les autres droits réels afférents au gage. Il déploie donc aussi ses effets sur les rapports de droit privé quant à la chose douanière<sup>70</sup>.

Il conviendra également d'ouvrir le débat quant à la nécessité de ces droits de gage spéciaux institués en faveur de la Confédération.

### **3. Droit de rétention (art. 268 CO)**

#### **3.1 Problématique**

En vertu de l'art. 268 CO, le bailleur de locaux commerciaux dispose d'un droit de rétention sur certains meubles qui se trouvent dans les locaux loués<sup>71</sup>. Ce droit de gage peut conduire au blocage d'actifs immobilisés ou circulants et entraîner l'immobilisation de l'entreprise (locatrice). Qui plus est, le droit de rétention latent (c'est-à-dire celui qui n'a pas encore été exercé) comporte des risques, notamment dans l'hypothèse d'un assainissement par le biais d'une société reprenante. En effet, la constitution d'une telle entité par des apports en nature peut être rendue impossible du fait de l'existence d'un droit de rétention, ce dernier faisant courir le risque d'une requête en réintégration du bailleur (art. 268b CO). Par ailleurs, le droit de rétention ne donne pas non plus des garanties absolues au bailleur, car il ne sait jamais quels objets y seront soumis concrètement et si ceux-ci constituent réellement une couverture. Aujourd'hui, les bailleurs se couvrent d'ailleurs d'une autre manière (notamment au moyen d'une caution, art. 257e CO). De plus, le bailleur a aussi la possibilité d'exiger le paiement du loyer par avance.

Globalement, le dispositif de protection mis en place en faveur du bailleur est donc excessif. La suppression totale du droit de rétention avait déjà été proposée lors de la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme<sup>72</sup>, notamment au motif que cette réglementation atypique<sup>73</sup> était ressentie comme un privilège choquant du bailleur par rapport aux autres créanciers.

#### **3.2 Proposition du groupe d'experts**

Le groupe d'experts propose de supprimer le droit de rétention du bailleur de locaux commerciaux dans le droit du bail à loyer et du bail à ferme. Cette suppression entraîne plusieurs adaptations formelles de la loi (art. 283 et 284 AP LP : l'expression « le bailleur de locaux commerciaux » est remplacé par « la communauté des copropriétaires »). L'art. 712k du code civil doit aussi être adapté.

La proposition des experts comporte encore un autre aspect matériel : selon le droit en vigueur, le droit de rétention peut être exercé sur des biens appartenant à des tiers<sup>74</sup> si le bailleur ne connaissait pas ou n'avait pas à connaître les droits des tiers en question. Cette disposition discutable doit être abrogée car elle fonde un privilège injustifié du créancier bénéficiaire du droit de rétention sur le tiers propriétaire (art. 712k, al. 2, AP CC)<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> Message du 15 décembre 2003 relatif à une nouvelle loi sur les douanes (FF 2004 598 s).

<sup>71</sup> Peuvent faire l'objet d'un droit de rétention : les machines, les stocks de marchandises, le combustible en citerne, les tableaux d'une galerie ainsi que les automobiles (de l'entreprise) qui se trouvent dans le garage ou sur le parking.

<sup>72</sup> Message du 27 mars 1985 concernant la révision du bail à loyer et du bail à ferme (FF 1985 I 1438).

<sup>73</sup> Atypique dans la mesure où elle ne suppose pas la possession préalable des objets par le créancier ; voir également SCHNYDER ANTON K./WIEDE M. ANDREAS, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (note 17), ad art. 283 N 8 avec renvois.

<sup>74</sup> Par exemple de l'ameublement sous réserve de propriété.

<sup>75</sup> GASSER DOMINIK, *Betriebung für Miet- und Pachtzinsforderungen*, Bulletin des poursuites et des faillites 1999, p. 87 avec renvois.

## 4. Cession globale

### 4.1 Problématique

Par cession générale ou globale, la doctrine actuelle entend la cession (par avance) d'un nombre indéterminé de créances présentes et futures issues de l'activité commerciale du cédant à un « cessionnaire-gagiste » en garantie d'une ou plusieurs créances principales<sup>76</sup>. Un courant minoritaire va encore plus loin et y inclut aussi la totalité des créances envers des tiers débiteurs, donc pas uniquement celles envers les débiteurs de l'entreprise<sup>77</sup>. Doctrine et jurisprudence considèrent que la cession globale est valable dans la mesure où les créances devant être cédées sont décrites de manière suffisamment précise et si le cadre fixé à l'art. 27 CC est respecté. Tel est le cas lorsque la portée temporelle et matérielle de la cession globale est limitée. En particulier, le champ des créances cédées en gage et celui des créances principales garanties doivent être définis<sup>78</sup>.

La question du degré de précision de la description des créances futures qui est exigé pour que celles-ci puissent être cédées en garantie au cessionnaire est controversée. Selon la jurisprudence<sup>79</sup> et la doctrine actuelle<sup>80</sup>, il faut seulement que les créances à céder puissent être identifiées au moment où elles naissent pour que la cession soit valable. Le cessionnaire-gagiste obtient une garantie portant sur toutes les créances lors de la stipulation de la cession globale, mais les effets de l'acte de disposition ne se manifestent qu'au moment où les créances futures naissent.

Les représentants du courant minoritaire<sup>81</sup> estiment, pour leur part, que le transfert de la créance au cessionnaire-gagiste n'est possible que si la créance cédée en garantie est déjà identifiée ou identifiable lors de la stipulation de la cession globale. Ils justifient leur position en invoquant le principe de spécialité des droits réels.

### 4.2 Cession globale dans la faillite

En cas de faillite du cédant, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les créances futures visées par la cession globale tombent dans la masse en faillite lorsqu'elles naissent après l'ouverture de la faillite<sup>82</sup>. Les créances présentes et futures reviennent donc au cessionnaire-gagiste si elles sont nées avant l'ouverture de la faillite.

Lors de la faillite du cessionnaire-gagiste, la créance cédée en garantie ou ce qui en tient lieu (espèces ou choses) tombe dans la masse en faillite du cessionnaire, indépendamment du moment où elle est née et du fait qu'elle avait été encaissée ou non lors de l'ouverture de la faillite. C'est là une conséquence de la théorie de la pleine propriété (*Vollrechtstheorie*<sup>83</sup>) et de l'art. 197 LP.

Le groupe d'experts estime que la situation juridique actuelle est claire et donne satisfaction, et donc qu'aucune correction ne s'impose.

### 4.3 Cession globale dans le sursis concordataire

La situation du débiteur en sursis concordataire n'est en rien comparable avec celle du failli. Le débiteur en sursis concordataire peut par exemple poursuivre ses activités commerciales (principe de la gestion autonome). Il est uniquement soumis à une surveillance mais pas à

---

<sup>76</sup> REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zurich 2006, p. 244 avec renvois.

<sup>77</sup> REETZ PETER (note 76), p. 245.

<sup>78</sup> Pour une analyse détaillée de cette problématique : REETZ PETER (note 76), p. 247 ss.

<sup>79</sup> ATF 113 II 163 ss.

<sup>80</sup> REETZ PETER (note 76), p. 254 avec rebvius.

<sup>81</sup> BUCHER EUGEN, Zur Gültigkeit von Globalzessionen, in: Recht 1989, p. 12 ss ; WIEGAND WOLFGANG, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, RJB 1980, 561 ss.

<sup>82</sup> ATF 111 III 73, 115 III 67, 130 III 248, 255 ; DANIEL STAEHELIN, Bedingte Verfügungen, Zurich 1993, p. 99 ss.

<sup>83</sup> Selon cette théorie, le cessionnaire-gagiste reçoit la créance du cédant de plein droit et n'est limité dans son exercice envers le cédant que sur une base obligationnelle.

une mise sous régie comme dans la faillite. Pendant le sursis, de nouvelles créances sont ainsi constamment portées à l'actif du débiteur.

Mais d'autre part, à teneur de l'art. 298, al. 2, LP il est interdit, sous peine de nullité, d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit pendant la durée du sursis, sans l'autorisation du juge du concordat. Cette disposition est également valable par analogie pour les cessions globales en leur qualité d'opérations de garantie<sup>84</sup>. En fin de compte, le débiteur se retrouve donc dans une position comparable à celle du failli frappé d'incapacité de disposer (art. 204 LP)<sup>85</sup>. Ici aussi, le principe de l'égalité de traitement des créanciers doit être respecté. Les créances futures cédées qui sont nées pendant le sursis concordataire restent donc acquises au cédant dans la mesure où le juge du concordat n'a pas consenti à la cession<sup>86</sup>.

Le groupe d'experts propose d'apporter une précision à la LP en se fondant sur cette réflexion. Il complète l'art. 297 LP, qui règle les effets du sursis, par un nouvel al. 2<sup>bis</sup> selon lequel le sursis concordataire a pour effet d'éteindre la cession de créances futures. Cette extinction peut même devenir effective avec l'octroi du sursis provisoire, pour autant que ce dernier soit rendu public (art. 293c, al. 1, AP LP) ou qu'il soit communiqué au cessionnaire (art. 293c, al. 2, let. c, AP LP). Le terme « éteindre » a donc des conséquences au niveau du droit matériel : la cession globale au sens du droit civil devient caduque.

Les experts ont également examiné la question de savoir si cette conséquence pourrait conduire les débiteurs à « se réfugier » abusivement dans le sursis concordataire. Ils ont jugé que ce risque était minime dans la mesure où en cas d'échec de l'assainissement, l'avant-projet prévoit que la procédure concordataire débouche d'office sur la faillite (art. 296b et 309 AP LP).

## **5. Responsabilité causale selon l'art. 52 LAVS**

En relation avec la suppression du privilège de l'assurance-vieillesse et survivants<sup>87</sup>, il convient aussi d'abroger l'art. 52 LAVS<sup>88</sup>. Selon cette norme, un employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation. La jurisprudence a fait de cette responsabilité une responsabilité causale des organes de l'employeur (c'est-à-dire une responsabilité objective où la personne concernée doit démontrer qu'elle a agi sans faute). Cette responsabilité est singulière et ne se trouve nulle part ailleurs dans le droit des assurances sociales. Elle se traduit en outre par un meilleur statut – sans justification – de l'assurance à l'égard des autres créanciers. La suppression proposée de cette norme entraîne une uniformisation du droit des assurances sociales et renforce le principe de l'égalité de traitement des créanciers.

## **IV. De l'apport de nouveaux fonds**

### **1. Prêts assimilables à des capitaux propres**

Les prêts assimilables à des capitaux propres sont des prêts que des associés ou des personnes qui leur sont proches octroient à la société à un moment où l'entreprise aurait en réalité eu besoin d'un apport de capitaux propres. Selon la pratique courante, ce type de prêt est assimilé à du capital risque (et donc colloqué derrière toutes les autres classes de créanciers) si l'analyse démontre que le même prêt n'aurait pas été accordé par un tiers indépendant (test du tiers) ou qu'en réalité l'entreprise aurait eu besoin de capital propre (test d'assainissement).

---

<sup>84</sup> LORANDI FRANCO, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, PJA 2005, p. 1309 avec renvois.

<sup>85</sup> LORANDI FRANCO (note 84), p. 1310.

<sup>86</sup> LORANDI FRANCO (note 84), p. 1310.

<sup>87</sup> Voir ci-dessus Partie spéciale B/III/2.5.

<sup>88</sup> Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10).

Dans la phase 1, le groupe d'experts avait proposé de donner une définition légale à cette postposition de créance créée de toutes pièces. Il renonce toutefois à le faire ici, cette question ayant déjà été envisagée – et rejetée – dans le cadre de la révision du droit de la Sàrl<sup>89</sup>.

## **2. Prêts d'assainissement**

Lors de la phase 1, le groupe d'experts s'était demandé si les prêts octroyés à des fins d'assainissement avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devaient être traités de façon privilégiée en cas d'insolvabilité. Les conditions de ce privilège devaient faire l'objet d'une définition légale précise. La nouvelle norme devait notamment exiger la preuve que le prêt en question présentait les caractéristiques temporelles et matérielles nécessaires pour contribuer de façon décisive à l'assainissement.

Le groupe d'experts renonce toutefois à faire une proposition dans ce sens, notamment parce qu'il doute de la justiciabilité de cette disposition. De plus, les conditions du sursis concordataire sont allégées en ce sens que les nouveaux fonds apportés peuvent bénéficier d'un privilège au sens de l'art. 310, al. 2, LP s'ils sont levés pendant le sursis et avec le consentement du commissaire. Un privilège plus étendu ne s'impose pas.

## **V. De la faillite des groupes de sociétés**

### **1. Problématique**

Même si les experts ne proposent pas un droit de l'exécution forcée des groupes de sociétés à proprement parler<sup>90</sup>, l'avant-projet peut, par de petites corrections, faire en sorte que la loi tienne mieux compte de la situation particulière de ce type de sociétés. Les experts identifient surtout un besoin de correction dans les domaines de la coordination entre les procédures connexes et de l'action paulienne. Il profite aussi de l'occasion pour proposer l'élimination d'autres insécurités juridiques concernant l'action révocatoire, mais qui ne touchent pas spécifiquement les groupes de sociétés (voir ci-après VI).

### **2. Coordination des procédures**

La simultanéité des procédures d'insolvabilité menées contre diverses sociétés du même groupe peut entraîner des redondances. Le droit ne prévoit actuellement aucune obligation explicite de coordonner les procédures. Seul l'art. 4 LP contient une norme générale relative à l'entraide judiciaire intra et intercantonale entre les offices des poursuites et des faillites.

Les experts proposent donc un nouvel art. 4a AP LP qui fixe des règles de coopération lors de procédures connexes. Les organes de l'exécution forcée, les autorités de surveillance et les tribunaux impliqués seraient alors tenus, dans la mesure du possible, de coordonner leurs actions. La notion de connexité matérielle vise en particulier les groupes de sociétés.

Il existe de nombreuses possibilités de coordination, parmi lesquelles la désignation d'un seul commissaire pour plusieurs procédures. L'art. 4a, al. 2, AP LP donne, en outre, la possibilité aux tribunaux et aux autorités de surveillance impliqués de désigner d'un commun accord un organe qui exerce une compétence unique pour toutes les procédures. Coordination ne signifie toutefois pas consolidation : chaque procédure reste distincte. Les masses d'actifs et de passifs ne sont pas regroupées. Cette disposition n'entraîne donc pas une consolidation matérielle (*substantial consolidation*) des procédures (voir ci-après).

### **3. Consolidation matérielle ?**

Dans la phase 1, le groupe d'experts avait discuté de cas type dans lesquels une consolidation matérielle pourrait être admise à titre exceptionnel<sup>91</sup>. Cette question a de nouveau été abordée lors de la phase 2, mais les experts ont renoncé à formuler une proposition. D'une

---

<sup>89</sup> Message du 19 décembre 2001 concernant la révision du code des obligations (FF 2002 2958 s).

<sup>90</sup> Voir ci-dessus Partie générale B/I.

<sup>91</sup> Pour la question de la consolidation, voir rapport de la phase 1, p. 48 ss (version allemande).

part parce que cette question est restée controversée jusqu'à la fin, et d'autre part parce qu'aucune solution satisfaisante n'a pu être trouvée quant à savoir qui, des tribunaux ou des créanciers concernés, devait avoir la compétence de décider définitivement d'une consolidation matérielle.

#### **4. Subordination des créances intragroupe ?**

Sur ce point encore, le groupe d'experts renonce à formuler une proposition et laisse à la pratique le soin de décider. La subordination doit toutefois rester une exception absolue, faute de quoi elle entraînerait une dégradation infondée du statut des créanciers d'emprunts (créanciers obligataires), ce qui ne saurait être souhaitable d'un point de vue économique.

#### **5. Action paulienne au sein du groupe**

Dans l'action révocatoire des libéralités selon l'art. 286 LP comme dans l'action révocatoire des actes dolosifs selon l'art. 288 LP, la loi oblige le demandeur à prouver les faits objectifs. En cas de donation mixte, cela signifie qu'il incombe au demandeur d'apporter la preuve de la disproportion supposée entre la prestation et la contre-prestation. En cas de dol, le demandeur doit non seulement prouver les faits objectifs, mais également les faits subjectifs attribués au débiteur comme l'intention de nuire aux créanciers ou de favoriser certains d'entre eux ainsi que le caractère reconnaissable de cette intention pour l'autre partie. La loi ne prévoit pas de présomption à charge du défendeur<sup>92</sup>.

Néanmoins, dans la pratique, le caractère reconnaissable de l'intention dolosive est présumé de facto lorsqu'il existe un lien (de parenté) étroit entre les parties<sup>93</sup>. Il n'est cependant pas rare que, malgré la situation juridique en matière de fardeau de la preuve, les prétentions de l'action révocatoire ne puissent être exercées si la recherche d'une solution négociée échoue. C'est particulièrement le cas dans le cadre des actions révocatoires des actes dolosifs (art. 288 LP).

Le groupe d'experts propose donc d'alléger le fardeau de la preuve qui incombe au demandeur de l'action paulienne de deux manières.

- Action révocatoire des libéralités (art. 286 AP LP) : lorsque le bénéficiaire est une personne proche du débiteur<sup>94</sup>, c'est à lui qu'il incombe de prouver que la relation entre la prestation et la contre-prestation n'est pas disproportionnée. L'avant-projet précise à cet égard que la notion de personne proche recouvre aussi les sociétés qui constituent un groupe (art. 286, al. 3, AP LP).
- Action révocatoire des actes dolosifs (art. 288 AP LP) : si le bénéficiaire est une personne proche du débiteur – cette notion incluant ici aussi les sociétés formant un groupe – les faits subjectifs invoqués (intention de nuire et caractère reconnaissable de cette intention) sont présumés à charge du défendeur. Cette présomption ne peut être renversée que par une preuve contraire.

La notion de « personne proche » recouvre bien entendu les personnes physiques et morales. Par personnes proches il faut entendre non seulement la parenté et les sociétés d'un groupe, mais également les actionnaires principaux et majoritaires.

Ces compléments n'instaurent pas une action paulienne opposable aux groupes de sociétés mais ils créent les conditions pour que les actions révocatoires de type classique puissent

---

<sup>92</sup> AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN (note 55), § 52 N 25.

<sup>93</sup> STAEHELIN ADRIAN, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (note 17), ad art. 288 N 20.

<sup>94</sup> Le critère des « personnes proches » avait déjà fait l'objet de discussions lors de la révision de la LP de 1994. Finalement, il avait été décidé de ne pas s'en servir, notamment parce que l'on pensait alors que cette notion pourrait poser des problèmes de délimitation. Elle est pourtant déjà présente dans d'autres lois, en particulier le CO (art. 628, al. 2, 663b<sup>bis</sup>, al. 5, 663c, al. 3, et 678, al. 1), la LB (art. 4<sup>ter</sup>) et la LIFD (art. 58, al. 3 ; loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11).

aussi être appliquées au sein des groupes. Il ne s'agit toutefois que d'un allègement du fardeau de la preuve et non d'une modification du droit matériel.

## **VI. Suppression d'autres lacunes du droit de révocation**

### **1. Révocabilité des actes conclus pendant le sursis concordataire**

En vertu du droit actuel, lorsque le juge a donné son accord pour l'accomplissement d'un acte juridique, ce dernier est valable sur le plan du droit civil et du droit de l'exécution forcée (Art. 298, al. 2, LP). L'action paulienne au sens des art. 385 ss LP reste néanmoins possible<sup>95</sup>, ce qui crée une situation des plus incertaines pour la contrepartie<sup>96</sup>. Le groupe d'experts estime qu'il convient de supprimer cette insécurité juridique particulièrement dommageable dans la perspective de l'assainissement des entreprises et il propose que les actes juridiques qui ont été accomplis avec l'aval de l'organe d'exécution forcée compétent soient irrévocables (art. 285, al. 3, AP LP).

### **2. Prescription ou péremption du droit de révocation**

Selon l'art. 292 LP actuel, le droit d'intenter l'action en révocation est « périmé » par deux ans à compter de l'événement fondant l'insolvabilité (notamment l'ouverture de la faillite). Cette disposition est erronée et est vraisemblablement due à une méprise du législateur. Il semble clair que l'on parle ici d'un délai de prescription (qui peut être interrompu). Cette disposition est donc corrigée en conséquence.

### **3. Art. 331, al. 2, LP**

La mise en pratique de l'art. 331, al. 2, LP actuel a donné lieu à des discussions<sup>97</sup>. La question est de savoir si les « délais » auxquels renvoie cette disposition sont uniquement les délais présumés en vertu des art. 286 à 288 LP ou si le délai de péremption (prescription selon l'avant-projet, voir ci-dessus VI/2) prévu à l'art. 292 LP est aussi visé. L'art. 331, al. 2, AP LP veut clarifier la situation en précisant que seuls les délais dont il est question aux art. 286, 287 et 288 LP sont visés.

---

<sup>95</sup> VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (note 17), ad art. 298 N 27.

<sup>96</sup> LORANDI FRANCO, (note 84), p. 1309.

<sup>97</sup> Pour une présentation complète de la doctrine et de la jurisprudence : STAEHELIN DANIEL, Der Beginn der Verwirkungsfrist gemäss Artikel 292 SchKG für die Anfechtung (Pauliana) beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, PJA 2006, p. 1254 ss.

**Lieu / date :**

**Signature :**

.....

.....

Bölli Stephan

.....

.....

Gasser Dominik

.....

.....

Hunkeler Daniel

.....

.....

Lorandi Franco

.....

.....

Meier Isaak

.....

.....

Peter Henry

.....

.....

Staehelin Daniel

.....

.....

Wüthrich Karl