

Madame la Conseillère fédérale  
Eveline Widmer-Schlumpf  
Adresse de réception:  
Office fédéral de la justice  
Unité Droit civil et procédure civile  
3003 Bern

RR/tm

312

Berne, le 8 mai 2009

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

Madame la Conseillère fédérale,

La Fédération Suisse des Avocats (FSA) vous remercie de lui avoir soumis l'objet cité en marge pour consultation. Voici les commentaires que cet avant-projet suscite:

### **Coordination des procédures (art. 4a AP ; rapport explicatif, p. 26)**

La FSA est favorable à une coordination des procédures et recommande qu'une autorité supérieure (par exemple le Conseil fédéral) reçoive la compétence de trancher en cas de conflit plutôt que de prévoir comme l'art. 4 a AP que « les organes de l'exécution forcée, les autorités de surveillance et les tribunaux impliqués coordonnent, dans toute la mesure du possible leurs actions ».

### **Pourvoi contre l'ouverture de la faillite et le refus d'ouvrir celle-ci (art. 174 AP ; Rapport explicatif, p. 14)**

La FSA considère que les créanciers doivent également pouvoir s'opposer par un pourvoi contre le refus d'ouvrir la faillite (et pas seulement contre la décision d'ouvrir celle-ci).

### **Article 192 AP (Rapport explicatif, p. 14)**

Cette disposition qui prévoit que « la faillite est ouverte d'office sans poursuite préalable dans les cas prévus par la loi » paraît superfétatoire.

### **Action révocatoire (art. 286 al. 3 AP ; Rapport explicatif, p. 27)**

L'art. 288 al. 2 AP impose au bénéficiaire, lorsqu'il s'agit d'une personne proche du débiteur, d'établir qu'il ne pouvait pas reconnaître l'intention de porter préjudice aux créanciers. La FSA considère qu'il n'est pas adéquat de renverser le fardeau de la preuve et de consacrer une responsabilité causale telle que prévue par l'avant-projet.

**Prescription ou péremption du droit de révocation (art. 292 AP ; rapport explicatif, p. 28)**

La FSA considère que l'art. 292 LP est bel et bien un délai de péremption et non pas de prescription qui pourrait être interrompu. En revanche, elle estime que ce délai de deux ans pourrait être étendu à une durée de quatre à cinq ans.

**Suppression de la procédure d'ajournement de faillite (*Aufschub des Konkurses*) (725a CO, art. 293a AP; Rapport explicatif, p. 6 s.)**

L'avant-projet propose la suppression de la procédure l'ajournement de faillite au sens de l'art. 725a CO et l'introduction de l'art. 293a AP qui prévoit que « le juge du concordat octroie sans délai un sursis provisoire pour une durée de quatre mois au maximum ».

La FSA considère que la suppression de l'ajournement de faillite revient à supprimer un « *Massanzug* » souvent utile pour permettre à une société de se redresser ou de trouver un repreneur. La FSA est donc de l'avis qu'il faut maintenir l'art. 725a CO.

L'avant-projet prévoit que l'avis de surendettement conduit au sursis concordataire lorsqu'il est combiné avec une demande de concordat ou, en l'absence d'une telle demande, si le juge de la faillite transmet le dossier au juge du concordat parce qu'il estime qu'un concordat paraît possible. Dans les autres cas, le juge qui reçoit l'avis de surendettement prononce la faillite (rapport explicatif, page 7). La FSA juge cette solution adéquate. Elle estime toutefois que le juge de la faillite et le juge du concordat devraient être une même autorité, ce qui ne paraît pas être le cas dans tous les cantons.

**Commissaire provisoire (art. 293b AP ; Rapport explicatif, p. 9)**

La phase du sursis provisoire introduite par l'art. 293a AP (rapport explicatif, p. 9) doit permettre au juge du concordat de prendre connaissance de la situation et d'apprécier celle-ci. L'art. 293b AP prévoit que le juge du concordat **peut** charger un ou plusieurs commissaires provisoires d'analyser de manière approfondie les perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat. La FSA approuve le fait qu'il ne s'agisse que d'une faculté du juge du concordat, qui peut ainsi éviter des frais trop importants.

Le délai de quatre mois nous paraît un minimum. Il pourrait même être trop court selon les circonstances pour redresser une entreprise ou trouver un repreneur.

**Publicité du sursis provisoire (art. 293c al. 2 AP ; Rapport explicatif, p. 9 s.)**

Selon l'art. 293c al. 2 AP, il n'y a pas lieu de rendre public le sursis provisoire « lorsque la protection des intérêts de tiers est garantie ». Après discussion (et malgré le dommage qu'il peut en résulter pour des cocontractants qui continueraient par exemple à livrer leur marchandise à une entité insolvable ayant annoncé son surendettement au juge), la FSA considère qu'il est juste que le juge du concordat

puisse décider, selon son appréciation et à la lumière du critère posé, que le sursis provisoire ne doit pas être rendu public.

### **Conséquences du sursis provisoire et du sursis sur les cessions de créances (art. 293c al. 2 let. c et 297 al. 2 AP ; Rapport explicatif, p. 24 s.)**

Le projet prévoit que la cession de créances futures conclue avant l'octroi du sursis concordataire ne déploie pas d'effets si la créance cédée prend naissance postérieurement à l'octroi du sursis (art. 297 al. 2 bis AP). En cas de sursis provisoire, cette disposition ne s'applique qu'à partir du moment où celui-ci a été communiqué au cessionnaire (art. 293c al. 2 let. c AP). La FSA soutient cette solution.

### **Rapport du commissaire provisoire (art. 294 al. 2 AP ; Rapport explicatif, p. 10)**

Selon la FSA, le commissaire provisoire doit impérativement déposer un rapport écrit (et non pas seulement rapporter oralement comme le permet cette disposition). On relève par ailleurs qu'un commissaire provisoire n'est pas toujours nommé dans le sursis provisoire (art. 293b AP).

### **Droit de révocation du commissaire (art. 294a al. 3 AP)**

La FSA est de l'avis que seul le juge du concordat – et pas les créanciers comme le propose l'avant-projet – doit avoir le droit de désigner un nouveau commissaire, ceci pour éviter les révocations abusives et les conflits d'intérêts. La disposition devrait être complétée par des critères de révocation (par ex. motifs importants).

### **Compétence de la commission des créanciers (art. 295a AP ; Rapport explicatif, p. 13)**

La FSA relève en préambule que l'art. 295a AP devrait être placé après l'art. 295b AP.

L'art. 295a AP dispose que « lorsque les circonstances l'exigent, le juge du concordat institue une commission des créanciers dans laquelle les diverses catégories de créanciers doivent être équitablement représentées ». Son alinéa 3 prévoit que cette commission autorise en lieu et place du juge du concordat les actes visés à l'art. 298 al. 2 AP (disposition qui 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).

La FSA considère qu'il n'est pas opportun de donner un tel pouvoir à la commission des créanciers. Ceux-ci se trouvent en effet souvent en situation de conflit d'intérêts.

La FSA approuve le principe selon lequel un acte autorisé par le juge du concordat ne peut plus faire l'objet d'une action révocatoire (art. 295 al. 2 let. c AP).

**Contestation du sursis et de la personne du commissaire (art. 295b AP ; Rapport explicatif, p. 11)**

L'avant-projet permet aux créanciers de contester tant la décision d'octroi du sursis définitif que la personne désignée en tant que commissaire (rapport explicatif, page 11, let. c). Cette solution recueille l'agrément de la FSA.

**Conversion des créances en nature en créances en argent (art. 297 al. 5 ; Rapport explicatif, p. 12)**

La FSA approuve la faculté prévue, y compris dans le cadre du sursis, d'exiger la conversion des créances en nature en créances en argent (art. 211 al. 1<sup>er</sup> LP).

**Résiliation extraordinaire des contrats de durée pendant la procédure concordataire (art. 297a AP ; Rapport explicatif, p. 17 ss)**

La FSA se déclare en principe d'accord avec la solution prévue par l'avant-projet tout en souhaitant des aménagements en particulier dans le domaine de la propriété intellectuelle.

**Contributions des titulaires de parts (art. 306 al. 1<sup>er</sup> chiffre 3 AP ; Rapport explicatif, p. 17 ss)**

Cette disposition prévoit qu'en cas de concordat ordinaire les titulaires de parts doivent s'acquitter d'une contribution équitable à l'assainissement du débiteur.

La FSA considère que cette disposition institue un système contraire aux principes du droit des personnes morales (limitation de la responsabilité des actionnaires notamment) et propose qu'elle ne soit pas reprise dans le projet.

**Non homologation du concordat (art. 309 AP ; Rapport explicatif, p. 16))**

La FSA juge adéquate la solution adoptée par cette disposition, soit l'ouverture de plein droit de la faillite lorsque le concordat n'est pas homologué.

**Suppression du droit de rétention du bailleur de locaux commerciaux (art. 268 CO ; Rapport explicatif, p. 23 s.)**

La FSA recommande la suppression de l'art. 268 CO, à l'instar de l'avant-projet.

**Sort des travailleurs dans le sursis (art. 333b CO ; rapport explicatif, p. 21)**

La FSA soutient l'avant-projet.

**Privilèges des travailleurs (rapport explicatif, p. 23)**

De l'avis de la FSA, il n'y a pas lieu en l'état de limiter le privilège des travailleurs dans l'avant-projet, notamment au regard de l'initiative parlementaire actuellement pendante.

\*\*\*

Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre considération distinguée.

Pour la Fédération Suisse des Avocats

Ernst Staehelin  
Président FSA