



Konsumfinanzierung Schweiz
Financement à la consommation Suisse
Finanziamento al consumo Svizzera
Swiss Consumer Finance

Département fédéral de justice et police
Madame la Conseillère fédérale Karin Keller-Sutter
3003 Berne

Envoi à l'adresse e-mail zz@bj.admin.ch

Zurich, le 15 septembre 2022

Réponse à la consultation sur l'avant-projet de procédure d'assainissement pour les particuliers

Madame la Conseillère fédérale

Nous vous remercions de nous donner l'occasion de prendre position sur l'avant-projet de procédure d'assainissement pour les particuliers. Notre association représente les intérêts d'une partie du secteur du crédit à la consommation. Selon nos estimations, nos membres représentent environ 80% des crédits en espèces, des crédits en compte courant, des crédits à terme fixe et des découverts ainsi que des contrats de paiement partiel conclus avec des particuliers en Suisse.

Nous reconnaissons qu'il n'existe pas en Suisse de procédure adéquate pour les personnes désespérément surendettées, qui pourrait servir à leur réinsertion dans l'économie et la société. Il est très regrettable que cela puisse provoquer ou renforcer des maladies psychiques et physiques chez les personnes concernées. En principe, nous sommes donc favorables à une tentative d'introduire dans le domaine de la LP une procédure d'assainissement pour de telles personnes. Toutefois, les droits des créanciers ne doivent pas être considérablement réduits par rapport à leur situation actuelle. C'est d'ailleurs ce que nous avons compris comme objectif pour le projet issu des interventions parlementaires à l'origine de celui-ci.

Malheureusement, le projet n'atteint pas cet objectif et, par ailleurs, il est en grande partie confus et conduit à des procédures complexes, longues et coûteuses. La liste des propositions de modification serait si longue que nous devons nous limiter, dans le cadre d'une réponse à la consultation, à rassembler nos principales critiques et à renoncer à des propositions individuelles avec des articles de loi rédigés. Nous sommes convaincus que le projet devrait être remanié en profondeur dans toutes ses parties. Nous renvoyons tout de même à la requête de la Swiss Payment Association (SPA) et soutenons les propositions concrètes de modification du projet qui y sont présentées.

Il serait en outre extrêmement judicieux de ne modifier que les points névralgiques de la LP, qui se sont développés au cours des dernières années, notamment en raison d'une jurisprudence stricte du Tribunal fédéral (entre autres concernant les conditions d'une procédure d'insolvabilité privée). Les modifications de la LP devraient être accompagnées de mesures dans le domaine des œuvres sociales. En effet, sans un accompagnement professionnel dans le cadre de la procédure d'assainissement, et en particulier pendant la phase d'épuisement, l'objectif de réinsertion et de réintégration dans l'économie et la société devrait rester hors de portée.

En préambule, nous avons le plaisir de vous exposer ci-après les principales critiques que nous formulons à l'encontre du projet. En résumé, nous rejetons le projet dans sa forme actuelle.

I. Critiques générales

1. Mandat issu de motions non rempli

Selon le rapport explicatif ("RC"), le projet doit permettre de liquider les motions 18.3510 Hêche "Réinsertion des personnes sans perspective concrète d'effacement des dettes" du 13 juin 2018 et 18.3683 Flach "Procédure d'assainissement pour les particuliers, meilleures perspectives d'avenir pour les débiteurs et les créanciers" du 15 juin 2018. Toutefois, en ce qui concerne l'applicabilité des procédures nouvellement créées, l'avant-projet ("AP") va, d'une part, au-delà du groupe cible visé par les auteurs de la motion, à savoir "les personnes sans perspective concrète d'effacement des dettes" et, d'autre part, ne contient pas de mesures "pour de meilleures perspectives d'avenir" pour les créanciers.

- La motion 18.3510 Hêche demandait au Conseil fédéral de présenter une modification de la LP afin de permettre aux personnes qui n'ont pas de possibilités concrètes d'éponger leurs dettes de se réinsérer rapidement dans l'économie. En outre, le Conseil fédéral devrait examiner la possibilité de créer un cadre légal qui, sous certaines conditions, libère ces personnes de leurs dettes. Pour ce faire, il faut, selon le développement de la motion, une procédure d'assainissement qui puisse être intégrée dans la législation actuelle, afin de continuer à encourager les solutions que les personnes endettées et leurs créanciers négocient.

Le groupe cible de la motion est donc constitué des personnes surendettées qui ne disposent ni de revenus ni de patrimoine pour rembourser leurs dettes et qui ne peuvent donc pas se réinsérer économiquement dans la société. Il convient de leur donner la possibilité de se rétablir économiquement afin de ne pas devoir vivre pendant des années, voire toute leur vie, avec le minimum vital. Dans le développement de son intervention, l'auteur de la motion formulait cela en résumé comme suit : "L'approche (suivie ici) doit offrir une chance aux personnes **qui n'ont aucune perspective de désendettement**" cf. Gesch.Nr. 18.3510 Motion Hêche du 13.6.2018, développement, idem ; ajout entre parenthèses et mise en évidence par l'auteur). Lors du traitement de la motion au Conseil des Etats le 11.9.2018, le motionnaire a expliqué : "Il ne s'agit donc pas d'offrir un chèque en blanc, mais bien de permettre **la réinsertion économique et sociale de personnes aujourd'hui exclues du circuit économique**" (citation tirée du BO 2018 p. 629 ; souligné par l'auteur).

En revanche, avec la procédure concordataire simplifiée et la procédure d'assainissement pour les personnes privées, l'AP met à disposition de nouvelles voies qui peuvent être empruntées par un cercle de personnes nettement plus large que celui prévu par la motion. Il n'y a pas d'obstacles particulièrement élevés à franchir pour accéder à ces procédures particulières. La condition préalable n'est pas une situation désespérée pour se réinsérer économiquement, mais une "insolvabilité durable" non définie plus précisément est déjà suffisante à cet effet, bien que la manière dont cette condition est définie et doit être examinée reste ouverte (cf. à ce sujet la critique de l'art. 337 au ch. 3.).

L'AP ne prévoit donc pas de délais transitoires. Au contraire, les nouvelles procédures s'appliquent également aux créances nées avant leur introduction (voir les dispositions transitoires de l'AP). Ainsi, les créanciers qui ont accordé un crédit avec l'espoir et la perspective

légitimes que le débiteur le remboursera sur la durée du contrat accordé risquent de perdre leur créance sans avoir de droits de participation à la procédure. Au contraire, aucune assemblée des créanciers ne doit avoir lieu dans la procédure concordataire simplifiée. Cela s'apparente à une expropriation dans une procédure dont les acteurs n'ont aucun lien avec la créance et son historique. Le principe éprouvé "Pacta sunt servanda" n'est plus valable. Il serait plus juste que les nouvelles procédures ne s'appliquent qu'aux créances nées après leur entrée en vigueur, afin que le créancier puisse envisager, par exemple lors de l'octroi d'un crédit, que son débiteur puisse se désendetter au bout de quelques années seulement. L'État se rembourse ensuite sur la masse ou le produit des frais de procédure et certaines créances de droit public ne sont même pas concernées par la libération du solde de la dette. De plus, les impôts sont pris en compte dans le minimum vital élargi, ce qui privilégie la procédure de libération des dettes résiduelles par rapport à la procédure de saisie. Tout cela au détriment des créanciers de troisième classe.

L'AP n'atteint donc les objectifs visés par la réforme qu'en ce qui concerne la création de conditions cadres pour une libération des dettes. En ce qui concerne la possibilité d'une réinsertion rapide dans la société, le projet ne contient aucune solution. C'est compréhensible dans la mesure où la LP n'est pas adaptée à la prise en compte des préoccupations sociales. Il faudrait pour cela de nouvelles approches dans la législation sociale, mais celles-ci sont absentes du projet. Celui-ci se concentre sur une révision partielle de la LP et ne peut donc pas répondre au deuxième objectif principal de la motion, à savoir la réinsertion sociale et économique des personnes surendettées.

L'intention de l'auteur de la motion, selon laquelle une procédure d'assainissement devrait s'intégrer dans la législation actuelle afin de continuer à encourager les solutions négociées par les personnes endettées et leurs créanciers, n'a pas non plus été reprise (Gesch. Nr. 18.3510 Motion Hêche du 13.6.2018, op. cit.). En revanche, de nouvelles procédures et voies procédurales ont été ébauchées, qui s'inspirent de la procédure ordinaire de concordat et de faillite privée et ne donnent donc pas un véritable coup de pouce au règlement amiable des dettes, bien au contraire. La procédure de libération des dettes résiduelles ne prévoit pas de "négociation".

De plus, le projet contient lui-même des dispositions compliquées en raison des nombreux renvois au droit existant dans le texte de loi. L'émergence d'une industrie du conseil en matière d'endettement, que le Conseil fédéral voulait empêcher (c'est ainsi qu'il faut interpréter les explications données au chiffre 3.1.3.3 du ME), est ainsi encouragée. La manière dont les différentes procédures s'articulent reste en grande partie non réglementée et laissée au droit des juges, avec un morcellement cantonal prévisible (cf. à ce sujet les explications données au chiffre 2). Quoi qu'il en soit, cette complexité de la situation procédurale n'encourage certainement pas un règlement consensuel des dettes entre débiteurs et créanciers et laisse ainsi passer une chance de prévoir, même dans la LP, des mesures au moins minimales pour la réinsertion des personnes surendettées.

- La motion 18.3683 Flach chargeait ensuite le Conseil fédéral d'examiner différentes variantes de désendettement et d'élaborer un projet qui ne devait pas désavantager indûment les créanciers et les pouvoirs publics. Un projet de désendettement des particuliers a certes été élaboré (comme nous l'avons déjà mentionné). En revanche, les conséquences financières pour les créanciers sont restées largement ignorées. Les conséquences concrètes pour les créanciers n'ont pas été étudiées plus en détail (voir à ce sujet les explications des points 3 et

4). La motion Flach n'est donc pas fondamentalement satisfaite. Les grands perdants de ce projet sont les créanciers de troisième classe : ils doivent renoncer à leurs créances sans pouvoir exercer d'influence dans la procédure (notamment pas d'assemblées des créanciers dans la procédure concordataire) ou négocier une quote-part minimale en contrepartie. Même s'il y a un excédent dans la procédure de prélèvement, celui-ci sera dans la plupart des cas utilisé pour les frais de procédure ainsi que pour les créanciers privilégiés. L'idée que la deuxième chance pour le débiteur est la première vraie chance pour le créancier ne se vérifie pas.

Les deux rapports Ecoplan commandés par l'Office fédéral de la justice (disponibles sur <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/schuldsanierung.html>) ne parviennent pas à combler cette lacune. En effet, le premier rapport "Du traitement des actes de défaut de biens" du 9 juin 2021 traite de la gestion des actes de défaut de biens par voie de faillite et de saisie. Par définition, ces derniers sont issus des procédures de faillite et de saisie en vigueur jusqu'à présent et concernent donc une période de quelques années après l'insolvabilité ou la saisie des débiteurs. Le deuxième rapport "Effekte eines Restschuldbefreiungsverfahrens auf die Schuldner" (effets d'une procédure de libération des dettes résiduelles sur les débiteurs) du 13 octobre 2021 ne traite explicitement pas des effets sur les créanciers, mais de ceux sur les débiteurs. Néanmoins, le résumé du rapport indique expressément, à juste titre, que l'introduction d'une procédure de surendettement résiduel doit faire l'objet d'une pesée d'intérêts entre les créanciers et les débiteurs. Lors de cette pesée, il est décisif de savoir combien de valeurs disparaîtraient chez les créanciers en raison d'une procédure de libération des dettes résiduelles ou comment cela se présenterait par rapport au statu quo. Ecoplan indique, en se référant à son premier rapport, qu'environ 60 % des créances résultant d'actes de défaut de biens ne peuvent certes pas être recouvrées. Toutefois, le rapport laisse ouverte (faute de mandat à cet effet) la question de savoir ce qu'il adviendrait des créances qui sont aujourd'hui réglées intégralement (12 % des créances) ou partiellement (28 % des créances)" (cf. rapport Ecoplan "Effets de la procédure de libération des dettes résiduelles sur les débiteurs" du 13.10.2021, p. 30 ci-dessous).

Ecoplan met ainsi le doigt sur le manque actuel de clarifications : les nouvelles procédures doivent être introduites à côté des anciennes, ces dernières restent donc en place. Parallèlement, on ne sait absolument pas comment évaluer l'impact d'une nouvelle procédure d'endettement résiduel sur les créanciers. En effet, les études menées par Ecoplan dans son premier rapport portaient exclusivement sur la gestion des actes de défaut de biens, c'est-à-dire sur les résultats des procédures existantes, qui durent généralement depuis des années. Les conséquences pour les créanciers des nouvelles procédures, notamment de l'introduction d'une procédure de libération des dettes résiduelles, n'ont pas été étudiées. Pour les créanciers, le projet s'avère donc être un vol à l'aveuglette. Cela est inacceptable pour nous, compte tenu des explications données notamment dans la motion Flach.

2. Des procédures complexes et inutilement compliquées

Le ME fait référence à l'initiative parlementaire 18.430 Hêche ("Optimiser et mieux coordonner la procédure de désendettement des particuliers"), à laquelle les commissions compétentes des deux Chambres ont donné suite. Les délais de traitement de celle-ci ont été repoussés afin de permettre une approche coordonnée avec l'AP qui vient d'être présenté.

Selon l'auteur de l'initiative, les procédures en vigueur, qui visent à aider les particuliers surendettés à se désendetter, ne sont pas bien coordonnées, ce qui ferait perdre du temps et de l'argent aux débiteurs comme à leurs créanciers et entraînerait une charge de travail inutile pour les tribunaux et les offices.

L'AP prévoit la création de deux nouvelles procédures, à savoir une "procédure concordataire simplifiée pour les débiteurs non soumis à la poursuite par voie de faillite" et une "procédure de faillite pour les personnes physiques sous la forme d'une procédure d'assainissement" (procédure pour dettes résiduelles), qui doivent toutes deux être introduites en plus des procédures déjà disponibles. Les procédures actuelles, à savoir (i) le règlement amiable des dettes selon l'art. 333 LP, (ii) la procédure concordataire judiciaire selon les art. 293 ss. LP, (iii) la faillite privée avec délivrance d'actes de défaut de biens et (iv) la procédure de saisie, avec un minimum vital normal, c'est-à-dire sans prise en compte des impôts dans le calcul du minimum vital, restent donc en grande partie inchangées. Un débiteur pourra donc désormais recourir à six procédures différentes au total. Cela implique de nombreux renvois dans le texte de loi lui-même, ce qui ne sert évidemment pas l'objectif d'une meilleure coordination des procédures en vigueur et d'une simplification du droit suisse de l'assainissement déjà existant. Bien au contraire, l'interaction entre les différentes procédures n'est pas claire et n'est pas suffisamment réglée dans l'avant-projet. Cela concerne en particulier le passage possible d'une procédure à l'autre. Ne serait-ce qu'en raison des nombreux renvois à la loi, l'AP se révèle extrêmement compliqué et peu adapté aux profanes. La création d'une nouvelle industrie de conseillers au détriment des débiteurs et, en fin de compte, de la quotité disponible des créanciers, risque de se produire, du moins dans la procédure concordataire simplifiée. Les procédures ne peuvent pas être maîtrisées par une personne physique endettée sans l'aide d'une tierce personne expérimentée (société d'assainissement, service de conseil en matière d'endettement, administrateur, avocat), sachant que la seule question fondamentale de savoir quelle procédure a le plus de chances d'aboutir donnera lieu à des recherches fastidieuses. Les nouvelles procédures proposées ne permettent donc ni aux débiteurs, ni aux créanciers, ni aux administrations, ni aux tribunaux d'économiser du temps et de l'argent, bien au contraire.

La complexité de la procédure d'assainissement nouvellement créée et l'insatisfaction générale des personnes concernées à cet égard sont confirmées par une enquête menée par le magazine plädoyer auprès de différents experts (voir plädoyer 4/2022, p. 12). Outre les créanciers, les représentants des débiteurs et des offices ont également exprimé leur mécontentement vis-à-vis du projet élaboré.

La procédure concordataire simplifiée nouvellement créée pour les débiteurs qui ne sont pas soumis à la poursuite par voie de faillite est en fin de compte une procédure analogue autonome pour le règlement amiable des dettes privées, mais avec la complexité d'une procédure concordataire ordinaire et seulement quelques allègements. Déjà dans le concordat ordinaire, celui qui ne s'annonce pas à temps n'est pas pris en compte. Dans la mesure où tous les créanciers acceptent la proposition d'assainissement proposée par le débiteur, respectivement par le commissaire, toutes les parties doivent donc passer par une procédure inutilement compliquée avec l'implication inutile d'un tribunal, au lieu de la procédure simple et formellement peu compliquée de l'assainissement des dettes privées selon l'art. 333 LP, qui existe toujours.

Dans la mesure où tous les créanciers n'acceptent pas une proposition d'assainissement et où un concordat forcé doit être recherché, l'AP crée incontestablement une procédure légèrement simplifiée par rapport à la procédure concordataire ordinaire existante. La procédure concordataire simplifiée prévoit en effet qu'il peut être renoncé aux assemblées des créanciers, que les créanciers non actifs ne sont pas pris en compte et qu'il peut être renoncé aussi bien à la garantie des créances privilégiées

qu'aux négociations judiciaires. Toutefois, à y regarder de plus près, ces facilités profitent surtout aux débiteurs. En contrepartie, il n'existe pas de protection suffisante pour les créanciers actifs qui n'approuvent pas la proposition d'assainissement : l'administrateur/débiteur n'est pas lié par des critères clairs pour le projet de concordat (art. 335 al. 3 AP) et le calcul du montant à la disposition des créanciers, et aucune durée minimale n'est prévue pour la phase d'épuisement. Cela aura pour conséquence que, selon l'administrateur mandaté, les calculs seront établis sur des bases différentes, ce qui entraînera des pertes de créances différentes pour les créanciers actifs non consentants. Au fil des ans, les débiteurs choisiront des administrateurs réputés favorables aux débiteurs. Le concordat doit ensuite être homologué par le tribunal conformément aux dispositions générales relatives au concordat ordinaire. Cette situation n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle entraînera les mêmes situations désagréables que celles déjà constatées aujourd'hui dans les procédures de constatation de nouveaux patrimoines. Selon le tribunal saisi, les solutions proposées autoriseraient des calculs différents, avec pour conséquence l'autorisation de concordats forcés différents selon les cantons. Il n'est donc dans l'intérêt ni des débiteurs ni des créanciers de reprendre dans une nouvelle procédure un malaise déjà reconnu par tous aujourd'hui.

3. La protection des créanciers est négligée et les conséquences minimisées

Une comparaison de l'Association suisse des sociétés de recouvrement (Inkasso Suisse ; anciennement vsi) avec les chiffres empiriques de l'Allemagne montre que les créanciers suisses de troisième classe doivent s'attendre aux pertes suivantes en cas d'introduction de la libération du solde de la dette (nouveau droit) par rapport au droit existant (étude disponible sur <https://inkassosuisse.ch/wp-content/uploads/2022/09/Auswirkungen-Restschuldbefreiung.pdf>) :

Nombre d'années	Droit existant	Nouveau droit	Perte	en %.
Remboursement après 4 ans	CHF 72 299 500	CHF 10 010 000	86'759'400	86'759'400/72'299'500 = 118,74%
Remboursement au bout de 6 ans	CHF 86'759'400	CHF 20'793'500	65'965'900	65'965'900/86'759'400 = 76,15%

Avec 7'000 procédures de libération du solde de la dette attendues chaque année, il en résulte, pour un endettement moyen de CHF 65'000 (selon la statistique RMS 2019/2020 de Dettes Conseils Suisse), un volume total de créances ouvertes de CHF 455'000'000. Outre les répercussions économiques sur les créanciers de troisième classe, le message ne mentionne pas non plus les coûts de procédure attendus. Cela rend l'évaluation difficile et montre que l'administration n'a pas accordé suffisamment d'attention à la charge des créanciers. Si l'on estime les frais de procédure à CHF 6'000 par cas, ce qui n'est pas irréaliste par rapport à d'autres procédures (de faillite), il en résulte des frais totaux de CHF 42'000'000 par an, qui affectent à leur tour le résultat des créanciers de troisième classe.

4. Conclusions

Une analyse de l'AP ne permet guère d'améliorer la situation des débiteurs, car (i) il n'est pas clair qui doit ou peut engager quelle procédure, (ii) combien de personnes pourraient être intéressées par une procédure pour dettes résiduelles avec phase d'épuisement, (iii) quels seront les coûts de la procédure en raison de la complexité des dispositions procédurales et du manque de clarté de la réglementation, mais finalement il est clair que (iv) en cas d'échec de la procédure, la faillite ou la saisie menacent à nouveau. Tout débiteur peut se débarrasser de ses dettes, même celui qui a échoué dans la procédure concordataire simplifiée en raison d'une composition "malheureuse" des créanciers. Après avoir échoué à s'entendre avec la majorité des créanciers, il ne doit plus s'entendre qu'avec les offices et les tribunaux dans le cadre de la procédure de libération des dettes résiduelles prévue par le droit des

faillites. Les créanciers peuvent certes, après la mise à l'enquête du plan d'assainissement, demander l'interruption de la procédure d'assainissement (art. 344 al. 1 AP), prendre position sur le rapport final de l'office compétent en matière de prélèvement (art. 349 al. 1 AP), contester la décision du juge de la faillite d'ouvrir la procédure ainsi que la décision finale avec la libération du solde de la dette (voir art. 338 al. 3 et 349 al. 6 AP en relation avec l'art. 174 LP). Toutefois, l'art. 174 LP part du principe que le débiteur veut s'opposer à l'ouverture de la faillite. Il n'est pas conçu pour le cas inverse et doit donc être appliqué en grande partie par analogie. Toutefois, si la procédure est ouverte, les créanciers ne sont plus que des spectateurs qui espèrent obtenir une quote-part. De son côté, le débiteur n'est pas incité à faire un "mile supplémentaire" en plus du plan d'assainissement pendant la période d'épuisement, car l'une des conditions de la remise de dette résiduelle de l'art. 349 al. 3 lit. b. AP, il est simplement exigé que "les efforts du débiteur pour réaliser des revenus et des bénéfices ne soient pas manifestement insuffisants". L'EB ne précise pas ce qu'il faut entendre par là. Même si les créanciers pouvaient empêcher la remise des dettes résiduelles, ils n'y gagneraient presque rien, car dans la plupart des procédures, les frais atteindront ou dépasseront le produit de la procédure d'épuisement et, en fin de compte, il y aura encore moins de moyens à disposition dans une procédure de faillite normale ultérieure.

D'autre part, l'AP et surtout les rapports d'Ecoplan cités plus haut ne font pas de pronostics valables sur les conséquences économiques des nouvelles réglementations. Le principe qui prévaut est celui de l'espoir que la réinsertion des personnes surendettées réussisse. C'est ce qui ressort notamment des explications très générales du ME (chiffres 5.2 et 5.3). Les références isolées aux expériences faites à l'étranger n'y changent rien. Au contraire, des procédures similaires y ont déjà été adaptées à plusieurs reprises en peu de temps, car elles n'étaient pas suffisantes (cf. rapport du Conseil fédéral du 9 mars 2018, ch. 4, p. 21 ss). En tout état de cause, il est peu probable qu'une législation purement centrée sur la LP puisse permettre la réinsertion des personnes surendettées.

Pour les raisons exposées ici, nous rejetons l'AP. Il s'avère peu élaboré et trop compliqué. Néanmoins, dans un esprit constructif et critique, nous mettons en évidence certaines dispositions de l'AP et présentons des propositions de modification, sans toutefois les formuler sous forme de texte de loi.

II. Points individuels

1. Maintien de l'ordre des privilèges

Le régime privilégié de certains créanciers est maintenu non seulement dans la procédure d'assainissement (cf. art. 342, al. 1 AP en relation avec les art. 244 à 249, qui renvoient à l'ordre de priorité des art. 219 et 220 LP), mais aussi dans la procédure concordataire simplifiée. Ainsi, la procédure concordataire simplifiée ne pourra d'emblée guère être appliquée. Certes, l'art. 336 lit. b AP n'exige plus (contrairement à la procédure concordataire ordinaire) que les moyens de couverture soient garantis pour l'homologation du concordat. Il est donc possible de faire appel à des recettes futures pour couvrir les créances privilégiées. Néanmoins, le concordat doit prévoir que les créances privilégiées seront entièrement satisfaites jusqu'à l'exécution du concordat et avant les autres créances concordataires. Avec cette "solution intermédiaire", le Conseil fédéral veut éviter une intervention dans le régime des privilèges tout en abaissant l'obstacle à l'homologation du concordat.

Il est plus que douteux que le fait de permettre le remboursement des créances privilégiées rende le nouvel instrument de la procédure concordataire simplifiée vraiment plus attrayant. En effet, les fonds doivent être trouvés dans tous les cas, ce que le débiteur n'a justement pas réussi à faire au cours des

années précédentes. Sinon, il ne serait pas surendetté. Il est significatif que le Conseil fédéral indique explicitement que les créanciers privilégiés ne subiraient de cette manière aucun désavantage par rapport à la situation actuelle, mais qu'ils pourraient profiter d'un assainissement réussi (voir les explications relatives à l'art. 336 AP, p. 36 s. ME). De même, il rassure les tribunaux concordataires en indiquant qu'il ne faut s'attendre qu'à une légère augmentation des procédures concordataires et qu'il ne devrait pas en résulter un surcroît de travail considérable pour les tribunaux (cf. chiffre 3.2. al. 1 ME, p. 29). Il s'ensuit que la procédure concordataire simplifiée ne sera guère appliquée, même de l'avis du Conseil fédéral. Il est donc possible d'y renoncer sans nécessité. Cette procédure ne doit pas non plus être obligatoirement suivie pour accéder à la libération des dettes résiduelles - et même si elle a été suivie sans succès, la procédure de libération des dettes résiduelles est toujours à la disposition du débiteur.

De plus, le maintien des privilèges ne tient pas compte du principe d'égalité de traitement des créanciers mentionné dans le ME, qui, selon le Conseil fédéral, n'est pas suffisamment respecté dans le droit actuel (cf. ME, p. 11). Au contraire, l'inégalité de traitement des créanciers dans la procédure d'assainissement est encore renforcée par le fait que de nombreuses exceptions (notamment pour les pouvoirs publics) à la libération du solde de la dette sont prévues (voir à ce sujet l'art. 350a al. 1 let. a. bis. E. AP). Pour ces créances, des actes de défaut de biens en cas de faillite seront délivrés au terme de la procédure d'assainissement avec les effets actuellement en vigueur (art. 350a al. 2 AP).

Enfin, contrairement à l'intention de la motion Flach citée plus haut, les créanciers sont surchargés dans la mesure où ils doivent supporter indirectement tous les coûts liés à l'ouverture, au déroulement et à la fin de la procédure d'assainissement en réduisant le produit de celle-ci et donc leur dividende ou leur quote-part (voir à ce sujet l'art. 340 al. 2 AP). Pour cette raison également, l'écart avec les créanciers privilégiés s'accroît encore de manière décisive. En effet, en raison de la complexité de la procédure, il est prévisible que les frais de procédure occuperont une grande partie du produit de la vente.

2. Exigences posées au commissaire dans la procédure concordataire simplifiée

L'AP n'impose pas d'exigences particulières quant à la personne du commissaire, le tribunal pouvant nommer toute personne qualifiée sur le plan professionnel et personnel. Les services de conseil en matière de dettes financés par l'utilité publique peuvent notamment faire office de commissaire, comme c'est déjà souvent le cas aujourd'hui dans la procédure concordataire ordinaire (cf. les explications relatives à l'art. 334 AP, EB, p. 34).

Outre les aptitudes personnelles et professionnelles du commissaire, celui-ci doit être indépendant en ce sens qu'il doit avoir la possibilité et la capacité d'adopter une position neutre entre le créancier et le débiteur. C'est ce que souligne le ME (loc. cit.) : "Il est toutefois toujours présupposé que le commissaire n'agit pas en tant que représentant d'une partie pour le débiteur, mais qu'il préserve, en tant qu'organe public de l'État, les intérêts du débiteur et des créanciers de la même manière". Les services de conseil en matière de dettes, qui agissent habituellement en tant que conseillers et représentants des débiteurs, sont donc exclus de la fonction d'administrateur ad hoc. Ils ne remplissent pas l'exigence d'indépendance, au moins lorsqu'ils ont déjà conseillé et/ou représenté le débiteur en tant que client. Cela doit au moins être clairement indiqué dans le message.

3. Conditions d'admission insuffisantes pour la procédure d'assainissement en cas de faillite

En principe, toutes les personnes physiques sont autorisées, sous certaines conditions, à demander au tribunal des faillites d'ouvrir une procédure de faillite sous la forme d'une procédure

d'assainissement. Conformément à l'article 337 al. 3 AP, le tribunal des faillites ouvre la procédure d'assainissement à cinq conditions cumulatives. Ces conditions d'admission sont trop peu restrictives par rapport à la situation actuelle des débiteurs faisant l'objet d'une procédure de faillite ou de saisie de salaire et, dans l'ensemble, pour empêcher efficacement les abus.

En détail :

3.1. Insolvabilité permanente (let. a)

Le critère de "l'insolvabilité permanente" est une notion juridique indéterminée. Le cercle des personnes concernées doit cependant être clairement et étroitement défini, car la procédure d'assainissement doit effectivement servir de procédure de secours pour les personnes physiques désespérément endettées (cf. p. 39 du mémoire). Avec l'AP élaboré, la procédure serait également ouverte aux personnes qui n'ont jamais été poursuivies et qui se trouvent simplement dans une situation dans laquelle elles ne pourront pas faire face à l'ensemble de leurs obligations de paiement dans un avenir prévisible (cf. explications du ME, loc. cit.). Ensuite, la procédure est également ouverte aux débiteurs à l'encontre desquels un acte de défaut de biens a été délivré, mais qui s'acquitteraient intégralement de leurs dettes à moyen ou long terme, par ex. dans les années 3 à 8 suivant la délivrance de l'acte de défaut de biens. Cela concerne tout de même 12 % des débiteurs d'actes de défaut de biens (voir le rapport Ecoplan "Effekte eines Restschuldbefreiungsverfahrens auf die Schuldner" [Umgang mit Verlustscheinen] du 9 juin 2021). La procédure nouvellement créée devrait toutefois être adaptée aux 60% de débiteurs d'actes de défaut de biens qui, selon le rapport Ecoplan, ne remboursent pas. Tous les autres débiteurs auraient dû être exclus de cette procédure. Pour que la procédure ne soit effectivement ouverte qu'aux personnes désespérément endettées, il aurait fallu non seulement concrétiser l'élément de "l'insolvabilité durable", mais aussi le compléter par l'élément du "désespoir". Ainsi, l'AP se rapprocherait à nouveau du mandat des motionnaires : les personnes sans perspective concrète d'apurement des dettes. Ce n'est qu'ainsi que la procédure aurait atteint le bon destinataire tout en maintenant le préjudice subi par les créanciers dans des limites raisonnables. Seuls les débiteurs dont on peut supposer, au vu des circonstances concrètes, qu'ils ne seront plus en mesure de rembourser leurs dettes **à long terme** devraient donc être admis.

Le ME constate ensuite à juste titre que la notion d'insolvabilité n'est pas définie de manière uniforme dans l'ordre juridique suisse. Dans le ME, le Conseil fédéral reprend une définition de cette notion tirée du document de base de la CSIAS "Dettes et aide sociale" (cf. référence à la note 112, p. 39 ME). Il y a donc surendettement "lorsque la part du revenu qui reste après la couverture du minimum vital ne suffit pas à satisfaire les autres obligations de paiement dans un délai prévisible cf. explications relatives à l'art. 337, p. 39 ME)". Le Conseil fédéral poursuit en expliquant que (i) un contrat de crédit de longue durée qui peut être honoré par les ressources du débiteur, (ii) de faibles dettes de consommation d'un jeune adulte que celui-ci peut rembourser dans un avenir prévisible, ainsi que (iii) des difficultés financières passagères ne remplissent pas la condition de l'insolvabilité durable. "Seule une vue d'ensemble de toutes les obligations, de tous les actifs et de tous les revenus réunis permet de déterminer si le débiteur se trouve dans une situation d'endettement dont il ne pourra pas se libérer par ses propres moyens dans un avenir prévisible, remplissant ainsi la condition pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire" (cf. ME, op. cit.).

Pour établir cette vue d'ensemble, le débiteur doit présenter au tribunal des documents qui font apparaître sa situation actuelle et future en matière de patrimoine, de revenus et de bénéfices (art. 337 al. 2 AP). En l'absence de perspectives de nouvelles ressources (ce qui devrait constituer le principal cas d'application de la procédure d'assainissement), le tribunal doit probablement se baser

sur les déclarations du débiteur, qui ne peuvent guère être vérifiées. Une situation de surendettement serait toutefois clairement prouvée si des actes de défaut de biens et/ou de saisie avaient déjà été délivrés contre le débiteur. En effet, il y aurait déjà eu des procédures dans lesquelles les offices des faillites ou des poursuites auraient établi objectivement le manque de moyens dans une procédure avec la participation des créanciers en tant que personnes directement concernées.

Outre "l'insolvabilité", la notion "dans un avenir prévisible", dans laquelle le débiteur ne peut pas trouver les moyens de rembourser ses dettes, deviendrait le critère principal pour ou contre la réalisation de la condition centrale pour l'accès à la procédure d'assainissement. Or, cette notion n'est pas définie dans l'ordre juridique suisse et laisse la porte ouverte à une jurisprudence hétérogène. La procédure d'assainissement devant déboucher sur une remise de dette résiduelle, il convient de rejeter des conditions d'admission aussi peu claires.

Enfin, il convient de souligner que les débiteurs faisant l'objet d'une procédure de saisie sur salaire, qui doivent rester disponibles, seraient nettement moins bien lotis que les débiteurs faisant l'objet d'une procédure d'assainissement. D'une part, dans la procédure d'épuisement, les impôts courants doivent être pris en compte afin de prévenir un surendettement supplémentaire, en ce sens qu'ils doivent être déduits de la quotité saisissable (art. 339, let. a, ch. 1 AP) et remis au fisc, et qu'à l'issue de la procédure menée avec succès, une libération des dettes résiduelles est promise au lieu d'un acte de défaut de biens saisi. Cette inégalité de traitement des débiteurs n'est pas objectivement justifiée.

Toutes ces critiques peuvent être prises en compte en faisant de l'existence d'actes de défaut de biens une condition d'admission, le débiteur devant rendre vraisemblable qu'il ne sera pas en mesure de payer ses dettes à long terme. Ainsi, la situation de surendettement est constatée objectivement, les débiteurs ne sont pas traités de manière inégale et les créanciers peuvent être sûrs que ce n'est pas l'interprétation de notions juridiques indéterminées ("incapacité permanente de payer" et "période prévisible") qui décide de la valeur de leurs créances.

3.2. Absence de perspective d'aboutir à un concordat (let. b)

Le critère de "l'absence de perspective de conclusion d'un concordat" dans la procédure concordataire ordinaire ou simplifiée, ajouté à l'art. 337, al. 3, let. b, est trop abstrait et reste déjà lettre morte aujourd'hui. Les art. 173a et 191 al. 2 LP actuellement en vigueur sont déjà libellés comme suit : "Le juge ouvre la faillite lorsqu'il n'existe aucune perspective d'apurement des dettes conformément aux articles 333 et suivants". Nous renvoyons à ce sujet à l'interprétation de la doctrine et de la pratique (BSK SchKG-Brunner/Boller/Fritschi, art. 191, n. 19) :

"Il n'existe ni selon l'art. 173a ni selon l'art. 333 al. 1 une obligation de procéder à un assainissement comme condition préalable à la déclaration d'insolvabilité selon l'art. 191 (KUKO LP-Roncoroni, n. 11 ; Gasser, JKR 1997, 124 et 127 ; Hardmeier, 1433 ; Hug-Beeli, 33). Il n'est donc pas nécessaire de prouver qu'une proposition d'apurement a échoué (KGer SG, SGGVP 2007, 286 ss, consid. 2c/bb ; a.i. KGer BL, SJZ 2007, 444 ss, consid. 3.2). Un examen préalable obligatoire du juge du concordat ne trouve aucun appui dans le texte de la loi ; l'art. 191 al. 2 ne parle (matériellement) que de la "perspective d'un règlement des dettes", mais pas (formellement) de l'échec de l'augmentation ou de la mise en œuvre |d'une procédure selon les art. 333 ss. (Uhlmann, 241, avec d'autres références à la note 11)".

On voit donc avec quelle facilité cette condition d'admission sera remplie dans la pratique. Il n'y aura toujours pas de véritable examen pour déterminer s'il n'y a pas de perspective d'aboutir à un concordat ou non.

On ne peut pas non plus suivre l'explication du rapport de l'OFJ (voir p. 40), selon laquelle il y aurait "absence de perspective" lorsqu'il est évident que les créanciers n'accepteraient guère un concordat parce que le débiteur n'est pas en mesure de proposer une quote-part importante dans un avenir prévisible ou que les créanciers n'ont déjà pas montré de disposition à négocier par le passé. Dans la mesure où il existe une perspective d'assainissement par la réalisation d'un revenu supérieur au minimum vital élargi, le débiteur doit impérativement et toujours rechercher une solution avec les créanciers. Cela va également dans le sens de la motion 18.3510 Hêche, où la "négociation" est concrètement mentionnée. Ce n'est que si de telles tentatives échouent et que les conditions générales d'admission à la procédure de faillite sous la forme d'une procédure d'assainissement sont remplies que le tribunal des faillites devrait alors pouvoir ouvrir la procédure d'assainissement.

3.3. Pas de nouvel endettement crédible (let. c)

Selon l'EB (p. 40), le débiteur doit disposer d'un budget équilibré pour remplir cette condition. Il doit pouvoir démontrer qu'il est en mesure de faire face à toutes les obligations périodiques prévisibles. Ce qui doit être déterminant, c'est que le débiteur et sa famille puissent se débrouiller avec les moyens escomptés et couvrir les besoins d'urgence (élargis aux impôts courants).

Cette condition d'admission montre justement que la procédure ne doit manifestement pas être ouverte uniquement aux personnes désespérément surendettées. En effet, ces dernières ne seraient pratiquement jamais en mesure de présenter un budget équilibré.

3.4. Pas de libération du solde de la dette au cours des 15 dernières années (let. d)

Il est juste que la procédure d'assainissement ne soit pas disponible en permanence. Le délai semble toutefois trop court pour éviter les abus. Une telle procédure ne devrait raisonnablement être disponible qu'une fois dans la vie, raison pour laquelle le délai de blocage devrait être d'au moins 25 ans.

3.5. Pas de procédure pénale pour des délits de faillite et de poursuite pour des faits commis au cours des 5 dernières années (let. e)

Le délai fixé ici est totalement arbitraire et ne peut pas être justifié objectivement. S'il fallait le faire, il faudrait se baser non pas sur les délais de contestation de la Pauliana, mais sur les délais de prescription de l'action publique des délits de la LP. Il faudrait donc prendre en compte les actes et les omissions qui ont été commis au cours des 10 ou 15 dernières années, conformément au délai de prescription applicable aux infractions en question.

4. Durée trop courte de l'écrémage

La durée de la procédure de prélèvement de 4 ans prévue à l'article 346 al. 4 AP est manifestement trop courte si l'on tient compte de l'exigence d'éviter un désavantage excessif pour les créanciers. Dans ce contexte, le rapport Ecoplan "Umgang mit Verlustscheinen" du 9 juin 2021 est intéressant, même si la procédure d'assainissement proposée ne présuppose pas l'existence d'actes de défaut de biens. Selon cette étude, l'introduction d'une demande d'acte de défaut de biens est la plus prometteuse dans les trois à huit années suivant l'établissement d'un acte de défaut de biens. Selon les statistiques d'Inkasso Suisse (anciennement "vsi"), les entrées de paiement issues d'actes de défaut de biens se situent à 17% des créances sur toute la durée de gestion de l'ensemble du portefeuille. Sachant que pour environ 60% des actes de défaut de biens, aucun remboursement n'est obtenu, pour 28% un remboursement partiel et pour 12% un remboursement complet.

La durée d'épuisement de 4 ans aurait donc des conséquences massives sur le recouvrement des créances d'actes de défaut de biens. La durée d'épuisement mentionnée aurait pour conséquence que les créanciers d'actes de défaut de biens ne disposeraient plus que de deux années (la troisième et la quatrième) sur les six années les plus prometteuses (3-8). Cela aurait pour conséquence, d'une part, que la quote-part générale de 17% des entrées de paiement serait considérablement réduite au détriment des créanciers, d'autre part, que les débiteurs qui font aujourd'hui encore partie des 28% de ceux qui remboursent partiellement ne rembourseraient plus rien et, enfin, que les 12% de ceux qui remboursent entièrement ne rembourseraient plus qu'une partie de leur créance. L'introduction d'une procédure de libération du solde de la dette avec une durée d'épuisement de seulement 4 ans aurait donc des effets négatifs importants sous forme de pertes financières considérables.

Pour éviter cela, il serait impératif que la procédure d'assainissement avec un prélèvement de 4 ans ne soit ouverte qu'aux débiteurs d'actes de défaut de biens qui n'ont pas de patrimoine saisissable officiellement constatable sur une longue période (actes de défaut de biens selon l'art. 115 al. 1 LP). Les débiteurs d'actes de défaut de biens qui effectueraient un remboursement partiel (actes de défaut de biens avec résultat selon l'art. 149 al. 1 LP) devraient passer par une période d'épuisement d'au moins 6 ans. Une telle différenciation ne devrait toutefois guère être possible sur le plan législatif. La durée de prélèvement doit donc être portée à 6 ans au minimum. Seule une telle solution permettrait de limiter les répercussions sur les créances des créanciers, ce qui va tout à fait dans le sens de la motion 18.3683 Flach.

La comparaison juridique avec les procédures d'assainissement pour les personnes privées déjà effectuée par le Conseil fédéral dans son rapport "Procédures d'assainissement pour les personnes privées" du 8 mars 2018 ainsi que les quelques remarques du ME montrent que ces procédures sont régulièrement modifiées à l'étranger (ME, p. 19 s.). La raison en est probablement que les effets escomptés ne se produisent pas. L'analyse de l'association allemande des sociétés de recouvrement (Bundesverband Deutscher Inkassounternehmen) montre également que la durée du prélèvement, fixée à 4 ans, est trop courte (cf. point 3).

De même, le fait qu'en Autriche, à partir du 17 juillet 2026, la durée du prélèvement sera (à nouveau) portée à 5 ans, après avoir été réduite à 3 ans en raison de la Corona, plaide en faveur du fait qu'il peut être raisonnablement exigé d'un débiteur qu'il se soumette à une phase de prélèvement plus longue que quatre ans, afin que les créanciers subissent également un dommage moindre.

5. Couverture des frais de procédure

La règle selon laquelle les frais de la procédure sont couverts en amont par le produit de la vente (art. 340 al. 2 AP) est en contradiction avec l'intention de la motion 18.3683 Flach, selon laquelle les créanciers devraient également profiter de l'élimination des incitations erronées et de la création d'une solution d'assainissement en plus des débiteurs dans leur ensemble.

En couvrant préalablement les coûts avec le produit de la procédure d'assainissement, seuls les créanciers de troisième classe financeront finalement la procédure en recevant un dividende ou une quote-part plus faible, si tant est qu'ils en reçoivent un. Les coûts de la procédure doivent toutefois, à juste titre, être entièrement supportés par l'État. En effet, c'est lui qui sera, avec le débiteur, le principal bénéficiaire de cette nouvelle procédure si la libération de la dette permet de réintégrer les personnes physiques surendettées dans la société. Cela signifie qu'elles percevront moins de prestations de l'État (ou qu'elles n'en percevront plus du tout) et qu'elles paieront des impôts grâce à leur nouvelle situation en matière de revenus et de patrimoine (cf. à ce sujet le ME, p. 13 s. et le ch. 5.3., p. 61). Ensuite, une série de créances de droit public continuent de bénéficier d'une position privilégiée. On ne voit donc

pas pourquoi les créanciers non privilégiés devraient supporter, en plus de leurs pertes de créances, les coûts de la procédure d'assainissement très compliquée et coûteuse. Il est à prévoir que les coûts de la procédure dépasseront régulièrement le produit des procédures de prélèvement. Les créanciers ne gagneront donc rien avec la procédure d'assainissement, ils ne pourront que perdre.

6. Impact sur l'économie nationale

Selon les explications données au point 5.3 EB (p. 61), on peut s'attendre à ce que la libération du solde de la dette ait des effets positifs sur l'économie nationale. C'est ce qui ressortirait d'études étrangères présentées dans le rapport du Conseil fédéral du 8 mars 2018. Toutefois, au point 5.2 de son rapport d'alors, le Conseil fédéral soulignait expressément que les données empiriques sur les différentes procédures d'insolvabilité privée étaient malheureusement peu nombreuses. Et il ajoute : "Les différents systèmes ne peuvent être comparés que de manière limitée, car les différences sous-jacentes sont trop importantes : les questions relatives à l'insolvabilité privée sont intégrées dans des problématiques plus larges (p. ex. octroi de crédits, surendettement, sécurité sociale, marché du logement)". Le Conseil fédéral a en outre relevé dans son rapport que deux thèmes récurrents se dégagent des discussions sur les réformes dans les différents pays : "Tout d'abord, le taux de personnes qui passent par une procédure de désendettement semble régulièrement bien inférieur au nombre de personnes touchées par le surendettement et la pauvreté." ... "Le deuxième thème mentionné est la difficulté à trouver une solution satisfaisante pour les débiteurs démunis dont les revenus sont faibles ou inexistantes".

Les effets positifs attendus de l'introduction d'une procédure de libération des dettes résiduelles sur l'économie nationale relèvent donc plutôt du vœu pieux. Seule la déclaration claire du Conseil fédéral dans son rapport est éclairante, à savoir qu'il est pratiquement impossible de comparer les différentes procédures dans les différents pays, car la réinsertion dans la société de personnes désespérément surendettées dépend de facteurs tout autres que la libération des dettes résiduelles. L'AP ne prévoit pas non plus de solution pour les personnes sans ressources et sans budget équilibré. Il manque donc son objectif principal et doit donc être rejeté pour cette seule raison.

Les explications concernant les prétendues petites répercussions sur les créances des créanciers sont tout aussi peu étayées. L'étude Ecoplan ne peut pas servir de base à cet égard : Selon elle, les créances résultant d'actes de défaut de biens sont surtout introduites entre la 3e et la 5e année après leur délivrance. Comme la procédure d'assainissement prévue dans la faillite ne se limite pas aux créances sur actes de défaut de biens, mais englobe toutes les dettes, y compris celles pour lesquelles le débiteur n'a jamais été poursuivi, il faut partir du principe que la durée prévue de la procédure, à savoir 4 ans, privera bel et bien les créanciers de revenus importants (cf. chiffres 3 à 5). L'incertitude liée aux procédures et aux pertes imprévisibles sur les débiteurs entraînera une augmentation du risque, notamment sur les créances de crédit, qui pèsera inutilement sur tous les débiteurs.

De même, il est faux de penser que le cercle des destinataires des personnes durablement insolvables et le délai de blocage pour l'ouverture de la procédure d'assainissement limiteraient fortement les effets négatifs. Pour l'ouverture d'une procédure d'assainissement en cas de faillite, le projet n'exige pas la délivrance d'un acte de défaut de biens, bien que cela soit indiqué (cf. point 3.1.). Il s'ensuit que les constatations correspondantes d'Ecoplan ne peuvent pas être appliquées telles quelles aux créances dans le cadre de la libération de dettes. Il n'existe pas d'études probantes sur les effets d'une procédure de règlement des dettes résiduelles telle que proposée dans l'AP.

Si la procédure devait être ouverte non seulement aux personnes désespérément et durablement endettées, mais aussi aux personnes physiques qui pourraient à moyen terme effacer complètement

leurs dettes (comme c'est le cas pour 12 % des débiteurs qui effacent aujourd'hui entièrement leurs dettes dans les 3 à 8 ans suivant la délivrance d'un acte de défaut de biens), les conséquences financières seraient massives pour les créanciers.

Enfin, les conséquences sur le principe contractuel selon lequel les contrats doivent être exécutés ne sont même pas abordées. Le respect des contrats est absolument essentiel en droit civil. Il peut être mis à mal par l'effacement des dettes résiduelles. En effet, les raisons d'un surendettement ne font pas partie des conditions d'admission. Un abus est donc possible si le débiteur, qui se trouve déjà dans une situation difficile, s'endette encore davantage afin de profiter ensuite de l'exonération de dettes résiduelles. Les conditions d'admission et les conditions d'octroi de la remise de dette n'empêchent pas efficacement un tel comportement. Les conséquences négatives qui en résultent sur des principes essentiels du droit des contrats devraient toutefois être abordées dans le cadre d'une analyse d'impact de la réglementation.

Pour toutes ces raisons, nous sommes amenés à rejeter le projet dans son ensemble. Nous vous remercions de bien vouloir tenir compte de nos arguments et restons à votre disposition pour tout complément d'information.

Salutations amicales

sig. Peter Schnellmann
Président

sig. Dr. Daniel Alder
Directeur général