

Par courriel
david.rueetschi@bj.admin.ch

Berne, le 17 juin 2015

Modification de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite) – Procédure de consultation

Madame, Monsieur,

Nos membres, soit les 26 caisses cantonales de compensation, ont initié en 2013 138'027 poursuites basées et demandé 81'800 mainlevées d'opposition, dans le cadre de leurs obligations légales. Les créances des caisses de compensation sont couvertes par l'article 43 alinéa 1 LP (exclusion de la poursuite par voie de faillite). Le projet mis en consultation vise à la suppression de cette disposition. La Conférence des caisses cantonales de compensation a donc un intérêt direct à prendre part à la procédure de consultation.

Proposition

Ne pas supprimer l'article 43 alinéa 1 et alinéa 1bis.

Développement

1. Éléments historiques

Le législateur de 1889 voulait éviter qu'une personne, même susceptible d'être mise en faillite, puisse faire faillite à cause de dettes de droit public (notamment fiscales) ; cette volonté se justifie encore aujourd'hui. Les pouvoirs publics ne peuvent pas et ne doivent pas avoir pour but de menacer les personnes juridiques ou les indépendants de liquidation ou d'arrêt de leur activité économique. Ce principe d'essence libérale a été confirmé par le Parlement fédéral, notamment en réponse à l'initiative parlementaire Baumberger (98.411). Le Conseil national a accepté l'introduction de l'article 43 alinéa 1bis LP le 3 octobre 2003 en se référant expressément à cet esprit historique, par 189 voix sans opposition (ni aucune abstention). Nous ne comprenons pas pourquoi il faudrait, seulement dix ans plus tard, faire complètement marche arrière sur un point en accord total avec la systématique d'une loi en vigueur depuis 130 ans.

2. Pas d'utilité pratique

Nous l'avons dit en introduction, les caisses cantonales de compensation requièrent chaque année quelque 80'000 mainlevée d'opposition. Un sondage sommaire effectué au début de l'année 2015 auprès de quelques caisses de compensation nous permet d'estimer à 50% le taux de requêtes de mainlevée dirigées contre des débiteurs soumis à la voie de la faillite (art. 39 LP), allant de 1/3 à 2/3 selon la caisse de compensation. Autrement dit, une suppression de l'article 43 signifierait que les caisses de compensation pourraient à elles seules chaque année demander l'ouverture de 40'000 faillites. Si l'on ajoute à ce chiffre les requêtes de mainlevée requises par d'autres créanciers de droit public, comme les administrations fiscales, les caisses de compensation professionnelles (25'000 créances), les autorités judiciaires, la police, etc., on peut sans autre s'attendre à une explosion du nombre de prononcés de faillite. Un chiffre de 100 à 120'000 nouvelles ouvertures de faillite est de l'ordre du possible. Il faut se rappeler qu'actuellement, elles sont au nombre de 12'000 par année !

Les cantons n'auront pas la possibilité, ni financière, ni en personnel, ni logistique, de multiplier par 10 les capacités des offices des faillites dans un temps aussi court.

3. Conséquences financières

Les caisses de compensation, cantonales et professionnelles, devraient donc chaque année requérir entre 50 et 60'000 ouverture de faillite. L'avance de frais étant de l'ordre de 1'000 francs, l'AVS devrait ainsi verser un montant de 50 à 60 millions de francs au titre de frais. Seule une partie de ce montant pourra vraisemblablement être remboursée par les débiteurs.

Proposition alternative

La lutte contre les abus est à l'origine du projet mis en consultation. Or, il est aujourd'hui déjà possible de lutter contre les abus, ce qui se fait d'ailleurs dans la pratique. En s'appuyant sur l'article 190 LP, les caisses de compensation peuvent elles aussi inciter la mise en faillite d'un débiteur. Cette pratique a reçu l'aval de la jurisprudence (p. ex. l'arrêt non publié du TF du 25 mai 1999, in SJ 1999 I 496) et de la doctrine (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2001, n° 8 ad art. 190 et réf. citées; Brunner, in STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol II, Bâle 1998, n° 19 ad art. 190). Cela signifie concrètement que le créancier (aussi pour une créance de droit public) peut requérir l'ouverture de la faillite sans poursuite préalable auprès du tribunal compétent, lorsque par exemple des actes de défaut de biens existent déjà contre le débiteur ou que son insolvabilité peut être prouvée par d'autres moyens.

L'art. 190 alinéa 1 est la disposition adéquate pour ancrer dans la LP la volonté pour les entités détentrices de créances de droit public de lutter contre les abus. Une proposition de modification de la disposition pourrait être la suivante : [un créancier peut requérir auprès du tribunal l'ouverture de la faillite sans poursuite préalable :]... *contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite qui atteste d'actes de défaut de biens ayant la même origine et reposant sur des prestations obligatoires mentionnées à l'article 43.*

Une formulation de ce type prendrait en compte l'objectif voulu par la motion Hess (11.3925), sans pour autant remettre en question la systématique actuelle de la LP.

Comme dans presque tous les domaines, les cas d'abus en matière de poursuites ne représentent qu'une petite minorité. Les personnes juridiques et les indépendants, selon l'art. 39 LP, ne doivent pas être mis globalement au pilori. Il faut agir en fonction de la situation et de manière proportionnée. A notre avis, une concrétisation de la pratique en cours dans l'article 190 LP serait l'option adéquate.

Autres remarques

Nous soutenons les autres mesures proposées. En fait, il faut aussi relever qu'il ne faut pas s'attendre à des miracles. La modification par exemple de la *responsabilité* actuelle pour les frais de faillite en une simple *avance de frais* (art. 169) restera un obstacle important. Selon l'expérience des

caisses de compensation sur la question des avances de frais dans le cadre de la procédure de la mainlevée d'opposition, il est souvent très difficile, même en cas de succès, d'obtenir le remboursement de ces avances de frais auprès de la partie adverse.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à notre prise de position. Nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos sentiments distingués.

**Conférence des caisses cantonales
de compensation**



Andreas Dummermuth
Président