



17.038

**Message
concernant une modification
de la loi fédérale sur le droit international privé
(chap. 11: faillite et concordat)**

du 24 mai 2017

Messieurs les Présidents,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons un projet de modification de la loi sur le droit international privé (chap. 11: faillite et concordat), en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

24 mai 2017

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris Leuthard
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Condensé

Le projet vise à moderniser la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP) dans le domaine de la faillite et du concordat. Il simplifie la procédure de reconnaissance des décisions de faillite étrangères et améliore le statut des créanciers de la succursale suisse d'une société étrangère insolvable.

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 de faillite ancillaire a lieu en Suisse lors de chaque reconnaissance.

Ces conditions de la reconnaissance se sont avérées problématiques dans la pratique, compliquant la procédure (parfois à l'extrême) et retardant la décision. Cela nuit aux intérêts des créanciers suisses et étrangers: en l'absence d'une reconnaissance de la faillite, le risque demeure qu'une exécution forcée individuelle se fasse au détriment des autres créanciers. S'ajoute le fait que la procédure de faillite ancillaire doit être conduite dans tous les cas, même lorsqu'il n'y a pas de créanciers privilégiés à protéger en Suisse, ce à quoi elle est censée servir.

Contenu du projet

Le 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. Ces éléments centraux sont repris de dispositions analogues ayant déjà fait leurs preuves dans le droit suisse en matière d'insolvabilité bancaire internationale.

Pour simplifier la procédure de faillite, il sera possible de renoncer à la procédure de faillite ancillaire en l'absence de créanciers privilégiés à protéger en Suisse. Le projet prévoit par ailleurs une meilleure coordination de la procédure de faillite au lieu de la succursale avec la procédure de faillite ancillaire. Une nouveauté réside dans la prise en compte, dans la procédure de faillite ancillaire, des éventuels créanciers non privilégiés de la succursale suisse. On évite de la sorte les procédures inutiles ou menées à double (et les coûts qu'elles engendrent) et on améliore le statut dans la procédure des créanciers de la succursale suisse. Enfin, le projet crée une base légale pour coordonner les procédures de part et d'autre de la frontière.

Message

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Genèse et cadre normatif

La reconnaissance de la faillite et du concordat¹ en Suisse est réglée dans la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)². Entrée en vigueur en 1989, cette réglementation devait permettre de garder le contact avec «l'évolution internationale» en matière de faillite³.

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 40 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'insolvabilité et la coopération en la matière⁶.

Le message et le projet portent sur la LDIP. Ils ne concernent les dispositions spéciales touchant au domaine des marchés financiers (banques, assurances, placements collectifs de capitaux et infrastructure des marchés financiers notamment)⁷ que dans la mesure où il y a lieu de préciser lesquelles des modifications du chap. 11 s'appliquent aux autres lois qui renvoient aux dispositions de la LDIP.

¹ Par souci de simplification, nous n'utilisons dans la suite du message 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, 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, JO L 160 du 30 juin 2000, p. 1, remplacé par le règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 141 du 5 juin 2015, p. 19.

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 (OIB-FINMA), RS **952.05**

⁷ Loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF), RS **958.1**; loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC), RS **951.31**; loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (LSA), RS **961.01**

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 reconnues 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 de faillite ancillaire 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)⁸, les créanciers d'une succursale située en Suisse peuvent en outre demander l'ouverture d'une procédure au lieu de la succursale. Dans cette procédure, les créanciers de la succursale sont remboursés en priorité à partir des biens de cette dernière. Un même débiteur peut faire l'objet d'une procédure au lieu de la succursale et d'une procédure de faillite ancillaire, menées en parallèle ou successivement.

1.1.3 Lacunes du droit actuel

Les conditions restrictives qui s'appliquent selon le droit actuel 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 du siège indiqué dans les statuts. Il en résulte une situation juridique boiteuse: le débiteur est en faillite dans un pays, mais pas dans l'autre.

La non-reconnaissance de décisions de faillite étrangères peut nuire 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, n'est pas garantie. Un autre problème est l'insécurité juridique concernant le pouvoir de disposer des biens sis en Suisse. L'impossibilité de reconnaître une procédure concordataire étrangère peut aussi faire échouer l'assainissement d'une entreprise internationale et entraîner de lourdes conséquences pour les salariés et les créanciers.

⁸ RS 281.1

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. 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 de faillite 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 – très étroites – 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 ne se justifient donc pas lorsqu'il n'y a pas de tels créanciers.

Si le débiteur qui a son siège à l'étranger détient en Suisse une succursale inscrite au registre du commerce, 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; peu importe qu'ils soient ou non privilégiés ou qu'ils aient ou non leur siège en Suisse. Ces créanciers ont droit, dans le cadre de cette procédure parallèle, à un désintéressement prioritaire sur les biens de la succursale, par rapport aux créanciers de la procédure principale. Ce privilège est justifié par les attentes légitimes des créanciers de la succursale à l'égard des biens situés en Suisse, attentes qui sont plus élevées en présence d'une succursale suisse. La réalisation en parallèle, telle que la permet la LDIP actuelle, d'une procédure au lieu de la succursale et d'une procédure de faillite ancillaire rend nécessaires de savants calculs pour délimiter les éléments qui entrent dans chacune des procédures et les masses respectives de ces dernières. Pour toutes les créances et pour tous les biens, il s'agit de déterminer s'il faut les rattacher à la succursale ou au failli.

Enfin, le droit en vigueur ne règle pas clairement la coordination avec les procédures étrangères.

1.1.4 Statistiques

Selon les données de la Feuille officielle suisse du commerce, quelque 60 demandes de reconnaissance d'une décision de faillite rendue à l'étranger ont été présentées en Suisse entre 2010 et 2016. 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. Une faillite ayant des ramifications internationales peut avoir à elle seule un très fort impact sur l'économie, comme l'ont montré les cas Swissair et Sabena. Le droit international en matière de faillite vise à garantir la possibilité

d'assainir une entreprise située dans plusieurs pays et de préserver le plus d'emplois possible.

Par ailleurs, dans le droit en vigueur, une procédure de faillite ancillaire ne vaut la peine d'être menée, de l'avis de divers praticiens, que si la masse patrimoniale atteint au moins 10 000 francs. Dans ce contexte, certains auteurs utilisent le terme «comptes en déshérence»⁹ pour désigner les biens qui demeurent hors d'atteinte en raison du coût élevé des démarches à entreprendre. Il est donc probable que la mise en place de procédures simplifiées et moins coûteuses entraînera une hausse de leur nombre.

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'Office fédéral de la justice a défini une esquisse d'acte normatif et a élaboré un avant-projet de révision et un rapport explicatif. Le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation le 14 octobre 2015; celle-ci a pris fin le 5 février 2016.

1.2 Dispositif proposé

La nouvelle réglementation vise à faciliter la reconnaissance des décisions de faillite étrangères (et des décisions apparentées), à simplifier les procédures et à améliorer la coordination avec les procédures étrangères, tout en préservant les créanciers de la succursale. Voici les mesures prévues à cet effet:

Simplification de la reconnaissance des décisions de faillite étrangère: l'exigence de réciprocité est intégralement supprimée. Il devient par ailleurs possible de reconnaître les décisions qui sont rendues au lieu où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur. Cette possibilité ne concerne pas les personnes et les entreprises qui sont domiciliées en Suisse ou qui y ont leur siège statutaire. En outre, les décisions étrangères relatives aux prétentions révocatoires pourront être reconnues à certaines conditions.

Protection des créanciers au lieu de la succursale: les créanciers non privilégiés d'une succursale suisse pourront également annoncer leurs créances dans une procédure de faillite ancillaire. Leur statut s'en trouve amélioré, puisqu'ils ne devront plus demander l'ouverture à part d'une procédure au lieu de la succursale.

Simplification de la procédure: on renoncera à la procédure de faillite ancillaire en l'absence de créanciers indigènes à protéger (créanciers gagistes ou privilégiés domiciliés en Suisse ou créanciers d'une succursale située en Suisse). En l'absence d'une telle procédure, l'administration de la faillite étrangère pourra, sauf disposi-

⁹ Gehri/Kostkiewicz, Anerkennung ausländischer Insolvenzscheide in der Schweiz – ein neuer Réduit National?, in: RSDIE 2/2009, p. 193 à 222.

tions contraires, exercer l'ensemble des pouvoirs que leur confère le droit de l'Etat où la faillite a été ouverte, exception faite des actes de souveraineté. Une autre mesure de simplification consiste à dénoncer ou à résilier d'un commun accord les traités conclus au début du XIX^e siècle – soit avant la fondation de l'Etat fédéral moderne (en 1848) – par un certain nombre de cantons avec des unités territoriales allemandes.

Coordination avec les procédures étrangères: il est prévu que les services impliqués puissent coordonner autant que possible leurs actions avec les procédures étrangères, notamment en coopérant avec les administrations des faillites étrangères et les autorités étrangères.

1.3 Appréciation de la solution proposée

1.3.1 Avantages du projet

Le projet 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); 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 (par ex. les salariés) est maintenue et la protection des créanciers au lieu de la succursale est améliorée.

Des éléments importants du projet, tels que la simplification de la reconnaissance et la possibilité de renoncer à la procédure de faillite ancillaire sont repris du droit suisse en matière d'insolvabilité bancaire internationale¹⁰, dans lequel ils ont fait leurs preuves.

1.3.2 Résultats de la consultation

Vingt-cinq cantons, deux partis politiques et 19 organisations, entre autres, ont pris part à la procédure de consultation¹¹.

Les cantons et les organisations ont approuvé à une large majorité les principaux éléments du projet. Seuls deux cantons et deux organisations ont estimé que la révision n'était pas nécessaire.

Une majorité a soutenu l'abandon de l'exigence de réciprocité et la possibilité de renoncer à la procédure de faillite ancillaire. Les participants ont également approuvé pour la plupart les règles concernant la procédure, les délais, la coordination avec l'étranger et la reconnaissance des décisions étrangères. Certaines précisions ont

¹⁰ Art. 37f et 37g LB; art. 10 OIB-FINMA.

¹¹ Le rapport sur les résultats de la consultation peut être téléchargé sous: www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultations > Procédures de consultation terminées > 2015 > DFJP.

toutefois été demandées, notamment une délimitation plus claire des pouvoirs de l'administration de la faillite étrangère.

Seul un élément a fait l'unanimité contre lui et a en conséquence été abandonné : la proposition de supprimer la primauté de la procédure de faillite au lieu de la succursale, par rapport à la procédure de faillite ancillaire, et de privilégier au contraire cette dernière. De nombreux participants considèrent nécessaire de maintenir la protection qu'un accès privilégié aux biens situés en Suisse garantit aux créanciers de la succursale.

La proposition d'annoter dans l'état de collocation suisse les procédures en cours à l'étranger a aussi été majoritairement critiquée et en conséquence abandonnée. Le droit ne prévoit pas encore de règles consolidées sur cette question complexe, et la mise en place d'un corset juridique empêcherait le développement d'une jurisprudence différenciée. Par ailleurs, plusieurs participants doutent de la faisabilité de cette proposition.

1.3.3 Nouveautés par rapport à l'avant-projet

Par rapport à l'avant-projet, le projet présente les nouveautés suivantes, qui s'appuient sur les résultats de la consultation:

Rapport entre la procédure de faillite au lieu de la succursale et la procédure de faillite ancillaire: pour supprimer les problèmes de délimitation entre la procédure de faillite au lieu de la succursale et la procédure de faillite ancillaire tout en préservant les créanciers d'une succursale, on tient compte de ces derniers dans la procédure de faillite ancillaire. En contrepartie, pour éviter deux procédures parallèles, on limite la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure de faillite au lieu de la succursale à la période précédant la publication de la reconnaissance de la décision de faillite étrangère. Etant donné que leurs créances sont prises en compte dans la procédure de faillite ancillaire, les créanciers au lieu de la succursale ne sont plus forcés de recourir à une procédure séparée pour bénéficier de la même protection.

For de la procédure de faillite ancillaire: si le failli a en Suisse une succursale inscrite au registre du commerce, la requête en reconnaissance de la décision de faillite devra être portée au lieu où elle a son siège (nouvelle teneur de l'art. 167, al. 1, LDIP). L'identification du for en devient plus aisée. La disposition remaniée facilitera par ailleurs la coordination entre la procédure de faillite ancillaire et une éventuelle procédure de faillite au lieu de la succursale au sens de l'art. 50, al. 1, LP, qu'il faudra mener dans le même arrondissement judiciaire.

Délai pour intenter une action révocatoire: on a renoncé à l'adaptation de l'art. 171 LDIP proposée dans l'avant-projet, relative au délai permettant d'intenter une action paulienne. Un nouveau ch. 4 est ajouté à la place à l'art. 288a LP. Cet article, qui traite du «calcul des délais» (titre marginal), est le bon endroit pour préciser le délai. La modification prolonge les délais visés aux art. 284 à 288 LP de la durée d'une éventuelle procédure de reconnaissance (cf. ch. 2.2).

Reconnaissance de décisions étrangères liées à une procédure de faillite: par rapport à l'avant-projet, des précisions importantes sont apportées concernant la recon-

naissance de décisions étrangères liées à une procédure de faillite. D'une part, on précise dans le projet l'autorité habilitée à reconnaître, d'autre part, on explicite dans le message le champ d'application de la norme, en indiquant les actions qui sont concernées. Enfin, le projet renforce la protection du défendeur domicilié en Suisse et précise le champ d'application de l'art. 171 LDIP.

Mention à l'état de collocation d'une procédure étrangère en cours: on renonce à la disposition proposée dans l'avant-projet concernant le moment déterminant et les conditions de l'annotation d'une procédure en cours à l'étranger dans le cadre d'une procédure de collocation suisse.

1.4 Adéquation des moyens requis

Il faut s'attendre à ce que les coûts supplémentaires induits par une éventuelle augmentation du nombre de procédures soient compensés par les économies résultant de leur simplification.

1.5 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

1.5.1 Règlement de l'UE relatif aux procédures d'insolvabilité

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'insolvabilité¹². En matière civile, cette voie est empruntée avec succès depuis plus de 25 ans, au travers des conventions de Lugano (CL) de 1988¹³ et de 2007¹⁴.

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 en Suisse. 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, qui passe par la LDIP. Ces considérations n'excluent pas à l'avenir la conclusion de conventions avec l'UE ou avec d'autres Etats.

¹² Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 141 du 5 juin 2015, p. 19.

¹³ Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS **0.275.11**.

¹⁴ Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS **0.275.12**.

1.5.2 **Loi type de la CNUDCI**

La loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité¹⁵ a été adoptée en 1997. Elle contient des dispositions réglementant la reconnaissance de procédures d'insolvabilité étrangères, la place des administrateurs d'insolvabilité étrangers 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. Le projet ne reprend pas tous les éléments, mais les propositions centrales de cette loi type. Ces propositions sont intégrées dans la LDIP de manière à préserver les particularités procédurales suisses et le caractère de codification globale de la LDIP. L'entrée en vigueur du projet fera entrer la Suisse dans le groupe des pays ayant mis en œuvre de manière autonome la loi type et appliquant par conséquent les normes les plus avancées au niveau international.

1.6 **Mise en œuvre**

La révision passe par une modification de la LDIP et de la LP. La LB et la LIMF doivent également être modifiées, car ces lois spéciales renvoient directement ou indirectement aux dispositions générales de la LDIP régissant la faillite en droit international, alors que toutes les modifications proposées ne s'appliquent pas à l'ensemble du domaine des marchés financiers¹⁶ (voir ch. 2.3 et 2.4).

2 **Commentaires des dispositions**

2.1 **Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé**

Art. 166, al. 1 Conditions de la reconnaissance

Suppression de l'exigence de réciprocité

A l'origine, l'exigence de réciprocité a été inscrite dans la LDIP aux fins de favoriser la coopération internationale. La doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui d'avis – probablement à juste titre – que cette mesure s'est révélée inefficace¹⁷.

En pratique, la vérification de l'exigence de réciprocité est en général mise à la charge des parties. Cela passe souvent par des expertises coûteuses, même lorsque les montants en jeu sont faibles. Le droit actuel empêche la reconnaissance en l'absence d'une preuve établissant la réciprocité. Le fait que celle-ci doit être déter-

¹⁵ Résolution de l'ONU 52/158, consultable à l'adresse www.uncitral.org > UNCITRAL Texts > Insolvency > Model laws.

¹⁶ Les art. 138c LPCC, 54d LSA et 88 LIMF renvoient à l'art. 37g LB.

¹⁷ ATF 137 III 570, consid. 3, p. 576

minée d'office entraîne des retards dans les procédures et fait perdre un temps précieux pour l'assainissement des entreprises.

Une non-reconnaissance résultant de l'absence de réciprocité a des conséquences négatives pour les créanciers suisses et étrangers, puisqu'elle permet à certains créanciers d'accéder aux biens saisis au détriment de tous les autres.

L'exigence de réciprocité n'offre pas non plus de protection contre les procédures de faillite frauduleuses (par ex. expropriation déguisée non indemnisée consécutive à une créance fiscale illégitime), étant donné que les critères de vérification sont limités aux conditions de reconnaissance applicables dans le système juridique de l'Etat étranger et qu'ils ne permettent pas de s'assurer que la procédure est menée conformément aux principes de l'Etat de droit. Une protection suffisante contre les procédures de faillite abusives ou liées à des motifs politiques est garantie dans le droit en vigueur non seulement par la reconnaissance de l'état de collocation (art. 173 LDIP) qui reste la règle, mais aussi par la réserve de l'ordre public, qui dans le présent contexte protège aussi bien les droits des parties à la procédure de reconnaissance que les intérêts de la communauté des créanciers.

L'inefficacité avérée de l'exigence de réciprocité et le fait qu'elle ne permet pas d'éviter les abus justifient qu'on y renonce.

Compétence indirecte

D'après le droit en vigueur, seules peuvent être reconnues en Suisse les décisions de faillite étrangères qui émanent de l'Etat de domicile du débiteur ou, dans le cas des sociétés, de l'Etat où elles ont leur siège (art. 21 LDIP). Nombre de législations étrangères prévoient que la compétence d'ouvrir une procédure de faillite appartient aux tribunaux de l'Etat où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux. La nouvelle let. c prévoit la possibilité de reconnaître les décisions de faillite rendues dans ces Etats.

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, qui est dérivée de la jurisprudence européenne¹⁸, coïncide avec l'art. 3, al. 1, du règlement de l'UE relatif aux procédures d'insolvabilité¹⁹. C'est là 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. Compte tenu de ces éléments, on peut renoncer à définir ce terme dans la loi.

Afin de protéger les intérêts légitimes du débiteur et des créanciers, 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 au moment de l'ouverture de la procédure étrangère. Du point de vue de la Suisse, les autorités suisses sont seules compétentes dans ce cas. Il faut donc que la procédure de faillite

¹⁸ CJUE, arrêt du 2 mai 2006 – affaire C-341/04 («Eurofood/Parmalat») et arrêt du 20 octobre 2011 – affaire C-396/09 («Interedil»).

¹⁹ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 141 du 5 juin 2015, p. 19.

concernant une société ayant son siège en Suisse ait lieu en Suisse, même si le centre de ses intérêts principaux se trouve à l'étranger. Il est toujours possible d'envisager dans ce cas, en application de l'art. 174b LDIP, une coordination de la procédure principale en Suisse avec la procédure étrangère.

Si deux requêtes en reconnaissance d'une décision de faillite sont déposées simultanément, l'une dans l'Etat étranger où le débiteur a son siège statutaire, l'autre dans celui où il a son siège effectif, il reviendra au tribunal de trancher selon les règles générales (art. 27, al. 2, let. c, LDIP: primauté temporelle et examen des conditions de la reconnaissance).

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 (LP) autorise aussi bien le débiteur que les créanciers à requérir une procédure de faillite, la LDIP limite 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; cela est dans l'intérêt de toutes les parties. C'est pourquoi le projet étend au débiteur le pouvoir de demander la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité.

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. Il est donc lui aussi habilité à déposer une requête en reconnaissance d'une décision de faillite étrangère (ou d'une procédure d'insolvabilité étrangère).

Art. 166, al. 2 Délai pour requérir une procédure de faillite au lieu de la succursale

Les al. 2 et 3 de l'art. 166 définissent le rapport entre la procédure de faillite ancillaire et la procédure de faillite au lieu de la succursale. Le terme «succursale» est repris dans sa définition du texte de loi actuel. Il couvre les succursales qui sont tenues de se faire inscrire au sens de l'art. 935, al. 2, du code des obligations²⁰, pour autant qu'elles figurent effectivement au registre du commerce, qui détermine le for de poursuites (art. 50, al. 1, LP)²¹.

Pour augmenter l'efficacité des procédures, le projet précise le rapport entre la procédure de faillite au lieu de la succursale et la procédure de faillite ancillaire. La publication de la décision de faillite étrangère déterminera le moment où une procédure de faillite au lieu de la succursale pourra être requise: la requête d'ouverture de cette dernière sera possible avant la publication, mais pas après (al. 2). Cette règle

²⁰ RS 220

²¹ ATF 79 III 15, consid. 2; 107 III 53, consid. 5.

visé à empêcher les procédures parallèles. Un rejet de la requête en reconnaissance laissera la voie ouverte à une procédure de faillite au lieu de la succursale.

Cette limitation dans le temps de la possibilité de requérir une procédure au lieu de la succursale est compensée par le fait que la procédure de faillite ancillaire tiendra également compte des créanciers de la succursale (art. 172, al. 1, let. c). Leur niveau de protection reste ainsi inchangé, tandis qu'ils obtiennent un avantage procédural déterminant, puisqu'ils ne devront plus systématiquement requérir une procédure au lieu de la succursale et qu'ils ne seront donc plus tenus de verser d'avance de frais. Cette modification supprimera en outre les redondances et les difficultés de délimitation dues à la tenue en parallèle d'une procédure de faillite au lieu de la succursale et d'une procédure de faillite ancillaire.

Art. 166, al. 3 Rapport avec les procédures de faillite au lieu de succursale en cours

L'al. 3 de l'art. 166 concerne le cas où une requête en reconnaissance d'une procédure de faillite étrangère est déposée alors qu'une procédure de faillite au lieu de la succursale concernant le même débiteur court déjà en Suisse. Pour éviter deux procédures parallèles («économie de la procédure»), le projet prévoit qu'on suspende la procédure de faillite au lieu de la succursale – si elle n'est pas trop avancée –, étant donné que les créances qui y sont admises sont prises en compte dans la procédure de faillite ancillaire en vertu de l'art. 172, al. 1, let. c, LDIP.

Le délai dans lequel cette intégration de la faillite au lieu de la succursale dans la faillite ancillaire peut avoir lieu correspond à celui prévu à l'art. 250, al. 1, LP pour intentier une action en contestation de l'état de collocation. En effet, passé ce délai, l'état de collocation de la procédure de faillite au lieu de la succursale est définitif en tout ou en partie, de sorte que les biens au lieu de la succursale ont déjà été répartis ou qu'à tout le moins les intérêts légitimes des créanciers au lieu de la succursale ont été établis. Des raisons pratiques et l'économie de la procédure commandent aussi de suspendre la procédure de faillite au lieu de la succursale uniquement lorsqu'elle n'est pas encore trop avancée pour intégrer les créances couvertes par celle-ci dans la procédure de faillite ancillaire.

Les frais engendrés par la procédure de faillite au lieu de la succursale jusqu'à sa suspension sont à mettre à la charge de la procédure de faillite ancillaire. Il faudra en outre rembourser aux créanciers au lieu de la succursale l'avance qu'ils auront versée le cas échéant. On pourra dans ce but augmenter le montant de l'avance de frais prévue dans l'éventuelle procédure de faillite ancillaire.

Si la procédure de faillite au lieu de la succursale a déjà dépassé le délai fixé à l'art. 250, al. 1, LP au moment où la reconnaissance de la décision de faillite étrangère est requise, on protégera les créances admises à l'état de collocation au lieu de la succursale et l'on poursuivra la procédure en question. Dans ce cas, la procédure de faillite ancillaire portera uniquement, comme en droit actuel, sur l'éventuel solde des actifs de la procédure de faillite au lieu de la succursale (procédure prioritaire). Relevons ici l'obligation faite aux autorités et aux tribunaux suisses concernés de coordonner leurs actions au sens de l'art. 4a LP et la possibilité prévue à l'art. 174b LDIP de collaborer avec les autorités et les organes étrangers.

Art. 167, al. 1 et 2 For au lieu de la succursale

La disposition instaurant un nouveau rapport entre la procédure de faillite au lieu de la succursale et la procédure de faillite ancillaire redéfinit également le for. Dans tous les cas où le débiteur a en Suisse une succursale inscrite au registre du commerce, la requête en reconnaissance doit être déposée au lieu de l'inscription, c'est-à-dire portée devant le tribunal compétent à raison du lieu et de la matière. Ce for est obligatoire et exclusif.

Ce lieu est facile à déterminer et correspond à l'endroit où se situent les biens qui soulèvent les attentes légitimes des créanciers de la succursale. Il coïncidera dans la plupart des cas avec le for de poursuite visé à l'art. 50, al. 1, LP, ce qui facilitera la transition entre la procédure de faillite en cours au lieu de la succursale et la procédure de faillite ancillaire.

Si la succursale n'est pas inscrite au registre du commerce, le for correspond au lieu où les biens sont situés. Au cas où une société ayant son siège à l'étranger n'aurait pas fait inscrire sa succursale suisse au registre du commerce, le for concernant une procédure de faillite ancillaire se situerait également à l'endroit où cette succursale aurait par exemple ses bureaux ou où elle aurait contracté des engagements.

Dans le cas d'une entreprise ayant son siège à l'étranger qui a inscrit plusieurs succursales au registre du commerce, c'est le tribunal saisi le premier pour la reconnaissance qui est compétent (al. 2).

Art. 170, al. 3 Procédure

L'art. 170, al. 3, actuel prévoit une procédure simplifiée *sui generis*, qui diffère de la procédure ordinaire en ce qu'elle n'institue ni assemblée des créanciers ni commission 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 procédure sommaire a été introduite à l'art. 231 LP²². 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, LP, la liquidation sommaire n'est pas soumise à une requête, mais constitue la règle 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 sommaire²³. Il faut donc offrir à l'administration de la faillite étrangère et aux créanciers admissibles au plan de collocation par l'art. 172, al. 1, LDIP, la possibilité de requérir une procédure ordinaire. La partie requérante devra fournir une sûreté suffisante pour les frais qui ne seront probablement pas couverts. Cette règle est reprise de l'art. 231, al. 2, LP. En l'absence d'une telle requête, l'office des faillites appliquera la procédure sommaire.

²² RO 1995 1227; FF 1991 III 1

²³ ATF 121 III 143

Art. 172 Collocation

En allemand, le terme «pfandversichert» à l'al. 1 est remplacé par «pfandgesichert» utilisé à la let. b. Ce terme correspond à celui utilisé à l'art 219 LP. Il s'agit d'une modification purement rédactionnelle sans portée matérielle: comme dans le droit actuel, la disposition s'applique aux objets mis en gage en Suisse.

Le projet complète la liste des créances admises à l'état de collocation à l'al. 1, let. c, de celles liées aux dettes d'une succursale au sens de l'art. 50, al. 1, LP. Ces créances portent sur les dettes qui ont été contractées par la succursale et pour lesquelles le débiteur est soumis à la poursuite par voie de faillite en Suisse. En font partie les créances de 3^e classe au sens de l'art. 219 LP, à l'exemple des créances de fournisseurs de biens ou de services qui auraient effectué des livraisons ou des travaux au siège de la succursale. Le projet prévoit que les créanciers au lieu de la succursale seront pris en compte dans la procédure de faillite ancillaire sans qu'ils doivent demander l'ouverture d'une procédure de faillite au lieu de la succursale. Leur position dans la procédure s'en trouvera améliorée. Cette modification supprimera par ailleurs les redondances et les difficultés de délimitation qui existent actuellement entre la procédure ancillaire et la procédure au lieu de la succursale. Ainsi, dans le droit actuel, il n'est pas clair si la masse de la faillite au lieu de la succursale comprend uniquement les biens de la succursale ou si elle englobe l'ensemble des biens du failli, étant donné que la succursale n'a pas de personnalité juridique et qu'elle ne représente donc pas une entité économique indépendante. La solution retenue rend toutes ces questions caduques: la masse de la faillite englobe toujours les biens du débiteur saisis en Suisse, qu'ils soient rattachés économiquement au siège principal de l'entreprise ou à la succursale.

Selon le droit en vigueur, seuls les créanciers privilégiés et les créanciers gagistes peuvent contester l'état de collocation. Il en résulte une lacune, puisque les intérêts de l'administration de la faillite étrangère (et donc ceux de l'ensemble des créanciers) peuvent être lésés par la collocation d'une prétendue créance privilégiée. C'est pourquoi le droit d'intenter une action en contestation de l'état de collocation est étendu à l'administration de la faillite étrangère.

Art. 174a, al. 1 et 2 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 de faillite ancillaire en Suisse pour protéger les créanciers privilégiés. Pour éviter des procédures inutiles, on ne mènera plus à l'avenir de procédure de faillite ancillaire que si une telle protection s'avère nécessaire. On y renoncera sinon, et les biens situés en Suisse seront mis à la disposition de la masse de la faillite étrangère. La jurisprudence a déjà admis une telle démarche pour les procédures d'assainissement dans la LDIP²⁴.

Plusieurs conditions devront être remplies pour qu'on puisse renoncer à une procédure de faillite ancillaire. La première sera que l'administration de la faillite étrangère dépose une requête dans ce sens. En effet, sans sa participation, il ne serait pas possible, pour des raisons pratiques, de renoncer à la procédure en question.

²⁴ ATF 140 III 379, consid. 4.2.1, p. 383

La décision de renoncer à mener une procédure de faillite ancillaire et le choix des normes de protection applicables par le juge ne peuvent être arrêtés qu'une fois l'appel aux créanciers effectué. Cet appel doit s'adresser aussi bien aux créanciers pouvant être admis à l'état de collocation au sens de l'art. 172 LDIP qu'aux autres créanciers du débiteur étranger domiciliés en Suisse.

Il n'est possible de renoncer à la procédure de faillite ancillaire que si aucun des créanciers admissibles à l'état de collocation au sens de l'art. 172, al. 1, LDIP ne répond à l'appel. L'administration de la faillite étrangère dispose ici d'une certaine marge de manœuvre: si elle a intérêt à ce qu'aucune procédure ancillaire n'ait lieu, elle pourrait chercher à désintéresser les créanciers visés à l'art. 172 LDIP pour qu'ils renoncent à se faire connaître.

Si aucun créancier au sens de l'art. 172, al. 1, LDIP, ni aucun autre créancier domicilié en Suisse ne se manifeste, l'office des faillites l'annoncera au tribunal, qui pourra renoncer à la procédure de faillite ancillaire.

Si, alors qu'aucun créancier au sens de l'art. 172, al. 1, LDIP ne s'est manifesté, d'autres créanciers ayant leur domicile en Suisse se font connaître, le tribunal devra examiner si dans la procédure étrangère on prend dûment compte de ces créances. Cela permettra de protéger les créanciers non gagistes de la 3^e classe au sens de l'art. 219, al. 4, LP qui ont leur domicile en Suisse (exception faite des créanciers au lieu de la succursale, qui sont déjà couverts par l'art. 172, al. 1, let. c, LDIP). Le tribunal devra appliquer les conditions fixées à l'art. 173, al. 3, LDIP (égalité de traitement des créanciers en Suisse et à l'étranger), qui correspondent à celles prévues à l'art. 37g LB. Du point de vue procédural, l'art. 174a, al. 2, LDIP, lui offre toutefois une plus grande marge de manœuvre, puisqu'il n'exige pas la reconnaissance préalable de l'état de collocation étranger. Le tribunal pourra toujours continuer, par analogie avec l'art. 173 LDIP, de lier la libération des biens à la reconnaissance de l'état de collocation étranger définitif, et s'assurer ainsi que les créanciers suisses et étrangers sont traités à égalité. Il pourra cependant, lorsque l'intérêt de la communauté des créanciers et l'efficacité de la procédure sembleront le justifier, se satisfaire d'autres éléments attestant d'une égalité de traitement suffisante, tels que des expertises, des garanties ou la simple connaissance que les créances en Suisse et à l'étranger bénéficient du même traitement dans le droit de procédure étranger. Une telle démarche pourrait se justifier dans les cas où une intégration rapide dans la masse étrangère des biens situés en Suisse garantirait une réalisation plus favorable des biens dans le cadre d'une procédure concordataire ou de la vente d'une entreprise.

Art. 174a, al. 3 Conditions et charges

La renonciation à une procédure de faillite ancillaire peut être assortie de conditions et de charges à l'intention de l'administration de la faillite étrangère. Il peut s'agir d'une obligation de fournir des comptes rendus réguliers ou d'informer sur les procédures étrangères en cours et sur les créanciers domiciliés en Suisse. Les conditions et charges peuvent aussi être limitées à certains biens. Elles peuvent inclure le transfert sur un compte bloqué des recettes générées par une procédure civile ou d'insolvabilité ou encore la présentation d'un décompte.

Art. 174a, al. 4 Pouvoirs de l'administration de la faillite étrangère

Sous réserves des charges et conditions qui lui sont imposées à l'al. 3, l'administration de la faillite étrangère peut, en cas de renonciation à mener une procédure de faillite ancillaire, exercer les pouvoirs que lui confère le droit de l'Etat où la faillite a été ouverte. En font partie le droit de transférer à l'étranger des biens du débiteur 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.). Pour de tels actes, elle ne s'exposera pas à des sanctions au sens de l'art. 271 du code pénal²⁵, qui punit les actes exécutés sans droit pour un Etat étranger.

En cas de non-exécution d'une procédure de faillite ancillaire, l'administration de la faillite étrangère aura le droit d'intenter une action révocatoire en Suisse (art. 289 LP). L'action révocatoire intentée en Suisse est toujours soumise au droit suisse (art. 171 LDIP).

Les pouvoirs de l'administration de la faillite étrangère ne comprennent toutefois pas les actes qui relèvent de la puissance publique²⁶. Le droit suisse détermine ce qu'il faut entendre par de tels actes. En font partie les menaces de poursuites pénales et 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.

D'autres restrictions peuvent découler des éventuelles conditions ou charges définies en vertu de l'al. 3.

Art. 174b Coordination

Les autorités et organes impliqués doivent pouvoir coordonner leurs actions lorsque plusieurs faillites sont menées simultanément contre un même débiteur (par ex. procédure de faillite au lieu de la succursale et en parallèle procédure de faillite 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. Le droit en vigueur permet déjà de telles formes de coopération.

La disposition de coordination proposée est à dessein formulée de manière très générale, car il n'est pas possible de décrire de manière abstraite la diversité des situations où une coordination peut s'imposer ni les 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 coordination ne peut porter que sur des actes que les autorités ou organes d'exécution concernés sont eux-mêmes habilités à exécuter. On tiendra compte par ailleurs des éventuels droits procéduraux dont jouissent les parties.

²⁵ RS 311.0

²⁶ Voir l'art. 21, par. 3, du règlement UE sur l'insolvabilité.

La notion de coordination s'entend au sens large et comprend notamment l'ensemble des formes de coopération prévues aux art. 25 à 27 de la loi type CNUDCI, y compris les exemples cités à l'art. 27 (coordination de procédures concurrentes, coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du débiteur, etc.)²⁷. Le pouvoir de coordonner des questions procédurales directement avec une autorité étrangère inclut celui de communiquer directement avec elle. La transmission d'informations entre les autorités devra toutefois se faire dans le respect des règles de protection des données et du secret.

Le terme «autorités et organes» inclut également l'administration spéciale de la faillite étrangère. L'art. 174*b* LDIP s'appliquera également aux procédures principales suisses qui présentent un lien avec des procédures de faillite étrangères (par ex. lorsque différentes sociétés appartiennent à un même groupe).

En ce qui concerne les procédures pendantes devant différentes autorités ou différents tribunaux suisses, l'art. 4*a*, 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.

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 matérielle étroite avec ces dernières. Les principales procédures concernées sont les actions révocatoires²⁸ 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, CL)²⁹. La LDIP exclut également leur reconnaissance en raison de leur proximité avec les procédures d'exécution forcée³⁰.

Le projet propose la reconnaissance et l'exequatur des décisions étrangères concernant des actions révocatoires rendues dans le cadre d'une procédure de faillite³¹. Les art. 25 à 27 LDIP s'appliquent aux conditions générales de leur reconnaissance.

²⁷ Pour l'interprétation de ces dispositions, voir le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, consultable sous: www.cnucci.org > Textes de la CNUDCI, état des ratifications > Insolvabilité > Guides législatifs et recommandations. On trouve à cette même adresse le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale.

²⁸ ATF 140 III 320

²⁹ ATF 140 III 320

³⁰ ATF 135 III 127

³¹ Voir l'art. 32 du règlement UE sur l'insolvabilité.

Pour qu'une compétence indirecte puisse être reconnue, il faut que la décision ait été rendue dans l'Etat où est menée la procédure de faillite qui y est liée ou qu'elle soit reconnue dans cet Etat, si elle a été rendue dans un Etat tiers. Le but est d'éviter que la Suisse ait à reconnaître des décisions contradictoires prises dans différents pays.

La reconnaissance sera toujours exclue si le défendeur avait son domicile (ou son siège) en Suisse au moment où la procédure étrangère a été introduite. Lorsque le défendeur a son domicile en Suisse, on s'appuiera en Suisse sur l'art. 171 LDIP (art. 289 LP) pour mener une action révocatoire ou une action similaire.

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 de faillite ancillaire.

S'il est renoncé à une procédure de faillite ancillaire (art. 174a), 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 de faillite ancillaire est ouverte en Suisse, les biens concernés iront s'ajouter à la masse active de la procédure de faillite 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.

Droit transitoire

Le droit transitoire est défini dans les dispositions générales des art. 196 à 199 LDIP. Il pourrait s'ensuivre que des décisions étrangères prononcées avant l'entrée en vigueur des dispositions prévues dans le projet qui ne peuvent être reconnues selon le droit actuel devront l'être selon le nouveau droit³².

2.2 Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite

Art. 288a Délais de l'action en reconnaissance

Dans le droit en vigueur, les délais visés aux art. 286 à 288 LP courent depuis la publication de la décision de reconnaissance. Ce moment est déterminé par la durée de la procédure de reconnaissance, et ni les créanciers, ni l'administration de la faillite étrangère ne peuvent l'influencer.

La modification de l'art. 288a LP proposée prévoit que les délais visés aux art. 286 à 288 sont suspendus pendant la procédure de reconnaissance, à savoir depuis le jour

³² ATF 115 III 148; arrêt du Tribunal fédéral 5A_285/2009 du 21 août 2009, consid. 2.1.

où la requête en reconnaissance est déposée jusqu'au jour de la publication au sens de l'art. 169 LDIP.

D'un point de vue théorique, la date de l'ouverture de la procédure de faillite ancillaire en Suisse constituerait un meilleur point de rattachement temporel. Si l'on a retenu la date de la publication, c'est pour des raisons pratiques: les tiers peuvent en avoir plus facilement connaissance.

En vertu de l'art. 170, al. 2, LDIP, les délais de prescription de l'art. 292 LP s'appuient toujours sur l'art. 169 LDIP.

2.3 Loi du 8 novembre 1934 sur les banques

Art. 37g, al. 4^{bis}

Dans le domaine bancaire, il faut opérer une distinction stricte entre la procédure de faillite au lieu de la succursale et la procédure de faillite ancillaire, en raison de la protection spéciale dont jouissent les créanciers disposant de dépôts privilégiés auprès de comptoirs suisses (voir la garantie des dépôts prévue aux art. 37h ss LB). Les modifications de la LDIP proposées ne sont donc pas toutes pertinentes dans le domaine bancaire. Voilà pourquoi la disposition de la LDIP relative à la procédure de faillite au lieu de la succursale doit être reprise dans la loi sur les banques (art. 37g, al. 4^{bis}, LB).

L'art. 37g, al. 5, LB dispose que les art. 166 à 175 LDIP sont «au surplus» applicables. On continuera d'interpréter ce renvoi avec souplesse, en ne l'appliquant qu'aux dispositions qui sont pertinentes dans le domaine bancaire. Tel ne sera pas le cas, par exemple, de l'art. 172, al. 1, let. c, LDIP (admission à l'état de collocation des créances liées à une succursale), étant donné que la procédure au lieu de la succursale continuera de primer en raison de la garantie des dépôts. L'art. 174a LDIP (renonciation à une procédure de faillite ancillaire) n'est pas non plus pertinent, puisque l'art. 37g, al. 2, LB prévoit déjà une telle possibilité. Par ailleurs, l'art. 14 OIB-FINMA prévoit que la FINMA décide s'il y a lieu de convoquer une assemblée des créanciers, ce qui représente une dérogation à l'art. 170, al. 3, LDIP.

Les dérogations à la LDIP prévues dans le droit bancaire ont aussi des effets sur la LPCC et la LSA, qui contiennent des renvois vers l'art. 37g LB.

2.4 Loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers

Art. 88, al. 1

En matière d'infrastructure des marchés financiers, il faut viser autant que possible un traitement égal de tous les membres compensateurs. Il s'agit donc d'éviter que la dérogation aux normes de la LDIP prévue dans le domaine bancaire (art. 37g,

al. 4^{bis}, LB) ne s'applique à la LIMF, qui renvoie à l'art. 37g LB dans son ensemble. On exclut donc dans la LIMF l'application de l'art. 37g, al. 4^{bis}, LB.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

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.

On ne saurait exclure une légère augmentation du nombre de demandes adressées par des autorités étrangères en vue de la reconnaissance de procédures de faillite (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 de faillite 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. Le projet améliore par ailleurs le statut juridique des créanciers non privilégiés domiciliés en Suisse. Le fait que les dispositions révisées facilitent l'assainissement d'entreprises internationales peut contribuer à la préservation de l'emploi. De manière générale, il faut donc s'attendre à des conséquences positives pour l'économie suisse.

Etant donné qu'aucun impact négatif pour l'économie et les entreprises n'est attendu, il est renoncé à une analyse d'impact de la réglementation.

4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral

Le projet n'a pas été annoncé, ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019³³, ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019³⁴. Mais il s'inscrit dans l'objectif 2 de la ligne directrice 1 («La Suisse crée un environnement économique optimal à l'intérieur du pays et renforce ainsi sa compétitivité»).

³³ FF 2016 981

³⁴ FF 2016 4999

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Le projet se fonde sur l'art. 122, al. 1, de la Constitution (Cst.)³⁵, qui habilite la Confédération à légiférer en matière de droit civil et de procédure civile.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

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 pays³⁶.

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 juridiques³⁷.

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 faillites³⁸.

La validité de ces conventions est contestée, ce qui entraîne une insécurité juridique. Les éventuels avantages (par ex. la reconnaissance automatique des décisions de faillite) qu'elles apportent sont relativisés par leur champ d'application géographique – pour autant qu'on en admette la validité –, qui ne coïncide 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 aucun avantage par rapport aux dispositions de la LDIP (dont les présentes propositions de modification) et aux règles allemandes, qui sont plus claires.

³⁵ RS 101

³⁶ Disponible dans les recueils législatifs cantonaux, par ex. FR 28 82. Le canton de Glaris y a adhéré le 19 novembre 1859.

³⁷ Disponible dans les recueils législatifs cantonaux, par ex. FR 28 83. Les trois cantons suivants y ont adhéré ultérieurement: Uri (juillet/août 1834), Zoug (juillet/août 1834) et Glaris (19 novembre 1859).

³⁸ Disponible dans les recueils législatifs cantonaux, par ex. FR 28 84.

A une exception près, tous les cantons qui ont rendu un avis concernant ces conventions ont approuvé sans réserve leur abrogation ou dénonciation.

A l'entrée en vigueur de la présente révision, il est prévu de dénoncer ces conventions ou d'y renoncer d'un commun accord. La compétence à cet égard appartient au Conseil fédéral (art. 184 Cst.).

5.3 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.

5.4 Délégation de compétences législatives

Le projet ne comporte aucune délégation de compétences législatives. Il revient aux tribunaux et aux autres autorités d'application du droit d'interpréter les dispositions laissant un certain pouvoir d'appréciation ou qui reposent sur des notions juridiques indéterminées.

5.5 Protection des données

Le pouvoir de coordonner les actions directement avec les autorités étrangères (art. 174b LDIP) inclut celui d'une communication directe entre les autorités concernées. La transmission d'informations doit se faire dans le respect des dispositions légales en matière de protection des données et du secret.

