

# Une révision de la procédure d'assainissement favorable au débiteur et préjudiciable au créancier

Le projet revient à plusieurs reprises sur la débâcle de Swissair pour motiver la présente révision. Si les nouvelles règles peuvent paraître adéquates lorsqu'une aussi grande entreprise devient insolvable, ce cas demeure toutefois rare. Dans la pratique, les procédures concordataires concernent en effet fréquemment des raisons individuelles ou les petites et moyennes entreprises (PME). Le cas Swissair ne justifie donc pas la révision de la procédure d'assainissement. Cela ne signifie pas que le droit actuel ne soulève aucun problème: les honoraires élevés de certains commissaires et l'utilisation de la procédure concordataire pour échapper à la faillite en sont des exemples. La révision prévue ne fera, toutefois, qu'accentuer ces problèmes, notamment avec la nouvelle réglementation sur le sursis provisoire.



**Markus Roth**  
Avocat, chef du Service de surveillance, Office de gestion et de surveillance (OGS), Direction de la justice du canton de Berne

Les autorités de surveillance sont souvent impuissantes face aux honoraires de certains commissaires. Outre ce problème, les débiteurs menacés de faillite utilisent la procédure concordataire comme une échappatoire. Si les offices des faillites doivent procéder à la liquidation de tels cas selon les règles de la faillite après l'échec d'une procédure concordataire, les masses sont souvent très fortement surendettées.

## Position du débiteur en cas de sursis concordataire provisoire

Selon le projet de révision, une personne surendettée qui souhaite obtenir un sursis peut le faire à des conditions plus faciles que celles qui prévalent actuellement. L'art. 293, l. a, de la LP révisée ne prévoit plus la présentation d'un projet de concordat (art. 293, al. 1 LP). Il suffit de remettre un bilan, un compte de résultats et un plan de trésorerie qui, aujourd'hui déjà, peut, selon les cas, être établi a posteriori, pour bénéficier d'un sursis concordataire.

L'accès au sursis est ainsi facilité (rapport sur l'avant-projet du groupe d'experts, ch. A.III. 1.1, p. 9). La désignation d'un commissaire est facultative durant cette période. Le juge du concordat peut en désigner un, mais n'est pas tenu de le faire (art. 293b LP révisée). Il n'y a pas lieu non plus de communiquer à l'office des poursuites et des faillites le sursis provisoire lorsque la protection des tiers est garantie (art. 293c, al. 2, lit. a LP révisée). Ainsi, un débiteur astucieux peut inciter un juge du concordat peu versé dans les affaires financières à lui octroyer, sur la base de documents qu'il aura lui-même établis, un sursis de quatre mois, sans qu'un commissaire n'intervienne ni que l'office des poursuites et des faillites n'en ait connaissance. De telles conditions juridiques invitent véritablement à tenter sa chance avec un sursis provisoire. Le but d'une telle procédure pourrait être, dans un cas comme celui-ci, de repousser la menace d'une faillite assez longtemps pour qu'une part importante des actifs soit soustraite aux services administratifs et aux créanciers. Si l'on comprend le bien-fondé de telles règles pour de très grandes entreprises, il convient toutefois de constater que ces prescriptions ouvrent tout grand la

porte aux abus pour de nombreux débiteurs de condition économique plus modeste. C'est la raison pour laquelle il conviendrait de limiter le régime du sursis provisoire aux sociétés qui disposent d'un certain capital minimal ou qui, à défaut, remplissent d'autres critères adéquats.

## Conséquences de la non-communication du sursis provisoire

Un débiteur qui obtient un sursis provisoire qui n'est ni publié ni communiqué à l'office des poursuites et des faillites ne subit que des restrictions très marginales dans la marche quotidienne de ses affaires. Cela s'applique également lorsqu'un commissaire est désigné dans ce cas.

Si un débiteur s'est vu accorder un sursis qui ne doit pas être publié, le cessionnaire concerné par une relation de cession n'en a généralement pas connaissance. La restriction des cessions admissibles, que prévoit à juste titre l'article 297, alinéa 2<sup>bis</sup> LP révisée, ne déploie ainsi aucun effet (art. 293c, al. 2, lit. c LP révisée). En d'autres termes, le débiteur qui se voit octroyer un sursis qui n'est pas notifié au cessionnaire dispose encore une fois d'une situation privilégiée par rapport à celui-ci. Il peut non seulement poursuivre ses activités pratiquement sans entraves, mais il dispose en outre de la possibilité, avant l'ouverture de la procédure concordataire, de céder ultérieurement ses nouvelles créances. C'est avant tout le patrimoine du cédant qui serait gravement touché. Le projet de révision offre ainsi au débiteur, dont le sursis provisoire n'est communiqué à personne, diverses possibilités de s'appauvrir ou de procéder à des manœuvres de contournement des règles. On ne voit pas pour quelle raison le débiteur dont le sursis provisoire a été publié devrait être traité de manière beaucoup plus restrictive. Pour ces différentes raisons, l'article 293c, alinéa 2, lettre c LP révisée paraît inopportun sous sa forme actuelle. ■