

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**

Berne, avril 2005

TABLE DES MATIERES

Partie générale.....	1
I. Contexte et objet du rapport.....	1
1. Interventions parlementaires.....	1
2. Institution et mandat du groupe d'experts.....	1
3. Composition et mode de travail du groupe d'experts.....	2
II. Les principales raisons de réformer le droit de l'assainissement	3
III. Aperçu des propositions et thèses les plus importantes	6
1. Questions de procédure.....	6
2. Questions de droit matériel.....	8
3. Règles particulières applicables à l'insolvabilité de grandes entreprises ...	11
IV. Marche à suivre proposée	12

Partie générale

I. Contexte et objet du rapport

1. Interventions parlementaires

Après la débâcle de Swissair¹, de nombreuses interventions parlementaires ont demandé d'examiner la nécessité de réviser le droit suisse de l'exécution forcée (ou de l'insolvabilité). La loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP²) était particulièrement visée. Celle-ci aurait fait état de lacunes – principalement dans le domaine du traitement de l'insolvabilité de grandes entreprises. Parmi les interventions parlementaires déposées à ce sujet, il y a lieu de mentionner notamment les suivantes:

- 03.446 Initiative parlementaire Lombardi. LP. Protection renforcée contre les créanciers
- 03.438 Initiative parlementaire Strahm. LP. Protection renforcée contre les créanciers
- Postulat 4 de la Commission de gestion du Conseil des Etats (CdG-E)³: Créer une fonction de « commissaire » responsable de l'assainissement qui serait chargé de rapprocher les intérêts divergents en présence dans un processus d'assainissement et de les coordonner en fonction du but de l'assainissement
- Postulat 5 de la CdG-E⁴: Ajustement de la LP en faveur de la procédure d'assainissement
- 02. 3045 Postulat Wicki. Expertise juridique suite à la débâcle de Swissair
- 01.3673 Motion Lombardi. Après Swissair. Modifier la LP ?
- 01.3715 Motion Strahm. Réforme du droit de la faillite
- 97.407 Motion Gross Jost. Licenciements collectifs. Défense des intérêts des travailleurs⁵

2. Institution et mandat du groupe d'experts

En été 2003, l'Office fédéral de la justice 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 groupes de questions se dégagent en toile de fond du mandat :

- Examiner si et dans quelle mesure la procédure concordataire peut et doit continuer à se développer dans le sens de la procédure d'assainissement.

¹ 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 V 4885 ss, notamment 4955 ss).

² RS 281.1.

³ Rapport de la CdG-E (note 1), p. 4956.

⁴ Rapport de la CdG-E (note 1), p. 4957.

⁵ Cette intervention n'a certes pas de rapport direct avec la débâcle de Swissair. Elle traite toutefois un élément important du droit de l'exécution forcée (protection des travailleurs en cas de vente de l'entreprise, art. 333 CO), raison pour laquelle elle a été intégrée dans les réflexions du groupe d'experts.

- Analyser les points de contact entre le droit de l'assainissement et le droit matériel. Il s'agissait en particulier d'examiner comment traiter les droits préférentiels de certains créanciers (droits de garantie et privilèges) ainsi que les contrats de durée (avant tout les contrats de travail, de bail et de leasing) dans une procédure d'exécution forcée, de manière à ce qu'ils ne fassent pas obstacle à l'assainissement de l'entreprise.
- Examiner s'il est opportun de créer un droit spécial s'appliquant à la faillite de groupes de sociétés et quelles en sont les possibilités.

L'évaluation du besoin de légiférer s'est axée sur le problème de l'assainissement. Le groupe d'experts devait prendre en compte dans ses réflexions les solutions retenues par les procédures étrangères – telles que par exemple celles du Chapter 11 du Bankruptcy Code américain ou de nouveaux systèmes européens régissant l'insolvabilité (allemand par ex.) ainsi que celles des recommandations de l'UNCITRAL⁶.

Le groupe d'experts a remis son rapport sur le besoin de légiférer en mars 2005 à l'Office fédéral de la justice.

3. Composition et mode de travail du groupe d'experts

Pour donner suite au mandat, le groupe d'experts a été constitué dans sa majorité par des praticiens reconnus dans le domaine de l'assainissement qui faisaient également état d'expériences dans l'insolvabilité de grandes entreprises.

Le groupe d'experts était composé des personnes suivantes :

- Daniel Hunkeler, avocat et docteur en droit, Zurich et Baden ;
- Privat-docent Franco Lorandi, avocat et docteur en droit, Zurich, chargé de cours à l'Université de St. Gall ;
- Professeur Isaak Meier, avocat et docteur en droit, Zurich, professeur ordinaire à l'Université de Zurich ;
- Professeur Henry Peter, avocat et docteur en droit, Lugano, professeur à l'Université de Genève ;
- Professeur Daniel Staehelin, avocat, notaire et docteur en droit, Bâle, professeur à l'Université de Bâle ;
- Karl Wüthrich, avocat, Zurich ;
- Monique Albrecht, avocate, Office fédéral de la justice, Berne ;
- Dominik Gasser, avocat, Office fédéral de la justice Berne, chargé de cours à l'Université de Lucerne (président).

Pour les questions relevant du droit du travail, le groupe d'experts s'est assuré le concours de Rémy Wyler, avocat et docteur en droit, Lausanne, chargé de cours aux Universités de Lausanne et de Fribourg.

L'Office fédéral de la justice s'est chargé du secrétariat.

⁶ La Commission on International Trade Law (UNCITRAL) des Nations Unies a adopté des recommandations pour légiférer dans le domaine du droit de l'exécution forcée (cf. Legislative Guide on Insolvency Law: www.uncitral.org/en-index.htm).

Le groupe d'experts a tenu sa première séance le 3 novembre 2003. Il s'est réuni par la suite à dix reprises à Berne (séances d'une demi-journée), la dernière fois le 16 décembre 2004.

II. Les principales raisons de réformer le droit de l'assainissement

Le droit suisse de l'insolvabilité vaut mieux que la réputation qu'on lui a faite, sous l'angle du droit de l'assainissement également. Cette affirmation quelque peu sommaire peut surprendre au regard des événements économiques qu'a connus récemment la Suisse. Elle n'est toutefois pas aléatoire. L'assainissement de l'entreprise avait en effet déjà constitué un sujet central de la révision de la LP de 1994. A l'époque déjà, on avait constitué un groupe d'experts chargé de concevoir une procédure concordataire (art. 293 ss LP) plus favorable à l'assainissement⁷.

Dans sa conception fondamentale (sursis concordataire, signature par les créanciers du concordat proposé par le débiteur, nomination d'un commissaire, etc.), notre droit est assez comparable aux procédures d'assainissement étrangères⁸. Mais il fait également état de différences essentielles par rapport à ces procédures, notamment par rapport à la procédure prévue par le Chapter 11⁹. Notre droit est plutôt considéré comme moderne par les milieux spécialisés. Il a par exemple été apprécié positivement dans ses principes lors d'un test du Forum PME réalisé récemment¹⁰. Il a également été bien noté lors du meeting de la Swiss-American Chamber of Commerce de février 2003. Il n'est dès lors pas étonnant que le Conseil fédéral a nié jusqu'ici un besoin *urgent* de légiférer¹¹.

Le groupe d'experts est également d'avis que le droit suisse de l'assainissement ne requiert pas un *réexamen global et une révision générale*. Au regard de la pratique, il offre en général suffisamment de marge de manœuvre et de possibilités pour trouver des solutions judicieuses et satisfaisantes. Une telle constatation ne signifie pas pour autant qu'il faille nier tout besoin d'agir. Depuis l'entrée en vigueur du droit révisé (le 1^{er} janvier 1997), la procédure concordataire, qui était plutôt marginale jusqu'alors, a connu un véritable boom, ce qui a permis à diverses reprises ces dernières années de déceler des faiblesses et des lacunes sur la base de cas concrets. Les insuffisances ne sont toutefois que ponctuelles; il n'en demeure pas moins qu'elles provoquent parfois une grande insécurité juridique dans la pratique et qu'elles

⁷ Ce groupe d'experts était dirigé par le professeur Lutz Krauskopf, Directeur de l'Office fédéral de la police. En étaient membres: le professeur Peter Böckli, Bâle; le professeur Louis Dallèves, Sion; Hans Ulrich Hardmeier, avocat, Zurich; Ursula Nordmann, juge fédéral, Lausanne. On peut obtenir leur rapport auprès de l'Office fédéral de la justice.

⁸ HUNKELER DANIEL, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, avec une présentation des systèmes juridiques des USA, de la France et de l'Allemagne, Fribourg 1996.

⁹ MEIER ISAAK, Chapter 11 im Vergleich mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in: BASEDOW/MEIER/SCHNYDER/EINHORN/GIRSBERGER (éditeurs), Privat Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, La Haye 2000, p. 445 ss

¹⁰ BALASTÈR PETER/SENN DOMINIK, Erfahrungen von KMU im Betreibungs- und Konkursfall, in: Die Volkswirtschaft 2004, p. 59 ss. La LP y est examinée quant à sa fiabilité vis-à-vis des PME.

¹¹ Dans sa prise de position sur l'initiative parlementaire Strahm (01.3715. Réforme du droit de la faillite) ainsi que dans sa prise de position sur le rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats (cité dans la note 1), FF 2003 IV 3841 ss, notamment 3858 s.

rendent plus difficiles ou plus chères des solutions appropriées en matière d'assainissement (principalement les assainissements directs)¹².

Les problèmes qui ont surgi ne sont toutefois pas dus à de véritables carences du système légal. Ils se situent plutôt – en langage imagé - au niveau du *réglage de détail* de la loi. Il serait possible de régler rapidement et efficacement ces problèmes en procédant à des *modifications législatives relativement mineures*.

Le droit de l'insolvabilité est devenu un grand sujet d'intérêt public depuis que des entreprises de grande envergure (grands groupes, clubs sportifs) se sont écroulées. Les intérêts en jeu – souvent contraires – des travailleurs, actionnaires, obligataires, entreprises sous-traitantes, clients, du fisc et de la région économique touchée sont entrés dans la conscience collective et font l'objet de débats politiques, scientifiques et médiatiques¹³. Le droit de l'insolvabilité – souvent considéré comme une matière aride et technique – est devenu un sujet largement débattu sur la place publique¹⁴. Il existe de ce fait une certaine pression pour que l'on diffuse des propositions aussi nombreuses et spectaculaires que possible en vue de répondre aux attentes du public. « Il faut que quelque chose se passe »¹⁵.

L'activisme législatif n'est toutefois pas la solution. Il s'agit plutôt de construire un ouvrage sobre qui tienne compte des problèmes et des besoins de la pratique et qui s'articule sur les nombreuses possibilités qu'offre déjà le droit actuel tout en les développant. Dans le présent rapport, le groupe d'experts définit le besoin de légiférer au regard peu spectaculaire et tendanciellement neutre de la pratique – mais pas uniquement sous le point de vue de l'assainissement de l'entreprise et de la protection du débiteur. Il s'agit en effet d'accorder également une grande importance à la protection des créanciers. Un assainissement à tout prix doit être clairement rejeté. Le groupe d'experts tient à mettre en exergue cette déclaration de base. La libre concurrence et le libre marché deviendraient sinon lettre morte.

Le groupe d'experts ne se limite dès lors pas à examiner les questions ressortissant au droit de l'assainissement. Il s'occupe également des procédures de liquidation (faillite et concordat par abandon d'actifs), ce d'autant plus qu'en cas de restructuration d'une entreprise, assainissement et liquidation vont généralement de pair.

Le groupe d'experts estime qu'il n'est pas indiqué d'aménager un véritable *droit spécial régissant l'insolvabilité de grandes entreprises* (mot-clé : « faillite de groupes de sociétés »). Il convient plutôt de s'en tenir au système actuel et d'appliquer également le droit général de procédure à la débâcle de groupes. Il s'agira toutefois de l'assouplir là où cela s'avère nécessaire. Comme ce fut le cas jusqu'à maintenant, ce n'est que lorsque la protection du public et le déroulement rationnel de la

¹² Il s'agit d'assainissements dans lesquels l'ayant droit originel de l'entreprise reste en place. Cf. à ce sujet MEIER ISAAK/PEYER JÜRIG/RUTSCHMANN FELIX, *Auffanggesellschaft als Lösung*, in: NZZ du 19 octobre 2001, p. 15.

¹³ Cf. par exemple NZZ-Focus no 19 (mars 2004): *Checks and Balances in Unternehmen*, qui traite également largement le problème de la mentalité de « combinards ».

¹⁴ On rappellera les nombreux débats télévisés consacrés à la débâcle de Swissair ainsi que la retransmission directe, jusque tard dans la nuit, de la session spéciale du parlement fédéral sur ce sujet.

¹⁵ Selon la devise "It is more important that a proposition be interesting than that it be true", WHITEHEAD A.N. (1861-1947), *Adventures of Ideas*.

procédure l'exigent dans une mesure particulièrement forte qu'un droit spécifique à une branche peut et doit être créé dans une loi spéciale¹⁶.

Le groupe d'experts est ainsi convaincu qu'un *besoin ponctuel* de légiférer est donné. Comme fil conducteur, il recommande de poursuivre le travail pragmatique effectué lors de la révision de la LP de 1994, à la lumière des expériences pratiques faites depuis lors dans le domaine du droit de l'assainissement. Contrairement à ce qui s'est fait à l'époque, il conviendra toutefois de ne pas limiter l'examen à de pures questions de procédure mais d'y inclure les problèmes importants de droit matériel qui y sont liés. Ce faisant, il s'agira, selon la méthode helvétique avérée, de chercher des solutions comprenant un équilibre raisonnable des intérêts en jeu.

Selon l'avis du groupe d'experts, il est encore plus important d'*empêcher la survenance d'insolvabilités et de procéder à leur dépistage précoce (prévention)* que de les redresser après coup (réparation). Cette problématique à facettes extraordinairement multiples ne fait toutefois pas l'objet du présent mandat. Elle est en effet traitée dans le cadre de la législation sur l'établissement des comptes (mot-clé : « true and fair view »)¹⁷, le gouvernement d'entreprise ainsi que l'obligation de révision dans le droit des sociétés¹⁸. Il existe toutefois des points de contact directs entre cette matière et l'obligation d'annoncer l'insolvabilité¹⁹, de sorte qu'il y a lieu de coordonner les réformes sur ce point.

Un élément ne doit toutefois pas être oublié dans toute législation touchant au droit de l'insolvabilité : en règle générale, les entreprises provoquent leurs crises elles-mêmes²⁰. L'échec des entreprises concernées est en principe dû aux erreurs commises par leurs dirigeants. Les crises trouvent ainsi leur origine non pas dans un système juridique prétendument insuffisant mais sont la conséquence d'une conduite et d'une stratégie entachées d'erreurs. La situation devient souvent sans espoir du fait que les responsables continuent à prendre de mauvaises décisions après la survenance de la crise et prennent trop tard ou ne prennent pas les mesures requises en matière d'assainissement – extrajudiciaires ou judiciaires -. Le meilleur droit de procédure ne peut rien contre une telle fatalité. L'échec d'une entreprise est indissociable d'un système fondé sur la liberté économique. Un assainissement ne doit en définitive pas être un but en soi. Les entreprises structurellement démunies de chances de succès doivent être éliminées afin que l'économie puisse se renouveler et rester concurrentielle sur le plan international.

¹⁶ C'est le cas pour les *banques* avec la procédure spéciale d'assainissement et de liquidation prévue par la loi sur les banques, récemment révisée (cf. art. 24 ss [RS 952.0], en vigueur depuis le 1.7.2004). Cf. également, pour ce qui est des *assurances*, art. 51 ss de la nouvelle loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurances, au sujet de laquelle court encore le délai référendaire (FF 2004 VII 6825 ss). Dans les deux systèmes, on constate que les branches concernées sont soumises à des prescriptions particulières sur les fonds propres ainsi qu'à une surveillance étatique étendue. L'autorité de surveillance compétente dispose notamment de fonctions dirigeantes lors de l'assainissement et de la liquidation.

¹⁷ Cf. à ce sujet l'avant-projet et le rapport explicatif pour une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) du 29 juin 1998.

¹⁸ Message du Conseil fédéral du 23 juin 2004 concernant la modification du Code des obligations et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (FF 2004 IV 3745 ss).

¹⁹ Avis de surendettement au juge de la faillite (art. 725 et 725a CO).

²⁰ Cf. NZZ du 8.3.2004, avec référence à l'étude de Gilbert Probst/Sebastian Raisch (Université de Genève), publiée in Harvard Business Manager 2004. Y sont analysées les cent plus grandes débâcles d'entreprises des cinq dernières années en Europe et aux USA.

III. Aperçu des propositions et thèses les plus importantes

Le groupe d'experts reconnaît un besoin de légiférer sur les différents points énumérés ci-dessous dans le sens d'une précision ponctuelle ou d'un complément de la loi. Les questions relevant de la mise en œuvre concrète sont souvent restées controversées ; elles seront discutées lors d'une phase ultérieure²¹.

1. Questions de procédure

a) Ouverture de la procédure judiciaire d'assainissement

- i) Toute entreprise – quelle que soit sa forme juridique – doit en principe être tenue de par la loi de demander l'ouverture d'une procédure pour insolvabilité lorsqu'elle est surendettée ou qu'elle connaît d'importants problèmes de liquidités (*obligation générale d'aviser du débiteur*)²².

Désormais l'obligation de demander l'ouverture de la procédure ne doit pas uniquement s'appliquer en cas de *surendettement* (art. 725 CO), mais également en cas de *problèmes de liquidités qualifiés* ²³.

- ii) *L'ouverture de la procédure à temps* est avant tout dans l'intérêt des créanciers (protection des créanciers). L'entreprise ne doit dès lors pas être précipitée dans une procédure de faillite. La loi doit plutôt décrire les conditions auxquelles il est possible de surseoir à l'avis d'insolvabilité (en cas de possibilité de procéder à un *assainissement extrajudiciaire durable*)²⁴.
- iii) *L'ajournement de la faillite* (art. 725a CO) doit être supprimé, en tant que procédure autonome trop rudimentaire. Ses avantages doivent être intégrés dans la procédure concordataire de sorte qu'ils profiteront à *toutes les formes d'entreprises (procédure uniforme* dans un but de simplification et de sécurité du droit) :
 - Il y a lieu d'introduire un sursis concordataire faisant office de moratoire.
 - Il y a lieu d'examiner si le sursis concordataire pourrait également être accordé sans la nomination d'un commissaire (système du *debtor in possession* selon le droit américain).
- iv) L'octroi du *sursis provisoire* doit être grandement facilité (abaissement du seuil d'accès):
 - Le sursis doit toujours être accordé provisoirement tant qu'une ouverture immédiate de la faillite n'est pas indiquée pour protéger des créanciers.
 - Il n'est pas nécessaire de présenter un projet de concordat.

²¹ Cf. marche à suivre proposée (ch. IV ci-après).

²² La question de l'obligation d'aviser des raisons individuelles et des sociétés de personnes est restée controversée.

²³ Cf. également l'art 63 LCCA (note 17 ci-dessus) ; art. 25 de la loi sur les banques (RS 952.0), art. 84a CC (révision du droit des fondations, FF 2004 V 5095) et UNCITRAL-Guide, Recommandation no 15.

²⁴ Dans le sens de la jurisprudence (non incontestée) du Tribunal fédéral ; ATF 4C.366/2000 ; ATF 116 II 533. L'assainissement extrajudiciaire légal est prévu par l'UNCITRAL-Guide, Recommandations nos 160-168.

- Le sursis provisoire doit pouvoir être accordé pour une durée allant jusqu'à quatre mois.
- Il ne doit pas être obligatoirement publié.
- Les créanciers ne doivent pas pouvoir attaquer le sursis provisoire.

v) Procédure extrajudiciaire préalable

Il doit être possible de faire appel à un ou une spécialiste qui élaborera un projet de concordat. Cette personne serait investie des tâches suivantes :

- élaborer un concordat complet avec les créanciers principaux ;
- le ou la spécialiste doit ensuite – pendant le sursis – revêtir la fonction de commissaire. Avantage : il ou elle a déjà un aperçu de la situation financière du débiteur ;
- éventuellement (question qui doit encore être examinée), acceptation de nouvelles dettes contractées au cours de la phase extrajudiciaire préalable déjà, ce qui faciliterait le refinancement et la continuation de l'entreprise²⁵.

b) *Sursis concordataire*

- i) Les effets du sursis concordataire doivent être légalement renforcés dans le sens d'un *full stop* (par analogie avec le droit américain et la situation dans la faillite) :
 - interdiction de poursuite également pour les créances privilégiées ;
 - interdiction de séquestre ;
 - suspension des procès éventuels.
- ii) La loi doit exclure la *possibilité d'intenter l'action révocatoire* contre des actes juridiques qui ont été approuvés par le juge du concordat ou par la commission de surveillance.
- iii) Il y a lieu de renforcer les *droits de participation des créanciers* pendant le sursis concordataire, notamment pour éviter des actes de liquidation précipités²⁶:
 - pour les procédures complexes, la loi doit prévoir une *commission de surveillance* représentative pendant le sursis concordataire déjà (en qualité d'organe d'approbation, d'information et de consultation) ;
 - une *assemblée des créanciers* doit toujours avoir lieu avant l'expiration du 9^e mois d'un sursis concordataire prolongé (en qualité d'organe de nomination, d'information et de consultation) ;
 - les créanciers doivent pouvoir *contester* eux-mêmes (sans effet suspensif) non seulement la désignation du commissaire mais également le sursis définitif ;
 - en cas d'échec de l'assainissement, la *faillite doit être ouverte d'office* (sans réquisition d'un créancier soumise au versement d'une avance) ;

²⁵ L'art. 310 al. 2 LP exercerait ainsi dans un certain sens des effets préliminaires.

²⁶ A propos de « soldes » pendant un sursis concordataire KRAMPF MICHAEL, Swissair : Nachlassrichter überfordert, in: plädoyer 2003, p. 20 s.

- les créanciers doivent également disposer dans la faillite d'un *droit de proposer* un concordat.

c) *Homologation facilitée du concordat*

- i) *L'obligation de garantie*, qui exerce souvent des effets prohibitifs, doit être restreinte :
 - elle doit être abolie en ce qu'elle concerne l'exécution du concordat (aucune garantie de dividende) ;
 - elle doit en revanche être maintenue pour les créances privilégiées annoncées (en particulier des travailleurs) ainsi que pour les dettes de la masse.
- ii) Il y a lieu de restreindre les *privilèges en cas de faillite* parce qu'ils entravent considérablement l'aboutissement d'un concordat (obligation de garantie).
 - La loi ne doit en principe privilégier que les personnes qui se trouvent dans un rapport de dépendance particulier avec le débiteur et qui ont besoin, pour des raisons vitales, que leurs prétentions soient pleinement satisfaites (travailleurs, créanciers de pensions alimentaires, assurés contre les accidents)²⁷. Le privilège des travailleurs doit toutefois être limité dans le temps et dans le montant garanti²⁸.
 - Les privilèges des pouvoirs publics et des assurances sociales doivent être en principe abolis. Le privilège des fondations de prévoyance en faveur du personnel doit être maintenu mais limité aux créances de cotisations.

2. Questions de droit matériel

a) *Privilèges de droit matériel de certains créanciers*

- i) Les *droits de gage* ne doivent pas être touchés. La procédure pour insolvabilité (procédure de faillite et de concordat) doit les respecter du fait qu'elle procède d'un droit auxiliaire qui doit se soumettre au droit matériel. L'inobservation des droits de gage aurait en outre des conséquences économiques imprévisibles.
- ii) Le *droit de rétention du bailleur de locaux commerciaux* (art. 268 ss CO) doit être aboli.

²⁷ La révision de la LP de 1994 avait également cette intention à l'origine (cf. Message du Conseil fédéral du 8 mai 1991, FF 1991 III 147 ss). La réintroduction au 1^{er} janvier 2001 des privilèges des assurances sociales dans la faillite a de nouveau anéanti cet impératif primordial (ATF 127 III 470 [assurance-maladie sociale], 129 III 476 [caisse de pension]). La réintroduction du privilège des assurances sociales n'est pas contestée, cf. SPÜHLER KARL, Braucht es neue Konkursprivilegien? Wenn scheinbar Soziales die Mehrheit benachteiligt, in : NZZ du 29.6.1999 (article reproduit dans le Bulletin des poursuites et faillites 1999, p. 121 ss).

²⁸ Cf, également l'initiative parlementaire de Monsieur le Conseiller national Roberto Zanetti, déposée le 21 juin 2002 (02.440) : « LP. Limiter le privilège des créances accordé aux salariés » ; on ne peut considérer comme des créances de première classe que les créances ne dépassant pas le double du montant maximal du gain assuré au sens de la loi fédérale sur l'assurance-accidents. Cf. également MÜLLER ROLAND, Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer, in : SJZ 2004, p. 553 ss, 561 s.

- Il constitue un sérieux obstacle aux assainissements²⁹ ;
 - il n'est pas nécessaire puisque le bailleur peut prendre d'autres dispositions pour se garantir³⁰ ;
 - il est inéquitable par rapport aux autres créanciers ne bénéficiant pas de garantie.
- iii) Une *cession globale* (cession à titre de garantie, cession de toutes les créances futures) doit rester autorisée mais il y a lieu de bien préciser dans la loi que ses effets prennent fin avec l'octroi du sursis concordataire. La cession renaît après le sursis à moins que le sursis ne débouche sans interruption sur la faillite ou sur un concordat par abandon d'actifs.

b) Traitement des contrats de durée dans la procédure d'assainissement

L'ouverture de la procédure d'exécution forcée ne doit pas invalider eo ipso les contrats de durée. Il y a en revanche lieu de créer un *droit de résiliation légal extraordinaire* en faveur de la partie insolvable :

- sans exception pour *tous les contrats de durée* (également pour les contrats prévoyant des délais de résiliation légaux particuliers) ;
- sans exception pour *toutes les procédures en cas d'insolvabilité* (faillite, procédure concordataire) ;
- il sera exercé dans la faillite par l'administration de la faillite et dans la procédure concordataire par le débiteur avec l'assentiment du commissaire ;
- le délai de résiliation doit pouvoir être fixé librement (une résiliation immédiate du contrat doit être également possible).

Il y a lieu de prévoir dans la loi, pour la protection de l'autre partie concernée :

- premièrement une indemnité *équitable* (partielle) sous la forme d'une créance dans la faillite ou dans le concordat ;
 en revanche, en cas de résiliation extraordinaire d'un contrat de travail, le travailleur doit pouvoir bénéficier d'une indemnité pleine et entière (pas d'atteinte portée au droit social privé) ;
- deuxièmement la naissance d'une *dette de la masse* pour la période au cours de laquelle la masse en faillite, ou le débiteur dans un sursis concordataire, bénéficie encore la prestation ;
- troisièmement les *clauses contractuelles pour les cas d'insolvabilité* (clauses dites « default ») ne doivent pas être exclues par la loi³¹.

²⁹ Neutralisation de l'exploitation, création d'une société supplétive par des apports en nature rendue plus difficile.

³⁰ En exigeant une caution (art. 257e CO), grâce au paiement anticipé du loyer, par une résiliation avec effet immédiat en cas de faillite du locataire (art. 266h CO).

³¹ Le législateur n'a pas besoin d'agir à propos de ce troisième point. En effet, le droit en vigueur correspond déjà à la situation souhaitée. Il admet des clauses qui ne prévoient que la résiliation ; des clauses prévoyant des prestations supplémentaires en faveur de la partie solvable ne sont par contre pas admissibles. Pour d'autres détails à ce sujet cf. STAEHELIN DANIEL, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, in : AJP 2004, p. 363 ss.

c) *Protection des travailleurs en cas de transfert de l'entreprise et de licenciement collectif*

- i) Droits de participation (art. 333a et 335f et g CO)
 - Les droits de participation doivent pouvoir s'exercer pleinement dans la procédure concordataire – à savoir pendant le sursis concordataire provisoire ou définitif et lors de l'exécution d'un concordat ordinaire - ;
 - ils doivent en revanche être exclus dans l'exécution forcée générale – à savoir dans la faillite et le concordat par abandon d'actifs³².
- ii) Sort des contrats de travail en cas de transfert de l'entreprise (art. 333 CO)

Il est particulièrement urgent de légiférer sur cette question³³.

- Les rapports de travail ne doivent pas pouvoir passer *automatiquement* à l'acquéreur de l'entreprise. Ce dernier doit au contraire pouvoir opérer un choix, comme c'était le cas dans l'ancien droit. S'il reprend les contrats de travail, il devra respecter les rapports de travail existants ainsi que les obligations relevant d'une convention collective de travail.
- Chaque travailleur doit disposer d'un droit d'opposition.
- L'acquéreur de l'entreprise doit répondre solidairement avec l'aliénateur des créances non recouvrées des travailleurs repris.
- Cette réglementation doit s'appliquer *de manière uniforme* à toutes les procédures d'exécution forcée (faillite, sursis concordataire, concordat par abandon d'actifs).

d) *Traitement des détenteurs de parts (« propriétaires » de l'entreprise)*

- i) La loi doit clairement spécifier la *priorité des capitaux de tiers par rapport aux fonds propres*. En cas d'homologation d'un concordat-dividende, le juge du concordat doit examiner si la *contribution des détenteurs de parts à l'assainissement* est appropriée (précision de l'art. 306 LP dans le sens de l'*absolute priority rule* du droit américain).
- ii) Prêts d'assainissement
 - Il y a lieu de définir dans la loi les *conditions d'une subordination*.
 - Il convient de rejeter la doctrine et la jurisprudence actuelles selon lesquelles les prêts d'assainissement des détenteurs de parts ou de personnes qui s'en rapprochent sont considérés et subordonnés globalement comme du capital propre³⁴ (assainissements extrajudiciaires rendus plus difficiles).

³² Ces thèses correspondent à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 130 III 108), mais devraient être clairement explicitées dans la loi.

³³ Cette question est très controversée dans la doctrine et le Tribunal fédéral a peu contribué à sa clarification (il n'a jusqu'ici dû traiter que l'aspect partiel de la responsabilité solidaire en cas de reprise d'une entreprise survenue à la suite de la faillite du précédent employeur, ATF 129 III 335). L'insécurité juridique reste donc élevée dans la pratique.

³⁴ Cf. au sujet de cette pratique VOGEL ALEXANDER, Kapitalersetzende Darlehen im Konzern, in : SZW 93, p. 299 ss.

- Il convient même d'examiner si de tels prêts ne devraient pas être privilégiés³⁵.

3. Règles particulières applicables à l'insolvabilité de grandes entreprises

a) *Insolvabilité de groupes*

- i) En cas d'insolvabilité d'un groupe, il n'y a en principe pas lieu de procéder à une *consolidation* – que ce soit d'ordre matériel (*consolidation matérielle par intégration des actifs et passifs*) ou procédural (*consolidation administrative*). Il n'y a donc pas lieu de créer une procédure de faillite ou concordataire particulière pour les groupes de sociétés.

Toute société du groupe doit au contraire faire l'objet d'une procédure *indépendante* en cas d'insolvabilité (*approche atomiste*).

- Ce *traitement atomiste* est dicté par le droit matériel (le droit de la faillite ne peut pas rendre caduc le régime du droit matériel en matière de responsabilité) ;
 - il est également érigé en principe dans d'autres ordres juridiques (par ex. dans le droit américain) ;
 - il a l'effet d'une sorte de gouvernement d'entreprise dans le procès (procédures décentralisées) ;
 - la consolidation pourrait créer une accumulation de risques pour les cantons d'implantation des groupes, pour ce qui concerne les frais et les ressources humaines.
- ii) Il faut donc s'en tenir au système en vigueur mais il n'en demeure pas moins qu'il est nécessaire de procéder à des ajustements ponctuels. Pour des motifs relevant de la sécurité juridique, le droit de l'insolvabilité devrait préciser certains points en fonction de la spécificité des groupes :
 - La majorité du groupe d'experts estime que la *consolidation matérielle* ne doit rester exclue qu'en principe mais pas dans un sens absolu. Dans des *cas exceptionnels*, elle doit pouvoir être *ordonnée par le juge*. Les *exceptions* entrant en ligne de compte doivent être énumérées dans la loi³⁶.
 - La consolidation *procédurale* est déjà possible dans le droit en vigueur³⁷, mais la loi devrait en définir les conditions avec plus de précision.
 - iii) Action révocatoire contre des transactions internes au groupe

³⁵ Cette question est restée controversée au sein du groupe d'experts.

³⁶ Les exceptions sont restées très controversées au sein du groupe d'experts et doivent dès lors encore être discutées (par ex. constitution de groupes de cas prévus par la loi selon le modèle du droit des USA tels que : 1. Hindrance or fraud on creditors (obstruction ou fraude vis-à-vis des créanciers), 2. creditors' reliance on the group as whole (confiance des créanciers dans le groupe en tant qu'entité globale), 3. intermingling and intertwining of corporate estates (détention croisées ou entremêlées des biens de l'entreprise, 4. grossly undercapitalised companies (entreprises manifestement sous-capitalisées), 5. well understood interest of the creditors (intérêt bien compris des créanciers), etc.).

³⁷ Par la nomination d'une administration commune non officielle de la faillite ou par la mise en place d'un commissaire commun, en prévoyant des suppléances pour les cas de collusions d'intérêts (dès lors direction uniforme du groupe également en cas d'insolvabilité)

- Il n'existe en principe aucun besoin de créer une action révocatoire particulière pour les groupes.
- Il y a pourtant lieu de faciliter l'usage de l'action révocatoire au sens de l'article 288 LP en rapport avec des actes internes au groupe (par l'introduction d'une présomption légale selon laquelle les éléments constitutifs subjectifs sont donnés).
- Il convient en outre d'examiner de manière générale si l'action révocatoire doit également être recevable dans le cadre d'un *concordat ordinaire*³⁸.

b) *Emprunts obligataires*

Les obligataires doivent être traités comme tous les autres créanciers.

- Ils doivent défendre leurs droits à titre individuel dans toutes les procédures d'exécution forcée (l'assemblée particulière des obligataires doit être supprimée, car elle renchérit, prolonge et complique la procédure).
- Les obligataires doivent toutefois bénéficier d'une prétention légale à être représentés dans une commission de créanciers.

c) *Désintéressement préalable des petits créanciers*

Il n'existe aucun besoin de créer une règle spéciale au sens de la loi révisée sur les banques³⁹, le droit en vigueur étant suffisamment souple à cet égard⁴⁰.

IV. Marche à suivre proposée

Compte tenu du peu de temps dont il a disposé pour examiner ces questions complexes, le groupe d'experts a dû se contenter de formuler des thèses qui doivent être comprises comme une espèce *d'ordre du jour* pour le législateur.

Dans une *deuxième phase*, il s'agira de transformer ces thèses en normes concrètes – dans la mesure où il sera possible de leur donner une suite. Le groupe d'experts serait disposé à se charger également de cette deuxième étape. Il estime à cet égard que la collaboration de l'Office fédéral de la justice et de la pratique restera nécessaire et judicieuse. Des questions délicates restent ouvertes et requièrent encore un examen approfondi (par exemple les cas de consolidation matérielle dans la faillite de groupes de sociétés, l'institution d'exceptions à l'obligation de donner l'avis d'insolvabilité, l'ordre de compétences des nouveaux organes des créanciers pendant le sursis concordataire et la possibilité de céder des droits et des obligations découlant de contrats [*assignments of contracts*]). Il n'est guère possible de légiférer dans le domaine du droit de l'insolvabilité sans la participation directe de la pratique.

En définitive, la révision partielle de la LP qu'il convient d'entreprendre ne doit pas être uniquement axée sur l'assainissement de l'entreprise. Il conviendra également de repenser le système de l'acte de défaut de biens dans la faillite et du retour à

³⁸ Il en va de même pour l'action en responsabilité relevant du droit des sociétés.

³⁹ L'art. 37a LB (RS 952.0) est libellé comme suit : (1) Dans la mesure où il est possible de les contacter, les déposants..... qui disposent d'une créance totale exigible de 5000 francs au plus sont désintéressés hors de la collocation aussi rapidement que possible, toute compensation étant exclue. (2) La Commission des banques peut abaisser ce montant.

⁴⁰ ATF 5P.164/2003, cons. 4.6 ; ATF 111 III 86.

meilleure fortune (art. 265 ss LP) et de discuter de l'introduction d'une *libération du solde de la dette*⁴¹. Certes la libération du solde de la dette fait-elle pour l'essentiel partie du « droit social de l'insolvabilité » (surendettement de consommateurs et de ménages privés) ; il n'en demeure toutefois pas moins qu'elle a un rapport direct avec l'assainissement d'une entreprise : pensons notamment aux raisons individuelles qui sont confrontées aux actes de défaut de biens après une faillite⁴². L'endettement durable de particuliers constitue un problème central du droit actuel de l'insolvabilité⁴³. Pour ces raisons, il serait également nécessaire d'englober dans la révision « *l'assainissement privé* » dans le sens d'un réexamen général.

⁴¹ Cf. à ce sujet l'étude de MEIER ISAAK/ZWEIFEL PETER/ZABOROWSKI CHRISTOPH/JENT-SOERENSEN INGRID, *Lohnpfändung - Optimales Existenzminimum und Neuanfang ?*, Zurich 1999. Cf. également UNCITRAL-Guide, Recommendations nos 194-196.

⁴² L'imprescriptibilité de fait des actes de défaut de biens est également critiquée par le test PME déjà évoqué (note 10).

⁴³ La moitié environ de tous les cas de faillite sont la conséquence de déclarations d'insolvabilité (art. 191 LP) faites avant tout par des particuliers.