

La réforme en cours du droit de l'assainissement des entreprises vue par la pratique

La révision du droit de l'assainissement trouve sa source dans l'effondrement de Swissair. Nombreux sont ceux qui ont jugé que le droit d'insolvabilité existant – notamment la procédure concordataire – était insuffisant pour l'assainissement des entreprises. Le groupe d'experts instauré durant l'été 2003 a, par contre, conclu le contraire. Si une révision générale est inutile, il est cependant possible d'améliorer l'arsenal législatif par des modifications ponctuelles qui le rendrait plus efficace. Il faut saluer cette conclusion, tout comme les innovations proposées, avec quelques petites réserves du point de vue pratique.



Pablo Duc
Avocat, partenaire de
Transliq AG, Berne

Appréciation des innovations les plus importantes

Le droit de résiliation extraordinaire prévu pour le débiteur pour les contrats de durée indéterminée pendant le moratoire constitue une amélioration considérable; il permet au débiteur persécuté de se libérer immédiatement des paiements de prestations qui ne sont pas ou plus requises. Cette modification représente un allègement financier immédiat et libère les moyens requis d'une manière pressante pour l'assainissement. La lésion du partenaire contractant – qui sera dédommagé si la créance jouit d'un dividende dans le cadre de la procédure concordataire – doit être relativisée car le contrat de durée indéterminée ne pourrait de toute manière pas être poursuivi pour une période très longue dans le cas d'une faillite imminente. C'est à juste titre que le groupe d'experts a qualifié cette proposition de pièce maîtresse de la révision.

Il faut de même saluer la proposition d'exclure la reprise automatique des contrats de travail lors d'un transfert d'entreprise (art. 333 CO) dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. L'acquéreur doit seulement reprendre les contrats de travail existants (ce qui inclut la responsabilité solidaire avec l'ancien employeur pour des créances échues de ces contrats) dans la mesure où il conserve les employés. Cette solution est appropriée car la menace que constitue un transfert de tous les contrats de travail peut être pour un acquéreur potentiel un risque important et guère estimable de sorte qu'en fin de compte l'assainissement prévu ne peut plus se faire: tous les emplois risquent d'être perdus – au lieu de quelques uns –, ce qui ne va pas dans le sens des salariés. La critique émise contre cette innovation, surtout par les syndicats, dans le cadre de la consultation manque donc sa cible.

Il est douteux que la possibilité d'ériger une commission des créanciers dès l'instauration du sursis concordataire améliore le droit d'assainissement existant. La consolidation des droits de créanciers prévue par cette innovation n'est pas critiquable en soi. Le déplacement des compétences liées à ce changement du tribunal concordataire à la commission des créanciers – qui, par nature, fonctionne de manière plutôt lourde – pour

l'approbation de certaines affaires ainsi que le droit d'injonction prévu envers le commissaire devraient dans un grand nombre de cas compliquer la situation et ainsi contrecarrer le but recherché par la révision.

Le privilège accordé à la taxe sur la valeur ajoutée va contre l'assainissement

Avec la révision de la LTVA, on a gratifié en catimini la Confédération dès 2010 d'un nouveau privilège de faillite. Mis à part le fait que préférer la collectivité aux privés n'est guère justifiable concrètement, il s'oppose diamétralement aux efforts de la révision de la LP. Les créanciers privilégiés doivent, en effet, être entièrement couverts dans le cadre d'un concordat judiciaire. Ceci lie les moyens disponibles et, plus ces créances sont élevées, moins il y a de chances de pouvoir payer un dividende aux créanciers chirographaires. Cela peut considérablement entraver l'assainissement, comme le démontre un cas pratique de la Transliq AG. Si le privilège de la TVA avait déjà existé en 2009 lors de la procédure concordataire d'ExNex AG (anciennement Nexis Fibers AG), le concordat n'aurait pas pu être homologué par le juge faute de couverture des créances privilégiées avec les moyens disponibles. Ainsi, même l'exécution du sursis concordataire et la vente de sections de l'entreprise réalisée pendant cette phase et par conséquent la sauvegarde du site de production et de 200 places de travail auraient été mises en question. Il faut donc espérer que cet obstacle hostile à l'assainissement soit à nouveau éliminé lors de la révision de la LP. ■