

Rapport explicatif concernant une modification de la loi sur le droit international privé (fail- lite et concordat)

Condensé

Les modifications proposées visent à moderniser la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP) dans le domaine de la faillite et du concordat, en simplifiant les conditions et la procédure de reconnaissance des décisions de faillite étrangères.

Situation actuelle

Les dispositions de la LDIP régissant la faillite en matière internationale règlent la reconnaissance en Suisse des décisions de faillite étrangère. Selon le droit en vigueur, seules sont reconnues les décisions qui ont été rendues dans l'Etat où se situe le siège ou le domicile du débiteur. Cet Etat doit en outre garantir la réciprocité. Pour protéger les intérêts de certains créanciers (en particulier ceux domiciliés en Suisse), une procédure ancillaire a lieu en Suisse lors de chaque reconnaissance.

Certaines conditions de la reconnaissance se sont avérées problématiques dans la pratique, compliquant la procédure (parfois à l'extrême) et retardant la décision, ce qui nuit aux intérêts des créanciers suisses et étrangers. En outre, la procédure ancillaire doit être conduite dans tous les cas, même lorsqu'il n'y pas de créanciers privilégiés à protéger en Suisse, ce à quoi elle est censée servir.

Contenu de l'avant-projet

L'avant-projet propose de renoncer à l'exigence de réciprocité, afin de faciliter la reconnaissance des décisions de faillite étrangères. Il prévoit en outre de reconnaître également les décisions de faillite rendues au lieu où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur.

Pour simplifier la procédure de faillite, il sera possible de renoncer à la procédure ancillaire en l'absence de créanciers privilégiés à protéger en Suisse. Par ailleurs, la procédure au lieu de la succursale sera mieux coordonnée avec la procédure ancillaire. Enfin, une base légale est créée pour régler la coopération et la coordination entre les autorités en Suisse et de part et d'autre de la frontière.

Rapport explicatif

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Genèse et cadre normatif

La faillite et le concordat¹ sont réglés au chapitre 11 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)². La réglementation mise en place en 1987 devait permettre de « garder le contact avec l'évolution internationale en matière de faillite »³.

Des avancées significatives ont eu lieu depuis : la loi type de 1997 de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale (loi type CNUDCI)⁴, qui propose de nouvelles normes pour la reconnaissance des faillites, a déjà été mise en œuvre par 20 pays. En 2000, l'UE a publié un règlement harmonisant son droit en la matière (règlement UE sur l'insolvabilité)⁵. La Suisse a révisé en 2004 son droit en matière d'insolvabilité bancaire, facilitant la reconnaissance des cas d'insolvabilité⁶.

Sauf indication contraire, le présent rapport traite exclusivement des dispositions de la LDIP. Sont réservées les normes spéciales, notamment celles régissant le domaine bancaire.

1.1.2 Normes de la LDIP régissant la faillite

Conformément au principe de territorialité, les décisions de faillite rendues à l'étranger ne déploient en principe pas d'effets en Suisse. L'accès au patrimoine suisse du débiteur n'est possible qu'une fois reconnue la décision de faillite étrangère.

Pour que cette reconnaissance ait lieu, il faut que la décision ait été rendue dans l'Etat où se situe le siège ou le domicile du débiteur. Par ailleurs, seules sont recon-

¹ Par souci de simplification, nous n'utilisons par la suite que le terme « faillite » ; les commentaires s'appliquent cependant par analogie au concordat. Le terme « insolvabilité » utilisé ici et là dans le contexte de la procédure d'assainissement couvre à la fois la faillite et le concordat.

² RS 291

³ Message du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP), FF 1983 I 255, ch. 210.3 p. 437.

⁴ Résolution de l'ONU 52/158 (www.un.org/fr/index.html / A propos de l'ONU / Organes principaux / L'Assemblée générale / Résolutions / Résolutions des sessions précédentes / 52^e session).

⁵ Règlement (CE) N° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, remplacé par le règlement (CE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

⁶ Art. 37f et 37g de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB, RS 952.0); art. 10 de l'ordonnance du 30 août 2012 de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire, RS 952.05.

nues les décisions de faillite rendues dans des Etats qui reconnaissent celles émanant de Suisse (réciprocité).

La reconnaissance d'une décision de faillite étrangère entraîne l'ouverture automatique d'une procédure ancillaire (aussi appelée faillite secondaire ou mini-faillite) en Suisse. Cette procédure d'entraide permet de prêter assistance à l'autorité étrangère qui dirige la procédure, tout en garantissant un désintéressement prioritaire de certains créanciers suisses : leurs prétentions sont satisfaites les premières à partir des biens situés en Suisse. Ce n'est qu'ensuite que le solde éventuel est transféré à l'étranger.

En vertu de l'art. 50 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁷, les créanciers d'un établissement commercial situé en Suisse peuvent en outre demander l'ouverture d'une procédure parallèle au lieu de la succursale. Dans cette procédure, les biens imputables à la succursale font l'objet d'une réalisation distincte et servent en priorité au remboursement des créanciers de la succursale.

1.1.3 Lacunes du droit actuel

Les conditions restrictives qui s'appliquent à la reconnaissance ont des conséquences négatives pour toutes les parties. Par exemple, les décisions de faillite qui émanent des Etats de l'UE et d'autres partenaires commerciaux importants de la Suisse ne sont pas reconnues lorsqu'elles ont été rendues au lieu représentant le « centre des intérêts principaux » (*center of main interests*, COMI) du débiteur et que ce centre diffère (cas exceptionnel) du siège indiqué dans les statuts. Il en résulte une situation juridique boiteuse : le débiteur est en faillite dans un pays mais est toujours considéré dans l'autre comme légitimé à disposer de ses biens.

La non-reconnaissance nuit aux créanciers suisses aussi bien qu'aux créanciers étrangers ; elle n'empêche pas une exécution forcée individuelle, permettant à certains créanciers d'accéder aux biens du débiteur au détriment de tous les autres. Une prise en compte équitable et adéquate de tous les créanciers, y compris de ceux domiciliés en Suisse, ne peut être garantie.

L'exigence de réciprocité constitue une autre entrave à la reconnaissance de la procédure étrangère, qui se trouve retardée par les longues clarifications et les coûteuses expertises requises. De ce fait, elle n'a pas apporté d'amélioration à la disposition des parties à coopérer - alors que c'est là son but.

L'obligation de conduire une procédure ancillaire dans le but de protéger les créanciers gagistes et les créanciers privilégiés domiciliés en Suisse s'est avérée coûteuse et inefficace. La raison : elle s'applique même en l'absence de tels créanciers.

Les limites posées à l'action de l'autorité étrangère pour administrer la faillite, qui rendent nécessaire une intervention des autorités suisses, sont également insatisfaisantes : elles visent la protection des créanciers gagistes et des créanciers privilégiés domiciliés en Suisse. Elles n'ont donc pas non plus lieu d'être lorsqu'il n'y a pas d'implication de ces catégories de créanciers.

⁷ RS 281.1

Si une procédure au lieu de la succursale est ouverte en parallèle à la procédure ancillaire, il peut en résulter des problèmes de coordination et de délimitation comparable des masses. Par ailleurs, le droit en vigueur n'est pas clair quant aux possibilités de coopérer avec l'étranger.

1.1.4 Statistiques

Selon les données de la Feuille officielle suisse du commerce, quelque 50 demandes de reconnaissance d'une décision de faillite rendue à l'étranger ont été présentées en Suisse entre 2010 et 2014. Quatre cinquièmes des procédures ont été ouvertes dans un Etat de l'UE, dont plus de la moitié en Allemagne ; les autres demandes émanent d'Italie, du Royaume-Uni, de France et d'Autriche. Hors d'Europe, les principaux pays requérants sont les Etats-Unis, le Japon et les territoires d'Outre-Mer britanniques.

Cette statistique livre toutefois peu d'informations sur la nécessité de réviser les bases légales. Selon les avis de divers praticiens, une procédure ancillaire ne vaut la peine d'être menée, dans le droit en vigueur, que si la masse patrimoniale atteint au moins 10'000 francs. On peut donc partir du principe que le nombre de demandes serait plus élevé si la procédure était simplifiée et que ses coûts étaient abaissés. Dans ce contexte, certains auteurs utilisent même le terme « comptes en déshérence » pour désigner les biens qui demeurent hors d'atteinte en raison du coût élevé des démarches à entreprendre.

1.1.5 Travaux préliminaires

Deux rencontres réunissant des spécialistes issus de la recherche, du barreau, de l'administration et des tribunaux ont eu lieu en 2012 et en 2013 afin de déterminer la pertinence et les grandes lignes d'une révision du droit. A partir des nombreuses propositions avancées dans les milieux de la doctrine, l'OFJ a défini les éléments à prendre en compte et a élaboré un avant-projet de révision et un rapport explicatif. Alors que l'avant-projet soumis aux offices comprenait l'ensemble des propositions formulées, le présent avant-projet reste plus proche du droit en vigueur et s'inspire des solutions appliquées dans le domaine de l'insolvabilité bancaire.

1.2 Nouvelle réglementation proposée

Voici les éléments centraux de l'avant-projet :

- *Exigence de réciprocité* : l'exigence de réciprocité est intégralement supprimée.
- *Extension de la compétence indirecte* : les décisions qui seront rendues au lieu où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur pourront aussi être reconnues.
- *Coordination entre la procédure ancillaire et la procédure au lieu de la succursale* : il ne sera possible de demander l'ouverture d'une procédure au lieu

de la succursale que si aucune demande de reconnaissance de la procédure étrangère n'a été déposée.

- *Procédure ancillaire* : en l'absence de créanciers à protéger en Suisse, il sera possible de renoncer à la procédure ancillaire.
- *Capacité d'agir de l'administration de la faillite étrangère* : lorsqu'on a renoncé à la procédure ancillaire, l'administration de la faillite étrangère pourra, sauf dispositions contraires, exercer l'ensemble des pouvoirs détenus par le débiteur avant l'ouverture de la faillite.
- *Coordination et coopération entre les autorités en Suisse et à l'étranger* : les services impliqués devront autant que possible coordonner leurs actions avec les administrations des faillites étrangères et coopérer avec les autorités étrangères.
- *Reconnaissance des décisions liées à une procédure de faillite* : les décisions étrangères relatives aux prétentions révocatoires pourront être reconnues à certaines conditions.
- *Prise en compte des créances litigieuses étrangères* : il sera possible d'inscrire à l'état de collocation les prétentions qui font déjà l'objet d'un procès à l'étranger.

1.3 Présentation et appréciation de l'avant-projet

1.3.1 Avantages de la solution proposée

La solution retenue vise une amélioration ponctuelle des normes en vigueur. Certaines modifications sont inspirées des expériences réalisées dans le droit de l'insolvabilité bancaire, d'autres reprennent des règles inscrites dans d'autres lois fédérales (notamment la LP)⁸ ; il a également été tenu compte des avancées juridiques observées à l'étranger. La règle consistant à privilégier, pour des raisons de politique sociale, certaines catégories de créanciers dignes de protection (les salariés par ex.) est maintenue.

1.3.2 Les alternatives envisagées et les raisons de leur rejet

Nous présentons ci-après les principales alternatives qui ont été proposées et les raisons pour lesquelles elles n'ont pas été retenues. Le ch. 2 contient des commentaires détaillés pour les articles concernés.

⁸ RS 281.1.

1.3.2.1

Pas de nouvelle convention internationale

Les économies suisse et européenne sont étroitement imbriquées. Etant donné que les décisions de faillite étrangères reconnues en Suisse émanent pour la grande majorité d'Etats membres de l'UE, on pourrait envisager de simplement reprendre les normes de l'UE en matière d'insolvabilité. Cela a déjà été fait en 1988 pour la reconnaissance des décisions générales en matière civile, dans la convention de Lugano du 16 septembre 1988⁹.

L'adaptation de la législation se limitera pour l'heure à la LDIP, pour plusieurs raisons. Le règlement de l'UE relatif aux procédures d'insolvabilité dépasse largement le domaine couvert par la LDIP, définissant également la compétence juridictionnelle et le droit applicable. Or, ces deux domaines ne requièrent pas d'adaptation. Par ailleurs, les lacunes relevées dans la LDIP concernent *tous* les pays, et pas seulement l'espace juridique européen ; voilà pourquoi il faut opter pour une solution globale, ce qui passe par la LDIP. Ces considérations n'excluent pas la conclusion de conventions avec tel ou tel Etat ou l'UE.

1.3.2.2

Loi type de la CNUDCI

La loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité¹⁰ a été adoptée en 1997. Elle contient des dispositions réglementant la reconnaissance de procédures d'insolvabilité étrangères, la place des administrateurs des créances étrangères et des créanciers dans le pays requis et la coopération transfrontalière entre les tribunaux et les administrateurs d'insolvabilité. La fonction principale d'une loi type est de formuler les idées essentielles, pas d'offrir des règles de droit prêtes à l'emploi.

L'avant-projet reprend de nombreuses propositions de la loi type, mais pas toutes. Ces propositions sont intégrées dans la LDIP de manière à préserver les particularités procédurales suisses et le caractère de codification globale de la LDIP.

1.3.2.3

Compétences et droit applicable : pas de nouvelles réglementations

Le chapitre 11 de la LDIP règle uniquement la reconnaissance des décisions de faillite étrangères, sans préciser les compétences ni le droit applicable. Nous renonçons pour l'heure à une réglementation globale en la matière, étant donné que la LP offre déjà à la Suisse des solutions satisfaisantes qui n'ont pas posé de problème d'application jusqu'ici.

⁹ RS 0.275.11, aujourd'hui RS 0.275.12.

¹⁰ Résolution de l'ONU 52/158 (www.un.org/fr/index.html / A propos de l'ONU / Organes principaux / L'Assemblée générale / Résolutions / Résolutions des sessions précédentes / 52^e session).

1.3.2.4 Pas de reconnaissance des procédures étrangères

Alors qu'en droit suisse, la reconnaissance porte sur les *décisions* de faillite, dans d'autres ordres juridiques¹¹, elle a pour objet les *procédures* de faillite. Le fait que la reconnaissance concerne la procédure a pour conséquence que les effets de la faillite en droit étranger s'appliquent également en droit interne.

Inscrire une telle forme de reconnaissance dans une réglementation applicable à l'ensemble des Etats poserait des problèmes de délimitation et pourrait avoir des effets indésirables et ouvrir la porte aux abus. Il faudrait prévoir des rattachements spéciaux et préciser les compétences de l'administration de la faillite étrangère. Les résultats de la consultation des offices ont montré l'attachement au système actuel, qui prévoit la reconnaissance des décisions ; ce système est donc maintenu.

1.4 Mise en œuvre

La révision s'effectue par une simple adaptation de la LDIP¹², de la LP¹³ et de la loi du 8 novembre sur les banques (LB)¹⁴. Aucune autre mesure de mise en œuvre n'est nécessaire.

2 Commentaires article par article

2.1 Reconnaissance des décisions de faillite étrangère

Art. 166, al. 1 Conditions de la reconnaissance des décisions de faillite

Suppression de l'exigence de réciprocité

L'exigence de réciprocité est unanimement critiquée dans la doctrine et la jurisprudence¹⁵. Elle s'est avérée inefficace et n'a pas amélioré la coopération entre les Etats. C'est pourtant cet argument (l'amélioration de la coopération internationale) qui avait servi à justifier à l'époque son inscription dans la LDIP.

Il incombe généralement aux parties de vérifier que l'exigence de réciprocité est remplie ; cela passe par des expertises coûteuses, même lorsque les montants en jeu sont faibles, ce qui est régulièrement le cas. Aucune reconnaissance n'est possible tant qu'il n'a pas été démontré que la réciprocité est garantie. Le fait que le juge doive procéder d'office à cette vérification entraîne des retards dans les procédures. Par ailleurs, une éventuelle non-reconnaissance nuit aux intérêts des créanciers suisses et étrangers¹⁶. Pour toutes ces raisons, il est renoncé à l'exigence de réciprocité.

¹¹ Art. 20 du Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité; § 335 de la Deutsche Insolvenzordnung du 5 octobre 1994, modifiée en dernier par la loi du 17 juillet 2015.

¹² RS 291

¹³ RS 281.1

¹⁴ RS 952.0

¹⁵ ATF 137 III 570 consid. 3 p. 576.

¹⁶ Ch. 1.1.3.

Compétence indirecte

D'après le droit en vigueur, seules peuvent être reconnues les décisions de faillite qui ont été rendues au domicile du débiteur. Dans le cas des sociétés, le siège a valeur de domicile (art. 21 LDIP). A l'étranger, la compétence de rendre une décision de faillite appartient normalement aux tribunaux de l'Etat où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux¹⁷. Ce centre coïncide souvent avec le lieu où l'entreprise a son siège. Mais lorsque ce n'est pas le cas, les décisions de faillite ne peuvent pas être reconnues au sens du droit actuel ; cela a des conséquences négatives¹⁸.

La nouvelle let. c précise l'obligation de reconnaître également les décisions qui ont été rendues dans l'Etat où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur. Ce critère correspond à l'art. 2, let. b de la loi type de la CNUDCI et à l'art. 3 du règlement de l'UE sur l'insolvabilité.

Par centre des intérêts principaux du débiteur, on entend le lieu où le débiteur assure habituellement la gestion de ses intérêts et qui est identifiable par les tiers. Pour les sociétés, le centre des intérêts principaux est présumé être le lieu du siège statutaire. Cette définition est dérivée de celle du règlement de l'UE sur l'insolvabilité, ce qui est un avantage, puisqu'une part importante des procédures à reconnaître est ouverte dans un Etat de l'UE et que, dans ces cas, le centre des intérêts principaux se situe sur le territoire de l'union.

Afin de protéger les intérêts légitimes du débiteur, une décision rendue au centre des intérêts principaux étrangers ne sera pas reconnue lorsque le débiteur avait son domicile ou le siège de son entreprise en Suisse. Du point de vue de la Suisse, les autorités suisses sont seules compétentes dans ce cas. Tout au plus peut-on envisager, en application de l'art. 174b AP-LDIP, une coordination de la procédure principale en Suisse avec la procédure étrangère.

Pas de reconnaissance sans requête

La reconnaissance en Suisse d'une décision de faillite étrangère nécessite le dépôt d'une requête ; il n'y a pas de reconnaissance d'office.

Alors que le droit suisse autorise aussi bien le débiteur que le créancier à requérir une procédure de faillite, la LDIP limite actuellement cette compétence aux créanciers et à l'administration de la faillite étrangère. Il arrive cependant que le débiteur ait un intérêt légitime à demander la reconnaissance d'une procédure étrangère. C'est notamment le cas dans les procédures d'assainissement. En effet, le débiteur dispose avant le créancier d'informations sur sa situation et a une meilleure connaissance de celle-ci, ce qui lui permet, en demandant sans attendre la reconnaissance de la procédure étrangère, de contribuer à minimiser la perte de valeur due à l'insolvabilité. C'est là dans l'intérêt de toutes les parties. Le pouvoir de demander la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité est donc étendue au débiteur.

Dans une procédure d'assainissement, le débiteur non dessaisi (« debtor in possession »), à savoir la personne à qui la gestion des affaires a été confiée, peut se voir accorder les mêmes compétences que l'administration de la faillite étrangère, lorsque tous deux remplissent des fonctions similaires. On renonce cependant à une

¹⁷ Voir par ex. l'art. 3 du Règlement de l'UE sur l'insolvabilité.

¹⁸ Ch. 1.1.3.

règle explicite ; il reviendra aux tribunaux de définir à quelles conditions un débiteur doit pouvoir être assimilé à un administrateur d'insolvabilité d'un point de vue fonctionnel.

2.2 Lien avec la procédure au lieu de la succursale

Art. 166, al. 2

Si le débiteur qui a son siège à l'étranger détient une succursale en Suisse, il faut s'attendre à ce que des créanciers domiciliés en Suisse fassent valoir des prétentions découlant de l'activité de la succursale. Le droit en vigueur leur permet de demander en Suisse l'ouverture d'une procédure de faillite parallèle, limitée à la succursale. Cette procédure, qui peut être requise jusqu'à l'entrée en force de l'état de collocation établi dans le cadre de la procédure ancillaire, prend en compte l'ensemble des créanciers de la succursale, toutes catégories confondues, et indépendamment de leur lieu de domicile. Tous ces créanciers, qu'ils soient ou non privilégiés, ont droit à un désintéressement prioritaire, par rapport aux créanciers de la procédure principale, sur les biens de la succursale. Ce privilège est justifié par les attentes légitimes des créanciers de la succursale à l'égard des biens situés en Suisse.

La règle prévue actuellement dans la LDIP¹⁹ est critiquée pour plusieurs raisons. L'ouverture d'une procédure au lieu de la succursale est susceptible de perturber la procédure ancillaire du fait qu'elle porte uniquement sur les prétentions formulées à l'encontre de la succursale. Par ailleurs, selon une partie de la doctrine, la procédure au lieu de la succursale concerne uniquement des biens pouvant être attribués à cette dernière. Cela rend nécessaires de savants calculs pour délimiter les éléments qui entrent dans chacune des procédures et les masses respectives de ces dernières.

Coordonner la procédure au lieu de la succursale avec la procédure ancillaire

Pour augmenter l'efficacité des procédures, l'avant-projet précise le rapport entre la procédure au lieu de la succursale et la procédure ancillaire. Le moment du dépôt de la requête de reconnaissance sera à l'avenir déterminant : la demande d'ouverture d'une procédure au lieu de la succursale pourra se faire avant la reconnaissance, mais pas après.

Si la procédure au lieu de la succursale est ouverte en premier, elle l'emportera sur une éventuelle procédure ancillaire qui se déroulerait en parallèle. Il n'y aura dans ce cas pas de changement par rapport au droit en vigueur. A l'inverse, si la demande de reconnaissance de la faillite étrangère est déposée d'abord, et qu'elle est acceptée, les créances pourront être rattachées soit à la procédure principale étrangère, soit à la procédure ancillaire suisse. Dans le doute, on suspendra le traitement de la demande de faillite au lieu de la succursale tant que la reconnaissance de la demande de faillite étrangère ne sera pas tranchée. Si celle-ci est rejetée, une procédure au lieu de la succursale pourra être requise.

Il faut tenir compte du fait que l'ouverture d'une faillite au lieu de la succursale sera en règle générale précédée d'une commination de faillite au sens de l'art. 159 LP. L'administration de la faillite étrangère peut tirer parti du délai de 20 jours prévu à

¹⁹ La situation n'est pas la même dans le secteur des banques; voir ch. 2.7.

l'art. 160, al. 1, ch. 3, LP (à l'expiration duquel un créancier peut requérir une faillite) pour déposer une demande de reconnaissance.

Pas de traitement privilégié des créanciers non privilégiés au lieu de la succursale

Ce changement a plusieurs conséquences pour les créanciers impliqués dans une procédure au lieu de la succursale. Les créanciers privilégiés, tels que les salariés ayant leur domicile en Suisse, continueront d'être pris en compte dans une éventuelle procédure ancillaire suisse, dans le cadre de laquelle ils seront désintéressés en priorité. Leur situation se trouvera toutefois changée dans la mesure où la procédure ne sera pas limitée aux créanciers de la succursale. La nouvelle disposition aura aussi des effets sur les privilèges des créanciers de troisième classe au lieu de la succursale et sur les créanciers privilégiés au lieu de la succursale qui sont domiciliés à l'étranger : lorsque la requête de reconnaissance d'une décision de faillite étrangère sera déposée avant la requête d'ouverture d'une procédure au lieu de la succursale, ces créanciers devront en principe demander l'imputation de leurs prétentions à la procédure étrangère.

Il s'agit-là d'une contrainte supplémentaire, qui se justifie toutefois par le fait qu'elle permet d'améliorer la compatibilité entre la procédure ancillaire et la procédure au lieu de la succursale. Le droit des raisons de commerce (art. 952 CO²⁰) et les dispositions en matière d'inscription au registre du commerce (art. 935, al. 2, CO) font que les créanciers disposent en principe d'informations sur les rapports que le débiteur entretient avec l'étranger. Le droit national en matière de poursuites pour dettes et de faillite ne favorise pas non plus les créanciers domiciliés en Suisse. Tous les créanciers d'une même classe sont traités de la même manière, indépendamment de leur domicile. La constitution d'une masse séparée qui répondrait au critère du lien avec la succursale et qui serait donc de fait réservée aux créanciers suisses établirait une inégalité de traitement qui ne se justifie pas objectivement. Dans un contexte international, il faut limiter au minimum les exceptions comme il en existe pour la procédure au lieu de la succursale et la procédure ancillaire, en les restreignant aux seuls cas où un besoin de protection est avéré, ou à ceux où il faut garantir la sécurité du droit, c'est-à-dire pour les personnes ayant demandé une procédure au lieu de la succursale avant que ne soit requise la reconnaissance d'une procédure principale étrangère. Rappelons enfin que la « prise en compte suffisante » des créanciers suisses dans la procédure étrangère est examinée dans le cadre de la reconnaissance de l'état de collocation étranger (art. 173, al. 3, LDIP). Si cette prise en compte est jugée insuffisante, la procédure ancillaire est étendue aux créanciers de troisième classe (art. 174 LDIP).

2.3 Effets juridiques de la reconnaissance

Art. 170, al. 3 Procédure

L'art. 170, al. 3 actuel prévoit une procédure simplifiée « sui generi », dont la seule différence par rapport à la procédure ordinaire est qu'elle n'institue ni assemblée des créanciers ni commissions de surveillance. Cette règle est entrée en vigueur avec la LDIP, soit avant la révision de la LP, survenue en 1997, et lors de laquelle la procé-

²⁰ RS 220.

dure sommaire a été introduite à l'art. 231 LP²¹. La LDIP n'ayant pas été adaptée en conséquence, les praticiens et les représentants de la doctrine se réfèrent tantôt à la procédure sommaire au sens de la LP, tantôt à la procédure ordinaire « allégée » au sens de la LDIP. Pour des raisons de sécurité du droit, il est désormais renvoyé directement à la liquidation sommaire. A la différence de l'art. 231, al. 1, la liquidation sommaire n'est pas soumise à une requête, mais constitue la norme dans la LDIP.

L'administration de la faillite étrangère ou un créancier peut avoir intérêt à la mise en place d'une administration spéciale de la faillite, ce que ne permet pas la procédure sommaire²². Il faut donc préserver pour l'administration de la faillite étrangère et les créanciers légitimés par l'art. 172 la possibilité de requérir une procédure ordinaire. La règle fixée à l'art. 231, al. 2, LP est donc reprise par analogie.

Art. 171 Action révocatoire

La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si l'art. 170, al. 2 (délais qui courent dès la publication de la décision de reconnaissance) s'applique aussi aux délais visés aux art. 286 à 288 LP. Les critiques s'appuient sur le fait que le délai qui sépare l'ouverture de la faillite étrangère et la publication de la décision de reconnaissance en Suisse peut atteindre plusieurs années : faire courir le délai à partir de la publication de la décision de reconnaissance favoriserait sans raison valable les personnes visées par l'action révocatoire. C'est pourquoi il est proposé de considérer comme point de départ l'ouverture de la faillite étrangère.

Ce choix se justifie par le lien matériel qui existe entre les actions révocatoires et l'ouverture de la faillite étrangère. Pour des raisons de parallélisme, il faut aussi rattacher à l'ouverture de la faillite étrangère les délais de péremption visés à l'art. 292 LP, sans quoi les actions juridiques pourraient être attaquées pendant une période indéfinie (il peut s'écouler longtemps entre l'ouverture de la faillite et la reconnaissance).

Art. 172 Collocation

En allemand, le terme « pfandversichert » à l'al. 1 est remplacé par « pfandgesichert » utilisé à la let. b, sans qu'il n'en résulte une modification du sens. Ce terme correspond à celui utilisé à l'art. 219 LP²³.

Art. 174a, al. 1 Renonciation à la procédure ancillaire

Selon le droit en vigueur, la reconnaissance d'une décision de faillite étrangère impose dans tous les cas l'ouverture d'une procédure ancillaire en Suisse. Cette obligation juridique s'applique même en l'absence de créanciers à protéger²⁴ et contraint à mener des procédures dans le vide.

La suppression de l'automatisme de la procédure ancillaire permettra à celle-ci de mieux remplir son but et mettra un terme aux procédures inutiles. Ces dernières ne

²¹ RO 1995 1227; FF 1991 III 1

²² ATF 121 III 143

²³ RS 291

²⁴ Ch. 1.1.3.

seront plus menées systématiquement, mais seulement s'il y a des créanciers à protéger. La LDIP prévoit déjà une telle démarche pour les procédures d'assainissement²⁵. Les biens situés en Suisse seront donc imputés à la masse de la faillite étrangère sans qu'il faille passer par une procédure ancillaire en Suisse.

Plusieurs conditions devront être remplies pour pouvoir renoncer à une procédure ancillaire. La première sera que l'administration de la faillite étrangère dépose une demande de reconnaissance. Si la décision de faillite étrangère est reconnue, la reconnaissance sera publiée, conformément à l'art. 169 LDIP, et l'appel aux créanciers au sens de l'art. 232 LP sera lancé dans le cadre de l'ouverture de la procédure ancillaire. Si aucun créancier susceptible d'être admis à l'état de collocation au sens de l'art. 172 ne se fait connaître dans le délai imparti, l'office des faillites l'annoncera au tribunal, qui pourra renoncer à poursuivre la procédure ancillaire.

Le tribunal sera libre de sa décision. Il devra commencer par examiner s'il faut s'attendre à une prise en compte suffisante des créanciers domiciliés en Suisse dans la procédure étrangère (selon les critères de l'art. 173, al. 3). Ils seront « entendus » (publication), conformément à l'art. 173, al. 3. Dans le cadre d'un concordat étranger notamment, le tribunal pourra aussi tenir compte de l'intérêt à une restructuration réussie (de préférence peu coûteuse et rapide) des dettes du débiteur.

Lorsque la demande de renonciation à la procédure ancillaire aura été définitivement acceptée, l'administration de la faillite étrangère pourra exercer sur les biens qui lui auront été remis les droits que le débiteur possédait avant l'ouverture de la faillite, notamment les transférer à l'étranger et intenter un procès, mais aussi requérir des poursuites ou demander par subrogation des renseignements.

Le tribunal pourra assortir sa décision de conditions (art. 174a, al. 3 AP-LDIP), notamment d'obligations de faire rapport ou de présenter des comptes. En cas de non-observation de ces conditions, il pourra ordonner l'ouverture (ou la reprise) d'une procédure ancillaire.

Une variante serait de limiter la possibilité de renoncer complètement à la procédure ancillaire (sans décision d'ouverture d'une faillite et sans appel aux créanciers, cf. art. 37g, al. 2, LB) au cas où l'administration de la faillite étrangère requérante rendrait vraisemblable l'absence de créanciers à l'état de collocation. Mais même dans ce modèle, il faudrait garantir la protection juridique des créanciers éventuels, par exemple en prévoyant la publication de la décision et un délai d'opposition.

Une autre option serait de soumettre l'ouverture d'une procédure ancillaire à une requête des créanciers. Mais cette solution pose plusieurs problèmes : il n'est pas toujours possible d'informer les créanciers de leur droit de requérir l'ouverture d'une procédure ancillaire ; le délai qu'il faudra leur octroyer pour leur permettre de déposer une demande entraînerait un allongement de la procédure ; en cas de doutes sur la qualité de créancier, la détermination des ayants droit pourrait engendrer des litiges. Mais la meilleure façon de limiter les procédures ancillaires serait de soumettre le droit de les requérir à certains critères. On pourrait par exemple exiger des créanciers requérants qu'ils démontrent ne pas être suffisamment pris en compte dans la procédure étrangère. Une telle démarche s'avérerait toutefois impossible ou hors de proportion pour les créanciers dont les prétentions sont peu élevées. Pour

²⁵ ATF 140 III 379 consid. 4.2.1 p. 383

toutes ces raisons, et sur la base des résultats de la consultation des offices, nous renonçons à cette option.

Art. 174a, al. 2 Pouvoirs de l'administration de la faillite étrangère

Le droit en vigueur limite grandement les pouvoirs de l'administration de la faillite étrangère. Ces restrictions visent à empêcher le transfert à l'étranger de biens destinés à désintéresser les créanciers suisses.

Cette protection est cependant inutile lorsqu'il n'y a pas de créanciers à protéger. L'avant-projet prévoit qu'on renonce à une procédure ancillaire dans une telle situation, ce qui permet d'étendre les pouvoirs de l'administration de la faillite étrangère.

L'art. 174a, al. 2, AP-LDIP prévoit en l'absence de procédure ancillaire que l'administration de la faillite étrangère puisse exercer l'ensemble des pouvoirs de droit privé qui appartenaient au débiteur avant l'ouverture de la faillite. En font partie le droit de transférer des biens du débiteur à l'étranger et celui d'intenter un procès, pour autant qu'il se rapporte aux biens et aux prétentions concernant la masse de la faillite étrangère. En lien avec ces biens et ces prétentions, l'administration étrangère de la faillite pourra également demander des informations (par lettre par ex.) ou mener des actes interruptifs de prescription (ouverture de la poursuite par ex.). Elle ne s'exposera pas à des sanctions au sens de l'art. 271 CP²⁶, qui punit les actes exécutés sans droit pour un Etat étranger. En cas de non-exécution d'une procédure ancillaire, l'administration de la faillite étrangère aura le droit d'intenter une action révocatoire en Suisse. Elle devra le faire devant le tribunal au domicile de la personne visée. L'action révocatoire intentée en Suisse est toujours soumise au droit suisse (art. 171).

L'administration de la faillite étrangère peut uniquement exécuter des actes de droit privés, mais pas de mesures qui relèvent de la puissance publique. Le droit suisse détermine ce qu'il faut entendre par de telles mesures. En font partie les menaces de poursuites pénales ou l'exécution forcée de l'obligation de renseigner ou de remettre des objets. Il faut s'adresser aux autorités suisses pour obtenir l'exécution de telles mesures.

L'exercice des pouvoirs mentionnés suppose que la requête en reconnaissance aura été acceptée. Etant donné la simplification de la procédure de reconnaissance, il a été renoncé à prévoir des pouvoirs supplémentaires avant la reconnaissance (voir cependant l'art. 168 LDIP).

Art. 174a, al. 3 Conditions et charges

Il sera possible d'assortir les pouvoirs de l'administration de la faillite étrangère de conditions et de charges, comme celle de livrer régulièrement des comptes rendus ou des informations sur les procédures étrangères concernées et les créanciers en Suisse. Les pouvoirs octroyés pourront être restreints à certains biens.

2.4

Coordination des procédures

Art. 174b Coopération et coordination

Les parties doivent pouvoir coordonner leurs actions lorsque plusieurs faillites sont menées en parallèle contre un même débiteur (par ex. procédure au lieu de la succursale et procédure ancillaire) ou que plusieurs sociétés d'un même groupe sont concernées par une faillite en Suisse et à l'étranger. Il devrait par exemple être possible de procéder à des échanges avec les autorités étrangères et de conclure des protocoles d'insolvabilité.

La disposition proposée est formulée de manière non contraignante et très générale, car il n'est pas possible de décrire de manière abstraite la diversité des situations où une coordination peut s'imposer ni des formes qu'elle peut prendre concrètement. Les autorités concernées disposeront ainsi d'une grande latitude pour déterminer au cas par cas si une coordination se justifie et si elle peut être mise en place.

La réserve formulée à l'art. 30a LP en faveur de la LDIP fait que l'art. 174b AP-LDIP s'appliquera également aux procédures principales au sens de la LP. Cela signifie que la coopération avec des autorités étrangères sera également possible pour les procédures principales qui auront lieu en Suisse et qui présenteront un lien avec des procédures de faillite étrangères (par ex. lorsque différentes sociétés appartiennent à un même groupe). Le droit en vigueur prévoit déjà de telles formes de coopération.

En ce qui concerne les procédures pendantes devant des autorités ou des tribunaux suisses, l'art. 4a, al. 2, LP sera aussi applicable ; cet article dispose que les tribunaux de la faillite et les tribunaux du concordat impliqués de même que les autorités de surveillance peuvent d'un commun accord désigner qui parmi eux exerce une compétence unique pour l'ensemble des procédures.

2.5

Reconnaissance de concordats et de décisions liées à une faillite

Art. 174c Reconnaissance de décisions étrangères relatives à des actions révocatoires et à des actions similaires

La question de la reconnaissance ne se limite pas au cas des faillites ; elle se pose aussi régulièrement pour les procédures individuelles découlant directement d'une procédure de faillite et qui ont une connexité étroite avec ces dernières. Les principales procédures concernées sont les actions révocatoires²⁷ et les actions en responsabilité contre les directeurs pour préjudices causés aux créanciers, qui, contrairement aux actions en vérification de la validité d'un contrat ou de l'existence d'une créance, peuvent être lancées uniquement dans le cadre d'une procédure de faillite.

Le droit en vigueur ne prévoit pas la reconnaissance de décisions liées à une procédure de faillite. De telles décisions n'entrent pas non plus dans le champ d'application de la convention de Lugano (art. 1, al. 2, let. b)²⁸. La LDIP exclut

²⁷ ATF 140 III 320

²⁸ ATF 140 III 320.

également leur reconnaissance en raison de leur proximité avec les procédures d'exécution forcée²⁹.

La reconnaissance des décisions étrangères concernant des actions révocatoires arrêtées dans le cadre d'une procédure de faillite est rendue possible. Nous renvoyons aux art. 25 à 27 LDIP pour les conditions générales de leur reconnaissance. Selon l'art. 26, la compétence des autorités étrangères est donnée notamment si le défendeur était domicilié dans l'Etat dans lequel la décision a été rendue, s'il a procédé sans faire de réserve ou si la compétence se fonde sur une prorogation de for. Une compétence fondée uniquement sur l'art. 166, al. 1 n'est pas suffisante. A titre d'exemple, la compétence en matière de reconnaissance sera fondée lorsque la décision aura été arrêtée dans l'Etat où aura été ouverte la procédure de faillite reconnue et que cet Etat sera en même temps le lieu de domicile du défendeur. Une telle compétence sera également donnée si l'une des conditions visées à l'art. 26, let. b à d est remplie.

Une condition de la reconnaissance sera dans tous les cas que la procédure de faillite à l'origine de la décision aura déjà été reconnue en Suisse. Cela garantira que les biens concernés par la procédure liée à la faillite seront pris en compte dans une éventuelle procédure ancillaire.

Si aucune procédure ancillaire n'est lancée, l'administration de la faillite étrangère pourra demander directement la reconnaissance et l'exécution des décisions liées à la faillite. A l'inverse, si une procédure ancillaire est ouverte en Suisse, les biens concernés iront s'ajouter à la masse active de la procédure ancillaire, une fois reconnue la procédure liée à la faillite.

Art. 175 Reconnaissance de concordats étrangers et de procédures similaires

Les modifications apportées obligent à adapter l'indication selon laquelle les art. 166 à 170 sont applicables par analogie. Les tribunaux pourront continuer d'appliquer « par analogie » aux particularités des procédures d'assainissement les dispositions auxquelles il est renvoyé.

2.6 Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite³⁰

Art. 244a Créances faisant l'objet d'un procès à l'étranger

Alors que le chapitre 11 LDIP traite des procédures qui ont lieu à l'étranger, le nouvel art. 244a LP porte sur la procédure de faillite principale en Suisse et vise une meilleure coordination de cette dernière avec les procès de droit civil menés à l'étranger. Le besoin de coordination est réel, comme l'ont montré les procédures de faillite suisses menées ces dernières années en lien avec l'étranger³¹.

²⁹ ATF 135 III 127.

³⁰ RS 281.1

³¹ Voir par. ex. ATF 140 III 320 dans l'affaire «Swissair».

L'art. 63 de l'ordonnance du 13 juillet 1911 sur l'administration des offices de faillite (OAOF)³² dispose que les créances litigieuses qui faisaient l'objet d'un procès au moment de l'ouverture de la faillite en Suisse sont à mentionner pour mémoire dans l'état de collocation. Selon le principe de territorialité, cette règle s'applique uniquement aux procès menés en Suisse³³. Il s'agit d'étendre la règle de l'art. 63 OAOF aux procès conduits à l'étranger, afin d'éviter un deuxième procès en Suisse. Etant donné que cet article a pour but de préciser l'art. 207 LP³⁴, qui s'applique uniquement aux procédures suisses, il y a lieu de modifier la LP. Pour des raisons liées à la systématique, un nouvel art. 244a est inséré au chapitre consacré à la collocation des créanciers.

L'état de collocation ne comprendra plus uniquement les créances résultant de décisions étrangères entrées en force³⁵; il intégrera aussi les prétentions produites à un procès commencé avant l'ouverture de la faillite et dont l'issue est attendue dans un délai convenable. Il en résultera un léger décalage de la limite prévue pour la prise en compte des procès à l'étranger commencés avant l'ouverture de la faillite suisse. Les procès à l'étranger commencés après l'ouverture de cette dernière ne seront en revanche toujours pas pris en considération. La reconnaissance de la décision étrangère, si elle est possible, fera augmenter la masse passive dans l'état de collocation. La reconnaissance se fera conformément aux conventions internationales pertinentes ou à la LDIP. Si ni la masse, ni les créanciers au sens de l'art. 260 LP ne demandent la poursuite du procès, la prétention sera considérée comme reconnue, et les créanciers n'auront plus le droit de contester la collocation au sens de l'art. 250 LP.

Il n'y aura annotation que s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse. Ce critère temporel figure déjà à l'art. 9 LDIP. On se référera à la jurisprudence pour déterminer ce qu'il faut entendre par un « délai convenable ».

L'issue du procès déterminera si la production sera effacée ou non de l'état de collocation ; la décision étrangère ne sera contraignante qu'en ce qui concerne l'existence de la créance et son montant, et seulement dans la mesure où elle pourra être reconnue en Suisse.

Restent réservées les questions relatives à l'exécution forcée, portant par exemple sur l'application de l'art. 209 LP concernant le cours des intérêts, les exceptions relatives au rang des créances ou encore l'application des art. 213 s. LP relatifs à la compensation. Dans tous les cas, seule l'administration de la faillite suisse ou un tribunal suisse sera habilitée à trancher de telles questions. Une réserve explicite est requise pour l'invocation des prétentions révocatoires par voie d'exception lorsque celles-ci entraîneront le rejet total ou partiel de créances. Une telle invocation restera possible.

³² RS **281.32**

³³ ATF **133** III 386

³⁴ ATF **130** III 769

³⁵ ATF **140** III 320 consid. 8.3.1

2.7

Loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)³⁶

La loi sur les banques comporte à son art. 37g un alinéa renvoyant directement à la LDIP. La loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (LSA)³⁷ et la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC)³⁸ renvoient aussi indirectement au chap. 11 de la LDIP, puisque les art. 54d LSA et 138c LPCC précisent que l'art. 37g LB s'applique par analogie. Une fois que la modification de ce dernier sera en vigueur, ces mêmes articles renverront à la nouvelle mouture de la LDIP, sous réserve de la règle spéciale applicable à la procédure de faillite au lieu de la succursale. Les dispositions spéciales de la loi sur les banques resteront réservées.

La préservation de la garantie des dépôts au profit des créanciers de la succursale exige que l'on maintienne dans le droit bancaire la primauté accrue accordée à la procédure au lieu de la succursale sur la procédure ancillaire, par rapport au droit de la faillite au sens de la LDIP. Cela passe par l'inscription explicite, à l'art. 37g LB, d'un nouvel al. 4^{bis} établissant la primauté de la procédure au lieu de la succursale sur la procédure ancillaire au sens du droit actuel (art. 166, al. 2, LDIP).

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

Le projet n'a pas de conséquence pour la Confédération, les cantons et les communes, ni sur le plan financier, ni sur celui du personnel.

Une augmentation du nombre de demandes adressées par des autorités étrangères pour la reconnaissance de procédures de faillite n'est pas à exclure (on en compte actuellement une dizaine par an). Toute prévision à cet égard est cependant impossible. A l'inverse, il faut s'attendre à une réduction du volume de travail du côté suisse, étant donné que la procédure ancillaire ne sera plus obligatoire dans tous les cas.

3.2 Conséquences économiques

La possibilité de conduire rapidement et efficacement les procédures de faillite ayant un lien avec l'étranger peut contribuer à réduire le risque de pertes financières pour les créanciers. De manière générale, il faut donc s'attendre à des conséquences positives pour l'économie. Etant donné l'absence d'impact négatif pour l'économie et les entreprises, nous renonçons à estimer les conséquences financières du présent projet.

³⁶ RS 952.0

³⁷ RS 961.01

³⁸ RS 951.31

4 Aspects juridiques

4.1 Constitutionnalité

Le projet se fonde sur l'art. 122, al. 1, Cst., qui habilite la Confédération à légiférer en matière de droit civil et de procédure civile.

4.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse et des cantons

Quelques conventions internationales en matière de faillite lient encore un certain nombre de cantons :

- Convention des 12 décembre 1825 et 13 mai 1826 entre la Confédération suisse (sans les cantons de Neuchâtel, de Schwyz et du Jura) et la Couronne de Wurtemberg sur les faillites et l'égalité qui doit être observée, en fait de collocation, entre les créanciers ressortissant à l'un ou à l'autre des deux pays³⁹;
- Convention des 11 mai et 27 juin 1834 entre des cantons suisses (Zurich, Berne, Lucerne, Unterwalden, Fribourg, Soleure, Bâle, Schaffhouse, Saint-Gall, Grisons, Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Appenzell Rhodes-Extérieures) et le Royaume de Bavière portant que les ressortissants respectifs seront traités à droits égaux dans les cas de concours juridiques⁴⁰;
- Convention des 4 et 18 février 1837 entre des cantons suisses (Zurich, Berne, Lucerne, Uri, Schwyz, Zoug, Fribourg, Soleure, les deux Bâle, Schaffhouse, Grisons, Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Appenzell Rhodes-Extérieures) et le Royaume de Saxe au sujet de l'égalité de droit des ressortissants respectifs dans les concours par suite des faillites⁴¹.

La validité de ces conventions est contestée, ce qui entraîne une insécurité juridique. Les éventuels avantages (par exemple la reconnaissance automatique des décisions de faillite) qu'elles apportent est relativisée par leur champ d'application géographique – pour autant qu'on en admette la validité –, qui ne coïncident plus avec les frontières économiques et politiques actuelles. En outre, ces conventions ne contiennent pas de normes procédurales concrètes, ce qui soulève la question de leur rapport avec le chapitre 11 de la LDIP et, par voie de conséquence, avec le droit allemand en matière d'insolvabilité. Tout cela entraîne une application inconsistante du droit et rend le droit international en matière de faillite peu lisible. Ces conventions n'apportent aucune plus-value par rapport aux dispositions de la LDIP (dont les présentes propositions de modification) et aux règles allemandes, qui sont plus claires. Il serait souhaitable d'examiner l'abrogation formelle de ces conventions, abrogation qui est de la compétence de la Confédération.

³⁹ Disponible dans les recueils législatifs cantonaux, par ex. FR 28.82.

⁴⁰ Disponible dans les recueils législatifs cantonaux, par ex. FR 28.83.

⁴¹ Disponible dans les recueils législatifs cantonaux, par ex. FR 28.84.

4.3 Forme de l'acte

L'acte contient des dispositions importantes fixant des règles de droit, qui doivent donc être adoptées sous la forme d'une loi fédérale au sens de l'art. 164, al. 1, Cst. Il est sujet au référendum.