

Le commissaire
au sursis dans la procédure concordataire
(art. 293 ss LP)

Statut, fonctions et responsabilité

Avec une présentation de l'activité du chargé d'enquête FINMA pendant
une prorogation d'échéance ou un sursis bancaire et
du délégué à l'assainissement bancaire (art. 26 al. 1 lit. b et 28 LB)

Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
et soutenue le 16 février 2010

par

Olivier HARI

pour l'obtention du grade de Docteur en droit

Acceptée sur proposition du jury de thèse:

Professeur SYLVAIN MARCHAND, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, directeur de thèse
Professeur NICOLAS JEANDIN, Faculté de droit de l'Université de Genève, rapporteur externe
Professeur ROLAND RUEDIN, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, rapporteur interne

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire
(art. 293 ss LP) : Statut, fonctions et responsabilité
Avec une présentation comparative de l'activité des mandataires nommés par
la FINMA en cas d'insolvabilité d'un assujetti**

Olivier HARI

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. François Bohnet (président)
- M. Sylvain Marchand (directeur de thèse)
- M. Roland Ruedin (rapporteur interne)
- M. Nicolas Jeandin (professeur à l'Université de Genève, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 4 mars 2010


Jean-Philippe Dunand, doyen

« Si quelqu'un veut écrire contre mes solutions, il me sera très agréable. Il n'est, en effet, aucune meilleure manière de découvrir la vérité et de réfuter l'erreur que d'avoir à se défendre contre les opposants. [...] Il faut aimer l'un et l'autre, celui dont nous adoptons l'opinion et celui dont nous nous séparons ; car l'un et l'autre s'appliquèrent à la recherche de ma vérité et l'un et l'autre sont nos collaborateurs ».

Thomas d'Aquin (Commentaire sur la Métaphysique d'Aristote, livre 12, lecture 9)

REMERCIEMENTS

L'auteur exprime ici sa profonde gratitude au Professeur SYLVAIN MARCHAND, directeur de thèse, dont la disponibilité et les conseils ont été très précieux. Que Messieurs les Professeurs rapporteurs interne et externe, NICOLAS JEANDIN et ROLAND RUEDIN, soient également ici chaleureusement remerciés.

Mes remerciements les plus sincères vont tout particulièrement à Me VINCENT JEANNERET, dont le soutien sans faille et les recommandations ont été extrêmement précieux et appréciés. Mes remerciements vont également à VALÉRIE DÉFAGO-GAUDIN, qui a toujours été disponible pour répondre à mes interrogations.

Merci également à M. DOMINIQUE GROSBÉTY et à M. le PRÉSIDENT PATRICK CHENAUX qui ont accepté de transmettre à l'auteur leur expérience pratique, de commissaire au sursis pour le premier, et de Juge auprès de la Chambre commerciale de la République et Canton de Genève pour le second.

Que mes parents, PIERRE-ALAIN et EDMÉE, soient ici également remerciés pour leurs bons conseils.

Enfin, toute ma reconnaissance va à AURÉLIE CONRAD, qui a constamment été à mes côtés, de la genèse de ce projet à son aboutissement, et a toujours trouvé les mots et conseils justes.

A Aurélie

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	IV
TABLE DES MATIÈRES	VI
MOTS-CLEFS ET RÉSUMÉ	XVI
ABRÉVIATIONS	XVIII
BIBLIOGRAPHIE	XXIII
PARTIE I REMARQUES INTRODUCTIVES ET TYPOLOGIE DU CONCORDAT	1
CHAPITRE I TYPOLOGIE DU CONCORDAT ET PHASES DE LA PROCÉDURE	4
SECTION I HISTORIQUE ET ÉVOLUTION LÉGISLATIVE	5
SECTION II LES FINALITÉS DU CONCORDAT	8
SECTION III LES DIFFÉRENTS TYPES DE CONCORDATS JUDICIAIRES	9
A. <i>Généralités</i>	9
B. <i>Le concordat ordinaire</i>	9
C. <i>Le concordat par abandon d'actif</i>	10
SECTION IV LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE CONCORDATAIRE	12
A. <i>L'ouverture de la procédure concordataire</i>	12
1. Par le débiteur	12
2. Par le créancier	14
3. Par le juge	14
4. Le cas particulier du concordat en cours de faillite	14
B. <i>Le sursis concordataire</i>	15
1. Le sursis concordataire provisoire	15
2. Le sursis concordataire ordinaire	17
C. <i>L'homologation</i>	18
D. <i>L'exécution du concordat</i>	20
1. Ordinaire	20
1.1. Désignation d'un surveillant à l'exécution	20
1.2. Statut	21
1.3. Compétences	22
1.4. Voie de recours	22
2. Par abandon d'actif	23
PARTIE II STATUT DU COMMISSAIRE ET CONSÉQUENCES	25
CHAPITRE I STATUT DU COMMISSAIRE	26
SECTION I LE COMMISSAIRE, ORGANE DE L'ÉTAT	27
A. <i>Nature juridique de l'attribution de la tâche et rapport de droit</i>	27
1. Problématique et enjeux de la distinction	27
2. Le délégataire	29
3. Le concessionnaire	30
4. Le mandataire de droit public	32
5. Le fonctionnaire et l'employé	33

6.	Nature autonome et rapport de droit public	34
SECTION II	DIVERS DEVOIRS DU COMMISSAIRE.....	37
A.	<i>Récusation</i>	37
1.	Champ d'application de l'art. 10 LP.....	38
2.	Conditions	39
2.1.	Intérêts propres (art. 10 al. 1 ch. 1 LP).....	40
2.2.	Intérêts des conjoint, partenaire et parents tiers (art. 10 al. 1 ch. 2 et 2 ^{bis} LP).....	41
2.3.	Intérêts de tiers dont le commissaire est le représentant légal, le mandataire ou l'employé (art. 10 al. 1 ch. 3 LP).....	41
2.3.1.	Le représentant légal.....	41
2.3.2.	Le mandataire.....	43
2.3.3.	Le cas particulier du réviseur.....	45
2.4.	Autres raison (art. 10 al. 1 ch. 4 LP)	46
3.	Procédure.....	47
3.1.	Récusation spontanée du commissaire	47
3.2.	Mise en œuvre de l'obligation de récusation par le juge.....	47
3.3.	Demande de récusation par un créancier ou un tiers intéressé	47
4.	Aperçu de quelques incompatibilités de fonction selon les lois cantonales d'exécution de la LP	49
B.	<i>Interdiction de conclure une affaire se rapportant à la procédure</i>	50
C.	<i>Respect du secret</i>	50
D.	<i>Devoir de dénonciation</i>	52
E.	<i>Respect d'un barème de tarification</i>	53
F.	<i>Exécution personnelle des tâches</i>	54
SECTION III	SURVEILLANCE DU COMMISSAIRE	56
A.	<i>Autorités compétentes</i>	56
B.	<i>Etendue de la surveillance</i>	56
1.	Surveillance administrative	56
2.	Mesures disciplinaires	57
2.1.	Les différentes sanctions et leurs effets	58
2.2.	Ouverture de la procédure	59
2.2.1.	Compétence	59
2.2.2.	Conditions d'ouverture et délai.....	61
2.3.	Voies de recours	63
2.4.	Casuistique.....	64
2.5.	Constats et critique du système	64
C.	<i>Voie de droit pour attaquer une décision du commissaire</i>	65
SECTION IV	RÉMUNÉRATION DU COMMISSAIRE.....	67
A.	<i>Les honoraires</i>	67
1.	Autorité compétente.....	67
2.	Critères applicables	68
3.	Garantie du paiement de la créance en rémunération	70
3.1.	Le débiteur de la rémunération.....	70
3.2.	Pas de privilège de la créance en rémunération.....	71
3.3.	Plafond du montant alloué par le juge du concordat	72
4.	Recours contre la décision judiciaire fixant le montant des honoraires.....	72
B.	<i>Avances de frais/provisions</i>	73
1.	Principes généraux	73
2.	Au moment de la demande de l'ouverture de la procédure.....	74

3.	Au cours de la procédure	76
C.	<i>Critique du système actuel</i>	78
1.	Montant des honoraires du commissaire	79
2.	Les provisions	79
CHAPITRE II RESPONSABILITÉ DU COMMISSAIRE		81
SECTION I	RESPONSABILITÉ CIVILE	82
A.	<i>Les conditions matérielles nécessaires à l'ouverture d'une action en responsabilité à l'encontre du canton</i>	82
B.	<i>Légitimation active</i>	83
1.	Pendant le sursis concordataire	83
2.	Après l'homologation d'un concordat ordinaire	85
3.	Après l'homologation d'un concordat par abandon d'actif	86
C.	<i>L'action récursoire</i>	86
D.	<i>Casuistique et remarques conclusives</i>	87
SECTION II	RESPONSABILITÉ PÉNALE	89
A.	<i>Crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes</i>	89
1.	Art. 163 et 164 CP	90
2.	Art. 167 CP	92
3.	Art. 168 CP	92
4.	Art. 169 CP	94
5.	Art. 170 CP	95
B.	<i>Art. 307 CP</i>	96
C.	<i>Infractions contre les devoirs de fonction et professionnels (art. 312 ss CP)</i>	97
1.	Les notions de membre d'une autorité et de fonctionnaire en droit pénal	98
1.1.	Caractéristique commune	98
1.2.	La notion d'autorité et de membre d'une autorité	98
1.3.	La notion de fonctionnaire	98
1.4.	Application des principes au commissaire	99
2.	Art. 312 CP	100
3.	Art. 313 CP	100
4.	Art. 317 CP	101
5.	Art. 322 ^{quater} CP / Art. 322 ^{sexies} CP	102
PARTIE III ACTIVITÉS DU COMMISSAIRE AU SURSIS		103
CHAPITRE I DÉBUT ET FIN DE L'ACTIVITÉ		104
SECTION I	DÉSIGNATION DU COMMISSAIRE	105
A.	<i>Autorité compétente</i>	105
B.	<i>Critères de nomination</i>	106
C.	<i>Exigences en termes de formation et d'expérience</i>	108
D.	<i>Acceptation et refus du « mandat » par le commissaire</i>	109
E.	<i>Recours contre la décision de nomination</i>	110
SECTION II	LIBRE ACCÈS À L'ACTIVITÉ ET ÉGALITÉ DES CHANCES: QUELLES GARANTIES ?	113
A.	<i>Garanties constitutionnelles</i>	113
1.	Liberté économique	113
2.	Egalité de traitement	115
2.1.	Egalité (entre concurrents)	115

2.2.	Egalité (entre non-concurrents) et égalité des chances.....	116
B.	<i>Loi sur le marché intérieur</i>	117
C.	<i>Marchés publics</i>	118
1.	Conditions d'application des règles cantonales sur les marchés publics	119
1.1.	Conclusion d'un contrat.....	119
1.2.	L'activité appartient à un marché	121
1.3.	Valeurs-seuils.....	121
2.	Proposition de modalités de désignation.....	122
D.	<i>Licéité des restrictions cantonales à l'exercice de la fonction</i>	123
1.	Etat des lieux	123
2.	Principe de primauté du droit fédéral.....	124
SECTION III	FIN DE L'ACTIVITÉ	130
A.	<i>Fin ordinaire</i>	130
B.	<i>Fin extraordinaire</i>	131
1.	Abandon volontaire des fonctions	131
2.	Décès, faillite	131
CHAPITRE II	ACTIVITÉS DE SURVEILLANCE ET DE GESTION	132
SECTION I	L'ACTIVITÉ DU COMMISSAIRE PROVISOIRE.....	133
A.	<i>Tâches similaires à celles du commissaire ordinaire</i>	133
B.	<i>Spécificités</i>	133
1.	Conservation de l'actif.....	133
2.	Etat de la fortune et des revenus	134
3.	Perspectives de concordat et d'assainissement.....	135
4.	Révocation du sursis provisoire.....	137
SECTION II	L'ACTIVITÉ DU COMMISSAIRE ORDINAIRE	138
A.	<i>Les différentes mesures de surveillance</i>	138
B.	<i>Surveillance simple</i>	139
1.	Première composante : devoir général de conservation du patrimoine du débiteur et des intérêts de chaque créancier.....	140
2.	Deuxième composante : surveillance du respect de l'art. 298 al. 2 LP - les actes (relativement) interdits pendant le sursis	141
2.1.	Interdiction d'aliéner ou grever l'actif immobilisé.....	141
2.2.	Interdiction de constituer un gage.....	143
2.2.1.	Généralités	143
2.2.2.	Le cas particulier de la cession globale de créances	144
2.3.	Interdiction de se porter caution.....	146
2.4.	Disposer à titre gratuit.....	146
2.5.	Nécessité du consentement du juge.....	147
2.6.	Conséquences de l'absence de consentement du juge	148
2.7.	Rôle du commissaire.....	149
C.	<i>Surveillance qualifiée : consentement du commissaire à certains actes du débiteur</i>	149
1.	Principe général.....	150
2.	Effet de l'absence du consentement du commissaire.....	151
3.	Effet du consentement du commissaire.....	153
3.1.	Paiement intégral des créances nées avec le consentement du commissaire	153
3.2.	Pas de révocation des actes juridiques effectués pendant le sursis avec l'accord du commissaire.....	156
3.3.	Le cas particulier des créances fiscales afférant aux actes autorisés.....	157

3.4.	Autres créances fiscales naissant de par la loi	158
D.	<i>Continuation de l'activité du débiteur par le commissaire seul</i>	159
E.	<i>Les injonctions et décisions du commissaire</i>	160
F.	<i>Les procédures de poursuites / judiciaires pendant le sursis</i>	162
1.	Effet du sursis sur les procédures de poursuites et judiciaires.....	162
2.	Représentation et remplacement en justice du débiteur par le commissaire	165
3.	Ouverture d'actions révocatoires par le commissaire ?.....	166
3.1.	En l'état : exclusivement après homologation d'un concordat par abandon d'actif, par les liquidateurs.....	166
3.2.	Qualité pour agir du commissaire ?	168
G.	<i>La compensation pendant le sursis</i>	170
1.1.	Principe	170
1.2.	Le cas particulier de la reprise d'une dette du sursitaire par un débiteur du sursitaire 171	
1.3.	Après l'homologation d'un concordat	173
SECTION III	EFFET DU SURSIS SUR LES CONTRATS EN COURS ET CONSÉQUENCES POUR LE COMMISSAIRE....	174
A.	<i>En application du droit de l'exécution forcée</i>	174
B.	<i>En application de règles de droit privé</i>	175
1.	Cautio judicatum solvi (83 CO)	176
2.	Demeure et droit de résolution (107 CO).....	179
3.	Résiliation pour justes motifs.....	179
4.	Règles spéciales en cas de faillite ou d'insolvabilité.....	180
C.	<i>Exécution ou résiliation par le débiteur concordataire des contrats conclus avant l'octroi du sursis : quelle place pour le "cherry picking" ?</i>	182
SECTION IV	TRANSFERT DE L'ENTREPRISE OU DE CERTAINS ACTIFS DE L'ENTREPRISE PENDANT LE SURSIS ...	184
A.	<i>Nature de la vente et conséquences pour le commissaire</i>	185
B.	<i>Compétence pour autoriser la vente</i>	188
C.	<i>Motifs pour exclure un transfert d'entreprise en cours de sursis</i>	189
1.	Quelle protection pour les créanciers ?	190
1.1.	But du sursis concordataire	190
1.2.	Limites des pouvoirs du juge du concordat	191
1.3.	Conditions légales d'homologation d'un concordat par abandon d'actif avec transfert à un tiers	191
1.4.	Absence de voie de droit appropriée pour remettre en cause le transfert en cas de faillite subséquente	192
1.5.	Nature contractuelle du concordat	192
2.	Quelle protection pour les actionnaires ?	193
3.	Quelle protection pour les travailleurs.....	194
3.1.	Application de l'art. 333 al. 1 CO ?.....	194
3.1.1.	Situation actuelle en droit suisse.....	194
3.1.2.	Motifs pour exclure l'application de l'art. 333 CO.....	196
a)	Privilège de classe des travailleurs	196
b)	Frein économique à la reprise	196
c)	Absence de justification sociale.....	197
3.1.3.	Information et participation des travailleurs.....	197
3.2.	Licenciements collectifs : application de l'art. 335f CO	198
3.3.	Indemnité en cas d'insolvabilité (LACI).....	201
D.	<i>Institution d'un droit de participation</i>	202
1.	Des créanciers	202

2.	Des actionnaires	203
3.	Application de la LFus, solution miracle pour la protection des créanciers et des actionnaires ?	204
E.	<i>Vente de biens immobiliers de gré à gré pendant le sursis</i>	205
F.	<i>Remarques conclusives</i>	207
CHAPITRE III ACTIVITÉS PROCÉDURALES		209
A.	<i>Publication du sursis et communication au registre foncier</i>	209
B.	<i>Information du débiteur</i>	210
C.	<i>Information des créanciers sur le cours du sursis</i>	211
D.	<i>Etablissement d'un procès-verbal</i>	212
1.	Tenue, contenu, force probante, rectification et conservation	212
2.	Droit de consultation (art. 8a LP)	214
2.1.	Principe et conditions	214
E.	<i>Demande de prolongation du sursis (art. 295 al. 4 LP)</i>	215
F.	<i>Demande de révocation du sursis (art. 295 al. 5 LP/ 298 al. 3 LP)</i>	218
1.	Conditions	219
2.	Effets de la révocation.....	220
G.	<i>Inventaire et estimation</i>	221
1.	Inventaire et estimation des actifs.....	221
1.1.	Moment de l'inventaire	221
1.2.	Collaboration du débiteur, de tiers et d'autorités	221
1.3.	Actifs à inventorier et estimation	223
1.4.	Droit de plainte du débiteur, des créanciers et des tiers contre l'inventaire	224
2.	Inventaire et estimation des gages	225
H.	<i>Appel aux créanciers</i>	227
1.	Publication et avis spécial aux créanciers connus	227
2.	Forme et contenu de la production - devise et intérêts.....	230
I.	<i>Etablissement du passif</i>	230
1.	Examen des productions	230
2.	Productions tardives	231
3.	Créances résultant de la comptabilité du débiteur	232
4.	Pas de compétence décisionnelle du commissaire	233
5.	Vérification des créances	234
5.1.	Par le commissaire	234
5.2.	Prise de position du débiteur.....	234
5.3.	Droit d'être entendu du tiers dont la créance est contestée.....	235
5.4.	Droit de consultation et de contestation des créanciers.....	236
6.	Tableau des créanciers.....	236
J.	<i>Convocation des créanciers à l'assemblée des créanciers (art. 301 LP)</i>	237
1.	Modalités de la convocation	238
2.	Information des créanciers.....	240
2.1.	Etendue.....	242
2.2.	Limitation.....	242
3.	Détermination des créanciers en droit d'être présents	243
4.	Tâches particulières du commissaire	245
4.1.	Présider l'assemblée des créanciers et tenir procès-verbal.....	245
4.2.	Présenter un rapport sur la situation du débiteur	245
4.3.	Présenter un projet de concordat.....	246

4.3.1.	Elaboration	246
4.3.2.	Contenu	247
4.3.3.	Forme	249
a)	Du concordat	249
b)	Du contrat de cession d'actifs au repreneur	250
4.4.	Recueillir les adhésions	250
4.4.1.	Caractéristiques de l'adhésion	251
4.4.2.	Créanciers exclus du vote	252
a)	Créanciers gagistes (art. 305 al. 2 LP)	252
b)	Créanciers privilégiés	254
c)	Créanciers postposés	256
d)	Cautions du débiteur et débiteur-caution	256
e)	Créanciers tardifs	257
f)	Créancier conditionnel, contesté par le débiteur, à terme incertain	261
g)	Créance contestée par les créanciers	261
h)	Conjoint du débiteur et proches	262
i)	Créancier de la masse concordataire	262
j)	Créances fiscales et de droit public	262
4.4.3.	Cas spécifiques dans lesquels le créancier doit être admis à voter	263
a)	Créanciers dont la créance n'est pas encore exigible	263
b)	Créances non pécuniaires	263
4.4.4.	Dies ad quem	264
K.	<i>Rapports intermédiaires</i>	264
L.	<i>Rapport final au juge</i>	265
1.	Généralités	265
2.	Contenu	266
2.1.	Adéquation de l'offre du débiteur avec ses ressources (proportionnalité)	266
2.2.	Caractère plus avantageux qu'une faillite	267
2.3.	Garantie suffisante	267
3.	Rapport final tardif	271
M.	<i>Résumé des activités procédurales incombant au commissaire</i>	273
CHAPITRE IV ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL		275
A.	<i>Application des principes généraux du droit suisse (LDIP)</i>	275
1.	Introduction	275
2.	Effets procéduraux en Suisse de la reconnaissance d'une décision étrangère comparable à un sursis concordataire	276
3.	Effets procéduraux en Suisse de la reconnaissance d'une décision homologuant un concordat	279
4.	La problématique de la succursale suisse d'un débiteur étranger	281
B.	<i>Application des principes généraux du droit européen (RPI 1346/2000)</i>	282
1.	Le Règlement (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000	282
2.	Le principe de reconnaissance de plein droit	283
3.	Etendue des pouvoirs du syndic dans les Etats membres	284
C.	<i>Discussion et conclusion</i>	285
PARTIE IV LE CHARGÉ D'ENQUÊTE ET LE DÉLÉGUÉ À L'ASSAINISSEMENT BANCAIRE		287
CHAPITRE I LE SURSIS / LA PROROGATION DES ÉCHÉANCES ET LA PROCÉDURE D'ASSAINISSEMENT BANCAIRE		289

A.	<i>Ouverture de la procédure par la FINMA</i>	289
1.	Le sursis	292
2.	La prorogation des échéances	293
3.	La problématique de la compensation pendant une prorogation d'échéances ou un sursis	295
3.1.	En général	295
3.2.	Le cas particulier de la compensation avec des fonds de fiduciaires	297
B.	<i>Ouverture de la procédure d'assainissement</i>	298
CHAPITRE II DÉSIGNATION ET STATUT DU CHARGÉ D'ENQUÊTE ET DU DÉLÉGUÉ À L'ASSAINISSEMENT BANCAIRE.....		300
A.	<i>Désignation et critères de nomination</i>	300
B.	<i>Nature juridique de l'octroi du "mandat"</i>	301
1.	Application du droit des marchés publics ?	301
2.	Délégation, concession ou acte <i>sui generis</i> ?	303
3.	Mandat de droit public ?	304
C.	<i>Conséquences de la qualification</i>	305
1.	Absence théorique de pouvoir souverain	305
2.	Application des règles du mandat (art. 394 ss CO)	306
3.	Devoirs du chargé d'enquête et du délégué à l'assainissement envers la FINMA	307
3.1.	Obligations générales découlant du droit du mandat	307
3.1.1.	Information et reddition de compte	307
3.1.2.	Exécution personnelle	308
3.2.	Respect du secret professionnel / de fonction / bancaire	308
4.	Rapport du mandataire avec l'assujetti	309
D.	<i>Responsabilité</i>	310
1.	Responsabilité civile	310
2.	Responsabilité pénale	312
E.	<i>Surveillance</i>	313
F.	<i>Honoraires</i>	313
G.	<i>Fin du mandat</i>	315
CHAPITRE III ACTIVITÉS DU CHARGÉ D'ENQUÊTE EN CAS D'INSOLVABILITÉ DE L'ASSUJETTI		317
A.	<i>Etablissement de la solvabilité de l'assujetti</i>	317
B.	<i>Activités de surveillance et de gestion</i>	318
1.	Contrôle de l'interdiction de toute sortie de fonds	318
2.	Respect de l'égalité de traitement entre créanciers	319
3.	Traitement des engagements contractés pendant les mesures protectrices	319
4.	Paiement immédiat d'une partie des dépôts	319
5.	Mise en œuvre de la Garantie des Dépôts des Banques et Négociants en valeurs mobilières Suisses	321
6.	Remplacement des organes	322
C.	<i>Activités procédurales</i>	323
1.	Information de l'assujetti	323
2.	Information du public	323
3.	Autres devoirs liés à l'information	323
CHAPITRE IV ACTIVITÉS DU DÉLÉGUÉ À L'ASSAINISSEMENT		324

A.	<i>Mise en œuvre des éventuelles mesures protectrices / gestion de la banque</i>	324
B.	<i>Remboursements immédiats et Garantie des Dépôts</i>	324
C.	<i>Elaboration et mise en œuvre du plan d'assainissement</i>	325
1.	Actes préparatoires	325
1.1.	Inventaire et établissement du passif	325
1.1.1.	Actif	326
1.1.2.	Passif	326
1.1.3.	Dettes de masse	327
2.	Consultation des créanciers et des propriétaires	327
2.1.	Conditions	327
2.2.	Forme	329
2.3.	Exigences formelles et matérielles relatives aux objections	330
2.4.	Critique du système	331
3.	Calcul des majorités	331
4.	Le plan d'assainissement en détail	332
4.1.	Préambule	332
4.2.	But et caractéristiques générales	333
4.3.	Caractère plus favorable qu'une faillite (art. 31 lit. b LB)	334
4.4.	Prise en compte des objections (art. 31 lit. c LB)	334
4.5.	Respect des privilèges et traitement préférable des créanciers (art. 31 lit. d LB)	335
4.5.1.	Egalité de traitement	335
4.5.2.	Ordre de collocation	336
4.5.3.	Traitement plus favorable des créanciers face aux propriétaires	337
4.6.	Garantie du respect des conditions à l'exercice de l'activité bancaire	337
4.7.	Prétentions révocatoires (art. 32 LB)	337
D.	<i>Surveillance de l'exécution du plan d'assainissement</i>	339
CHAPITRE V INSOLVABILITÉ BANCAIRE INTERNATIONALE		340
EXCURSUS : PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION PROBABLE.....		342
A.	<i>Projet de révision de la LP</i>	342
1.	Consolidation procédurale (art. 4a P-LP)	342
2.	Assainissement ou homologation d'un concordat en tant que finalité du sursis	343
2.1.	Art. 295 P-LP	344
2.2.	Art. 296 a P-LP	344
3.	Requête de sursis et moyens de preuve (art. 293 P-LP)	345
4.	Recours contre la désignation du commissaire provisoire (art. 293d P-LP)	345
5.	Nouveautés en matière d'actes autorisés par le commissaire	346
5.1.	Résiliation des contrats de durée avec l'accord du commissaire (art. 297a P-LP)	346
5.2.	Irrévocabilité des actes autorisés (art. 285 al. 3 P-LP)	346
6.	Droit de participation des créanciers	347
6.1.	Art. 294 a P-LP	347
6.2.	Art. 295a P-LP	348
7.	Contribution équitable des titulaires de parts (art. 306 al. 1 ch. 3 P-LP)	348
8.	Proposition de modifications supplémentaires	349
8.1.	Publication du sursis (art. 296a P-LP)	349
8.2.	Ouverture de la faillite (art. 296 b P-LP)	349
B.	<i>Projet de révision de la LB</i>	349
1.	Ouverture de la procédure d'assainissement (art. 28 al. 1 P-LB 2009)	350
2.	Désignation d'un délégué à l'assainissement (art. 28 al. 3 P-LB 2009)	350

3. Contenu du plan d'assainissement (art. 30 P-LB 2009)	351
CONCLUSION.....	352

MOTS-CLEFS ET RÉSUMÉ

MOTS-CLEFS

Sursis concordataire ; assainissement ; concordat ; commissaire au sursis ; chargé d'enquête ; délégué à l'assainissement ; FINMA ; mesures protectrices ; prorogation d'échéance ; banques ; négociants en valeurs mobilières.

Composition moratorium ; reorganization ; trustee ; judicial management ; administrator ; receiver ; administration ; receivership ; banks ; securities dealers ; moratorium ; postponement of maturity date.

RÉSUMÉ

En droit suisse, l'assainissement des entreprises commerciales peut notamment intervenir grâce à l'homologation d'un concordat, ordinaire ou par abandon d'actif. Le sursis concordataire voit intervenir quatre acteurs : le débiteur, qui bien souvent initie la procédure concordataire, les créanciers, le juge du concordat qui statue sur la requête de sursis, cas échéant provisoire, déposée par le débiteur ou un créancier, et enfin le commissaire au sursis. Ce dernier est nommé par le juge pour déployer des activités de surveillance du débiteur, de gestion de l'entreprise du débiteur, et procédurales. Paradoxalement, alors que la mission du commissaire est extrêmement vaste, elle n'est abordée que de façon disparate par quelques dispositions légales de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.

La protection et l'assainissement d'entités soumises à la surveillance de la FINMA obéissent à des règles propres. En cas d'insolvabilité d'un assujetti, la FINMA nomme en général un chargé d'enquête, qui a non seulement pour rôle d'examiner la solvabilité de l'assujetti, mais qui est aussi en charge de sa surveillance. La FINMA peut également ouvrir une procédure d'assainissement, et nommer un délégué à l'assainissement. Ce qui est vrai pour le commissaire au sursis l'est également pour les mandataires précités nommés par la FINMA.

Partant de ce double constat, l'auteur s'est proposé d'analyser dans le détail le rôle, la fonction et la responsabilité du commissaire au sursis et du chargé d'enquête, respectivement du délégué à l'assainissement bancaire.

Après une brève introduction consacrée à la typologie du concordat et aux différentes phases de la procédure concordataire, l'auteur examine le statut du commissaire et le rapport de droit qui le lie aux différentes parties à la procédure. De la qualification du statut du commissaire, découlent pour lui un certain nombre d'obligations et de conséquences, notamment en matière de récusation, de surveillance et de rémunération. L'auteur consacre ensuite un chapitre à la responsabilité civile et pénale du commissaire au sursis.

Dans un chapitre subséquent, l'auteur se penche sur le début et la fin de l'activité du commissaire, et examine en particulier s'il existe, pour une personne physique ou une personne morale, un droit, constitutionnel ou découlant d'une autre loi, à être nommée aux charges de droit.

Le cœur de la thèse de doctorat est consacré à la description et à l'analyse des activités de surveillance d'une part, de gestion d'autre part, et enfin procédurales que la loi et le juge du concordat attribuent au commissaire au sursis. Dans le cadre de l'examen des activités de surveillance, l'auteur se prononce sur les conséquences en droit des poursuites et des faillites et en droit privé de la conclusion de contrats par le débiteur sans l'accord du commissaire. Il analyse également le cas de la vente – controversée – pendant le sursis, de l'entreprise, ou de pans de l'entreprise, du débiteur en sursis, en accordant une place prépondérante à la compétence pour autoriser un tel transfert et aux règles devant être respectées pour que les intérêts des créanciers, qui ne se sont à ce stade pas encore prononcés sur le concordat, soient sauvegardés.

La même structure est utilisée s'agissant de l'étude du statut, du rôle et de la responsabilité des mandataires nommés par la FINMA. La loi ne détaillant pas, ou peu, les activités des chargé d'enquête et délégué à l'assainissement, l'auteur tente de transposer aux mandataires FINMA les solutions dégagées dans le cadre de l'analyse des activités du commissaire au sursis, avec quelques nécessaires adaptations requises du fait de la nature bancaire ou de négociants en valeur mobilières des activités menées par les entreprises soumises à la surveillance de la FINMA.

L'auteur termine sa thèse de doctorat par un examen détaillé des propositions de modifications de l'avant-projet de révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite relatif à l'assainissement des entreprises et du projet de loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires.

ABRÉVIATIONS

al.	alinéa(s)
aLP	ancienne loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, dans sa version antérieure à la révision du 16 décembre 1994
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994/15 mars 2001 (RS 172.056.5)
AMP 0632.231.422)	Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (RS
AP	avant-projet
AP-LP 2009	Avant-projet de modification de la LP (procédure d'assainissement) du 28 décembre 2008
Art.	article(s)
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral [recueil officiel]
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BISchK	Blätter für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
BSK-BG	Basler Kommentar, Bankengesetz
BSK-IPRG	Basler Kommentar zum Internationales Privatrecht
BSK-OR I	Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529
BSK-SchKG	Basler Kommentar zum SchKG (éd.: STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, Bâle, Genève, Munich, 1998/2005)
BSK-Strafrecht II	Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392
BSK- ZGB II	Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)

CE	Conseil de l'Union européenne
ch.	Chiffre
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
COMI	Centre des intérêts principaux
consid.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311)
CR-CO I	Commentaire romand, Code des obligations, art. 1-529 (éd.: THÉVENOZ/WERRO, Bâle 2003)
CR-LP	Commentaire romand, Poursuite et faillite (éd.: DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, Bâle, Genève, Munich, 2005)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Éd.	Éditeur / édition
ECS	L'expert-comptable suisse
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses (Genève)
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktsrecht
in	dans
IWIR	Insolvenz- und Wirtschaftsrecht
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAEGER, SchKG-Kommentar 1997/2001)	Kommentar zum SchKG (éd.: JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Zurich, 1997/2001)
JdT	Journal des Tribunaux
KUKO-SchKG	Kurzkommentar zum SchKG (éd.: HUNKELER, Bâle, 2009)

LAVS (RS 831.10)	Loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants du 20 décembre 1946
LLCA	Loi sur les avocats du 23 juin 2000
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (RS 943.02)
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (RS 954.1)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (RS 221.301)
LGDB	Projet de loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires du 11 septembre 2009
LHID	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (RS 642.14)
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (RS 642.11)
<i>lit.</i>	Littera
LMP	Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1)
<i>loc.cit.</i>	Loco citato
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPCC	Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (RS 951.31)
Message	Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991 (FF 1991 III 1 ss)
OAOF	Ordonnance du Tribunal fédéral sur l'administration des offices de faillite du 13 juillet 1911 (RS 281.32)
OBVM	Ordonnance de la FINMA sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.193).

OELP	Ordonnance du Conseil fédéral sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 23 septembre 1996 (RS 281.35)
OFB-FINMA	Ordonnance de la FINMA sur la faillite bancaire du 30 jui 2005 (RS 952.812.32)
<i>op. cit.</i>	Opere citato
p.	page
P-LB	projet de modification de la LB du 11 septembre 2009 (LGDB)
pp.	pages
PJA	Pratique juridique actuelle
Rapport LGDB	Rapport explicatif du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires du 11 septembre 2009
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse
RPI	Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SchKG	Schuldbetreibungs- und Konkurs Gesetz
ST	Der Schweizer Treuhänder
StGB	Strafgesetzbuch
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivants
TC	Tribunal cantonal
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral

TFAS	Tribunal fédéral des assurances sociales
ZBJ	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZK-IPRG	Zürcher Kommentar zum IPRG
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

BIBLIOGRAPHIE

PUBLICATION OFFICIELLES

GROUPES D'EXPERTS

- Rapport sur l'avant-projet de la commission d'experts chargée de réexaminer globalement la LP, adressé au Département fédéral de justice et police en décembre 1981.
- GROUPE D'EXPERTS I, Le droit suisse de l'assainissement doit-il être révisé? Thèses et propositions au regard de l'assainissement des entreprises, Rapport du groupe d'experts chargé de réexaminer la procédure concordataire, Berne 2005.
- GROUPE D'EXPERTS II, Révision de loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) : procédure d'assainissement, Rapport et avant-projet du groupe d'experts « procédure concordataire » Berne, juin 2008.

CONSEIL FÉDÉRAL

- Rapport explicatif relatif à la loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires (loi sur la garantie des dépôts bancaires, LGDB) du 11 septembre 2009 (cité Rapport LGDB et art. P-LB 2009).
- Rapport explicatif de décembre 2008 relatif à l'avant-projet de modification de la LP (procédure d'assainissement),
- Message à l'assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite adopté par le conseil fédéral le 23 février 1886, FF 1886 p. 1-156.
- Message concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, FF 1991 III p. 1-315.

DOCTRINE

ALTHAUS ANNETTE, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, Rechtsfragen der internationalen Zusammenarbeit unter Bank- und Finanzmarktaufsichtsbehörden mit besonderer Berücksichtigung der Regelung in der Schweiz, 2^{ème} édition, Berne 2001.

AMONN KURT

- Die Aufgaben des Sachwalters nach dem Bundesgesetz über die Anlagefonds, in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht, n°22 (1970), pp. 52-74 (cité: Die Aufgaben des Sachwalters)
- Die generelle Debitorenzession im Konkurs in: BLSchK 43 (1979) 5, p. 129-139 (cité : Die generelle Debitorenzession im Konkurs).

AMONN KURT / WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8^{ème} éd., Berne 2008.

ARROYO MANUEL, Zu Sinn und Tragweite von art. 310 abs. 2 SchKG im Nachlassverfahren: Verbindlichkeiten der Masse, in BJM 2003, n°5, p. 233-277, Bâle 2003.

ATTINGER BARBARA JEANNE, Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen nach der EuInsVO – erfolgreiches Konzept oder Quelle der Rechtsunsicherheit ?, thèse, Sarrebruck 2008.

AUBERT GABRIEL

- ad Art. 319-362 CO in : THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich 2003 (citée : AUBERT, CR CO I, n° ad art.).
- Insolvence et transfert d'entreprise : à propos de l'article 333 CO, in : FÖEX BÉNÉDICT / THÉVENOZ LUC (éd.), Insovence, désendettement et rederssement, Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Bâle, Genève, Munich 2000, p. 9-15.

AUBERT GABRIEL / AUBERT JEAN-FRANÇOIS / EICHENBERGER KURT, Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, Bâle, Zurich, Berne (Vol. 3).

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, ad Art. 49 Cst., in : AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève 2003. (cité : AUBERT, Petit commentaire de la Constitution fédérale, n° ad art.).

AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève 2003.

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL

- Droit constitutionnel suisse, Vol. I, L'Etat, 2^{ème} édition, Berne 2006.
- Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Les droits fondamentaux, 2^{ème} édition, Berne 2006.

BACHMANN HANS, Fälligkeitsaufschub und Stundung im schweizerischen Bankrecht, thèse, Aarau 1941.

BAHAR RASHID, Les créanciers dans l'assainissement, abandon, subordination et conversion de créances in: RDS 124 (2005) I p. 479-514.

BAILEY EDWARD, Voluntary Arrangements, 2^{ème} édition, Londres 2007.

BAUER THOMAS, ad Art. 28, 32 LB in: WATTER ROLF / VOGT PETER NEDIM / BAUER THOMAS / WINZELER CHRISTOPH (éd.), Basler Kommentar, Bankengesetz, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité: BAUER, BSK BG, n° ad art.).

BAUMANN KONRAD, Le rôle des liquidateurs lors de la réalisation des immeubles compris dans un concordat par abandon d'actif in : BISchK 54 (1990), 2, pp. 41-47.

BELLANGER FRANÇOIS, La notion de marchés publics, une définition sans concession in : AUER ANDREAS/ FLÜCKIGER ALEXANDRE / HOTTELIER MICHEL, Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni, Genève 2007, p. 399-422.

BELLANGER FRANÇOIS / BOVET CHRISTIAN, Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage? in : Baurecht / Droit de la construction 1999 p. 164-166.

BELLWALD PETER, Die disziplinarischen Verantwortlichkeit der Beamten, thèse, Berne 1985.

BERSHEDA VUCUROVIC Tetiana, Civil Liability of Company Directors and Creditors, Protection in the vicinity of Insolvency, thèse, Zurich, Bâle, Genève 2007.

BERTSCHINGER URS, Zur Untersuchung von Effekentransaktionen durch die Aufsichtsbehörde, in : VOGT NEDIM / SUPP ERIC / DUBS DIETER (éd.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum Für Rolf Watter, Zürich, Saint-Gall 2008, p. 21-35.

BIZZORERO ALESSANDRO, Les interventions urgentes de la Commission fédérale des banques in: BERNASCONI PAOLO / CHOPARD RENÉ (éd.), Mesures provisionnelles judiciaires et administratives. Droits et devoirs de la banque suisse et de ses clients, Bellinzona 1999, p. 15-31.

BODMER DANIEL / KLEINER BEAT / LUTZ BENNO, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Stand : 18. Nachlieferung 2009, Zurich 2009.

BÖNI WALTER, Die Massenverbindlichkeiten im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, thèse, Gossau 1959.

BOOG MARKUS, ad Art. 317-318 CP in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER H.(éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2^{ème} édition, Bâle 2007 (cité: BOOG, BSK Strafrecht II, n° ad art.).

BOOP LUKAS, ad Art. 175 LDIP in: HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / SCHNYDER ANTON K. / BERTI STEPHEN V., Basler Kommentar zum Internationales Privatrecht, 2^{ème} édition, Bâle 2007 (cité BOPP, BSK-IPRG I, n° ad art.).

BÖTSCHI ALBERT, Der gerichtliche Nachlassvertrag, in : BISchK 46 (1982), 1, p. 41- 49.

BOVET CHRISTIAN

- Observateurs et liquidateurs en droit bancaire et financier in: FOËX BÉNÉDICT / THÉVENOZ LUC (éd.), Insolvence, Désendettement et redressement, Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Bâle 2000, p. 65-85.
- ad Art. 305-318 CO in : THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich 2003 (cité : BOVET, CR CO I, n° ad art.)

BRAND ERNST, Nachlassvertrag, FJS N° 958/9.

BROGLI ALAIN, La procédure sommaire en droit des poursuites, thèse, Lausanne 2003.

BRUNNER ALEXANDER, ad Art. 163-171^{bis} CP in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER H.(éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2ème édition, Bâle 2007 (cité: BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° ad art.).

CAMPONOVO RICO A., Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, in: ST 1998, p. 1417-1422.

CHARDONNENS JEAN-PIERRE, Comptabilité des groupes, Cham 2005.

CHAUDET FLORIAN, Ajournement de la faillite de la société anonyme, Conditions, effets, compétences et responsabilité, art. 725a CO, Bâle, Genève, Munich 2001.

COMETTA FLAVIO

- La procedura concordataria nel nuovo diritto in: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi (éd.), a cura di: CAIMI CARLO LUIGI, COMETTA FLAVIO, Atti della giornata di studio del 9 ottobre 1995, La revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento, Lugano 1995 (cité: COMETTA).
- Diritto esecutivo federale e sanzione penale, in: ANGST PAUL / COMETTA FLAVIO / GASSER DOMONIK (éd.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Bâle, Genève, Munich 2000, pp. 193-212. (cité: COMETTA, Diritto esecutivo federale e sanzione penale).
- ad Art. 17-22 LP in: STAEHELIN ADRIAN, BAUER THOMAS, STAEHELIN DANIEL (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Vol. I et III, Bâle, Genève, Munich 1998-2005 (cité COMETTA, BSK-SchKG, n° ad art. et ad n° ad art. pour l'ouvrage de 2005).

CORADI ANDREAS, Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG, thèse, Zurich 1973.

CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse, Vol. 1 et 2, Berne 2002.

DALLÈVES LOUIS

- DALLÈVES LOUIS, ad Art. 1 à 16 LP in: DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité DALLÈVES, CR LP, n° ad art.).
- Des effets du concordat sur les contrats du débiteur, in Société anonyme suisse, Volume 54 (1982), p. 114-123 (cité : Des effets du concordat sur les contrats du débiteur).
- Concordat, AJP/PJA 1996, p. 1439-1445 (cité: Concordat).
- Faillite et concordat, in : La LP révisée, la loi révisée sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1997, pp. 117-143 (cité : faillite et concordat).
- L’avocat commissaire au concordat, in : Journée juridique valaisanne, Bramois/Sion 1997 (cité : l’avocat commissaire au concordat).

DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005.

DE BOTH JEAN-YVES, Transfer of Assets - Practical Perspectives, in: Gesellschafts- und Kapitalmarktsrecht 1/2008, p. 5-17.

DÉFAGO GAUDIN Valérie, L’immeuble dans la LP : Indisponibilité et gérance légale, Genève, Zurich, Bâle 2006.

DELNON VERA, ad Art. 303-305, 306-311 CP in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER H.(éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2ème édition, Bâle 2007 (cité: DELNON, BSK Strafrecht II, n° ad art.).

DIETH MARKUS, Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG, AJP/PJA 2002, p. 363-381.

DIETSCH PETER, (Global) Debitorenzession im Nachlassverfahren, SJZ 93 (1997), H. 18, p. 337-345.

DUTOIT BERNARD, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 3^{ème} édition revue et augmentée, Bâle 2001.

EHRENZELLER BERNHARD / MASTRONARDI PHILIPPE / SCHWEIZER RAINER J. / VALLENDER KLAUS A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2^{ème} édition, St-Gall, Zurich, Bâle, Genève 2008.

EMCH URS / RENZ HUGO / ARPAGAUS RETO, Das Schweizerische Bankgeschäft, praktische Lehrbuch und Nachschlagewerk, 6^{ème} édition, Zurich, Bâle, Genève 2004.

EMMEL FRANK, ad Art. 12-16 LP in: STAEHELIN ADRIAN, BAUER THOMAS, STAEHELIN DANIEL (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Vol. I et III, Bâle, Genève, Munich 1998-2005 (cité EMMEL, BSK-SchKG, n° ad art. et ad n° ad art. pour l'ouvrage de 2005).

EMMENEGGER SUSAN, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Grundlinien einer Dokmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Berne 2004.

ERARD PAULINE, ad Art. 17 à 37 LP in : DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité ERARD, CR LP, n° ad art.).

ERKEN EMRAH, Verbesserte Rechtsstellung des Nachlassschuldners während der Nachlassstundung Kollektive Schuldenbereinigung und Sanierung als Zielsetzung, ST 2002, p. 893-899.

FRITZSCHE HANS/ WALDER-BOHNER HANS ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht: ein Lehrbuch, Vol. II, 3^{ème} éd., Zurich 1993.

FUCHS URSULA, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Reihe A: Privatrecht, Bd 48, thèse, Bâle, Genève 1999.

GAILLARD LOUIS, ad Art. 314 à 336 LP in : DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité GAILLARD, CR LP, n° ad art.).

GALLI PETER / MOSER ANDRÉ / LANG ELISABETH / CLERC EVELYNE, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung dse Bundes, der Kantone und der Europäischen Union, 2^{ème} édition, 1. Band, Zurich, Bâle, Genève 2007.

GALLI PETER / LEHMANN DANIEL / RECHSTEINER PETER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Ein Handbuch für die Praxis, Zurich 1996.

GANI LUCIEN, ad Art. 293 à 304 LP in : DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité GANI, CR LP, n° ad art.).

GASSER DOMINIK

- Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens nach rev. SchKG in : ZBJ 132 (1996), H. 1, p. 1-25 (cité : GASSER, Nachlassverfahren)
- ad Art. 5-7 LP in: STAEHELIN ADRIAN, BAUER THOMAS, STAEHELIN DANIEL (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Vol. I et III, Bâle, Genève, Munich 1998-2005 (cité GASSER, BSK-SchKG, n° ad art. et ad n° ad art. pour l'ouvrage de 2005).

GEISER THOMAS, Betriebsübernahmen und Massenentlassungen, in : HASENBÖHLER FRANZ / SCHNYDER ANTON K., Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht, Kolloquium zu Ehren von Professor Adran Staehelin, Zurich 1997, p. 101- 121.

GILLIÉRON PIERRE-ROBERT

- Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, Vol. I et IV, Lausanne 1999-2003 (cité : n° ad art.).
- Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4ème éd. revue et complétée, Lausanne 2005 (cité : Poursuite).

GIRSBERGER DANIEL / HEINI ANTON / KELLER MAX / KOSTKIEWICZ JOLANTA K. / SIEHR KURT / VISCHER FRANK / VOLKEN PAUL (éd.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. ergänzte und verbesserte Auflage, Zurich, Bâle, Genève 2004.

GLARNER HANS, Das Nachlassvertragsrecht nach schweizerischem SchKG, Ein Leitfaden für die Praxis, mit Pflichtenheft für den gerichtlich bestellten Sachwalter, Zurich 1967.

GRISEL ANDRÉ, Traité de droit administratif, Vol. II, Neuchâtel 1984 (cité : Traité).

GRISEL ETIENNE, Liberté économique, Libéralisme et droit économique en Suisse, Berne 2006 (Cité : Liberté économique).

HABERTHÜR BRUNO, Die Sicherstellung in der Nachlassstundung, Abhandlung, BISchK 14 (1950), 6, p. 161-165.

HÄFELIN ULRICH /HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrechts, 5^{ème} édition, Zurich 2001.

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^{ème} édition, Zurich, Bâle, Genève 2002.

HARDMEIER HANS ULRICH

- Das aktienrechtliche Moratorium und der gerichtliche Nachlassvertrag als Sanierungsinstrumente: unter Berücksichtigung der Vorlage der eidgenössischen Räte zur Revision des SchKG in: Recht und Rechtsdurchsetzung: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, p. 503-514, Zurich 1994.
- ad Art. 305-313 LP in: STAEHELIN ADRIAN, BAUER THOMAS, STAEHELIN DANIEL (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Vol. I et III, Bâle, Genève, Munich 1998-2005 (cité GASSER, BSK-SchKG, n° ad art. et ad n° ad art. pour l'ouvrage de 2005).
- Ad art. 293-304 LP in: HUNKELER DANIEL (éd.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Bâle 2009 (cité HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° ad art.).

HARI OLIVIER

- Action révocatoire et prêt d'assainissement font-ils bon ménage? Le remboursement d'un prêt d'assainissement en tant que Sonderfall de l'article 288 LP à la lumière de l'ATF 134 III 452 du 29 mai 2008 in : GesKR 4/2008, p. 372-377. (cité : action révocatoire et prêt d'assainissement).
- Droits du créancier contre les coobligés du débiteur concordataire, Examen de l'art. 303 LP à la lumière de l'arrêt du Tribunal fédéral 5C.309/2006 du 5 mars 2007, in : Jusletter du 4 juin 2007 (cité : droits du créancier contre les coobligés du débiteur concordataire).

HEIM ROLF, Mängel im heutigen SchKG, Firmen-Liquidationen im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung in: ST 67 (1993), 1/2, p. 47-51.

HEIMGARTNER STEFAN, ad Art. 312, 313 CP in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER H.(éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2^{ème} édition, Bâle 2007 (cité: HEIMGARTNER, BSK Strafrecht II, n° ad art.).

HERREN PETER, Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB, thèse, Zurich, Bâle, Genève, 2006.

HESS MARTIN, ad Art. 27 LB in: WATTER ROLF / VOGT PETER NEDIM / BAUER THOMAS / WINZELER CHRISTOPH (éd.), Basler Kommentar, Bankengesetz, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité: HESS, BSK BG, n° ad art.).

HOHL FABIENNE, ad Art. 68-83 CO in : THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich 2003 (cité : HOHL, CR CO I, n° ad art.)

HONAUER NIKLAUS, Das Nachlassverfahren, bleibt alles beim alten? In: ST 61 (1987), 4, p. 151-155.

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 CC, 2^{ème} édition, Bâle, Genève, Munich 2003.

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 CO, 4^{ème} édition, Bâle, Genève, Munich 2007.

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / SCHNYDER ANTON K. / BERTI STEPHEN V., Basler Kommentar zum Internationales Privatrecht, 2^{ème} édition, Bâle 2007.

HUNKELER DANIEL

- (Ed.), Kurzkomentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Bâle 2009.
- HUNKELER DANIEL, ad art. 305-316 LP in: HUNKELER DANIEL (éd.), Kurzkomentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Bâle 2009 (cité HUNKELER, KUKO-SchKG, n° ad art.).
- Streiflichter durch das gerichtliche Nachlassverfahren : ausgewählte Einzelfragen zur Entwicklung des Nachlassvertragsrechts (Art. 293 ff. SchKG) unter besonderer Berücksichtigung der jüngsten

bundesgerichtlichen Rechtsprechung in: ZZZ 2004, 3, p. 297-318 (citée: Streiflichter durch das gerichtliche Nachlassverfahren).

- Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG: mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands, thèse, Fribourg 1996 (citée: HUNKELER).

HÜPKES EVA

- Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht. Die Bankenkommission als Konkursbehörde, IWIR 2002, p. 125-137 (citée: Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht).
- ad Art. 29-31 LB in: WATTER ROLF / VOGT PETER NEDIM / BAUER THOMAS / WINZELER CHRISTOPH (éd.), Basler Kommentar, Bankengesetz, Bâle, Genève, Munich 2005 (citée: HÜPKES, BSK BG, n° ad art.).
- Insolvency – What is different about banks? in: PETER HENRY / JEANDIN NICOLAS / KILBORN JASON, The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 471-484 (citée: Insolvency – What is different about banks?).

HURTER HANS, Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung, thèse, Lucerne 1988.

HÜSSY OTHMAR, Der Nachlassvertrag und die Stundung als Grundlagen der rechtlichen Sanierungsmassnahmen nach schweizerischem Recht, thèse, Winterthur 1944.

IQBAL YASMINE, SchKG und Verfassung, - Dürfen die Grundrechte bei der Zwangsvollstreckung vernachlässigt werden? in: AJP/PJA 2004 p. 627-637.

JAEGER CARL / WALDER HANS ULRICH/ KULL THOMAS M./ KOTTMANN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I et III, 4^{ème} éd., Zurich 2001 (citée: Jaeger, SchKG-Kommentar, n° ad art.).

JANGGEN ANDREA, Globalzession im Konkurs: Banken, Konkursverwaltung und Sachwalter sind sich oft nicht einig in: Insolvenz und Wirtschaftsrecht, 1 (1998), vol. 2, p. 67-71.

JAQUES CHARLES

- La reconnaissance en Suisse du concordat homologué en faveur du groupe Parmalat in : Jusletter du 2 février 2009.
- ad Art. 244 à 251 LP in : DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité JACQUES, CR LP, n° ad art.).

JEANDIN NICOLAS

- ad Art. 120-126 CO in : THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich 2003 (citée : JEANDIN, CR CO I, n° ad art.)
- Les effets de la faillite sur le contrat de durée, in : BELLANGER FRANÇOIS, CHAIX FRANÇOIS, CHAPPUIS CHRISTINE (éd.), Le contrat dans tous ses états, Berne, 2004, pp. 71-99 (cité : les effets de la failite sur le contrat de durée).
- L’insolvabilité en relation avec les contrats de bail et de travail, RDS 124 (2005), I, 3, p. 189 à 218 (cité : l’insolvabilité en relation avec les contrats de bail et de travail).
- Resolving the conflict between creditors and the “weak party” in long-terms contracts in insolvency case in: PETER HENRY / JEANDIN NICOLAS / KILBORN JASON, The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 153-164 (cité: Resolving the conflict between creditors and the “weak party”).

JEANNERET VINCENT / CAVADINI-BIRCHLER FRANCESCA, Quelques aspects pratiques du nouveau droit de la procédure concordataire (LP), SJ 121 (1999), partie II, n° 9, p. 195-224.

JEANNERET VINCENT / HARI OLIVIER, Contrat de bail et insolvabilité du bailleur ou du locataire, Le sort des contrats de bail en cas d’ajournement de faillite (art. 725a CO), de procédure concordataire (art. 293 ss LP) ou de faillite (art. 159 ss LP) du bailleur ou du locataire in : JdT 2007 II (poursuite), Supplément hors édition, p. 21-54.

JEANNERET VINCENT / PEYROT LAURE, Procédures concordataires et faillites. Quelle est la protection des actionnaires ? in : ST 2002 p. 514-518.

JEANNERET VINCENT

- ad Art. 317-332 LP in: STAEHELIN ADRIAN / BAUER THOMAS / STAEHELIN DANIEL (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Vol. I et III, Bâle, Genève, Munich 1998-2005 (cité JEANNERET, BSK-SchKG, n° ad art. et ad n° ad art. pour l'ouvrage de 2005).
- ad Art. 208-220 et 260 LP in : DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité JEANNERET, CR LP, n° ad art.).
- Cross Border Insolvency in : FOËX BÉNÉDICT / THÉVENOZ LUC (éd.), Insolvenze, désendettement et redressement, Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Bâle, Genève, Munich 2000, p. 171-185.

JUNOD-MOSER DOMINIQUE, ad Art. 314-336 LP in : DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité JUNOD-MOSER, CR LP, n° ad art.).

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, ad Art. 166 à 175 LDIP in : DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité KAUFMANN-KOHLER, CR LP, n° ad art.).

KLARER HEINZ, Die Globalzession von Debitorenforderungen als wirksames und notwendiges Sicherungsmittel und ihre Behandlung im Konkurs, in: SJZ 94 (1998), vol. 16/17, p. 354-357.

KNAPP BLAISE, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd., Bâle, Francfort-sur-le-Main 1991.

KNAPP BLAISE, ad Art. 74 aCst., AUBERT GABRIEL / AUBERT JEAN-FRANÇOIS / EICHENBERGER KURT, Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, Bâle, Zurich, Berne (Vol. 3) (cité : KNAPP, Commentaire Cst. 1874, n° ad art.).

KRAMER MICHAEL / ROHNER THOMAS, Der Beginn der zweijährigen Verwirkungsfrist gemäss Art. 292 SchKG für die Anfechtung (Pauliana) im Rahmen des Nachlassverfahrens, AJP/PJA 2006, vol. 6 , p. 688-694.

KRAMPF MICHAEL, Sicherstellungspflicht beim Liquidationsvergleich am Beispiel der Swissair-Nachlassverfahren, AJP/PJA 2003, vol. 5, p. 574-575.

KRAUSKOPF LUTZ, Die zivilrechtliche Haftung der Organe, Behörden und Gerichte im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG) de lege lata et ferenda in: DALLÈVES LOUIS / KLEINER BEAT / KRAUSKOPF LUTZ / RASCHEIN ROLF / SCHÜPBACH HENRI und die Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (éd.), Festschrift 100 Jahre SchkG, Centenaire de la LP, Zurich 1989, p. 117-128.

LCHAT DAVID, ad Art. 253-274g CO in : THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich 2003 (cité : LCHAT, CR CO I, n° ad art.)

LANZ MARTIN / RYSER ROLAND, Strafrechtliche Aspekte der Financial Assistance, in GesKR 1/2008, p. 33-43.

LE FORT ALAIN, Les conflits d'intérêts in : JEANNERET VINCENT / HARI OLIVIER (éd.), Défis de l'avocat au XXI^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Madame le Bâtonnier Dominique Burger, Genève 2008, p. 179-206.

LEU URS, ad Art. 68-90 CO in: HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 CO, 4^{ème} édition, Bâle, Genève, Munich 2007 (cité LEU, BSK-OR I, n° ad art.).

LEUENBERGER CHRISTOPH, ad Art. 122 Cst. in: EHRENZELLER BERNHARD / MASTRONARDI PHILIPPE / SCHWEIZER RAINER J. / VALLENDER KLAUS A. (éd.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zurich, Bâle, Genève 2002 (cité: LEUENBERGER, BV-Kommentar, n° ad art.).

LEVANTE MARCO, ad art. 5-7, 13-15 LP in: HUNKELER DANIEL (éd.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Bâle 2009 (cité LEVANTE, KUKO-SchKG, n° ad art.).

LÉVY LAURENT, ad Art. 217-332 LP in: STAEHELIN ADRIAN, BAUER THOMAS, STAEHELIN DANIEL (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Vol. I et III, Bâle, Genève, Munich 1998-2005 (cité LÉVY, BSK-SchKG, n° ad art. et ad n° ad art. pour l'ouvrage de 2005).

LORANDI FRANCO

- Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, thèse Berne, Stuttgart, Vienne 1994 (cité: Der Freihandverkauf).
- Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG, Bâle, Genève, München 2000 (cité: Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit).
- Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR im Zusammenhang mit Sanierungen und Zwangsvollstreckung in: ANGST PAUL / COMETTA FLAVIO / GASSER DOMINIK (éd.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Bâle, Genève, Munich 2000 (cité: Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR).
- Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung, in ZZZ 2004, p. 73-116 (cité: Genehmigungsbedürftige Geschäfte).
- Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, AJP/PJA 2004, vol. 10, p. 1209-1224 (cité: Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren).
- Durchführung der Verwertung in der Zwangsvollstreckung durch Privatpersonen in: AJP/PJA 2000, vol. 7, p. 846-856 (cité: Durchführung der Verwertung in der Zwangsvollstreckung).
- Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers in AJP/PJA 2005, vol. 11, p. 1299-1311 (cité: Sicherungsgeschäfte).

LORANDI FRANCO / CAMPONOVO RICO A., Die Kollokation öffentlich-rechtlicher Geldforderungen im Konkurs und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, BISchK 58 (1994), 5, p. 161-172.

LORANDI FRANCO / ERISMANN MICHAEL, Nachlassvertrag im Konkurs (Art. 332 SchKG) in: AJP/PJA 2009, vol. 3, p. 331- 345.

LUDWIG MAX BEAT, Einige Bemerkungen zu den Funktionen des Sachwalters im Nachlassverfahren in: Abschlussprüfung und Unternehmungsberatung: Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, p. 179-191, Zurich 1975.

LUDWIG PETER, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich): insbesondere seine Durchführung gemäss Art. 316a ff. SchKG, thèse, Berne 1970.

LUTZ BENNO, Sanierung und Liquidation von Banken in der Schweiz : Rückblick und Ausblick in: Banken und Bankrecht im Wandel : Festschrift für BEAT KLEINER, Zurich 1993, p. 251-260.

MAHON PASCAL, ad Art. 27 Cst., in : AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève 2003. (cité : MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, n° ad art.).

MARCHAND SYLVAIN :

- Exécution de décisions étrangères en matière de faillite in : LEUENBERGER CHRISTOPH / GUY JACQUES-ANDRÉ, Entraide judiciaire et exécution forcée, Affaires civiles, enlèvements d'enfant et faillites, Berne 2004, p. 161-186 (cité : Exécution de décisions étrangères en matière de faillite).
- La procédure concordataire, première partie : du sursis à l'homologation, FJS 24, 2004 (cité : FJS 24).
- Transfer of the Debtor's enterprise during the composition moratorium, in: PETER HENRY / JEANDIN NICOLAS / KILBORN JASON, The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 425-439 (cité: Transfer of the Debtor's enterprise during the composition moratorium).
- Poursuite pour dettes et faillite. Du palais de justice à la salle des ventes, Genève, Zurich, Bâle, 2008 (cité : Poursuite pour dettes et faillite. Du palais de justice à la salle des ventes).
- ad Art. 305 à 313 LP in : DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité MARCHAND, CR LP, n° ad art.).

MARCHAND SYLVAIN / HARI OLIVIER, Le sursis concordataire, vecteur de transfert des entreprises commerciales in: Droit des sociétés, Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Bâle, Genève, Munich 2006, p. 99-116.

MARTENET VINCENT / RAPIN CHRISTOPHE, *Le marché intérieur suisse, Les mesures restrictives du droit suisse à la lumière du droit européen*, Berne 1999.

MAURENBRECHER BENEDIKT, ad Art. 305-318 CO in: HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS, *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 CO*, 4^{ème} édition, Bâle, Genève, Munich 2007 (cité MAURENBRECHER, BSK-OR I, n° ad art.).

MEIER ISAAK

- Confidentiality and publicity in insolvency law: is a secret court-based rescue procedure desirable? in : PETER HENRY / JEANDIN NICOLAS / KILBORN JASON, *The challenges of insolvency law reform in the 21st century*, Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 315-330 (cité: Confidentiality and publicity in insolvency law).
- Helvetischer Weg zum Chapter 11, Bericht und Stellungnahme zu den Thesen und Vorschlägen der Expertengruppe zur Überprüfung des Nachlassverfahrensrechts, in: ST 2005 p. 688-691 (cité: Helvetischer Weg zum Chapter 11).
- Chapter 11 im Vergleich mit dem schweizerischen Nachlassverfahren in: *Private law in the international area*, p. 445-463, La Haye, Zurich 2000, p. 445-463 (cité: Chapter 11 im Vergleich mit dem schweizerischen Nachlassverfahren).

MEIER ISAAK / EXNER CHRISTIAN

- Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer bei Sanierungen, ARV 2004, p. 213-233 (cité: Informations- und Konsultationsrechte).
- Laufende Verträge in Konkurs- und Nachlassverfahren, in: BLSchK 70 (2006), 3, p. 85-118 (cité: Laufende Verträge).

MERKT OLIVIER, ad Art. 317-332 LP in: STAEHELIN ADRIAN, BAUER THOMAS, STAEHELIN DANIEL (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Vol. I et III, Bâle, Genève, Munich 1998-2005 (cité MERKT, BSK-SchKG, n° ad art. et ad n° ad art. pour l'ouvrage de 2005).

MÖCKLI PETER, ad art. 8-12 LP in: HUNKELER DANIEL (éd.), *Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, Bâle 2009 (cité MÖCKLI, KUKO-SchKG, n° ad art.).

MOOR PIERRE, Droit administratif, Vol. III : L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat, Berne 1992.

NEURONI NAEF ELENA / NAEF FRANCESCO, Droit suisse de la faillite internationale : la faillite d'un système in : AJP/PJA 2008, vol. 11, p. 1396-1412.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER H.(éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2^{ème} édition, Bâle 2007.

OBERHAMMER PAUL, Aktuelle Probleme des europäischen Insolvenzrechts In: Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht IV, Zurich, Bâle, Genève 2005, p. 117-138.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Avis de droit du 12 octobre 2002, Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 OR in einem Insolvenzverfahren. Swissair, in : JAAC 66.8.

PETER HENRY, ad Art. 285 à 292 LP in : DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité PETER, CR LP, n° ad art.).

PETER WOLFGANG, ad Art. 120-126 CO in: HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 CO, 4ème édition, Bâle, Genève, Munich 2007 (cité PETER, BSK-OR I, n° ad art.).

PHILIPPIN EDGAR

- Questions choisies de droit de l'exécution forcée en relation avec la loi sur la fusion in : BISchK 70 (2006), 4, p. 1-44 (cité : Questions choisies).
- La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral. Effets sur le droit des poursuites et faillites, in : JdT 2007 II (poursuite), Supplément hors édition, p. 130-162 (cité : La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral).

PIETH MARK, ad Art. 322^{ter}-322^{octies} CP in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER H.(éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2ème édition, Bâle 2007 (cité: PIETH, BSK Strafrecht II, n° ad art.).

PORTMANN WOLFGANG, ad Art. 319-362 CO in: HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 CO, 4ème édition, Bâle, Genève, Munich 2007 (cité PORTMANN, BSK-OR I, n° ad art.).

POUDRET JEAN-FRANÇOIS / SANDOZ-MONNOZ SUZETT, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, Berne 1992.

RAPPO AURELIA, Les marchés publics, champ d'application et qualification in : RDAF 2005 I pp. 165-181.

RATHGEB CHARLES E., Le concordat par abandon d'actif, thèse, Lausanne 1932.

REHBERG JÖRG / SCHMID NIKLAUS / DONATSCH ANDREAS: Strafrecht III, 8ème édition, Zurich, Bâle, Genève 2003.

RIGOZZI ANTONIO, ad Art. 166 à 170 LDIP et art. 172 à 174 LDIP in : DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS, Commentaire romand de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité RIGOZZI, CR LP, n° ad art.).

ROTH DANIEL, Equal versus privileged treatment of creditors in bankruptcy proceedings, in: PETER HENRY / JEANDIN NICOLAS / KILBORN JASON, The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 140-148.

ROTH-HERREN ROLF, Die Voraussetzungen zur Gewährung der Nachlassstundung und zur Bestätigung des Nachlassvertrages, thèse, Bâle, 1988.

RUCH ALEXANDER, ad Art. 49 Cst. in: EHRENZELLER BERNHARD / MASTRONARDI PHILIPPE / SCHWEIZER RAINER J. / VALLENDER KLAUS A. (éd.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zurich, Bâle, Genève 2002 (cité: RUCH, BV-Kommentar, n° ad art.).

RUEDIN ROLAND

- Le dilemme du devoir de fidélité de l'administrateur de filiale, Tiré à part de: Questions économiques de notre temps : contributions à l'occasion du 75e anniversaire de l'École des hautes études commerciales de l'Université de Lausanne / rassemblées par OLIVIER BLANC, Lausanne 1987, p. 217-234 (cité : Le dilemme du devoir de fidélité de l'administrateur).
- Problèmes du droit concordataire in: BISchK 42 (1978), 3, p. 65-77 (cité : Problèmes du droit concordataire).

RÜDY BERNHARD, ad Art. 303-305, 306-311, 319 CP in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER H.(éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2^{ème} édition, Bâle 2007 (cité: RÜDY, BSK Strafrecht II, n° ad art.).

SAHLI PETER, Verwertung von Immobilien während des Nachlassverfahrens, Entscheidungsgrundlagen und Verwertungsvarianten für Pfandgläubiger und Pfandeigentümer in : ST 2005, p. 387-391.

SCHÄRER HEINZ, ad Art. 305-318 CO in: HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 CO, 4ème édition, Bâle, Genève, Munich 2007 (cité SCHÄRER, BSK-OR I, n° ad art.).

SCHÖBER ROGER, ad art. 221-234 LP in: HUNKELER DANIEL (éd.), Kurzkomentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Bâle 2009 (cité SCHÖBER, KUKO-SchKG, n° ad art.).

SCHÜPBACH HENRI-ROBERT

- Droit et action révocatoires : commentaire des articles 285 à 292 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 modifiée le 16 décembre 1994, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1997 (cité : Droit et actions révocatoires).
- Révocation du concordat, in : Insolvence, désendettement et redressement : études réunies en l'honneur de LOUIS DALLÈVES, Genève 2000, p. 253-292 (cité : Révocation du concordat).

SCHWARZENBACH RENÉ / DANNECKER REGULA, Fallbeispiel Swissair zum Aktienrecht und SchKG, Zur Schnittstelle Aktienrecht/SchKG aus der Sicht der Aktionärinteressen in : ST 2002, p. 519-522.

SCHWEIZER RAINER J., ad Art. 8 Cst. in: EHRENZELLER BERNHARD / MASTRONARDI PHILIPPE / SCHWEIZER RAINER J. / VALLENDER KLAUS A. (éd.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zurich, Bâle, Genève 2002 (cité: SCHWEIZER, BV-Kommentar, n° ad art.).

SCHWOB RENATE, ad Art. 26-32 LB in: BODMER DANIEL / KLEINER BEAT / LUTZ BENNO, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Stand : 18. Nachlieferung 2009, Zurich 2009 (cité: SCHWOB, BODMER / KLEINER / LUTZ, n° ad art.

SPÜHLER KARL / INFANGER DOMINIK, Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung. Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassvertrag

in : ANGST PAUL / COMETTA FLAVIO / GASSER DOMINIK (éd.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Bâle, Genève, Munich 2000, p. 225-232.

SPÜHLER KARL

- Bankensstundung und Nachlassstundung bei Banken in Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes, in: Festschrift zum Schweizerischen Juristentag 1994, p. 559-570 (cité: Bankensstundung und Nachlassstundung).
- Anerkennug von ausländischen Insolvenzsentscheiden (mit Einschuss USA) in: Spühler Karl ( d.), Aktuelle Probleme des internationalen Insolvenzrechtes, 42, Zurich, B le, Genève 2003, pp. 83-90 (cité: Anerkennug von ausländischen Insolvenzsentscheiden).

SPÜHLER KARL / GEHRI MYRIAM A., Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 4^{ème} édition, Zurich, B le, Genève 2007.

STAAK KAI S., Der deutsche Insolvenzverwalter im europäischen Insolvenzrecht, thèse, Frankfurt am Main, Berlin, Berne [et al.] 2004

STADLIN MARKUS WALTER, Die Verrechnung im Konkurs und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nach schweizerischem Recht, thèse, B le 1986.

STAEHELIN ADRIAN :

- Freihandverkauf : Rechtsnatur und Anfechtung in: Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht : Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag., Zurich, B le, Genève 2005, p. 397-406 (cité: Freihandverkauf).
- Konkurs im Ausland - Drittschuldner in der Schweiz in: Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht : Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag., Zurich, B le, Genève 2005, p. 407-418 (cité: Konkurs im Ausland).
- Die Revision des SchKG, in BISchK 54 (1990), 5, p. 161-175. (cité: Die Revision des SchKG).
- Nachlassstundung und Nachlassvertrag, in: BISchK 46 (1982), 6, p. 201-212. (cité: Nachlassstundung und Nachlassvertrag).

- Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz, thèse, Bâle 1989 (cité: Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge).
- Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht in: AJP/PJA 1995, vol 3, p. 295-284 (cité: Die internationale Zuständigkeit der Schweiz).
- Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, in : AJP/PJA 2004, vol. 4, p. 363-383 (cité : Vertragsklauseln für den Insolvenzfall).
- ad Art. 285-288a LP in: STAEHELIN ADRIAN, BAUER THOMAS, STAEHELIN DANIEL (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Vol. I et III, Bâle, Genève, Munich 1998-2005 (cité STAEHELIN, BSK-SchKG, n° ad art. et ad n° ad art. pour l'ouvrage de 2005).

STAEHELIN ADRIAN, BAUER THOMAS, STAEHELIN DANIEL (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Vol. I et III, Bâle, Genève, Munich 1998-2005.

STAÜBLI CHRISTOPH, Konkursaufschub/Nachlassvertrag/Einvernehmliche private Schuldenbereinigung, in MEIER ISAAK (éd.), Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, Bâle, Francfort 1996.

STÖCKLI KURT

- Die Unabhängigkeit des Sachwalters, Ballast oder Notwendigkeit, in : IWIR 1/1998, p. 32-33 (cité: Die Unabhängigkeit des Sachwalters).
- Die Vorbereitung des Nachlassstundung für Optimierung der Sanierungschancen unerlässlich, in ST 2003, p. 157-160 (cité: Die Vorbereitung des Nachlassstundung).
- Konsequenzen eines Betriebsübergangs dargestellt am Beispiel von SwisscargoAG in Nachlassliquidation in : ST 79 (2005), 6-7, p. 485-488 (cité: Konsequenzen eines Betriebsübergangs).

STOFFEL WALTER A., Voies d'exécution, poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, Berne 2002.

STRATENWERTH GÜNTER / JENNY GUIDO, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6^{ème} édition, Berne 2003.

STRATENWERTH GÜNTER / BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 6^{ème} édition, Berne 2008.

STOFFEL WALTER A., Voies d'exécution, poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, Berne 2002.

TERCIER PIERRE, Les contrats spéciaux, 3^{ème} édition, Zurich, Bâle, Genève 2003.

THALMANN DOMINIQUE, Les conditions d'homologation du concordat, thèse, Tolochenaz 1989.

THÉVENOZ LUC, ad Art. 97-109 CO in : THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich 2003 (cité : THÉVENOZ, CR CO I, n° ad art.)

THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich 2003.

T'KINT FRANÇOIS / DERUCK WERNER, La faillite, Bruxelles 2006.

TRECHSEL STEFAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Kurzkommentar, 2^{ème} édition, Zurich 2005.

UMBACH-SPAHN BRIGITTE, ad art. 285-292 LP in: HUNKELER DANIEL (éd.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Bâle 2009 (citée UMBACH-SPAHN, KUKO-SchKG, n° ad art.).

VALLENDER KLAUS A., ad Art. 27 Cst. in: EHRENZELLER BERNHARD / MASTRONARDI PHILIPPE / SCHWEIZER RAINER J. / VALLENDER KLAUS A. (éd.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zurich, Bâle, Genève 2002 (cité: VALLENDER, BV-Kommentar, n° ad art.).

VERMEIL GUY / SULMONI CHARLES, Transfer of business by a distressed company: applicability of article 333 of the Swiss code of obligations? in: PETER HENRY / JEANDIN NICOLAS / KILBORN JASON, The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Zurich, Bâle, Genève 2006, p. 185-198.

VOLKEN PAUL, ad Art. 166-175 LDIP in: GIRSBERGER DANIEL / HEINI ANTON / KELLER MAX / KOSTKIEWICZ JOLANTA K. / SIEHR KURT / VISCHER FRANK / VOLKEN PAUL (éd.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. ergänzte und verbesserte Auflage, Zurich, Bâle, Genève 2004 (cité : VOLKEN, n° ad art.).

VIRGOS MIGUEL / SCHMIT ETIENNE, Report on the Convention on Insolvency Proceedings, Tübingen 1997.

VOLLENWEIDER PETER, Pfandverwertung beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung in: Schweizer Schriften zum Bankrecht, thèse, Zurich 1993.

VOLLMAR ALEXANDER, ad Art. 293-304 LP in: STAEHELIN ADRIAN, BAUER THOMAS, STAEHELIN DANIEL (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Vol. I et III, Bâle, Genève, Munich 1998-2005 (cité VOLLMAR, BSK-SchKG, n° ad art. et ad n° ad art. pour l'ouvrage de 2005).

WATTER ROLF / VOGT PETER NEDIM / BAUER THOMAS / WINZELER CHRISTOPH (éd.), Basler Kommentar, Bankengesetz, Bâle, Genève, Munich 2005.

WEBER ROLF H., ad Art. 394-406 CO in: HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 CO, 4ème édition, Bâle, Genève, Munich 2007 (cité WEBER, BSK-OR I, n° ad art.).

WERLEN THOMAS / SULZER STEFAN, Verantwortlichkeit der FINMA in : GesKR 1/2009, p. 54-58.

WERRO FRANZ, ad Art. 394-406 CO in : THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich 2003 (cité : WERRO, CR CO I, n° ad art.)

WIEGAND WOLFGANG, ad Art. 97-109 CO in: HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 CO, 4ème édition, Bâle, Genève, Munich 2007 (cité WIEGAND, BSK-OR I, n° ad art.).

WINKELMANN ALAIN, ad Art. 317-332 LP in: STAEHELIN ADRIAN, BAUER THOMAS, STAEHELIN DANIEL (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Vol. I et III, Bâle, Genève, Munich 1998-2005 (cité WINKELMANN ET AL., BSK-SchKG, n° ad art. et ad n° ad art. pour l'ouvrage de 2005).

WINZELER CHRISTOPH, Banken- und Börsenaufsicht. Aspekte des öffentlichen Bank- und Kapitalmarktsrechts in der Schweiz, Bâle, Genève, Munich 2000.

WÜTHRICH KARL, Das Nachlassverfahren nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Bâle, Zurich 1995.

WYLER RÉMY, Droit du travail, Berne 2002.

ZOBL DIETER, ad Art. 23^{quater} LB in: BODMER DANIEL / KLEINER BEAT / LUTZ BENNO, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Stand : 18. Nachlieferung 2009, Zurich 2009 (cité: ZOBL, BODMER / KLEINER / LUTZ, n° ad art.)

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Eléments choisis du droit suisse, pp. 29 ss in: ZUFFEREY Jean-Baptiste / GAUCH Peter / TERCIER Pierre, Droit des marchés publics. Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002.

ZULAUF URS

- Finanzmarktenforcement – Verfahren der FINMA in: GesKR 1/2009, p. 46-52 (cité: Finanzmarktenforcement).
- Procédure devant la CFB : drame en cinq actes et épilogue in : THÉVENOZ LUC / BOVET CHRISTIAN (éd.), Journée 2006 de droit bancaire et financier, Genève 2007, p. 165-195 (cité : Procédure devant la CFB).

ZULAUF URS / WYSS DAVID / ROTH DANIEL, Finanzmarktenforcement : eingreifende Verwaltungsverfahren der Eidg. Bankenkommission zur Durchsetzung des Banken-, Börsen-, Kollektivanlagen- und Geldwäschereigesetzes und Ausblick auf das Finanzmarktaufsichtsgesetz, Berne 2008.

ZWALD THOMAS, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt in: COTTIER THOMAS / OESCH MATTHIAS (éd.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, p. 399-415.

PARTIE I

REMARQUES INTRODUCTIVES

ET TYPOLOGIE DU CONCORDAT

- 1 En intitulant son texte législatif « loi sur la poursuite pour dettes et la faillite », le législateur a omis d'ajouter à son titre le concordat, ordinaire ou par abandon d'actifs. Ce mécanisme et la procédure qui l'entourent constituent pourtant une solution distincte de la faillite, menant soit à un assainissement total du débiteur (concordat ordinaire), soit à la cession de l'entreprise à un tiers, qui poursuivra son exploitation (concordat par abandon d'actif à un tiers reprenneur), soit dans le pire des cas à sa liquidation, mais adoucie et intervenant dans un contexte procédural moins contraignant que celui d'une faillite. Sans parler du concordat mixte, qui permet au débiteur de se défaire d'une partie de ses activités, de se redimensionner à l'abri des poursuites et de continuer à exploiter l'autre pan de ses activités sur des bases assainies. Dans le concordat, point de déchéance forcée ; le compromis est roi, et toutes les voix sont entendues.
- 2 Initialement réservé au débiteur « honnête et loyal, mais embarrassé pécuniairement »¹, qui trouvait ainsi un exutoire à l'infamie d'une faillite, le concordat, à tout le moins ordinaire et par abandon d'actifs à un tiers, a vite été considéré comme un participant à la prospérité de l'économie. Le concordat est devenu un outil d'assainissement à part entière, contribuant à la pérennité des entreprises et à une conjoncture économique stable. Rares sont en effet les bienfaits d'une procédure de faillite : non seulement les créanciers ne sont de loin pas intégralement désintéressés, mais l'entreprise est appelée à disparaître une fois la faillite prononcée, privant d'un précieux emploi de nombreux salariés et mettant potentiellement dans la gêne les fournisseurs et prestataires de service. Sur la base d'un accord entre débiteur et créanciers, le concordat offre d'un côté au débiteur le moyen de surseoir à ses paiements et/ou de ne s'acquitter que d'une partie des créances dues et aux créanciers acceptant un certain sacrifice la garantie de voir leurs créances remboursées dans la mesure et sous la forme et les conditions prévues par le concordat homologué. De plus, avantage non négligeable, le concordat ordinaire permet au débiteur de poursuivre l'exploitation de son entreprise, tant durant le sursis concordataire, qu'ensuite, sur des bases saines, avec pour avantage supplémentaire pour une catégorie de créanciers, les

¹ FF 1886 p. 52.

fournisseurs et autres prestataires de service, le fait qu'ils puissent demeurer en relation d'affaires avec le débiteur – qui ne l'est plus – et continuer ainsi à percevoir une partie de leur chiffre d'affaires grâce aux relations commerciales qu'ils auront conservées avec lui. Le concordat par abandon d'actifs par lequel les biens sont transférés à un tiers repreneur, présente lui aussi un intérêt majeur. Dans ce cas, il n'est en effet pas rare que l'entreprise entière du débiteur soit transférée en bloc à un tiers repreneur qui présente toute les garanties d'une santé financière certaine, avec d'indéniables conséquences positives : continuité de l'entreprise, maintien des places de travail en sont quelques exemples. L'autre forme du concordat par abandon d'actif, qui aboutit certes à la liquidation du débiteur, à moins d'être partiel et combiné avec un concordat ordinaire, présente également quelque intérêt. Au jugement de faillite, aux effets abrupts et soudains, il offre une alternative plus douce, qui permet à tous les intervenants de se préparer à la disparition du débiteur : aux travailleurs de rechercher un emploi, aux tiers fournisseurs et prestataires de trouver de nouveaux clients.

- 3 Une étape capitale conditionnant fortement l'acceptation et l'homologation du concordat, quelle que soit sa forme, est celle du sursis concordataire. C'est pendant cette phase cruciale de la procédure que le concordat va être tout d'abord ébauché, préparé puis affiné et du bon déroulement de cette période découlera en grande partie l'échec ou la réussite du concordat. Abstraction faite du juge dont le rôle est naturellement d'importance, le sursis concordataire ne serait rien sans un personnage clef sur lequel repose en grande partie la lourde charge du succès du concordat, une sorte de chef d'orchestre envers lequel la satisfaction des spectateurs s'exprimera par la sanction du vote du concordat, son acceptation ou on refus : le commissaire au sursis concordataire. Connu de la plupart des législations étrangères appliquant l'institution du concordat, il change de nom selon l'ordre juridique dans lequel il exerce ses talents mais ses différentes partitions se ressemblent, rythmées qu'elles sont par le métronome de la procédure fédérale et de ses dispositions cantonales d'exécution.
- 4 Tout préposé de l'office des faillites, avocat, ou autre spécialiste actif dans les domaines juridique ou économique, personne physique ou morale, peut être amené à être désigné commissaire au sursis concordataire. Certaines entreprises, principalement des fiduciaires, ne cachent d'ailleurs pas leur spécialisation en la matière et en font même un argument publicitaire. Mais sous ce qualificatif en définitive peu univoque, ce cache une fonction lourde de responsabilités, avec de vastes implications, aussi bien pour le commissaire lui-même que pour le débiteur et les créanciers.
- 5 Le présent travail se propose d'écouter, d'observer et de critiquer constructivement l'œuvre du commissaire au sursis, provisoire ou non. Après un survol, en guise de rappel, des fondements du concordat judiciaire et du déroulement de la procédure,

l'examen portera sur le statut du commissaire et ses conséquences. Les activités procédurales d'une part et de gestion d'autre part feront l'objet d'une analyse détaillée. Une place sera ponctuellement réservée aux dispositions cantonales d'exécution de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite révisée et entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1997 lorsqu'il s'agira d'apporter un éclairage plus pratique et précis sur les activités d'un commissaire dans les cantons suisses. Lorsque cela s'avérera judicieux, référence sera faite aux solutions apportées par certains ordres juridiques étrangers, en particulier allemand, anglais et belge.

- 6 Les activités du chargé d'enquête et du délégué à l'assainissement bancaire nommés par l'autorité de surveillance des marchés financiers FINMA, proches de celle du commissaire au sursis provisoire et du commissaire au sursis, mais obéissant à des règles différentes, seront également abordées en détail. En revanche, la question de l'insolvabilité des communes, des entreprises d'assurance et des chemins de fer fédéraux a été volontairement laissée de côté.

Chapitre I

TYPOLOGIE DU CONCORDAT ET PHASES DE LA PROCÉDURE

Section I

Historique et évolution législative

- 7 Entre son apparition dans la loi le 1^{er} janvier 1892 et sa réglementation actuelle, le droit de la procédure concordataire a subi deux modifications majeures, l'une entrée en vigueur le 28 septembre 1949 et l'autre, plus récente, le 1^{er} janvier 1997. Les procédures concordataires impliquant les sociétés du groupe Swissair ont mis en lumière certaines lacunes du droit actuel ; l'Office fédéral de la justice a alors nommé un groupe d'expert afin qu'il rende compte des lacunes du droit actuel et propose des révisions ponctuelles de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite. Les experts ont rendu leur rapport en juin 2007. A la suite de ce rapport, le législateur a mis en consultation un projet de modification de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite.
- 8 Le projet du 23 février 1886 s'inspirait très largement, pour le concordat, de la loi genevoise sur les concordats amiables du 7 juillet 1877, remplacée par celle du 2 octobre 1880, et de la loi belge du 20 juin 1883 sur le concordat préventif de la faillite. Ces deux lois, ainsi que le droit neuchâtelois (loi du 20 novembre 1885) et anglais, permettaient en effet, à la différence du droit allemand et français, d'éviter la faillite en proposant une solution alternative et préventive à la faillite². Le but avéré du conseil fédéral était d'offrir une véritable « innovation législative »³, permettant au « citoyen gêné, mais honnête, [de pouvoir] bénéficier du concordat sans être obligé de subir, au préalable, la saisie ou la faillite »⁴.
- 9 Dès 1892, à l'entrée en vigueur de la loi de 1889, tout débiteur, indifféremment sujet à la poursuite par voie de saisie ou de faillite, pouvait requérir un sursis concordataire et présenter un projet de concordat. Depuis 1997, date de l'entrée en vigueur de la loi révisée sur la poursuite pour dettes et la faillite de 1994, le débiteur qui n'est pas assujéti à la poursuite par voie faillite doit au préalable faire une demande de règlement amiable de ses dettes⁵.
- 10 Le sursis n'était accordé que rarement et le concordat ne devait bénéficier qu'à un « débiteur malheureux et de bonne foi [...] que des revers ont mis dans une

² Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 23 février 1886 (abrégé « Message du Conseil fédéral »), FF 1886 p. 52.

³ Message du Conseil fédéral, FF 1886 p. 52.

⁴ Message du Conseil fédéral, FF 1886 p. 54.

⁵ GILLIÉRON, n° 13 ad art. 293 LP.

disposition gênée et auquel la loi doit permettre d'entrer en arrangement avec ses créanciers, sans être déshonoré par la déclaration de faillite»⁶. Initialement prévue pour une période ne pouvant dépasser six mois, la durée du sursis concordataire a été considérablement rallongée et adaptée à la complexité croissante du contexte économique afin de permettre une préparation optimale du concordat, pouvant être portée à vingt-quatre mois, sans compter un éventuel sursis provisoire le précédant.

- 11 L'homologation du concordat ne pouvait originellement avoir lieu que si le débiteur au bénéfice d'un sursis n'avait commis au détriment de ses créanciers aucun acte déloyal ou d'une grande légèreté⁷. En 1949, cependant, cette condition fut supprimée, octroyant ainsi une meilleure protection des intérêts des créanciers⁸. L'autorité concordataire conservait toutefois encore la faculté de ne pas homologuer un concordat accepté par une majorité des créanciers lors de la commission par le débiteur d'acte déloyal ou de grande légèreté à l'encontre des créanciers⁹.
- 12 Quant aux différents types de concordats utilisés aujourd'hui, ils n'étaient pas tous présents dans le texte de 1889 qui ne comptait pas encore explicitement le concordat par abandon d'actif alors déjà reconnu par les autorités concordataires de quelques cantons romands¹⁰. Ce ne fut que le 1^{er} février 1950 que le concordat par abandon d'actif fut introduit officiellement au moment de l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 28 septembre 1949 révisant la LP, modifiant ainsi l'essence même de la procédure concordataire en ajoutant à l'outil d'assainissement préexistant une procédure fréquemment qualifiée de « faillite aux effets atténués »¹¹.
- 13 La révision introduite en 1997 fut l'aboutissement d'une longue procédure de réflexion dont le point de départ se situe en 1972. Entre 1972 et 1975 en effet, une commission d'étude avait déjà examiné les possibilités de révision de la LP. Le 3 décembre 1976, une commission d'experts avait été chargée par le Département fédéral de justice et police de réexaminer la LP, en prenant en compte les différentes interventions parlementaires ainsi que les avis de la doctrine et la jurisprudence. En 1981, cette commission présentait un avant-projet et un rapport explicatif au DFJP. Une procédure de consultation fut lancée le 7 avril 1982 pour

⁶ Message du Conseil fédéral, FF 1886 p. 53.

⁷ Art. 306 ch.1 LP de 1889.

⁸ ATF 95 III 60 (consid. 5) = JdT 1970 II 101 (109)

⁹ Art. 305 LP de 1949.

¹⁰ GILLIÉRON, ad art. 293-336 LP, Remarques introductives, n°4.

¹¹ STAEHELIN, Nachlassstundung und Nachlassvertrag, p. 212.

s'achever en avril 1983, qui montra que toutes les parties intéressées approuvaient, hormis quelques points de détails, l'avant-projet de la commission et insistaient sur le fait qu'une révision était nécessaire¹².

- 14 Les procédures concordataires impliquant les sociétés du groupe Swissair dès décembre 2001 ont mis en lumière la nécessité d'une réforme limitée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. En été 2003, l'Office fédérale de la Justice a nommé un groupe de réflexion chargé d'examiner la nécessité de modifier la LP. Ce groupe d'expert a rendu son rapport en avril 2005. Par la suite, le groupe d'expert a été reconduit dans ses fonctions et chargé d'établir un avant-projet de modification de la LP, publié en juin 2008. L'avant-projet a été discuté et modifié par les Chambres fédérales, puis mis en consultation au printemps 2009. Les modifications visent principalement à renforcer les droits des créanciers, permettre plus facilement qu'en l'état du droit actuel la résiliation des rapports de durée, et éviter que les rapports de travail ne soient automatiquement transférés au repreneur en cas de concordat par abandon d'actif. Mais surtout, la modification de la LP s'accompagne d'une modification de l'art. 725a CO, en ce sens que désormais, le sursis concordataire constitue une voix commune pour le débiteur qui souhaite faire homologuer un concordat ou s'assainir.
- 15 Les dispositions légales traitant de l'activité du commissaire, peu nombreuses et relativement sommaires, n'ont pour leur part quasiment pas évolué, après plus d'un siècle d'existence de la procédure concordataire. C'est dire que la jurisprudence et la doctrine, par ailleurs relativement peu prolifiques¹³ sur le sujet, ont tracé et continuent de dessiner les contours de l'activité du commissaire, avec tous les risques d'insécurité juridique et les différences d'interprétation inhérents à une telle situation.

¹² Voir le message concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991 III 1-315 (11 ss.) ainsi que l'AP et le rapport sur l'AP de la commission d'experts chargée de réexaminer globalement la LP de 1981.

¹³ La faible quantité de jurisprudence traitant de l'activité du commissaire s'explique probablement par le fait que seul le recours de droit public était jusqu'à très récemment ouvert pour recourir contre une décision cantonale satuant sur une plainte au sens de l'art. 17 LP.

Section II

Les finalités du concordat

- 16 Le concordat judiciaire, à l'origine imaginé pour récompenser le débiteur honnête mis sans sa faute dans une situation financière difficile, a évolué au fil des décennies. Tout débiteur a maintenant la possibilité de bénéficier d'un concordat, qu'il soit responsable ou non de la situation dans laquelle il se trouve. Le concordat ne consiste plus uniquement en une récompense destinée au débiteur gêné mais remplit une double mission en fonction du type de concordat homologué, constituant un véritable outil d'assainissement.
- 17 Le concordat moratoire et dividende permet au débiteur, tout comme auparavant, d'échapper à la faillite et de continuer son activité économique, assurant une certaine pérennité économique et évitant par là-même à la collectivité les conséquences néfastes des pertes d'emplois liées inexorablement à une faillite. Ce type de concordat présente par ailleurs la particularité d'exclure toute possibilité de révocation d'actes juridiques, hypothèse seule prévue pour le concordat par abandon d'actif (art. 331 LP). Le concordat par abandon d'actif offre en principe aux créanciers un désintéressement plus favorable que la situation rencontrée dans le cadre souvent peu propice d'une faillite où seules subsisteraient quelques miettes d'un patrimoine ayant servi à satisfaire en priorité la parfois longue liste des créanciers privilégiés¹⁴. Il autorise par ailleurs une procédure de liquidation beaucoup plus souple qu'en cas de faillite. Enfin, le débiteur n'est pas seulement réduit à assister à sa propre mise à mort économique, provoquée par l'ouverture de la faillite : au contraire, il est un acteur privilégié, actif, et il peut - voire doit - bien souvent intervenir dans la procédure et faire quelque effort pour proposer des solutions aux créanciers, au juge et au commissaire.
- 18 C'est en raison de cette souplesse - qui pourrait être encore améliorée - que la procédure concordataire est de loin préférable à une faillite. Une nouvelle tendance se dessine d'ailleurs, qui positionne le sursis concordataire comme un moratoire général destiné non seulement à servir d'antichambre à un concordat, mais devant également permettre de trouver des solutions d'assainissement extrajudiciaire¹⁵.

¹⁴ DALLÈVES, Concordat, p. 1439 ss. Voir également la décision du tribunal supérieur zurichois, 1^{ère} Chambre B, du 26 mars 1938, in: BISchK 1941 VI p. 182 s. = ZR 39 (1940), 19/20, p. 313.

¹⁵ Cf. l'avant-projet de révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (procédure d'assainissement) du 28 décembre 2008 (abrégé: AP-LP 2009).

Section III

Les différents types de concordats judiciaires

A. Généralités

- 19 Deux types de concordats judiciaires, transactionnels, coexistent au sein du titre onzième de la loi du 16 décembre 1994 sur la poursuite pour dettes et la faillite : le concordat ordinaire, prévu aux articles 314 à 316 LP et le concordat par abandon d'actif, traité par les articles 317 à 331 LP. Le concordat ordinaire est une appellation générique qui englobe le concordat dividende et le concordat moratoire, fréquemment proposés conjointement. Le concordat en cours de faillite n'est qu'une modalité de l'ouverture de la procédure concordataire, qui n'aboutit pas à une décision de sursis puisque la décision de faillite déploie déjà les mêmes effets¹⁶.
- 20 Le concordat judiciaire est, malgré l'élément contractuel¹⁷ résidant dans l'adhésion de la majorité des créanciers à la proposition du débiteur, reconnu comme une forme de l'exécution forcée ; il s'agit donc d'une procédure de droit public apparentée à la faillite¹⁸, qui englobe tous les actifs du débiteur et est opposable à tous les créanciers¹⁹. Si cette définition est appropriée s'agissant du concordat par abandon d'actif, elle l'est moins pour le concordat ordinaire qui, grâce à la renonciation partielle des créanciers à leurs prétentions, mène à l'assainissement du débiteur et permet précisément d'éviter la réalisation forcée des biens du débiteur. Il serait donc plus juste de qualifier la procédure concordataire de procédure de droit public alternative à la faillite.

B. Le concordat ordinaire

- 21 Par un concordat dividende, le débiteur sursitaire s'engage à payer aux créanciers chirographaires – les créanciers privilégiés devant être intégralement désintéressés pour que le concordat puisse être homologué²⁰ – un pourcentage de leur créance

¹⁶ Art. 332 LP.

¹⁷ MARCHAND, FJS 24, § 1.

¹⁸ ATF 103 III 54 (60); pour des définitions plus anciennes, se référer notamment à l'ATF 33 I 442 (444) ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 6 ad art. 293 LP ; HARDMEIER, p. 510 ; FRITZSCHE/WALDER, Vol. II, p. 589.

¹⁹ VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 4 ad art. 293 LP.

²⁰ Art. 306 al. 2 ch. 2 LP.

d'origine²¹. Le débiteur a la faculté de payer ce dividende en une fois ou par acomptes ; il s'agira dans ce dernier cas d'une combinaison entre concordat dividende et concordat moratoire. La quote-part de la prétention non couverte par le pourcentage du dividende ne saurait par la suite être réclamée par les créanciers du débiteur concordataire ; l'homologation d'un concordat a pour la part de la créance non couverte l'effet d'une remise de dette pour les créanciers qui ont adhéré au concordat. Pour les autres, il a un effet de droit privé et d'exécution forcée sur la créance, empêchant les créanciers concernés de la faire valoir en justice et de poursuivre le débiteur pour son paiement. La créance ne subsiste cependant pas en tant qu'obligation naturelle²².

- 22 Le concordat moratoire, appelé parfois aussi concordat sursis, permet au créancier qui se trouve passagèrement dans un état d'insolvabilité, de repousser le paiement des créances produites par les créanciers ou de les payer par acompte échelonnés²³, le concordat ayant alors uniquement un effet sur l'exigibilité de la créance. Les créanciers ne renoncent pas à une partie de leur créance comme dans le concordat dividende mais accordent au débiteur un délai supplémentaire pour qu'il s'acquitte du montant total de ses dettes. Cette modalité concordataire est particulièrement appropriée en cas de manque de liquidités passager, mais s'avère peu efficace en cas de surendettement²⁴. Ce type de concordat est souvent combiné au concordat dividende.

C. Le concordat par abandon d'actif

- 23 Le concordat par abandon d'actif ne figurait pas dans le texte de base de 1889. Ce furent tout d'abord les décisions judiciaires des autorités cantonales romandes, influencées par la législation et la jurisprudence françaises²⁵, qui admirent qu'un tel type de concordat était conforme à la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite de 1889, avant que les anciens articles 316 a à 316t introduits par la modification de la LP du 28 septembre 1949 ne le mentionnent expressément. La matière est à présent traitée en détail par les articles 317 à 332 LP. Le concordat par abandon d'actif peut être défini comme « une faillite aux effets atténués »²⁶, les

²¹ Pour plus de détails, voir HUNKELER, § 23-24 ; FRITZSCHE/WALDER, n° 7 § 71.

²² ATF 121 III 191, consid. 4 ; ATF 109 III 128 = JdT 1986 II 88 ; THALMANN, Les conditions d'homologation du concordat, p. 33 et les références à ENGEL, FROSSARD et GILLIÉRON.

²³ Pour plus de détails, voir HUNKELER, § 20-22 ; FRITZSCHE/WALDER, n° 6 § 71.

²⁴ ROTH-HERREN, p. 31.

²⁵ BRAND, FJS 960, p. 1 ; FUCHS, p. 3-4 ; RATHGEB, n° 18-39

²⁶ DALLÈVES, Concordat, in AJP/PJA 11/96, p. 1444.

biens du débiteur sursitaire étant appelés à être liquidés, comme dans une procédure de faillite.

- 24 Deux modalités d'abandon d'actif ont été prévues par le législateur²⁷. La première octroie à la communauté des créanciers le droit de disposer des biens du débiteur, qui en est dessaisi mais en a encore la propriété jusqu'à l'échéance de la procédure de liquidation. La seconde consiste en un transfert de tout ou partie des actifs à un tiers repreneur. Le concordat avec fondation d'une société de sauvetage²⁸, qui consiste en un transfert partiel ou total des biens du débiteur à une société en cours de fondation à laquelle adhéreront les créanciers proportionnellement au montant de leur créance²⁹, recevant en contrepartie des parts de la nouvelle société, est à placer dans la seconde catégorie. Cette modalité d'exécution du concordat par abandon d'actif, qui a ses détracteurs³⁰ mais dont l'introduction expresse dans la loi est prévue³¹, est cependant réservée aux cas où il paraît impossible ou peu avantageux de réaliser les actifs ou de les céder à un tiers³².
- 25 Le débiteur peut en outre décider de combiner concordat ordinaire et concordat par abandon d'actifs, en promettant en plus de l'abandon des ses biens le versement d'un dividende minimal. L'on parle alors de concordat mixte³³. Cette variante présente un intérêt lorsque la restructuration prévoit l'abandon de l'exploitation d'un pan d'activité, rentable ou non rentable, et sa cession à un tiers, le débiteur continuant après l'homologation à exploiter la partie non cédée, ou dans l'hypothèse où l'insolvabilité d'une société suisse affiliée à un groupe étranger ne serait pas reconnue.

²⁷ Art. 317 LP; pour plus de détails, voir HUNKELER, § 25-50 ; FRITZSCHE/WALDER, n° 8 § 71 ; WINKELMANN et al., n° 6 ad art. 317 LP, citant l'ATF 80 III 50 ; GILLIÉRON, n° 12-16 ad art. 317 LP.

²⁸ « *Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung* » ou « *Auffanggesellschaft* ». Pour plus de précision voir HURTER ; LUDWIG, p. 8-11 et 110s.

²⁹ Pour une étude complète du sujet, voir HURTER, p. 1 ss (59).

³⁰ LUDWIG, *op. cit.*, p. 9 et les renvois de la note de bas de page 9.

³¹ Art. 318 al. 1 ch. 1 AP-LP 2009.

³² ATF 74 I 353 (365).

³³ MARCHAND, FJS 24, § 4.

Section IV

Le déroulement de la procédure concordataire

A. L'ouverture de la procédure concordataire

1. Par le débiteur

- 26 Tout débiteur soumis à la poursuite par voie de poursuites ou de faillite³⁴, qu'il soit une personne morale, une personne physique ou une « quasi personne »³⁵ est légitimé à requérir par écrit de l'autorité judiciaire cantonale compétente d'être mis au bénéfice d'un sursis concordataire, provisoire ou non³⁶. La requête de sursis concordataire constitue une reconnaissance d'insolvabilité³⁷. Il est d'ailleurs fréquent en pratique que la requête de sursis émane d'un débiteur ayant satisfait à l'obligation d'aviser le juge de son surendettement qualifié au sens de l'art. 725 al. 2 CO. Dans ce cas, le juge surseoira à ouvrir la faillite et statuera sur la requête de sursis en premier lieu.
- 27 Grâce au for de poursuite institué par l'art. 50 LP, la succursale suisse inscrite au registre du commerce d'un canton suisse d'un débiteur étranger insolvable devrait pouvoir être mise au bénéfice d'un sursis concordataire, en tout cas dans un premier temps³⁸. Le débiteur soumis à la poursuite par voie de saisie, non inscrit au registre du commerce ou qui en a été radié depuis plus de six mois, a également la

³⁴ MARCHAND, FJS 24, § 12 ; AMONN / WALTHER, n° 5 § 54.

³⁵ Société en commandite (art. 602 CO), société en nom collectif (art. 562 CO), communauté des propriétaires par étages (art. 712 al.1 et 2 CC), masse en faillite (art. 240 LP), communauté héréditaire tant qu'un partage n'a pas eu lieu, mais pas la société simple. Cf. MARCHAND, FJS 24, § 15.VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 15 ad art. 293 LP; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 18 ad art. 293 LP.

³⁶ Art. 293 LP. VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 14-15 ad art. 293 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 11-15 ad art. 293 LP ; GILLIÉRON, n° 12 ad art. 293 LP; BLUMENSTEIN, § 64 n° 1; HARDMEIER, KUKO-SchKg, n° 13 ss ad art. 293 LP; GANI, CR LP, n° 1 ad art. 293 LP ; FAVRE, n° 1 § 56.

³⁷ Art. 83 al. 1 CO. Voir également GILLIERON, Poursuite, p. 430 et ATF 105 II 30 = JdT 1979 I 316.

³⁸ Contra : FRITZSCHE/WALDER, Vol. II, § 72 n° 5 ; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 15 ad art. 293 LP, et les références citées; MARCHAND, FJS 24, § 14. La question est toutefois délicate. L'art. 166 al. LDIP indique par ailleurs que « Si le débiteur a une succursale en Suisse, la procédure prévue à l'art. 50, 1^{er} alinéa de la Loi fédérale sur la poursuites pour dettes et la faillite, est admissible jusqu'au moment où l'état de collocation au sens de l'art. 172 de la présente loi est définitif ». Il semble donc que le législateur ait accepté de voir cohabiter, pendant une période limitée, les procédures prévues aux art. 50 al. 1 LP et 166 ss LDIP. Pour des développements détaillés sur ce sujet, voir JEANNERET, p. 171 ss.

qualité pour demander l'ouverture d'une procédure concordataire, à moins qu'il puisse encore conclure avec ses créanciers un arrangement amiable des dettes³⁹.

- 28 La préparation du sursis concordataire est un élément clef de la réussite future du concordat et des chances d'assainissement. Le débiteur doit donc soigneusement motiver sa demande et lui joindre si cela lui est possible à ce stade, un projet de concordat indiquant clairement comment et dans quelle mesure les créanciers seraient désintéressés⁴⁰. Le débiteur doit fournir au juge du concordat un bilan détaillé⁴¹, si possible audité, mais pas nécessairement, établi à la date du dépôt de la requête – à moins que le requérant puisse démontrer que sa situation a peu évolué depuis la date d'établissement du dernier bilan – un état de ses livres s'il est tenu d'en tenir⁴² ainsi que tous les documents nécessaires pour déterminer l'état de son patrimoine et les capacités de financement du concordat⁴³, en particulier un budget de trésorerie et un compte de résultat prévisionnels. Il est indispensable que le débiteur fournisse au juge des informations convaincantes et réalistes sur la situation prévisionnelle de ses liquidités pendant la durée du sursis; le débiteur devra en particulier démontrer que la situation des créanciers ne sera pas péjorée en raison du sursis et d'un éventuel manque de liquidités⁴⁴.

³⁹ Art. 333 LP. Cf. GILLIÉRON, n° 5 ad art. 333 LP.

⁴⁰ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 36 ad art. 293 LP; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 23 ad art. 293 LP; MARCHAND, FJS 24, § 27. Pour plus de précisions sur la préparation de la requête de sursis, voir STÖCKLI, Die Vorbereitung des Nachlassstundung, p. 157-160. L'obligation de joindre un projet de concordat déjà à ce stade est contestable car prématurée; le sursis est précisément là pour élaborer le projet de concordat à l'abri de toute poursuite. *Contra*: GILLIÉRON, n° 1 ad Remarques introductives aux art. 293-304 LP.

⁴¹ L'AP de modification de la LP (procédure d'assainissement) du 28 décembre 2008 (AP-LP 2009) prévoit à l'art. 293 lit. a AP-LP 2009 que le débiteur doit joindre un bilan, un compte de résultats et un plan de trésorerie ou tous autres documents laissant apparaître l'état actuel et futur de son patrimoine, de ses résultats ou de ses revenus. Il abandonne avec raison l'exigence pour le débiteur de fournir un projet de concordat au moment du dépôt de la requête; le but du sursis est précisément d'élaborer ce projet; exiger un projet au stade de la requête de sursis n'est pas adéquat et prématuré.

⁴² Art. 957 CO.

⁴³ SJ 1994 p. 436-440. VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 24 ad art. 293 LP.

⁴⁴ HONAUER, p. 152.

2. Par le créancier

- 29 Tout créancier en mesure de requérir la faillite⁴⁵ a la possibilité de déposer devant l'autorité judiciaire cantonale compétente une requête demandant l'ouverture de la procédure concordataire, qu'il soit créancier ordinaire, gagiste ou privilégié⁴⁶. L'on parle alors de « discordat » ou de « Nachlassdiktat », puisque dans ce cas, la procédure concordataire est imposée au créancier⁴⁷. Le créancier doit motiver sa requête⁴⁸, les éléments déterminants qu'il ne connaît pas devant être communiqués par le débiteur sur demande du juge du concordat⁴⁹. Les actionnaires du débiteur n'ont pas la qualité pour requérir directement du juge l'ouverture d'une procédure concordataire, à moins d'être eux-mêmes créanciers⁵⁰.

3. Par le juge

- 30 Exceptionnellement, le juge de la faillite qui constate qu'existent des éléments probants indiquant qu'un concordat paraît possible⁵¹ au stade de la vraisemblance⁵² peut ajourner la faillite d'office⁵³ et, si lui-même n'est pas compétent en application des règles de compétences cantonales, transmettre le dossier au juge du concordat⁵⁴. Cette faculté laissée au juge de la faillite consacre et protège l'intérêt public⁵⁵ des créanciers et de l'État à ce qu'un assainissement intervienne.

4. Le cas particulier du concordat en cours de faillite

- 31 L'article 332 LP permet au failli, à l'exclusion des créanciers, de proposer un concordat jusqu'à l'entrée en force de la décision de clôture de la procédure de

⁴⁵ Art. 166 al. 1, 188 al. 1 LP et 190 al. 1 LP. JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 40 ad art. 293 LP ; GILLIÉRON, n° 2 ad Remarques introductives aux art. 293-304 LP ; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 16 ad art. 293 LP.

⁴⁶ Art. 293 al. 2 LP. GANI, CR LP, n° 7 ad art. 293 LP.

⁴⁷ MARCHAND, FJS 24, § 9, 24 ss.; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 17 ad art. 293 LP.

⁴⁸ GANI, CR-LP, n° 8 ad art. 293 LP.

⁴⁹ Art. 294 al. 1 LP.

⁵⁰ Pour plus de détails, voir JEANNERET/PEYROT, p. 516.

⁵¹ A propos de la distinction entre la possibilité prévue à l'art. 173a LP et la probabilité d'acceptation du concordat proposé, voir GASSER, Nachlassverfahren, p. 5.

⁵² GILLIÉRON, n° 3 ad Remarques introductives aux art. 293-304 LP.

⁵³ Art. 173a LP.

⁵⁴ Art. 293 al. 3 LP et art. 173a LP. VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 18 ad art. 293 LP; JAEGER, n° 48 ad art. 293 LP ; GILLIÉRON, n° 26 ad art. 293 LP; MARCHAND, FJS 24, § 25.

⁵⁵ GASSER, *op. cit.*, p. 5.

faillite⁵⁶. Le concordat sera présenté et débattu au cours de la seconde assemblée des créanciers, ou au cours d'une troisième assemblée de créanciers dans l'hypothèse où le concordat est proposé après le déroulement de la deuxième assemblée des créanciers⁵⁷. La loi ne prévoit pas de sursis concordataire puisque l'ouverture d'une procédure de faillite a déjà pour effet de suspendre les poursuites en cours⁵⁸. Dans ce cas de figure, l'assemblée des créanciers jouera le rôle de commissaire au sursis.

B. Le sursis concordataire

1. Le sursis concordataire provisoire

- 32 Lorsque la faillite a été ajournée d'office, le juge ordonne immédiatement les mesures conservatoires nécessaires⁵⁹, sans qu'il soit obligatoire d'entendre le débiteur⁶⁰. Le but de ces mesures provisoires est principalement la conservation de l'actif social du débiteur et la suspension de la réalisation⁶¹. Le juge peut décider de nommer un commissaire provisoire, mais n'a pas l'obligation de le faire durant le sursis provisoire.
- 33 Saisi d'une requête de sursis ordinaire, le juge peut décider d'octroyer dans un premier temps au débiteur un sursis provisoire en lieu et place d'un sursis définitif, et nommer alors obligatoirement⁶² un ou plusieurs commissaires provisoires chargés principalement d'examiner l'état de la fortune du débiteur et ses revenus

⁵⁶ MARCHAND, FJS 24, § 21. Le concordat en cours de faillite ne sera pas spécifiquement traité dans cette contribution. Pour une analyse des spécificités du concordat en cours de faillite, voir LORANDI, Nachlassvertrag im Konkurs, p. 331-345.

⁵⁷ TG, Obergericht, décision du 28 novembre 2005 in: BISchK 2008, pp. 152 ss (p. 154).

⁵⁸ WINKELMANN et al., n° 9 ad art. 332, citant l'ATF 35 I 265 ; JUNOD-MOSER/GAILLARD, CR-LP, n°9 ad art. 332 LP; GILLIÉRON, n° 7-37 ad art. 332 LP; FRITZSCHE/WALDER, § 71 n° 10-11.

⁵⁹ Art. 293 al. 3 LP. L'on songe notamment à une prise d'inventaire (art. 221 LP) et aux mesures de sûretés prévues à l'art. 223 LP. Pour d'autres exemples voir VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 30 ad art. 293 LP (prise d'inventaire, interdiction d'aliénation, blocage de comptes, limitations au pouvoir de disposition, inscription d'une restriction du droit d'aliéner au Registre foncier).

⁶⁰ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 21 ad art. 293 LP ; GANI, CR-LP, n° 12 ad art. 293 LP ; HUNKELER, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, § 657, p. 175 ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 81 ad art. 293 LP. *contra* : VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 4 ss ad art. 294 LP.

⁶¹ Message du CF du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991 III 208 ; HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 20 ad art. 293 LP.

⁶² HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 24 ss ad art. 293 LP.

ainsi que les perspectives de concordat⁶³. Cette option sera prise par le juge compétent lorsque la situation du débiteur est complexe ou peu claire. Le sursis provisoire, non renouvelable, ne peut en l'état dépasser deux mois au plus. Actuellement, le sursis provisoire est obligatoirement publié. Le sursis provisoire a pour le surplus les mêmes effets que le sursis ordinaire⁶⁴, effets déployés immédiatement⁶⁵, nonobstant recours.

- 34 L'avant-projet de modification de la LP du 28 décembre 2008 (procédure d'assainissement) élargit le rôle du sursis, provisoire et définitif, en ce qu'il constitue désormais un moratoire général destiné tant à permettre un assainissement judiciaire, par l'homologation d'un concordat, qu'un assainissement extrajudiciaire⁶⁶, à l'image de la situation prévalant actuellement dans le cadre d'un ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a CO, qui serait alors abrogé. Une partie de la doctrine⁶⁷ estimait déjà à l'aune du droit actuellement en vigueur que l'examen par le commissaire provisoire des perspectives du concordat se fait aussi bien dans la perspective d'un assainissement extrajudiciaire (725 CO) que d'un concordat⁶⁸. Selon l'avant-projet précité, la durée du sursis provisoire pourrait être portée à quatre mois⁶⁹; le sursis provisoire constituerait d'avantage un préalable nécessaire au sursis ordinaire, afin de faciliter l'accès à ce dernier et sa bonne préparation⁷⁰. A la différence du droit actuel, il ne serait rendu public que lorsque la protection des intérêts de tiers n'est pas garantie. Corollaire de l'absence possible de publication, le sursis provisoire ne serait en pareilles circonstances pas communiqué aux offices des poursuites; l'ouverture d'une procédure de poursuite pourrait donc être requise par un créancier, mais non la continuation⁷¹.

⁶³ Art. 293 al. 3 LP.

⁶⁴ Art. 293 al. 4 LP.

⁶⁵ Par analogie avec l'art. 174 LP al. 4 LP, dont il faut déduire que la décision de faillites est immédiatement exécutoire et que le recours n'a pas d'effet suspensif.

⁶⁶ Art. 293b AP-LP 2009 et 294 al. 1 AP-LP 2009.

⁶⁷ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 85 ad art. 293 LP.

⁶⁸ Il existe d'ailleurs une différence rédactionnelle entre les textes allemand et italien d'une part et français de l'autre. Autant le texte français est limpide, puisqu'il parle expressément de « concordat », autant les textes allemand et italien sont clairs lorsqu'ils mentionnent les termes « *Sanierung* » et « *risanamento* »

⁶⁹ Art. 293a al. 1 AP-LP 2009.

⁷⁰ Rapport explicatif du Conseil fédéral à l'appui de l'AP de modification de la LP (procédure d'assainissement) du 28 décembre 2008, p. 9.

⁷¹ Art. 293c al. 2 lit. a et b AP-LP 2009.

- 35 En tant que mesure conservatoire provisoire⁷², la décision du juge du concordat statuant sur une requête de sursis provisoire n'est susceptible d'un recours immédiat auprès du Tribunal fédéral que si la décision est susceptible de causer au recourant un préjudice irréparable⁷³.

2. Le sursis concordataire ordinaire

- 36 Le juge du concordat saisi d'une requête de sursis concordataire accordera au débiteur un sursis, après avoir convoqué à bref délai le débiteur et cas échéant le créancier requérant⁷⁴, et conclu à un pronostic favorable quant à l'octroi d'un concordat, basé sur les probabilités d'acceptation du concordat par les créanciers et sur les chances d'homologation. La décision par laquelle le juge du concordat octroie un sursis est immédiatement exécutoire, eu égard à ses buts, soit notamment la protection et l'égalité de traitement des créanciers⁷⁵. Le sursis aura pour effet immédiat la suspension absolue des poursuites, sous réserve des exceptions de l'art. 297 al. 2 LP et des poursuites relatives à des dettes du concordat au sens de l'art. 310 al. 2 LP⁷⁶. Contrairement au refus d'homologation du concordat, le refus de l'octroi du sursis n'entraîne pas *de facto* la faillite du débiteur⁷⁷. La décision du juge du concordat est susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral, sans égard à la valeur litigieuse⁷⁸. En application de l'art. 130 LTF, tous les cantons ont l'obligation de prévoir à bref délai une double instance en matière concordataire⁷⁹.
- 37 En même temps que le juge octroiera un sursis au débiteur, il désignera obligatoirement⁸⁰ un ou plusieurs commissaires au sursis concordataire⁸¹, dont le

⁷² STÄUBLI, p. 139.

⁷³ Art. 93 al. 1 lit. a LTF. Voir également PHILIPPIN, La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, qui estime qu'il serait préférable de considérer que l'absence de renvoi de l'art. 293 al. 4 LP à l'art. 294 LP exclut tout recours, tant fédéral que cantonal.

⁷⁴ GANI, CR-LP, n° 1 ad art. 294 LP ; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 3 ss ad art. 294 LP.

⁷⁵ Par analogie avec l'art. 174 LP al. 4 LP, dont il faut déduire que la décision de faillites est immédiatement exécutoire et que le recours n'a pas d'effet suspensif.

⁷⁶ VS, Tribunal cantonal, arrêt du 16 juin 2005, consid. 2 b/bb, in: RVJ 2005 p. 301 ss. et les références citées.

⁷⁷ GANI, CR-LP, n° 9 ad art. 294 LP.

⁷⁸ Art. 72 al. 2 lit. a et 74 al. 2 lit. d LTF.

⁷⁹ PHILIPPIN, La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, p. 160.

⁸⁰ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 13 ss ad art. 293 LP ; GANI, CR-LP, n° 5 ad art. 295 LP.

⁸¹ Art. 295 al. 1 LP.

rôle sera limité à la durée du sursis et consistera à diriger la procédure concordataire et veiller à la protection des intérêts du débiteur et des créanciers. La durée ordinaire du sursis va de quatre à six mois⁸², et peut être prolongée sur demande du commissaire jusqu'à douze mois, voire vingt-quatre mois dans les cas particulièrement complexes⁸³. Pendant le sursis, diverses tâches, énumérées limitativement par la loi, incomberont au commissaire⁸⁴. Il s'agira principalement de deux types d'activités, soit celles ressortissant d'une part au domaine procédural et les activités de surveillance du débiteur d'autre part. Le sursis fait obligatoirement l'objet d'une publication dans la FOSC et une feuille d'avis officielle cantonale⁸⁵.

- 38 Comme préalablement mentionné, dans l'avant-projet de modification de la LP (procédure d'assainissement), le sursis est davantage vu comme un moratoire général conduisant soit à l'assainissement extrajudiciaire, soit à l'homologation d'un concordat⁸⁶. La mission du commissaire ne serait donc plus uniquement centrée sur le concordat, son élaboration, son acceptation et son homologation mais également tournée vers d'autres solutions d'assainissement. La fonction du commissaire se rapprocherait alors de celle d'un « *Chief Restructuring Officer* » que les entreprises en difficultés nomment parfois, mais s'en différencierait par sa nécessaire neutralité. Par ailleurs, la loi prévoirait désormais explicitement que la décision du juge du concordat est exécutoire nonobstant recours⁸⁷.

C. L'homologation

- 39 La décision d'homologation est rendue par une autorité judiciaire désignée par les codes de procédure civile cantonaux. L'homologation du concordat répond de nos jours à des critères légaux strictement définis, laissant peu de liberté au juge. Très anecdotiquement, l'on peut noter que le fait d'être « digne du concordat »⁸⁸ n'est plus une condition nécessaire de l'homologation, bien que l'homologation puisse, en principe, être refusée si le débiteur a commis un acte déloyal ou d'une grande légèreté⁸⁹. Pour que l'homologation soit décidée par le juge, il faut non seulement

⁸² Art. 295 al. 1 LP.

⁸³ Art. 295 al. 4 LP.

⁸⁴ Pour plus de précisions, voir infra, Chapitre II, pp. 135 ss et Chapitre III, pp. 214 ss.

⁸⁵ Art. 296 LP. JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 2 ad art. 296 LP.

⁸⁶ Art. 294 al. 1 et 296 a AP-LP 2009.

⁸⁷ Art. 295b AP-LP 2009.

⁸⁸ Formulation anciennement utilisée par le législateur avant la révision de 1994/1997.

⁸⁹ ATF 95 III 60, consid. 5 = JdT 1970 II 101(109).

que le dividende offert soit proportionné aux ressources du débiteur⁹⁰ – pour éviter d'une part que le débiteur ne propose un dividende alléchant et donc facilement accepté, alors qu'il n'en a pas les moyens ou inversement qu'il propose un faible dividende alors que le financement d'un dividende supérieur est manifestement garanti – mais également que l'exécution du concordat, autrement dit son financement, le paiement intégral des créanciers privilégiés reconnus et l'exécution des obligations contractées pendant le sursis avec l'accord du commissaire fassent l'objet d'une garantie suffisante⁹¹. Chaque créancier a néanmoins la possibilité de renoncer à ce que sa créance fasse l'objet d'une garantie⁹². En cas d'homologation d'un concordat par abandon d'actif, le juge doit s'assurer que le dividende prévu est supérieur à celui qui aurait été distribué en cas de liquidation par voie de faillite. Le juge peut par ailleurs compléter le concordat, d'office ou sur requête d'un créancier participant⁹³. Le dividende relatif à une créance par hypothèse litigieuse et objet d'une procédure judiciaire pendante⁹⁴ sera pris en compte par le juge et dès lors consigné, en attendant qu'un jugement définitif soit rendu à son sujet. Afin d'apprécier si les critères précités sont remplis, le juge se référera au rapport du commissaire⁹⁵ qui, sans avoir de pouvoir décisionnel en la matière, aura déjà donné dans son rapport un préavis⁹⁶. Bien que la recommandation du commissaire sur l'homologation ou le refus d'homologation du concordat ne lie théoriquement pas le juge, ce dernier ne devrait cependant pas s'en écarter sans nécessité⁹⁷.

- 40 L'avant-projet de modification de la LP (procédure d'assainissement) prévoit ici aussi quelques légères évolutions ou nouveautés. Il renonce ainsi curieusement à imposer le « *best interest test* » s'agissant du concordat par abandon d'actif, au motif que l'exigence de la proportionnalité de la somme offerte par rapport aux ressources du débiteur serait suffisante⁹⁸. Cet abandon n'est pas des plus adéquats, puisque si un concordat par abandon d'actif à un tiers repreneur est proposé, l'on ne saurait prendre comme point de comparaison les ressources du débiteur. En cas de

⁹⁰ Art. 306 al. 2 ch. 1 LP.

⁹¹ Art. 306 al. 2 ch. 2 LP.

⁹² Art. 306 al. 2 ch. 2 in fine LP.

⁹³ Art. 306 al. 2 ch. 3 LP.

⁹⁴ Ainsi en va-t-il pour la prétention d'un travailleur licencié qui prétendrait avoir droit à une indemnité pour licenciement abusif et aurait produit cette créance dans la procédure concordataire de son ex-employeur.

⁹⁵ Art. 304 al. 1 LP.

⁹⁶ Art. 304 al. 1 LP.

⁹⁷ ATF 95 III 60 (consid. 6) = JdT 1970 II 101(109).

⁹⁸ Art. 306 al. 1, chiffre 1bis AP-LP 2009 (abrogation du chiffre 1bis).

concordat ordinaire, l'avant-projet impose un sacrifice de la part des titulaires de parts au sens de la loi sur la fusion⁹⁹. Le juge pourrait cependant renoncer à exiger une contribution de la part des titulaires de parts si le concordat ordinaire proposé est plus avantageux qu'une faillite¹⁰⁰, ce qui vide partiellement d'intérêt la disposition proposée, le concordat ordinaire étant très généralement bien plus avantageux que la faillite. Enfin, le remboursement des créances de troisième classe n'aurait plus besoin de faire l'objet d'une garantie suffisante. Les changements proposés ne modifient pas fondamentalement la tâche du commissaire au sursis, qui devra seulement prendre position sur les points précités dans son rapport final au juge du concordat¹⁰¹.

D. L'exécution du concordat

1. Ordinaire

- 41 Le mandat officiel du commissaire prend fin dès que la décision d'homologation ou de rejet du concordat prise par l'autorité judiciaire est devenue exécutoire, ou encore en cas de révocation du concordat¹⁰². L'exécution du concordat ne constitue donc pas *a priori* une tâche ordinaire du commissaire¹⁰³. L'exécution d'un concordat dividende et/ ou moratoire sera le plus souvent effectuée par le débiteur.

1.1. Désignation d'un surveillant à l'exécution

- 42 Un surveillant à l'exécution du concordat¹⁰⁴ peut être proposé par le débiteur dans son projet de concordat, ou désigné d'office par le juge, qui compléterait alors le concordat en ce sens¹⁰⁵; il pourra s'agir du commissaire, ou d'un tiers¹⁰⁶. La LP ne contenait avant sa révision de 1997 aucune disposition à ce sujet, cependant les autorités judiciaires cantonales avaient tout de même déjà pris l'habitude de

⁹⁹ Art. 306 al. 1, chiffre 3 AP-LP 2009; cf. art. 2 lit. g LFus, qui indique que les titulaires de parts sont les titulaires d'actions, de bons de participation ou de bons de jouissance, les associés de sociétés à responsabilité limitée et les coopérateurs titulaires de parts sociales.

¹⁰⁰ Rapport explicatif du Conseil fédéral relatif à l'AP de modification de la LP (procédure d'assainissement) du 28 décembre 2008, p. 17.

¹⁰¹ Art. 304 LP.

¹⁰² Voir infra, § 397 ss.

¹⁰³ ATF 81 III 30 (31).

¹⁰⁴ Art. 314 LP.

¹⁰⁵ Art. 306 al. 3 LP.

¹⁰⁶ Art. 314 al. 2 LP; DALLÈVES, L'avocat commissaire au concordat, p. 4.

désigner le commissaire à cet effet¹⁰⁷. Le législateur, souhaitant combler une lacune¹⁰⁸, a introduit en 1997 une disposition expresse prévoyant notamment que le commissaire peut être choisi pour assurer l'exécution du concordat¹⁰⁹. Un tiers pourrait théoriquement être désigné, mais cela ne paraît pas souhaitable.

1.2. Statut

- 43 Le statut du surveillant à l'exécution du concordat ordinaire est discuté, mais il faut considérer qu'il s'agit d'un organe de l'exécution forcée exerçant une fonction de droit public¹¹⁰, auquel les art. 5, 8, 10, 11, 14, 17 à 19, 34 et 35 LP sont applicables par analogie. Le surveillant à l'exécution du concordat ne saurait être considéré comme un mandataire de droit privé¹¹¹ : l'obligation de fidélité due au mandant – en l'occurrence le débiteur – placerait le surveillant à l'exécution du concordat en porte-à-faux avec son obligation de s'assurer que les créanciers sont correctement désintéressés, conformément aux termes du concordat homologué, et viderait de tout sens la norme. Il est nécessaire que le surveillant à l'exécution du concordat présente, à l'instar du commissaire, des garanties de neutralité.
- 44 Cette tutelle d'exécution peut s'avérer utile, surtout dans l'hypothèse où le concordat a été imposé au débiteur sur requête d'un créancier, mais seulement si le surveillant dispose de pouvoirs effectifs. Or, la loi ne fait nulle part mention des mesures et des sanctions qu'il peut prendre : la seule envisageable serait de demander la révocation du concordat. L'on ne parvient toutefois à cette conclusion qu'en opérant une interprétation extensive de la loi, en considérant que concordat

¹⁰⁷ Exemples de désignation du commissaire : BISchK 1940 VI p. 184 ss. ; BISchK 1941 II p. 59 ss.(60) ; BE, décision de l'autorité cantonale de surveillance du 14 janvier 1939 *in* : ZBJ 76, Heft 12, p. 591.

¹⁰⁸ ZH, décision de la 1^{ère} section du Tribunal de district de Bülach du 6 septembre 1995 *in* : BISchK 1997 II p. 75 ss. (consid. II. 2. et la référence citée) ; GR, Kantonsgerichtsausschuss, décision du 22 mars 1971 *in* : BISchK 1974 II p. 50 ss. (consid. 1)).

¹⁰⁹ AMONN/WALTHER, § 55 n° 19.

¹¹⁰ GILLIÉRON, n° 19 ad art. 314 LP ; JUNOD MOSER/GAILLARD, CR-LP, n° 37 ad art. 314 LP ; GUGGISBERG, BSK-SchKG, n° 60 ad art. 314 LP et le renvoi à GASSER ; HUNKELER, n° 1089 ; Contra : JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 15 ad art. 314 LP, qui parle d'un rapport de mandat de droit privé ; BAUMANN, Le rôle des liquidateurs lors de la réalisation des immeubles compris dans un concordat par abandon d'actif *in* : BISchK 1990 II p. 41 ss. (43).

¹¹¹ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 15 ad art. 314, estime que le sureillant à l'exécution du concordat occupe une fonction de droit privé, puisqu'il est « partie » au concordat conclu entre le débiteur et les créanciers. C'est oublier que le concordat ne constitue pas un contrat de droit privé, mais une forme d'exécution forcée (ATF 103 III 54 (59)). Le fait que le surveillant à l'exécution soit désigné dans le concordat ne s'oppose pas à ce qu'il se trouve dans un rapport de droit public. Les liquidateurs le sont aussi, pourtant, leur statut relève du droit public (art. 320 al. 3 LP).

entaché de mauvaise foi et mauvaise exécution du concordat sont synonymes. Et la loi réserve aux créanciers lésés la faculté de demander la révocation d'un concordat entaché de mauvaise foi, mais pas au commissaire, dont les fonctions ont pris fin, ni *expressis verbis* au surveillant à l'exécution du concordat. Enfin, la loi ne désigne pas l'autorité judiciaire compétente auprès de laquelle le surveillant à l'exécution devrait agir et dénoncer le cas¹¹² s'il constate que le concordat a été mal exécuté. Il est unanimement admis que la procédure concordataire prend fin avec l'homologation définitive du concordat, ce qui *de facto* entrainerait l'incompétence de l'autorité du concordat en matière d'exécution du concordat. L'on peut cependant imaginer pour une question de logique, voire d'économie de procédure, que l'autorité concordataire qui a homologué ledit concordat soit toujours compétente pour prendre les mesures adéquates garantissant la bonne exécution du concordat, ce d'autant plus que cette autorité serait compétente pour révoquer un concordat entaché de mauvaise foi au sens de l'art. 313 al. 1 LP.

1.3. Compétences

- 45 Le cahier des charges du surveillant à l'exécution est sommairement précisé par la loi. Il s'agit pour lui de prendre les mesures de surveillance, de gestion et de liquidation nécessaires à la bonne exécution du concordat : le jugement devra indiquer clairement quelle est la nature de l'activité à déployer et la limiter matériellement, procéduralement et temporellement. Le surveillant aura entre autres pour mission de vérifier que le dividende a été versé, respectivement que la part du chiffre d'affaires consacré au financement du dividende lui est effectivement consacrée, effectuer l'appel à garantie¹¹³, veiller à la bonne exécution du concordat en faveur des créanciers tardifs ou contestés, dont le bien-fondé de la prétention a été établi par jugement¹¹⁴, ou encore prendre les mesures de liquidation lorsque le concordat homologué est mixte. Il ne saurait en revanche continuer à gérer l'entreprise du débiteur, ce dernier retrouvant tous ses pouvoirs dès le concordat homologué.

1.4. Voie de recours

- 46 En raison du statut du surveillant à l'exécution du concordat, qui constitue un organe de l'Etat et un organe atypique de poursuite, ses décisions peuvent être

¹¹² ZH, décision de la 1^{ère} section du Tribunal de district de Bülach du 6 septembre 1995 *in* : BISchK 1997 II p. 75 ss. (consid. II. 3.).

¹¹³ ZH, décision du Tribunal de district de Bülach du 6 septembre 1996 *in*: ZR 95 (1996), 81.

¹¹⁴ Art. 315 al. 1 LP.

attaquées par la voie de la plainte¹¹⁵ auprès de l'autorité cantonale de surveillance. La plainte permettra également à un créancier de contester l'inaction de l'exécuteur concordataire dans des cas où l'on attendrait de lui un comportement actif.

2. Par abandon d'actif

- 47 La liquidation d'un concordat par abandon d'actif fait l'objet de nombreuses dispositions légales. Elle est effectuée par un ou plusieurs liquidateurs¹¹⁶ surveillés par une commission des créanciers, élus lors de l'assemblée des créanciers prévue par l'art. 301 LP. Le commissaire pourra aussi être désigné liquidateur d'un concordat par abandon d'actif. Les activités du liquidateur sont assez vastes et détaillées dans la loi avec un relativement haut degré de précision, si bien qu'elles n'amènent pas ici de commentaires particuliers. En particulier, le liquidateur sera en charge de dresser un état de collocation¹¹⁷. Il lui appartiendra également de réaliser les actifs¹¹⁸. Avant toute distribution des deniers, le liquidateur dressera un tableau de distribution, même provisoire¹¹⁹. Le liquidateur est par ailleurs légitimé à faire valoir en justice d'éventuelles prétentions révocatoires de la masse¹²⁰. Les décisions du liquidateur concernant la réalisation de l'actif peuvent être attaquées par devant la commission des créanciers¹²¹; sa décision peut faire l'objet d'une plainte auprès de l'autorité cantonale de surveillance¹²². Les autres actes du liquidateur sont attaquables par la voie de la plainte¹²³, à l'exclusion de la collocation qui ne peut qu'être contestée devant une autorité judiciaire.

¹¹⁵ Ce n'était pas la solution retenue sous l'ancien droit. Voir ATF 81 III 31 et DIETH, Beschwerde gemäss Art. 17 ss. SchKG, p. 365.

¹¹⁶ Art. 317 al. 2 LP.

¹¹⁷ Art. 321 LP.

¹¹⁸ Art. 322 ss LP.

¹¹⁹ Art. 326 LP.

¹²⁰ Art. 331 LP.

¹²¹ Art. 320 al. 2 LP.

¹²² Art. 320 al. 2 LP.

¹²³ Art. 17 LP.

Typologie du concordat et phases de la procédure

PARTIE II

STATUT DU COMMISSAIRE ET CONSÉQUENCES

Chapitre I

STATUT DU COMMISSAIRE

Section I

Le commissaire, organe de l'état

A. Nature juridique de l'attribution de la tâche et rapport de droit

1. Problématique et enjeux de la distinction

48 Le commissaire exerce une tâche publique, décrite dans la loi, précisée par le jugement octroyant le sursis, sous le contrôle du juge du concordat qui le nomme et, dans une certaine mesure, de l'autorité cantonale de surveillance ; il est investi d'un pouvoir décisionnel, une parcelle de la puissance publique lui étant octroyée par la loi dans la cadre de sa mission. En d'autres termes, c'est le chef d'orchestre de la procédure concordataire durant la phase du sursis¹²⁴, le compositeur de sa partition demeurant le juge du concordat. De par la loi, le commissaire n'est en aucun cas chargé, dans le cadre de sa mission officielle, de défendre les intérêts d'une partie plutôt que ceux des créanciers¹²⁵, ce encore moins maintenant que sous l'empire de l'ancien droit. Le commissaire agit tant dans l'intérêt des créanciers que du débiteur¹²⁶ ; il n'est pas le représentant du débiteur¹²⁷. Dans le droit actuellement en vigueur, l'image d'un débiteur collaborant activement à la préparation du concordat est tempérée par le fait qu'un concordat peut être proposé aussi contre sa volonté, le créancier en mesure de requérir la faillite étant légitimé à déposer une requête de sursis concordataire¹²⁸, et l'opportunité d'une procédure concordataire pouvant être même examinée d'office par le juge¹²⁹. Il est par conséquent d'autant plus important que le commissaire soit neutre et impartial.

¹²⁴ STÖCKLI, Die Unabhängigkeit des Sachwalters, p. 32.

¹²⁵ Art. 10 al. 1 ch. 3 LP. Le mandataire du débiteur ne peut pas être désigné commissaire au sursis concordataire. Il s'agit d'un cas de récusation.

¹²⁶ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 4 ad art. 295 LP ; pour une définition ancienne du commissaire, voir FRITZSCHE/WALDER, §72 n° 17, qui cite un arrêt du 30 octobre 1944 de la Cour d'Appel du canton de Berne, ZBJV 82/1946 p. 169, reproduit dans BISchK 11/1947 p. 21 n° 13, dans lequel « *der Sachwalter im Nachlassverfahrens ist nicht ein obligationenrechtlicher Beauftragter des Schuldners, sondern ein vom Richter ernanntes Organ der Zwangsvollstreckung, das im Interesse der Gläubiger tätig sein soll* ».

¹²⁷ ZH, décision de l'Obergericht du 16 avril 1982 in: ZR 82 (1983), 62, p. 162.

¹²⁸ Art. 293 al. 2 LP.

¹²⁹ Art. 173a al. 2 LP.

- 49 Le commissaire peut être soit un fonctionnaire de l'office des poursuites et des faillites, soit une tierce personne extérieure à l'administration de l'État¹³⁰. Les décisions du commissaire sont attaquables par la voie de la plainte¹³¹. Le commissaire est rémunéré par le débiteur concordataire, le montant des honoraires étant défini par le juge en application de l'art. 55 al. 3 OELP. L'État répond principalement du dommage causé par le commissaire¹³² et dispose à son encontre d'une action récursoire. Le commissaire est tenu au respect d'un certain nombre de devoirs, définis aux art. 8, 10 et 11 LP. Lorsque le préposé, ou un fonctionnaire de l'office, est désigné par le juge, l'activité déployée demeure interne à l'administration de l'État. Tel n'est pas le cas dès lors que le juge désigne un tiers indépendant, personne privée physique ou morale distincte de l'administration, comme par exemple un avocat ou un expert-comptable. La nature précise de l'attribution de l'activité de commissaire à une personne externe à l'administration ne fait pas l'objet d'une quelconque qualification juridique et la loi ne précise pas s'il s'agit là d'une délégation, d'une concession, d'un mandat de droit public, ou même d'une variante de la nomination d'un fonctionnaire ou de l'engagement d'un employé de l'État. L'on peut en revanche d'emblée exclure que le commissaire puisse être qualifié de mandataire de droit privé¹³³.
- 50 De la qualification du statut du commissaire, ainsi que du mode d'attribution et de la nature de sa tâche, découleront un certain nombre de conséquences importantes. En particulier, il sera possible de vérifier si le renvoi de l'art. 295 al. 3 LP aux art. 5, 8, 10, 11, 14, 17 à 19 34 et 35 LP est justifié. En matière de responsabilité pénale, la qualification du statut du commissaire pourra cas échéant permettre l'application des normes réservées aux membres d'une autorité. En outre, la définition de la nature du transfert de la tâche et du statut du commissaire aura des conséquences lorsqu'il s'agira de déterminer s'il existe un droit, pour une personne privée, physique ou morale, d'être nommée commissaire au sursis concordataire. En particulier, la délégation d'une activité étatique à un tiers est soumise au droit des marchés publics, alors que la concession de services publics ne l'est pas¹³⁴.

¹³⁰ Art. 5 EG SchKG GL (RS GL III D 1).

¹³¹ Art. 17 et 19 LP.

¹³² Art. 5 LP.

¹³³ BAUMANN, p. 42 s. et les références citées.

¹³⁴ ATF 125 I 209, tempéré par l'ATF 135 II 49. BELLANGER, p. 415 ; la question est toutefois très discutée. Voir également ZUFFEREY, p. 63.

2. Le délégataire

- 51 La délégation au sens strict est caractérisée par l'octroi, de la part d'une autorité étatique, de compétences de décisions unilatérales qu'elle possède ou en l'attribution d'un pouvoir réglementaire ou quasi-réglementaire que la loi lui attribue, à un tiers¹³⁵. Pour que le délégataire puisse valablement prendre des décisions touchant un ou plusieurs tiers dans ses droits et obligations de manière unilatérale, le principe de la délégation doit figurer dans une base légale ou constitutionnelle¹³⁶. Le transfert de l'activité doit en outre être justifié par un intérêt public et respecter le principe de la spécialité¹³⁷. Le délégataire est soumis à une surveillance étroite de la part du délégant¹³⁸ et lui est subordonné¹³⁹. Le particulier délégataire est tenu d'agir dans le respect de la Constitution, en particulier des droits fondamentaux qu'elle garantit¹⁴⁰. Lorsque seule la possibilité de déléguer est prévue dans la loi, il appartient à l'autorité compétente de désigner la personne du délégataire¹⁴¹. Les particuliers, délégataires, auxquels la loi impose une tâche d'exécution directement utile à l'exercice d'une attribution administrative, exercée dans l'intérêt de l'État¹⁴² sont des auxiliaires de l'État. La délégation peut intervenir dans une concession, ou dans un contrat, généralement de droit administratif.
- 52 Ayant rappelé ce qu'était une délégation, il apparaît que l'activité du commissaire ne constitue pas une activité déléguée *stricto sensu*. Certes, elle en revêt certaines qualités, mais des caractéristiques essentielles manquent. Ainsi, pour qu'une activité soit déléguée, il faut à tout le moins qu'elle soit dans un premier temps *ab initio* attribuée clairement à l'entité administrative délégante, la loi prévoyant ensuite obligatoirement expressément le principe de la délégation à un tiers. Dans le droit des poursuites et des faillites, ce mécanisme juridique est connu dans le cas de l'institution d'une gérance légale¹⁴³. Or, pour le commissaire au sursis, la

¹³⁵ MOOR, 3.1.1.1, p. 92 ss; KNAPP, § 2731 s.

¹³⁶ MOOR, *op. cit.*, 3.1.2.6, p. 105 s. ; HÄFELIN/MÜLLER, n°1509 ; KNAPP, § 2731.

¹³⁷ HÄFELIN/MÜLLER, *loc. cit.* ; DÉFAGO GAUDIN, n° 666 et les références citées en note de bas de page 697.

¹³⁸ KNAPP, n° 1037 ; HÄFELIN/MÜLLER, *loc. cit.*

¹³⁹ GRISEL, Traité, p. 301.

¹⁴⁰ HÄFELIN / MÜLLER, *loc. cit.*

¹⁴¹ MOOR, 3.1.3.2, p. 111 s.

¹⁴² MOOR, *op. cit.*, 3.1.2.7, p. 107, qui cite comme exemples les médecins appelés par la police à prélever un échantillon de sang chez un automobiliste suspecté d'ivresse.

¹⁴³ Art. 16 al. 3 ORFI.

législation en vigueur ne prévoit rien de tel¹⁴⁴. La compétence d'exercer ses fonctions est attribuée directement au commissaire par le juge ; si le commissaire était un délégué, il se verrait attribuer la tâche en second lieu, après qu'une autre personne ou entité de l'administration ait été désignée comme exécutante, par la loi ou le jugement, ce qui n'est absolument pas le cas. Notons que par ailleurs, et bien que cette exigence n'ait qu'une influence sur la validité des décisions du délégué, il n'existe dans la LP aucune disposition légale prévoyant expressément le principe d'une délégation, ce qui constitue un indice supplémentaire tendant à démontrer que le commissaire n'est pas délégué¹⁴⁵.

3. Le concessionnaire

- 53 La concession se définit généralement comme un acte administratif mixte, par lequel l'autorité concédante confère à un tiers concessionnaire le droit et le devoir d'exercer de manière relativement indépendante une activité stable, d'une durée en principe déterminée et renouvelable, dans un domaine juridique sur lequel la collectivité publique exerce un monopole, de droit, indirect de droit ou de fait¹⁴⁶, ou

¹⁴⁴ Elle prévoyait même l'inverse dans son ancienne mouture antérieure à la modification entrée en vigueur en 1997, énonçant *expressis verbis* la possibilité d'une désignation interne à l'Office, laissant ainsi sous-entendre que la règle était la désignation d'un tiers indépendant de l'administration : « *Le préposé ou un fonctionnaire de la faillite peuvent être désignés à cet effet* » (art. 295 al. 1 deuxième phrase aLP).

¹⁴⁵ Selon KNAPP, citant l'ATF 114 III 120, les administrateurs spéciaux de la faillite et les liquidateurs d'un concordat par abandon d'actif seraient des délégués, la décision précitée précisant que « *l'administration spéciale de la faillite [agit] en lieu et place de l'office* ». Tel n'est cependant pas le cas; la loi laisse simplement le choix à l'assemblée des créanciers de confier la liquidation à l'office des faillites ou à une administration spéciale (art. 237 al. 2 LP). L'assemblée des créanciers n'est pas elle-même en charge de cette activité; quant à l'office, il n'intervient pas dans le processus et ne délègue aucune tâche. La remarque vaut aussi pour le liquidateur, dont la position est comparable à celle du commissaire. Certes, à la différence du commissaire, le liquidateur est élu par l'assemblée des créanciers et confirmé dans ses fonctions par le jugement d'homologation. Mais, tout comme le commissaire, il doit exécuter de manière relativement indépendante une tâche publique spécifique délimitée par la loi et (par le jugement octroyant le sursis pour le commissaire), activité ne revenant pas *ex lege* à l'Etat, à l'une de ses administrations ou un fonctionnaire de l'Etat, et ne pouvant dès lors faire l'objet d'une délégation ».

¹⁴⁶ KNAPP, § 1397, qui en donne les définitions suivantes: un monopole de droit existe lorsqu'une activité est confiée exclusivement à l'Etat ; l'on est en présence d'un monopole indirect de droit lorsque l'Etat rend obligatoire le recours à un service public, privant ainsi les particuliers de clientèle ; un monopole de fait se caractérise quant à lui par le fait que l'exercice de l'activité concernée implique l'utilisation du domaine public ou d'autres biens dont l'Etat est le seul à pouvoir disposer.

d'utiliser une chose appartenant au domaine public¹⁴⁷. Le concessionnaire perçoit une rémunération du tiers et non de l'État et supporte le risque économique lié à son activité de concessionnaire¹⁴⁸. Sauf exception, le concessionnaire se trouve dans un rapport de droit privé avec l'administré et engage sa propre responsabilité¹⁴⁹. Le concessionnaire est en principe tenu de s'acquitter d'un émolument pour l'octroi et le renouvellement de la concession, ainsi que d'une redevance périodique pour l'utilisation qui en est faite¹⁵⁰.

- 54 Le concessionnaire peut aussi déployer une activité économique relevant de la catégorie des services publics¹⁵¹, l'État externalisant alors l'exécution d'une tâche¹⁵². L'entreprise privée, laquelle se substituera à la collectivité et agira en son nom et pour son propre compte¹⁵³, va alors agir comme une autorité administrative, et sera notamment soumise à l'obligation du respect des principes constitutionnels et de procédure gouvernant l'activité de l'administration¹⁵⁴. Dans l'hypothèse où l'État transfère au concessionnaire l'entière responsabilité de la tâche publique, tous les risques étant mis à sa charge, l'on ne parle pas de marché public, puisque l'État n'acquiert pas lui-même des ressources nécessaires à l'exécution de sa tâche, ne bénéficiant qu'indirectement des prestations du tiers¹⁵⁵.
- 55 Au vu de la nature juridique et des caractéristiques de la concession, force est de constater que l'activité du commissaire ne saurait être qualifiée d'activité concédée. L'activité exercée par le commissaire constitue bien à l'origine un « monopole » en mains de l'État, seul détenteur de la puissance publique. Mais le commissaire agit certes en son nom, mais pour le compte de l'État, ainsi que celui des créanciers et du débiteur, n'engageant sa responsabilité que subsidiairement, alors que le

¹⁴⁷ MOOR, 3.2.1.1, p. 120 s; KNAPP, § 1401; HÄFELIN/MÜLLER, n° 2591 s / 2598.

¹⁴⁸ ZUFFEREY, p. 63 ; KNAPP, § 1409 s.

¹⁴⁹ GRISEL, *Traité, op. cit., loc. cit.* ; KNAPP, § 1414 ss.

¹⁵⁰ GRISEL, *Traité*, p. 292 ; KNAPP, § 1418.

¹⁵¹ Précisons que jurisprudence et doctrine parlent également parfois, trompeusement, de concession de service public lors du transfert par l'Etat à une personne privée d'une activité purement administrative et non économique : voir les références citées par HÄFELIN/MÜLLER, n° 1513 / 2592, qui critiquent cette qualification et préfèrent parler de « *Beleihung* », traitant séparément de la question et renonçant à lui appliquer les principes juridiques afférents à la concession.

¹⁵² GRISEL, *Traité*, p. 285 ; KNAPP, § 1398 s.

¹⁵³ GRISEL, *op.cit., loc.cit.* ; BELLANGER, p. 414.

¹⁵⁴ BELLANGER, p. 414.

¹⁵⁵ BELLANGER, p. 404.

concessionnaire agit en son nom, pour son propre compte et à ses risques et périls. La stabilité et la durabilité de l'activité font défaut, le commissaire étant nommé pour exercer une activité temporellement limitée initialement de quatre à six mois, susceptible de se prolonger jusqu'à vingt-quatre mois au maximum. L'exercice de son activité par le commissaire ne dépend pas de sa propre volonté, mais est conditionnée à l'ouverture d'une procédure concordataire par le débiteur, un créancier ou d'office par le juge. De même, le commissaire ne doit-il pas s'acquitter d'un émolument et d'une redevance pour exercer son activité. Enfin, un rapport de droit public lie le commissaire au débiteur concordataire.

4. Le mandataire de droit public

- 56 Le mandataire déploie une activité de service, en principe durable, mais pas uniquement¹⁵⁶, dans l'intérêt du mandant, recevant en contrepartie une rémunération ; en général, un rapport de confiance lie mandant et mandataire, sans que cette dernière caractéristique ne soit cependant essentielle pour qualifier un contrat de mandat¹⁵⁷. Le mandataire est directement responsable d'une bonne et fidèle exécution de sa tâche¹⁵⁸. Le tuteur, dont le rôle consiste à assister et représenter son pupille, est ainsi considéré comme un mandataire de droit public¹⁵⁹. De même, l'avocat d'office en est-il un¹⁶⁰. Les personnes chargées par la FINMA, pour son compte, d'exécuter des tâches de surveillance, d'enquête, d'assainissement ou de liquidation, tout comme l'administrateur officiel d'un fonds de placement, exercent un mandat de droit public¹⁶¹.
- 57 Eu égard à la définition du mandataire donnée ci-dessus, il apparaît que le commissaire, à la différence du chargé d'enquête ou du délégué à l'assainissement nommés par la FINMA¹⁶², ne saurait être qualifié ainsi. Le commissaire agit de manière indépendante. Il ne déploie une activité ni spécifiquement en faveur des créanciers, du débiteur ou de l'État. Il reçoit une rémunération du débiteur, ce qui laisserait supposer qu'il s'agit-là de son mandant, alors que tel n'est précisément pas le cas. Enfin, le commissaire n'est pas directement responsable du dommage causé, le canton répondant à titre primaire.

¹⁵⁶ WEBER, BSK OR I, n° 4 ad art. 394 CO.

¹⁵⁷ WERRO, CR CO I, n° 12 ss ad art. 394 CO.

¹⁵⁸ WERRO, CR CO I, n° 3 ss ad art. 398 CO.

¹⁵⁹ ATFA E-5571 du 5 septembre 2007, consid. 2.1.

¹⁶⁰ TF, arrêt 1B.84/2007 du 11 septembre 2007, consid. 6. TERCIER P., n° 4914 et les références citées.

¹⁶¹ ATF 100 Ib 109.

¹⁶² Cf. infra § 534 ss.

5. Le fonctionnaire et l'employé

58 En guise de préambule, l'on rappellera que les agents publics agissent au nom et pour le compte de l'État, étant en cela nécessaires à son fonctionnement, prenant les décisions et les exécutant. Le terme d'agent public est générique et inclut notamment les fonctionnaires, les employés et les auxiliaires. Une place à part est laissée en doctrine aux membres des organes de l'État et des autorités, de même qu'aux personnes physiques employées par des organismes privés ou publics qui sont vu confier par l'État des tâches publiques¹⁶³ et surtout aux mandataires de l'État nommés par une autorité administrative, ou aux experts désignés par un tribunal dans le contexte d'une procédure contentieuse ou non contentieuse, lesquels, agissant au nom et pour le compte de l'autorité publique, sont considérés comme des délégataires de tâches publiques engagé sur la base de contrats de droits administratifs¹⁶⁴. Les rapports juridiques entre l'État et le fonctionnaire naissent consécutivement à une décision de nomination, acte unilatéral soumis à acceptation tacite ou expresse de l'intéressé¹⁶⁵, ceux entre l'employé¹⁶⁶ et l'État prenant généralement effet par lettre d'engagement, également soumise à acceptation¹⁶⁷. La nomination des fonctionnaires est toujours précédée d'une mise au concours¹⁶⁸. Les agents ne bénéficient en revanche d'aucun droit à la nomination¹⁶⁹. L'une des caractéristiques essentielles de l'acte de nomination est qu'il se borne à individualiser le poste, renvoyant pour le surplus à des règles préexistantes – principalement aux statuts applicables à la fonction publique¹⁷⁰. Enfin, les agents publics ont droit à un salaire, défini par une échelle de traitement¹⁷¹ ; ils devront par ailleurs respecter un certain nombre d'obligations (devoirs d'obéissance, de dignité, de neutralité, de fidélité, d'accomplissement de la tâche attribuée, de respect du secret de fonction)¹⁷².

¹⁶³ KNAPP, n° 3062.

¹⁶⁴ KNAPP, n° 3065.

¹⁶⁵ MOOR, 5.1.2.1, p. 210.

¹⁶⁶ Pour les différents types d'employés existants, cf. KNAPP, n° 3109.

¹⁶⁷ KNAPP, n° 3115.

¹⁶⁸ KNAPP, n° 3125 ; MOOR, 5.1.3.1, p. 214 s, lequel semble affirmer qu'en vertu du principe d'égalité d'accès à la fonction publique, tous les postes vacants devraient être mis au concours.

¹⁶⁹ KNAPP, n° 3122.

¹⁷⁰ MOOR, 5.1.2.1, p. 211.

¹⁷¹ MOOR, *loc. cit.*

¹⁷² MOOR, 5.3.1, p. 222 ss ; KNAPP, n° 3090 ss.

- 59 La modalité d'accession aux charges de commissaire au sursis revêt certaines caractéristiques de la nomination d'un fonctionnaire, mais de loin pas toutes. Une décision judiciaire de nature civile, et non administrative, est à la base de l'engagement du commissaire. Le jugement précise le cadre de l'activité à déployer, le commissaire étant pour le surplus renvoyé à agir dans le respect de la LP et des ses ordonnances d'exécution. Le commissaire est rémunéré selon un tarif, mais, à la différence d'un fonctionnaire ou employé de l'État, le salaire n'est pas déterminé d'avance, ni même déterminable. Par ailleurs, le débiteur de la rémunération n'est pas l'État. L'activité du commissaire est limitée, voire très limitée dans le temps, alors que l'employé ou le fonctionnaire est plutôt censé déployer une activité durable. Le commissaire est indépendant, alors que le fonctionnaire ou l'employé de l'État sont en lien de subordination avec leur employeur dont ils doivent respecter les directives et sauvegarder les intérêts. A l'évidence cependant, il est un cas où le commissaire sera également fonctionnaire, sa fonction de commissaire n'ayant aucune influence sur cette qualification, soit lorsque le commissaire est désigné à l'intérieur de l'office des faillites.

6. Nature autonome et rapport de droit public

- 60 De ce qui précède, il découle que la désignation d'une personne privée en qualité de commissaire au sursis ne constitue pas une délégation, et que l'activité n'est ni concédée, ni attribuée sur la base d'un rapport contractuel, de mandat de droit public ou de droit administratif, avec l'Etat. Il s'agit par conséquent d'une attribution de compétences *sui generis*, obéissant à des règles propres fixées par la législation fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, l'État donnant la possibilité au commissaire en tant que personne privée, physique ou morale, d'exercer une activité d'intérêt public pouvant également être dévolue directement à un fonctionnaire de l'office par le juge. L'on précisera qu'un rapport de droit public lie le commissaire et le débiteur, respectivement les tiers¹⁷³, élément qui revêt une importance particulière en matière de responsabilité pour les actes commis – ou omis – par le commissaire dans le cadre de ses fonctions. La relation n'a en revanche rien de contractuel. Par ailleurs, le commissaire ne peut être qualifié de fonctionnaire ou d'employé de l'Etat que lorsqu'il est choisi au sein d'un office.
- 61 Le commissaire agit comme une autorité, au bénéfice d'une parcelle de la puissance publique, et est totalement indépendant du juge qui l'a nommé, du débiteur, et des créanciers, ne recevant d'instructions ni de l'un ni des autres. Vis-à-vis du sursitaire et des tiers, il apparaît comme un organe de l'État, ou d'organe officiel de la faillite

¹⁷³ Il convient d'écarter une ancienne théorie selon laquelle le commissaire se trouvait dans un rapport de droit privé (voir ATF 73 III 34).

du commissaire, statut qui découle du fait que le commissaire est nommé par le juge du concordat¹⁷⁴ pour exécuter un certain nombre de tâches publiques qui lui incombent de par la loi. L'on verra que cette position d'officier public a plusieurs conséquences en matière de devoirs, de surveillance, de responsabilité¹⁷⁵ et de voie de droit ouverte contre ses actes¹⁷⁶. Le renvoi de l'art. 295 al. 3 LP aux différentes règles destinées aux préposés, employés et membres de l'autorité de surveillance, est par conséquent entièrement justifié, que le commissaire soit désigné à l'intérieur ou à l'extérieur d'un office. L'on peut légitimement se demander ce qui a poussé le législateur à ne pas faire figurer nommément au sein des articles 10, 11, 14 et 34 LP le commissaire au sursis, ainsi d'ailleurs que les liquidateurs, alors qu'il a choisi de mentionner clairement la personne de commissaire et de liquidateur dans l'art. 5 LP traitant de la responsabilité des cantons.

- 62 C'est donc à juste titre que la doctrine et la jurisprudence estiment que le commissaire au sursis constitue un organe atypique de la procédure concordataire, au même titre que le juge du concordat, l'assemblée des créanciers ou les liquidateurs¹⁷⁷, qui doit agir de manière impartiale et indépendante pour protéger l'intérêt public¹⁷⁸, ou, plus généralement, d'un organe public et officiel de l'état¹⁷⁹, « d'un agent public occasionnel, temporaire, [...] un organe légal prêtant son concours pour la procédure concordataire »¹⁸⁰. En résumé, le commissaire est un « *öffentliches Organ des Staates zur Leitung des Nachlassverfahrens; er hat die Interessen des Schuldners und der Gläubiger gleichermassen zu wahren; seine Stellung entspricht derjenigen des Konkursamtes oder einer ausseramtlichen Konkursverwaltung* »¹⁸¹. « [Il] doit (...) rester constamment indépendant aussi bien

¹⁷⁴ Art. 295 al. 1 LP.

¹⁷⁵ Art. 5 LP.

¹⁷⁶ Art. 17 LP.

¹⁷⁷ AMONN/WALTHER, § 54 n° 2.

¹⁷⁸ VS, décision du Tribunal cantonal du 11 mai 2006 *in*: ZWR 2007, p. 212, consid. 2 b ; COMETTA, p. 134 et les références citées en note de bas de page 114; BAUMANN, p. 42 *in fine*; STÖCKLI, Die Unabhängigkeit des Sachwalters, p. 32.

¹⁷⁹ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 13 ad art. 293 LP; HUNKELER, § 690 ss. ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n°13, 18 et 26 ad art. art. 295 LP ; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 24 ad art. 295 LP ; FRITZSCHE/WALDER, § 72 n° 20; AMONN/WALTHER, § 54 n° 21; FAVRE, § 55 N 1; HÜSSY, p. 103; DALLÈVES, L'avocat commissaire au concordat, § 4.

¹⁸⁰ GILLIÉRON, n° 32 ad art. 295 LP.

¹⁸¹ ATF 59 III 42; ATF 73 III 36; ATF 92 III 41, consid. 2 = JdT 1967 II 12 (16); ATF 94 III 24; ATF 94 III 55 (consid. 2) = JdT 1969 II 34 (38); ATF 113 III 150; ATF 103 Ia 79. Voir également les décisions

du débiteur que des créanciers et considérer leurs intérêts de manière impartiale »¹⁸² et « doit (...) dans son devoir général de surveillance, veiller notamment à la protection du patrimoine du débiteur et à la sauvegarde de l'égalité de traitement entre les créanciers »¹⁸³.

cantonales suivantes : décision de l'autorité bernoise de surveillance du 14 janvier 1939, BISchK 1941 II p. 59 ss. = ZBJ 76, Heft 12, p. 591, qui établit que la « *Sachwaltertätigkeit, die eine strenge, unparteiische Treuhändertätigkeit im Interesse aller Beteiligten sein muss* » ne permet notamment pas au commissaire de recourir au nom du débiteur sursitaire contre la décision judiciaire refusant l'homologation du concordat. Consulter également la décision du tribunal supérieur turgovien du 10 décembre 1940, confirmée par un arrêt du TF du 24 janvier 1941. Décision de l'autorité bernoise de surveillance du 14 janvier 1939 in: BISchK 1941 II p. 59 ss = ZBJ 76, 12, p. 591; BE, décision de la III^{ème} Chambre civile du 30 octobre 1944 = ZBJ 1946 p. 169 = BISchK 1947 I p. 21 ss. ; LU, décision de la chambre des faillites du 5 octobre 1959 in: BISchK 1961 III p. 90 ss. (93, consid. 3); NE, arrêt du tribunal administratif du 14 janvier 1997 en la cause Cicicam c/ H. et O., in: RJN 1997 p. 267.

¹⁸² Rapport de la commission d'experts de 1981, p. 106.

¹⁸³ TF, Arrêt du 2 décembre 2002 de la Chambre des poursuites et faillites, in: BISchK 2004, p. 64.

Section II

Divers devoirs du commissaire

- 63 En sa qualité d'organe officiel de l'État, indépendant et neutre, le commissaire s'est vu imposer par le législateur une série de devoirs, ou d'interdictions, permettant de mettre en œuvre l'indépendance et l'impartialité requises pour un correct exercice de son activité. Ainsi, en vertu des différents renvois effectués par l'art. 295 al. 3 LP, le commissaire doit-il notamment si nécessaire se récuser¹⁸⁴, s'abstenir de conclure pour son propre compte une affaire se rapportant à la procédure¹⁸⁵, respecter les modes de communications prévus par la LP¹⁸⁶, ou encore dresser procès-verbal de ses opérations¹⁸⁷. L'on verra que d'autres devoirs sont mis à sa charge.

A. Récusation

- 64 Afin d'éviter tout risque de conflit d'intérêts entre la fonction officielle et étatisée de commissaire d'une part et une possible activité privée en faveur de l'une ou l'autre des parties à la procédure concordataire d'autre part, dont on rappellera qu'il s'agit d'une procédure judiciaire de nature civile, les règles sur la récusation destinées aux préposés, employés et membres de l'autorité de surveillance sont expressément applicables aux commissaires ordinaire et provisoire¹⁸⁸. La *ratio legis* de la récusation obligatoire du commissaire est le principe de neutralité¹⁸⁹ et d'impartialité – applicable de façon plus générale aux autorités administratives et judiciaires¹⁹⁰ – assurant une activité neutre et objective du commissaire qui ne doit pas ou plus pouvoir être autorisé à déployer une telle activité dès qu'il entretient des liens juridiques, économiques ou relationnels étroits avec le débiteur sursitaire ou les

¹⁸⁴ Art. 10 LP.

¹⁸⁵ Art. 11 LP.

¹⁸⁶ Art. 34 et 35 LP.

¹⁸⁷ Art. 8 LP. Ces deux devoirs seront traités séparément sous la partie consacrée aux activités procédurales du commissaire (cf. infra Chapitre III).

¹⁸⁸ Art. 295 al. 2 ch. 3 LP renvoyant à l'art. 10 LP ; ATF 94 III 55 (consid. 2 c) = JdT 1969 II 34 (40) ; LU, décision de la commission des poursuites et faillites du 27 août 1981, in: BISchK 1985 p. 141. ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 18 ad art. 295 LP.

¹⁸⁹ ATF 46 III 77 ; ATF 59 III 42 ; ATF 99 III 46 ; ATF 104 III 1.

¹⁹⁰ IQBAL, p. 628.

pseudo-créanciers. Le risque de conflits d'intérêts susceptibles d'intervenir dans l'exercice des actes du fonctionnaire ou du commissaire est ainsi limité.

- 65 La récusation doit déjà intervenir même s'il n'existe qu'un risque de conflits d'intérêt. Il est admis que l'intérêt public à l'indépendance du commissaire au sursis n'est pas seulement lésé en cas de partialité effective, mais déjà au stade de l'existence d'une présomption d'absence d'indépendance¹⁹¹. Il n'est donc pas nécessaire que la partie qui demande la récusation démontre qu'il existe dans les faits une possibilité concrète de lésion: le simple risque suffit¹⁹². Le fait que le futur commissaire manifeste la volonté de mener à bien de manière impartiale sa mission est sans importance aucune¹⁹³.

1. Champ d'application de l'art. 10 LP

- 66 Avant que l'art. 10 LP¹⁹⁴ ne soit clairement applicable au commissaire par le renvoi de l'art. 295 al. 3 LP à cette disposition, la jurisprudence et la doctrine avaient déjà appliqué les règles de la récusation au commissaire,¹⁹⁵ se basant sur l'ancien art. 10 LP et constatant que le but et l'esprit de cette norme¹⁹⁶ faisaient entrer dans son champ d'application la personne du commissaire, qui se devait d'être impartiale. Aujourd'hui codifié, le principe de récusation du commissaire dans les cas prévus à l'art. 10 LP n'est pas remis en question¹⁹⁷.
- 67 Le devoir de récusation du commissaire s'applique aussi si le commissaire travaille, hors de son activité officielle, avec une ou plusieurs personnes défendant les intérêts de l'une ou l'autre des parties. Il faut néanmoins veiller à ne pas être excessivement sévère lors de l'évaluation du degré de danger d'influence qui pourrait découler de la cohabitation professionnelle du commissaire avec d'autres

¹⁹¹ ATF 108 Ia 51; ATF 83 I 298.

¹⁹² ATF 83 I 298; ATF 77 I 88 ss.

¹⁹³ LU, décision de la chambre des faillites du canton de Lucerne du 5 octobre 1959 in: BISchK 1961 III p. 90 ss. (93, consid. 3).

¹⁹⁴ Calqué sur l'art. 10 PA.

¹⁹⁵ "Art. 295 Abs. 3 SchKG verweist zwar nicht auf die Vorschrift des Art. 10 SchKG über die Ausstandspflicht, doch drängt sich die Anwendung dieser im Interesse einer unparteiischen Geschäftsführung aufgestellten Bestimmung auf den Sachwalter gebieterisch auf (...)" ATF 94 III 55 consid. 2 c; ATF 44 III 158 (161); ATF 43 III 44 (46) = JdT 1917 II 162 (164).

¹⁹⁶ ATF 43 III 44 (47) = JdT 1917 II 162 (164)

¹⁹⁷ PETER, BSK-SchKG, n° 3 ad art. 10.; GILLIÉRON, n° 18-20 ad art. 10 LP; AMMON/WALTHER, § 54 n°21; FRITZSCHE/WALDER, § 72 n° 20; HUNKELER, § 704; SCHMID, p. 45; HÜSSY, p. 103; CORADI, p. 17.

personnes impliquées dans la procédure concordataire en tant que parties¹⁹⁸ et prendre en compte tous les éléments déterminants, à savoir le degré d'indépendance et un éventuel rapport de subordination entre le commissaire et les personnes agissant pour les parties à la procédure concordataire.

- 68 Une question supplémentaire qui se pose est la manière de traiter la demande de récusation visant un commissaire qui aurait confié l'exécution de certaines tâches découlant de son mandat officiel à l'un des ses auxiliaires qui aurait directement (en tant qu'avocat représentant une partie dans la procédure) ou indirectement (en tant que collaborateur d'un autre avocat représentant une partie dans la procédure concordataire) un intérêt à défendre. Le commissaire répond seul de ses décisions et des mesures qu'il prend¹⁹⁹; par conséquent, s'il n'est pas lui-même sous l'influence de son auxiliaire, et qu'il n'a pas perdu l'impartialité et la neutralité requises pour l'exercice de son activité, le commissaire ne devrait pas pouvoir être récusé. En pareilles circonstances, il appartiendra éventuellement à l'autorité de surveillance de rappeler au commissaire combien l'impartialité est capitale dans sa mission.

2. Conditions

- 69 L'art. 10 al. 1 LP énumère exhaustivement les motifs de récusation. Le commissaire au sursis concordataire provisoire et ordinaire doit se récuser :
- lorsqu'il s'agit de ses propres intérêts ; (i)
 - lorsqu'il s'agit des intérêts de son conjoint, de son fiancé ou de sa fiancée, de son partenaire enregistré ou concubin de fait, de ses parents ou alliés en ligne directe ascendante ou descendante ou en ligne collatérale, jusqu'au troisième degré inclusivement (CC 20, 21) ; (ii)
 - lorsqu'il s'agit des intérêts d'une personne dont il est le représentant légal, le mandataire ou l'employé ; (iii)
 - lorsque, pour d'autres raisons, il pourrait avoir une opinion préconçue dans l'affaire. (iv)

¹⁹⁸ ATF 99 III 46 (consid. 4) = JdT 1974 II 112 (115). Le TF a ainsi jugé qu'un substitut, auquel le préposé devait transmettre un dossier de faillite après sa récusation, n'est pas obligé de se récuser dans cette affaire. Quand bien même ces deux personnes exercent le métier d'avocats indépendants avec un secrétariat commun, le danger d'influence n'est pas démontré.

¹⁹⁹ ATF 99 III 46 (consid. 4), JdT 1974 II 112 (116) ; voir en outre Chapitre II.

2.1. Intérêts propres (art. 10 al. 1 ch. 1 LP)

- 70 Bien que cela semble aller de soi, le débiteur et le créancier ne sauraient être commissaires dans la procédure où ils interviennent ou sont parties. Une identité parfaite de personnes est bien entendu exclue²⁰⁰. De même, si le débiteur est une entreprise collective, les associés ont un intérêt personnel évident à la favorisation de leur entreprise. Dans ces deux hypothèses, le conflit d'intérêts est évident et la récusation de mise. Le juge du concordat devra contrôler si le futur commissaire, en tant que personne physique ou morale, et dans ce dernier cas, l'une de ses filiales ou société du même groupe (holding), a exercé ou exerce une activité pour l'entreprise sursitaire, l'une de ses filiales ou société du même groupe (holding)²⁰¹.
- 71 Lorsque le commissaire désigné est sociétaire ou organe, de droit ou de fait, d'une filiale de l'entreprise débitrice en sursis, qui serait alors ici la société-mère, il convient d'examiner avec précaution les intérêts en présence. Théoriquement, filiale et société-mère sont indépendantes l'une de l'autre. Pratiquement, il peut en aller différemment, les intérêts de la filiale ne correspondant pas toujours à ceux de la société-mère²⁰². La prudence voudrait que l'on exigeât d'un commissaire ayant les qualités décrites ci-dessus qu'il se récusat, afin d'éviter toute once de partialité. Le commissaire choisi par le juge du concordat pour officier dans une procédure concordataire concernant une filiale débitrice alors qu'il est lui-même sociétaire ou organe de la société-mère devrait également se récuser, puisqu'il défendrait parallèlement les intérêts de l'actionnaire majoritaire ou unique (la société-mère), ne présentant ainsi plus les garanties demandées.
- 72 Qu'il soit majoritaire ou minoritaire, l'actionnaire d'une société en sursis possède un intérêt manifeste à ce que l'entreprise dans laquelle il a investi soit bénéficiaire, afin de maximiser le montant perçu au titre de dividende ou encore de céder ses titres de participation avec la meilleure plus-value. Un actionnaire qui serait nommé commissaire au sursis concordataire de l'entreprise tombe dans la catégorie de l'art. 10 al. 1 ch. 1 LP et doit se récuser. L'on sera cependant moins strict dans les cas de sociétés cotées en bourse, où les titres sont par définition très liquides. D'une part, il se peut que le commissaire pressenti ne sache même pas qu'il détient, par exemple indirectement, des actions dans la société en difficulté, au travers de parts de fonds de placement par exemple. D'autre part, exiger du commissaire qu'il ne possède pas du tout d'actions dans la société cotée, reviendrait à exclure une multitude de

²⁰⁰ L'entrepreneur individuel et l'associé d'une société unipersonnelle (associé unique ou dominant) requérant un sursis concordataire ne peuvent être commissaires dans la procédure les concernant.

²⁰¹ STÖCKLI, Die Unabhängigkeit des Sachwalters, p. 33.

²⁰² RUEDIN, Le dilemme du devoir de fidélité de l'administrateur de filiale, p. 217 ss.

personnes physiques ou morales. Tant que, cumulativement, le commissaire pressenti est actionnaire minoritaire et que le nombre de titres détenu est limité, à savoir que le commissaire n'est pas un actionnaire important au sens de l'art. 663c CO, la récusation ne devrait pas être de mise. En revanche, l'actionnaire important ou majoritaire d'une société anonyme qui, à ce dernier titre, contrôle l'assemblée générale, organe suprême de la société, ne doit pas en plus se voir octroyer le mandat de commissaire au sursis. Un concurrent du sursitaire ne devrait pas non plus être nommé commissaire au sursis, l'impartialité requise faisant à l'évidence défaut dans ce cas²⁰³.

2.2. Intérêts des conjoint, partenaire et parents tiers (art. 10 al. 1 ch. 2 et 2^{bis} LP)

- 73 Doit se récuser le commissaire officiant dans le cadre d'un sursis alors que les intérêts de son conjoint, de son fiancé ou de sa fiancée, de son partenaire enregistré ou concubin de fait, de ses parents ou alliés en ligne directe ascendante ou descendante ou en ligne collatérale, jusqu'au troisième degré inclusivement, sont en jeu²⁰⁴. Le divorce, ou la dissolution du partenariat, rompant les liens juridiques, la récusation au sens du chiffre deux ne serait théoriquement pas de mise si les intérêts d'un ex-conjoint étaient en cause. Le risque de conflit d'intérêt est cependant évident, et la récusation de rigueur, soit par application extensive de l'art. 10 al. 1 ch. 2, soit du chiffre 4. Le temps écoulé entre le divorce, respectivement la dissolution du partenariat, sera à cet égard déterminant.

2.3. Intérêts de tiers dont le commissaire est le représentant légal, le mandataire ou l'employé (art. 10 al. 1 ch. 3 LP)

2.3.1. Le représentant légal

- 74 Par représentant légal, il faut entendre toute personne, physique ou morale, habilitée à représenter une autre personne en vertu d'une relation légale²⁰⁵. La représentation légale est à distinguer de la représentation conventionnelle ; cette distinction est cependant relativement théorique, dès lors que le mandataire est aussi requis de se récuser. Les organes des personnes morales de droit privé et de

²⁰³ GILLIÉRON, n° 29 ad art. 295 LP.

²⁰⁴ Décision du kleiner Rat du 14 mai 1907 in : SJZ 4 p. 85 et BE, décision de l'autorité de surveillance du 20 mars 1924 in : SJZ 21 p. 192.

²⁰⁵ MÖCKLI, KUKO-SchKG, n° 7 ad art. 10 LP.

droit public sont ses représentants légaux et, partant, tenus de se récuser²⁰⁶. Si le débiteur sursitaire ou l'un des créanciers revêt la forme d'une société anonyme, société à responsabilité limitée, société en commandite par actions ou société coopérative et qu'une personne exerçant une fonction d'organe d'administration ou de gestion, formel – organe de fait – ou matériel, est désignée commissaire au sursis de cette société, l'indépendance du commissaire est compromise et la récusation de rigueur. La question de la récusation de l'organe de révision fera l'objet d'un développement séparé.

- 75 Le devoir de fidélité imposé aux membres du conseil d'administration d'une société anonyme par l'article 717 al. 1 CO mettrait le commissaire devant un double choix: soit il néglige les intérêts de son entreprise, enfreignant l'art. 717 CO, risquant de ce fait l'ouverture à son encontre d'une action en responsabilité²⁰⁷, soit il honore son mandat d'administrateur au détriment de la fonction officielle qui lui a été attribuée, risquant la révocation et une éventuelle action récursoire de l'État si celui-ci a été actionné en responsabilité et a dû indemniser une personne ayant subi un dommage dans le cadre de l'activité du commissaire. La récusation s'impose donc dans un tel cas d'espèce. Dans la société en commandite par actions, ce sont les associés indéfiniment responsables qui constituent l'organe d'administration. Ce qui a été dit à propos de la société anonyme trouve également application ici²⁰⁸, si bien que les fonctions d'administrateurs et de commissaire s'excluent mutuellement. La récusation est de mise.
- 76 L'organe de gestion d'une société à responsabilité limitée est formé par les associés indéfiniment responsables²⁰⁹, sauf disposition statutaire ou décision de la société attribuant la gestion à un ou plusieurs associés²¹⁰; les associés ne sauraient être commissaires au sursis de leur entreprise et devraient se récuser. L'organe exécutif de la société coopérative est composé de trois personnes au moins, en majorité des associés. L'administration a un devoir de diligence et doit contribuer de toutes ses

²⁰⁶ ATF 99 III 46 (48) = JdT 1974 II 112 (113); JAEGER, SCHKG-KOMMENTAR, n° 8 ad art. 10 LP. Peu importe que la personne concernée ne dispose pas de la signature individuelle; la *ratio legis* de la récusation est la protection des intérêts du débiteur et des créanciers, qui serait compromise par le simple fait que le commissaire ait des liens étroits, juridiquement ou économiquement (ATF 104 III 1 (2)), en faveur de l'une ou l'autre des parties. PETER, BSK-Kommentar, n° 9 ad art. 10 LP.

²⁰⁷ Art. 754 CO.

²⁰⁸ L'art. 769 I prévoit que les contrôleurs peuvent, au nom de la société, demander aux administrateurs compte de leur gestion et les actionner en justice. En cas de dol, les administrateurs peuvent être recherchés devant le juge même si l'assemblée générale en a décidé autrement.

²⁰⁹ Art. 811 al. 1 CO.

²¹⁰ Art. 811 al. 2 CO.

forces à la prospérité de l'entreprise commune²¹¹. Les administrateurs encourent non seulement envers la société une responsabilité pour les préjudices causés intentionnellement ou par négligence²¹² mais également une responsabilité spéciale en cas d'insolvabilité à l'égard des membres de la société et de ses créanciers²¹³. Les devoirs imposés par la loi aux administrateurs de la société coopérative ne sont clairement pas compatibles avec la fonction de commissaire au sursis concordataire de cette même coopérative si bien que la récusation s'impose.

2.3.2. Le mandataire

- 77 Par mandataire²¹⁴, il faut entendre toute personne s'obligeant par un contrat « à rendre des services dans l'intérêt d'un autre conformément à la volonté de celle-ci et pour autant que les conditions d'un autre contrat ne soient pas réalisées »²¹⁵. Aucune forme spéciale n'est exigée pour la conclusion d'un contrat de mandat²¹⁶, ce qui implique qu'une conclusion par actes concludants est admissible²¹⁷. Sont des mandataires au sens de cette disposition non seulement le mandataire au sens strict²¹⁸, mais également le courtier²¹⁹, l'agent²²⁰, le commissionnaire²²¹ et le fondé de procuration et les autres mandataires commerciaux²²².
- 78 Le commissaire désigné pour fonctionner dans une procédure concordataire alors qu'il est ou a été très récemment²²³ mandataire du débiteur sursitaire est tenu de se

²¹¹ Art. 902 al. 1 CO.

²¹² Art. 916 CO

²¹³ Art. 917 I CO

²¹⁴ Les textes français et italiens parlent respectivement de « *mandataire* » et de « *mandatari* », alors que le texte allemand est plus large, prévoyant que le « *Bevollmächtigte* » (Trad. : mandataire, mais aussi fondé de pouvoir et de procuration) doit se récuser. Cette petite divergence n'a pas grande incidence puisque les fondés de pouvoir et de procuration entrent dans la catégorie du représentant légal au sens de l'art. 10 al. 1 ch. 3 LP, qui doit également se récuser.

²¹⁵ TERCIER, § 4563.

²¹⁶ Art. 394 ss CO

²¹⁷ TERCIER, § 4616.

²¹⁸ Art. 394-406h CO.

²¹⁹ Art. 412 ss.

²²⁰ Art. 418a ss.

²²¹ Art. 425 ss CO.

²²² Art. 458 ss CO.

²²³ VS, Tribunal cantonal, décision du 26 septembre *in*: RVJ 1985 p. 157-160 (159).

récuser. L'avocat du débiteur²²⁴, tout comme son notaire²²⁵, ne pourront donc en tout état de cause pas être le commissaire au sursis demandé par leur client²²⁶. Il en va de même pour un mandataire qui se serait obligé en qualité de conseil pour la débitrice peu avant sa nomination²²⁷. Notons comme tempérament à cette dernière affirmation que le temps qui s'est écoulé depuis l'exécution du précédent mandat est l'un des critères permettant d'admettre ou d'exclure l'existence d'un conflit d'intérêts²²⁸.

- 79 Lorsque deux ou plusieurs mandataires sont indépendants mais partagent les mêmes locaux avec un secrétariat commun²²⁹ et que l'un d'entre eux est nommé commissaire au sursis d'une procédure concordataire alors que l'un de ses confrères défend les intérêts de débiteur sursitaire ou des pseudo-créanciers, il semble que le danger d'influence ne soit pas objectivement suffisant pour mener à la récusation du commissaire désigné²³⁰. Le degré d'indépendance entre les deux personnes

²²⁴ ATF 59 III 32, consid. 4 e; ATF 59 III 43 c. 8.

²²⁵ BE, décision de l'autorité de surveillance du 23 août 1938, in: BLSchK 1940 V p. 151 s. (consid. 2a) et la décision de l'autorité cantonale supérieure de surveillance du canton de Berne du 23 août 1938, in: BLSchK 1944 II p. 53 ss (consid. 2 a)) = ZBJ 76, 7, p. 351.

²²⁶ BE, décision de la commission de surveillance du 7 mars 2007 in: BLSchK 2008 II p. 69 ss (72-73) ; LE FORT, Les conflits d'intérêts, p. 194.

²²⁷ On parle à ce propos de « mandats opposés ». BE, décision de l'autorité cantonale de surveillance du 14 janvier 1939 in: BLSchK 1941 II p. 59 ss. = ZBJ 76, 12, p. 591 ; VS, arrêt du Tribunal cantonal du 26 septembre 1985 in: RVJ 1985 p. 157-160 (159). Cependant, l'indépendance du commissaire – en l'occurrence une fiduciaire – ne doit pas sans autres considérations être niée, par exemple si le commissaire aide le débiteur surendetté en lui fournissant des explications et des conseils ayant trait à la recherche de l'obtention d'un sursis concordataire. Une aide formelle accordée avant l'octroi du sursis par le futur commissaire ne met pas en danger son indépendance (LU, décision de la Commission des poursuites et faillites du 27 août 1981 in: BLSchK 1985 IV p. 141 ss. (consid. 5).

²²⁸ TF, arrêt 1A.223/2002 du 18 mars 2003. Les cantons doivent veiller à ce que le commissaire ne soit pas choisi parmi les anciens représentants du débiteur. En revanche, après l'exécution du concordat, il n'y a aucun motif plausible de dénier au commissaire la qualité pour représenter les créanciers, alors même qu'il devrait procéder pour leur compte contre l'ex-débiteur.

²²⁹ Dans un tel cas de figure, il serait pertinent d'examiner si les règles déontologiques gouvernant la profession d'avocat ne sont pas violées.

²³⁰ ATF 99 III 46 (49) = JdT 1974 II p. 112 (115). L'on ne saurait se satisfaire d'un avis similaire dans la situation où l'avocat désigné commissaire au sursis est subordonné au mandataire en charge des intérêts de l'une des parties. L'inverse (défenseur de l'une des parties subordonné au mandataire désignée commissaire au sursis) serait également problématique et pourrait aboutir à une mauvaise exécution du contrat de mandat. A noter également que, selon le TF, les règles déontologiques qui interdiraient à un avocat qui travaille dans la même étude qu'un confrère de représenter la partie adverse du client de son confrère dans une procédure ne sont pas liées au

concernées est un élément primordial permettant d'apprécier l'effectivité du danger d'influence.

2.3.3. Le cas particulier du réviseur

80 Le réviseur de la société anonyme et d'autres sociétés soumises à vérification²³¹ agit sur la base d'un contrat de mandat. A cela, s'ajoute le fait que le réviseur est également organe de la société anonyme qu'il révise. Ce double constat devrait amener à la conclusion que les réviseurs du débiteur sursitaire ne devraient donc pas être désignés comme commissaires au sursis et auraient une obligation de récusation selon le droit actuel. C'est d'ailleurs ce que la jurisprudence a établi²³². Même si les réviseurs ont une obligation d'indépendance (art. 727 c CO et 11 LSR)²³³, il convient d'aller dans le sens de la jurisprudence précitée. Certes, les réviseurs connaissent particulièrement bien la situation financière de l'entreprise ainsi que sa valeur économique sur le marché ; dès lors, il semblerait particulièrement positif et efficace, dans certains cas complexes, de désigner un réviseur au poste de commissaire²³⁴ ; il serait souhaitable, dans un tel cas, que le juge du concordat fasse alors usage de la possibilité légale de désigner plusieurs commissaires (art. 295 al. 1 LP) et de lui adjoindre d'autres personnes familières de l'aspect juridique de la procédure concordataire (avocat par exemple) sans lien avec l'entreprise. Mais une restriction importante à amener à la désignation des réviseurs comme commissaires au sursis pourrait résider dans le fait que les commissaires, anciens réviseurs, cherchent à dissimuler des erreurs ou des dysfonctionnements, dont ils auraient dû s'apercevoir ou qu'ils ont constatés en leur qualité de réviseurs sans pour autant prendre les mesures nécessaires ou pire, dont ils auraient été les responsables, cherchant ainsi à éviter une action en responsabilité à leur encontre, fondée sur l'art. 755 CO.

devoir de récusation, puisque le préposé, tout comme le commissaire, occupent une fonction publique et ne défendent pas des intérêts particuliers comme l'avocat (ATF 99 III 46 (50), JdT 1974 II p. 112 (115)). Cette discussion est cependant sans portée dans le cas d'espèce, puisque dans les deux cas, il s'agit bien en finalité d'éviter un conflit d'intérêts potentiel menant à la favorisation d'une partie au détriment de l'autre.

²³¹ Art. 727 ss. CO.

²³² L'organe de révision bancaire ou l'organe de contrôle du CO ne devrait pas être nommé en qualité de commissaire, en raison de conflits d'intérêts potentiels (Décision de la Chambre des poursuites et faillites du TF du 20 janvier 1993 in Bulletin CFB 23 (1993) p. 40-43 ; voir cependant l'ATF 104 III 99 (consid. 2 b).

²³³ SJ 2005 I p. 365 ss (374 ss), consid. 4.

²³⁴ ATF 104 III 99, consid. 2 b = JdT 1980 II 34.

2.4. Autres raison (art. 10 al. 1 ch. 4 LP)

- 81 La loi impose la récusation du commissaire lorsque celui-ci pourrait avoir une opinion préconçue dans l'affaire ; cette disposition est subsidiaire et s'appliquera si l'intéressé n'entre pas dans les catégories des personnes concernées par les chiffres premier à troisième de l'art. 10 al. 1 LP²³⁵. Une opinion préconçue est caractérisée par la présence d'éléments de fait objectifs permettant de douter de l'impartialité de la personne en cause²³⁶. Des reproches d'ordre général comme des opinions différentes portant sur des questions de principes ne suffisent pas²³⁷ pour démontrer la menace d'un parti pris. En revanche, un risque de préjugé suffit pour que la récusation devienne obligatoire²³⁸. La jurisprudence cantonale et fédérale recommande d'ailleurs de ne pas être trop strict quant à l'apport de la preuve d'une opinion préconçue, qui peut résulter des circonstances seules²³⁹. Tombent dans la catégorie des personnes ayant une idée préconçue dans l'affaire celles qui ont, dans le passé, été placées dans les situations décrites aux chiffres un à trois, si bien qu'elles devraient se récuser au cas où elles viendraient à être nommées commissaires au sursis dans la procédure concordataire touchant le débiteur avec qui elles avaient un lien particulier²⁴⁰. C'est en application de la disposition présentement discutée qu'un ancien avocat de créanciers du débiteur devrait être soumis à récusation, sauf si un certain temps s'est écoulé depuis la fin de son mandat.
- 82 En application de cette disposition, l'employé du débiteur sursitaire n'est pas autorisé à déployer une activité de commissaire au sursis de son employeur. Par employé, il faut entendre toute personne physique, au bénéfice d'un contrat de travail ou non, qui est subordonnée à l'entreprise sursitaire pour l'exercice d'une tâche déterminée par elle et effectuée en sa faveur, directement ou indirectement, pendant une durée déterminée ou indéterminée, et qui est rémunérée par elle. Il n'est pas nécessaire qu'existe formellement un contrat de travail écrit, un accord tacite suffit. Toute apparence de rapport de travail devrait permettre de qualifier la personne concernée d'employé, l'obligeant ainsi à se récuser.

²³⁵ Un greffier juriste du tribunal en charge de la procédure qui fonctionne en qualité de commissaire au sursis doit être récusé comme greffier, pendant toute la durée de la procédure.

²³⁶ ATF 97 I 91 (93); RJN 1982 p. 104-110 (108).

²³⁷ Décision du Conseil fédéral du 20 mars 1995 in : JAAC 60 (1996) n° 2.

²³⁸ JAAC 59 (1995) n° 84; 94/6R-001.

²³⁹ JAAC 59 (1995) n° 84 p. 706; 94/6R-001; SJZ 93 (1997) p. 465-466.

²⁴⁰ VS, Arrêt du Tribunal cantonal du 26 septembre 1985, in: RVJ 1985 p. 157-160 (159).

3. Procédure

3.1. Récusation spontanée du commissaire

- 83 Le commissaire devrait spontanément se récuser s'il se trouve en situation de conflit d'intérêts. Il peut le faire au moment de sa désignation, en la refusant, ou postérieurement, durant le cours du sursis. Le commissaire devra s'adresser au juge du concordat²⁴¹ qui l'a nommé et qui est le seul à pouvoir le remplacer, et lui demander de le révoquer par voie d'ordonnance. Si le juge refuse, le commissaire devra alors s'adresser à l'autorité cantonale de surveillance.

3.2. Mise en œuvre de l'obligation de récusation par le juge

- 84 L'art. 10 LP doit être respecté en premier lieu par le commissaire ; mais le destinataire de la norme est également le juge du concordat, qui doit s'abstenir de nommer un commissaire qui ne présenterait pas toutes les qualités d'indépendance et d'impartialité requises. Le juge ne peut bien sûr que se limiter à un examen sommaire, en vérifiant par exemple au Registre du commerce que le commissaire proposé par hypothèse par le débiteur ou le créancier requérant le sursis ne soit pas organe ou associé du futur sursitaire²⁴². Le juge peut également constater durant le cours du sursis que le commissaire ne présente pas les garanties d'impartialité requise et le révoquer spontanément par voie d'ordonnance.

3.3. Demande de récusation par un créancier ou un tiers intéressé

- 85 Ce ne sera généralement qu'une fois que le sursis aura été octroyé qu'un créancier ou un tiers intéressé pourra demander la récusation du commissaire, dont la désignation aura été portée à sa connaissance par publication. Il pourra le faire en recourant contre le jugement octroyant le sursis, provisoire ou définitif²⁴³. Par la

²⁴¹ DALLÈVES, CR-LP, n° 10 ad art. 10 LP.

²⁴² Il n'est pas toujours aisé d'identifier le destinataire de certaines normes cantonales relatives aux incompatibilités de fonctions ; s'adressent-elles au juge, qui aurait alors l'interdiction absolue de nommer une personne à la charge de commissaire, ou au commissaire lui-même qui aurait l'obligation de se récuser ou de refuser sa désignation? Il est possible de résoudre cette incertitude en examinant la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite qui prévoit uniquement le principe de la récusation, sans imposer au juge un contrôle très approfondi lors du processus de désignation du commissaire. L'on voit d'ailleurs assez mal comment le juge du concordat pourrait concrètement le mettre en œuvre sans se lancer dans de minutieuses investigations afin d'évaluer si le commissaire est récusable ou non.

²⁴³ L'avant-projet de révision de la LP 2009 prévoit cependant l'absence de toute voie de recours s'agissant d'une décision de sursis provisoire et de la désignation d'un commissaire provisoire

suite, c'est-à-dire n'importe quand pendant le cours du sursis, les créanciers, les tiers intéressés disposant d'un intérêt pratique et actuel à agir, ou même le débiteur, pourront requérir par la voie de la plainte auprès de l'autorité cantonale de surveillance la récusation du commissaire, soit abstraitement²⁴⁴, en démontrant qu'il existe un risque concret de lésion dû au manque d'indépendance et d'impartialité du commissaire, soit concrètement²⁴⁵, en attaquant une décision du commissaire. Il ne serait pas souhaitable d'attribuer au juge du concordat la compétence pour connaître d'une demande de récusation abstraite, puisqu'indirectement, c'est un point de sa décision qui est attaqué. L'autorité de surveillance statuera cependant après avoir demandé au juge du concordat de prendre position. La LP ne contient aucune disposition procédurale relative aux demandes de récusation du juge du concordat, d'un créancier, d'un tiers ou du commissaire. Les cantons demeurent donc libres de légiférer en la matière²⁴⁶.

- 86 Celui qui requiert la récusation du commissaire doit agir en toute bonne foi. En particulier, débiteur, créanciers et tiers intéressés ne devront pas attendre l'issue de la procédure pour demander la récusation du commissaire au sursis²⁴⁷. Celui qui entend se prévaloir de la récusation d'un membre d'une autorité doit en effet le faire aussitôt qu'il a connaissance des faits justifiant la récusation²⁴⁸. En d'autres termes, il n'est pas possible de remettre en cause après-coup les actes du commissaire, sous prétexte qu'il aurait dû se récuser. Les actes en question resteront donc entièrement valables.
- 87 Avant l'entrée en vigueur de la LTF, seule la voie du recours de droit public était ouverte auprès du Tribunal fédéral pour contester la décision cantonale de l'autorité de surveillance statuant sur une demande de récusation abstraite, la décision étant

(art. 293c AP-LP 2009), ce qui paraît problématique. Il faut en déduire que la récusation du commissaire devrait être requise auprès de l'autorité de surveillance cantonale, par le biais d'une plainte ou d'une procédure autonome de récusation cantonale.

²⁴⁴ MÖCKLI, KUKO-SchKG, n° 3 ad art. 10 LP; DALLÈVES, CR LP, n° 19 ad art. 10° LP; STOFFEL, Voies d'exécution, § 2, n° 47; JAEGER, SCHKG-KOMMENTAR, n°4 ad art. 10 LP.

²⁴⁵ VS, arrêt du Tribunal Cantonal en tant qu'autorité de surveillance en matière de poursuites et faillites du 16 juin 2003 in : RVJ 2004 p. 171-172 (171), renvoyant à l'ATF 129 III 89, consid. 2.1.

²⁴⁶ Voir par exemple l'art. 5 al. 2 la loi tessinoise sur la procédure de recours en matière de saisie et de faillite, qui prévoit que la procédure de récusation est réglée par l'art. 30 al. 2 du code de procédure civile, 1^{sexies} et 1^{septies} de la Loi d'organisation judiciaire civile et pénale.

²⁴⁷ ATF 114 Ia 278, consid. 3 e ; arrêt du TFA du 28.3.2002 (I 14/02) in : Assistalex 2002 n° 9043.

²⁴⁸ « Il s'agit-là d'un principe général de procédure, selon lequel toute irrégularité doit être immédiatement signalée sous peine de forclusion. Ce principe découle des règles de la bonne foi (...) ». Audience du 30 septembre 1991 L. (GE) in : SJ 1992 p. 97 ss. (101).

qualifiée d'incidente²⁴⁹. Avec l'entrée en vigueur de la LTF, la décision cantonale relative à la requête de récusation peut désormais être portée devant le Tribunal fédéral par le voie du recours en matière civile²⁵⁰, sans qu'il soit nécessaire pour le recourant de démontrer que la décision est susceptible de lui causer un préjudice irréparable ou que l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse²⁵¹.

4. Aperçu de quelques incompatibilités de fonction selon les lois cantonales d'exécution de la LP

- 88 Certaines lois cantonales d'application de la LP ne font que renvoyer aux règles sur la récusation de la LP²⁵², sans autres précisions. Plusieurs lois cantonales d'exécution font interdiction aux employés d'un office des poursuites et faillites d'occuper une position au conseil d'administration d'une banque ou d'établissement de crédits²⁵³ ou d'exercer l'activité d'avocat²⁵⁴. Souvent, nulle allusion n'est faite au commissaire ; l'on peut dès lors se demander si ces restrictions doivent être appliquées par analogie au commissaire qui ne serait pas fonctionnaire ou employé des offices des faillites. Il n'est en effet pas totalement exclu de considérer que la fonction de commissaire s'apparente à celle d'un employé de l'office des faillites, permettant alors l'application des références légales concernées.
- 89 Eu égard à la *ratio legis* de ces dispositions, il convient de renoncer à étendre à l'infini le champ d'application de ces dispositions, et par conséquent ne pas les appliquer au commissaire désigné en dehors de l'administration, sous peine de créer des restrictions excessives à la désignation d'une personne physique ou morale aux charges de droit, et d'exclure du marché des personnes, physiques ou morales, dont l'expérience et les compétences auraient pu être utiles tant à l'État qu'au débiteur et aux créanciers. En effet, les dispositions cantonales mentionnées plus haut permettent surtout d'éviter qu'un membre du conseil d'administration puisse transmettre à la banque ou à l'établissement de crédit qu'il administre des

²⁴⁹ ATF 129 III 88 et TF, arrêt 7B.6/2005 du 14 janvier 2005.

²⁵⁰ Art. 72 al. 2 lit. a et 74 al. 2 lit. c et d LTF.

²⁵¹ Art. 92 LTF lu avec l'art 93 al. 1 LTF.

²⁵² Art. 5 al. 2 de la loi tessinoise sur la procédure de recours en matière de poursuites et de faillite du 27 avril 1992 (RL 3.5.1.2).

²⁵³ Art. 3 al. 1 de la loi d'introduction de la LP du canton de Glaris (SRG III D1) ; art. 8 de la loi introduisant la LP du canton de Bâle-Campagne (SGS 233) ; art. 6 al. 1 de la loi d'introduction de la LP du canton de Schaffhouse (SHR 281.100).

²⁵⁴ Art. 3 de la loi tessinoise d'application de la LP (LALF) du 12 mars 1997, RS TI 3.5.1.1.

données relatives à la solvabilité des clients domiciliés dans l'arrondissement de l'office. Ces données, dont ne disposerait pas la concurrence, appartiennent au domaine privé et leur transmission serait punissable en application de l'art. 320 CP.

- 90 Plus généralement, l'on voit mal en quoi le fait d'être par exemple membre d'un conseil d'administration d'une banque ou d'un établissement de crédit – interdictions communément faites aux employés et préposés par les lois cantonales d'exécution de la LP – serait totalement incompatible avec la fonction de commissaire au sursis : si l'établissement en question était créancier du débiteur concordataire, la personne pressentie pour être commissaire serait récusable.

B. Interdiction de conclure une affaire se rapportant à la procédure

- 91 Tout comme les employés et fonctionnaires des offices des poursuites et faillites, le commissaire et ses auxiliaires ont l'interdiction de conclure une affaire se rapportant à la procédure en cours²⁵⁵. Cette interdiction n'aura des effets que limités pour le commissaire au sursis, pendant lequel des opérations de réalisation n'ont en principe pas lieu, et se comprend d'avantage au stade de la réalisation dans une procédure de poursuite, de la liquidation dans une procédure de faillite ou de l'exécution d'un concordat par abandon d'actif. L'interdiction déploiera en revanche tout son sens si certains actifs du débiteur, ou même son entreprise, sont vendus de gré à gré pendant le sursis.

C. Respect du secret

- 92 La loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ne contient pas de dispositions relatives à une quelconque obligation pour le commissaire d'observer le secret sur son activité, qu'il la déploie en tant que fonctionnaire ou personne privée choisie à l'extérieur à l'administration. Ce n'est pourtant pas parce que le législateur est demeuré muet qu'il faut en conclure que le commissaire n'est pas soumis au secret de fonction. En effet, et indépendamment de ce que les lois cantonales prévoient, l'art. 320 CP supplée le silence de la LP en prescrivant aux fonctionnaires, et autres membres d'autorité, l'obligation de ne pas révéler des « secrets » à eux confiés ou appris dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi. La fonction de la personne concernée détermine si elle peut être placée dans l'une ou l'autre des deux catégories précitées. Les fonctionnaires et membres d'une autorité partagent une caractéristique commune, à savoir qu'indépendamment d'un quelconque

²⁵⁵ SJ 1997 p. 85-87. JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 19 ad art. 295 LP ; GILLIÉRON, n° 9 ad art. 11 LP et 35 ad art. 295 LP.

rapport de droit public avec l'État, ils exercent une fonction publique²⁵⁶. Sont généralement considérées comme des autorités tous les organes de l'État, qui représentent, en toute indépendance²⁵⁷ l'État et l'administration étatique envers l'extérieur²⁵⁸.

- 93 Eu égard à ce qui précède, force est d'admettre que le commissaire au sursis peut être puni pour une violation du secret de fonction en application de l'art. 320 CP, le commissaire au sursis désigné au sein d'un Office étant sans aucun doute un fonctionnaire, et le commissaire désigné hors de l'administration de l'État devant être considéré fonctionnellement comme membre d'une autorité. Violent son secret de fonction celui qui, en sa qualité de membre d'une autorité, ou de fonctionnaire, révèle un secret, perçu comme tel, appris, ou qui lui a été révélé, dans l'exercice de ses fonctions. L'infraction constitue un délit propre pur, nécessairement commis intentionnellement ou par dol éventuel. En application de l'art. 320 CP, le commissaire pourra donc être puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, étant rappelé que la révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin. En revanche, la révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure, soit pour le commissaire, l'autorité de surveillance. L'art. 321 CP n'est pas applicable à l'avocat ou au contrôleur astreint au secret professionnel en vertu du Code des obligations, ainsi qu'à leurs auxiliaires, pour la révélation de faits appris dans le cadre de leur activité de commissaire au sursis. Ce n'est en effet pas dans le cadre de leur profession qu'ils auront été amenés à avoir connaissance des faits ensuite révélés par eux.
- 94 Certaines lois cantonales d'application prévoient un devoir général de garder le secret sur les éléments appris dans le cadre de l'exercice d'une activité auprès d'un office²⁵⁹. Plusieurs lois cantonales font directement et expressément injonction au commissaire de tenir secret les éléments appris dans le cadre de sa fonction officielle²⁶⁰. D'autres lois renvoient à des lois cantonales sur les fonctionnaires, qui elles aussi prévoient une obligation de respecter le secret de fonction. Ces

²⁵⁶ ATF 114 IV 34, consid. 2 a. ECKERT, BSK Strafrecht I, n° 7 ad art. 110 ch.3 et la référence à Trechsel ; HEIMGARTNER, BSK Strafrecht II, n° 7 ad Vor 285.

²⁵⁷ SRATENWERT, Besonderer Teil II, § 50 n° 3.; HEIMGARTNER, BSK Strafrecht II, n° 7 ad Vor art. 285; NIGGLI, BSK Strafrecht I, n° 9 ad art. 314.

²⁵⁸ Traduction libre de ECKERT, BSK Strafrecht I, n° 10 ad art. 110 ch. 3.

²⁵⁹ Art. 8 Vollziehungsverordnung zum SchKG GR; art. 5 EG SchKG BS ; art. 8 de la l'ordonnance d'introduction à la LP du canton de NW (SR 271.1).

²⁶⁰ Art. 5 al. 2 EG SchKG GL; art. 8 GVV zum SchKG GR.

dispositions cantonales ne seraient à vrai dire pas nécessaires, puisque l'art. 320 CP s'applique même si aucune norme expresse n'impose le secret. En ce sens, l'art. 320 CP revêt une double fonction, en établissant simultanément le principe du secret de fonction et en organisant la répression de sa violation.

D. Devoir de dénonciation

- 95 Plusieurs lois cantonales imposent aux fonctionnaires de l'Office des poursuites et faillites, ou à l'administration d'une masse en faillite²⁶¹ de dénoncer à l'autorité de poursuite pénale compétente les infractions pénales²⁶² commises par le débiteur concordataire dans les procédures de poursuites pour dettes, faillite et concordat²⁶³. En revanche, aucune injonction comparable n'est directement faite au commissaire. De par le statut et la fonction du commissaire, ces dispositions lui sont toutefois applicables par analogie.
- 96 Indépendamment de ce que prévoient les dispositions cantonales d'application de la LP, le commissaire a l'obligation de dénoncer certaines infractions pénales du débiteur, lorsque les dispositions pénales les réprimant protègent les créanciers et l'État²⁶⁴. Le commissaire est en effet un organe atypique de l'État, indépendant et neutre, qui a notamment de par la loi pour mission de veiller à la protection des intérêts des créanciers. L'art. 298 al. 3 LP prévoit que le juge du concordat peut, sur le rapport du commissaire qui aurait constaté que le débiteur contrevient aux interdictions de l'art. 298 al. 2 LP, retirer au débiteur le pouvoir de disposer de ses biens ou révoquer le sursis. Ainsi, la loi fait-elle obligation au commissaire qui constate que le débiteur se livre à des agissements contraires à l'art. 298 LP et à la décision rendue par le juge du concordat d'en informer immédiatement ce dernier. Il s'agit ici d'une dénonciation spécifique déployant des effets de droit des poursuites. En ne dénonçant pas les agissements du débiteur concordataire

²⁶¹ Art. 41 LaLP GE.

²⁶² Art. 163 ss CP.

²⁶³ Art. 9 de la EG Schkg AI ; art. 20 de la GE SchKG AA ; art. 31 EG SchKG SG ; § 31 EG SchKG ZH (SR 281); art. 9 VO über die Geschäftsführung der Konkursämter; art. 31 de la EG SG; art. 20 GE SchKG AA; art. 9 EG AI.

²⁶⁴ Il s'agira des infractions réprimées par les art. 168, 169 et 170 CP (cf infra, Responsabilité du commissaire, Chapitre II Section II), qui protègent l'intérêt de l'Etat au bon déroulement de l'exécution forcée et les droits patrimoniaux des créanciers ; s'agissant des autres infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes, elles n'entreront à ce stade pas encore en ligne de compte, puisque l'élément constitutif objectif que sont le jugement de faillite et l'homologation du concordat ne seront pas encore, voire jamais remplis. Pour plus de détails sur ces infractions, voir BRUNNER ALEXANDER, BSK Strafrecht II, n° 1 et 7 *ad* art. 163 CP; REHBERG / SCHMID / DONATSCH: Strafrecht III, p. 290; CORBOZ, Volume 2, art. 163 n° 2 ; HERREN, p. 39.

susceptibles de porter atteinte aux intérêts des créanciers, le commissaire faillirait à son devoir général. Il est logique de considérer que cette obligation de dénoncer du droit de l'exécution forcée se double d'une dénonciation pénale. Le commissaire qui ne dénoncerait pas ces infractions alors qu'il en a eu connaissance pourrait même être lui-même poursuivi pour complicité. Certes, le Tribunal fédéral a-t-il jugé qu'« admettre que tous les fonctionnaires, indépendamment de leur mission, peuvent être tenus pour complices du seul fait qu'ils n'ont pas dénoncé une infraction dont ils ont eu connaissance à l'occasion de leur travail (...) reviendrait à étendre exagérément la portée de l'art. 25 CP », tout en qualifiant d'immorale l'attitude du fonctionnaire en question²⁶⁵. Mais la situation est tout autre dès lors que la mission du commissaire est précisément de sauvegarder directement les intérêts des créanciers.

- 97 S'agissant d'autres infractions commises par le débiteur, l'obligation de dénoncer du commissaire dépendra des lois cantonales d'application du Code pénal suisse et de procédures pénales, dont la plupart prévoient pour tout citoyen une obligation de dénoncer les actes d'une certaine gravité. Le commissaire étant soumis au secret de fonction, il devra auparavant requérir de l'autorité de surveillance l'autorisation de dénoncer les faits.

E. Respect d'un barème de tarification

- 98 Jusqu'à l'abrogation le 23 septembre 1996 du Tarif des frais applicable à la LP²⁶⁶ par l'OELP²⁶⁷, la jurisprudence fédérale imposait au commissaire d'appliquer le barème de tarification pour la fixation de sa note d'honoraires. En d'autres termes, cela signifie que le commissaire devait facturer les activités tarifées conformément à un barème légal. L'OELP, applicable au commissaire au sursis, n'a pas codifié la jurisprudence établie sous l'ancien droit en opérant par exemple un renvoi de l'article 55 LP aux dispositions topiques.
- 99 Selon toute vraisemblance, cependant, les dispositions générales du chapitre premier ainsi que celles du chapitre troisième de l'ordonnance sont applicables au commissaire qui, à l'instar de l'administration de la faillite, est un organe de l'exécution forcée occupant une fonction officielle. Cette hypothèse est renforcée par la formulation de l'article 2 OELP, qui octroie à l'autorité de surveillance la

²⁶⁵ ATF 118 IV 309, consid. 1 d.

²⁶⁶ Dans ses différentes moutures des 23 décembre 1919, 13 avril 1948, 6 septembre 1957 et 7 juillet 1971.

²⁶⁷ Ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP), RS 281.35.

compétence pour contrôler le respect des dispositions tarifaires impératives telles que prévues par l'ordonnance. Cette base légale instaure en outre pour le commissaire un droit de recourir contre la décision de l'autorité de surveillance, rendue sur plainte du débiteur ou d'un créancier en vue de contester les tarifs pratiqués par le commissaire²⁶⁸. L'on notera qu'en décidant forfaitairement des honoraires à allouer au commissaire, le juge du concordat devra tenir compte du fait que celui-ci a déjà été rémunéré partiellement pour les activités tarifées.

F. Exécution personnelle des tâches

- 100 Le commissaire devient dès sa désignation un organe officiel de l'État. A ce titre, il est tenu d'exécuter personnellement un certain nombre des tâches qui lui incombent *ex lege*. Le commissaire, nommé *ad personam*, n'est pas autorisé à mandater un tiers pour effectuer les tâches qu'il doit accomplir de par la loi et le jugement le nommant. Une partie de ses activités pourra toutefois être effectuée sous certaines conditions par des auxiliaires, directement subordonnés et dignes de confiance²⁶⁹. Le juge du concordat et l'autorité de surveillance, qui n'ont formellement nommé que la personne du commissaire, ne connaissent pas l'identité des personnes que le commissaire emploie et n'ont, dès lors, pas la possibilité de les surveiller directement. Il appartiendra par conséquent au commissaire de s'assurer que ses auxiliaires présentent toutes les garanties d'indépendance, de neutralité et d'impartialité que le commissaire doit lui-même avoir, et veiller notamment à ce qu'ils ne se trouvent pas en situation de conflit d'intérêts²⁷⁰, ne concluent pas des affaires pour leur propre compte et gardent le secret sur les affaires traitées.
- 101 Une attention toute particulière devra être observée dans les cas où le commissaire exerce l'activité d'avocat dans une grande structure, et que l'un de ses associés ou collaborateurs agit pour le compte d'un ou de plusieurs créanciers du débiteur

²⁶⁸ En effet, une fois que la période de sursis est arrivée à échéance, c'est le juge du concordat qui est compétent pour fixer le montant qui sera alloué au commissaire pour le déploiement de son activité (voir *infra*, Section IV, pp. 69 ss).

²⁶⁹ SO, décision de l'autorité de surveillance du canton de Soleure du 27 décembre 1982 in : BISchK 1983 VI p. 235 ss; CHAUDET, p. 347, et la référence à WERNER. L'auteur traite ici de la délégation des tâches par le curateur ; toutefois, son raisonnement relatif à cette problématique est applicable *mutatis mutandis* au commissaire au sursis.

²⁷⁰ SO, décision de l'autorité de surveillance du canton de Soleure du 27 décembre 1982 in : BISchK 1983 VI p. 235 ss. (consid. 2); ce sera le cas lorsque les auxiliaires entretiennent un lien économique, juridique ou relationnel avec le débiteur en sursis ou les pseudo-créanciers, remplissant ainsi les conditions de la récusation, ou se trouvent être des concurrents du débiteur en sursis.

sursitaire. Le risque concret de conflit d'intérêts en pareilles circonstances est cependant peu élevé et réside spécialement dans le risque de favoritisme consécutif à la mise à disposition d'informations privilégiées sur la situation financière du débiteur et les différentes opérations en cours. Il conviendra néanmoins, à réception de la décision désignant le commissaire, que ce dernier informe le juge de la situation et propose de mettre en œuvre une solution appropriée pour éviter que le créancier qui se trouve être client de l'Étude, ne puisse être favorisé par rapport aux autres créanciers. L'informatique permet souvent d'apporter une réponse à cette problématique, notamment en limitant l'accès au dossier électronique de l'entreprise en sursis concordataire au seul commissaire et ses auxiliaires.

- 102 En matière de responsabilité fondée sur l'art. 5 LP, le commissaire ne pourra pas être exonéré de sa responsabilité pour la faute de l'un de ses travailleurs commise dans l'exercice d'une part déléguée de l'activité du commissaire, quand bien même il serait en mesure de prouver qu'il a correctement instruit, choisi et surveillé son auxiliaire en application de l'art. 55 al. 1 CO²⁷¹.

²⁷¹ ATF 80 III 41, consid. 3; KRAUSKOPF, p. 118.

Section III

Surveillance du commissaire

A. Autorités compétentes

103 Le commissaire au sursis, choisi au sein d'un office des faillites ou non²⁷², est placé sous le pouvoir de surveillance et disciplinaire de l'autorité cantonale de surveillance instituée par les lois d'application de la LP²⁷³. Il pourra s'agir d'une autorité de surveillance unique, ou d'une autorité de surveillance de première instance²⁷⁴, en fonction de l'instauration ou non par les cantons d'autorités de surveillance inférieures pour un ou plusieurs arrondissements, en plus de l'autorité supérieure de surveillance, conformément à la prescription de l'art. 13 al. 2 LP²⁷⁵. Bien que l'art. 293 al. 3 LP ne renvoie pas à l'art. 295 al. 3 LP, il convient de partir du principe que le commissaire au sursis provisoire est aussi soumis à la surveillance administrative de l'autorité cantonale de surveillance. La similitude des deux activités et la fréquente (et logique) nomination du commissaire au sursis provisoire en tant que commissaire ordinaire, dans la continuité du sursis provisoire, plaide naturellement en faveur de l'application de l'art. 14 LP au commissaire provisoire.

B. Etendue de la surveillance

1. Surveillance administrative

104 En application de l'art. 14 al. 1 LP, l'autorité de surveillance « inspecte chaque office au moins une fois par an ». Cette inspection est communément axée sur la vérification de la bonne tenue de la comptabilité, de la caisse, des registres et des

²⁷² DALLÈVES, L'avocat commissaire au concordat, p. 5.

²⁷³ Art. 295 al. 3 LP, renvoyant à l'art. 14 LP ; LORANDI, *Betriebsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, n° 27 ad art. 13 LP ; JAEGER, *SchKG-Kommentar*, n° 3 ad art. 13 LP.

²⁷⁴ TF, arrêt 7B.57/2005 du 27 juin 2005.

²⁷⁵ JAEGER, *SchKG-Kommentar*, n° 9 ad art. 14 LP ; LEVANTE, *KUKO-SchKG*, n° 8 ad art. 13 LP et n° 3 ad art. 14 LP ; ZH, *Zirkulationbeschluss* de l'autorité cantonale inférieure de surveillance du 25 mars 1999, in : ZR 100 (2001), 15, p. 41-46 (41) ; ZH, *Décision* du Tribunal de district du 25 mars 1999, in: *BISchK* 2001 p. 151-157. Avant que le législateur décide de soumettre le commissaire au pouvoir disciplinaire de l'autorité de surveillance, l'ancienne jurisprudence relevait que le pouvoir disciplinaire sur le commissaire appartenait à l'autorité qui l'avait nommé, c'est-à-dire au juge du concordat (ATF 68 III 125 (126) ; ATF 94 III 55 (consid. 2a = JdT 1969 II 34 (38 s.)).

procès-verbaux de l'office concerné²⁷⁶. L'obligation d'inspection annuelle telle qu'elle figure *expressis verbis* dans la loi n'est pas applicable sans adaptation au commissaire²⁷⁷, qui est nommé pour une période allant de quelques semaines pour le sursis provisoire (mais au maximum deux mois, art. 293 al. 3 LP) à vingt-quatre mois au maximum pour un sursis définitif (art. 295 al. 4 LP). Une telle surveillance administrative paraît totalement dénuée d'intérêt et difficile à mettre en œuvre dans le cas d'un sursis provisoire, qui constitue une mesure conservatoire. Bien que, théoriquement, l'activité du commissaire au sursis provisoire soit finalement assez proche de celle du commissaire, en pratique, elle est bien souvent limitée à l'examen des possibilités d'assainissement et à la conservation du patrimoine du débiteur. Une inspection n'est ainsi absolument pas nécessaire, ce d'autant moins que l'activité est déployée pendant une période assez brève, d'au maximum deux mois.

- 105 Il en va différemment pour le commissaire au sursis, dont la mission est beaucoup plus vaste et susceptible de durer jusqu'à deux ans. Le commissaire au sursis définitif a *de facto* un grand pouvoir décisionnel et durable. Il engagera proportionnellement la responsabilité de l'État – éventuel débiteur d'une indemnité due à un créancier, au débiteur ou à un tiers – raison pour laquelle le principe d'une surveillance administrative étatique est ici justifié. La surveillance portera principalement sur le respect par le commissaire de son obligation de tenir procès-verbal de ses opérations²⁷⁸. L'autorité de surveillance pourra également inviter le commissaire à lui donner des précisions sur le fonctionnement et la taille de la structure au sein de laquelle il exerce (étude ou fiduciaire), ainsi que sur l'identité et les qualifications des auxiliaires travaillant avec lui sur les mandats qui lui sont confiés. Dans l'hypothèse où le sursis dure plus d'une année, il ne paraît pas disproportionné d'exiger du commissaire un très bref rapport annuel sur ses activités, de manière similaire à ce qui est exigé du liquidateur dans un concordat par abandon d'actif, contenant un état des liquidités²⁷⁹.

2. Mesures disciplinaires

- 106 A côté de son activité de surveillance administrative, l'autorité de surveillance cantonale est également compétente pour donner des directives et sanctionner

²⁷⁶ DALLÈVES, CR LP, n° 1 ad art. 14 LP; EMMEL, BSK-SchKG, n° 4 ad art. 14 LP; LEVANTE, KUKO-SchKG, n° 2 s ad art. 14 LP.

²⁷⁷ GILLIÉRON, n° 11 ad art. 14 LP.

²⁷⁸ Voir *infra*, § 388 ss.

²⁷⁹ Art. 330 al. 2 LP.

disciplinairement les agents publics cantonaux exécutant des tâches d'exécution forcée, dans le cadre d'un rapport de travail de durée ou seulement occasionnellement. Par le renvoi de l'art. 295 al. 3 LP à l'art. 11 LP, le commissaire peut lui aussi être sanction par l'autorité de surveillance cantonale.

2.1. Les différentes sanctions et leurs effets

- 107 L'autorité de surveillance compétente peut infliger au commissaire provisoire et au commissaire au sursis définitif les sanctions prévues par l'art. 14 LP, applicables en vertu du renvoi de l'art. 295 LP²⁸⁰ : il s'agit de la réprimande, de l'amende jusqu'à 1000 francs, de la suspension pour six mois au plus ou encore de la destitution. Les sanctions précitées ne sauraient cependant être prononcées contre des auxiliaires du commissaire au sursis, qui ne sont pas directement soumis au pouvoir de surveillance et disciplinaire de l'autorité cantonale de surveillance²⁸¹.
- 108 Les deux dernières mesures, qui se comprennent aisément s'agissant des préposés, substituts, fonctionnaires et autres employés des offices engagés sur une base temporelle indéterminée, amènent néanmoins quelques remarques en ce qui concerne leur application au commissaire au sursis. Contrairement à l'opinion parfois exprimée²⁸², la suspension et la destitution sont des mesures qu'il est possible d'appliquer au commissaire au sursis au cours d'une procédure. Ainsi, la suspension doit-elle se comprendre comme une interdiction d'exercer pendant une période de six mois au maximum. La destitution ne pourra techniquement pas être prononcée, dès lors que cette mesure ne s'entend que pour un fonctionnaire nommé²⁸³. Il s'agira donc d'une révocation disciplinaire, qu'il est seulement possible de mettre en œuvre si le sursis concordataire n'est pas encore arrivé à son terme et si le commissaire est toujours en fonction. Conclure que, en vertu de la systématique de l'alinéa deuxième de l'art. 14 LP, la destitution au sens de l'art. 14 al. 2 ch. 4 LP est synonyme d'interdiction d'exercer à l'avenir l'activité de commissaire au sursis, cas échéant *ad aeternam vitam*, paraît problématique :

²⁸⁰ LORANDI, *Betriebsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, n° 20 ad art. 14 LP; HUNKELER, p. 189; EMMEL, *BSK-SchKG*, n° 7 ad art. 14 LP; JAEGER, *SchKG-Kommentar*, n° 14 ad art. 295 LP, citant l'ATF 114 III 120, semble toujours considérer, de manière erronée, que seul le commissaire actif dans une procédure visant à aboutir à l'homologation d'un concordat par abandon d'actif peut se voir infliger une mesure disciplinaire au sens de l'art. 14 al. 2 LP.

²⁸¹ Du même avis, LEVANTE, *KUKO-SchKG*, n° 7 ad art. 14 LP.

²⁸² Leur application est même exclue par LORANDI, *Betriebsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, n° 51 ad art. 14 LP; JAEGER, n° 4 ad art. 14 LP; cf. également ZH, décision du Bezirksgericht du 25 mars 1999 *in*: *BISchK* 2001 pp. 151 ss. (157), consid. V 1 = ZR 100 (2001), 15, p. 41 ss. Du même avis, LEVANTE, *KUKO-SchKG*, n° 7 ad art. 14 LP. ATF 101 III 49.

²⁸³ GILLIÉRON, n° 27 ad art. 14 LP et 37 ad art. 295 LP; ATF 114 III 120 = *JdT* 1990 II 190 cité.

seules les sanctions effectivement prévues dans la loi peuvent être infligées²⁸⁴. Par ailleurs, une telle interprétation n'irait pas sans poser des problèmes pratiques, dès lors qu'il n'existe aucun registre fédéral ou cantonal – à l'image du registre des avocats inscrits au barreau – répertoriant les personnes physiques ou morales susceptibles d'être nommées commissaire au sursis. Ainsi, la destitution prononcée dans un canton serait-elle vraisemblablement sans effet dans un autre canton. Ce constat, insatisfaisant car générateur d'un certain manque d'uniformité et de sécurité, constitue un argument supplémentaire²⁸⁵ devant au moins conduire les autorités cantonales à dresser une liste²⁸⁶ des commissaires pressentis, sans qu'il ne faille pour autant que le juge du concordat refuse de nommer sur proposition du débiteur un commissaire ne figurant pas sur sa liste.

- 109 Une sanction disciplinaire ne devrait en principe pas être sans effet sur l'activité professionnelle du commissaire. Les avocats, comme les experts-comptables, sont soumis à des règles professionnelles qui demeurent applicables pendant leur activité d'agent public temporaire. L'art. 15 LLCA prévoit une obligation pour les autorités cantonales et fédérales de dénoncer à l'autorité cantonale de surveillance des avocats les faits susceptibles de constituer une violation des règles professionnelles. Les Règles d'organisation et d'éthique professionnelles édictées par la Chambre fiduciaire contiennent un certain nombre de devoirs, dont la violation peut entraîner l'ouverture, d'office ou sur dénonciation, d'une procédure disciplinaire par la Commission d'éthique professionnelle, la Commission pouvant statuer sur la base de décisions entrées en force rendues par l'autorité de surveillance des réviseurs²⁸⁷.

2.2. Ouverture de la procédure

2.2.1. Compétence

- 110 La LP ne faisant que fixer les principes et les grandes lignes de la procédure disciplinaire²⁸⁸, il incombe aux cantons de la détailler²⁸⁹. La jurisprudence fédérale en

²⁸⁴ Décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral du 23 janvier 1996 = JAAC 61 (1997) pp. 224 ss., consid. 4 a.

²⁸⁵ Pour d'autres arguments en faveur d'une liste de commissaires cf. infra § 225.

²⁸⁶ C'est de cette manière d'ailleurs que la FINMA procède pour désigner ses chargés d'enquêtes, délégués à l'assainissement et liquidateurs.

²⁸⁷ Art. 1 al. 3 du Règlement de la Commission d'éthique professionnelle et de la Cour d'arbitrage indépendante 2007. Cf. <http://www.treuhand-kammer.ch>

²⁸⁸ Art. 13 à 20a LP.

a néanmoins fixé les contours. Une procédure disciplinaire peut être ouverte d'office par l'autorité compétente²⁹⁰ ou sur dénonciation du débiteur, du préposé de l'office, de la personne lésée par les actes du commissaire – qu'il s'agisse d'un comportement positif ou d'une omission – ainsi que sur dénonciation d'un tiers, qui n'aura pas d'autre droit spécifique que celui de dénonciation, et en particulier pas le droit d'obtenir que le commissaire se voie infliger une sanction. Le juge du concordat lui-même, de par sa position dans la procédure, sera également à même de percevoir les irrégularités commises par le commissaire ou ses manquements et de les dénoncer à l'autorité de surveillance²⁹¹.

- 111 La dénonciation par un tiers intéressé d'agissements du commissaire prétendument contraires aux devoirs découlant de sa charge officielle et qui sont portés à sa connaissance doit être qualifiée comme une plainte à l'autorité de surveillance et traité de la même manière²⁹². L'autorité disciplinaire examinera alors avec son plein pouvoir d'appréciation et en opportunité si les actes du commissaire relèvent bien de sa compétence disciplinaire. L'exercice du pouvoir disciplinaire est réservé aux autorités de surveillance cantonales. Ne sont pas recevables les conclusions par lesquelles un tiers intéressé ou revêtant la qualité de partie requiert que des mesures disciplinaires soient adoptées contre le commissaire au sursis visé²⁹³. Les tiers intéressés ou les parties sont autorisées à signaler aux autorités de surveillance les irrégularités commises par un fonctionnaire et peuvent l'inviter à intervenir par une mesure disciplinaire, mais n'ont pas un droit découlant de la législation fédérale à ce que les autorités de surveillance infligent une peine disciplinaire²⁹⁴. La qualité de partie à la procédure disciplinaire ne leur est pas reconnue²⁹⁵; ils ne sont ainsi pas légitimés à attaquer la décision par laquelle l'autorité de surveillance refuse d'entrer

²⁸⁹ LEVANTE, KUKO-SchKG, n° 11 ad art. 14 LP; GR, décision du tribunal cantonal en tant qu'autorité de surveillance du 31 janvier 2005, consid. 1 c) *in* : BISchK 2006, pp. 67 ss (68).

²⁹⁰ EMMEL, BSK-SchKG, n° 12 ad art. 14; DALLÈVES, CoRO LP, n° 6 ad art. 14 LP; JAEGER, BK-SchKG, n°15 ad art. 14 LP; GILLIÉRON, n° 35 ad art. 14 LP; LEVANTE, KUKO-SchKG, n° 11 ad art. 14 LP.

²⁹¹ ZH, décision du Tribunal de district du 25 mars 1999, *in*: BISchK 2001 p. 151-157. VOLLMAR, BSK-SchKG, ad n° 25 ad art. 295 LP. Dans certains cantons, le juge du concordat a en parallèle la qualité d'autorité de surveillance.

²⁹² ZH, décision du Tribunal de district du 25 mars 1999, *in*: BISchK 2001 p. 151-157 (consid. II 1. p 153 et les arrêts cités). Voir aussi BELLWALD, p. 108 s.

²⁹³ ATF 91 III 41, consid. 6; LEVANTE, KUKO-SchKG, n° 11 ad art. 14 LP.

²⁹⁴ ATF 109 Ia 90 = JdT 1985 I 59; CORADI, p. 95.

²⁹⁵ TF, arrêt 7B.122/2002 du 24 juillet 2002.

en matière sur les faits dénoncés ou estiment qu'ils ne justifient pas l'ouverture d'une procédure disciplinaire²⁹⁶.

2.2.2. Conditions d'ouverture et délai

- 112 Le but d'une mesure disciplinaire est d'assurer le bon fonctionnement de l'administration²⁹⁷. Aussi, l'existence de rapports de service ou d'une position particulière impliquant une surveillance étatique²⁹⁸ sont-elles des conditions nécessaires à l'ouverture d'une procédure disciplinaire. Des mesures disciplinaires ne pourraient donc être prises par l'autorité cantonale de surveillance que tant que le commissaire agit en tant que tel. L'ouverture rétroactive d'une telle procédure après la clôture du sursis pour des manquements s'étant produits pendant le sursis serait ainsi exclue et seule subsisterait la possibilité, pour autant que les conditions soient réunies, d'ouvrir une procédure civile ou pénale.
- 113 Le bon fonctionnement de l'administration peut toutefois aussi être assuré grâce à l'effet préventif qu'une mesure, répressive ou destinée à attirer l'attention du destinataire sur le caractère critiquable de son activité, peut avoir sur les tiers encore en activité ou appelé à l'être²⁹⁹. Le catalogue de sanctions prévu par l'art. 14 al. 2 LP contient tant des mesures préventives, comme la réprimande, qui tendent uniquement à détourner le destinataire de la norme d'une activité coupable, que des mesures répressives (amende, suspension et destitution). Par ailleurs, il existe un intérêt public à écarter d'une fonction officielle un agent public temporaire susceptible d'être renommé, dans certains cas, définitivement. Le fait que le commissaire ait terminé de déployer l'activité qui lui avait été confiée doit dès lors être sans influence aucune sur l'initiation d'une procédure disciplinaire, en particulier lorsque les faits sont graves et qu'il existe un intérêt manifeste à protéger les justiciables.
- 114 Il serait particulièrement inadapté de ne plus permettre l'ouverture à l'encontre du commissaire au sursis d'une procédure disciplinaire par l'autorité de surveillance, motif pris de la fin de son mandat officiel, pour une autre raison : il est fort probable

²⁹⁶ ATF 94 I 67; ATF 2P.341/2005 du 16 mai 2006 ; ATF 94 III 55 (consid. 2 c) = JdT 1969 II 34 (40 s.) et les références citées.

²⁹⁷ GRISEL, Traité, p. 513.

²⁹⁸ HÄFELIN/MÜLLER, n° 1191. GR, décision du Tribunal cantonal en tant qu'autorité de surveillance en matière de poursuites et faillite du 31 janvier 2005, consid. 1 d) *in* : BISchK 2006, pp. 67 ss (68).

²⁹⁹ GRISEL, *op. cit.*, p. 512 *ab initio*, et les références citées; GR, Décision du Tribunal cantonal en tant qu'autorité de surveillance en matière de poursuites et faillite du 31 janvier 2005, consid. 1 d) *in* : BISchK 2006, pp. 67 ss (69).

que les manquements aux devoirs de fonction ne soient constatés qu'après l'expiration du sursis. L'activité du commissaire ne durant qu'au maximum vingt-quatre mois, mais souvent beaucoup moins, le temps manquera à coup sûr à l'autorité de surveillance pour ouvrir une procédure disciplinaire.

- 115 L'on voit bien ici les limites du système actuel, qui ne prévoit pas de dispositions spécifiques s'agissant du commissaire au sursis. Une solution adéquate serait de prévoir un délai, commençant à courir une fois la mission du commissaire achevée, à l'échéance duquel l'autorité de surveillance ne pourrait plus ouvrir une procédure disciplinaire³⁰⁰. Ce délai s'entendrait en plus du délai d'une année commençant à courir dès la connaissance par l'autorité de la commission d'actes contraires aux devoirs de la charge, et en adoptant cas échéant la prescription plus longue du droit pénal dans l'hypothèse où les agissements du commissaire sont pénalement relevant. En combinant à cette proposition celle de la tenue d'un registre, ou moins formellement d'une liste énumérant les commissaires aptes à être nommés aux charges de droit, la protection du public sera assurée.
- 116 L'avocat commissaire au sursis est tenu au respect des règles fixées par les art. 8, 12 et 13 LLCA dans l'exercice de son activité étatique. En cas de violation de ses obligations par l'avocat désigné en qualité de commissaire, il pourra être sanctionné par l'autorité de surveillance cantonale désignée par les lois d'application de la LLCA, avec pour conséquence que l'avocat échappant à une mesure disciplinaire du fait de la fin de sa fonction officielle risquerait tout de même de se voir infliger une peine disciplinaire par son autorité de tutelle. Un tempérament doit être apporté à ce qui précède : autant deux mesures purement disciplinaires peuvent être infligées concurremment, autant deux mesures disciplinaires à caractère pénal ne peuvent-elles en revanche être décidées, en vertu du principe *ne bis in idem*³⁰¹.
- 117 Pour le surplus, les mesures disciplinaires prévues par l'art. 14 al. 2 LP peuvent être prononcées si le commissaire a commis un ou plusieurs actes fautifs, contraires au devoir de fonction découlant de sa charge officielle³⁰². Le commissaire a le droit d'être entendu ; la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité. La sanction doit par ailleurs être prévue par la loi, condition susceptible de poser problème dès lors qu'il a déjà été précisé que les sanctions contenues aux chiffres

³⁰⁰ Art. 19 LLCA.

³⁰¹ HÄFELIN/MÜLLER, n° 1200.

³⁰² SORG, p. 9. ZH, décision du Tribunal de district du 25 mars 1999, *in* : BLSchK 2001 p. 151-157 (consid. IV).

trois et quatre de l'art. 14 al. 2 LP doivent faire l'objet d'une interprétation et d'une adaptation dans le cadre de leur application au commissaire au sursis³⁰³.

2.3. Voies de recours

- 118 Le commissaire peut introduire un recours contre la décision de l'autorité cantonale de surveillance inférieure auprès de l'autorité cantonale de surveillance supérieure (art. 18 LP). Avant l'entrée en vigueur de la LTF, le TF avait indiqué que l'ancien recours de l'art. 19 al. 1^{er} LP pour violation du droit fédéral et pour abus ou excès du pouvoir d'appréciation n'était pas recevable contre les décisions de mesures disciplinaires, le recours de droit public étant seul recevable³⁰⁴. Le recours de l'art. 19 LP demeurait néanmoins recevable lorsque l'autorité cantonale de surveillance se prononçait non comme autorité disciplinaire mais comme autorité de surveillance, par exemple pour examiner la composition ou la désignation d'une administration spéciale³⁰⁵. L'art. 19 LP a été modifié avec l'entrée en vigueur de la LTF, et renvoie désormais à cette dernière. La décision de cette dernière pourra à son tour être portée devant le Tribunal fédéral, théoriquement par un recours en matière civile (art. 72 al. 2 lit. a LTF). Il semblerait toutefois plus opportun que le recours en matière de droit public soit ouvert, la question de la cohérence avec la LP ne se posant pas en matière disciplinaire. Il existe en revanche un réel besoin de cohérence en matière de droit des sanctions administratives³⁰⁶.

³⁰³ Pour plus de détails sur le droit disciplinaire, il est renvoyé à GILLIÉRON, n° 13 ss ad art. 14 LP et à EMMEL, BSK-SchKG, n° 8 ss ad art. 14 LP.

³⁰⁴ ATF 128 III 156. consid. 1 c) = JdT 2002 II 55 (57).

³⁰⁵ ATF 128 III 156. consid. 1 c) = JdT 2002 II 55 (57).

³⁰⁶ FF 2001 4105 ; LORANDI, Besonderheiten der Beschwerde, p. 433-450 (436). La question est toutefois, à juste titre discutée en doctrine (voir LEVANTE, KUKO-SchKG, n° 13 ad art. 14 LP, et les références citées). Il s'agit ici clairement d'une exception, justifiée parfois par un besoin de cohérence, qui ne convainc toutefois pas pour justifier cette voie de recours. L'écrasante majorité des sanctions disciplinaires prises par des autorités de surveillance sont en effet attaques par la voie du recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF). Il existe ici un véritable besoin, cette fois justifié par un véritable besoin de cohérence, à confier à des cours spécialisées familières des matières disciplinaires le soin de trancher les questions relevant du droit disciplinaire de la LP.

2.4. Casuistique

- 119 Avant la révision de la LP de 1994/1997, il a été jugé que l'autorité de surveillance³⁰⁷ pouvait de sa propre initiative révoquer pour faute grave le commissaire qui ne donne pas satisfaction dans l'exécution de son mandat³⁰⁸. Le débiteur ainsi que les créanciers ont la faculté de demander par le biais d'une plainte que le commissaire incompetent qui ne parviendrait pas à s'acquitter de sa tâche correctement soit démis de sa fonction et remplacé par une autre personne adéquate³⁰⁹. L'autorité de surveillance ne peut cependant destituer le commissaire que s'il existe des motifs suffisants pour ouvrir une procédure disciplinaire. Constitue un motif suffisamment grave de révocation la rupture du lien de confiance existant entre le débiteur et le commissaire³¹⁰ et surtout celle ayant cours entre le commissaire et l'autorité concordataire³¹¹. Le non-respect par le commissaire de son éventuel devoir de récusation justifie sa révocation³¹².
- 120 Une demande déposée par le débiteur ou un pseudo-créancier, tendant à la révocation du commissaire au motif que celui-ci ne possède pas les capacités professionnelles requises, a de fortes chances d'être rejetée si les plaignants ne démontrent pas concrètement les lacunes professionnelles du commissaire et leurs conséquences néfastes pour le bon déroulement de la procédure en cours. Le simple fait de mettre en doute abstraitement et par principe les capacités professionnelles du commissaire au sursis concordataire ne permet pas une révocation³¹³. Les critères à prendre en considération seront autant les diplômes détenus par le commissaire que son expérience professionnelle³¹⁴. Une simple erreur sur les faits ne saurait en revanche motiver la révocation du commissaire³¹⁵.

2.5. Constats et critique du système

- 121 Les compétences du juge et de l'autorité de surveillance agissant comme autorité disciplinaire sont susceptibles d'entrer en collision lorsqu'il s'agit de suspendre ou

³⁰⁷ Anciennement, l'autorité judiciaire était compétente : SO, décision de l'autorité de surveillance du 27 décembre 1982 *in*: BLSchK 1983 VI p. 235 ss.

³⁰⁸ ATF 104 III 99 (consid. 2b)

³⁰⁹ ATF 94 III 55 consid. 2a (59 s.) = JdT 1969 II 34 (38 s.); JAEGER n° 3 ad. art. 295 LP.

³¹⁰ ATF 104 III 99, consid. 2b et les références citées ; REINMANN, note 4 ad. art. 30 LB.

³¹¹ ATF 119 III 37, consid. 3 b = JdT 1995 II p. 14 –25 (19).

³¹² ATF 104 III 99, consid. 2b-bb); voir également Chapitre I, pp. 39 ss.

³¹³ ATF 119 II 37, consid. 3 b = JdT 1995 II 14-25 (19).

³¹⁴ ATF 119 II 37, consid. 3 b et 6 = JdT 1995 II 14-25 (19 et 21).

³¹⁵ ATF 94 III 55 consid. 4 (63 s.) = JdT 1969 II 34 (43).

de révoquer le commissaire, et doivent être clairement délimitées et tranchés comme suit. Dans l'hypothèse où les compétences ou l'intégrité du commissaire sont remises en cause, qu'elles soient constatées par le juge, par des créanciers, par le débiteur ou par des tiers, il faut admettre que l'autorité cantonale de surveillance est exclusivement compétente pour ouvrir une procédure disciplinaire, et révoquer le commissaire, à l'issue de la procédure ou cas échéant immédiatement, à titre provisionnel. Si l'autorité judiciaire constate des manquements ou en est informée, elle doit transmettre le dossier à l'autorité cantonale de surveillance. Le juge du concordat conserve la compétence de nommer un commissaire ensuite de la destitution décidée par l'autorité de surveillance³¹⁶, et pour tout autre motif conduisant à l'abandon de ses fonctions par le commissaire et requérant la désignation d'un nouveau commissaire (mort, faillite). Ce n'est que dans ces conditions que le commissaire est assuré d'une procédure indépendante et garantissant son droit d'être entendu. Donner la compétence au juge du concordat de destituer le commissaire qu'il a nommé présenterait le risque qu'un simple conflit personnel entre le commissaire et l'autorité judiciaire pourrait conduire à la révocation du commissaire par celle-ci, séance tenante, sans respect du droit d'être entendu.

C. Voie de droit pour attaquer une décision du commissaire

- 122 Dans le cadre de son activité, le commissaire est appelé à prendre des décisions selon les formes prévues par la loi³¹⁷. Toute décision, injonction ou autre acte ou omission du commissaire peut être attaqué par la voie de plainte³¹⁸, tant durant le sursis provisoire qu'ordinaire³¹⁹. Après l'échéance du sursis, les lésés devront agir par la voie de l'action en responsabilité contre le canton pour faire valoir leur dommage³²⁰. Les erreurs d'appréciation du commissaire ne pourront être attaquées par la voie de la plainte que si elles causent un dommage à la communauté des créanciers, ou au débiteur ; en aucun cas le fait d'être d'un autre avis que le commissaire ne devrait valablement fonder une plainte ; l'intervention de l'autorité

³¹⁶ SO, décision de l'autorité de surveillance du 27 décembre 1982 in : BISchK 1983 VI p. 235 ss.

³¹⁷ Art. 295 al. 3 LP, art. 34 et 35 LP.

³¹⁸ ATF 129 III 98; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 5 ad art. 298 LP; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 32 ad art. 295 LP.

³¹⁹ ATF 129 III 94 = JdT 2003 II 52 (56) = BISchK 2004 II, p. 64 ss.

³²⁰ Art. 5 LP.

de surveillance peut être tout au plus justifiée si la décision du commissaire est manifestement insoutenable³²¹.

- 123 Ont la qualité pour agir le débiteur destinataire d'une mesure du commissaire, qui se trouve touché dans ses intérêts³²², le destinataire de la décision, et toute autre personne physique ou morale, y compris les créanciers, s'estimant touchée dans ses intérêts juridiquement protégés³²³. La plainte doit être déposée auprès de l'autorité cantonale de surveillance³²⁴ dans les 10 jours suivant la connaissance du fait motivant l'ouverture d'une procédure de plainte. Une fois la procédure concordataire achevée, la voie de la plainte n'est plus ouverte pour contester une décision ou omission du commissaire. En effet, un intérêt actuel et concret est nécessaire pour permettre la recevabilité d'un recours selon la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite³²⁵; cet intérêt ferait défaut dès lors que l'acceptation et l'homologation du concordat équivaut à une ratification des actes effectués pendant le sursis par le commissaire. Par ailleurs, un recours qui ne servirait que de décision préjudicielle à un procès futur, tendant uniquement à faire constater l'irrégularité d'un acte d'un organe de la poursuite pour fonder éventuellement une action en responsabilité ou n'aurait qu'un effet déclaratif, serait irrecevable³²⁶. Dans l'hypothèse où un commissaire est destitué pendant la procédure, la voie de la plainte reste bien entendu ouverte tant que la procédure n'est pas clôturée.

³²¹ ATF 100 III 30 = JdT 1975 II 41 et ATF 97 III 128 (consid. 1) = JdT 1972 II 80. Le TF précise ici que le recours de l'art. 19 LP ne permet pas d'attaquer des erreurs d'appréciation et que la procédure de plainte ne présente pas les garanties nécessaires permettant d'aboutir à une solution satisfaisante et définitive. Selon le TF, il n'appartient pas à l'autorité de surveillance de trancher des questions juridiques sous-jacentes à la décision contestée du commissaire.

³²² JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 17 ad art. 298 LP; IQBAL, p. 627 ss. De simples opinions du commissaire n'ont pas d'effet décisif et ne peuvent donc justifier une plainte (Bâle-Ville, décision de l'autorité cantonale de surveillance du 4 juillet 1975 *in* : BISchk 1979 I p. 29 ss. (consid. 2)).

³²³ ATF 82 III 131 consid. 1; TF, arrêt 7B.57/2005 du 27 juin 2005. GILLIÉRON, n° 20 ad art. 298 LP; DIETH, p. 367.

³²⁴ Et non du juge du concordat comme l'indique DIETH, *op. cit.*, p. 365.

³²⁵ ATF 120 III 107 (108 s.).

³²⁶ ATF 120 III 107 (109); SANDOZ-MONOZ, p. 729 n. 3.2.1 et la jurisprudence citée.

Section IV

Rémunération du commissaire

A. Les honoraires

1. Autorité compétente

- 124 Le juge du concordat³²⁷, ou l'autorité de surveillance dans le cas d'un concordat en cours de faillite³²⁸, est compétent pour décider du montant forfaitaire des honoraires du commissaire. Il tient notamment compte de la difficulté et de l'importance de l'affaire, du volume de travail fourni, du temps consacré ainsi que des dépenses engagées. Avant de nommer le commissaire, le juge est supposé fixer les honoraires de manière forfaitaire ou au pro rata des heures consacrées au travail³²⁹.
- 125 La liste des éléments à prendre en compte par le juge étant purement exemplative, ce dernier a toute latitude pour prendre en considération d'autres critères lui paraissant pertinents. Il importe peu que le débiteur ait approuvé ou non le montant de la facture du commissaire³³⁰. La décision relative au montant alloué au commissaire au titre d'honoraires peut être prise en même temps que la décision d'homologation, mais peut également faire l'objet d'une procédure séparée³³¹. La décision judiciaire rend la créance en honoraires déterminée et exigible³³².
- 126 L'attribution par le législateur de la compétence décisionnelle en la matière au juge du concordat est cohérente et répond à une certaine logique. C'est en effet le juge du concordat qui nomme le commissaire et définit l'ampleur de sa mission, au vu de la requête de sursis détaillée sur la base de laquelle il aura statué. De par sa position, le juge est le seul à appréhender l'ampleur de la complexité du dossier et

³²⁷ Art. 55 OELP, applicable, selon son article premier, aux organes qui, en application de la LP, effectuent des opérations dans le cadre d'une exécution forcée, d'un concordat ou d'un sursis extraordinaire.

³²⁸ Art. 55 al. 2 OELP.

³²⁹ Art. 60 al. 2 OELP.

³³⁰ BE, décision de l'autorité supérieure de surveillance du 14 janvier 1937, *in* : BLSchK 1944 II p. 52 s. = ZBJ 75 p. 195.

³³¹ HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 22 ad art. 306 LP.

³³² VOLLMAR, n° 29 ad art. 295 LP.

de juger si le temps passé par le commissaire sur le dossier confié est proportionné. L'on notera que, systématiquement, l'article 55 OELP se situe dans le chapitre quatrième traitant des émoluments de justice. Pourtant, les honoraires du commissaire ne bénéficient en réalité pas du privilège que la systématique de la loi laisse supposer.

- 127 L'autorité concordataire compétente pour établir le montant final des honoraires du commissaire est habilitée à diminuer la prétention de ce dernier³³³. Si elle procède ainsi, elle devra motiver la décision déniaut au commissaire le droit à une certaine partie de sa facture globale, en dissociant les frais et les honoraires³³⁴. Le commissaire devra être entendu afin qu'il puisse s'expliquer sur sa note et apporter des justifications complémentaires³³⁵. L'autorité concordataire est habilitée à comparer la note d'honoraires fournie par le commissaire avec une autre note d'honoraires concernant un travail similaire³³⁶. Une tâche spécifique ne demandant pas de compétences particulières, si elle est effectuée par un commissaire spécialement qualifié³³⁷, sera vraisemblablement moins rémunérée puisqu'elle aurait pu être effectuée à moindre coût par une personne moins qualifiée³³⁸. La rémunération du commissaire peut enfin être diminuée en cas de mauvaise exécution patente de l'activité officielle³³⁹.

2. Critères applicables

- 128 Le commissaire exerce une fonction d'organe officiel, exécutant des tâches d'intérêt public. Par conséquent, il ne sera pas rémunéré en fonction d'un calcul prenant en compte le montant des honoraires qu'il aurait pu percevoir en sa qualité de membre d'une corporation de professionnels indépendants³⁴⁰, mais selon un tarif de droit administratif qui ne fera que rembourser ses frais et l'indemniser équitablement compte tenu de sa charge étatique³⁴¹. Selon la jurisprudence, fluctuante, le tarif

³³³ ATF 101 III 109 = JdT 1976 I 333 ; ATF 68 III 127 = JdT 1943 II 57 c. 3 ; JdT 1953 I 13 ; ATF 97 III 126 = JdT 1972 II 45 ; ATF 73 III 36/37 = JdT 1947 II 118 ; ATF 103 III 65 = JdT 1979 II 27 ; ATF 5A.32/2009 du 15 juillet 2008.

³³⁴ ATF 104 III 61 consid. 2 a et c = JdT 1979 II 116 (118 s.).

³³⁵ ATF 104 III 61 consid. 2 b = JdT 1979 II 116 (119).

³³⁶ ATF 104 III 61 consid. 3 b = JdT 1979 II 116 (120).

³³⁷ Par exemple une pure activité de secrétariat effectuée par un expert-comptable ou un avocat.

³³⁸ ATF 104 III 61 consid. 3 c = JdT 1979 II 116 (121) = SJ 1979 p. 437 ss. (443).

³³⁹ ATF 104 III 61 consid. 3 d = JdT 1979 II 116 (121) = SJ 1979 p. 437 ss. (443 *in fine*).

³⁴⁰ Avocats, experts-comptables.

³⁴¹ ATF 104 III 65 = JdT 1979 II 20 ; ATF 103 III 67 (116) = JdT 1979 II 27 (28). La jurisprudence citée, au demeurant ancienne mais apparemment toujours d'actualité, est critiquable. La loi permet de faire

horaire des avocats ou la directive concernant les honoraires de la chambre suisse de fiduciaire et de révision ne constituent pas une base de calcul pertinente³⁴². En revanche, le commissaire qui présenterait une note d'honoraires basée sur un montant légèrement inférieur au plancher minimal des tarifs horaires en pratique au sein de l'Ordre des avocats ou la Chambre fiduciaire d'un canton serait vraisemblablement indemnisé conformément à ses attentes³⁴³. En revanche, si le commissaire est appelé, dans le cadre de son mandat officiel, à déployer une activité spécifique – celle d'avocat par exemple – il sera rémunéré sur la base des tarifs-horaires applicables au corps de métier auquel il appartient, c'est-à-dire comme un mandataire extérieur³⁴⁴. En conclusion, et selon les critères théoriques

appel à des professionnels particulièrement qualifiés pour fonctionner comme commissaire dans les cas complexes. Les personnes mandatées le sont donc en raison de leur aptitude professionnelle élevée. Il serait opportun de reconnaître à leur juste valeur ces qualifications dont l'Etat a temporairement besoin en les rémunérant conformément à ce qui est pratiqué dans l'exercice privé d'une profession ou à tout le moins en s'en rapprochant. Certes, il est hautement gratifiant de voir ses compétences professionnelles reconnues en étant nommé commissaire au sursis. Cependant, il existe un risque que de moins en moins d'indépendants soient enclins à remplir le rôle de commissaire, puisque le temps consacré au dit mandat pourrait être mis à profit dans le traitement de dossiers susceptibles de procurer un revenu supérieur. Des considérations matérialistes ne peuvent être balayées d'un revers de main à une époque où la concurrence est de plus en plus présente au sein des différentes professions concernées et où l'Etat généralise le principe de la délégation.

³⁴² TF, arrêt 7B.86/2005 du 18 juillet 2005 ; ZH, décision du Tribunal de district du 25 mars 1999, *in*: BLSchK 2001 p. 151-157, consid. IV a et les références citées. Voir toutefois ZH, décision du tribunal supérieur du, *in*: ZR 76 (1977), 51. VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 28 ad art. 295 LP et ad n° 28 ad art. 295 LP.

³⁴³ *Idem supra*. Voir également ATF 103 III 67 (116) = JdT 1979 II 27 (28) ; COMETTA, p. 137, notes 129 et 130. Dans un ATF 120 III 97, le Tribunal fédéral, appelé à trancher sur un litige relatif à la rémunération d'une administration spéciale de la faillite, a de manière critiquable estimé qu'une procédure complexe n'entraînant pas que des travaux complexes, il se justifiait de procéder à un calcul mixte et ne pas facturer de tels travaux d'après les tarifs usuels dans le commerce pour des activités de même nature. Selon lui, les montants facturés doivent se situer dans un rapport raisonnable avec l'indemnité que fixe le tarif des frais pour des procédures simples (consid. 2). Il a par ailleurs estimé qu'il était admissible de rester en-dessous des tarifs de la Chambre suisse des sociétés fiduciaires et des experts comptables et, eu égard au but social du tarif des frais, de rétribuer l'activité de l'avocat dans le cadre d'une administration spéciale de la faillite, de la même manière qu'un défenseur d'office.

³⁴⁴ SJ 1981 p. 138-144 (consid. 2 et 5).

appliqués rigoureusement, la rémunération allouée par le juge ne représentera bien souvent pas l'exacte contre-valeur économique du travail fourni³⁴⁵.

- 129 Les débours doivent eux être intégralement remboursés. Ainsi, les taxes de télécommunications, à l'exclusion de la taxe d'abonnement³⁴⁶, les taxes postales, les frais bancaires, les frais de rémunération d'auxiliaires³⁴⁷ et les honoraires des experts seront payés en intégralité au commissaire. Seuls les frais utiles et nécessaires, nés ensuite de l'activité officielle du commissaire et en rapport avec son activité seront indemnisés³⁴⁸. Les dépenses engagées devront être prouvées et justifiées par l'affaire confiée au commissaire.
- 130 Les activités et dépenses effectuées par le commissaire avant sa désignation formelle ne seront rémunérées que s'il s'avère qu'elles étaient utiles et nécessaires³⁴⁹. En revanche, l'activité déployée alors que le sursis a pris fin mais que la décision du juge du concordat n'est pas encore entrée en force sera intégralement payée, ainsi que les dépenses effectuées pendant cette période.

3. Garantie du paiement de la créance en rémunération

3.1. Le débiteur de la rémunération

- 131 Nonobstant la question du débiteur du paiement des avances demandées par le commissaire au sursis, la rémunération du commissaire est à la charge du débiteur en sursis, que la procédure ait été ouverte à son initiative ou non, que l'homologation d'un concordat ordinaire ou par abandon d'actif soit visée. Par un cautionnement, un tiers peut toutefois valablement s'engager aux côtés du débiteur à s'acquitter du paiement des honoraires du commissaire tels que fixés par le juge du concordat³⁵⁰.

³⁴⁵ SJ 1981 p. 138-144 (consid. 2) et l'arrêt cité; audience concernant les indemnités allouées à un liquidateur, dont les principes dégagés sont applicables par analogie à un commissaire.

³⁴⁶ ATF 94 III 20, consid. 2 = JdT 1968 II 70 (71) codifié à l'art. 13 al. 3 lit. b OELP.

³⁴⁷ ATF 94 III 20, consid. 5 = JdT 1968 II 70 (72).

³⁴⁸ ATF 94 III 20, consid. 6 = JdT 1968 II 70 (73).

³⁴⁹ ATF 81 III 31 = JdT 1955 II 82 ; ATF 94 III 20, consid. 6 = JdT 1968 II 70 (73).

³⁵⁰ ZR 69 (1970), 115.

3.2. Pas de privilège de la créance en rémunération

- 132 La créance en rémunération du commissaire ne fait pas l'objet d'un privilège légal particulier censé lui assurer un remboursement prioritaire³⁵¹. L'application de l'art. 310 al. 2 LP *ab initio*, qui consacre un superprivilège des dettes contractées pendant le sursis, est a priori exclue. De par l'interdiction qui est faite au commissaire de contracter avec lui-même³⁵², le commissaire ne peut en effet pas consentir de son propre chef à la place du débiteur à la diminution d'une partie des actifs ou à l'augmentation des passifs pour son propre bénéfice, quand bien même son intervention est-elle effectuée dans l'intérêt des créanciers. L'on ne saurait ainsi qualifier la créance en honoraires du commissaire comme une dette contractée avec son propre accord.
- 133 Toutefois, il existe un parallèle entre une dette déterminée contractée avec l'assentiment du commissaire et une dette – en l'occurrence la créance en honoraires du commissaire – rendue indirectement nécessaire par la loi elle-même qui impose la désignation d'un commissaire au sursis, rémunéré pour son travail selon des critères fixés par une ordonnance et appliqué par une autorité judiciaire en charge de l'approbation de la facture finale du commissaire. Aussi paraît-il approprié de traiter la créance en honoraires du commissaire de manière analogue à une dette contractée avec l'assentiment du commissaire, en élargissant le champ d'application de l'article 310 al. 2 LP, à défaut de trouver dans la loi fédérale ou l'OELP une disposition traitant expressément de cette problématique. Dans un concordat par abandon d'actif ou une faillite subséquente, l'application analogique de l'art. 262 al. 1 LP devrait conduire à assimiler la créance en honoraire du commissaire aux frais d'ouverture³⁵³. Ce n'est pourtant pas la solution retenue par le Tribunal fédéral : selon lui, tous les créanciers de la masse doivent être traités selon le principe d'égalité, commissaire y compris. Ce principe serait renforcé par le fait que le commissaire serait déjà privilégié dans la procédure puisqu'il a la faculté – et même l'obligation, selon le devoir de circonspection et de prudence que l'on attend de lui – d'exiger régulièrement le paiement de provisions permettant de couvrir sa prétention contemporaine en honoraires. Il serait par conséquent injustifié de

³⁵¹ TF, arrêt du 19 février 1979 *in*: BLSchK 1983 V p. 170 ss ; ATF 43 III 255 = JdT 1917 I 669/78 III 174 = JdT 1953 II 24-25; Archiv SchK 9/1905 no 30; BLSchK 1956 p. 94 ss.; RJS 51/1955 p. 90 s. D'autre part ATF 63 III 91-92 = JdT 1937 II 141-142; LUDWIG 96 ss; BÖNI 50-51; CORADI p.98; BLSchK 81/1954 p. 59 ss; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 29 ad art. 295 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 26 ad art. 295 LP.

³⁵² Art. 11 LP.

³⁵³ ATF 113 III 148, consid. b et les références citées ; ATF 105 III 20 (22 ss.) = JdT 1981 II 25 (27 ss.).

privilegier le commissaire une deuxième fois, surtout si ce dernier n'a pas fait preuve de la circonspection exigée de lui. Par ailleurs, l'administration de la faillite et partant le commissaire devraient s'abstenir de créer des dettes pour lesquelles il n'y a pas de couverture, ce qui vaut également pour la créance personnelle en honoraires. L'on voit cependant mal pourquoi le l'Etat serait privilégié dans une procédure de faillite, ses frais étant remboursés en intégralité avant tout autre créancier, et pas le commissaire, dans une procédure concordataire, alors qu'il constitue précisément un organe de l'Etat. La démonstration est encore plus convaincante dans l'hypothèse où le commissaire est désigné au sein d'un office des faillites, et est donc partie intégrante de l'Etat.

- 134 S'il s'avère que la masse active ne suffira pas à couvrir les frais de la faillite et les honoraires du commissaire, l'autorité judiciaire prononcera la suspension de la faillite faute d'actif³⁵⁴. En supposant que la masse active soit tout juste suffisante pour couvrir les frais de la faillite, mais pas assez pour permettre la rémunération du commissaire, l'autorité judiciaire prononcera la suspension de la faillite faute d'actif. La faillite sera clôturée si les créanciers ne demandent pas la liquidation³⁵⁵. Les frais de la faillite et les honoraires du commissaire seront couverts à parts égales selon la répartition en pour-cent qu'autorise le montant de la masse.

3.3. Plafond du montant alloué par le juge du concordat

- 135 Le commissaire est habilité à demander un acompte sur ses honoraires³⁵⁶. En revanche, il lui est interdit d'exiger du débiteur la prise en charge de la différence entre le montant de ses honoraires et la somme approuvée par l'autorité judiciaire du concordat³⁵⁷. Dans le cas de la réalisation d'une telle hypothèse, le commissaire risque l'ouverture à son encontre d'une procédure disciplinaire³⁵⁸.

4. Recours contre la décision judiciaire fixant le montant des honoraires

- 136 La législation fédérale³⁵⁹ n'impose pas aux cantons d'offrir au commissaire une voie de recours lui permettant de contester le montant des honoraires fixé par le juge,

³⁵⁴ Art. 230 al. 1 LP.

³⁵⁵ Art. 230 al. 2 LP.

³⁵⁶ ATF 105 III 20 (26) = JdT 1981 II 25(31).

³⁵⁷ MARCHAND, FJS 24, § 48.

³⁵⁸ ZH, décision du Tribunal de district du 25 mars 1999 *in* : BISchK 2001 IV p. 151 ss. = ZR 100 (2001), 15.

³⁵⁹ Art. 55 OELP.

contrairement à l'ancien article 61 OFLP qui réservait le recours à une autorité cantonale supérieure, sans pour autant obliger les cantons à prévoir dans leur législation d'exécution une telle voie de recours³⁶⁰. Sans que l'on puisse déduire du contenu de la nouvelle législation une interdiction faite aux cantons de prévoir une telle voie de recours, l'ancienne obligation légale a bel et bien aujourd'hui disparu. Une contestation par le biais d'une plainte est naturellement exclue, les décisions du juge du concordat ne pouvant jamais faire l'objet d'une plainte ou d'un recours au sens des articles 17 à 19 LP. Bien que le Tribunal fédéral ne soit pas de cet avis, il existe une lacune qui doit être comblée³⁶¹. Il paraît en effet choquant de ne pas prévoir impérativement une voie de recours cantonale à disposition du commissaire. Cette lacune ne devrait pas être corrigée par le futur Code de procédure civile fédéral, applicable aux décisions judiciaires en droit de la poursuite pour dettes et de faillite³⁶² qui restreint les possibilités d'appel lorsque le tribunal de la faillite ou du concordat est compétent selon la LP, et qui prévoit que l'appel est irrecevable contre les décisions pour lesquelles le tribunal de la faillite ou du concordat est compétent en vertu de la LP³⁶³.

B. Avances de frais/provisions

1. Principes généraux

- 137 Le commissaire est en droit d'obtenir de la partie initiant l'ouverture de la procédure concordataire le versement d'une provision, servant d'une part à couvrir ses frais et à assurer le déploiement correct de son activité tout au long de la procédure et lui procurant d'autre part la quasi-certitude de percevoir la totalité des

³⁶⁰ TF, arrêt 5P.472/2003 du 8 avril 2004, consid. 2.2 et 2.3.

³⁶¹ Dans un arrêt 5P.472/2003 du 8 avril 2004 de consid. 3, le Tribunal fédéral explique qu'une lacune de la loi peut être exclue. En effet selon lui, l'OELP ne contient aucune obligation pour les cantons de prévoir une voie de recours. En outre, « *puisque'il n'existe pas de recours cantonal à l'encontre de la décision de taxation de l'autorité de surveillance dans les procédures complexes de faillite (art. 47 OELP) et d'homologation de concordat dans la procédure de faillite (art. 55 al. 2 OELP), il n'y a aucune raison de prévoir un régime différent lorsque la rémunération du commissaire ou du liquidateur est fixée par le juge du concordat.* » (consid. 2.2). C'est cependant omettre le principe de l'existence des voies de recours obligatoires des art. 18-19 LP, qui permettent précisément de recourir contre les décisions des autorités de surveillance cantonales inférieures et supérieures (voir également GILLIÉRON, n° 39 ad art. 295 LP).

³⁶² Art. 1 lit. c P-CPC.

³⁶³ Art. 309 lit. b ch. 6 P-CPC.

honoraires dus³⁶⁴. Mettre à la charge du débiteur les avances de frais alors qu'un créancier a requis l'ouverture de la procédure concordataire équivaldrait à anéantir l'intérêt du concordat imposé au débiteur. Il suffirait en effet que le débiteur ne paie pas l'avance pour que sa faillite soit prononcée.

- 138 La possibilité d'obtenir un tel versement fait partie du devoir de circonspection du commissaire qui doit en tout temps s'assurer que ses frais et ses prétentions futures en créances d'honoraire sont couverts par des provisions suffisantes³⁶⁵. Le montant des provisions devra se situer dans le cadre d'une estimation raisonnable. La législation fédérale étant muette quant à la problématique des provisions, il appartiendra aux législateurs cantonaux de légiférer en la matière ou, à défaut, au juge du concordat d'intimer l'ordre au débiteur, par voie d'ordonnance, de s'acquitter du versement des provisions.

2. Au moment de la demande de l'ouverture de la procédure

- 139 La loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite met sur les épaules du débiteur le fardeau des frais de la poursuite préalable³⁶⁶, mais exige du créancier poursuivant qu'il en fasse l'avance³⁶⁷. En matière de faillite, c'est celui qui requiert la faillite qui répond des frais, le juge pouvant exiger de lui qu'il en fasse l'avance. Le principe selon lequel la partie demandant l'ouverture de la procédure assume les frais de poursuite, est applicable également à la procédure concordataire³⁶⁸. Le débiteur requérant un sursis provisoire ou ordinaire³⁶⁹ doit pouvoir ainsi être mis dans l'obligation de s'acquitter d'un montant initial déterminé correspondant aux avances des frais du commissaire. De même, le créancier en mesure de requérir la faillite demandant au juge du concordat l'ouverture de la procédure concordataire³⁷⁰ devra-t-il avancer les frais de la procédure. En cas de concordat en cours de faillite demandé par le débiteur³⁷¹, les frais dévolus à l'activité de l'administration de la faillite agissant comme commissaire devront continuer d'être assumés par le

³⁶⁴ LU, décision de la Commission de surveillance du 24 juille.1969, in: BISchK 1972 p. 118.

³⁶⁵ AMMONN/WALTHER, § 54 n° 26 ; VOLLMAR, n° 30 ad art. 295 LP ; JAEGER, SchKG Kommentar, n° 26 ad art. 295 LP; ATF 100 III 33 (consid. 2) = JdT 1975 II 45 (46) et les références ; ATF 105 III 20 (26) = JdT 1981 II 25(31) ; ATF 113 III 148 (152 s.) = JdT 1990 II 47 (50 s.).

³⁶⁶ Art. 68 al. 1 LP 1ère phrase.

³⁶⁷ Art. 68 al. 1 LP 1ème phrase.

³⁶⁸ GILLIÉRON, n° 40 ad art. 295 LP.

³⁶⁹ VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 34 ad art. 293 LP.

³⁷⁰ Art. 293 al. 2 LP.

³⁷¹ Art. 332 LP.

débiteur ayant requis sa propre faillite³⁷² ; il en ira de même si la faillite a été prononcée sans poursuite préalable³⁷³. Si le concordat est demandé en cours de faillite par un créancier, c'est ce dernier qui devra effectuer l'avance de frais. En définitive, l'identité du requérant est déterminante.

- 140 Les législateurs cantonaux sont compétents pour désigner au sein de leurs législations cantonales d'exécution de la LP la personne compétente pour exiger du débiteur ou du créancier requérant l'ouverture de la procédure concordataire le paiement d'avances. A défaut de prescriptions légales, ce sera à ce stade le plus souvent le juge qui, au moment de statuer sur l'octroi du sursis concordataire, requerra de la partie demandant l'ouverture de la procédure un versement d'avances. Cependant, l'autorité judiciaire peut également laisser le commissaire et le débiteur sursitaire libres de s'entendre directement entre eux à ce sujet³⁷⁴ ; cette dernière possibilité est critiquable à plus d'un titre et ne devrait pas être retenue. Il est souhaitable que le paiement des honoraires se fasse sous la supervision du juge, qui a nommé le commissaire et qui est en charge de sa surveillance. Une ordonnance du juge est une décision, en l'occurrence incidente, qui peut être attaquée. Un contrôle judiciaire pourrait donc être exercé au début de la procédure. Par ailleurs, le défaut de paiement du débiteur pourrait constituer un indice d'insolvabilité menant à la révocation du sursis³⁷⁵. La demande de versement d'une provision poursuit en ce sens un but de protection des créanciers en testant la solvabilité du débiteur et l'état de sa trésorerie. Le commissaire est en tout état de cause habilité à faire dépendre le commencement de son activité du versement d'avances³⁷⁶, mais il devra néanmoins procéder aux actes ne souffrant aucun retard et en particulier à l'inventaire.
- 141 Les offices sont en droit de différer toute opération dont les frais n'ont pas été avancés, mais doivent en aviser le créancier³⁷⁷. De manière similaire, l'autorité judiciaire et le commissaire ont l'obligation d'informer le débiteur ou le créancier requérant l'ouverture de la procédure concordataire de la conséquence du non-paiement des avances de frais, en application analogique de l'art. 68 al. 1 LP

³⁷² Art. 191 al. 1 LP.

³⁷³ Art. 192 LP.

³⁷⁴ ATF 100 III 33 (consid. 2) = JdT 1975 II 45 (46).

³⁷⁵ GILLIÉRON, n° 23 ad art. 295 LP.

³⁷⁶ BE, décision de l'autorité de surveillance du 27 avril 1967 in : BISchK 1969 I p. 21 ss. consid. 2 ; LU, décision de la chambre des poursuites et faillites du canton de Lucern du 24 juillet 1969 in : BISchK 1972 IV p. 118.

³⁷⁷ Art. 68 al. 1 LP dernière phrase.

dernière phrase. Cela signifie que l'autorité judiciaire est habilitée à faire dépendre l'octroi du sursis concordataire du paiement des avances et différer sa décision jusqu'à preuve du paiement. En l'absence de versement dans le délai imparti au créancier requérant, la demande d'octroi de sursis concordataire sera considérée comme ayant été retirée³⁷⁸. S'il s'avère que le débiteur n'a pas suffisamment de liquidités à disposition pour s'acquitter de l'avance, le commissaire doit être autorisé à cesser d'occuper, respectivement à ne pas commencer à travailler. Par analogie avec la procédure de faillite³⁷⁹, il faut admettre qu'un créancier puisse effectuer lui-même le versement de la provision. Notons que l'impossibilité pour le débiteur de verser la provision constitue sans aucun doute l'aveu d'un grave manque de trésorerie, qui devrait conduire le juge à révoquer le sursis³⁸⁰.

3. Au cours de la procédure

- 142 D'autres avances de frais peuvent être demandées par le commissaire en cours de procédure. Le plus souvent, autant pour des raisons pratiques que par souci de gain de temps, le commissaire s'adressera directement au débiteur sursitaire ou au créancier requérant. Le législateur cantonal demeure libre d'exiger que le commissaire communique au préalable à l'autorité concordataire toute demande d'avances payables par la partie requérante, afin d'autoriser un contrôle sur ses prétentions, bien que le montant des avances ne préjuge en rien du montant des honoraires du commissaire³⁸¹. Si l'autorité concordataire estime la demande du commissaire justifiée, elle exigera de la partie requérante le versement d'un montant déterminé d'avances auprès du commissaire et lui fixera un délai pour s'exécuter. Au contraire, si la demande d'avance est jugée exagérée ou inadéquate, le juge fera part de sa décision au commissaire qui sera néanmoins dans ce cas tenu de continuer son activité. La voie de recours à disposition du commissaire, envisageable pour contester la décision du juge, dépendra des lois cantonales d'application de la LP.

³⁷⁸ Directive de l'Obergericht et de l'autorité de surveillance du canton de Schaffhouse concernant la rémunération du commissaire dans la procédure concordataire SHR 281.104. GILLIÉRON estime avec raison qu'un inventaire conservatoire et investigatoire (art. 293 al. 3 LP) doit être effectué quand bien même l'avance de frais requises n'a pas été payée (Art. 295 N. 40, application par analogie de l'art. 35 al. 2 OAO). A notre avis, il faut même étendre ce principe à toute mesure conservatoire, par définition urgente.

³⁷⁹ Art. 230 al. 2 deuxième phrase LP.

³⁸⁰ Application analogique de l'art. 298 al. 3 LP.

³⁸¹ ATF 100 III 33 (consid. 2) = JdT 1975 II 45 (46).

- 143 En application analogique de l'art. 68 al. 1, troisième phrase LP, le commissaire est en droit de faire dépendre son activité future du versement des avances requises, et doit informer le débiteur de l'obligation de payer des avances et de la conséquence qu'entraîne le défaut de paiement³⁸². Si les demandes de versements d'avances demandées par le commissaire au débiteur sursitaire ne sont pas honorées par ce dernier, le commissaire est autorisé à suspendre son activité jusqu'à preuve du paiement ou éventuellement réception du montant dû afin d'être suffisamment couvert pour sa prétention d'honoraires postérieure, à l'exception d'éventuelles démarches nécessaires ne souffrant aucun retard³⁸³. Le commissaire qui résilierait son mandat alors que des démarches importantes doivent être entreprises pour sauvegarder les droits du débiteur ou des créanciers le ferait en temps inopportun et engagerait la responsabilité du canton, et la sienne dans le cadre d'une action récursoire³⁸⁴. Le commissaire qui souhaiterait suspendre³⁸⁵ son activité en attendant le paiement de l'avance devra avertir le juge du concordat de la situation et s'assurer que l'interruption de son occupation ne met pas en péril le bon avancement de la procédure et ne risque pas de léser le débiteur sursitaire (par exemple lorsque le commissaire doit donner son accord pour l'accomplissement de certains actes par le débiteur ou poursuit l'activité du débiteur) et/ou les droits des créanciers (absence ou défaut de surveillance du débiteur par le commissaire conduisant par exemple à la distraction par le débiteur d'une partie de son patrimoine).
- 144 Si le débiteur sursitaire persiste à ne pas s'acquitter du paiement des avances dues, soit volontairement, soit que sa situation patrimoniale ne l'y autorise plus, une révocation du sursis s'impose³⁸⁶, qui entraînera la possibilité pour un créancier de requérir dans les vingt jours suivant la publication de la révocation du sursis la faillite du débiteur³⁸⁷. Ceci vaut aussi si le commissaire au sursis est choisi au sein de

³⁸² ATF 105 III 20 (consd 4 c) = JdT 1981 II 25(31); LU, décision de la chambre des poursuites et faillites du canton du 24 juillet 1969 *in* : BISchK 1972 IV p. 118. Les décisions citées ne font toutefois pas références à l'art. 68 LP.

³⁸³ ATF 105 III 20 (consid. 4) = JdT 1981 II 25(31). L'arrêt parle de suspension jusqu'au versement d'avances. La preuve du versement est suffisante, et il ne serait pas justifié d'attendre la réception effective de la somme due pour reprendre le cours interrompu des activités.

³⁸⁴ Art. 404 al. 2 CO ; ATF 105 III 20 (consid. 4) = JdT 1981 II 25(31).

³⁸⁵ A notre avis, le commissaire choisi à l'intérieur de l'office peut aussi suspendre son activité. Cf CORADI, p. 87.

³⁸⁶ Art. 295 al. 5 LP.

³⁸⁷ Art. 295 al. 5 et 309 LP.

l'office³⁸⁸. La loi permet la révocation notamment lorsqu'il est manifeste qu'un concordat ne pourra pas être conclu³⁸⁹. Le débiteur sursitaire qui, volontairement et alors que l'on peut raisonnablement l'exiger de lui, renonce aux paiements d'avances de frais nécessaires à l'avancement de la procédure, démontre par là-même alternativement ou cumulativement son insolvabilité, son manque d'intérêt et d'investissement général aux fins d'obtention d'un accord avec ses créanciers, ce qui met en évidence l'existence d'un fort risque d'échec du concordat. Dans le cas d'un débiteur sursitaire qui ne peut plus faire face à ses obligations d'avance de frais en raison de graves difficultés financières, ici aussi les chances de parvenir à conclure un concordat sont manifestement faibles. Dans l'hypothèse où c'est un créancier qui a requis l'ouverture de la procédure concordataire qui ne s'acquitte pas du versement de la provision attendue de lui, l'art. 295 al. 5 LP devrait être applicable, avec la même conséquence que précédemment mentionnée, soit la faillite du débiteur si un créancier en fait la demande dans un délai de vingt jours dès la publication de la décision du juge. Le débiteur peut bien entendu échapper à cette sanction en s'acquittant lui-même du paiement de l'avance.

- 145 En application analogique de l'art. 230 al. 2, seconde phrase LP, le juge devrait offrir aux créanciers la possibilité de s'acquitter du paiement de la provision requise par le commissaire au sursis tant dans une procédure de concordat en cours de faillite que dans une procédure concordataire distincte. L'homologation d'un concordat, à tout le moins ordinaire, n'a pas que des conséquences positives pour le débiteur mais déploie des effets patrimoniaux positifs également à l'égard des créanciers. De même l'homologation d'un concordat par abandon d'actif avec reprenneur de l'entreprise, et des travailleurs, a-t-elle à l'évidence des conséquences positives assez larges. La législation fédérale ne contient pas expressément une obligation d'assainissement, mais l'introduction dans la LP révisée de la possibilité pour un créancier de demander l'ouverture d'une procédure concordataire à l'égard du débiteur poursuivi met en évidence l'existence d'une possibilité de procédure concordataire forcée³⁹⁰. Dans l'application des règles en matière de concordat, le but ultime vers lequel tous les efforts devraient tendre est l'homologation.

C. Critique du système actuel

³⁸⁸ CORADI, p. 87, est d'avis que le commissaire choisi au sein d'un office doit continuer à occuper, même en cas de défaut de paiement d'avance. Cette solution n'est pas équitable, car elle désavantage un débiteur concordataire dont le commissaire n'est pas fonctionnaire.

³⁸⁹ GILLIÉRON, n° 23 ad art. 295 LP.

³⁹⁰ Voir à ce sujet la notion de "discordat" évoquée par MARCHAND, FJS 24.

- 146 Les principes légaux et jurisprudentiels suisses en matière de rémunération du commissaire au sursis concordataire ne sont pas entièrement satisfaisants et mériteraient une amélioration.

1. Montant des honoraires du commissaire

- 147 Il est adéquat de déléguer au juge du concordat la compétence pour décider du montant des honoraires du commissaire au sursis. A la différence de l'autorité cantonale de surveillance, le juge du concordat est en relation étroite et régulière avec le commissaire, si bien qu'il est la seule personne à pouvoir véritablement évaluer la quantité et la qualité du travail du commissaire. En outre, de par sa connaissance du dossier, l'autorité judiciaire est à même de pouvoir mettre en rapport le travail du commissaire et la complexité du dossier et de juger si l'activité déployée l'est à juste titre. Toutefois, le tarif-horaire maximal défini par certaines juridictions cantonales, qui se situe largement en-deçà de la tarification en vigueur dans la catégorie de professionnels dont fait partie le commissaire, n'est pas satisfaisant. Le manque d'attractivité de la fonction risque d'aboutir à une pénurie de compétences, nuisible à l'institution du concordat.

2. Les provisions

- 148 La jurisprudence du Tribunal fédéral citée conduit le commissaire à devoir sans cesse exiger du débiteur le paiement de provisions afin de couvrir sa créance future en honoraires. Lorsque le débiteur est une entreprise de grande taille avec encore suffisamment de liquidités, ce principe ne pose pas de problème. En revanche, si le débiteur est une petite ou une moyenne entreprise dont la trésorerie est déjà déficiente, il pourrait bien s'avérer fatal.
- 149 Ne pas reconnaître au commissaire un privilège dans un concordat par abandon d'actif ou une faillite subséquente est susceptible de s'avérer néfaste à l'institution du concordat. Il conviendrait à tout le moins d'accorder expressément au commissaire ce privilège pour sa créance en honoraires dans un concordat par abandon d'actif ou une éventuelle faillite subséquente. Une tendance se dessine d'ailleurs dans la jurisprudence et la doctrine, qui tend à privilégier dans les procédures d'exécution forcée les créanciers qui le sont devenus en œuvrant à l'assainissement du débiteur³⁹¹.
- 150 Une autre solution consisterait à faire du paiement des honoraires du commissaire, ou de la garantie du paiement, une condition d'homologation du concordat au sens

³⁹¹ ATF 134 III 615. HARI, action révocatoire et prêt d'assainissement p. 372ss.

de l'art. 306 al. 2 ch. 2 LP. La question se pose de manière moins aigüe dans un concordat ordinaire : le débiteur continuera d'exister ensuite de l'homologation, et pourra être poursuivi par le commissaire pour des honoraires impayés.

Responsabilité du commissaire

Chapitre II

RESPONSABILITÉ DU COMMISSAIRE

Section I

Responsabilité civile

151 Le commissaire au sursis agit en tant qu'organe officiel de l'État et est assimilable, lorsqu'il est investi de sa fonction publique, à un employé ou fonctionnaire de l'État. L'article 5 al. 1 LP établit le principe d'une responsabilité primaire, causale et exclusive des cantons pour les actes illicites commis par le commissaire dans le cadre de son activité, tout en octroyant aux cantons la compétence de prévoir dans leurs dispositions d'exécution une action récursoire à l'encontre de l'auteur du dommage et de régler les conditions d'ouverture et la procédure concernant cette action. Le commissaire au sursis ne répond ainsi pas directement envers le lésé du dommage causé dans l'exécution des tâches découlant de la LP et du jugement le désignant aux charges de droit. Quelques législations cantonales d'application de la LP imposent au commissaire d'être au bénéfice d'une assurance responsabilité-civile suffisante pour prendre en charge l'indemnisation de la part du dommage qui lui est imputée³⁹².

A. Les conditions matérielles nécessaires à l'ouverture d'une action en responsabilité à l'encontre du canton

152 La responsabilité du canton se détermine en application des règles en matière de responsabilité délictuelle du droit des obligations³⁹³. Le demandeur à l'action, qui peut être tant le débiteur, que les créanciers ou un tiers³⁹⁴, doit établir qu'un acte illicite, résultant en principe directement³⁹⁵ d'une action ou d'une omission³⁹⁶, dans l'exercice de sa fonction, de l'une des personnes énumérées à l'art. 5 al. 1 LP, lui a causé un dommage en lien de cause à effet avec cet acte³⁹⁷. La responsabilité au sens de l'art. 5 LP est une responsabilité causale : il n'est pas nécessaire qu'une faute ait été commise par le commissaire³⁹⁸. La fixation du dommage, la

³⁹² Art. 19 EG SchKG ZG ; art. 4 EV SchKG SO ; art. 5 EG SchKG BL ; art. 10 VV SchKG GR ; art. 5 GE SchKG ; art. 25 EG SchKG AR.

³⁹³ TF, arrêt 5A.54/2008 du 30 avril 2008, consid. 4.1 et le renvoi à GASSER et DALLÈVES.

³⁹⁴ GASSER, BSK SchKG, n° 17 ad art. 5 LP.

³⁹⁵ GASSER, BSK SchKG, n° 16 ad art. 5 LP, qui mentionne qu'exceptionnellement le dommage indirect peut être suffisant à fonder la responsabilité de l'Etat (art. 45 al. 3 CO, 47 CO notamment).

³⁹⁶ GILLIÉRON, n° 37 ad art. 5 LP ; DALLÈVES, CR LP, ad art. 5 LP n° 6 et l'ATF 119 III 1 cité.

³⁹⁷ LEVANTE, KUKO-SchKG, n° 3 ss ad art. 5 LP.

³⁹⁸ LEVANTE, KUKO-SchKG, n° 7 ad art. 5 LP ; DALLÈVES, Co-Ro LP, n° 4 ad art. 5 LP.

détermination de l'indemnité, et la réduction des dommages-intérêts pour faute concomitante obéissent aux dispositions des articles 42 à 44 CO, même dans le cadre de la responsabilité de l'article 5 LP³⁹⁹. Notons que l'obligation de tout faire pour diminuer le dommage s'applique aussi aux cas de responsabilité fondés sur l'art. 5 LP⁴⁰⁰. L'action doit être introduite dans un délai d'un an commençant à courir du jour de la connaissance du dommage (délai de prescription), et en tous les cas dans un délai de cinq ans (délai de péremption)⁴⁰¹.

- 153 La notion d'acte illicite doit être comprise comme la violation d'un devoir de fonction, résultant de la violation de la législation fédérale en matière de poursuite pour dettes et faillites ou d'un abus du pouvoir d'appréciation⁴⁰². Peuvent notamment entrer en ligne de compte pour le commissaire une violation du devoir d'information et de communication⁴⁰³, une violation du devoir de surveillance⁴⁰⁴, la violation de l'un des devoirs prévus dans la partie générale de la LP – récusation, interdiction de contracter avec soi-même – ou encore la violation de l'obligation de garder le secret⁴⁰⁵. Il en va de même si le commissaire cause un dommage en outrepassant les limitations légales et/ou judiciaires de ses tâches.

B. Légitimation active

1. Pendant le sursis concordataire

- 154 En application analogique des règles prévalant en matière de dommage subi par les créanciers d'une société anonyme en faillite en raison de l'ouverture tardive par le juge d'une procédure de faillite⁴⁰⁶, la réponse sera différente selon que le lésé est un créancier en particulier ou le débiteur, et par ricochet l'ensemble de la communauté

³⁹⁹ ATF 133 III 556, consid. 5.1; ATF 117 II 547, consid. 3b; ATF 97 II 221, consid. 6; ATF 80 III 41, p. 53; TF, arrêt 5A.28/2004 du 21 janvier 2005, consid. 5.3.2. VS, jugement du juge-instructeur III du district de Sierre du 17 juin 1982 in: RVJ 1982 p. 244-250, consid. 7.

⁴⁰⁰ VS, Jugement du juge-instructeur III du district de Sierre du 17 juin 1982 in: RVJ 1982 p. 244-250, consid. 7.

⁴⁰¹ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 44 ad art. 295 LP.

⁴⁰² DALLÈVES, CR LP, n° 5 ad art. 5 LP.

⁴⁰³ Art. 296 et 302 LP.

⁴⁰⁴ Art. 295 al. 2 LP.

⁴⁰⁵ Art. 320 et 321 CP.

⁴⁰⁶ ATF 127 III 374, consid. 3d = JdT 2001 II 39.

des créanciers, à admettre que le patrimoine du débiteur a été diminué⁴⁰⁷. Dans le premier cas, il appartiendra uniquement au créancier lésé d'agir contre le canton. Dans le second, l'action devrait être réservée tout d'abord au débiteur, ou cédée en application analogique de l'art. 260 LP à la communauté des créanciers si le débiteur n'exerce pas son droit. Seul problème dans cette seconde hypothèse, il n'existe pendant le sursis aucun organe de la poursuite représentant la masse concordataire. Si le débiteur n'agit pas, la communauté des créanciers serait ainsi dans l'incapacité d'agir à ce stade de la procédure, faute d'existence propre.

155 Cette solution n'est pas satisfaisante, en particulier eu égard à la durée de la prescription d'un an. Pendant le sursis, les actes du commissaire sont attaquables par la voie de la plainte. Tout créancier ou tiers qui se prétend lésé ou atteint dans ses intérêts juridiquement protégés, qui dispose d'un intérêt propre et immédiat, est légitimé pour porter plainte⁴⁰⁸ : il en va ainsi du débiteur, de chaque créancier et des tiers. Bien souvent, l'objet de la plainte consistera en une requête en annulation d'une décision, ou critiquera une omission du commissaire. Il ne s'agira alors pas de faire valoir des prétentions financières, dont tous les autres créanciers pourraient tirer parti. Il n'existe pendant la phase de préparation du concordat qu'un seul « organe » représentatif des créanciers existant à ce stade – encore que cette définition ne fasse pas l'unanimité⁴⁰⁹ : il s'agit de l'assemblée des créanciers, convoquée par le commissaire pour prendre connaissance des explications relatives à son rapport et voter sur l'adoption ou le rejet du concordat⁴¹⁰. Il serait donc théoriquement possible de prévoir qu'un ou plusieurs créanciers demandent que soit mis à l'ordre du jour la question de l'ouverture d'une action en responsabilité contre le canton pour des actes commis par le commissaire. La communauté des intervenants présents pourrait aussi à ce stade décider d'autoriser un créancier à conduire lui-même le procès, par application analogique de l'art. 260 LP. Il conviendra donc que l'autorité judiciaire compétente juge recevable l'action d'un créancier, agissant en son nom mais pour le compte de la masse concordataire. En cas de succès, ce créancier devrait être récompensé, et pouvoir intégralement se rembourser ses frais et être prioritairement désintéressé sur le produit de la prétention.

156 Le sursis définitif est susceptible de durer vingt-quatre mois en tout, le sursis provisoire pouvant porter la totalité de la procédure préparatoire à vingt-six mois. Il

⁴⁰⁷ Il arrivera souvent que la lésion d'intérêts du débiteur touche par ricochet les intérêts des créanciers.

⁴⁰⁸ COMETTA, BSK SchKG, n° 36 ad art. 17 LP; GILLIÉRON, n° 144 ad art. 17 LP.

⁴⁰⁹ Voir infra, p. 244, § 435.

⁴¹⁰ Art. 302 LP.

existe un risque non négligeable que la prescription soit acquise au moment de la tenue de l'assemblée des créanciers⁴¹¹. Aussi, pendant le sursis, un créancier devrait être autorisé à agir seul pour faire valoir une prétention fondée sur un acte dommageable causé par le commissaire. Ce créancier pourrait suivant les circonstances également agir par la voie de la plainte, ou simplement interrompre la prescription à l'égard du canton par une réquisition de poursuite⁴¹².

- 157 L'ouverture d'une action en responsabilité contre le canton du fait d'agissements ou d'omissions dommageables du commissaire aura des répercussions sur la personne du commissaire ; il semble adéquat de préconiser dans ce cas que l'autorité de surveillance ouvre d'office une procédure disciplinaire, après un examen du dossier – permettant cas échéant de faire ressortir le caractère abusif, chicanier ou infondé de l'action – et l'audition de l'intéressé, le destitue et le remplace si nécessaire. Dans l'hypothèse où la destitution du commissaire surviendrait alors que les conditions à l'ouverture d'une action en responsabilité sont remplies mais qu'elle ne l'a pas été, l'on doit admettre que le nouveau commissaire est habilité à l'introduire, puisqu'à l'évidence il agira alors dans l'intérêt tant du débiteur que des créanciers. La question serait beaucoup plus simple si une commission des créanciers était instituée dès le début de la procédure, ce que prévoient les art. 294a et 295a du projet de révision de la LP. Les représentants des créanciers pourraient alors décider, selon une majorité à définir, d'ouvrir action ou non.
- 158 Il convient néanmoins de relativiser l'importance pratique de la question. Tout d'abord, et comme mentionné plus haut, les actes du commissaire peuvent être attaqués par la voie de la plainte. Cette voie de droit sera bien souvent suffisante pour annuler l'acte et éviter ses conséquences dommageables. Ensuite, il est probable que l'autorité judiciaire saisie rejette la demande d'indemnisation, faute de dommage. En effet, pendant le sursis, l'atteinte aux intérêts pécuniaires du débiteur par le commissaire n'aura pas encore d'effet sur les intérêts patrimoniaux des créanciers, qui ne constituent à ce stade qu'une expectative. Ce n'est que dans une phase ultérieure, en particulier après l'homologation d'un concordat par abandon d'actif, que le dommage se précisera.

2. Après l'homologation d'un concordat ordinaire

- 159 Il peut arriver qu'il n'apparaisse qu'à l'issue de la procédure concordataire qu'un dommage a été éprouvé par le débiteur du fait d'une action ou omission du commissaire. Le débiteur, en tant que lésé direct, a alors la légitimation pour ouvrir

⁴¹¹ Art. 6 LP.

⁴¹² Art. 135 CO.

action contre le canton. La situation est cependant différente s'agissant des créanciers, auxquels la légitimation active doit être niée. Même s'il est avéré que le patrimoine du débiteur a été diminué de ce fait, cela ne signifie pas encore que les créanciers l'ont été; en tous les cas, ne l'auraient-ils été que très indirectement, par ricochet. La preuve du dommage serait extrêmement difficile à apporter ici par les créanciers, qui devraient démontrer que le montant perdu, ou non gagné par le débiteur, et restitué dans le cadre de l'action pécuniaire introduite par le débiteur, aurait sans nul doute possible été consacré à leur désintéressement. La situation sera tout autre si un créancier a été lésé, individuellement; il pourra bien entendu agir contre le canton.

3. Après l'homologation d'un concordat par abandon d'actif

- 160 Lorsque le commissaire cause un dommage à l'ensemble des créanciers, en raison de la dépréciation d'un bien par exemple⁴¹³, il en répond envers tous les créanciers. Dans un concordat par abandon d'actif, la communauté des créanciers peut agir contre le canton afin d'obtenir le versement dans la masse d'un montant indemnisant le préjudice. Au cas où la communauté des créanciers renonce à faire valoir de telles prétentions en dommages-intérêts, des créanciers individuels peuvent se faire céder le droit de conduire le procès⁴¹⁴ et de faire valoir la prétention pour leur propre compte. Lorsque par omission ou par commission, le commissaire lèse un créancier en particulier, ce dernier est personnellement titulaire de la légitimation pour agir en dommages-intérêts⁴¹⁵. Dans un concordat par abandon d'actif, la prétention de ce créancier ne constitue pas un actif de la masse et ne peut être cédée.

C. L'action récursoire

- 161 Le canton dispose d'une action récursoire à l'encontre de l'auteur du dommage, en l'occurrence le commissaire⁴¹⁶. En principe, les modalités de l'ouverture d'une action récursoire par le canton contre le commissaire sont réglées par la législation cantonale d'application de la LP, qui renvoie souvent elle-même à d'autres lois

⁴¹³ ATF 106 II 320 = JdT 1982 II 115, consid. 4.

⁴¹⁴ Art. 260 LP.

⁴¹⁵ Tel est le cas d'un créancier au bénéfice d'une réserve de propriété qui revendique un bien ayant perdu de la valeur par la faute du commissaire (ATF 106 II 320 = JdT 1982 II 115, consid. 4, et les références aux ATF 43 III 284 = JdT 1918 II 16; ATF 44 III 106 (107) = JdT 1918 II 127 (128).

⁴¹⁶ Art. 5 al. 3 LP.

cantonaux⁴¹⁷. Lorsque plusieurs commissaires sont nommés, ils forment une société simple et répondront par conséquent solidairement du dommage causé⁴¹⁸. L'on notera que le commissaire ne peut être exonéré de sa responsabilité en application de l'art. 55 al. 1 CO⁴¹⁹. En ce sens, la responsabilité prévue par l'art. 5 LP constitue une responsabilité objective aggravée.

D. Casuistique et remarques conclusives

- 162 La jurisprudence relative à la reconnaissance par les tribunaux d'une responsabilité du canton pour des actes du commissaire est peu abondante. Un comportement contradictoire et le fait d'attendre trop longtemps pour faire valoir un droit, avec pour conséquence la dépréciation d'un actif, sont propres, à certaines conditions, à engager la responsabilité du commissaire⁴²⁰. Mais dans le cas tranché par le Tribunal fédéral, c'est en définitive le fait que le liquidateur, ancien commissaire, change de position entre le sursis et la procédure de liquidation qui fut déterminant. La responsabilité du commissaire est engagée dès lors qu'il omet, alors qu'il est en charge d'une surveillance qualifiée, de payer les cotisations sociales déduites du salaire des employés⁴²¹. De même, le refus de prendre en compte une production tardive est-il un motif d'ouverture d'une action en responsabilité⁴²².
- 163 Plus délicate est la question d'une éventuelle responsabilité pour des dettes de masse, autorisées à tort par le commissaire, et plus généralement de la commission par le débiteur d'actes interdits en raison de la négligence du commissaire dans l'accomplissement de sa mission de surveillance. Dans le premier cas, il convient de laisser au commissaire une certaine marge de manœuvre, sous peine de conduire à une frilosité et à une staticité de la procédure, potentiellement néfastes. L'autorisation ou non de contracter des dettes est appréciée en opportunité par le

⁴¹⁷ Art. 30^{bis} EG SchKG SG ; art. 13 EG SchKG SH; art. 5 EG SchKG BL; art. 4 EV SchKG SO; art. 18 EG SchKG ZG; Art. 5 EV SchKG NWart. 14 EG SchKG URart. 10 EG SchKG LU; art. 8 EG SchKG BE; art. 8 LILP JU; art. 7 LELP NE.

⁴¹⁸ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 17 ad art. 295 LP et la référence à VOLLMAR ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 45 ad art. 295 LP.

⁴¹⁹ ATF 80 III 41, consid. 3; KRAUSKOPF, p. 118; DALLÈVES, L'avocat commissaire au concordat, p. 4.

⁴²⁰ ATF 106 II 320 = JdT 1982 II 115, consid. 3.

⁴²¹ Art. 52 LAVS.

⁴²² VS, Jugement du juge-instructeur III du district de Sierre du 17 juin 1982, RVJ 1982 p. 244-250, consid. 7 ; ledit jugement a exonéré le canton de sa responsabilité, le débiteur n'ayant pas tout fait pour diminuer son dommage, en l'occurrence en portant plainte contre la décision du commissaire.

commissaire. Seules de grossières fautes de gestion devraient conduire à l'admission d'une responsabilité du canton, respectivement du commissaire si ledit canton décidait d'ouvrir une action récursoire à son encontre. L'on s'inspirera à cet effet de la jurisprudence développée en matière de responsabilité du conseil d'administration⁴²³. Dans le deuxième cas, la négligence du commissaire devra être clairement établie et s'avérer causale. La manière d'agir du débiteur devra faire l'objet d'un examen particulier, afin de déterminer si ses actes étaient prévisibles, respectivement auraient pu être évités.

- 164 Le commissaire ne répond pas directement de ses actes sur la base de l'art. 755 CO, auquel renvoyait d'ailleurs la loi sur les banques s'agissant de la responsabilité des mandataires de la FINMA, avant l'entrée en vigueur de la LFINMA. Cela ne signifie pas pour autant que le commissaire jouit d'une immunité : le canton, qui répond en première ligne, dispose d'une action récursoire à l'encontre du commissaire. Il est important de noter que l'art. 5 LP consacre une responsabilité causale, et que le commissaire ne peut être exonéré de sa responsabilité sur la base de l'art. 55 CO.

⁴²³ Art. 754 ss CO.

Section II

Responsabilité pénale

165 Le commissaire, en tant que personne physique, subsidiairement personne morale⁴²⁴, est susceptible d'engager indépendamment ou parallèlement à la responsabilité civile de l'État, sa propre responsabilité pénale. Seront principalement examinées ci-après⁴²⁵ les infractions spécialement réprimées en tant que crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes⁴²⁶, mais également quelques infractions contre l'administration de la justice⁴²⁷ et celles susceptibles d'être commises par des membres d'une autorité ou des fonctionnaires⁴²⁸.

A. Crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes

166 Le chapitre troisième, et dernier, du titre deux du Code pénal est consacré à la répression des crimes ou délits intervenant durant ou précédant une procédure de poursuite pour dettes, de faillite ou concordataire judiciaire. Bien que systématiquement situées dans la partie du Code pénal consacrée aux infractions contre le patrimoine, toutes les dispositions du chapitre troisième n'exigent pas la lésion concrète, ni même la mise en danger abstraite du patrimoine soumis à exécution forcée⁴²⁹. Ces dispositions n'ont pas en commun la protection des mêmes biens juridiques : certaines protègent les droits patrimoniaux des créanciers seulement, alors que d'autres englobent concurremment l'intérêt de l'Etat et des

⁴²⁴ Art. 102 CP.

⁴²⁵ L'accent sera principalement porté sur la nature du bien juridique protégé, sur l'auteur possible des infractions examinées, ainsi que sur les éléments constitutifs subjectifs, afin de vérifier abstraitement si une personne exerçant l'activité de commissaire au sursis peut, par certains agissements adoptés dans le cadre de sa fonction, léser ledit bien juridique protégé. L'examen ne portera pas sur l'intégralité des éléments constitutifs objectifs, le lecteur étant à ce sujet renvoyé à la doctrine pénale citée.

⁴²⁶ Art. 163 à 171^{bis} CP.

⁴²⁷ Art. 305^{ter} et 307 CP.

⁴²⁸ Art. 312, 313, 317, 320, 322^{quater}, 322^{sexies} CP.

⁴²⁹ STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, § 23 n° 3.

créanciers au bon déroulement des procédures d'exécution forcée et à une saine et bonne administration de la justice⁴³⁰.

- 167 Les art. 163 ch. 1, 164 ch. 1 et 167 CP partagent la même condition objective de punissabilité, à savoir la mise en faillite du débiteur ou l'homologation d'un concordat judiciaire. La question de savoir si seul un concordat par abandon d'actif est visé par l'art. 171 CP, à l'exclusion du concordat ordinaire, n'a pas été tranchée par la jurisprudence ; la doctrine semble plutôt favorable à une application de ces dispositions⁴³¹ indépendamment du type de concordat judiciaire homologué⁴³². Il n'est pas nécessaire que la procédure de faillite, ou concordataire, ait déjà été ouverte au moment de la commission des faits relevants⁴³³. Notons également que les dispositions pénales précitées ne s'appliquent pas forcément du fait de l'ouverture d'une action révocatoire, l'inverse étant également valable⁴³⁴.

1. Art. 163 et 164 CP

- 168 Les infractions prévues aux art. 163 et 164 CP se caractérisent toutes deux par une diminution de l'actif du débiteur destiné à désintéresser les créanciers, dans l'intention ou en acceptant l'éventualité de léser un ou plusieurs créanciers⁴³⁵. Il s'agit d'infractions de mise en danger, mais non d'infractions de résultat : la lésion effective des créanciers n'est pas requise⁴³⁶. Se rend coupable de diminution fictive du patrimoine au sens de l'art. 163 CP le débiteur qui « met en danger les intérêts de ses créanciers non pas en aliénant des biens sur lesquels ils ne pourront plus exercer directement leur mainmise, mais en les trompant sur la substance ou la

⁴³⁰ TF, arrêt 4A.275/2007 du 27 novembre 2007 et 5A.335/2007 du 13 décembre 2007 ; BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 1 et 7 *ad* art. 163 CP ; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, Strafrecht III, p. 290 ; CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Volume I, art. 163 n° 2 ; HERREN, p. 39.

⁴³¹ La doctrine est divisée. Cf MARCHAND, FJS 24, p. 37 ; COMETTA, Diritto esecutivo federale e sanzione penale, pp. 199 ss, et les références, auteurs plaidant en faveur d'une application à tout concordat homologué. Dans le même sens notamment, BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 1 *ad* art. 305 ; CORBOZ, Vol. I, n° 1 *ad* art. 171 ; TRECHSEL, n° 2 *ad* art. 171 CP, citant l'opinion divergente de REHBERG / SCHMID. L'on notera que la problématique de l'application de cette norme après homologation d'un concordat ordinaire rejoint celle de l'ouverture d'actions révocatoires après homologation d'un concordat ordinaire (cf. *infra* §§ 302 ss.).

⁴³² CORBOZ, Vol. I, n° 1 *ad* art. 171 CP, évoquant l'opinion divergente de REHBERG/SCHMID.

⁴³³ LANZ/RYSER, p. 41.

⁴³⁴ TF, arrêt 4A.275/2007 du 27 novembre 2007 et TF, arrêt 5A.335/2007 du 13 décembre 2007.

⁴³⁵ STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, § 23 n° 7 et 9 ; BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 32 *ad* art. 163 CP, n° 20 *ad* art. 164 ; CORBOZ, Vol. I, n° 38 *ad* art. 163 CP.

⁴³⁶ CORBOZ, Vol. I, n° 40 *ad* art. 163 CP, n° 6 *ad* art. 164 CP ; STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, § 23 n° 7.

valeur de son patrimoine, c'est-à-dire en créant l'apparence que ses biens sont moindres, ou ses dettes plus importantes, qu'ils ne sont en réalité »⁴³⁷. Peut être auteur de l'infraction celui qui dirige effectivement une société, tout créancier ou tiers⁴³⁸. L'art. 164 CP est très similaire à l'art. 163 CP, et n'en diffère qu'en ce que la diminution du patrimoine destiné à désintéresser les créanciers est cette fois effective⁴³⁹.

- 169 Le commissaire au sursis – qu'il convient de qualifier de tiers au sens du chiffre deuxième – qui prend part à l'une des infractions réprimée par les art. 163 ou 164 CP, peut être puni en qualité de co-auteur, notamment s'il a instigué le débiteur à adopter de tels comportement, et également – et plus vraisemblablement – pour complicité. Dès lors que le commissaire, dans le cadre de son mandat officiel, revêt à n'en pas douter la qualité de garant⁴⁴⁰, il faut admettre qu'il soit également puni en cas d'omission, c'est-à-dire s'il savait que le débiteur procédait de la sorte mais n'a rien fait pour l'en empêcher ou éviter le résultat. Le commissaire nommé en remplacement du débiteur dans la gestion de son entreprise conserve sa qualité de tiers et ne sera donc jamais puni en application du chiffre premier.
- 170 De par la loi, il incombe au commissaire d'effectuer l'inventaire des biens du débiteur⁴⁴¹. Tombe typiquement sous le coup de l'art. 163 CP le fait de ne pas inventorier certains biens, ou encore d'inventorier des dettes fictives. Le fait de procéder durant le sursis à des actes interdits, au sens de l'art. 298 al. 2 LP, ou plus généralement d'effectuer des actes de disposition à titre gratuit pendant le sursis, ou des actes concrets aboutissant à la dissimulation d'éléments du patrimoine, sont des actes réalisant l'infraction de diminution effective du patrimoine : le fait pour le commissaire de prêter activement son concours à de tels agissements, ou de s'abstenir de réagir, ou encore de ne pas surveiller le débiteur avec toute l'attention commandée par les circonstances, permettant la réalisation de l'infraction, est constitutif de diminution effective du patrimoine. Un simple consentement à l'un des actes relativement interdits tel qu'énumérés par l'art. 298 al. 2 LP donné par le commissaire constituerait un délit impossible, puisque seul le juge est habilité à consentir à l'un de ces actes.

⁴³⁷ TF, arrêt 6S.438/2005 du 28 février 2006, consid. 3.

⁴³⁸ CORBOZ, Vol. I, n° 12 s ad art. 163 CP ; STRATENWERTH/JENNY, Besonderer Teil I, § 23 n° 16.

⁴³⁹ STRATENWERTH/ JENNY, Besonderer Teil I, § 23 n° 19.

⁴⁴⁰ Art. 11 CP.

⁴⁴¹ Art. 299 LP.

2. Art. 167 CP

- 171 L'art. 167 CP protège le patrimoine de la communauté des créanciers ainsi que leur égalité de traitement dans une procédure d'exécution forcée⁴⁴². Il y a avantages⁴⁴³ accordés à certains créanciers lorsque le débiteur qui sait qu'il est insolvable, et lui seul⁴⁴⁴, veut ou accepte l'éventualité de favoriser certains créanciers au détriment des autres. Un résultat n'est pas exigé⁴⁴⁵. L'infraction doit être intentionnelle, l'auteur devant savoir qu'il est insolvable ; le dol éventuel ne suffit pas à cet égard. Le débiteur doit vouloir les conséquences de ses agissements, à tout le moins les envisager et les accepter⁴⁴⁶. Constituent des actes tombant sous le coup de l'art. 167 CP le fait de payer une dette non exigible, de procéder à un paiement de manière autre qu'en numéraire ou de garantir une dette sans que cela soit nécessaire⁴⁴⁷.
- 172 Le commissaire ne peut être que participant accessoire de l'octroi d'avantages à certains créanciers, même s'il remplace le débiteur dans la gestion de l'entreprise : la formulation de l'art. 167 CP, qui parle de « ses créanciers » ne laisse planer aucun doute. Le commissaire étant dans une position de garant, il doit pouvoir être puni également pour négligence. Pendant le sursis concordataire, l'autorisation donnée par le commissaire au remboursement par le débiteur de certaines dettes à des créanciers, qui n'auraient pas acquis cette qualité en raison d'obligations contractées pendant le sursis avec l'autorisation du commissaire ou qui ne seraient pas privilégiés, ou le même comportement, adopté par le commissaire en charge du remplacement du débiteur, ou encore l'inaction du commissaire dans les mêmes circonstances, constituent une infraction à l'art. 167 CP. Le débiteur a de par la loi l'interdiction de procéder aux actes décrits par l'art. 298 al. 2 LP, et notamment de constituer des sûretés, sans l'accord du juge. Le commissaire qui donnerait son accord à la constitution de sûretés perpètrerait un délit impossible, puisque seul le juge est habilité à consentir à la constitution de sûretés par le débiteur.

3. Art. 168 CP

- 173 L'art. 168 al. 1 réprime l'achat de voix. Il protège avant tout le bon déroulement des procédures de faillite et concordataire et ne protège que subsidiairement les

⁴⁴² BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 4 ad art. 167 CP.

⁴⁴³ Par « *inkongruente Deckung* » notamment. LANZ / RYSER, p. 42.

⁴⁴⁴ CORBOZ, Vol. I, n° 2 ad art. 167 ; STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, § 24 n° 16.

⁴⁴⁵ CORBOZ, Vol. I, n° 5 ad art. 167 ; BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 8 ad art. 167.

⁴⁴⁶ CORBOZ, Vol. I, n° 9 ad art. 167.

⁴⁴⁷ STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, § 24 n° 20ss. Cf également art. 285 ss LP.

intérêts des créanciers⁴⁴⁸. L'art. 168 CP punit un délit de mise en danger abstraite⁴⁴⁹. Nul besoin en effet d'une quelconque acceptation de l'avantage ou d'une lésion effective d'un ou plusieurs créanciers : la promesse suffit. Chronologiquement, l'avantage spécial doit être promis ou octroyé avant la décision à influencer⁴⁵⁰. L'infraction est intentionnelle⁴⁵¹. Le fait d'accorder ou promettre des avantages spéciaux à un créancier ou son représentant, en vue d'obtenir son consentement à un concordat judiciaire ou à son refus, est ainsi puni de l'emprisonnement ou de l'amende. L'art. 168 al. 3 punit spécialement le commissaire qui se sera fait accorder ou promettre des avantages spéciaux en vue de prendre une décision, que l'on imagine plus favorable pour le débiteur qu'elle ne l'aurait été autrement. La disposition précitée réprime un acte de corruption passive, à l'image de l'art. 322^{quater} CP⁴⁵².

- 174 Le commissaire ne devrait pouvoir être puni en qualité d'auteur, sur la base de l'alinéa premier que rarement, soit s'il instigue ou aide le débiteur concordataire à adopter le comportement réprimé. Ce sera plus probablement en application de l'alinéa troisième, qui réprime une forme spéciale de corruption passive, que le commissaire a le plus de risque d'être recherché. Si le commissaire est un fonctionnaire de l'office, il faut admettre l'application de l'art. 322^{quater} CP en tant que *lex specialis*⁴⁵³. La peine menace est alors plus lourde – peine privative de liberté de cinq ans au plus ou peine pécuniaire s'agissant de l'art. 322^{quater} CP, et peine privative de liberté de trois ans au plus ou peine pécuniaire en cas d'application de l'art. 168 CP.
- 175 L'achat de voix ne devrait pas systématiquement et automatiquement conduire à l'annulation du concordat judiciaire en application de l'art. 20 CO⁴⁵⁴. Une distinction claire doit être faite entre droit privé et droit pénal. Ce n'est pas parce qu'un comportement est pénalement relevant qu'il doit obligatoirement conduire à l'annulation de l'acte concerné. Par ailleurs, la sanction serait excessivement sévère pour la communauté des créanciers. Il devra simplement être procédé à un nouveau

⁴⁴⁸ STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, § 24 n° 32.

⁴⁴⁹ BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 10 ad art. 168 CP.

⁴⁵⁰ CORBOZ, Vol. I, n° 5 ad art. 168 CP.

⁴⁵¹ BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 13 ad art. 168; CORBOZ, Vol. II, n° 19 ad art. 168 CP.

⁴⁵² STRATENWERTH/JENNY, Besonderer Teil I, § 24 n° 45ss.

⁴⁵³ CORBOZ, Vol. I, n° 24 ad art. 168 CP ; STRATENWERTH/JENNY, Besonderer Teil I, § 24 n° 51 ; *contra*: TRECHSEL, n°10 ad art. 168 CP.

⁴⁵⁴ TF, arrêt 4A.275/2007 du 27 novembre 2007 et 5A.335/2007 du 13 décembre 2007. D'un autre avis: BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 2 ad art. 168 CP.

calcul, sur appel ou demande de révision d'un ou plusieurs créanciers, et le concordat ne devrait ainsi être annulé que s'il n'avait pas pu être adopté sans les voix obtenues illicitement.

4. Art. 169 CP

- 176 L'art. 169 punit le débiteur ou toute autre personne, qu'elle soit par exemple en possession de biens – actifs corporels ou incorporels, créances⁴⁵⁵ – du débiteur⁴⁵⁶, qui commet un acte d'insoumission à une décision de mise sous main de justice⁴⁵⁷. La violation d'une simple incapacité de disposer ne suffit pas à conduire à la condamnation pénale de l'auteur de l'acte du chef de détournement de valeurs patrimoniales : les biens doivent avoir été inventoriés⁴⁵⁸. Tant que les biens ne sont pas inventoriés, le débiteur ou un tiers peut être recherché sur la base de l'art. 164 CP⁴⁵⁹. L'infraction est punie si elle est commise intentionnellement, ou par dol éventuel ; elle ne constitue pas une infraction de résultat, une simple mise en danger suffisant⁴⁶⁰.
- 177 Au stade du sursis, le débiteur n'est pas dessaisi *ex lege*, comme il le serait dans une faillite⁴⁶¹. Seul son pouvoir de disposition est limité, comme le serait celui d'un interdit capable de discernement, par l'art. 298 al. 2 LP, afin de protéger le substrat à disposition des créanciers. Le juge a la possibilité de prononcer le dessaisissement total du débiteur qui effectuerait pendant le sursis des actes relativement interdits⁴⁶². Les biens du débiteur doivent toutefois être inventoriés par le commissaire⁴⁶³. En conclusion, l'on se trouve en phase de sursis face à un dessaisissement relatif du débiteur, limité s'agissant de l'infraction présentement analysée, à l'actif immobilisé, l'ensemble des actifs devant par ailleurs être inventoriés mais restant en principe à la libre disposition du débiteur. Ce dernier constat, ainsi que le but du sursis, soit la protection des intérêts des créanciers et le

⁴⁵⁵ STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, § 23 n° 35 ; BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 11 ad art. 169.

⁴⁵⁶ BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 10 ad art. 169 ; STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, § 23 n° 33 s.

⁴⁵⁷ CORBOZ, Vol. I, n° 9 s. ad art. 169 CP.

⁴⁵⁸ CORBOZ, Vol. I, n° 3 ad art. 169, et la référence à SCHUBARTH/ALBRECHT, n°19 ad art. 169 CP ; STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, § 23 n° 38.

⁴⁵⁹ STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, *loc. cit.*

⁴⁶⁰ CORBOZ, Vol. I, n° 20 ss ad art. 169 CP et la référence à l'ATF précité ; BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 24 ad art. 169 CP.

⁴⁶¹ Art. 204 LP.

⁴⁶² Art. 298 al. 3, première phrase, LP.

⁴⁶³ Art. 299 LP.

maintien du substrat d'actifs devant servir au désintéressement des créanciers, plaident pour une application limitée de l'art. 169 CP également pendant le sursis concordataire, aux seuls biens inventoriés faisant l'objet d'une interdiction d'aliénation en application de l'art. 298 al. 2 LP⁴⁶⁴.

- 178 Seul un comportement actif permet en principe l'application de l'art. 169 CP au débiteur. En revanche, s'agissant du commissaire, qui a manifestement une obligation légale de veiller à la conservation du patrimoine social et qui revêt dès lors la qualité de garant, cette disposition peut être appliquée sans qu'un comportement actif ait été adopté, une omission suffisant⁴⁶⁵. Le commissaire ne pourra être co-auteur – en qualité d'instigateur – ou participant de l'infraction susmentionnée, et ce même s'il remplace le débiteur dans la gestion de l'entreprise. En effet, pour le commissaire, le but recherché, soit la nuisance à ses propres créanciers, ne sera jamais réalisée. Le commissaire qui aiderait le débiteur à aliéner, à vil prix ou gratuitement, des biens tombant dans le champ d'application de l'art. 298 al. 2 LP pourrait donc être puni sur la base de l'art. 169 CP. Le commissaire qui se limiterait à donner un consentement à l'aliénation, à vil prix ou gratuitement, de biens inventoriés tombant dans le champ d'application de l'art. 298 al. 2 LP commettrait un délit impossible, puisque seul le juge a le pouvoir d'autoriser de tels actes.

5. Art. 170 CP

- 179 L'art. 170 CP réprime un délit de mise en danger abstraite de l'administration de la justice au cours de la procédure de concordat⁴⁶⁶ et de l'intérêt de la communauté des créanciers⁴⁶⁷. Peut être auteur de l'infraction le débiteur et tout tiers agissant au profit du débiteur⁴⁶⁸. Est érigé en infraction le fait pour le débiteur – ou un tiers – d'induire en erreur les créanciers, le commissaire ou le juge du concordat, sur sa véritable situation financière⁴⁶⁹ – respectivement celle du débiteur en sursis – dans le but d'obtenir frauduleusement un sursis concordataire ou l'homologation d'un

⁴⁶⁴ BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 22 ad art. 169 CP, qui semble toutefois considérer que l'ensemble des actifs du débiteur sont visés.

⁴⁶⁵ Art. 11 CP.

⁴⁶⁶ ATF 84 IV 158 ; STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, § 24 n° 52 ; BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 5 ad art. 170 CP.

⁴⁶⁷ CORBOZ, Vol. I, n° 1 ad art. 170 CP ; BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 5 ad art. 170 CP.

⁴⁶⁸ CORBOZ, Vol. I, n° 2 ad art. 170 CP ; STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, § 24 n° 53 et 57 ; BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 6 s ad art. 170 CP.

⁴⁶⁹ CORBOZ, Vol. I, n° 2 ad art. 170 CP.

concordat, grâce à une tromperie intentionnelle⁴⁷⁰. Peu importe que la situation soit présentée sous un angle plus favorable qu'elle n'est, afin d'obtenir plus aisément un sursis concordataire, ou moins favorable, pour obtenir davantage de concessions des créanciers⁴⁷¹. Même si, systématiquement, l'art. 170 CP se trouve dans le titre deuxième du code pénal, qui réprime les infractions contre le patrimoine, l'atteinte effective au patrimoine des créanciers, ni même l'intention de leur nuire, ne constituent des éléments constitutifs objectifs⁴⁷². Peut notamment consister en une tromperie le fait de fournir une fausse comptabilité ou un faux bilan à l'appui de sa requête de sursis⁴⁷³. Dans ce cas, le débiteur pourra non seulement être recherché sur la base de l'art.170 CP mais également pour faux dans les titres⁴⁷⁴.

- 180 Dans le cadre de cette infraction, le commissaire est plutôt considéré comme une victime potentielle que comme un auteur hypothétique de l'infraction. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que le commissaire soit co-auteur ou participant d'une obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire, aux côtés du débiteur⁴⁷⁵, en particulier en effectuant un inventaire volontairement incomplet et en procédant à une estimation fantaisiste des actifs du débiteur, en se référant à un bilan ou des éléments de la comptabilité qu'il sait inexacts dans son rapport, ou encore plus généralement en biaisant volontairement la réalité dans son rapport destiné au juge du concordat.

B. Art. 307 CP

- 181 L'administration de la justice dans la recherche de la vérité est protégée par l'art. 307 CP⁴⁷⁶. Peut seul être auteur de l'infraction de faux rapport en justice une personne physique⁴⁷⁷, notamment le témoin, ou l'expert nommé par le juge, qui est, « *als unabhängiger Gehilfe des Richters zur Unparteilichkeit verpflichtet* »⁴⁷⁸ et qui

⁴⁷⁰ Selon BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 13 ad art. 170 CP, le fait d'envisager l'éventualité que la tromperie peut avoir pour conséquence l'obtention du sursis ou du concordat suffit.

⁴⁷¹ STRATENWERTH/JENNY, Besonderer Teil I, § 24 n° 54 ; BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 10 ad art. 170 CP et les références citées.

⁴⁷² ATF 84 IV 158, consid. 3.

⁴⁷³ BRUNNER, BSK Strafrecht II, n° 11 ad art. 170 CP.

⁴⁷⁴ Art. 251 CP ; ATF 114 IV 33 = JdT 1988 IV 143 ; STRATENWERTH / JENNY, Besonderer Teil I, § 24 n° 61 qui indique que l'art. 251 CP devrait toutefois céder le pas sur l'art. 251 CP.

⁴⁷⁵ COMETTA, p. 140 s. et la référence à SCHUBARTH/ALBRECHT, n° 2 ad art. 170 CP ; REHBERG / SCHMID / DONATSCH, p. 315 ; DALLÈVES, L'avocat commissaire au concordat, p. 5.

⁴⁷⁶ DELNON / RÜDY, BSK Strafrecht II, n° 5 ad art. 307 CP ; CORBOZ, Vol. 2, n° 2 ad art. 307 CP.

⁴⁷⁷ DELNON / RÜDY, BSK Strafrecht II, n° 6 ad art. 307 CP.

⁴⁷⁸ DELNON / RÜDY, BSK Strafrecht II, n° 13 ad art. 307 CP.

aura transmis une information fautive sur les faits de la cause⁴⁷⁹. L'infraction doit être intentionnelle, l'éventualité de son résultat ayant à tout le moins été envisagée⁴⁸⁰.

- 182 La question de savoir si le commissaire au sursis peut être considéré comme un témoin ou un expert se pose tout particulièrement en rapport avec l'obligation qui lui est faite de rendre un rapport final⁴⁸¹, dans lequel le commissaire recommande l'homologation ou non du concordat proposé par le débiteur. Constitue un témoin la « personne physique, distincte des parties, qui, devant une autorité compétente et selon une procédure réglementée, rapporte ce qu'elle a personnellement vécu ou observé, en ayant le devoir de dire la vérité »⁴⁸². Est un expert celui qui a été désigné par une autorité judiciaire pour constater un fait ou l'apprécier à la lumière de sa science afin que le juge puisse en tirer des conclusions juridiques⁴⁸³. Le commissaire, en tant qu'organe atypique de l'exécution forcée, ne saurait être considéré comme simple témoin. En revanche, le commissaire devrait pouvoir être qualifié d'expert : nommé par le juge du concordat, neutre et impartial, il a notamment pour mission d'investiguer et de renseigner l'autorité judiciaire qui l'a nommé sur la situation patrimoniale du débiteur et sur l'acceptation du concordat par les créanciers, ainsi que sur le réalisme de l'offre effectuée par le débiteur. Conséquemment, en omettant volontairement de communiquer au juge des éléments susceptibles de conduire au refus d'homologation du concordat par le juge, ou en produisant des informations fausses, notamment s'agissant des majorités, le commissaire se rend coupable de faux rapport en justice. Dès lors que les biens juridiques protégés par l'art. 170 CP d'une part et l'art. 307 CP d'autre part ne sont pas identiques, ces deux dispositions doivent pouvoir être appliquées en concours.

C. Infractions contre les devoirs de fonction et professionnels (art. 312 ss CP)

- 183 Les art. 312 ss CP répriment pour la plupart des actes, commis par des fonctionnaires ou des membres d'une autorité, dans l'exercice de leur fonction. Il s'agit en particulier des articles 312 CP (abus d'autorité), 313 CP (concussion), 317 CP (faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques), 320 CP (violation du secret de fonction), 322^{quater} CP (corruption passive) et 322^{sexies} CP (acceptation d'un avantage).

⁴⁷⁹ CORBOZ, Vol. II, n° 30 ad art. 307 CP.

⁴⁸⁰ DELNON / RÜDY, BSK Strafrecht II, n° 29 ad art. 307 CP.

⁴⁸¹ Art. 304 LP.

⁴⁸² CORBOZ, Vol. II, n° 6.

⁴⁸³ CORBOZ, Vol. II, n° 21 ; DELNON / RÜDY, BSK Strafrecht II, n° 11 ss ad art. 307 CP.

1. Les notions de membre d'une autorité et de fonctionnaire en droit pénal

1.1. Caractéristique commune

184 Les fonctionnaires et membres d'une autorité ont ceci en commun que, indépendamment d'un quelconque rapport de droit public avec l'État, ils exercent une fonction publique⁴⁸⁴, « [eine] öffentlich-rechtliche Funktion »⁴⁸⁵. La nature juridique des rapports de travail ou du mode de désignation n'a aucune influence sur la qualification de fonctionnaire ou membre d'une autorité d'un individu⁴⁸⁶. C'est bien plutôt la fonction de la personne concernée qui déterminera si elle peut être placée dans l'une des deux catégories précitées.

1.2. La notion d'autorité et de membre d'une autorité

185 Le Code pénal ne donne pas de définition de l'autorité et du membre de ladite autorité. Est membre d'une autorité celui qui, en tant que non subordonné, exerce, individuellement ou au sein d'un collègue, l'un des trois pouvoirs de l'État⁴⁸⁷. La notion doit être entendue dans un sens large⁴⁸⁸. En fonction de ce qui précède, peuvent être considérées comme des autorités tous les organes de l'État, qui représentent, en toute indépendance⁴⁸⁹ l'État et l'administration étatique envers l'extérieur⁴⁹⁰.

1.3. La notion de fonctionnaire

186 Par fonctionnaires au sens de l'art. 110 ch. 3 CP on entend « les fonctionnaires et les employés de l'administration publique et de la justice ainsi que les personnes qui occupent une fonction publique à titre provisoire, ou qui sont employés à titre provisoire par une administration publique ou la justice ou encore qui exercent une fonction publique temporaire »⁴⁹¹. L'art. 110 ch. 3 CP doit être entendu dans un sens

⁴⁸⁴ ECKERT, BSK Strafrecht I, n° 7 ad art. 110 ch. 3 CP et la référence à TRECHSEL.

⁴⁸⁵ HEIMGARTNER, BSK Strafrecht II, n° 7 ad Vor 285 CP.

⁴⁸⁶ ECKERT, BSK Strafrecht I, n° 7 ad art. 110 ch.3 ; STRATENWERTH / BOMMER, Besonderer Teil II, § 57 n° 5.

⁴⁸⁷ CORBOZ, Vol. II, n° 1 ad art. 312 CP.

⁴⁸⁸ ATF 114 IV 34, consid. 2 a.

⁴⁸⁹ SRATENWERTH, Besonderer Teil II, § 50 n° 3; HEIMGARTNER, BSK Strafrecht II, n° 7 ad Vor art. 285 CP; NIGGLI, BSK Strafrecht I, n° 9 ad art. 314 CP.

⁴⁹⁰ ECKERT, BSK Strafrecht I, n° 10 ad art. 110 ch. 3 CP.

⁴⁹¹ CORBOZ, Vol. II, n° 3 ad art. 286 CP.

large: « Selon la jurisprudence, est encore fonctionnaire au sens de cette disposition celui qui exerce une fonction publique dans l'intérêt de la communauté, même s'il ne se trouve pas dans un rapport de service avec le pouvoir public. D'autre part, celui qui ne se trouve pas avec le pouvoir public dans un rapport de dépendance n'est pas un fonctionnaire, même s'il exerce une fonction à titre provisoire (...). Ce qui est déterminant c'est donc que l'activité en cause est exercée dans l'intérêt de la communauté (...). »⁴⁹². En d'autres termes, le fonctionnaire exerce une mission de droit public, occupant une fonction officielle, dans un rapport de dépendance⁴⁹³ avec l'État. Est ainsi considéré comme fonctionnaire au sens du droit pénal l'employé d'un office des poursuites et faillites⁴⁹⁴. La qualité de fonctionnaire d'un administrateur spécial d'une faillite a été évoquée par la jurisprudence, qui n'a toutefois pas tranché la question⁴⁹⁵.

1.4. Application des principes au commissaire

- 187 Il est indispensable de placer le commissaire dans l'une ou l'autre des catégories. Car même si le Code pénal donne en principe simultanément pour auteur tant le fonctionnaire que le membre d'une autorité⁴⁹⁶, ceci n'est pas toujours le cas, en particulier s'agissant de la concussion et de la commission de faux dans les titres dans l'exercice de fonctions publiques, infractions qui ne peuvent être commises que par un fonctionnaire.
- 188 Il a été précisé que le commissaire est un organe atypique de l'exécution forcée, qui n'est ni fonctionnaire, ni délégataire. Le commissaire exerce sa fonction indépendamment, et en toute neutralité, dans le cadre de la mission qui lui a été impartie par le juge du concordat. Il dispose d'un pouvoir décisionnel, assez large, limité par la loi d'une part et par le dispositif du jugement d'autre part. Il est soumis à la surveillance de l'autorité de surveillance en matière de LP obligatoirement instituée par tous les cantons et peut être sanctionné disciplinairement pour des manquements commis dans l'exercice de sa fonction. Eu égard à son pouvoir décisionnel assez large, et à son indépendance, il faut partir du principe que le commissaire peut être qualifié d'autorité⁴⁹⁷, voire, aux côtés du juge, de membre de

⁴⁹² ATF 121 IV 216, consid. 3 a = JdT 1997 IV 70 ss.

⁴⁹³ STRATENWERTH, Besonderer Teil II, § 50 n° 3.

⁴⁹⁴ NIGGLI / RIEDO, BSK Strafrecht II, n° 154 ad art. 138 CP.

⁴⁹⁵ *Contra* ECKERT, BSK Strafrecht I, n° 14 ad art. 110 III et la référence à l'ATF 101 II 43, consid. 5 (*recte* : 101 III 50), ainsi que les références citées. = JdT 1976 II 11 ss (19).

⁴⁹⁶ ECKERT, n° 8 ad art. 101 ch. 3 CP.

⁴⁹⁷ ATF 70 IV 279; DALLÈVES, L'avocat commissaire au concordat, p. 5.

l'autorité du concordat, et qu'il ne pourra être auteur de délits propres purs pouvant seulement être perpétrés par des fonctionnaires que s'il est simultanément préposé, substitut ou employé d'un office des poursuites et faillites.

2. Art. 312 CP

- 189 L'art. 312 CP protège d'une part l'État dans son intérêt au bon fonctionnement de son administration, et d'autre part le citoyen, contre un mauvais exercice de la puissance publique et dans sa confiance en l'administration⁴⁹⁸. Se rend coupable d'abus d'autorité le membre d'une autorité ou le fonctionnaire qui, dans l'exercice d'une parcelle de la puissance publique qu'il détient en vertu de sa charge, « abuse des moyens coercitifs inhérents à sa charge »⁴⁹⁹, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, ou de nuire à autrui. Pour que l'infraction soit consommée, il faut que l'auteur ait agi délibérément, ou ait au minimum accepté l'éventualité d'abuser de son pouvoir⁵⁰⁰.
- 190 Le commissaire exerce indéniablement une parcelle de la puissance publique. Il dispose d'un pouvoir décisionnel propre, notamment lorsqu'il est appelé à autoriser ou non certains actes de disposition du débiteur dont il surveille l'activité. La plupart de ses décisions sont d'ailleurs attaquables par la voie de la plainte. En tant que membre d'une autorité, ou fonctionnaire d'un Office des faillites, il pourra donc se rendre coupable d'abus d'autorité.

3. Art. 313 CP

- 191 Les biens juridiques protégés par l'art. 313 CP sont d'une part l'intérêt de l'État à ce que ses agents agissent avec conscience professionnelle, et d'autre part la confiance du citoyen en l'intégrité des agents de l'État et la protection du patrimoine de l'administré⁵⁰¹. Peut uniquement se rendre coupable de concussion le fonctionnaire, à l'exclusion d'une autorité ou membre d'une autorité⁵⁰² qui, intentionnellement, ou par dol éventuel⁵⁰³, perçoit au nom de la collectivité une somme qui n'est pas ou plus due, en tout ou en partie, dans un dessein d'enrichissement⁵⁰⁴. Dès lors que

⁴⁹⁸ HEIMGARTNER, BSK Strafrecht II, n° 4 ad art. 312 CP.

⁴⁹⁹ CORBOZ, Vol. II, n° 5 ad art. 312 CP.

⁵⁰⁰ HEIMGARTNER, BSK Strafrecht II, n° 21 ad art. 312 CP; CORBOZ, Vol. II, n° 9 ad art. 312 CP.

⁵⁰¹ HEIMGARTNER, BSK Strafrecht II, n° 2 ad Art. 313 CP.

⁵⁰² STRATENWERTH/BOMMER, Besonderer Teil II, § 57 n° 18.

⁵⁰³ HEIMGARTNER, BSK Strafrecht II, n° 10 ad art. 314 CP.

⁵⁰⁴ CORBOZ, Vol. II, n° 5 ad art. 313 ; HEIMGARTNER, BSK Strafrecht II, n° 8 ad Art. 313 CP.

seul peut se rendre coupable de concussion un fonctionnaire, seul le commissaire membre d'un office pourra être poursuivi de ce chef.

4. Art. 317 CP

- 192 L'art. 317 CP protège la fiabilité des titres, vise à assurer une certaine sécurité dans les rapports juridiques grâce aux titres pris en tant que moyens de preuve, et vise à asseoir la confiance du justiciable dans les titres. Plus généralement, il protège l'intérêt de l'État à ce que ses fonctionnaires agissent en toute intégrité et avec conscience professionnelle, et la foi de l'administré en la fiabilité de ses employés⁵⁰⁵. L'art. 317 CP punit le fonctionnaire ou officier public – mais pas le membre d'une autorité⁵⁰⁶ – qui aura, intentionnellement ou par négligence⁵⁰⁷, créé un titre faux, falsifié un titre, abusé d'un blanc-seing ou créé un faux intellectuel⁵⁰⁸. Constitue un titre l'écrit, le signe ou la donnée mémorisée destinée et apte à prouver un fait ayant une portée juridique⁵⁰⁹. La valeur probante du document concerné peut découler de la loi, ou d'un ensemble de caractéristiques (auteur, but, circonstances), au regard desquelles il s'avérera que le document a une valeur probante pour son destinataire vigilant, ou au contraire, est un document sujet à vérification ou discussion⁵¹⁰. La comptabilité ou des éléments de la comptabilité sont traditionnellement qualifiés de titres⁵¹¹. Le rapport du commissaire ne constitue en revanche pas un titre.
- 193 Seul le commissaire désigné au sein d'un office des faillites et donc revêtant la qualité de fonctionnaire, peut être puni sur la base de l'art. 317 CP. Il le sera vraisemblablement pour complicité, par exemple en attestant dans son rapport de l'exactitude d'un bilan qu'il sait faux⁵¹². Les biens juridiques protégés par l'art. 317 CP d'une part et 170 CP d'autre part n'étant pas les mêmes, les deux dispositions pourront s'appliquer en concours.

⁵⁰⁵ BOOG, BSK Strafrecht II, n° 1 ad art. 317 CP.

⁵⁰⁶ STRATENWERTH / BOMMER, Besonderer Teil II, § 58 n° 5.

⁵⁰⁷ BOOG, BSK Strafrecht II, n° 10 ad art. 317 CP; CORBOZ, Vol. II, n° 11 ad art. 317 CP.

⁵⁰⁸ CORBOZ, Vol. II, n° 7 ad art. 317; BOOG, BSK Strafrecht II, n° 4 s ad art. 317 CP.

⁵⁰⁹ CORBOZ, Vol. II, n° 15 ss ad art. 251 CP.

⁵¹⁰ CORBOZ, Vol. II, n° 32 ad art. 251 CP.

⁵¹¹ CORBOZ, Vol. II, n° 37 ss ad art. 251 CP.

⁵¹² Un bilan produit dans une procédure concordataire est un titre (ATF 114 IV 32).

5. Art. 322^{quater} CP / Art. 322^{sexies} CP

- 194 Les art. 322^{quater} CP et 322^{sexies} CP visent à garantir au justiciable l'objectivité et l'impartialité de l'activité étatique⁵¹³, et protègent la confiance inspirée par l'État de droit⁵¹⁴. L'art. 322^{quater} CP réprime une forme de corruption passive⁵¹⁵, soit le fait, pour un agent public (membre d'une autorité judiciaire ou autre, fonctionnaire, expert), de solliciter, se faire promettre ou accepter un avantage auquel il n'a pas droit, pour lui-même ou pour un tiers, dans le but d'effectuer un acte qu'il ne devrait pas faire, ou de s'en abstenir alors qu'il devrait l'exécuter, ou de faire un usage déterminé de son pouvoir d'appréciation, en violant les devoirs de sa charge⁵¹⁶. L'infraction est intentionnelle⁵¹⁷ et n'implique pas un résultat : il faut et il suffit que l'agent sollicite un avantage ou l'accepte, également par actes concluants⁵¹⁸, et promette de s'exécuter de la manière convenue⁵¹⁹. L'art. 322^{sexies} CP ne se différencie de l'art. 322^{quater} CP qu'en ce que l'agent public cherche à obtenir un avantage indu pour exercer son activité normale, « son travail »⁵²⁰.
- 195 Il a déjà été précisé que le commissaire au sursis peut être qualifié de membre d'une autorité. Par conséquent, les art. 322^{quater} CP et 322^{sexies} CP seront applicables à un commissaire au sursis qui exige un paiement de la part du débiteur pour prendre une décision, par exemple autoriser un acte du débiteur qui serait contraire à la protection de l'intérêt des créanciers et du substrat destiné à leur désintéressement (art. 322^{quater} CP) ou simplement pour l'autoriser alors qu'il est licite (art. 322^{sexies}), ou qui monnaie son silence dans l'hypothèse où le débiteur a contrevenu aux prescriptions de l'art. 298 al. 2 LP et qui risque ainsi la révocation du sursis. Dans ce dernier cas, la frontière avec l'art. 312 CP (abus d'autorité) est extrêmement ténue.

⁵¹³ PIETH, BSK Strafrecht II, n° 11 ad art. 322^{ter} CP.

⁵¹⁴ PIETH, BSK Strafrecht II, n° 14 ad art. 322^{ter} CP.

⁵¹⁵ Stratenwerth/Bommer, § 60 n° 19.

⁵¹⁶ CORBOZ, Vol. II, n° 8 ad art. 322^{quater} CP.

⁵¹⁷ CORBOZ, Vol. II, n° 9 ad art. 322^{quater} CP.

⁵¹⁸ PIETH, BSK Strafrecht II, n° 5 ad art. 322^{quater} CP.

⁵¹⁹ CORBOZ, Vol. II, n° 8 s ad art. 322^{quater} CP.

⁵²⁰ CORBOZ, Vol. II, n° 7 ad art. 322^{sexies} CP.

Responsabilité du commissaire

PARTIE III

ACTIVITÉS DU COMMISSAIRE AU SURSIS

Chapitre I

DÉBUT ET FIN DE L'ACTIVITÉ

Section I

Désignation du commissaire

A. Autorité compétente

196 En application de l'art. 295 al. 1 LP, le juge du concordat⁵²¹ saisi d'une requête de sursis et qui décide de lui donner une suite favorable désignera obligatoirement⁵²² un ou plusieurs commissaires au sursis. Jusqu'en 1997, la loi employait le singulier pour désigner le commissaire. La révision introduite en 1997 a supprimé cette précision et codifié la jurisprudence cantonale en précisant qu'un ou plusieurs commissaires peuvent être nommés⁵²³. Rien ne s'oppose à ce que le débiteur ou le pseudo-créancier requérant l'ouverture d'une procédure concordataire proposent⁵²⁴ une ou plusieurs personnes au juge du concordat afin qu'il la ou les désigne commissaire(s), sans que le juge soit lié par ces propositions et que de cette absence de prise en considération découle un droit de recours⁵²⁵. Le juge ne devrait cependant s'écarter de la proposition que pour des motifs justifiés, en particulier s'il lui apparaît que le commissaire n'aura pas l'impartialité ou les compétences requises. Par analogie avec l'art. 174 al. 4 LP, dont il faut déduire que le jugement de faillite est immédiatement exécutoire et que le recours n'a pas d'effet suspensif, il faut admettre que la décision d'octroi du sursis est également immédiatement exécutoire, eu égard à l'un de ses buts, soit la protection et l'égalité de traitement

⁵²¹ Le juge du concordat est désigné par chaque canton (art. 23 LP). Il est ici renvoyé aux dispositions cantonales d'exécution de la LP désignant l'autorité judiciaire compétente.

⁵²² JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 23 ad art. 294 LP.

⁵²³ LU, décision de la chambre des poursuites et faillites du 23 décembre 1970 in : BISchK 1972 VI p. 182, rendue dans une affaire de concordat bancaire où les règles sur le concordat judiciaire étaient applicables ; HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 16 ad art. 295 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 22 ad art. 295 LP.

⁵²⁴ Plusieurs entreprises de conseils en gestion suisses axent leur présentation au public sur leurs compétences particulières en matière concordataire, se qualifiant de « *Sachwalter und Treuhand Büro* » ou « de « *Sachwalter- und Betätigungsbüro* ». L'effet principal de cette publicité est que très souvent, le juge se verra proposer une personne (physique ou morale) candidate à la nomination comme commissaire, possédant les qualités requises pour exercer cette activité, et le magistrat n'aura plus alors qu'à valider le choix du débiteur ou du créancier requérant le sursis, à moins que d'autres motifs ne s'y opposent, et notamment la présence de conflit d'intérêts.

⁵²⁵ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 21 ad art. 295 LP. Arrêt de la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral du 21 décembre 1915 = JdT 1917 II 44 (50).

des créanciers. Partant, la mission du commissaire commencera sitôt le jugement rendu, indépendamment d'un quelconque recours⁵²⁶.

- 197 Le juge du concordat saisi d'une requête de sursis provisoire peut désigner un commissaire provisoire chargé d'examiner l'état de la fortune et des revenus du débiteur, ainsi que les perspectives du concordat⁵²⁷. Un commissaire provisoire sera ainsi nommé par le juge si ce dernier n'a pas suffisamment d'éléments à disposition pour décider de l'octroi d'un sursis concordataire au débiteur, ou que la situation est particulièrement complexe et doit impérativement être éclaircie avant qu'une procédure susceptible de durer deux ans en tout, ne soit ouverte. Bien que les activités du commissaire au sursis provisoire d'une part et définitif d'autre part différent, les critères de nomination concernant le commissaire provisoire sont identiques à ceux menant à la désignation du commissaire ordinaire. Les principes applicables au commissaire ordinaire s'appliquent, si bien qu'il convient de s'y référer. Pour des motifs d'économie de procédure, il sera par ailleurs opportun de nommer le commissaire provisoire en qualité de commissaire au sursis.

B. Critères de nomination

- 198 Le commissaire doit être une personne compétente, impartiale, et apte à remplir les fonctions qui lui sont attribuées. Il est placé directement sous la surveillance du juge qui l'a nommé et qui peut le révoquer pour motifs graves⁵²⁸. Toute personne physique ou morale⁵²⁹ peut être choisie afin de remplir la fonction de commissaire au sursis concordataire. Il doit s'agir d'une personne capable de discernement, impartiale et digne de confiance⁵³⁰. Ce peut être un préposé ou fonctionnaire de l'office des faillites⁵³¹, mais aussi un avocat, un expert-comptable, une entreprise

⁵²⁶ GILLIÉRON, n° 13 ad art. 295 LP. Contra : JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 14 ad art. 297 LP, qui estime que le sursis déploie ses effets à la date du dépôt de la requête de sursis provisoire ou ordinaire.

⁵²⁷ Art. 293 al. 3 LP.

⁵²⁸ ATF 104 III 99 consid. 2 b. La définition citée, qui reprend en partie les exigences légales – exception faite de l'aptitude à effectuer les tâches attribuées par le juge et la loi – concernait en l'occurrence un commissaire au sursis provisoire d'une banque, mais s'applique *mutatis mutandis*.

⁵²⁹ AMMON / WALTHER, § 54 n° 21; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 21 ad art. 295 LP; HUNKELER, § 686. Art. 5 al. 1 EG SchKG BL, art. 5 al. 1 EG SchKG GL; art. 8 al. 2 EG SchKG LU.

⁵³⁰ LU, décision de la chambre des faillites du canton de Lucerne du 5 octobre 1959 in : BISchK 1961 III p. 90 ss. (93, consid. 3).

⁵³¹ Les fonctionnaires de l'Office ont d'ailleurs l'obligation d'accepter le mandat, bien que la loi ne le précise pas (voir la décision du Tribunal supérieur du canton de Thurgovie du 9 octobre 1941, reproduite dans la BISchK 1944 II p. 51 s. et à la SJZ 39 III p. 203).

fiduciaire, un réviseur. Il ne ressort nulle part de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ou d'une ordonnance d'exécution, de la jurisprudence ou de la doctrine, que le commissaire au sursis doive être de nationalité suisse, ou domicilié en Suisse. Si la question de la nationalité est relativement anecdotique, il paraît toutefois exclu que le commissaire puisse avoir son domicile à l'étranger et soit autorisé à mener son activité depuis l'étranger, tant pour des motifs pratiques que légaux (territorialité des procédures d'insolvabilité suisses, risque éventuel de transmissions de données soumises en Suisse à un secret). L'exigence logique découlant de l'activité du commissaire est celle d'une parfaite connaissance de l'ordre juridique suisse, ce qui aura pour vraisemblable conséquence que le commissaire sera probablement déjà actif depuis la Suisse et en Suisse.

- 199 Il appartient en premier lieu au juge de s'assurer dans la mesure du possible de l'indépendance du commissaire qu'il nomme⁵³², et de veiller à l'adéquation entre ses qualités et la complexité de l'affaire. L'art. 10 LP contient une injonction implicite faite à l'autorité judiciaire. Cependant, l'application de l'art. 10 LP prévoyant la récusation obligatoire du commissaire dans les différentes situations mentionnées aux ch. 1 à 4 interviendra très probablement *a posteriori*, soit par une action spontanée du commissaire, supposant sa bonne foi, soit sur demande d'un créancier, d'un débiteur ou d'un tiers⁵³³.
- 200 Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LP révisée le 1^{er} janvier 1997, la loi (art. 295 al. 1aLP) mentionnait expressément que « le préposé ou un fonctionnaire de la faillite [pouvaient] être désignés à cet effet »⁵³⁴. Le législateur fédéral⁵³⁵ a choisi de supprimer cette précision, mais le juge du concordat conserve la possibilité de choisir comme commissaire un préposé ou fonctionnaire d'un office des faillites.

⁵³² ATF 104 III 2 et les renvois ; ATF 103a 79, 94 III 58 ; ATF 92 III 45 et les renvois. LU, décision de la commission des poursuites et faillites du canton de Lucerne du 27 août 1981 in : BISchK 1985 IV p. 141 ss.

⁵³³ Cf. *supra*, § 64 ss.

⁵³⁴ FAVRE (§ 55 n° 1) et GILLIÉRON (n° 30 ad art. 295 LP) préconisent de désigner comme commissaire le préposé aux poursuites ou aux faillites. Cette opinion avait tout son sens sous l'empire de l'ancien droit révisé en 1994 puisque l'ancien art. 295 al. 1 LP le mentionnait expressément. A l'entrée en vigueur de la LP révisée en 1997, cette précision a disparu, afin d'éviter que le choix du juge du concordat se porte systématiquement sur la personne du préposé et ne conduise à une surcharge de l'office.

⁵³⁵ L'ordonnance zurichoise sur la gestion de l'office des faillites du 9 décembre 1998 (SR ZH 281.2), adoptée postérieurement à la révision de la LP, rappelle en son art. 2 al. 2 que le juge a la faculté de nommer l'office des faillites compétent pour fonctionner comme commissaire au sursis et renvoie à l'art. 295 LP.

Dès lors que le mandat risque de prendre une ampleur particulière, le juge devrait nommer comme commissaire une tierce personne (avocat, réviseur, fiduciaire), et dans l'hypothèse de la désignation de plusieurs commissaires seulement, nommer le préposé aux poursuites ou aux faillites également comme commissaire, afin qu'il puisse coordonner leurs différentes activités⁵³⁶. Certaines lois cantonales contiennent une obligation pour le préposé désigné à la fonction de commissaire de requérir l'autorisation de l'autorité cantonale de surveillance afin qu'elle s'assure que la bonne marche des affaires de l'office ne sera pas perturbée.

C. Exigences en termes de formation et d'expérience

- 201 L'idée d'exiger du commissaire des aptitudes particulières en fonction de la complexité de l'affaire et d'imposer des minima en terme de formation dans la loi ou une ordonnance fédérale est parfois évoquée, directement ou indirectement⁵³⁷. Au regard de la densité croissante des normes régissant tous les pans d'activité des entreprises et de l'intervention manifeste de notions économiques complexes dans la plupart des grandes procédures concordataires, il serait souhaitable de fixer clairement dans une ordonnance d'exécution, les critères minimaux requis d'une personne physique ou morale pour qu'elle puisse exercer au mieux et de la manière la plus efficiente la fonction de commissaire au sursis concordataire. Les critères de qualification destinés aux experts-réviseurs et aux réviseurs, contenus dans la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs⁵³⁸ pourraient être repris en grande partie, avec quelques adaptations.
- 202 Certains États européens ont déjà agit en ce sens. Ainsi, le droit belge exigeait jusqu'à très récemment que le commissaire offre « *des garanties d'indépendance et d'impartialité. Il doit avoir de l'expérience en matière de gestion d'entreprise et de comptabilité. Il doit également être tenu par un code de déontologie et sa responsabilité professionnelle doit être couverte par une assurance. (...) Le tribunal choisit le commissaire au sursis en fonction de ses qualités selon les nécessités en l'espèce* »⁵³⁹. Le droit allemand précise que l'*Insolvenzverwalter* doit être « *eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person* »⁵⁴⁰. En France, les

⁵³⁶ Dans le même sens, voir, GILLIÉRON, Commentaire, n° 30 ad art. 295 LP, deuxième phrase.

⁵³⁷ HUNKELER, § 696-699 ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 15 ad art. 295 LP; COMETTA, p. 135 et 166. L'art. 9 LALEF TI énonce que le commissaire doit « *disporre delle capacità e qualifiche necessarie ed essere in grado di garantire un'attività irreprensibile* » (lit. a).

⁵³⁸ LSR, RS 221 302.

⁵³⁹ Art. 19 de l'ancienne Loi relative au concordat judiciaire du 17 juillet 1997 (désormais abrogée).

⁵⁴⁰ Art. 56 de l'Insolvenzordnung du 5 octobre 1994.

administrateurs judiciaires doivent avoir effectué des études universitaires, un stage de trois ans et avoir subi avec succès l'examen d'aptitude aux fonctions d'administrateur judiciaire pour pouvoir être inscrits sur une liste nationale gérée par une commission d'inscription et de discipline ; exceptionnellement, et en fonction des nécessités de la cause, le tribunal peut nommer une personne ne disposant pas du diplôme précité mais justifiant d'une expérience solide⁵⁴¹. En Grande-Bretagne, le *nominee*⁵⁴² doit être « *a person who is qualified to act as an insolvency practitioner or authorised to act as nominee* »⁵⁴³; un *administrator* ne peut être nommé que s'il est « *qualified to act as an insolvency practitioner in relation to the company* »⁵⁴⁴.

D. Acceptation et refus du « mandat » par le commissaire

- 203 La réponse à la question de savoir si le commissaire nommé par l'autorité judiciaire compétente est en droit de refuser d'exécuter la tâche qui lui est confiée diffère selon que la personne désignée est un fonctionnaire de l'office des faillites ou une personne privée, physique ou morale, praticien indépendant. Dans le premier cas, le préposé, ou toute autre personne appartenant à l'office des poursuites et faillites, désigné commissaire au sursis concordataire, a le devoir d'accepter le mandat officiel qui lui est confié, sauf si l'importance du mandat met en péril le bon fonctionnement de l'office⁵⁴⁵. En revanche, une personne physique ou morale privée choisie à l'extérieur de l'État et de son administration par l'autorité judiciaire compétente est théoriquement en droit de refuser ledit mandat⁵⁴⁶. Dans ce dernier cas, l'autorité concordataire doit rendre dans les plus brefs délais une nouvelle

⁵⁴¹ Loi n°85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise; art. L-811-5, § 5. du Code de commerce.

⁵⁴² Part I, Insolvency Act 1986.

⁵⁴³ Art. 1 § 2 Insolvency Act 1986.

⁵⁴⁴ Art. 6, Schedule B1 de l'Insolvency Act 1986; art. 6 Schedule 16 de l'Enterprise Act 2002.

⁵⁴⁵ TG, décision du Tribunal cantonal du 9 octobre 1941, reproduite dans la BLSchK 1944 II p. 51 s. = SJZ 39 III p. 203. JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 20 ad art. 295 LP. Certaines législations cantonales d'exécution de la LP traitent spécifiquement de cette question. Ainsi, la EG SchKG SG contient en son article onzième une obligation pour le préposé à l'office des faillites (Konkursbeamte) d'accepter le mandat de commissaire qui lui aura été confié. De même, l'ordonnance de l'Obergericht zurichois sur la gestion de l'office des faillites du 9 décembre 1998 (SR 281.2) prévoit-elle que le préposé (Konkursamt) est tenu de fonctionner comme commissaire dans la procédure de concordat en cours de faillite tant que les créanciers n'ont pas désigné une administration spéciale.

⁵⁴⁶ SCHMID, p. 104. CORADI, p. 98.

décision par laquelle elle nomme un autre commissaire⁵⁴⁷. En pratique, la question ne devrait se poser toutefois que très rarement : il est en effet souhaitable que l'autorité judiciaire, et le débiteur ou le créancier requérant le sursis contactent la personne pressentie pour fonctionner comme commissaire avant de prendre une décision, respectivement de déposer la requête de sursis et de proposer sa désignation. Un éventuel refus du commissaire serait extrêmement problématique. La décision judiciaire par laquelle un sursis concordataire, provisoire ou définitif, est octroyé entre en effet immédiatement en force⁵⁴⁸, avec pour conséquence que le débiteur mis au bénéfice d'un sursis ne serait pas surveillé durant les premières heures ou les premiers jours suivant la décision judiciaire si le commissaire refuse d'entrer en fonction, les intérêts des créanciers étant ainsi gravement mis en péril. Il conviendra donc que la suppléance soit très rapidement organisée, et il faut admettre que l'autorité judiciaire est habilitée à nommer un nouveau commissaire par voie d'ordonnance, sans être obligée de révoquer le sursis.

E. Recours contre la décision de nomination

- 204 Le débiteur sursitaire peut attaquer le jugement de l'autorité judiciaire compétente octroyant le sursis, notamment en ce qu'il a trait à la désignation d'un commissaire, par la voie d'un recours⁵⁴⁹ déposé dans les dix jours⁵⁵⁰ dès la notification du jugement auprès de l'autorité judiciaire cantonale supérieure⁵⁵¹. Un soi-disant créancier est également habilité à attaquer le jugement par lequel le juge octroie au débiteur un sursis, notamment mais pas uniquement en ce qu'il a trait à la désignation d'un commissaire, par le biais d'un recours déposé dans les dix jours dès la notification de la décision auprès de l'autorité cantonale judiciaire supérieure, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait lui-même demandé l'ouverture de la procédure concordataire⁵⁵². A qualité pour agir tout pseudo-créancier, que sa créance obligeant

⁵⁴⁷ BE, décision de l'autorité cantonale de surveillance du 27 avril 1967 in : BLSchK 1969 I p. 21 ss.

⁵⁴⁸ Art. 36 LP.

⁵⁴⁹ Art. 294 al. 4 LP.

⁵⁵⁰ Art. 294 al. 3 LP.

⁵⁵¹ ATF 103 Ia 76 (consid. 4 b) = JdT 1978 II p. 130 (134) ; GILLIÉRON, Poursuite, § 3074, JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 15 ad art. 295 LP; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 15 ad art. 295 LP; CORADI, p. 18; HUNKELER, § 684.

⁵⁵² ATF 76 III 31 ; VS, décision du 26 septembre 1985 du Tribunal cantonal in : RVJ 1985 p. 157-160 qui, bien que prononcé sous l'empire de l'ancien droit, conserve toute sa pertinence regardant la qualité pour agir et la légitimation d'un créancier ; voir aussi l'ATF 103 Ia 76 (consid. 4 b) = JdT 1978 II 130 (134 s.). VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 15 ad art. 295 LP ; GILLIÉRON, op. cit., n° 17 ad art. 294 LP ; Contra : JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 34 ad art. 294 LP et STOFFEL, § 12, n° 73 et la note de bas de page 7, qui estiment à l'instar du Tribunal fédéral (ATF 103 Ia 76, consid. 4 = JdT 1978 II

le débiteur sursitaire soit contestée par ce dernier ou non, puisque cette problématique devra être tranchée plus tard par le juge du concordat⁵⁵³ statuant postérieurement à l'appel fait aux créanciers par le commissaire⁵⁵⁴. Les syndicats et autres groupements qui ne sont pas créanciers ne peuvent pas recourir contre la désignation du commissaire. Ils n'ont en effet pas la qualité pour agir et la légitimation active, n'étant pas touchés directement dans leurs droits par la décision. En revanche, un syndicat est légitimé à attaquer la nomination d'un commissaire en tant que représentant de créanciers lui ayant valablement donné procuration⁵⁵⁵.

- 205 Le recours n'a en principe pas d'effet suspensif sur la décision attaquée, sauf si l'autorité saisie en décide autrement (art. 36 LP). Il est souhaitable que l'effet suspensif soit ordonné dans le cas d'un recours attaquant spécifiquement la désignation du commissaire, afin d'éviter que ce dernier ne commence déjà à procéder à des actes qui pourraient être contestés, voire annulés ensuite de son remplacement, dans l'hypothèse où sa désignation est attaquée avec succès.
- 206 La décision de l'autorité judiciaire supérieure peut faire l'objet d'un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral dans les trente jours dès la notification du jugement de dernière instance cantonale (art. 72 al. 2 lit. a, 74 al. 2 lit. d, 95 ss, 100 al. 1 LTF). Ici aussi, l'effet suspensif n'est pas automatique et est accordé à bien plaisir par le Tribunal fédéral statuant sur recours (art. 103 al. 1 LTF). La décision par laquelle le juge cantonal décide d'octroyer ou de refuser d'accorder un sursis concordataire, provisoire ou définitif, au débiteur, sur requête de ce dernier ou d'un créancier, constitue une décision portant sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF. Seuls peuvent donc être invoqués à l'appui d'un éventuel recours auprès du Tribunal fédéral la violation de droits constitutionnels. Cette qualification a pour effet d'interdire toute suspension de délais au sens de l'art. 46 LTF, l'alinéa second de cette disposition étant applicable⁵⁵⁶.
- 207 L'art. 293c AP-LP exclut toute possibilité de recours, tant contre l'octroi d'un sursis provisoire que contre la désignation d'un commissaire au sursis provisoire, ce qui n'est pas satisfaisant. Le recours devrait continuer d'être ouvert aux créanciers, voire au débiteur pour faire valoir des motifs de récusation du commissaire, étant

130) que les créanciers qui n'ont pas requis l'ouverture de la procédure concordataire ne peuvent qu'attaquer la désignation du commissaire.

⁵⁵³ Art. 305 al. 3 LP.

⁵⁵⁴ Art. 300 LP.

⁵⁵⁵ ATF 103 Ia 76 (consid. 2) = JdT 1978 II 130 (132).

⁵⁵⁶ ATF 135 III 430, consid. 1.3.

précisé que la voie de la plainte contre la décision du juge du concordat auprès de l'autorité de surveillance n'est pas ouverte⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ Cf. supra, § 69 ss.

Section II

Libre accès à l'activité et égalité des chances: quelles garanties ?

208 La procédure de désignation du commissaire laisse la plus grande liberté au juge du concordat, lequel peut désigner librement un tiers de son choix, ou encore un préposé ou substitut des offices des poursuites et faillites aux charges de droit, avec les seules réserves que les qualifications de ce tiers doivent être en adéquation avec la complexité de la procédure et que le débiteur peut lui-même proposer un commissaire en déposant sa requête de sursis concordataire. En application de l'art. 60 al. 2 OELP, le juge doit « en principe » mettre la place au concours. Un concurrent du commissaire au sursis pourrait théoriquement recourir contre une décision judiciaire nommant un concurrent, au motif que le juge du concordat n'a pas respecté la mise au concours prévue par l'art. 60 OELP. L'autorité judiciaire saisie pourrait alors rétorquer au recourant que tout principe à ses exceptions, notamment justifiée par l'urgence inhérente aux procédures d'insolvabilité. En pratique, aucune mise au concours n'a lieu. Il existe dès lors un risque élevé de favoritisme, conscient ou inconscient, d'une personne au détriment d'autres tout autant compétentes. L'on ne saurait blâmer un juge qui, satisfait des activités antérieures d'un commissaire, ne souhaite pas désigner un concurrent qu'il ne connaît pas. Pourtant, l'on ne peut que constater le caractère inégalitaire du résultat d'une telle réflexion, qui aura à l'extrême pour conséquence inéluctable d'interdire à tout autre intéressé la possibilité d'être nommé un jour. Seront ainsi examinées ci-après les différentes possibilités permettant de garantir aux « candidats » commissaires un accès libre et sans distorsion de concurrence aux charges de droit. La constitutionnalité et la légalité d'éventuelles restrictions cantonales feront également l'objet d'une analyse.

A. Garanties constitutionnelles

1. Liberté économique

209 La liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. protège les activités économiques privées exercées dans un but lucratif par des particuliers ; elle inclut le libre choix de la profession et de la formation, le libre accès et le libre exercice de l'activité

économique choisie⁵⁵⁸. Couplée à l'art. 94 Cst., la garantie constitutionnelle de liberté économique, a également pour fonction d'assurer une libre concurrence par le respect de la neutralité concurrentielle de l'État et de l'égalité de traitement entre concurrents⁵⁵⁹. Les mesures qui entravent la concurrence entre concurrents directs ou qui ne sont pas neutres sont ainsi prohibées⁵⁶⁰.

- 210 Est titulaire de la garantie toute personne physique ou morale de droit privé exerçant une activité lucrative indépendante ou dépendante, dans le but d'en obtenir un gain⁵⁶¹. L'activité protégée est uniquement l'activité accomplie par des particuliers en vertu du droit privé ; l'activité publique sous toutes ses formes, est soustraite à la liberté économique⁵⁶². L'accès aux tâches publiques exercées directement par l'État n'est pas couvert par la liberté économique⁵⁶³. Lorsque l'État transfère une tâche d'intérêt public à des particuliers, les personnes privées intéressées ne peuvent se prévaloir de l'art. 27 Cst. pour exiger que l'activité leur soit confiée ou contester les modalités de la délégation ; seuls les droits garantis par les art. 8 et 9 Cst. leur sont reconnus⁵⁶⁴. La liberté économique ne s'applique ainsi pas aux rapports liant la collectivité transférante au tiers délégataire d'une parcelle de puissance publique⁵⁶⁵.

⁵⁵⁸ AUER / MALIVERNI / HOTTELIER, II, § 938 ; VALLENDER, BV-Kommentar, n° 14 ss ad art. 27 Cst.; GRISEL, Liberté économique, p. 130 ; MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, n° 7-8 ad art. 27 Cst.

⁵⁵⁹ AUER / MALIVERNI / HOTTELIER, Vol. II, § 948 s.; VALLENDER, BV-Kommentar, n° 23 ad art. 27 Cst. ; MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, n° 10 ad art. 27 Cst.

⁵⁶⁰ VALLENDER, BV-Kommentar, n° 23 ad art. 27 Cst. et le renvoi à l'ATF 125 I 431 ; AUBERT, Petit commentaire de la Constitution fédérale, n° 7-8 ad art. 94 Cst.

⁵⁶¹ AUER / MALIVERNI / HOTTELIER, Vol.II, § 925 ss; VALLENDER, BV-Kommentar, n° 18 ad art. 27 Cst. ; GRISEL, op. cit., p. 131 ; MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, n° 6 ad art. 27 Cst.

⁵⁶² MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, n° 8 ad art. 27 Cst. ; VALLENDER, BV-Kommentar, n° 9 ad art. 27 Cst. ; HÄFELIN/HALLER, § 632-633; ATF 109 Ia 107 (108 s.): « *Soweit ein Anwalt als Officialverteidiger tätig wird, nimmt er eine staatliche, durch kantonales öffentliches Recht geregelte Aufgabe wahr, die nicht in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fällt* ». « *En acceptant d'être désigné d'office, un avocat n'accepte pas un mandat. C'est le canton qui le met en œuvre en vertu d'un rapport de droit public. La nature de ce rapport relève du droit public cantonal et non de la liberté du commerce et de l'industrie* (ATF 109 Ia109 consid 2 b en français; ATF 105 Ia 71 consid 4a = JdT 1981 I 638 ; ATF 95 I 410 = JdT 1970 I 599 ; ATF 60 I 13 = JdT 1934 I 345). Dès lors que l'avocat désigné d'office ne peut invoquer la liberté du commerce et de l'industrie, l'accusé ne le peut davantage (ATF 95 I 411 consid. 4 = JdT 1970 I 599) ». (ATF 113 Ia 69, consid. 6 = JdT 1987 IV 156).

⁵⁶³ AUER / MALIVERNI / HOTTELIER, Vol. II, § 943 ; VALLENDER, BV-Kommentar, n° 8 ad art. 27 Cst.

⁵⁶⁴ GRISEL, p. 138.

⁵⁶⁵ TF, arrêt 2A.169/2005 du 24 août 2005, consid. 6.1. GRISEL, op. cit., p. 139 ; KNAPP, § 2728.

- 211 Le commissaire, en sa qualité d'organe de l'État désigné par le juge du concordat, exerce une fonction publique, exclue à ce titre du champ de protection de l'art. 27 Cst.⁵⁶⁶. Un candidat, avocat, expert-comptable ou autre membre d'une société fiduciaire, dont la désignation a été refusée par le juge ne pourra pas se prévaloir de la liberté économique pour contester la désignation d'un tiers et se plaindre d'un traitement défavorable. En revanche, le juge du concordat saisi d'une requête tendant à la désignation d'un commissaire nommément cité ne doit pas s'écarter sans juste motif de la proposition faite par le débiteur ou un créancier requérant⁵⁶⁷.

2. Egalité de traitement

2.1. Egalité (entre concurrents)

- 212 L'égalité entre concurrents directs présente deux composantes. Découlant de l'art. 8 Cst., elle signifie que les restrictions de police à la liberté économique ne doivent pas entraîner des inégalités de traitement non objectivement motivés par des motifs raisonnables⁵⁶⁸. Déduite des art. 27 Cst. et 94 al. 4 Cst., la protection va au-delà : pour qu'une inégalité de traitement soit justifiée, l'on doit être en présence de motifs sérieux et particulièrement importants⁵⁶⁹. La neutralité que l'État doit respecter à l'égard de concurrents directs vient de cette deuxième composante⁵⁷⁰. L'égalité entre concurrents est destinée à des entreprises qui sont en compétition directe, s'adressant au même public avec des offres identiques pour satisfaire le même besoin⁵⁷¹.
- 213 En raison du fait que le commissaire exerce une activité officielle, est doté d'une parcelle de la puissance publique et se trouve vis-à-vis des tiers dans un rapport de droit public, l'art. 27 Cst. n'est pas applicable. Cela signifie par extension que le commissaire ne peut se prévaloir de l'égalité entre concurrents. Ce nonobstant, même si l'art. 27 Cst. était par hypothèse applicable, force est de partir du principe que l'égalité entre concurrents protégerait l'égalité de traitement d'acteurs identifiés, déjà présents sur le marché, et donc déjà concurrents. Or, tel n'est pas le

⁵⁶⁶ *Contra* JAEGER, n° 16 ad art. 295 LP.

⁵⁶⁷ La jurisprudence française reconnaît d'ailleurs un droit à réparation en cas de refus systématique et injustifié de désigner un mandataire : Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., 30 juin 1996.

⁵⁶⁸ GRISEL, p. 227 ; MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, n° 17 ad art. 27 Cst.

⁵⁶⁹ MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, n° 18 ad art. 27 Cst.

⁵⁷⁰ GRISEL, Liberté économique, p. 227.

⁵⁷¹ GRISEL, Liberté économique, et la jurisprudence citée en note de bas de page 4 ; MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, n° 17 *in fine* ad art. 27 Cst.

cas des personnes physiques ou morales, aspirant à être désignées commissaire au sursis. Elles ne sont pas encore concurrentes au sens de l'art. 27 Cst., puisque chacune exerce librement, dans des domaines parfois différents, son activité professionnelle. Par ailleurs, pour pouvoir respecter le principe d'égalité de traitement entre concurrents, encore faudrait-il que le juge connaisse l'identité des concurrents. Or, dans le système actuel, il n'existe aucun répertoire de personnes physiques ou morales candidates à la désignation, à la différence de ce que pratique la FINMA avec ses mandataires agréés figurant sur une liste de candidats choisis selon des critères positifs et négatifs objectivement appréciables. Théoriquement, demander à l'autorité judiciaire de respecter l'égalité de traitement entre concurrents serait donc certes souhaitable, mais parfaitement inutile, car impossible à mettre en œuvre⁵⁷².

- 214 L'on peut enfin se demander, à admettre que la désignation du commissaire soit soumise aux règles applicables aux marchés publics⁵⁷³, si un concurrent dont l'offre n'a pas été retenue pourrait tout de même invoquer la liberté économique, dans la mesure où elle protège l'égalité entre concurrents. La garantie constitutionnelle de l'art. 27 Cst. ne protégeant pas le libre exercice d'une fonction publique, il conviendrait de répondre à la négative à cette question. Le principe d'égalité de traitement tel que garanti par l'art. 8 Cst. serait lui applicable à un tel cas d'espèce.

2.2. Egalité (entre non-concurrents) et égalité des chances

- 215 « Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays »⁵⁷⁴. En droit suisse, le principe d'égalité est consacré par l'art. 8 Cst. Invocable tant par une personne physique qu'une personne morale, il vise une égalité de résultat, par le traitement égal de justiciables se trouvant dans la même situation par les organes de l'État⁵⁷⁵. L'étendue de la protection de l'art. 8 Cst. se confond parfois avec celle de l'art. 27 Cst., mais cette dernière disposition va plus loin : « des différences de traitement entre concurrents directs peuvent être licites au regard de l'art. 8 Cst., mais se révéler inadmissibles sous l'angle de l'art. 27 Cst. »⁵⁷⁶. Le principe d'égalité de l'art. 8 Cst. s'adresse tant au législateur (égalité dans la loi) qu'aux autorités d'exécution (égalité devant la loi)⁵⁷⁷. Le principe

⁵⁷² Voir cependant *infra*, § 213.

⁵⁷³ Voir *infra*, § 218 ss.

⁵⁷⁴ Art. 21 al. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789.

⁵⁷⁵ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, § 1023 ss ; SCHWEIZER, BV-Kommentar, n° 17 ad art. 8 Cst.

⁵⁷⁶ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, § 1022 et les ATF 128 I 136 et 128 II 292 cités.

⁵⁷⁷ SCHWEIZER, BV-Kommentar, n° 34 s. ad art. 8 Cst.

d'égalité des chances découle de l'art. 8 Cst. et vise « *die Einräumung gleicher Startbedingungen* »⁵⁷⁸ : il intervient fréquemment en matière d'accès à la formation ou à des activités étatiques (quotas hommes-femmes), et également entre soumissionnaires⁵⁷⁹, dans ce dernier cas, souvent invoqué avec l'égalité de traitement entre concurrents. Quant à la possibilité de se prévaloir de l'interdiction de discrimination, elle est soumise à la réalisation de deux conditions, soit l'existence d'un traitement différent, fondé sur un motif de discrimination, tel qu'énuméré non exhaustivement par la Constitution⁵⁸⁰.

- 216 Le commissaire est nommé par le juge, cas échéant sur proposition du débiteur, ou du créancier ayant par hypothèse requis l'ouverture d'une procédure concordataire. Imposer à l'autorité concordataire le respect de l'égalité de traitement entre candidats à la fonction de commissaire n'a de sens que si l'autorité du concordat se trouve précisément face à plusieurs candidatures identifiées parce que la charge de droit a été mise au concours, en application de l'art. 60 al. 2 OELP. Or, et comme préalablement mentionné, tel n'est pas le cas. Le respect de l'égalité ne pourrait tout simplement pas être mis en œuvre. Cependant, pratiquement, le cercle des commissaires pressentis est assez restreint, ce qui a pour conséquence que les juges cantonaux désignent en réalité toujours les mêmes personnes aux charges de droit. Aussi, le juge devrait-il pouvoir tout de même assurer une répartition équitable des mandats auprès des intéressés par rotation⁵⁸¹ et le commissaire régulièrement évincé se plaindre d'un traitement inéquitable.

B. Loi sur le marché intérieur

- 217 La loi sur le marché intérieur⁵⁸² constitue une loi cadre, concrétisant la liberté constitutionnelle du commerce et de l'industrie⁵⁸³. Par la suppression des obstacles de droit public à la concurrence en droits cantonal et communal, et l'élimination des

⁵⁷⁸ SCHWEIZER, BV-Kommentar, n° 32 ad art. 8 Cst.; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, § 1026, semblent douter que le principe d'égalité des chances découle de l'art. 8 Cst., et remettent en cause le fait de s'en prévaloir en justice.

⁵⁷⁹ BR 1983 p. 33.

⁵⁸⁰ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. II, § 1078 ; SCHWEIZER, BV-Kommentar, n° 43 ss ad art. 8 Cst.

⁵⁸¹ Arrêt non publié du 7 janvier 1999 en la cause Municipalité de Montreux c. Tribunal administratif du canton de Vaud. Cf également TF, arrêt 2P.77/2001 du 28 juin 2001, consid. 2 b.

⁵⁸² LMI, RS 943.02.

⁵⁸³ MARTENET / RAPIN, Le marché intérieur suisse, Les mesures restrictives du droit suisse à la lumière du droit européen, Berne 1999, p. 8 ; ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, p. 411 et 413.

entraves à la mobilité, elle vise le renforcement de la compétitivité en Suisse et, par ricochet, sur le plan international⁵⁸⁴. Initialement, les activités de service public par lesquelles s'exerce une part de la puissance publique⁵⁸⁵ – administration et enseignement public⁵⁸⁶ – étaient totalement exclues du champ de protection de la LMI. Lors de la révision de la LMI intervenue en 2005, les prestations commerciales dans le service public ont été incluses dans le champ d'application de l'art. 1 al. 3 LMI avec une restriction : sont seules concernées les activités aussi proposées sur le marché, comme l'enseignement⁵⁸⁷, et les monopoles ou concessions de service public⁵⁸⁸. L'exercice temporaire, par une personne privée, d'une activité déléguée par laquelle une parcelle de la puissance publique est exercée, n'est pour autant toujours pas soumise à la LMI, ni d'ailleurs à l'art. 27 Cst.⁵⁸⁹. Un candidat aux charges de commissaire au sursis ne peut donc se prévaloir de la LMI pour exercer cette fonction n'importe où en Suisse.

C. Marchés publics

- 218 En application de l'art. 2 LMP⁵⁹⁰, constitue notamment un pouvoir adjudicateur au sens de cette loi l'administration générale de la Confédération⁵⁹¹. Le commissaire étant nommé par une autorité judiciaire cantonale, l'on peut d'ores et déjà exclure le caractère fédéral d'un éventuel marché. L'application de la loi fédérale sur les marchés publics peut dès lors être exclue. Les pouvoirs adjudicateurs visés sont en effet exhaustivement énumérés par le texte légal et relèvent principalement des services de l'administration fédérale. L'on verra que la désignation d'un chargé d'enquête ou d'un délégué à l'assainissement bancaire par la FINMA ne constitue pas une activité entrant dans le champ d'application de la LMP, la FINMA ne constituant pas un pouvoir adjudicateur au sens de la loi⁵⁹².

⁵⁸⁴ FF 1995 I 1194. ZWALD, *op. cit.*, p. 416.

⁵⁸⁵ FF 1995 I 1263.

⁵⁸⁶ FF 1995 I 1234.

⁵⁸⁷ Message relatif à la révision de la LMI du 24 novembre 2004, FF 2005 439 ; ZWALD, p. 418.

⁵⁸⁸ ZWALD, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁸⁹ TF, arrêt 2A.169/2005 du 24 août 2005, consid. 6.1.

⁵⁹⁰ Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1.

⁵⁹¹ Art. 2 al. 1, lit. a LMP.

⁵⁹² Cf. *infra*, p. 303.

1. Conditions d'application des règles cantonales sur les marchés publics

219 Force est donc de constater que si marché public il y a, celui-ci est donc cantonal. Les marchés publics cantonaux obéissent concurremment aux règles de l'Accord GATT/OMC⁵⁹³, de l'Accord bilatéral passé avec la Communauté européenne⁵⁹⁴, de la LMI⁵⁹⁵, de l'accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 (AIMP)⁵⁹⁶ et des lois et règlements cantonaux en matière de marchés publics⁵⁹⁷. Deux conditions cumulatives doivent généralement être remplies pour que le transfert d'une activité à un tiers par l'État soit soumis à une procédure d'adjudication, soit la conclusion d'un contrat entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire, et l'appartenance de l'activité objet du contrat à un marché. En résumé, l'on peut parler de marché public dès lors que l'État sous-traite contractuellement à une entreprise privée une tâche qualifiée de marché, que cette dernière exécutera au nom et pour le compte de l'État. Cette qualification serait exclue dans l'hypothèse où l'État transfère la responsabilité d'exécution d'une tâche publique à une entreprise, qui l'exécutera en son nom, pour son propre compte et à ses risques et périls⁵⁹⁸. Encore faut-il que les valeurs-seuils mentionnées dans la législation applicable soient atteintes.

1.1. Conclusion d'un contrat

220 Il faut préalablement qu'un pouvoir adjudicateur énuméré par l'accord conclue un contrat avec un soumissionnaire, et notamment un contrat de fourniture de services⁵⁹⁹. En l'état de la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶⁰⁰, qui a désavoué la

⁵⁹³ Accord sur les marchés publics, conclu à Marrakech le 15 avril 1994, RS 0.632.231.422 (AMP).

⁵⁹⁴ Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999, FF 1999 5802. La mise en œuvre de l'AMP peut être effectuée soit par sa transposition directe dans l'ordre juridique cantonale concerné, soit indirectement par une adhésion à l'AIMP. L'intégralité des cantons suisses, Berne le dernier, ont choisi une mise en œuvre indirecte.

⁵⁹⁵ Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995, RS 943.02 (LMI).

⁵⁹⁶ Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, RS 172.056.4 (aAIMP), révisé le 15 mars 2001 RS 172.056.5 (nAIMP).

⁵⁹⁷ Galli / Moser / Lang / Clerc, § 71 ss.

⁵⁹⁸ BELLANGER, p. 398.

⁵⁹⁹ Galli / Moser / Lang / Clerc, p. 56 ss.

Commission fédérale de recours en matière de marchés publics⁶⁰¹, l'on ne peut parler de marché public que si la collectivité publique intervient elle-même comme acquéreur de prestations auprès d'une entreprise privée, et qu'elle paie un prix pour l'activité déployée par le tiers agissant en qualité de fournisseur de moyens nécessaires à l'exécution d'une tâche publique. La Commission fédérale de recours était cependant d'avis que, dans un but de stimulation de la concurrence entre les soumissionnaires et d'utilisation économique des fonds publics, la législation en matière de marchés publics devait également s'appliquer lorsque la collectivité délègue une prestation de service ou de fourniture dans l'accomplissement d'une tâche publique et qu'il laisse un privé s'en charger à ses risques et périls sous surveillance étatique (concession), l'égalité de traitement entre soumissionnaires ne pouvant par ailleurs être garantie que si les règles sur les marchés publics trouvent application dans les cas mentionnés. Une partie de la doctrine a également critiqué l'arrêt du TF précité et estime que la délégation de l'exécution d'une tâche publique à un tiers par une concession est soumise aux règles relatives aux marchés publics⁶⁰². Le droit des marchés public est actuellement en révision, et il semble que la position de la Commission fédérale de recours sera suivie⁶⁰³. L'État opère en effet de plus en plus par transfert d'exécution de tâches publiques à des tiers. En procédant de la sorte, il permet à des tiers de bénéficier d'un revenu tiré d'une activité transférée, laquelle était jusqu'alors sortie du marché soumis à la libre concurrence des acteurs de la branche concernée. Dès lors que l'État introduit dans le marché une activité qui lui était réservée, il se doit de ne pas fausser la concurrence en attribuant arbitrairement la tâche à un tiers. Selon la nature de l'activité transférée, cette exigence découlera d'ailleurs partiellement de l'art. 27 Cst.

- 221 La décision judiciaire par laquelle le commissaire est désigné fait naître entre l'État et le commissaire un rapport de droit public. Le fait que le commissaire soit nommé par une décision judiciaire ne s'oppose pas à une application du droit des marchés

⁶⁰⁰ ATF 125 I 209, consid. 6 b. Le TF reprend ici la notion développée par RHINOW / SCHMID / BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Bâle 1998. Il a quelque peu assoupli sa position dans un ATF 135 II 51, sans toutefois que ce dernier arrêt modifie la présente analyse.

⁶⁰¹ Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, consid. 1 b in : RDAF 2000 I p. 184 s.

⁶⁰² DÉFAGO GAUDIN, n° 684 ss et note de bas de page 726 ; RAPPO, p. 165-181 (170 et note de bas de page 18 ; BELLANGER / BOVET, in : BR 1999 p. 164-166. Contra : GALLI / MOSER / LANG / CLERC, § 108 ss.

⁶⁰³ Cf. rapport explicatif du Département fédéral des finance relatif au Projet de consultation concernant la révision de la loi fédérale sur les marchés publics du 30 mai 2008, qui précise qu'il importe peu « *que les prestations en question soient fournies directement à l'adjudicateur comme "consommateur" final ou à un tiers (...) et qu'elles soient réglées directement par l'adjudicateur ou par un tiers* » (p. 27).

publics⁶⁰⁴. En effet, si l'on suit la jurisprudence de la Commission fédérale de recours et la doctrine précitée, il est nécessaire de procéder à une interprétation extensive de la notion de contrat. La décision de transférer une tâche revêt nécessairement des formes juridiques variées, y compris celle d'une décision de l'administration ou judiciaire, au sens de l'art. 5 PA. L'on peut considérer par ailleurs la décision judiciaire comme un préalable nécessaire à la naissance entre l'État et le commissaire d'une relation contractuelle tacite soumise au droit public.

1.2. L'activité appartient à un marché

- 222 L'activité déléguée doit ensuite appartenir à un marché, notamment la fourniture de services, et ne pas constituer une exception exclue du champ d'application de la réglementation. L'annexe 4 de l'appendice 1 à l'AMP⁶⁰⁵, à laquelle renvoie l'AIMP, précise le champ d'application de l'AMP ; il en ressort que les services comptables, d'audit et de tenue de livres, ainsi que ceux de conseils en gestion et services connexes sont concernés par l'AMP, à l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation⁶⁰⁶. Les services juridiques (n° 861) ne sont pas mentionnés⁶⁰⁷. Lorsque les services offerts sont de nature mixte⁶⁰⁸, ou que l'un ne figure pas dans l'annexe, il convient d'examiner quelle est l'activité prépondérante. L'activité du commissaire au sursis relève tant des services juridiques que des services de gestion ou de comptabilité. La prépondérance de l'une ou l'autre des composantes dépendra du type de surveillance décidé par le juge du concordat. Dans l'hypothèse où le juge charge le commissaire de poursuivre l'activité de l'entreprise à la place du débiteur, il paraît clair que l'activité de gestion sera prépondérante. En revanche, dans les autres cas, les services juridiques occuperont une place plus importante. Par conséquent, l'on ne peut pas conclure que l'activité de commissaire au sursis tombe sans exception aucune dans le champ d'application de l'AIMP.

1.3. Valeurs-seuils

- 223 Ayant établi le principe de la possibilité de l'application des règles de l'AIMP, dépendant du type de surveillance décidé par le juge du concordat, il convient encore de déterminer la valeur-seuil du marché, qui déterminera le choix de la

⁶⁰⁴ DÉFAGO GAUDIN, § 681 ss.

⁶⁰⁵ Annexe 4 de l'Appendice I à l'AMP.

⁶⁰⁶ N°862, 865 et 866 de la classification sectorielle des services.

⁶⁰⁷ GALLI / LEHMANN / RECHSTEINER, § 128.

⁶⁰⁸ GALLI / MOSER / LANG / CLERC, § 145.

procédure par l'autorité, en application des lois cantonales sur les marchés publics. Il sera bien souvent difficile d'évaluer avec un degré de précision satisfaisant le montant des honoraires dus au commissaire pour son activité, fixé par le juge, conformément à l'art. 55 OELP. Tout au plus peut-on s'en tenir à des moyennes, fixées en fonction de la complexité du cas, de la taille de l'entreprise, de la durée du sursis, et du nombre de commissaires. Il est très probable que, bien souvent, la valeur du marché à adjudiquer soit telle qu'elle le place dans la catégorie des marchés adjudicables de gré à gré⁶⁰⁹. Même si, en principe, la durée de l'activité du commissaire est déterminée, le fait que le sursis puisse être prolongé sera sans conséquence sur la valeur initiale du marché et en particulier ne rouvrira pas un nouveau marché à adjudiquer. Dès lors que les valeurs-seuils ne seront selon toutes vraisemblances pas atteintes, le pouvoir adjudicateur, soit le juge du concordat, pourrait adjudiquer le marché de gré à gré, cette procédure octroyant très peu de protection aux concurrents du soumissionnaire qui aura été retenu⁶¹⁰.

2. Proposition de modalités de désignation

- 224 Les procédures d'adjudication ouverte, sélective ou par invitation ne sont pas adéquates, en raison de l'une de leurs caractéristiques, qui devient un défaut de poids dans le contexte de l'ouverture d'une procédure concordataire : l'écoulement du temps, sous deux aspects : premièrement, la procédure en elle-même est longue ; deuxièmement, en cas de recours d'un soumissionnaire écarté, le mandat ne sera attribué en principe que lorsque les voies de recours auront été épuisées et la décision d'adjudication entrée en force. Seule la procédure de gré à gré, de par sa rapidité, paraît en réalité adaptée à la situation d'urgence inhérente aux procédures d'assainissement. Elle n'empêche pas pour autant le pouvoir adjudicateur de respecter le principe d'égalité de traitement entre concurrents.
- 225 L'application des principes précités peut se faire au moyen de la tenue par le tribunal compétent d'une liste cantonale de soumissionnaires, dans laquelle l'autorité judiciaire puiserait régulièrement des candidats aux charges de commissaire, par rotation. Cela impliquerait au préalable que l'autorité judiciaire fasse un appel d'offre, en application de l'art. 60 OELP, avec mention des droits et des obligations du commissaire, ainsi que des critères minimaux à remplir. L'on pense particulièrement à des critères en matière de formation et/ou d'expérience, de nombre de collaborateurs, de taux horaire, d'assurance responsabilité civile, ou encore d'absence de condamnation pénale.

⁶⁰⁹ En matière de services, la valeur-seuil fixée dans l'Accord OMC est par exemple de 200'000 DTS, soit 248'950 francs suisse pour l'année 2009.

⁶¹⁰ GALLI/MOSER/LANG/CLERC, §§ 217 ss.

D. Licéité des restrictions cantonales à l'exercice de la fonction

1. Etat des lieux

- 226 Plusieurs lois cantonales d'application de la LP subordonnent la désignation du commissaire par le juge à une ou plusieurs conditions, manifestement dans un but de protection du justiciable. La loi tessinoise d'application de la LP exige ainsi du commissaire qu'il n'ait pas été condamné pénalement pendant les dix dernières années précédant sa désignation ou été le destinataire pendant les cinq dernières années précédant sa nomination d'une sanction disciplinaire de droit des poursuites et des faillites, qu'il s'agisse de l'amende ou de la destitution. Toujours selon cette disposition, la personne choisie pour remplir le rôle de commissaire ne doit pas se trouver en situation d'insolvabilité, rendue patente par un acte de défaut de biens. D'autres dispositions cantonales prévoient que l'autorité de désignation compétente peut ou doit exiger que le futur commissaire soit au bénéfice d'une assurance professionnelle disposant d'une couverture suffisante pour la prise en charge de dommage fondé sur la responsabilité civile⁶¹¹.
- 227 La loi lucernoise d'introduction à la LP⁶¹² est remarquablement incisive, en posant le principe de l'obligation d'avoir obtenu une « *Sachwalterpatent* » pour pouvoir être désigné commissaire au sursis. La conformité de cette loi avec le droit fédéral est discutable, et l'on peut se demander si cette norme cantonale n'est pas simplement anticonstitutionnelle, en raison d'une violation du principe de primauté du droit fédéral. La problématique de son éventuelle contrariété avec la garantie constitutionnelle de la liberté économique ne se pose pas, dès lors qu'il a été démontré précédemment que l'application de cette garantie aux tâches officielles par lesquelles un tiers exerce une parcelle de la puissance publique était exclue⁶¹³. Les conditions fixées par le législateur lucernois sont identiques à celles exigées d'un préposé à l'office des faillites de ce canton ; l'examen du candidat porte sur les

⁶¹¹ Art. 5 al. 3 EG SchKG BL; art. 5 al. 3 EG SchKG GL; art. 10 al. 3 EG SchKG LU; art. 7 lit. 1 LALEF TI; art. 19 EG SchKG ZG.

⁶¹² L'art. 8 al. 1 de la loi lucernoise d'introduction à la LP du 22 octobre 1996 (SRL 290) édicte que « *Zur Übernahme und Ausführung von Sachwaltermandaten gemäss SchKG, insbesondere bei der Durchführung gerichtlicher Nachlassverträge und bei Notstundungen, sowie zur Übernahme und Ausführung von Mandaten bei gerichtlich verfügbarem Konkursaufschub ist nur zugelassen, wer das luzernische Sachwalterpatent oder ein gleichwertiges Fähigkeitszeugnis eines andern Kantons besitzt* ».

⁶¹³ Voir cependant l'avis de JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 16 ad art. 295 LP, qui se réfère à l'art. 27 Cst. et estime que la disposition lucernoise ne devrait pas résister à l'examen de sa conformité avec elle.

dispositions de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que ses dispositions d'exécution cantonales, l'organisation des arrondissements cantonaux et les directives du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral. Des connaissances en droit civil, droit des obligations, procédure civile et organisation judiciaire sont également requises⁶¹⁴. Notons encore que pour pouvoir s'inscrire aux examens oraux et écrits, le candidat commissaire doit présenter les documents suivants⁶¹⁵: « *a. ein kurzgefasster Lebenslauf, der auch über den Wohnsitz in den letzten fünf Jahren Aufschluss gibt, b. eine Bescheinigung der Handlungsfähigkeit, c. ein Auszug aus dem Strafregister, d. ein Auszug aus dem Betreibungsregister über die letzten fünf Jahre, e. die Quittung der kantonalen Gerichtskasse über die Bezahlung der Prüfungsgebühr* ». On peut se demander au passage ce que va faire la commission en charge de l'admission des candidats à l'examen du « renseignement » sur le domicile des cinq dernières années. L'art. 5 al. 1 de l'ancienne loi sur la profession de commissaire du 6 octobre 1942 était plus explicite sur ce point : il fallait être établi depuis au moins trois ans dans le canton de Lucerne pour prétendre à l'admission de sa candidature. Notons qu'une Commission de réflexion avait été mandatée par le gouvernement lucernois afin qu'elle examine l'opportunité de l'abrogation de la loi sur la profession de commissaire⁶¹⁶.

2. Principe de primauté du droit fédéral

228 Il ne ressort directement ni de la LP, ni de l'une de ses ordonnances d'exécution, que le législateur fédéral entendait limiter l'accès à la fonction de commissaire au sursis par l'exigence d'une obtention d'autorisation de pratiquer, de type certificat de capacité. Le fait de fixer des conditions à la désignation, qu'elles le soient en termes de formation et d'expérience notamment, n'est pas encore en soi une exigence infondée conduisant à l'inapplicabilité des dispositions concernées. Il ne fait aucun doute que la collectivité publique et la communauté des justiciables ont le droit d'escompter que les personnes désignées à la fonction de commissaire disposent d'une formation minimale adéquate à l'exercice de leur activité officielle, qui engage la responsabilité de l'Etat. Cependant, il est légitime de se demander s'il n'appartiendrait pas plutôt au législateur fédéral d'introduire ce principe, dans la LP,

⁶¹⁴ Art. 4 de l'ordonnance sur les examens des préposés aux poursuites et faillites ainsi que des commissaires du 11 novembre 1996 (SRL 064).

⁶¹⁵ Art. 2 al. 4 de l'ordonnance sur les examens des préposés aux poursuites et faillites ainsi que des commissaires du 11 novembre 1996 (SRL 064). Selon l'art. 8 al. 1 de la même ordonnance, les taxes d'examens se montent à CHF 800.-

⁶¹⁶ Botschaft des Regierungsrates an den Grossen Rat zu den Entwürfen eines neuen Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs sowie damit zusammenhängender Erlassänderungen du 27 février 1996, p.18 s.

ou une ordonnance d'exécution. A tout le moins, la LP devrait déléguer aux cantons la tâche de réglementer l'accès à l'activité de commissaire - comme c'est le cas pour les représentants professionnels (art. 27 LP) – et soumettre la validité de l'acte cantonal d'application à l'approbation de la Confédération (art. 29 LP ; ATF 124 III 428).

- 229 Se pose la question de la validité de la disposition cantonale lucernoise précitée ou d'autres éventuelles dispositions cantonales comparables au regard du principe de primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.) et de la compétence exclusive de légiférer que possède la Confédération dans certains domaines. Le principe de primauté du droit fédéral prévoit notamment que les cantons ne peuvent ni légiférer dans des domaines réglés exclusivement dans la législation fédérale, ni intervenir dans des domaines que le législateur a voulu régler de manière exhaustive⁶¹⁷, ni éluder le droit fédéral ou en contredire le sens ou l'esprit⁶¹⁸. Mais le législateur cantonal peut tout de même légiférer dans un domaine considéré comme exhaustivement réglé par le législateur fédéral, pour autant que la législation cantonale poursuive un autre but⁶¹⁹, sauf si la législation fédérale est complète et exhaustive⁶²⁰. Même dans ce dernier cas, la législation cantonale ne violera le principe de primauté du droit fédéral que dans l'hypothèse où elle est clairement contraire au droit fédéral⁶²¹. En droit public, les cantons demeurent compétents pour légiférer dans des domaines que le législateur fédéral n'a pas entendu régler de manière exhaustive, mais doivent veiller à ce que les buts et les moyens des dispositions adoptées aillent dans le même sens que ceux prévus par le droit fédéral⁶²². La compétence exclusive de légiférer dans le domaine du droit civil et de procédure civile appartient en revanche à la Confédération (art. 122 Cst.), les cantons n'étant qu'habilités dans ce domaine à édicter des règles de droit public (art. 6 CC), à conditions que le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer la matière de façon exhaustive, que les règles

⁶¹⁷ RUCH, BV-Kommentar, n° 10 ss. ad art. 49 ; AUBERT, Petit commentaire de la Constitution fédérale, n° 5 ad art. 49 Cst.

⁶¹⁸ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. I, § 1035 et l'ATF 118 la 299 cité ; RUCH, BV-Kommentar, n° 8 ad art. 49 Cst.

⁶¹⁹ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. I, § 1035 ; AUBERT, Petit commentaire de la Constitution fédérale, n° 5, deuxième paragraphe, ad art. 49 Cst.

⁶²⁰ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. I, § 1059.

⁶²¹ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Vol. I, *loc. cit.*

⁶²² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, § 1064 et la référence à l'ATF 129 I 346; RUCH, BV-Kommentar, n° 17 ad art. 49.

cantonales soient justifiées par un intérêt public pertinent et enfin que lesdites règles n'éluent pas le droit civil fédéral, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit⁶²³.

- 230 En matière de LP – qui constitue du droit de procédure civile⁶²⁴ – les cantons ne demeurent que libres d'adopter des règles de droit public, dans la mesure où la législation fédérale en la matière n'a pas réglé exhaustivement la matière, qu'il existe un intérêt public à leur adoption, et que la législation adoptée par le canton ne lui est pas contraire⁶²⁵. Les cantons demeurent en principe compétents en matière d'organisation judiciaire et d'administration de la justice⁶²⁶, mais le législateur cantonal est lié par les règles de procédures fédérales, même implicites⁶²⁷.
- 231 La législation lucernoise doit donc s'examiner à l'aune de la LP et des autres actes fédéraux connexes. Il convient de déterminer tout d'abord si la législation fédérale règle exhaustivement le domaine traité. Si tel n'est pas le cas, il reste une place pour la législation cantonale de droit public, aux conditions énumérées ci-dessus. Si, en revanche, l'on doit arriver à la conclusion que le domaine de l'exécution forcée est intégralement et exhaustivement appréhendé par les lois et ordonnances fédérales, il conviendra d'être alors plus restrictif dans l'appréciation de la validité de normes cantonales. En l'occurrence, les travaux préparatoires indiquent que le législateur a voulu conférer à la LP un caractère exhaustif :

« Dans le domaine qu'elle régleme - qu'il s'agisse de droit d'exécution forcée, de droit de procédure civile, de droit d'organisation ou de droit administratif - la LP exclut en principe toute législation cantonale et établit ainsi un droit uniforme pour toute la Suisse. »⁶²⁸

- 232 Il convient de déterminer si l'absence de norme fédérale relative aux conditions de désignation du commissaire est un silence qualifié, exprimant la volonté du législateur de laisser toute latitude au juge du concordat, une lacune, que le législateur cantonal lucernois a pu et voulu combler, ou encore si ce silence constitue un blanc-seing en faveur des législateurs cantonaux. Avant l'adoption de la

⁶²³ ATF 120 la 89, consid. 2 b ; ATF 120 la 299, consid. 2b ; ATF 119 la 59, consid. 2 b.

⁶²⁴ Cf. le préambule de la LP qui précise que la LP a été prise en application de l'art. 64 aCst (actuellement 122 Cst) et ce en dépit du caractère mixte de la loi, qui contient à l'évidence des règles de droit privé et de droit public. LEUENBERGER, BV-Kommentar, n° 20 ad art. 122 Cst. ; AUBERT, Petit commentaire de la Constitution, n° 9 ad art. 122 Cst et la note de bas de page 25 ;

⁶²⁵ ATF 128 I 206.

⁶²⁶ Art. 64 al. 3 aCst, 122 al 2 Cst.

⁶²⁷ KNAPP, Commentaire Cst. 1874, n° 74 ad art. 75 Cst.

⁶²⁸ Message concernant la révision de la LP du 8 mai 1991, FF 143 III p. 5 s.

loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite en 1889, la Commission du conseil des États avait critiqué dans son rapport l'introduction par le Conseil fédéral de la nécessité pour le préposé de posséder « une somme importante de connaissances dans le domaine du droit civil et administratif, pour être qualifié à remplir la tâche qui lui incombe »⁶²⁹. Mais cette critique n'en était en réalité qu'une parmi tant d'autres, émises à propos de la volonté du Conseil fédéral de confier au même et unique préposé la direction d'un seul office, regroupant les tâches découlant des procédures de poursuite et de faillite. Or, la Commission était d'avis qu'il était préférable d'opérer une scission entre office des poursuites d'une part, et des faillites d'autre part. De ce fait, les procédures de poursuite étant selon elle plus simples, il devenait excessif d'imposer indistinctement à tout préposé de posséder des connaissances étendues en droit civil et en droit administratif. Finalement, ce n'était pas tant contre des exigences en matière de formation, mais bien plutôt contre un empiètement de la Confédération sur le mode d'organisation des offices, réservé selon elle au canton, que la Commission luttait. Le fait de placer dans la loi fédérale des exigences de formation minimale n'était donc pas en soi critiqué. Cela ressort d'ailleurs également de l'art. 27 LP, qui autorise les cantons à réglementer la représentation professionnelle dans le cadre des procédures d'exécution forcée.

- 233 La LP fait toutefois clairement état de ce que les cantons peuvent réglementer dans leur législation d'application (art. 23 ss LP, chapitre O, Dispositions cantonales d'exécution). Elle rappelle également que le Conseil fédéral dispose d'un pouvoir d'approbation des actes cantonaux nécessaires à l'application du droit fédéral⁶³⁰, en application de l'art. 186 al. 2 Cst.; seules font cependant l'objet d'un examen sommaire⁶³¹ les dispositions cantonales nécessaires à l'exécution de la LP. Les autres dispositions ne sont pas examinées et peuvent ainsi se révéler contraires au droit fédéral. L'approbation des règles par le Conseil fédéral ne leur procure aucune immunité et la constitutionnalité de dites normes peut être revue librement par les tribunaux⁶³².
- 234 Par ailleurs, même si, historiquement, la question de la formation des préposés a fait l'objet de tensions entre les cantons et la Confédération, cette dernière ne cachant pas son souhait de prévoir dans la LP les minima requis⁶³³, le législateur

⁶²⁹ Rapport de la Commission du conseil des Etats concernant le projet de loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 13 novembre 1886, FF 1886 III p. 655 ss (665).

⁶³⁰ Art. 28 LP.

⁶³¹ ERARD, CR LP, n° 5 ad art. 29 LP.

⁶³² GILLIÉRON, n° 14 ss ad. art. 29 LP; ROTH, BSK-SchKG n° 4 s. ad art. 29 LP.

⁶³³ GILLIÉRON, n° 8 ad art. 3 LP.

fédéral a aussi délégué expressément aux cantons la tâche d'organiser les offices. La plupart des cantons ont adopté sur cette base des dispositions, figurant dans des lois d'application, des ordonnances ou des règlements, réglant les conditions de formation professionnelle des préposés. La validité de ces règles dépend de l'interprétation faite de l'art. 2 al. 5 LP, qui peut être comprise comme laissant aux cantons toute latitude pour réglementer l'organisation des offices. C'est en ce sens que la disposition est interprétée dans la pratique, et le fait que les cantons soient ainsi compétents, en application de l'art. 2 al. 5 LP, pour notamment édicter des conditions matérielles d'éligibilité des préposés et substituts, n'est pas remis en question⁶³⁴.

- 235 La situation est moins claire pour ce qui a trait à l'exigence d'éventuelles conditions matérielles d'éligibilité du commissaire au sursis. Certes, les art. 23 ss LP sont clairs en ce qu'ils limitent précisément le cadre dans lequel les cantons peuvent adopter une législation d'exécution. De même, lorsque le législateur a voulu confier une tâche précise d'exécution aux cantons, ou leur laisser une certaine marge de manœuvre, il l'a expressément mentionné, en adoptant par exemple l'art. 5 al. 3 LP. Enfin, lorsque le législateur a jugé important, dans un souci de protection du justiciable, de pouvoir exiger de la part des représentants professionnels des qualifications particulières, il a également prévu une disposition légale allant dans ce sens, et a expressément autorisé à légiférer les cantons qui le souhaitent⁶³⁵. Des développements qui précèdent, l'on peut légitimement douter que le législateur avait vraiment réfléchi à la question d'exiger du commissaire, ou même de l'administrateur spécial de la faillite et du liquidateur, des aptitudes particulières. Peut-être ne l'a-t-il initialement pas estimé nécessaire, pour deux raisons. Premièrement, à l'époque de l'adoption de la LP en 1889, les aspects techniques, juridiques ou économiques n'étaient-ils pas si présents qu'aujourd'hui. Deuxièmement, le législateur a sans doute estimé pouvoir faire confiance au juge, seul compétent pour désigner le commissaire et simultanément s'assurer de son aptitude à mener à bien la mission qui lui est confiée. Il est également soutenable d'estimer que si le législateur fédéral a laissé les cantons libres de fixer les

⁶³⁴ GILLIÉRON, n° 30 ad art. 2 LP ; DALLÈVES, CR LP, n° 7 ad art. 2 LP; ROTH, BSK-SchKG, n° 13 ss ad art. 2; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 7 ad art. 2 LP.

⁶³⁵ Voir KNAPP, Commentaire Cst. 1874, n° 39 ad art. 64 Cst., qui est d'avis qu'« *il devrait être exceptionnel que la bonne application du droit privé fédéral exige une uniformisation des règles d'organisation internes aux cantons* », et s'interroge sur la nécessité de placer dans la LP des règles spécifiques sur la responsabilité de l'office.

conditions matérielles d'éligibilité des préposés et substitués⁶³⁶, il en va de même pour le commissaire.

- 236 La volonté affichée du législateur de régler exhaustivement dans la LP le droit de l'exécution forcée, de procédure civile, d'organisation et le droit administratif⁶³⁷ ne signifie pas encore que la législation fédérale soit effectivement exhaustive et que la législation lucernoise dépasse les limites fixées au pouvoir législatif des cantons en matière de LP par la Confédération. Il est en effet indéniable qu'il reste une place pour la législation cantonale d'exécution. Mais la législation cantonale doit poursuivre un intérêt public et ne pas être contraire au droit fédéral. Force est de constater que la législation lucernoise est incisive, probablement par souci de protectionnisme. En ce sens, l'on peut affirmer qu'elle est contraire au droit fédéral, par manque de proportionnalité. Si le législateur avait voulu que les commissaires soient titulaires d'une patente, il aurait placé cette exigence dans la loi fédérale, comme il l'a fait pour les agents d'affaire, ou dans une ordonnance d'exécution, par exemple dans l'art. 60 OELP. Or, tel n'est pas le cas. Le fait que la loi lucernoise reconnaisse les patentes délivrées par d'autres cantons ne change rien à ce qui précède : Lucerne est le seul canton à avoir adopté cette exigence. Une disposition du type de celle adoptée par le législateur tessinois est en revanche conforme à l'esprit de la LP⁶³⁸.

⁶³⁶ AMONN / WALTHER, § 3 n° 13, qui parle de compétence des cantons pour légiférer en matière d'organisation d' « *Hilfsorgan* ».

⁶³⁷ Message concernant la révision de la LP du 8 mai 1991, FF 143 III p. 5 s.

⁶³⁸ Art. 9, lit a LALEF (TI RL 3.5.1.1), qui énonce que le commissaire au sorsi doit « disporre delle capacità e qualifiche necessarie ed essere in grado di garantire un' attività irreprensibile ».

Section III

Fin de l'activité

A. Fin ordinaire

- 237 La fin du mandat du commissaire au sursis ordinaire intervient avec l'homologation du concordat⁶³⁹ ou la révocation du sursis⁶⁴⁰. Ce n'est qu'une fois que la décision judiciaire homologuant ou rejetant l'homologation du concordat, ordinaire ou par abandon d'actif, aura été publiée⁶⁴¹ et sera devenu exécutoire que les effets du sursis cesseront automatiquement, avec pour conséquence la fin de la mission du commissaire⁶⁴². Tant que le jugement précité n'est pas entré en force, c'est-à-dire durant le délai de recours et pendant l'éventuelle procédure par laquelle le jugement est attaqué, tant aux niveaux cantonal que fédéral, le sursis continue à déployer ses effets, et partant le commissaire conserve son mandat et son rôle, sans nécessité d'une nouvelle décision du juge du concordat. Cette mesure est nécessaire afin de garantir l'exécution du concordat. Lever toutes les restrictions et les interdictions faites au débiteur et le laisser sans surveillance ferait naître un risque de lésion non négligeable des intérêts des créanciers, le débiteur pouvant alors librement se dessaisir de ses actifs. L'activité du commissaire au sursis provisoire prend fin à l'échéance du sursis provisoire, les principes précités étant applicables *mutatis mutandis* en cas de recours.
- 238 L'on notera que la situation juridique sera en pareilles circonstances peu claire, notamment pour les tiers de bonne foi qui pourront partir du principe que le sursis ne déploie plus d'effet une fois arrivé à échéance. Concrètement, il conviendrait que le juge d'appel saisi ou le commissaire fasse part de l'existence d'une procédure de recours et de la prolongation implicite du sursis qui en découle aux offices des poursuites et faillites du siège du débiteur, au registre du commerce et au registre foncier, en application analogique de l'art. 296 LP.

⁶³⁹ ATF 42 III 460 ; ATF 81 III 30; ZH, décision de la 1^{ère} section du Tribunal de district de Bülach du 6 septembre 1995, in : BISchK 1997 II p. 75 ss. (consid. II. 3.). ATF 28 p. 414 = BISchK 1937 III p. 81-82. JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 42 ad art. 295 LP ; FAVRE, § 55 n° 3 ;

⁶⁴⁰ GILLIÉRON, n° 56 ad art. 295 LP.

⁶⁴¹ Art. 308 al. 2 LP.

⁶⁴² ATF 130 III 380, consid. 3.2. = JdT 2004 I 323. NE, décision du tribunal administratif du 11 novembre 1988, in : RVJ 1988 p. 192 ss. ; VOLLENWEIDER, p. 12 et les références citées en notre de bas de page 23.

B. Fin extraordinaire

239 Indépendamment d'une éventuelle procédure disciplinaire ouverte par l'autorité cantonale de surveillance, sur demande du juge du concordat, du débiteur, de créanciers ou d'un tiers, susceptible de conduire à la destitution forcée du commissaire au sursis, il existe deux cas de fin des fonctions : l'abandon volontaire de la charge, respectivement la faillite ou la mort du commissaire au sursis.

1. Abandon volontaire des fonctions

240 Les règles applicables en matière de cessation volontaire par le commissaire de son activité sont régies par le droit du mandat. En particulier, le commissaire n'est pas en droit de résilier son mandat en temps inopportun⁶⁴³. S'il le fait, il engage proportionnellement la responsabilité du canton⁶⁴⁴. Le commissaire est en droit de faire dépendre son activité du versement d'une provision. Au cas où le débiteur n'est pas à même de la fournir dans le délai imparti, le commissaire est habilité à suspendre son activité et à n'effectuer que les actes urgents. Il conviendra par ailleurs de se demander si l'absence de paiement des honoraires du commissaire par le débiteur n'est pas un aveu de totale insolvabilité, motif de révocation du sursis et de mise en faillite du débiteur⁶⁴⁵.

2. Décès, faillite

241 En application analogique de l'art. 405 CO, le décès et la faillite du commissaire conduiront obligatoirement à la fin de la mission du commissaire. Au jour de la faillite, un autre commissaire devra être immédiatement nommé par l'autorité judiciaire compétente. Eu égard à la nature de la mission confiée au commissaire et des intérêts en jeu, l'on devrait admettre que le commissaire failli ne cesse pas immédiatement toute activité au jour de la faillite, afin d'assurer une transition entre les deux commissaires et le traitement des urgences⁶⁴⁶.

⁶⁴³ ATF 105 III 20 (consid. 4 d) = JdT 1981 II 25 (31).

⁶⁴⁴ Art. 5 LP.

⁶⁴⁵ Contrairement à l'avis de CORADI, p. 87, il faut considérer que ce principe vaut aussi pour le commissaire qui serait par hypothèse choisi au sein d'un office. Le défaut de paiement, aveu de totale insolvabilité, doit avoir les mêmes effets sur le sursitaire, que le commissaire soit fonctionnaire ou non. L'inverse conduirait à une inégalité de traitement choquante.

⁶⁴⁶ Art. 405 al. 1 *in fine* LP.

Chapitre II

ACTIVITÉS DE SURVEILLANCE ET DE GESTION

Section I

L'activité du commissaire provisoire

A. Tâches similaires à celles du commissaire ordinaire

242 Après le dépôt d'une demande de sursis concordataire ou la décision d'ajourner d'office la faillite, le juge du concordat ordonne immédiatement les mesures conservatoires nécessaires⁶⁴⁷. Lorsque les circonstances le justifient, c'est-à-dire lorsque le cas est particulièrement complexe⁶⁴⁸ ou la situation peu claire, le juge du concordat peut décider de n'octroyer au débiteur qu'un sursis provisoire de deux mois au plus, et nommer un commissaire provisoire⁶⁴⁹. Les effets du sursis provisoire – qui ne constitue encore qu'une mesure provisionnelle – sur les droits du débiteur sont similaires à ceux du sursis définitif⁶⁵⁰. Au stade du sursis provisoire, le juge a déjà la faculté de restreindre ou de soumettre à la surveillance du commissaire les activités du débiteur. Dans cette hypothèse, le commissaire au sursis provisoire sera déjà chargé d'une mission de surveillance, voire de gestion, proche ou même identique à celle du commissaire au sursis ordinaire⁶⁵¹. Le législateur a pour le surplus opéré un renvoi aux dispositions concernant la publication du sursis (art. 296 LP), ainsi qu'à celles portant sur les effets du sursis à l'égard des créanciers (art. 297 LP) et du débiteur (art. 298 LP). L'étendue et le cadre de l'activité déployée pendant le sursis provisoire sont ainsi très proches⁶⁵² de celles du commissaire au sursis concordataire nommé sur la base de l'art. 295 al.1 LP et il est renvoyé à ce sujet à ce qui sera dit à propos du commissaire au sursis ordinaire.

B. Spécificités

1. Conservation de l'actif

243 Si le législateur a laissé la possibilité au juge d'ordonner des mesures conservatoires en cas de nécessité et notamment de désigner un commissaire provisoire, c'est

⁶⁴⁷ Art. 293 al. 3, première phrase, LP.

⁶⁴⁸ VS, arrêt du Tribunal cantonal en tant qu'autorité de recours en matière de faillite du 10 juin 1997, consid. 3 a, in : RVJ p. 153-154.

⁶⁴⁹ Art. 293 al. 3, seconde phrase, LP.

⁶⁵⁰ Art. 293 al. 4 LP renvoyant notamment à l'art. 298 LP ; TF, arrêt 5C.156/04 du 7 octobre 2005.

⁶⁵¹ ATF 129 III 94, consid. 3 = JdT 2003 II p. 52 = BISchK 2004, II, p. 64 ss.

⁶⁵² HUNKELER, n° 655 s.

principalement dans le but d'éviter que, dans la toute première phase de la procédure concordataire, alors que le sursis ordinaire n'a pas encore été prononcé, le débiteur et/ou certains créanciers ne se procurent indûment un avantage susceptible de léser l'ensemble des créanciers ou d'avantager une partie d'entre eux⁶⁵³. Le commissaire provisoire peut ainsi prendre des mesures afin de conserver le patrimoine du débiteur et notamment interdire au débiteur d'exécuter ses obligations à l'égard d'un créancier⁶⁵⁴.

2. Etat de la fortune et des revenus

- 244 Le commissaire provisoire étant chargé, parmi d'autres tâches, de veiller à la conservation du patrimoine du débiteur, l'on peut à ce sujet se demander pourquoi le législateur n'a pas effectué un renvoi à l'art. 299 LP lorsqu'il a décidé d'appliquer les articles 296 à 298 LP au sursis provisoire, puisque l'élaboration d'un inventaire, ne fût-il que provisoire, est un moyen des plus appropriés pour acquérir une image assez précise de l'ensemble des actifs du débiteur. Un inventaire serait par ailleurs précieux au juge du concordat qui aura à octroyer ou non un sursis au débiteur, en tenant compte notamment de sa situation, ainsi que de l'état de son patrimoine et de ses revenus⁶⁵⁵.
- 245 En annexe à sa requête de sursis, le débiteur est tenu de fournir au juge tous les documents comptables et autres, laissant apparaître l'état de son patrimoine et de ses revenus. En d'autres termes, les documents précités doivent permettre au juge de se représenter une image la plus proche possible de la réalité, mais finalement assez floue, d'après les termes mêmes de la loi. Le débiteur devra ainsi remettre au commissaire provisoire tous les documents comptables et autres pièces nécessaires dans le but de lui permettre d'appréhender la réalité économique de l'entreprise candidate au sursis. Cet aspect de l'activité du commissaire provisoire est capital dans l'hypothèse où la procédure a été initiée par un créancier : il est en effet très probable que ledit créancier n'aura pas pu fournir au juge les documents permettant de présenter une photographie stable de la situation patrimoniale du débiteur. Il arrive bien souvent que des entreprises soumises à l'obligation d'aviser le juge d'un surendettement⁶⁵⁶, et particulièrement les « *startups* », qui sont

⁶⁵³ ATF 129 III 94, consid. 3 = JdT 2003 II p. 52 = BISchK 2004, II, p. 64 ss. (56 s.) ; JAEGER, n° 77 ad art. 293 LP.

⁶⁵⁴ ATF 129 III 94, consid. 3.2.2 = JdT 2003 II p. 52 (57) = BISchK 2004, II, p. 64 ss.

⁶⁵⁵ Art. 294 al. 2 LP.

⁶⁵⁶ Ainsi en va-t-il pour les sociétés anonymes (art. 725 CO), les sociétés en commandite (art. 764 CO), les sociétés à responsabilité limitée (art. 817 CO) et les coopératives (art. 903 CO).

souvent surendettées pendant les premières années de leur activité⁶⁵⁷, soient contraintes d'effectuer l'avis au juge, afin de dégager de toute responsabilité les membres du conseil d'administration. Afin d'éviter la faillite, et parce qu'il peut arriver que les conditions d'un ajournement de faillite ne soient pas remplies (art. 725a CO), faute d'une perspective plausible d'assainissement immédiat, le conseil d'administration n'aura d'autre alternative que de requérir un sursis concordataire, dans l'urgence, et alors qu'il n'est pas en mesure de fournir immédiatement l'intégralité des documents comptables et de démontrer l'existence de solutions de financement pour continuer son activité pendant le sursis et pour financer un concordat dividende. Le commissaire au sursis provisoire aura alors l'importante tâche d'examiner avec le débiteur les perspectives d'assainissement et d'exiger du débiteur des documents fiables.

- 246 En résumé, l'objectif du commissaire provisoire doit être qu'au terme de la période du sursis provisoire, il soit possible de fournir au juge du concordat une image juridique et économique objective, précise et conforme à la réalité, du débiteur concerné, afin qu'une décision sur le sursis définitif puisse être prise en connaissance de cause⁶⁵⁸.

3. Perspectives de concordat et d'assainissement

- 247 Le commissaire au sursis provisoire nommé par le juge a également pour mission d'examiner l'état de la fortune et des revenus du débiteur, ainsi que les perspectives d'assainissement, et pas seulement de concordat⁶⁵⁹. Il existe en effet une différence rédactionnelle entre les textes allemand et italien d'une part et français de l'autre, les textes allemand et italien mentionnant les termes « *Sanierung* » et « *risanamento* ». L'on peut estimer à juste titre qu'à ce stade de la procédure, l'examen du commissaire provisoire peut porter sur les chances d'assainissement en général, en envisageant notamment un assainissement extra-judiciaire sous l'angle de l'art. 725a CO. La fonction du commissaire provisoire se situerait dans ce cas à

⁶⁵⁷ Sur la problématique du surendettement des startups et de la nécessité de modifier l'art. 725 CO, voir BERSHEDA VUCUROVIC, § 876 ss, et les références citées.

⁶⁵⁸ AMMON / GASSER, § 54 n° 10 ss.

⁶⁵⁹ Art. 293 al. 3, seconde phrase LP. Dans l'hypothèse de l'introduction en droit suisse d'une procédure unique destinée à tous les débiteurs soumis à la poursuite par voie de faillite débouchant soit sur l'assainissement, soit sur la liquidation, à l'image de la procédure d'assainissement et de liquidation des banques (LB), la mission du commissaire provisoire serait clairement également d'analyser parallèlement les chances d'assainissement et la probabilité d'acceptation et d'homologation du concordat.

mi-chemin entre celle du commissaire au sursis définitif et du curateur prévue par l'art. 725a CO.

- 248 Puisque l'une des tâches du commissaire ordinaire est d'établir plus tard avec le débiteur un véritable projet de concordat⁶⁶⁰, le commissaire provisoire devrait axer non seulement ses investigations sur les éléments déterminants en fonction du projet de concordat déposé par le débiteur, mais également tenter de trouver des alternatives à ce projet s'il estime que celui-ci a mal choisi parmi les différents types de concordats judiciaires à disposition, afin de présenter ainsi au juge amené à octroyer un sursis concordataire ordinaire un éventail complet des possibilités concordataires qui s'offrent dans le cas d'espèce, accompagné des chances de succès respectives. Cela est d'autant plus nécessaire lorsque c'est un créancier – auquel la loi impose seulement de motiver sa requête, sans qu'il doive bien entendu déposer un projet de concordat, étant dans l'impossibilité matérielle de connaître la situation exacte du patrimoine du débiteur – qui dépose une demande de sursis.
- 249 L'obligation faite par l'art. 293 al. 1, 1^{ère} phrase LP de fournir un projet de concordat est inadaptée, et entre en contradiction avec l'art. 301 al. 1 LP. Par définition, un concordat se négocie, et il est à notre avis prématuré d'exiger du débiteur la fourniture d'un projet déjà au moment de la requête. L'indication dans la requête du type de concordat envisagé devrait suffire. L'art. 301 al. 1 LP laisse par ailleurs supposer que le projet de concordat est élaboré en cours de sursis. Il y aurait donc deux projets, l'un effectué par le débiteur au moment de requérir le sursis, et l'autre par le commissaire pendant le sursis, ce qui constitue une incohérence. Cette exigence serait supprimée si l'avant-projet de modification de la LP du 28 décembre 2008 devait être accepté par les Chambres fédérales⁶⁶¹, ce qui se comprend d'autant plus que le sursis est considéré comme un moratoire à part entière, pouvant mener tant à un assainissement extrajudiciaire qu'à l'homologation d'un concordat. Corollaire supplémentaire du nouveau rôle que jouerait le sursis, l'art. 293b AP-LP élargit la tâche du commissaire au sursis provisoire, qui a désormais pour mission d'examiner également les perspectives d'assainissement, et non plus seulement les chances d'acceptation et d'homologation d'un concordat. Mais la conséquence la plus importante du nouveau rôle du sursis est qu'un sursis provisoire pourrait être octroyé sans qu'un commissaire soit obligatoirement simultanément désigné⁶⁶². Cette possibilité ne devrait être utilisée que restrictivement par le juge du concordat, dans les cas très clairs où les créanciers ne risquent pas d'être lésés, ou si

⁶⁶⁰ Art. 301 al. 1 LP.

⁶⁶¹ Art. 295 al. 2 lit. a AP-LP.

⁶⁶² Art. 293b AP-LP : « le juge du concordat "peut" charger un ou plusieurs commissaire provisoires (...) ».

le débiteur fournit au juge des garanties, par exemple une garantie bancaire ou des sûretés.

4. Révocation du sursis provisoire

- 250 Le fait que le sursis provisoire constitue une mesure provisionnelle ne s'oppose pas à sa révocation, eu égard au but poursuivi par la révocation, soit la préservation du substrat destiné au désintéressement des créanciers concordataires⁶⁶³. Est compétent pour requérir la révocation du sursis le commissaire au sursis provisoire qui, en application de l'art. 298 al. 3 LP, constate qu'il devient urgent de prendre cette mesure en vue de conserver le patrimoine du débiteur, dont les instructions ne sont pas suivies par le débiteur, ou lorsqu'il est manifeste qu'un concordat ne pourra pas être conclu, à l'exclusion d'autres motifs⁶⁶⁴. Le juge du concordat lui-même, d'office, qui parvient à des conclusions identiques ou qui a été informé d'actes suspects du débiteur peut également prendre cette mesure d'office. Le sursis provisoire constituant une mesure conservatoire, il ne paraît pas approprié de prévoir l'application de l'art. 309 LP en cas de révocation du sursis provisoire. Partant, les créanciers ne devraient pas être admis à requérir la faillite du débiteur à la suite de la révocation du sursis provisoire.

⁶⁶³ MARCHAND, FJS 24, n° 107. *Contra* : TG, Rekurskommission du 26 janvier 1998, BR 97 152 in: RBOG 98, 15, p. 123 ss et VOLLMAR, BSK SchKG bis, ad n° 11 *in fine* ad art. 293 LP.

⁶⁶⁴ BE, décision de l'autorité cantonale de surveillance du 24 septembre 1973 in: BISchK 1977, 3, p. 86 ss (89). VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 33 s ad art. 295 LP.

Section II

L'activité du commissaire ordinaire

A. Les différentes mesures de surveillance

- 251 Il incombe au commissaire de notamment veiller à ce que les biens affectés au désintéressement des créanciers ne subissent pas une diminution numéraire ou de leur valeur pendant le sursis⁶⁶⁵. Le commissaire au sursis concordataire est désigné, entre autres motifs, afin de veiller à ce que le débiteur ne procède pas, en sa faveur, celle de certains créanciers ou encore de tiers, à des actes diminuant la valeur ou le nombre de ses actifs destinés à désintéresser les créanciers⁶⁶⁶. Le législateur a défini trois mesures alternatives poursuivant ce but et réglant en conséquence la poursuite de l'activité du sursitaire. Le juge du concordat appelé à statuer sur la poursuite de l'activité du débiteur peut choisir en opportunité entre les trois modalités de continuation des activités.
- 252 En premier lieu, le juge du concordat peut décider d'autoriser le débiteur sursitaire à poursuivre seul l'activité de son entreprise, sous la surveillance du commissaire⁶⁶⁷. Deuxièmement, le juge du concordat peut autoriser le débiteur sursitaire à poursuivre ses activités, toujours sous la surveillance du commissaire, et décider que certains actes, mentionnés dans le dispositif du jugement octroyant le sursis ou après chaque rapport intermédiaire du commissaire, ne pourront être accomplis valablement qu'avec le concours du commissaire⁶⁶⁸. Enfin, le juge du concordat pourra préférer à ces deux solutions alternatives une troisième, très incisive, par laquelle le débiteur sursitaire sera remplacé par le commissaire au sursis concordataire qui poursuivra seul l'activité du débiteur⁶⁶⁹. Dans tous les cas, et indépendamment du degré de coercition de la surveillance, certains actes exhaustivement énumérés⁶⁷⁰ par l'art. 298 al. 2 LP demeureront – relativement – interdits et ne pourront être effectués qu'avec l'accord du juge. Cet alinéa, introduit à l'occasion de la révision de la LP entrée en vigueur en 1997, est venu positivement

⁶⁶⁵ HARDMEIER, BSK-SchKG, n° 20 ad. art. 310 LP; ATF 129 III 94 (consid. 3) = JdT 2003 II p. 52 (56) = BLSchK 68 (2004), II, pp. 64 ss. ; ATF 126 III 294 (295) = JdT 2000 II 57 (58)

⁶⁶⁶ HARDMEIER, BSK-SchKG, n° 20 ad. art. 310 LP.

⁶⁶⁷ Art. 295 al. 2 lit. a LP et 298 I 1^{ère} phrase LP, surveillance ordinaire.

⁶⁶⁸ Art. 295 al. 2 lit. b LP et 298 I 1^{ère} phrase *ab initio* LP, surveillance qualifiée.

⁶⁶⁹ Art. 295 al. 2 lit b LP et 298 I 2^{ème} phrase *in fine* LP, remplacement et gestion par la commissaire.

⁶⁷⁰ DIETSCHKE, p. 343 et les références citées en note de bas de page 79.

assouplir l'ancienne mouture de la LP, afin notamment de dégager si nécessaire des liquidités, produits de vente des biens du sursitaire⁶⁷¹.

- 253 L'étendue et les modalités des activités de gestion et de surveillance à mettre en œuvre par le commissaire au sursis devront être clairement définies et circonscrites dans le jugement d'octroi du sursis concordataire, afin d'assurer la sécurité du droit et d'éviter toute interprétation relative à l'étendue de la restriction au pouvoir de disposition du débiteur. Cette exigence peut paraître anodine, mais elle est en réalité essentielle à une répartition claire des tâches au sein de l'entreprise sursitaire entre commissaire d'une part et direction et conseil d'administration d'autre part⁶⁷². Le consentement du commissaire déterminera si la dette qu'il autorise deviendra une dette de la masse dans le cas d'un concordat par abandon d'actif ou une faillite subséquente et une dette du concordat dans un concordat ordinaire. Sera déterminant le moment où la cause juridique de la créance est avenue. Le commissaire doit pouvoir faire respecter la restriction au pouvoir de disposition qui aura été décidée par le juge du concordat. Ainsi a-t-il la faculté et même dans certains cas l'obligation, dans le cadre de sa surveillance, de donner des directives au débiteur et de l'empêcher de procéder à certains actes qui diminueraient ses actifs ou augmenteraient ses passifs.

B. Surveillance simple

- 254 Dans l'hypothèse où le juge du concordat décide d'octroyer un sursis concordataire au débiteur en laissant celui-ci libre de continuer à gérer l'activité courante de son

⁶⁷¹ MARCHAND, FJS 24, n° 51, 1^{er} paragraphe.

⁶⁷² TFAS, arrêt H 66/05 du 19 juillet 2006. Dans le cas d'espèce, l'un des administrateurs de l'entreprise en sursis avait cru que le commissaire gérerait dorénavant les affaires courantes et paierait notamment lui-même les cotisations paritaires sur les salaires. Le TF rappelle à cette occasion qu'à moins que le juge n'en dispose autrement, le débiteur sursitaire « peut poursuivre l'exploitation de son entreprise et accomplir tous les actes juridiques qui entrent dans le cadre de la gestion quotidienne de celle-ci, à l'exception toutefois de ceux qui sont mentionnés à l'art. 298 al. 2 LP » (consid. 4.1). Il convient encore d'ajouter que le TF a exclu une limitation de la responsabilité de l'administrateur pour les cotisations demeurées impayées, quand bien même celui-ci croyait de bonne foi que son rôle effectif dans l'entreprise était modifié – en l'occurrence il se croyait désinvesti de tout pouvoir de décision – par la désignation d'un commissaire (consid. 4.2.).

Eu égard à son devoir de protéger les intérêts des créanciers, le commissaire devrait surveiller les paiements à effectuer ou auxquels le débiteur a procédé, et donc également s'assurer que les charges sociales afférentes aux salaires ont été payées, indépendamment du type de surveillance décidé par le juge. A défaut, le commissaire est susceptible d'engager sa responsabilité civile, voire pénale (complicité, par omission, alors qu'il est un garant).

entreprise sans dessaisissement, et sans restreindre d'avantage son pouvoir de disposition que ne le fait déjà l'art. 298 al. 2 LP, la tâche de surveillance du commissaire comportera deux composantes. Il s'agira premièrement pour lui d'exercer une surveillance générale du débiteur, et de lui donner des instructions, des injonctions ou encore des autorisations lorsque les actes envisagés ou effectués par celui-ci, quand bien même ils ne seraient pas interdits par l'art. 298 al. 2 LP, sortent du cadre de ceux nécessaires à la gestion quotidienne de l'entreprise et, cumulativement ou alternativement, risquent de nuire ou nuisent concrètement aux créanciers. Deuxièmement, le commissaire devra s'assurer que le débiteur ne contrevient pas aux interdictions de l'art. 298 al. 2 LP, respectivement que le juge du concordat a donné son accord à l'acte envisagé⁶⁷³.

1. Première composante : devoir général de conservation du patrimoine du débiteur et des intérêts de chaque créancier

255 En vertu de son devoir général de sauvegarder en tout temps les intérêts des créanciers et leur égalité de traitement, ainsi que de conserver le patrimoine du débiteur, le commissaire devra s'assurer que ce dernier, dans le cadre de la gestion courante de son activité, ne risque pas de léser ses créanciers, directement ou indirectement. Toute aggravation globale de la situation du débiteur pendant le sursis doit être prohibée. Même si le débiteur est autorisé à exploiter son entreprise lui-même, il devra nécessairement accorder au commissaire un droit de regard, et obtenir son consentement pour tous les actes autres que ceux nécessaires à la continuation de l'activité de l'entreprise pendant le sursis⁶⁷⁴. Le commissaire pourra exiger du débiteur d'être tenu quotidiennement ou hebdomadairement informé de ses actes de gestion et d'administration⁶⁷⁵. Il conviendra cependant que le commissaire veille à ne pas exercer un contrôle excessivement incisif⁶⁷⁶ qui dépasserait la véritable mission confiée et définie par le juge, et qui aurait pour effet de travestir la réelle intention du juge.

⁶⁷³ HUNKELER, n° 777 ; VS, décision du tribunal cantonal du 10 juin 1997, X. SA et Y. c Juge I du district de Sion in : RVJ 1998 p. 153-154.

⁶⁷⁴ DALLÈVES, L'avocat commissaire au sursis, p. 2.

⁶⁷⁵ MARCHAND, FJS 24, n° 50.

⁶⁷⁶ CORADI, p. 28, qui parle de « *Polizeiaufsicht* ».

2. Deuxième composante : surveillance du respect de l'art. 298 al. 2 LP - les actes (relativement) interdits pendant le sursis

2.1. Interdiction d'aliéner ou grever l'actif immobilisé

- 256 Pendant le sursis, et sauf accord du juge du concordat, le débiteur en sursis ne peut aliéner ou grever l'actif immobilisé saisissable⁶⁷⁷. Cette disposition consacre le principe d'un dessaisissement relatif du débiteur, en rien comparable au principe de dessaisissement du débiteur existant tant dans une procédure continuée par la voie de la saisie (art. 96 LP) que dans une procédure continuée par la voie de la faillite (art. 204 LP)⁶⁷⁸. Les actifs circulants, qui sont par définition destinés à être vendus ou transformés, ne sont pas touchés par le dessaisissement.
- 257 La notion d'actif immobilisé au sens de l'art. 298 al. 2 LP recouvre et va au-delà de celle de l'art. 663a CO⁶⁷⁹. Par actif immobilisé, il faut ainsi entendre l'ensemble des biens qui ont vocation à rester dans l'entreprise de manière durable, qu'ils servent par exemple à son fonctionnement ou constituent un outil de production⁶⁸⁰. L'actif immobilisé se subdivise en immobilisations financières, corporelles et incorporelles. Sans qu'il soit possible d'en donner ici une liste exhaustive, constituent notamment des actifs immobilisés les papiers-valeurs, les créances à long terme, les participations, les immeubles, les machines et autres équipements, le mobilier, les véhicules, les machines de bureau, les brevets, marques et autres licences, la clientèle et le *goodwill*. Il importe peu à cet égard que les éléments figurent ou non au bilan⁶⁸¹. L'aliénation vise principalement la conclusion d'un contrat de vente⁶⁸², la donation, voire la donation mixte.
- 258 Un droit d'emption, valablement constitué sur un immeuble du débiteur promettant en faveur d'un tiers avant le sursis et exercé alors que le sursis a été prononcé,

⁶⁷⁷ Art. 298 al. 2 LP. GILLIÉRON, n° 25 ad Remarques introductives aux art. 293-304 LP.

⁶⁷⁸ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 3 ad art. 298 LP ; Contra GILLIÉRON, n° 8 ad art. 298 LP qui suggère que lorsqu'un concordat par abandon d'actif est envisagé, les restrictions au pouvoir de disposer du débiteur en sursis sont similaires à celles d'un failli. Ce point de vue ne saurait être partagé, la loi ne laissant aucune place à une quelconque interprétation allant dans cette direction. La restriction du pouvoir de disposer est identique pour tous les types de concordat, ce d'autant plus que rien n'oblige le débiteur à ne pas choisir un concordat d'une autre nature pendant le sursis.

⁶⁷⁹ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 13 ad art. 298 LP ; LORANDI, Genehmigungsbedürftige Geschäfte, p. 83 s ; VOCAT, Le sursis concordataire, p 11.

⁶⁸⁰ VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 11 ad art. 298 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 16 ad art. 298 LP.

⁶⁸¹ LORANDI, *op. cit.*, p. 84 ; contra : HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 13 ad art. 298 LP.

⁶⁸² LORANDI, *op. cit.*, *loc. cit.*

primerait cependant l'art. 298 al. 2 LP. Dans ce cas, la vente a en effet déjà été effectuée au moment de la conclusion du pacte d'emption. Pour que la vente soit parfaite, il ne manque plus qu'une déclaration de l'empteur, exprimant unilatéralement sa volonté de faire exécuter le pacte⁶⁸³. L'immeuble ainsi vendu sera remplacé dans le patrimoine du débiteur concordataire par le prix payé par le bénéficiaire du pacte, qui servira à désintéresser les créanciers. Ce qui précède est sans influence sur une éventuelle révocation⁶⁸⁴ de l'acte en raison par exemple d'un prix notablement inférieur à la valeur du marché du bien concerné, après homologation d'un concordat par abandon d'actif. La constitution par le débiteur, pendant le sursis, d'un droit d'emption en faveur d'un tiers, requiert l'accord du juge, puisque le débiteur est déjà de ce fait lié, l'acte conclu conférant un droit de disposition sur un bien du sursitaire, qui ne demande pour être parfait qu'une manifestation unilatérale du bénéficiaire⁶⁸⁵. Le débiteur concordataire peut conclure en qualité de bénéficiaire un pacte d'emption avec un tiers pendant le sursis, puisque cet acte ne fait à ce stade que naître un droit et aucune obligation pour le débiteur⁶⁸⁶. L'exercice par le débiteur d'un droit d'emption pendant le sursis constitue un acte requérant l'accord du juge⁶⁸⁷.

- 259 Un droit de préemption valablement constitué sur un immeuble du débiteur en sursis avant le sursis reste valable. De même, la constitution d'un droit de préemption conventionnel par le débiteur sursitaire en faveur d'un tiers n'est pas soumise à l'accord du juge. Dans les deux cas, le promettant ne fait en effet que s'engager à offrir en priorité au préempteur l'actif concerné, à un prix non encore déterminé. Si le débiteur est autorisé par le juge du concordat à vendre l'immeuble objet d'un droit de préemption, ce sera à la condition que le prix de vente soit conforme au prix du marché. Le débiteur promettant pourra parfaitement honorer son obligation d'offrir en priorité l'actif immobilisé au préempteur, qui aura le choix d'accepter ou de refuser. De même le débiteur sursitaire doit-il être autorisé à s'engager en qualité de bénéficiaire d'un pacte de préemption. Les droits de préemption légaux subsistent également.
- 260 Pendant le sursis, et sauf autorisation expresse du juge du concordat uniquement, le débiteur ne peut pas non plus grever des éléments de l'actif immobilisé, soit des éléments immobiliers, mais aussi mobiliers, corporels ou incorporels de son

⁶⁸³ ATF 104 II 170 = JdT 1979 II 144; ATF 102 III 20, consid. 1. Jurisprudences critiquées par GILLIÉRON, n° 32 ss ad art. 96 LP.

⁶⁸⁴ Art. 285 ss LP.

⁶⁸⁵ LORANDI, *Genehmigungsbedürftige Geschäfte*, p. 85 s.

⁶⁸⁶ LORANDI, *op. cit.*, p. 86.

⁶⁸⁷ LORANDI, *op. cit., loc. cit.*

patrimoine⁶⁸⁸. Ont pour résultat le grèvement de l'actif immobilisé la constitution d'un usufruit, d'un droit de gage⁶⁸⁹, d'une charge foncière (droit de superficie ou d'habitation), d'une servitude, ou encore la conclusion d'un contrat de bail à loyer ou à ferme⁶⁹⁰ – lesquels passent à l'acquéreur du bien immobilier⁶⁹¹ – sur un immeuble du débiteur.

2.2. Interdiction de constituer un gage

2.2.1. Généralités

261 La notion de gage est définie à l'art. 37 al. 3 LP, qui précise que lorsque cette expression est employée sans autre précision, elle englobe tous les gages mobiliers et immobiliers. En vertu du principe du *numerus clausus* des droits réels prévalant en droit suisse, il faudrait théoriquement partir du principe que sont ici visés tous les droits réels exhaustivement traités par le Code civil⁶⁹². Le gage porterait alors tant sur des biens-fonds que sur des choses mobilières, des créances ou d'autres droits. Se pose néanmoins la question de savoir si les constructions juridiques aboutissant au même résultat qu'un gage tombent également dans cette définition⁶⁹³. Une interprétation téléologique de l'art. 298 al. 2 LP plaide en faveur d'une réponse positive. Le but de cette disposition est en effet d'éviter que le débiteur ne se dessaisisse ou ne monopolise des valeurs patrimoniales pouvant servir à financer le sursis et à désintéresser les créanciers dans un concordat ordinaire ou par abandon d'actifs. L'autorisation du juge sera donc requise s'agissant de toute constitution de sûretés, même si elles ne font pas en tant que telles parties du *numerus clausus* des droits réels⁶⁹⁴. L'accord donné devrait avoir pour effet d'interdire par la suite toute

⁶⁸⁸ Selon LORANDI, *op. cit.*, p. 87, seuls les droits qui ont un impact significatif sur le bien qu'ils grèvent sont concernés. Cette restriction n'a cependant pas lieu d'être et risque de conduire à une insécurité juridique dommageable ; l'on peut en effet discuter sans fin de la notion d'impact ou charge significative.

⁶⁸⁹ Prohibé par ailleurs expressément par l'art. 298 al. 2 LP.

⁶⁹⁰ Voir également LORANDI, *op. cit.*, p. 86.

⁶⁹¹ Art. 261 et 290 CO ; cf *infra* et JEANNERET / HARI, p. 21 ss (§ 4.2.5.2) et les références citées.

⁶⁹² ERARD, CR LP, n° 10 ad art. 37 LP ; NORDMANN, BSK SchKG, n° 1 ad art. 37 ; LORANDI, *Genehmigungsbedürftige Geschäfte*, p. 86

⁶⁹³ Le Tribunal cantonal neuchâtelais s'est prononcé en faveur de cette absorption (RJN 1987, p. 282-283) ; Contra: ERARD, CR LP, n° 10 ad art. 37 LP ; GILLIÉRON, n° 16 ss ad art. 37 LP ; pour: LORANDI, *op. cit.*, p. 87, et les références citées aux notes de bas de page 102 à 104.

⁶⁹⁴ C'est d'ailleurs la solution retenue par le Tribunal fédéral dans un ATF 39 II 660, consid. 4. ; ATF 77 III 45 ss. ; OFTINGER, n° 313a ad art. 884 CC ; LUDWIG, p. 39. L'arrêt zurichois du 14 septembre 1971

ouverture par des créanciers s'estimant lésés dans un concordat par abandon d'actif ou une faillite subséquente d'actions pauliennes visant à remettre en question l'acte autorisé par le juge⁶⁹⁵. Même si l'on devait admettre que les constructions juridiques aboutissant au même résultat qu'un gage ne devaient pas être qualifiées de gage au sens de l'art. 298 al. 2 LP, leur constitution requerrait néanmoins l'assentiment du juge puisqu'elles grèveraient à l'évidence le patrimoine du débiteur au sens de l'art. 298 al. 2 LP. Et même à admettre que les constructions juridiques en question ne tombent ni dans la catégorie des gages, ni dans celles des actes grevant l'actif immobilisé, elles requerraient l'assentiment du commissaire chargé de protéger les intérêts de la communauté des créanciers et l'égalité de traitement entre créanciers.

- 262 Le sursis n'a aucun effet restrictif sur l'exercice d'un droit de gage ou d'une autre construction juridique économiquement analogue valablement constitués avant son prononcé. Les créanciers gagistes peuvent poursuivre la réalisation du gage pendant le sursis⁶⁹⁶. L'exercice du droit de rétention pendant le sursis par un créancier est par exemple autorisé⁶⁹⁷.

2.2.2. Le cas particulier de la cession globale de créances

- 263 La cession⁶⁹⁸ de créances futures, identifiées ou identifiables, en tant que sûreté, est désormais admise⁶⁹⁹, sous certaines conditions⁷⁰⁰. En matière commerciale, la cession de créances actuelles et futures est largement utilisée pour garantir les prêts octroyés par les organismes de crédit (ligne de crédit), avec un taux d'avance moyen

(ZBGR 54 (1973) p. 360 ss. (consid. 5) est donc dépassé. Il prévoyait en effet que le consentement du commissaire était suffisant pour obtenir du conservateur du registre foncier l'annotation d'un bail à loyer.

⁶⁹⁵ *Contra*, LORANDI, Sicherungsgeschäfte, p. 1309.

⁶⁹⁶ Art. 297 al. 2 ch. 2 LP.

⁶⁹⁷ Art. 897 CC ; RAMPINI/SCHULIN/VOGT, BSK ZGB II, n° 2 ad art. 897 CC; CORADI, p. 22.

⁶⁹⁸ Art. 164 ss CO.

⁶⁹⁹ KLARER, p. 355 et les références citées en note de bas de page 11.

⁷⁰⁰ La cession de créances futures en général est valable si elle a été conclue par écrit (art. 165 al. 1 CO) et pour autant que les créances à céder soient suffisamment déterminées ou tout au moins déterminables quant à la personne du débiteur et que la cession ne porte pas une atteinte trop grande à la liberté économique et à la personnalité du cédant, au sens de l'art. 27 al. 2 CC (ATF 4A.325/2007 du 15 novembre 2007 et la jurisprudence publiée citée) ; DIETSCHKE, p. 343 ss ; JANGGEN, p. 68 s et les nombreuses références, notamment à SPRIRIG, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, n° 41 ad art. 164 CO et Zobl, Die Globalzession im Lichte der neuen Lehre und Rechtsprechung – eine Standortbestimmung, in : SJZ 1989 (85), pp. 349 ss ; GIRSBIRGER, BSK-OR, ad art. 164-165 CO.

de généralement 70%⁷⁰¹, particulièrement par des petites ou moyennes entreprises qui n'ont pas la possibilité de mettre en gage des actifs de valeur ou de constituer des hypothèques sur des immeubles. Par ce mécanisme, la banque du débiteur sursitaire accorde une ligne de crédit en faveur de ce dernier, dont la limite va varier en fonction du montant des créances cédées par le débiteur.

- 264 L'interdiction de constituer un gage pose la question de la validité et de l'effet, aux yeux du droit de l'exécution forcée, pendant le sursis, d'une convention de cession globale⁷⁰² de créances futures conclue antérieurement au sursis, et de l'admissibilité de la cession pendant le sursis d'une créance née après la décision judiciaire accordant le sursis mais tombant contractuellement dans le champ d'application de la convention de cession. Au jour du jugement de faillite, le cédant failli perd *ex lege* tout pouvoir de disposition sur ses biens, quels qu'ils soient⁷⁰³. Les créances nées après le jugement de faillite constituent des actifs exclusivement destinés à désintéresser la communauté des créanciers du failli⁷⁰⁴. La cession globale ne déploie alors plus aucun effet, puisqu'elle aurait pour effet de contrevenir au principe d'égalité de traitement entre créanciers. En revanche, les créances nées avant l'ouverture de la faillite et couvertes par la convention de cession conclue avant le jugement de faillite continuent de revenir de plein droit au cessionnaire. Si le débiteur cédé, dont la dette envers le failli est née avant le jugement de faillite, paie en mains du cédant avant l'ouverture de la faillite, le cessionnaire a une prétention dans la faillite ; s'il paie en mains du cédant après l'ouverture de la faillite, la convention de cession est opposable à la masse qui devrait accepter de rembourser le cessionnaire⁷⁰⁵. Le sursis consacre deux grands principes : l'égalité de traitement entre créanciers et la conservation de l'actif du débiteur, auxquels doivent d'ailleurs veiller tant le commissaire que le juge. L'art. 298 al. 2 LP interdit au débiteur d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution ou encore de disposer à titre gratuit.
- 265 En application de l'art. 298 al. 2 LP, et des principes mentionnés ci-dessus, toute créance naissant pendant le sursis devrait être exclue de l'accord de cession globale conclu avant l'ouverture de la procédure concordataire, et son hypothétique cession

⁷⁰¹ Crédit contre cession.

⁷⁰² "Globale Debitorenzession".

⁷⁰³ Art. 204 LP.

⁷⁰⁴ LORANDI, Sicherungsgeschäfte, p. 1310. AMONN, Die generelle Debitorenzession im Konkurs, p. 136.

⁷⁰⁵ JAGGEN, p 70 s.

considérée comme nulle⁷⁰⁶ ; la cession reste toutefois valable pour les créances nées avant le sursis. La conséquence de l'exclusion des créances naissant pendant le sursis avec l'accord du commissaire de la cession globale aura toutefois pratiquement pour effet de restreindre d'autant et proportionnellement la ligne de crédit, et donc de priver le débiteur de sources de liquidités. Il est d'ailleurs probable que la banque du débiteur concordataire se soit octroyée un droit de résiliation immédiat du contrat la liant au débiteur si les créances ne sont plus cédées, avec pour corollaire l'obligation de rembourser immédiatement le prêt. Dans ces circonstances, la cession de créances doit être cependant exceptionnellement autorisée, puisque tous les créanciers sont susceptibles de bénéficier de l'amélioration de la situation du débiteur grâce à la mise à disposition de liquidités⁷⁰⁷. L'assentiment du juge devra être requis par le débiteur, si possible déjà dans la requête de sursis et par le commissaire, qui devrait systématiquement être appelé à se prononcer sur cet aspect. L'accord du juge évitera également que la garantie fournie par le débiteur ne soit qualifiée d'acte révocable en cas de faillite ou de concordat par abandon d'actif.

2.3. Interdiction de se porter caution

- 266 Le cautionnement d'une dette par le débiteur concordataire constitue un acte pour lequel l'autorisation du juge est impérativement requise⁷⁰⁸. La loi englobe non seulement le cautionnement au sens des art. 492 ss CO, mais aussi toute construction juridique qui aura pour résultat de placer le débiteur concordataire dans la situation d'un débiteur solidaire. Toute constitution de sûretés destinée à garantir une dette d'autrui par le débiteur concordataire est ainsi visée. Sont notamment interdits le porte-fort, la reprise de dette privative ou cumulative⁷⁰⁹, l'aval, l'endossement etc.⁷¹⁰.

2.4. Disposer à titre gratuit

- 267 Alors que l'art. 286 LP parle de donation, l'art. 298 al. 2 LP adopte une formulation différente et parle d'acte de disposition. C'est dire que le législateur a voulu différencier les deux situations. Les deux actes juridiques précités sont de nature

⁷⁰⁶ Rapport d'experts d'avril 2005, p. 38 ; LORANDI, Sicherungsgeschäfte in: PJA 2005, p. 1309 ; Voir également DIETSCHÉ, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁰⁷ ATF 134 III 452, consid. 5.3. HARI, Action révocatoire et prêt d'assainissement, p. 372 ss.

⁷⁰⁸ GANI, CR LP, n° 10 ad art. 298 LP.

⁷⁰⁹ LORANDI, Genehmigungsbefürftige Geschäfte, p. 87.

⁷¹⁰ HARI, Droits du créancier contre les coobligés du débiteur concordataire, jusletter du 4 juin 2007.

différente. Dans le premier cas, le législateur a expressément renvoyé à un contrat nommé du Code des obligations ; dans le deuxième, le législateur a voulu appréhender un complexe de faits beaucoup plus vaste, sans le qualifier juridiquement⁷¹¹. L'art. 298 al. 2 LP englobe ainsi toutes les situations où l'absence de contre-prestation prévaut⁷¹² : il s'agit notamment bien entendu en premier lieu de la donation, mais également d'une multitude d'autres contrats (prêt sans contre-prestation, constitution de sûretés pour la dette d'un tiers sans contre-prestation, renoncement au loyer par le bailleur, aux honoraires par le mandataire, au salaire par le travailleur, à la rémunération convenue pour l'entrepreneur ou le courtier, constitution d'un trust ou d'une fondation de droit lichtensteinois⁷¹³, apport par le débiteur concordataire actionnaire de capitaux à fonds perdus dans une autre entreprise). Le débiteur concordataire ne saurait non plus renoncer à la prescription acquise définitivement⁷¹⁴ ; il n'existe d'ailleurs plus aucun intérêt pour le débiteur d'accepter de renoncer à la prescription⁷¹⁵. Si l'on voit mal pour quelle raison le juge autoriserait le débiteur à effectuer une donation⁷¹⁶, d'autres actes de dispositions sans contre-prestation peuvent être commercialement justifiés.

2.5. Nécessité du consentement du juge

- 268 La décision d'autoriser les actes proscrits par l'art. 298 al. 2 LP appartient au juge du concordat, sur préavis du commissaire qui, de par sa proximité au quotidien avec le débiteur concordataire, est le plus à même d'évaluer l'opportunité ou la nécessité d'y procéder pendant le sursis. Le juge demeurera logiquement assez éloigné de la gestion quotidienne de l'entreprise du sursitaire. Un hypothétique consentement du commissaire obtenu par le débiteur pour procéder aux opérations relativement interdites est sans effet. Tout au plus le juge du concordat, auquel seul appartient la compétence pour autoriser le débiteur sursitaire à accomplir les actes dénombrés – savoir aliéner ou grever l'actif immobilisé, constituer un gage, se porter caution et disposer à titre gratuit – peut-il en tenir compte lors de sa décision, à titre de préavis. Un double consentement, émanant à la fois du commissaire et du juge du

⁷¹¹ LORANDI, *Genehmigungsbedürftige Geschäfte*, p. 87.

⁷¹² LORANDI, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷¹³ TERCIER, *Contrats spéciaux*, § 1589 ss.

⁷¹⁴ GILLIÉRON, n° 8 ad art. 298 LP, citant l'ATF 34 II 679 et les références auquel il renvoie.

⁷¹⁵ Communément, la renonciation à la prescription est consentie par un débiteur pour éviter d'être poursuivi par la voie de l'exécution forcée. Au stade du sursis, le débiteur a au contraire tout intérêt à exciper de la prescription pour diminuer le passif concordataire.

⁷¹⁶ DALLÈVES, *Faillite et concordat*, p. 134.

concordat, n'est pas requis par la loi. Un refus du commissaire serait sans valeur juridique. Le commissaire exerce ses activités sous l'autorité du juge du concordat, qui l'a nommé, peut en tout temps révoquer son mandat et n'est jamais lié par ses conclusions, en particulier celles contenues dans son rapport final. Par conséquent, l'autorisation du juge l'emportera sur la décision préalable du commissaire. L'art. 298 al. 2 LP n'indique pas qui, du commissaire, du débiteur, ou même des créanciers, a qualité pour requérir du juge l'autorisation de procéder à des actes proscrits. Il convient cependant de partir du principe que le commissaire en est titulaire⁷¹⁷, à côté du débiteur concordataire lui-même, et des créanciers. Le juge devrait donner une suite favorable à la requête d'un commissaire qui estimerait que la réalisation de certains actifs, voire même de l'entreprise du débiteur se justifie pendant le sursis et devra motiver un éventuel refus.

2.6. Conséquences de l'absence de consentement du juge

- 269 Les prescriptions de l'art. 298 al. 2 LP doivent être interprétées comme une forme de dessaisissement – atténué par rapport au dessaisissement intervenant dans une procédure de faillite ou ensuite du non respect par le débiteur sursitaire des prescriptions de l'art. 298 al. 1 et 2 LP – du débiteur en sursis concordataire et comme une restriction à son pouvoir de s'engager, comme l'est celui d'un interdit capable de discernement. Par conséquent, et par analogie aux principes prévalant en matière d'incapacité de discernement et d'interdiction civile d'une personne physique, les actes du débiteur effectués sans l'accord du juge ne sont pas seulement inefficaces, mais nuls, également au sens du droit civil⁷¹⁸. Le tiers cocontractant ne pourra par ailleurs manifestement pas exciper de sa bonne foi, dès lors que le sursis est publié dans la FOSC et la FAO du siège du débiteur, et qu'une restriction du droit d'aliéner des immeubles du débiteur figurera obligatoirement au registre foncier⁷¹⁹.
- 270 Le débiteur qui contrevient aux injonctions de l'art. 298 al. 2 LP risque par ailleurs un dessaisissement total ou la révocation du sursis⁷²⁰. Dans ce dernier cas, un créancier pourra demander dans un délai de vingt jours dès le jugement de révocation devenu exécutoire, la faillite immédiate du débiteur⁷²¹ qui sera cas échéant prononcée après audition du débiteur, des créanciers et du commissaire. L'on notera que le

⁷¹⁷ GANI, CR LP, n° 11 ad art. 298 LP.

⁷¹⁸ *Contra*: HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 16 ad art. 298 LP; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 14 ad art. 298 LP; MARCHAND, FJS 24, § 94.

⁷¹⁹ BAUER, BSK SchKG, ad n° 9 ad art. 296 LP.

⁷²⁰ Art. 298 al. 3 LP.

⁷²¹ GILLIÉRON, n° 27 ad art. 295 LP ; FRITZSCHE / WALDER, § 75 n° 1.

commissaire ne peut demander la révocation du sursis concordataire pour des motifs autres que ceux prévus à l'article 298 LP. Les autres motifs ne seront examinés qu'au moment de la décision relative à l'homologation du concordat⁷²².

2.7. Rôle du commissaire

- 271 Comme préalablement mentionné, il n'est pas de la compétence du commissaire au sursis d'autoriser le débiteur à effectuer l'une des opérations énumérées ci-dessus. La décision d'autoriser les actes proscrits – pour autant qu'ils soient justifiés par les circonstances⁷²³ – appartient uniquement au juge du concordat. La décision judiciaire pourra être attaquée par le débiteur concordataire, les créanciers⁷²⁴ et l'éventuel partenaire contractuel dont les intérêts seraient lésés par la décision. Le commissaire n'a pas ici la qualité pour recourir, sauf s'il remplace le débiteur dans la gestion de l'entreprise.
- 272 Le commissaire a l'obligation d'informer le juge de la commission par le débiteur concordataire d'actes interdits au sens de l'art. 298 al. 2 LP. Il pourra également prendre position sur l'opportunité du retrait du pouvoir de disposition du débiteur ou celle d'une révocation du sursis (art. 298 al. 3 LP). En cas de violation du devoir d'information incombant au commissaire, l'autorité de surveillance peut infliger au commissaire les sanctions disciplinaires prévues à l'art. 14 LP. La révocation du commissaire est même envisageable⁷²⁵. Notons enfin que le commissaire engagera par son omission la responsabilité de l'État (art. 5 LP). A noter qu'à la sanction du droit des poursuites et faillites évoquée ci-dessus, s'ajoutera encore la nullité des actes proscrits effectués sans le consentement du juge⁷²⁶.

C. Surveillance qualifiée : consentement du commissaire à certains actes du débiteur

⁷²² BE, Décision de l'autorité de surveillance cantonale du 24 septembre 1973 in : BISchK 1977 III p. 86.

⁷²³ Art. 243 LP par analogie.

⁷²⁴ *Contra*: LORANDI, *Genehmigungsbedürftige Geschäfte*, p. 101.

⁷²⁵ LORANDI, *op. cit.*, p. 104.

⁷²⁶ LORANDI, *op. cit.*, p. 77, et les références citées.

1. Principe général

- 273 Le juge du concordat a la compétence de prescrire que certains actes ne pourront être « valablement accomplis » qu'avec l'accord du commissaire au sursis⁷²⁷. En plus d'être généralement restreint dans certains actes de disposition par l'art. 298 al. 2 LP, le débiteur concordataire devra ici en plus requérir l'accord du commissaire pour effectuer d'autres actes énumérés par le juge dans sa décision. Le juge peut ainsi limiter les pouvoirs du ou des administrateurs ou associés du débiteur concordataire sur ses comptes bancaires ou postaux⁷²⁸, en prescrivant que le commissaire sera titulaire d'un pouvoir de signature collective à deux sur ce compte bancaire, avec l'un des administrateurs ou associés par exemple. Il peut aussi soumettre tout acte de disposition autre que ceux visés par l'interdiction de l'art. 298 al. 2 LP à l'accord préalable du commissaire. Ou encore préciser que tous les actes autres que ceux nécessaires à la gestion courante de l'entreprise ne pourront être accomplis qu'avec l'autorisation préalable du commissaire ; cette dernière restriction devrait être précisée, dès lors que la notion de gestion courante est sujette à interprétation, en ce sens que tous autres actes affectant la fortune du débiteur concordataire sont sujets à accord préalable du commissaire. Il est impératif que les actes requérant l'accord du commissaire figurent dans le dispositif de la décision du juge du concordat, lequel fera l'objet d'une reproduction dans la FOSC et un autre journal officiel cantonal. Les restrictions précitées devront également être inscrites au Registre du Commerce⁷²⁹.
- 274 Le commissaire, qui a notamment pour mission de veiller à la protection des intérêts des créanciers et au respect de l'égalité de traitement, doit contrôler que les créanciers, ou certains créanciers, ne soient pas lésés par des actes effectués par le débiteur pendant le sursis. Lorsque l'homologation d'un concordat moratoire ou dividende est recherchée, il a également pour rôle, de veiller à ce que le débiteur puisse continuer à exister juridiquement mais aussi économiquement, en préservant les relations commerciales existantes. De nouveaux engagements ne devraient être pris que s'ils sont dans l'intérêt des créanciers ou que cela est nécessaire à la survie de l'activité de l'entreprise du débiteur. Avant de consentir à une opération du

⁷²⁷ Art. 298 al. 1, 2^{ème} phrase LP.

⁷²⁸ Selon BÖTSCHI, p. 6 et CORADI, p. 21, le commissaire devrait systématiquement informer les contreparties bancaires ou postale du débiteur de ce qu'aucun débit ne peut désormais intervenir sans son consentement. Cette interprétation va cependant bien au-delà du texte légal et de la volonté du législateur, qui n'ont pas prévu un dessaisissement d'office du débiteur et une interdiction généralisée de disposer de tout actif, et ne doit pas être suivie. Contre ces opinions allant trop loin: RUEDIN, Problèmes du droit concordataire, p. 71.

⁷²⁹ AMONN / WALTHER, § 54 n° 43.

débiteur, il conviendra que le commissaire mette en balance les intérêts du sursitaire et des créanciers, et s'assure que la situation du débiteur, et par ricochet de la communauté des créanciers, n'empire pas pendant le sursis. Le consentement devra être requis avant d'effectuer l'acte ; exceptionnellement, et si les circonstances le justifient, un consentement *a posteriori* suffira⁷³⁰. Le commissaire devra être plus restrictif s'agissant de consentir à une opération du débiteur si le concordat proposé est un concordat par abandon d'actif sans cession de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise à un tiers. Dans ce cas, la liquidation aboutira forcément au démantèlement de l'entreprise du sursitaire et à la vente de ses actifs en lots séparés. Il n'existe alors aucun intérêt à la pérennité de l'entreprise et le substrat des actifs pourra être conservé sans modification jusqu'à la phase de la liquidation, sauf si une vente d'urgence s'avère nécessaire⁷³¹.

2. Effet de l'absence du consentement du commissaire

- 275 Selon une partie de la doctrine, l'absence de l'assentiment du commissaire ne déploie pas d'autre effet que celui de l'absence de garantie du paiement⁷³², et notamment pas d'effets de droit civil⁷³³. Cette invalidité relative ne pourrait par ailleurs être invoquée que par les créanciers concordataires, à l'exclusion du tiers cocontractant et du débiteur⁷³⁴. En d'autres termes, les engagements contractés par le débiteur pendant le sursis sans l'accord du commissaire seraient valides, le débiteur n'étant de par la loi pas dessaisi, mais la créance née de ce fait ne bénéficierait pas de la garantie de paiement intégral prévue par l'art. 310 al. 2 LP.
- 276 L'art. 298 al. 1 LP, qui indique que les actes en question ne sont valables que si le commissaire a donné son accord, peut pourtant être interprété différemment. Plus que d'invalidité relative de droit des poursuites, il est plutôt question de capacité à s'engager, si bien que les principes applicables aux interdits capables de discernement peuvent être appliqués ici par analogie⁷³⁵. Tant que le commissaire, ou le juge dans le cas de l'art. 298 al. 2 LP, n'a pas donné son accord, l'acte est

⁷³⁰ HUNKELER, § 790 et le renvoi au § 782.

⁷³¹ Art. 243 al. 2 LP par analogie.

⁷³² Art. 306 al. 2 ch. 2 LP.

⁷³³ HARDMEIER, KUKO SchKG, n° 9 ad art. 298 LP; LORANDI, Genehmigungsbedürftigte Geschäfte während der Nachlassstundung, p. 77; HARDMEIER, BSK-SchKG, n° 14-15 ad art. 298 LP ; MARCHAND, FJS 24, n° 50. Voir infra Chapitre II Section IIE.

⁷³⁴ LORANDI, op. cit., loc. cit.

⁷³⁵ Art. 19 al. 1 CC. AMONN / WALTHER, § 54 n° 43 estiment que les actes effectués sans le consentement ne sont pas „*rechtsgültig*“.

boiteux⁷³⁶ et non opposable au tiers cocontractant⁷³⁷. Le tiers précité devra également pouvoir invoquer sa bonne foi pour se départir du contrat. Le tiers cocontractant ne sera que rarement considéré comme étant de bonne foi. Mentionnons que le législateur envisage l'introduction dans la loi de la protection des tiers de bonne foi⁷³⁸ ; eu égard aux exigences en matière de publication du sursis définitif, la bonne foi devrait néanmoins être admise de manière relativement stricte. Ce n'est que si le sursis provisoire n'a pas été publié, solution également proposée dans le cadre de la modification 2008 de la LP, que l'application de cette norme se justifiera.

- 277 Un accord postérieur du commissaire, ou du juge, réparera le défaut de consentement. Si le commissaire ou le juge ne consent pas à l'engagement en cause, il convient de considérer que l'acte est radicalement nul⁷³⁹. Cette conclusion est d'autant plus justifiée que la décision judiciaire octroyant un sursis, provisoire ou non, fait, en l'état, l'objet d'une publication officielle, laquelle devrait reproduire en principe le dispositif du jugement qui énumère les actes relativement interdits, voire fait un état d'un dessaisissement plus large⁷⁴⁰. L'absence de consentement du commissaire alors que le débiteur sursitaire n'est de par la loi pas dessaisi et a été placé sous une surveillance simple ne requérant pas le consentement du commissaire pour les actes effectués est sans effets sur les rapports de droit privé ainsi nés mais déploie des effets de droit des poursuites ; les actes concernés ne bénéficieront pas d'une garantie intégrale de paiement⁷⁴¹.
- 278 Le consentement du commissaire peut être exprès ou intervenir par actes concluants⁷⁴². Il faut admettre en effet que le fait pour le commissaire de s'abstenir d'intervenir, tout en ayant parfaitement connaissance de certaines décisions du débiteur qui ont un impact sur l'actif destiné à désintéresser les créanciers, équivaut à un consentement tacite⁷⁴³. Le consentement peut également intervenir après-

⁷³⁶ Dans le même sens: DALLÈVES, L'avocat commissaire au concordat, p.3; COMETTA, p. 136; STOFFEL, Voies d'exécution, § 12, n° 87, qui comparent les effets du sursis à une mise sous tutelle du débiteur, qui restreint sa capacité civile.

⁷³⁷ GASSER, Nachlassverfahren, p. 8-9.

⁷³⁸ L'avant-projet de modification de la LP (procédure d'assainissement) prévoit l'ajout d'un alinéa 2bis AP-LP 2009 à l'art. 298 LP, qui préciserait que les droits des tiers de bonne foi sont réservés.

⁷³⁹ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 19 ss ad art. 298 LP.

⁷⁴⁰ HUNKELER, § 571 ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 4 ad art. 296 LP.

⁷⁴¹ HARDMEIER, KUKO SchKG, n° 9 ad art. 298 LP; GASSER, Nachlassverfahren, p. 8-9.

⁷⁴² HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 7 ad art. 298 LP.

⁷⁴³ BÖNI, p. 42 ; ATF 100 III 30 (consid. 1) = JdT 1975 II 41 (43).

coup⁷⁴⁴, mais cette pratique devrait demeurer extrêmement marginale et constituer l'exception, en étant réservée aux cas d'extrême urgence, sous peine de tomber dans une systématique du « fait accompli ».

- 279 En résumé, à la différence des actes effectués sans l'accord du commissaire par le débiteur dont le pouvoir de disposition aura été laissé intact par le juge – qui demeurent valables aux yeux du droit privé et du droit des poursuites⁷⁴⁵, mais sont révocables⁷⁴⁶ et soumis au dividende concordataire – les actes dont la validité est soumise au consentement du commissaire sont nuls, comme les actes énumérés par l'art. 298 al. 2 LP et effectués sans l'accord du juge. Quant au tiers, il encoure deux risques, soit d'une part la révocation de l'acte après l'homologation d'un concordat par abandon d'actif ou une décision de faillite, et d'autre part ne bénéficiera pas de la garantie du paiement intégral ou devra assumer la nullité de l'acte effectué⁷⁴⁷.

3. Effet du consentement du commissaire

3.1. Paiement intégral des créances nées avec le consentement du commissaire

- 280 Dans un concordat ordinaire, les dettes nées pendant le sursis avec l'assentiment du commissaire ne sont pas soumises au dividende concordataire, mais payées dès qu'elles deviennent exigibles⁷⁴⁸, en plein, par le débiteur⁷⁴⁹. Ce privilège est nécessaire dès lors qu'il permet au débiteur de continuer à entretenir avec ses partenaires commerciaux des relations d'affaires permettant la pérennité de l'entreprise. Dans un concordat par abandon d'actif, qui a un effet similaire à ceux d'une faillite, les dettes découlant d'obligations consenties constituent des dettes de masse⁷⁵⁰ payées en déduction de la masse active, en priorité, avant tous les autres créanciers colloqués dont les créances ne sont pas garanties par un droit de gage⁷⁵¹,

⁷⁴⁴ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 7 ad art. 298 LP, HUNKELER, n° 790; BÖNI, *op. cit.*, p. 41 ; ATF 100 III 30 (consid. 1) = JdT 1975 II 41 (43).

⁷⁴⁵ CORADI, p. 29 ; MARCHAND, FJS 24, n° 50 et 94 et la référence à AMONN/WALTHER. Cela ne vaut en revanche pas pour les actes interdits effectués par le débiteur, ou le commissaire, sans l'accord du juge, qui sont nuls et dont la nullité peut être opposée au co-contractant.

⁷⁴⁶ Art. 331 al. 1 LP. Voir infra, Chapitre II, Section II, pp. 170 ss.

⁷⁴⁷ Art. 310 al. 2 LP *a contrario* par analogie.

⁷⁴⁸ BÖNI, p. 38.

⁷⁴⁹ AMONN / WALTHER, § 54 n° 45 ; HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 5 ad art. 298 LP.

⁷⁵⁰ Art. 310 al. 2 LP. ATF 75 III 19 = JdT 1949 II 109.

⁷⁵¹ HARDMEIER, BSK SchKG, n° 19 ad art. 310 LP.

mais après le paiement des frais de liquidation⁷⁵². Les créanciers gagistes ne sauraient voir leur droit au produit de la réalisation du gage diminué que dans la mesure nécessaire au paiement des frais d'inventaire, d'administration et de réalisation du gage⁷⁵³. Les obligations contractées par le débiteur sursitaire pendant le sursis avec l'assentiment du commissaire doivent faire l'objet d'une garantie d'exécution suffisante ; à défaut, le juge doit refuser d'homologuer le concordat⁷⁵⁴. Les créances de droit public naissant à la suite de l'acte autorisé sont aussi dues en plein et doivent être payées immédiatement⁷⁵⁵.

- 281 Dans un rapport de durée, les créances renaissent périodiquement, par échéance⁷⁵⁶ ; pour le maintien de ces contrats, l'accord du commissaire sera indispensable. Moyennant accord du commissaire à la poursuite du rapport contractuel de durée, la contreprestation encore due pendant le sursis constituera une dette du concordat ou de masse⁷⁵⁷, alors que la contreprestation due après l'homologation d'un concordat ordinaire deviendra une dette personnelle du débiteur⁷⁵⁸. A défaut, les dettes découlant d'un contrat de durée conclu avant l'octroi du sursis mais nées périodiquement pendant le sursis sans l'accord du commissaire seront soumises au concordat.
- 282 Autant les dettes auxquelles le commissaire aura consenti seront-elles avec certitude intégralement payées dans le cadre d'un concordat ordinaire, autant le paiement de ces mêmes dettes après l'homologation d'un concordat par abandon d'actif seront-elles étroitement fonction de la valeur de réalisation des actifs constituant la masse active au débit de laquelle elles seront payées. En d'autres termes, il se peut très bien que la masse active ne suffise pas. Une application littérale de l'art. 310 LP conduit à la conclusion que les dettes auxquelles le

⁷⁵² Art. 262 al. 1 LP par analogie ; HUNKELER, § 1141.

⁷⁵³ Art. 262 al. 2 LP par analogie ; HUNKELER, § 1142.

⁷⁵⁴ Art. 306 al. 2 ch. 2 LP.

⁷⁵⁵ ATF 96 I 244, consid. 3 = JdT 1975 II 41 = ASA 39 (1970) p. 22 ss (consid. 2 et 3) = RDAF 1973 p. 98-101 ; ASA 50 (1981) p. 639 ss. (consid. 2 c). JAEGER, BK SchKG, n° 39 ad art. 310 LP et la référence à l'ATF 110 III 30.

⁷⁵⁶ STAEHELIN, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, p. 376, et les références aux ATF 127 III 274, 115 III 67, 42 III 282, 41 III 230; LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, p. 1210 et 1218.

⁷⁵⁷ Le commissaire ne peut en effet pas donner son accord à la conclusion du contrat puisque celui-ci aura déjà été conclu bien avant l'ouverture de la procédure concordataire. VS, Tribunal cantonal du 16 juin 2005 dans la cause i.S. X. contre l'Office des poursuites de Loesche (plainte) in : ZWR 2005 p. 301-303 et le renvoi à LORANDI, p. 1220.

⁷⁵⁸ LORANDI, *op. cit.*, p. 1213.

commissaire a consenti, impayées pendant le sursis, concourront à niveau égal avec les dettes de masse nées après l'homologation d'un concordat par abandon d'actif, en application du principe d'égalité de traitement entre créanciers. Il est cependant souhaitable de récompenser le créancier qui a accepté de contracter avec le débiteur pendant le sursis en lui accordant un privilège de priorité par rapport aux dettes de masse au sens strict du terme, ce qui ne serait pas choquant puisque le principe du paiement immédiat des créances correspondantes, déjà pendant le sursis si nécessaire⁷⁵⁹. En matière bancaire, ce principe est d'ailleurs admis (art. 37 LB). L'on doit donc partir du principe que les dettes résultant d'opérations consenties par le commissaire, non comprises dans le concordat, peuvent être en tous les cas payées immédiatement et en intégralité, puisqu'il s'agit de préserver les relations commerciales subsistant et d'assurer la pérennité de l'entreprise⁷⁶⁰. Ce point de vue est à relativiser et doit être réservé aux cas où un concordat ordinaire est prévu, ou lorsque le concordat proposé est un concordat par abandon d'actif avec transfert de l'entreprise du débiteur à un tiers. Dans les autres cas, où l'homologation du concordat aboutit irrémédiablement au démantèlement de l'entreprise et à la vente en lot des actifs, puis à la liquidation, il n'existe par définition aucun intérêt à une quelconque pérennité. Le commissaire devra d'ailleurs être ici plus restrictif s'agissant de donner son consentement à des opérations du débiteur pendant le sursis.

- 283 Le débiteur concordataire⁷⁶¹ – dans le cadre de l'homologation d'un concordat ordinaire – ou la masse – si un concordat par abandon d'actif est homologué – peuvent être poursuivis par voie de saisie pour des dettes impayées contractées pendant le sursis ; le principe de suspension des poursuites pendant le sursis concordataire ne s'applique pas aux dettes de masse⁷⁶². Dans l'hypothèse où il existe

⁷⁵⁹ Cf *infra*, § 282.

⁷⁶⁰ ATF 129 III 94, consid. 2.1 = JdT 2003 II p. 52 (54) = BISchK 2004, II, p. 64 ss, où le Tribunal fédéral reprend les arguments du Tribunal supérieur zurichois sans les critiquer ; ATF 126 III 294, consid. 1 a = JdT 2000 II 57 (58); ATF 100 III 30, consid. 2 = JdT 1975 II 41 (43), qui renvoie à CORADI (p. 27). AMMON/WALTHER, § 54 N 45.

⁷⁶¹ LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, p. 1218.

⁷⁶² Art. 319 al. 2, seconde phrase. ATF 126 III 294, consid. 2 b) = JdT 2000 II p. 57 (58 s.); ATF 100 III 30, consid. 2 et les références citées = JdT 1975 II 41 (43 s.) ; VS, décision du tribunal cantonal du 16 juin 2005 in : RVJ 2005 p. 301 ss. ; MARCHAND, CR LP, n° 52 ad art. 310 LP ; GILLIÉRON, n° 22 ad art. 297 LP et n° 32 ad art. 310 LP.

un risque immédiat et avéré de poursuite, un paiement immédiat de la créance se justifie⁷⁶³.

3.2. Pas de révocation des actes juridiques effectués pendant le sursis avec l'accord du commissaire

- 284 En l'état du droit actuel, la loi ne prévoit pas expressément l'irrévocabilité des actes juridiques accomplis par le débiteur sursitaire, pendant un sursis provisoire ou définitif, avec l'accord du commissaire⁷⁶⁴, voire du juge⁷⁶⁵. En application du principe de bonne foi, le bénéficiaire d'un acte juridique tel qu'énuméré aux art. 286 ss LP ne devrait naturellement pas être recherché⁷⁶⁶. Le risque d'une révocation d'actes juridiques ne doit pas avoir pour conséquence de rendre impossible ou d'entraver les tentatives de sauvetage déployées en faveur d'un débiteur⁷⁶⁷, celles-ci étant dans l'intérêt des créanciers⁷⁶⁸. Le but de l'acte juridique donnant lieu à une action révocatoire et le contexte de faits dans lequel il s'inscrit doivent donc être examinés afin de déterminer si une intention de favoritisation ou de lésion existait⁷⁶⁹. Un prêt à très court terme, ou une avance, octroyé par un tiers pour que le débiteur puisse s'acquitter de certaines dettes, peuvent par exemple être valablement remboursés à bref délai sans risque de révocation. En effet, prestation et contre-prestation sont dans un rapport d'échange et doivent être considérées comme un tout⁷⁷⁰.
- 285 L'avant-projet de révision de la LP du 28 décembre 2008 relatif à la procédure d'assainissement prévoit l'ajout d'un alinéa troisième à l'art. 285 LP, codifiant la jurisprudence précitée, et précisant que « ne sont pas révocables les actes juridiques qui ont été accomplis durant un sursis concordataire, dans la mesure où ils ont été avalisés par un juge du concordat ou par une commission des créanciers ». Cette nouvelle disposition, sans être réellement nécessaire eu égard à

⁷⁶³ ATF 126 III 294, consid. 1b = JdT 2000 II p. 5 et les références citées; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 37 ad art. 310 LP

⁷⁶⁴ Art. 298 al. 1 LP.

⁷⁶⁵ Art. 298 al. 2 LP.

⁷⁶⁶ *Contra* : LORANDI, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, p. 1309 ; HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 15 ad art. 298 LP.

⁷⁶⁷ ATF 134 III 452, consid. 4.2 et 5.2; ATF 99 III 27, 37, consid. 5; ATF 78 III 83, 87 s, consid. 2; ATF 33 II 345.

⁷⁶⁸ Pour plus de détails sur la révocation d'actes juridiques destinés à contribuer à l'assainissement du débiteur voir HARI, Action révocatoire et prêt d'assainissement font-ils bon ménage, p. 372 ss.

⁷⁶⁹ ATF 134 III 452, consid. 4.2.

⁷⁷⁰ ATF 134 III 452, consid. 5.3. Cf HARI, Action révocatoire et prêt d'assainissement font-ils bon ménage, p. 372 ss ; UMBACH-SPAHN, KUKO-SchKG, n° 1 ss ad. art. 288 LP.

ce qui a été dit plus haut, tendra à rassurer les tiers souhaitant continuer à avoir avec le débiteur sursitaire une relation d'affaires. A l'évidence, elle aura un impact positif du point de vue des créanciers, d'autant que le Tribunal fédéral s'est récemment montré de plus en plus sévère envers les cocontractants d'un débiteur en difficulté, procédant dans le cadre de l'application de l'art. 288 LP à une objectivisation de la reconnaissabilité de la lésion ou de la favoritisation⁷⁷¹.

3.3. Le cas particulier des créances fiscales afférant aux actes autorisés

- 286 Les dettes dues en vertu de la loi qui sont directement liées aux obligations de la masse et qui naissent donc automatiquement, indépendamment d'une quelconque manifestation de volonté suivent leur sort⁷⁷². Les créances naissant *ex lege* consécutivement à une opération à laquelle le commissaire a consenti sont également payées en plein et en priorité. Une dette d'impôt découlant d'une opération consentie par le commissaire constitue donc, elle aussi, une dette du concordat, en cas de concordat ordinaire, ou une dette de masse en cas de concordat par abandon d'actif, dont la totalité du remboursement est garanti. Le débiteur concordataire, pendant le sursis, et la masse, pendant la liquidation, peuvent être poursuivis, par voie de saisie⁷⁷³, en vue du recouvrement de cette créance⁷⁷⁴. Peu importe à cet égard que le commissaire n'ait pas spécifiquement et expressément donné son accord pour la dette d'impôt subséquente⁷⁷⁵. Un accord ou un refus serait sans effet, puisque ladite dette naît de par la loi, sans manifestation de volonté aucune. Il ne serait par ailleurs pas cohérent de soumettre à deux régimes différents l'opération effectuée par le débiteur sursitaire d'une part et sa contrepartie en dette d'impôt d'autre part. L'assentiment du commissaire à l'acte du débiteur a également pour conséquence l'acceptation tacite de la dette d'impôt éventuelle en découlant de par la loi⁷⁷⁶. *A contrario*, une dette d'impôt résultant d'un acte du débiteur sursitaire effectué sans le consentement du commissaire ne sera pas remboursée en intégralité et sera colloquée de la même manière que toute

⁷⁷¹ ATF 134 III 452. HARI, op. cit.

⁷⁷² ATF 100 III 30, consid. 1 = JdT 1975 II 41 (42); ASA 50 (1981) p. 639 ss. (643).

⁷⁷³ ATF 126 III 294, JdT 2000 I 57 ss, et les références à l'ATF 100 III 30 consid. 2 = JdT 1975 II 41 et à l'art. 316 aLP.

⁷⁷⁴ ATF 126 III 294 = JdT 2000 I 57.

⁷⁷⁵ ATF 126 III 57, consid. 1 b = JdT 2000 II p. 57 (58 s.); ATF 96 I 244 (consid. 3) = JdT 1974 I 22; WINKELMANN et al., BSK-SchKG, n° 14 ad art. 319 LP.

⁷⁷⁶ ATF 96 I 244 (consid. 3) = JdT 1974 I 22; GILLIÉRON, n° 33 ad art. 310 LP.

autre créance née avant la publication du sursis. Cette affirmation est aussi valable pour la créance fiscale d'une contre-prestation effectuée après l'octroi du sursis mais découlant d'un acte générateur d'obligations conclu avant l'octroi du sursis⁷⁷⁷. Le moment de la réception de la contre-prestation⁷⁷⁸ est irrelevant pour décider si la créance est une dette de la masse ou est soumise au concordat⁷⁷⁹. Seul le moment où la cause juridique de la créance de base, de laquelle découle la créance fiscale⁷⁸⁰, est avenue, déterminera si la dette concernée entre dans la masse ou non. Bien que cette tâche revienne plutôt au conseiller juridique ou avocat de la personne concernée, il appartiendra au commissaire de rappeler à un débiteur concordataire, indépendant, qui n'aurait pas payé de cotisations AVS sur le revenu de son activité lucrative, qu'il peut, après fixation du montant dû, obtenir un abaissement des cotisations à payer, le montant minimum pouvant être même remis lorsque le requérant est dans la détresse⁷⁸¹. Il convient d'ajouter que l'art. 51 LTVA autorise l'administration fiscale à octroyer au débiteur concordataire une remise.

3.4. Autres créances fiscales naissant de par la loi

- 287 En matière d'impôt fédéral, les personnes morales possédant un siège statutaire ou leur administration effective en Suisse sont assujetties de manière illimitée⁷⁸², sauf si elles sont exonérées⁷⁸³ ou font l'objet d'allègement au niveau cantonal⁷⁸⁴. Les sociétés de capitaux et les coopératives sont imposées tant au niveau fédéral que cantonal sur le bénéfice, et sur le capital au niveau cantonal. Ces créances fiscales naissent indépendamment d'une quelconque manifestation de volonté du débiteur, en vertu d'une décision de taxation de l'administration compétente, et le commissaire ne peut s'opposer à leur naissance. En vertu du principe général fixé à

⁷⁷⁷ ASA 50 (1981) p. 639 (consid. 2 c).

⁷⁷⁸ Art. 43 al. 1, lit. a, ch. 3 LTVA.

⁷⁷⁹ D'anciennes décisions du Tribunal fédéral (Archives vol. 20 p. 51 ss, ASA 39 (1970) p. 22-24) = RDAF 1973 p. 98-101) jugeaient déterminant le moment de la réception de la contre-valeur, se basant uniquement sur l'art. 24, litt. c AchA, avant que le Tribunal fédéral ne change d'avis, rappelant au passage que ces décisions omettaient l'existence de l'art. 316c aLP. Pour de nouvelles décisions établissant et rappelant ce revirement de jurisprudence, se reporter aux ATF 96 I 244 (consid. 3) = JdT 1975 II 41 = ASA 39 (1970) p. 22 ss (consid. 2 et 3) = RDAF 1973 p. 98-101 ; ASA 50 (1981) p. 639 ss. (consid. 2 c).

⁷⁸⁰ Art. 310 al. 2 LP.

⁷⁸¹ Art. 11 LAVS.

⁷⁸² Art. 50 LIFD, 20 LHID.

⁷⁸³ Art. 56 LIFD et 23 LHID.

⁷⁸⁴ Art. 23 al. 3 LHID.

l'art. 310 LP, les créances précitées devraient être soumises au concordat si la décision de taxation est entrée en force et devenue définitive avant la publication du sursis⁷⁸⁵. Une procédure de recours suspend l'entrée en force de la décision de taxation. Dite procédure ouverte par le débiteur concordataire pourrait donc avoir pour effet de rendre la créance due en plein puisque née pendant le sursis si la décision définitive venait à être rendue pendant le sursis. Dans ce cas, à l'image des autres créances fiscales naissant par exemple consécutivement à une livraison du débiteur, l'élément déterminant pour savoir si la créance fiscale est ou non soumise au concordat sera le moment de la naissance de la cause de la créance fiscale. En l'occurrence, le fait que la décision de taxation impose le bénéfice ou le gain en capital survenus pendant l'exercice comptable qui s'est écoulé sera déterminant.

- 288 Le traitement de la créance fiscale afférant à l'exercice pendant lequel le sursis a déployé, partiellement ou entièrement, ses effets est plus problématique. Il a été précisé que le commissaire n'était pas en mesure de donner son accord à la naissance de ces créances, avec deux conséquences possibles : soit la créance en question est soumise au dividende concordataire comme une créance de troisième classe ordinaire en raison de l'absence de consentement, soit au contraire elle est considérée comme fictivement née avec l'accord du commissaire et donc entièrement due, bénéficiant ainsi d'un privilège non explicitement prévu par le législateur. Les créances fiscales ne bénéficiant de par la loi d'aucun privilège, il convient de considérer que la créance fiscale sera soumise au dividende.

D. Continuation de l'activité du débiteur par le commissaire seul

- 289 Dans certains cas, particulièrement si le débiteur sursitaire n'est manifestement pas à même de gérer son entreprise, ou qu'il existe des risques concrets que le débiteur procède à des actes susceptibles de léser les créanciers, le juge du concordat a le pouvoir de dessaisir totalement le débiteur et de décider que le commissaire est autorisé à poursuivre seul l'activité de l'entreprise à la place du débiteur⁷⁸⁶. En pareilles circonstances, la tâche du commissaire sera extrêmement large et se rapprochera de celle d'une administration spéciale de la faillite⁷⁸⁷. L'on exigera d'ailleurs du commissaire qu'il ait certaines connaissances du domaine d'activité du débiteur.

⁷⁸⁵ MARCHAND, CR LP, n° 28 ad art. 310 LP. VD, Cour des poursuites et faillites du 7 février 1980, Commune de Moudon c. Marcel Charpillot, in: JdT 1982 II p. 94.

⁷⁸⁶ Art. 298 al. 1 deuxième phrase *in fine* LP; DALLÈVES, L'avocat commissaire au concordat, p. 3.

⁷⁸⁷ DALLÈVES, Faillite et concordat, p. 137.

- 290 Dès lors que le commissaire est nommé aux fins de poursuivre l'activité du débiteur, il ne devra pas omettre de payer les charges sociales déduites des salaires versés aux employés pendant le sursis, qui ne constituent pas des actes interdits au sens de l'art. 298 al. 2 LP. Les montants dus aux institutions de prévoyance sociale à partir de la date d'octroi du sursis constituent des dettes du concordat, respectivement des dettes de masse qui peuvent être immédiatement payées⁷⁸⁸, et dont l'employeur est d'ordinaire le débiteur *de lege*. Ainsi en va-t-il des cotisations sociales fédérales (assurances-chômage, invalidité, perte de gain, caisse de compensation etc.). Rappelons à ce titre que le non paiement de telles cotisations engage la responsabilité pénale du débiteur et donc aussi du commissaire. Le commissaire aura soin de tenir à jour la comptabilité du débiteur⁷⁸⁹.

E. Les injonctions et décisions du commissaire

- 291 La protection des différents intérêts en présence impliquera pour le débiteur tantôt une obligation de faire, tantôt une obligation d'abstention. Même si l'autorité judiciaire n'a pas soumis la validité de certains engagements à l'accord du commissaire, ce dernier a dans le cadre de son devoir général de surveillance le pouvoir de donner des instructions au débiteur⁷⁹⁰. Ainsi, le commissaire qui constate que le débiteur est sur le point de prendre, a pris, ou a omis de prendre des décisions⁷⁹¹ ayant pour conséquence de faire naître un risque, concret ou potentiel, de lésion des intérêts des créanciers, ou certains d'entre eux, a le pouvoir de donner des instructions ou des injonctions au débiteur, que ce dernier doit respecter, pour autant qu'elles se fondent sur des motifs sérieux⁷⁹². Les injonctions viseront en règle générale à prévenir la naissance de nouvelles obligations⁷⁹³; elles pourront directement concerner la marche des affaires, mais aussi avoir trait par exemple à l'exercice par un créancier de prétentions jugées incompatibles avec le sursis⁷⁹⁴. La décision d'octroi du sursis concordataire ayant pour effet principal d'empêcher

⁷⁸⁸ ATF 100 III 30.

⁷⁸⁹ GILLIÉRON, n° 53 ad art. 295 LP.

⁷⁹⁰ AMONN / WALTHER, § 54 n° 44; BÖTSCHI, p. 6.

⁷⁹¹ ATF 82 III 131 (et le renvoi à l'ATF 62 III 192) = JdT ATF 129 III 94 = JdT 2003 II 52 = BISchK 2004, pp. 64 ss

⁷⁹² ATF 129 III 94 = JdT 2003 II 52 = BISchK 2004, p. 64 ss; ATF 82 III 131, consid. 2 = JdT 1956 II 117; GASSER, Nachlassverfahren, p. 8.

⁷⁹³ CORADI, p. 27.

⁷⁹⁴ Dans le cas d'espèce, il s'agissait de prétentions non pécuniaires. ATF 82 III 131, consid. 2 = JdT 1956 II 117.

l'introduction de poursuites⁷⁹⁵ contre le débiteur (art. 297 al. 1 LP), même si la validité du sursis concordataire est sujette à nullité⁷⁹⁶, le commissaire devra s'opposer à toutes poursuites non autorisées pendant le sursis.

- 292 En principe, l'injonction donnée au débiteur de ne pas agir aura pour effet de toucher dans leurs droits des tiers. Le commissaire devra ainsi en règle générale externaliser son injonction et en assurer la communication aux tiers concernés, et exprimer par là-même sa position à propos de la créance née⁷⁹⁷ ou à naître. La plupart des courriers et circulaires que le commissaire enverra à ce sujet répercutera en réalité l'injonction faite au débiteur⁷⁹⁸. Dans les grandes procédures concordataires, il est admis que le commissaire au sursis, provisoire ou définitif, fasse parvenir à des créanciers une circulaire. Cette circulaire doit être considérée comme une décision du commissaire et non un simple avis personnel de ce dernier.
- 293 Si le débiteur ne suit pas les instructions du commissaire, ce dernier a l'obligation de rapporter au juge du concordat le non respect de son injonction. En tous les cas, le commissaire pourra sanctionner le comportement du débiteur par une demande de révocation du sursis⁷⁹⁹. Après avoir été entendu, le débiteur risque de se voir retirer par le juge du concordat le pouvoir de disposer de ses biens ou de subir la révocation du sursis⁸⁰⁰, tout en encourant des poursuites pénales⁸⁰¹.
- 294 Le refus d'autoriser le débiteur à effectuer un acte, ainsi que les injonctions, directives et autres circulaires du commissaire, sont attaquables par le débiteur⁸⁰²

⁷⁹⁵ Des poursuites par voie de saisie peuvent néanmoins être introduites pendant le sursis par des créanciers privilégiés de première classe (art. 219 al. 4 LP) tout comme des poursuites en réalisation du gage par des créanciers gagistes, sans que la réalisation du gage ne puisse toutefois avoir lieu.

⁷⁹⁶ ATF 98 III 37 ss, consid. 2 = JdT 1973 II p. 29 ss (30-31) = BISchK 1973 V p. 153 ss. Le Tribunal fédéral est ici d'avis que la décision d'octroi du sursis concordataire ne doit être considérée comme nulle en raison de l'incompétence rationae loci de l'autorité qui l'a prise qu'exceptionnellement. En effet, si l'octroi du sursis concordataire devait être considéré comme nul, le débiteur qui pourrait avoir déjà profité des effets de ce sursis pendant toute sa durée légale pourrait en demander un deuxième et profiter à nouveau du délai légal prévu.

⁷⁹⁷ Le commissaire sera en particulier appelé à décider du sort des contrats de durée.

⁷⁹⁸ ATF 129 III 94, consid. 3.1 = JdT 2003 II p. 52 (56) = BISchK 2004 II p. 64 ss. ; ATF 82 III 131 consid. 2 = JdT 1956 II 117 (119).

⁷⁹⁹ Art. 295 al. 5 LP.

⁸⁰⁰ Art. 298 al. 3 LP; ATF 129 III 94, consid. 2.1 = JdT 2003 II 52 (54) = BISchK 68 (2004), II, pp. 64 ss.

⁸⁰¹ Voir infra, pp. 91 ss.

⁸⁰² JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 17 ad art. 298 LP.

ainsi que par les créanciers ou tiers au détriment desquels ils sont donnés⁸⁰³ par la voie de la plainte⁸⁰⁴. Ceci est valable tant durant le sursis provisoire que définitif⁸⁰⁵. La décision finale sur les prétentions contestées demeure quoi qu'il en soit une compétence du juge, le commissaire n'ayant pas le pouvoir de trancher définitivement les questions matérielles.

F. Les procédures de poursuites / judiciaires pendant le sursis

1. Effet du sursis sur les procédures de poursuites et judiciaires

- 295 L'octroi d'un sursis, provisoire ou définitif, n'a pour effet principal que de restreindre le débiteur dans ses possibilités de disposer d'éléments de son actif immobilisé et de suspendre la plupart des poursuites et les délais de prescription et de péremption⁸⁰⁶, à l'exception des poursuites par voie de saisie pour des créances de première classe⁸⁰⁷ et de poursuites en réalisation du gage⁸⁰⁸. Il ne suspend pas les procès⁸⁰⁹ – contrairement au jugement de faillite⁸¹⁰ – et n'empêche en principe pas le débiteur de conduire lui-même un procès⁸¹¹.
- 296 A quelques exceptions près⁸¹², les poursuites étant suspendues dès le sursis octroyé⁸¹³, toute procédure de pur droit des poursuites devrait être suspendue et

⁸⁰³ GILLIÉRON, n° 20 ad art. 298 LP.

⁸⁰⁴ Art. 17 LP.

⁸⁰⁵ ATF 129 III 94 = JdT 2003 II 52 (56) = BISchK 2004 II, pp. 64 ss ATF 129 III 94, consid. 3 = JdT 2003 II 52 (56) = BISchK 2004 II, p. 64 ss.

⁸⁰⁶ MARCHAND, FJS 24, § 42 ; VOLLMAR, BSK SchKG, n° 11 ad art. 297 LP.

⁸⁰⁷ SO, décision de l'autorité de surveillance du 17 juin 1966, in : BISchK 1967 I p. 22 ss. (consid. 2) qui précise que les mêmes droits sont conférés au cessionnaire d'une créance de première classe et au créancier poursuivant auquel est confié un mandat en vue d'encaissement au sens de l'art. 131, al. 2 LP.

⁸⁰⁸ Art. 297 al. 2, ch. 1 et 2 LP. GANI, CR LP, n° 2 ad art. 297 LP ; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 7 ad art. 297 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 4 ad art. 295 LP et 6 ss ad art. 297 LP ; FRITZSCHE/WALDER, § 72 n° 24 ; MARCHAND, FJS 24, n° 38 ss.

⁸⁰⁹ MARCHAND, FJS 24, n° 40, et les références citées ; VOLLMAR, BSK SchKG, n° 10 ad art. 297 LP ; HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 7 ad art. 297 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 10 ad art. 297 LP. Contra : GILLIÉRON, n° 20 ad art. 300 LP, qui applique l'art. 207 LP par analogie.

⁸¹⁰ Art. 207 LP.

⁸¹¹ ZH, décision de l'Obergericht du 11 février 1975, in : ZR 74 (1975), 3.

⁸¹² Art. 297 al. 2 LP ; poursuites liées à des opérations effectuées pendant le sursis avec l'accord du commissaire.

⁸¹³ Art. 297 al. 1, 56 LP.

tout acte de poursuite et toute décision différée même si la validité du sursis concordataire est sujette à nullité, faute de compétence en raison du lieu de l'autorité concordataire qui l'a prononcé⁸¹⁴; ainsi, une décision de mainlevée ne saurait être prononcée pendant le sursis⁸¹⁵, vu son caractère de décision de pur droit des poursuites⁸¹⁶. Des procédures de poursuites introduites et continuées en violation de ce principe doivent être considérées comme nulles⁸¹⁷. Il est en général admis que les actes et procédures urgentes de droit des poursuites (mesures conservatoires, mesures urgentes) ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 297 al. 1 LP⁸¹⁸. Un séquestre pourra être valablement requis pendant que le sursis déploie ses effets⁸¹⁹ mais non exécuté par l'office, ni validé⁸²⁰, sauf si le créancier requérant est habilité à introduire une procédure de poursuite pour des créances privilégiées de première classe en application de l'art. 297 al. 2 LP : il serait

⁸¹⁴ ATF 96 I 244, consid. 3 = JdT 1975 II 41 = ASA 39 (1970) p. 22 ss, consid. 2 et 3 = RDAF 1973 p. 98-101 ; ASA 50 (1981) p. 639 ss, consid. 2 c ; ATF 98 III 37 ss (consid. 2) = JdT 1973 II p. 29 ss (30-31) = BLSchK 1973 V p. 153 ss. Le Tribunal fédéral est ici d'avis que la décision d'octroi du sursis concordataire ne doit être considérée comme nulle en raison de l'incompétence rationae loci de l'autorité qui l'a prise qu'exceptionnellement. En effet, si l'octroi du sursis concordataire devait être considéré comme nul, le débiteur qui pourrait avoir déjà profité des effets de ce sursis pendant toute sa durée légale pourrait en demander un deuxième et profiter à nouveau du délai légal prévu.

⁸¹⁵ MARCHAND, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸¹⁶ Art. 25 ch. 2 et 56 LP. GILLIÉRON, n° 14 ad art. 80 LP. MARCHAND, CR LP, n° 7 ad art. 56 LP; BAUER, BSK SchKG, n° 30 ad art. 56 LP; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 6 ad art. 56 LP et 21 ad art. 297 LP; GILLIÉRON, n° 35 ad art. 56 LP.

⁸¹⁷ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 4 ad art. 297 LP et la référence à l'ATF 102 III 109 ; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 7 ad art. 297 LP.

⁸¹⁸ Ainsi en va-t-il selon les auteurs suivant du séquestre (art. 271 ss LP) et de la prise d'inventaire (art. 283 LP): GANI, CR LP, n° 4 ad art. 297 LP; VOLLMAR, BSK SchKG, n° 7 ad art. 297 LP; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 22 ad art. 297 LP; GILLIÉRON, n° 14 ad art. 297 LP. Le Tribunal fédéral a admis (ATF 129 III 395, JdT 2004 II 22) qu'une requête de prise d'inventaire puisse valablement être introduite pendant le sursis, mais a considéré qu'elle ne devait être exécutée par l'office qu'à l'expiration du sursis, en vertu du principe de suspension des poursuites de l'art. 297 al. 1 et 2 LP, puisque le gage est en l'occurrence mobilier. De plus, pendant le sursis, le débiteur exerce ses activités sous la surveillance du commissaire et les objets frappés du droit de rétention ne peuvent être vendus sans son accord, le commissaire devant sauvegarder les intérêts des créanciers. La condition du péril en la demeure n'est ainsi pas remplie.

⁸¹⁹ Du même avis, HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 4 ad art. 297 LP. Ce cas de figure demeure assez théorique et ne devrait que rarement se présenter en pratique, puisque le seul cas de séquestre imaginable est celui de l'art. 271 al. 1 ch. 2 LP.

⁸²⁰ ARROYO, p. 242 et la note de bas de page 60.

en effet peu cohérent d'admettre que les biens soient séquestrés pendant un mois en sachant qu'aucune validation n'est possible⁸²¹. Une action en reconnaissance de dette⁸²² ou en libération de dette⁸²³, lesquelles constituent des actions au fond induites par la poursuite, se poursuivent⁸²⁴. Enfin, un créancier du débiteur concordataire peut malgré le sursis exercer un droit de rétention⁸²⁵ et poursuivre le débiteur en réalisation du gage à cet effet. Le gage ne sera cependant pas encore réalisé⁸²⁶.

- 297 Pendant le sursis, de pseudo-créanciers concordataires ont aussi la faculté d'ouvrir action contre le débiteur, ou de continuer un procès, puisqu'il ne s'agit alors pour eux que d'une anticipation du droit de faire reconnaître leur(s) créance(s)⁸²⁷. Les créanciers auront même tout intérêt à agir assez tôt si leur créance est contestée par le débiteur, puisque le juge du concordat a la faculté d'exclure du vote les créances contestées⁸²⁸. Le fait que la décision judiciaire condamnant le débiteur concordataire à payer une somme d'argent en vertu d'un contrat conclu antérieurement au sursis est rendue pendant le sursis n'aura pas pour effet de conférer à la créance la qualité de dette du concordat due en plein, puisque la prétention existait déjà auparavant et n'est que confirmée par le jugement. De même, si une décision condamnatrice est rendue pendant la même période en raison de faits commis par le débiteur concordataire avant la publication du sursis, par exemple en matière de responsabilité délictuelle, il faut considérer que la créance existait déjà dès le dommage ressenti, sous forme conditionnelle, et donc soumettre la créance en réparation au dividende concordataire.
- 298 Le jugement octroyant le sursis concordataire est publié et indique que les poursuites sont suspendues ; ce même jugement est communiqué à l'office des poursuites et des faillites. L'on ne peut toutefois exclure totalement que les offices des poursuites saisis par une réquisition de poursuite ou une ordonnance de séquestre, procèdent à des actes d'exécution au lieu de surseoir. Il appartient alors au commissaire – chargé de la conservation du substrat de l'actif du débiteur

⁸²¹ *Contra*, GILLIÉRON, n° 14 ad art. 297 LP.

⁸²² Art. 79 LP.

⁸²³ Art. 83 LP.

⁸²⁴ MARCHAND, n° 10 ad art. 56 LP ; MARCHAND, FJS 24, n° 40; BAUER, BSK SchKG, n° 31 ad art. 56 LP.

⁸²⁵ ATF 129 III 395 = JdT 2004 II 22 (prise d'inventaire pour sauvegarder le droit de rétention du bailleur) ; RAMPINI/SCHULIN/VOGT, BSK ZGB II, n° 2 ad art. 897. *Contra*: HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 4 ad art. 297 LP.

⁸²⁶ HARDMEIER, KUKO-SchKg, n° 1 ad art. 297 LP.

⁸²⁷ MARCHAND, FJS 24, n° 40 ad art. 56 LP.

⁸²⁸ Art. 305 al. 3 LP.

concordataire et de l'égalité de traitement entre créanciers – de veiller au respect de l'interdiction des poursuites pendant le sursis et lui reconnaître la qualité pour porter plainte et recourir devant les autorités de surveillance contre une décision d'un office qui serait incompatible avec le principe de suspension des poursuites, et faire constater la nullité d'un tel acte⁸²⁹. Rien ne s'oppose à ce que le commissaire agisse ici lui-même, puisqu'il n'existe aucun risque de conflit d'intérêts⁸³⁰ dans ce cas de figure. Le commissaire défendra tant les intérêts du débiteur que ceux de la communauté des créanciers.

2. Représentation et remplacement en justice du débiteur par le commissaire

- 299 A la différence d'un jugement de faillite, un jugement octroyant un sursis concordataire n'a pas d'effet sur la légitimation active ou passive du débiteur⁸³¹. Ce dernier demeure donc seul habilité à agir et défendre en justice. L'ouverture de procédures judiciaires par le débiteur a par définition des conséquences patrimoniales (droits de greffe, rémunération d'un avocat) ; elle obéira donc aux mêmes règles que toute autre dépense, et pourra être interdite par le commissaire si elle n'est pas nécessaire à la sauvegarde des droits du débiteur, ou utile à la communauté des créanciers en étant susceptible de faire augmenter les actifs du débiteur (créance en dommages-intérêts par exemple).
- 300 Le commissaire est réputé agir tant dans l'intérêt du débiteur concordataire que de ses créanciers, en toute neutralité et impartialité. Dès lors, la possibilité pour le commissaire de représenter le débiteur en justice, en tant que demandeur ou défendeur, doit lui être généralement déniée, puisqu'elle présente le risque de constituer la source évidente d'un conflit d'intérêts⁸³². Si le commissaire estime que

⁸²⁹ ATF 61 I 145; GILLIÉRON, n° 20 ad art. 297 LP et la référence à l'ATF 39 I 279.

⁸³⁰ NE, arrêt du Tribunal administratif du 11 novembre 1988 en la cause Me C. c/ Caisses interprofessionnelles neuchâteloises de compensation Cicicam et Cinalfa dans l'affaire O. in: RJN 1988 p. 192-196 (193) ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 4 ad art. 295 LP; GILLIÉRON, n° 20 ad art. 297 LP.

⁸³¹ Contrairement à l'avis de HEIM, in : ST 1993, pp. 47-51 (50), il ne s'agit pas ici d'une lacune de la loi.

⁸³² VS, arrêt du Tribunal cantonal du 11 mai 2006 in : ZWR 2007 pp. 211-213 ; BE, décision de l'autorité de surveillance du 14 janvier 1939 in : BISchK 1941 II p. 59 ss = ZBJ 76, Heft 12, p. 591 ; LE FORT, Les conflits d'intérêts, p. 194. Selon cet auteur, le commissaire est « partie » et ne peut être à la fois conseil et partie. Selon nous, le commissaire n'est pas une partie, mais un organe officiel neutre se distinguant précisément de la partie. Voir également le chiffre 6 de la Circulaire du Conseil de l'Ordre des avocats de Genève du 16 janvier 1984 relative à l'art. 9 des Us &

le débiteur sursitaire a des prétentions à faire valoir contre un ou plusieurs tiers, il devrait, même s'il est avocat, déléguer la conduite desdites procédures judiciaires à un tiers. Ce principe vaut aussi si le commissaire est en charge de la continuation de l'exploitation de l'entreprise, sauf en cas de péril en la demeure. Toutefois, le commissaire devrait être autorisé à porter plainte contre la décision d'un office qui ne tient pas compte du sursis, si le débiteur ne le fait pas⁸³³.

- 301 L'on ajoutera que les opérations de gestion du commissaire, exécutées dans le cadre de sa mission de poursuite de l'activité de l'entreprise du débiteur, doivent être remises en cause par la voie de la plainte, dirigée contre ce qui devra être considéré comme une décision du commissaire, et non par le biais d'une action déposée contre le débiteur concordataire.

3. Ouverture d'actions révocatoires par le commissaire ?

3.1. En l'état : exclusivement après homologation d'un concordat par abandon d'actif, par les liquidateurs

- 302 En l'état du droit actuel, la révocation d'actes juridiques n'est admise par la grande majorité de la doctrine et par la jurisprudence qu'à la condition qu'un concordat par abandon d'actif soit homologué⁸³⁴. La qualité pour agir en révocation appartient alors à la masse concordataire, représentée par les liquidateurs du concordat par abandon d'actif⁸³⁵ ; sont révocables les actes juridiques prévus aux articles 286 à 288 LP effectués durant une période suspecte commençant à courir au jour de l'homologation du concordat⁸³⁶. Le surveillant à l'exécution du concordat ordinaire⁸³⁷ pourrait agir dans les autres cas. Cependant, quand bien même la lettre de la loi ne restreint pas la possibilité d'ouvrir une action paulienne au concordat par abandon

Coutumes, qui précise que « *l'avocat commissaire, liquidateur ou membre d'une commission de surveillance ou de créanciers ne doit pas se constituer pour l'établissement concerné, ni plaider en personne. Il est dérogé à ces principes pour permettre à l'avocat commissaire ou liquidateur de solliciter des mesures urgentes ou encore de mener, en sa qualité de partie, la procédure jusqu'au stade de la conciliation et procéder à des recouvrements courants* ».

⁸³³ ATF 61 III 71 ; ATF 60 III 183 = JdT 1935 II 74

⁸³⁴ TF, arrêt 5A.418/2007 du 4 février 2008 ; HUNKELER, § 1105 ; HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 2 ad art. 298 in fine.

⁸³⁵ GILLIÉRON, n° 8 ad art. 331 LP ; JUNOD MOSER/GAILLARD, CR LP, n° 17 ad art. 331 LP ; WINKELMANN et al., BSK SchKG, n° 4 ad art. 331 LP ; BK SchKG, n° 3 ad art. 331 LP.

⁸³⁶ ATF 134 III 273 ; pour un aperçu de la controverse doctrinale sur le sujet, l'on se reportera utilement à KRAMER/ROHNER, p. 689-690 et les références citées en notes de bas de page 2 à 12.

⁸³⁷ Art. 314 al. 1 LP

d'actif⁸³⁸, sa systématique n'autorise cependant aucune autre interprétation, puisque la révocation est traitée à la lettre I. du chapitre consacré au concordat par abandon d'actif.

- 303 L'on peut se demander s'il ne s'agit pas ici d'une incohérence de notre système juridique, et s'il ne conviendrait pas d'admettre la révocation indépendamment du type de concordat homologué⁸³⁹ : dans le cadre de la procédure d'assainissement bancaire, au terme de laquelle la survie de l'établissement est censée être garantie, et donc très proche de la procédure de la LP aboutissant à l'homologation d'un concordat ordinaire, la LB prévoit expressément⁸⁴⁰ la possibilité pour l'assujetti assaini d'ouvrir action révocatoire. Le Conseil fédéral a estimé qu' « Il serait toutefois inéquitable que, faute de faillite, les organes ou les tiers favorisés ne supportent pas les conséquences de leurs actes »⁸⁴¹. L'incohérence est également d'autant plus flagrante en cas d'homologation d'un concordat mixte (concordat ordinaire combiné avec le transfert du droit de disposer de certains biens aux créanciers ou à un tiers)⁸⁴².
- 304 Les biens indûment soustrait de la masse active durant l'une des périodes suspectes des art. 286 à 288 LP, avant ou pendant le sursis, pour un prix inférieur à leur valeur réelle sont autant de moyens de financement du sursis ou du dividende concordataire – tant dans un concordat ordinaire que dans un concordat par abandon d'actif – qui feront défaut, puisque, cas échéant, ils pourraient en partie être vendus pendant le sursis par le débiteur, sous la surveillance du commissaire, et avec l'accord du juge⁸⁴³. La LP consacre ici une inégalité de traitement entre les créanciers, dont certains auront le choix entre opérer une remise de dette conventionnelle forcée ou de refuser le concordat, risquant de voir le débiteur tomber en faillite, alors que d'autres créanciers n'auront consenti aucun sacrifice et auront au dernier moment profité des liquidités restantes du débiteur qui auraient pu servir pour désintéresser davantage l'ensemble des créanciers. Plus généralement, la LP consacre une inégalité de traitement injustifiée entre créanciers

⁸³⁸ Art. 331 LP.

⁸³⁹ Egalement dans ce sens JUNOD MOSER / GAILLARD, CR LP, n° 5 ad art. 331 LP, et la référence à SCHÜPBACH (Droit et actions révocatoires, Commentaire des art. 285 ss, n° 308 ad art. 285 LP).

⁸⁴⁰ Art. 32 LB.

⁸⁴¹ Message LB, FF 2002 7506.

⁸⁴² SCHÜPBACH, Droit et actions révocatoires, n° 308 ad art. 285 LP, et les références citées.

⁸⁴³ JUNOD MOSER / GAILLARD, CR LP, n° 5 ad art. 331 LP, semblent partir du principe que le créancier d'un concordat ordinaire subit de toute façon une perte. Pourtant, de par la nature contractuelle du concordat, il s'agit d'une perte consentie.

d'un concordat ordinaire et par abandon d'actif, puisque les bénéficiaires de l'acte dont la révocabilité est ici défendue ne seraient pas inquiétés dans un concordat ordinaire, alors que dans un concordat par abandon d'actif, ils devraient restituer le bien, sans garantie de récupérer le prix payé⁸⁴⁴. L'on notera que le débiteur qui renonce à demander l'accord du commissaire pour des opérations insolites tombant par hypothèse également dans le champ d'application des art. 285 ss LP, risque respectivement de se voir retirer la libre disposition de ses biens, la révocation du sursis ou encore le refus d'homologation du concordat proposé.

3.2. Qualité pour agir du commissaire ?

305 La légitimation active pour introduire une action en révocation appartient à la masse concordataire, respectivement à la masse en faillite, représentées par les liquidateurs ; la qualité pour agir peut être cédée à un ou plusieurs créanciers cessionnaires⁸⁴⁵. L'on a vu que le commissaire était un organe atypique de l'exécution forcée, neutre, en charge de la direction de la procédure concordataire, qui n'était pas censé défendre les intérêts d'une partie plutôt que ceux d'une autre. Le commissaire a pour mission de conserver l'actif social, en tous les cas de faire en sorte que sa diminution, si nécessaire, soit contrôlée et justifiée, le but étant que les créanciers ne voient pas le substrat destiné à les désintéresser diminuer pendant le sursis. L'action révocatoire permet, dans le cas d'une procédure collective de liquidation, de faire rentrer dans la masse active les valeurs patrimoniales sujettes à révocation⁸⁴⁶. Elle est soumise à la réalisation de plusieurs conditions cumulatives : il faut un acte révocable, atteignant la substance du patrimoine du débiteur au profit du cocontractant ou d'un tiers⁸⁴⁷, un préjudice, au détriment des créanciers, réputé avéré dès lors par exemple qu'une procédure de faillite est ouverte⁸⁴⁸, et un lien de causalité entre l'acte révocable et le préjudice⁸⁴⁹. Indépendamment du fait que la révocation n'est en l'état et de manière critiquable pas admise lorsque l'homologation d'un concordat ordinaire est recherchée, il paraît peu contestable que le commissaire n'ait pas qualité pour introduire lui-même une *actio pauliana*, pour plusieurs raisons. Premièrement, il est généralement admis que le commissaire

⁸⁴⁴ Art. 291 LP.

⁸⁴⁵ PETER, CR LP, n° 35 ad art. 285 LP; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 14 ad art. 285 LP.

⁸⁴⁶ GILLIÉRON, n° 21 ad art. 285 LP.

⁸⁴⁷ GILLIÉRON, n° 11 ad art. 285 LP.

⁸⁴⁸ GILLIÉRON, n° 15 ad art. 285 LP.

⁸⁴⁹ PETER, CR LP, n° 43 ad art. 285 LP.

n'a pas qualité pour intenter lui-même des procès⁸⁵⁰, sauf en matière de plainte contre la décision d'un office qui ne tiendrait pas compte du sursi, péril en la demeure ou à moins qu'il ne remplace le débiteur dans l'intégralité de son activité, puisque sinon, personne ne pourrait agir ; et même dans ce cas, le commissaire devrait, vu la neutralité qui est exigée de lui, déléguer la conduite des procès à un tiers. Ensuite, selon la jurisprudence récente⁸⁵¹, seule la masse des créanciers est légitimée à prendre la décision de demander la révocation d'actes juridiques ; ce n'est qu'ensuite que les liquidateurs peuvent agir. Or, pendant le sursis, il n'existe pas de masse des créanciers⁸⁵². En outre, le préjudice n'est au stade du sursis pas encore connu ; la masse concordataire elle-même n'est pas définitivement fixée et ne le sera qu'au stade de l'homologation pour un concordat ordinaire, alors que dans le cadre d'un concordat par abandon d'actifs, elle pourra être modifiée jusqu'à la clôture de la liquidation, comme dans une procédure de faillite. Finalement, mais la considération n'est pas juridique, l'on peut se demander l'impact qu'aurait sur le débiteur, qui perçoit le commissaire comme un personnage neutre, l'ouverture par ce dernier d'une action paulienne contre le bénéficiaire d'un acte d'aliénation. Il ne faut en effet pas perdre de vue que l'art. 288 LP pose comme condition d'ouverture d'une action révocatoire l'intention de lésion ou de favoritisme par le débiteur ; le débiteur sera ainsi également sur le banc des accusés, sans compter qu'il risque l'ouverture d'une procédure pénale du chef de l'art. 167 CP. La situation deviendra encore plus problématique si des audiences de comparution personnelles sont fixées et des enquêtes ouvertes, mettant en présence le commissaire, dans un rôle proche de celui d'un accusateur, le bénéficiaire de l'acte révocable et le débiteur. La tâche principale du commissaire se limitera donc à déterminer les actes sujets à révocation, et à inventorier les prétentions révocatoires à l'encontre de tiers⁸⁵³, puisqu'elles constituent autant d'actifs potentiels.

- 306 La seule justification valable à l'admission de l'ouverture par le commissaire d'actions pauliennes résidait dans le fait que l'art. 331 LP mentionne le jour d'octroi du sursis concordataire comme point de départ du calcul des délais prévus aux

⁸⁵⁰ ATF 60 III 183 = JdT 1935 II 74; ATF 61 III 71. Avant ces deux arrêts, le Tribunal fédéral avait admis que le commissaire avait qualité pour agir par la voie de la plainte contre des mesures d'un office (ATF 39 I 279).

⁸⁵¹ TF, arrêt 5A.418/2007 du 4 février 2008.

⁸⁵² La situation serait ainsi différente, à admettre qu'existât déjà pendant le sursis une commission des créanciers, ce que l'AP de révision de la LP 2009 prévoit.

⁸⁵³ Dans le cadre de sa mission de surveillance, l'on peut imaginer que le commissaire enjoigne le débiteur d'ouvrir des procédures judiciaires pour faire valoir ses droits, par exemple pour recouvrer une créance ; mais il ne s'agira alors pas d'actions révocatoires.

articles 286 ss LP, et qu'il était considéré, en l'absence de dispositions spécifiques à ce sujet, que le délai de péremption pour intenter action révocatoire, de deux ans, commençait à courir du jour de l'octroi du sursis. Le sursis peut durer au maximum vingt-quatre mois, auxquels il faut ajouter les deux mois d'un sursis provisoire, soit en tout vingt-six mois. Sans action du commissaire, l'action aurait donc pu être périmée avant même qu'intervienne le jugement d'homologation. Le Tribunal fédéral, suivant en cela la grande majorité de la doctrine, a jugé cependant récemment que le jour de l'entrée en force définitive du jugement d'homologation du concordat par abandon d'actif constituait le *dies a quo*⁸⁵⁴. Par conséquent, il n'est désormais plus nécessaire que le commissaire se voit attribuer la compétence pour ouvrir action contre le bénéficiaire d'un acte révocable.

G. La compensation pendant le sursis

1.1. Principe

307 Le principe de la compensation obéit, à côté des règles générales du Code des obligations⁸⁵⁵, à des dispositions spécifiques du droit de la faillite⁸⁵⁶ applicables *mutatis mutandis* pendant le sursis concordataire⁸⁵⁷. Pendant le sursis concordataire, un créancier du sursitaire⁸⁵⁸ est donc limitativement en droit de compenser sa dette avec la créance due par le débiteur concordataire, en fonction des principes suivants. En application de l'art. 213 LP, les créances compensées⁸⁵⁹ et compensantes⁸⁶⁰ ne sauraient être nées postérieurement au jugement octroyant le sursis concordataire, ou de faillite dans le cas du concordat en cours de faillite⁸⁶¹. En outre, la compensation peut être valablement contestée si la créance a été acquise

⁸⁵⁴ ATF 134 III 273; JUNOD MOSER/GAILLARD, CR LP, n° 19 ad art. 331, et les nombreuses références citées ; KRAMER/ROHNER, Der Beginn der zweijährigen Verwirkungsfrist gemäss art. 292 SchKG für die Anfechtung (Pauliana) im Rahmen des Nachlassverfahrens, PJA 2006, pp. 688 ss.

⁸⁵⁵ Art. 120 ss CO.

⁸⁵⁶ Art. 213 et 214 LP.

⁸⁵⁷ Art. 297 al. 4, qui renvoie par erreur à l'art. 214a LP, qui n'existe pas.

⁸⁵⁸ Selon JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 41 ad art. 297 LP, seuls les créanciers n'ayant expressément pas adhéré au concordat peuvent compenser en totalité leur créance, même après l'homologation du concordat.

⁸⁵⁹ Art. 213 al. 2 ch. 1 LP.

⁸⁶⁰ Art. 213 al. 2 ch. 2 LP.

⁸⁶¹ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 37 ad art. 297 LP ; GANI, CR LP, n° 21 ad art. 298 LP. Le même auteur admet qu'un créancier compense sa dette née avant le sursis avec une dette du sursitaire née avec l'accord du commissaire pendant le sursis.

par un débiteur du sursitaire alors que l'insolvabilité et le fort risque de faillite de ce dernier, respectivement l'in vraisemblance d'un quelconque assainissement, étaient connus du reprenant, dont on peut par ailleurs prouver qu'il a agi en vue de se procurer ou procurer à un tiers, au moyen de la compensation, un avantage au préjudice de la masse⁸⁶², ou qu'il devait pouvoir envisager qu'une telle lésion surviendrait⁸⁶³. Pour les créances non pécuniaires, une application analogique de l'art. 211 LP devrait être admise⁸⁶⁴. S'agissant de la production par le créancier d'une créance contre le débiteur, et dans l'hypothèse où dit créancier est également débiteur du débiteur concordataire, il paraît souhaitable que le commissaire enjoigne systématiquement le débiteur concordataire d'exciper de la compensation et ne retienne au passif que l'éventuel solde positif favorable au tiers. La production du créancier devra être traitée comme une créance contestée⁸⁶⁵. Dans une procédure de faillite, il est admis que la masse puisse exciper de la compensation⁸⁶⁶. L'on devrait donc admettre par analogie que le commissaire puisse autoriser une compensation prise dans l'intérêt de la communauté des créanciers : ce sera principalement le cas lorsque la créance compensante sera née avec l'accord du commissaire⁸⁶⁷.

1.2. Le cas particulier de la reprise d'une dette du sursitaire par un débiteur du sursitaire

- 308 Dans certains cas, un débiteur de l'entreprise en sursis peut vouloir désintéresser un créancier de l'entreprise, pendant le sursis. Cela peut être le cas notamment lorsque le débiteur en question est actionnaire, et que son compte-courant actionnaire présente un solde positif en faveur de l'entreprise en sursis, et dans l'hypothèse où un fournisseur important du débiteur concordataire refuse de procéder à des livraisons ou menace de requérir l'inscription d'hypothèques légales sur les

⁸⁶² Art. 214 LP.

⁸⁶³ TF, arrêt 5A.29/2007 du 29 mai 2008.

⁸⁶⁴ La question est controversée en doctrine. Cf MARCHAND, CR LP, n° 33 ad art. 310 LP, et les références citées. Voir également infra Chapitre III, p. 269.

⁸⁶⁵ GILLIÉRON, n° 22 ad Remarques introductives aux art. 293-304 LP.

⁸⁶⁶ JEANNERET, CR LP, n° 28 ad art. 213 LP.

⁸⁶⁷ GANI, CR LP, n° 23 ad art. 298 LP, et la référence à DALLÈVES.

ouvrages du débiteur concordataire, mettant ainsi en péril l'utilité d'une cession de factures garantissant l'octroi d'un crédit⁸⁶⁸.

- 309 L'art. 214 LP ne permet pas d'attaquer l'acte accompli par un créancier du failli qui aurait rendu possible la compensation en cédant sa créance à un débiteur du failli⁸⁶⁹. L'opération envisagée sera donc valable. Juridiquement, le débiteur du sursitaire opérera une reprise de la dette du sursitaire, au sens des art. 175 ss CO. En application de l'art. 176 al. 1 CO, le consentement du créancier devra être obtenu⁸⁷⁰, au moins tacitement. Après désintéressement du créancier, le débiteur du sursitaire devrait cependant n'être autorisé qu'à compenser partiellement sa dette envers le sursitaire, pour autant bien sûr que les deux créances soient nées avant le sursis. En application du principe d'égalité de traitement des créanciers, l'on devrait considérer que le débiteur du sursitaire devrait uniquement se substituer au créancier désintéressé, pour l'ensemble du rapport de droit liant ce dernier au sursitaire, et que le montant de la compensation soit limité au dividende.
- 310 L'on peut même se demander si, en cas de faillite ou de concordat par abandon d'actif, une telle compensation ne peut pas être considérée comme un acte révocable dans la mesure où le montant de la compensation dépasse celui que le créancier désintéressé aurait reçu au titre de dividende de faillite ou de concordat par abandon d'actif, ce d'autant plus que dans les faits, le créancier désintéressé en raison d'une dette née avant le sursis est avantagé par rapport aux autres. Tel n'est cependant pas le cas. La compensation peut être opérée par l'un des deux débiteurs, par manifestation unilatérale de volonté soumise à réception du tiers⁸⁷¹. Il en résulte une extinction immédiate de la créance compensante ou de la créance compensée, à concurrence du montant le plus faible⁸⁷². La compensation peut donc être effectuée indépendamment d'une quelconque manifestation de volonté du sursitaire, par son débiteur. Les conditions d'ouverture d'une action révocatoire, qui supposent un acte juridique bilatéral conclu entre le failli et un tiers, ne sont ici pas remplies⁸⁷³.

⁸⁶⁸ Le propriétaire de l'ouvrage, obligé de payer au fournisseur le montant correspondant à l'hypothèque légale, ne paiera évidemment pas la facture cédée du débiteur concordataire, diminuant d'autant la ligne de crédit.

⁸⁶⁹ GILLIÉRON, Poursuite, n° 2866 et la référence à l'ATF 95 III 88 = JdT 1970 II 118-119.

⁸⁷⁰ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 41 ad art. 297 LP.

⁸⁷¹ PETER, BSK OR I, n° 1 ad art. 124 CO ; JEANDIN, CR CO I, n° 1 ad art. 124 CO ; STADLIN, Die Verrechnung, p. 41.

⁸⁷² PETER, BSK OR I, n° 5 ad art. 124 CO ; JEANDIN, CR CO I, n° 6 ad art. 124 CO.

⁸⁷³ STADLIN, *op. cit.*, pp. 137 ss et la note de bas de page 161.

1.3. Après l'homologation d'un concordat

- 311 Le concordat implique une modification de la créance qui lui est soumise⁸⁷⁴ ; il est obligatoire pour tous les créanciers⁸⁷⁵. Pour savoir si une créance est concernée par un concordat par abandon d'actif en cours de faillite, il y a lieu de considérer le moment de sa naissance et non celui où elle a été produite dans la faillite⁸⁷⁶. Après l'homologation d'un concordat ordinaire, il ne sera plus possible de compenser l'intégralité de la créance concordataire contre le débiteur avec une dette due par le créancier : la créance compensante sera ramenée au dividende concordataire⁸⁷⁷. Après l'homologation d'un concordat par abandon d'actif, la compensation sera toujours possible, pour l'intégralité des créances, aux conditions des art. 213 ss LP ; la masse concordataire ne pourra cependant exciper de la compensation pour des dettes de masse que si la déclaration de compensation est effectuée avant l'état de collocation⁸⁷⁸. Une fois le tableau de distribution devenu définitif, il faut admettre que la compensation ne pourra plus avoir lieu que dans la mesure de la créance réduite au dividende concordataire.

⁸⁷⁴ MARCHAND, CR LP, n° 1 ad art. 310 LP.

⁸⁷⁵ Art. 310 al. 1 LP.

⁸⁷⁶ ZH, décision du tribunal supérieur du 9 janvier 1961, in : BLSchK 1964 V p. 143 ss.

⁸⁷⁷ *Contra* JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 41 ad art. 297 LP. RSJ 1994, n° 13.

⁸⁷⁸ GILLIÉRON, n° 40 ad art. 297 LP.

Section III

Effet du sursis sur les contrats en cours et conséquences pour le commissaire

A. En application du droit de l'exécution forcée

- 312 Le titre onzième de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ne traite pas spécifiquement des effets du sursis, provisoire ou définitif, sur les contrats et les contrats de durée, et d'une éventuelle fin qui interviendrait *ex lege*⁸⁷⁹. L'on verra toutefois que l'art. 298 LP peut avoir une influence sur les contrats auxquels le débiteur sursitaire est partie.
- 313 Contrairement à ce que prévoit l'art. 208 LP, l'octroi du sursis concordataire ne rend pas les dettes du sursitaire exigibles. Aucune conversion des créances non pécuniaires en créances de valeur équivalentes – au sens de l'art. 211 al. 1 LP – n'est automatiquement effectuée au jour de l'octroi du sursis⁸⁸⁰. L'inverse serait surprenant et guère souhaitable dans une perspective de poursuite de l'activité pendant un sursis susceptible de durer vingt-quatre mois. A la différence du droit de la faillite et de son article 211 al. 2 LP, aucune disposition du sursis concordataire n'énonce expressément qu'un quelconque organe de l'exécution forcée aurait le pouvoir de reprendre le contrat du sursitaire. *Ex lege*, ce n'est pas le rôle du commissaire, auquel l'exhaustivité de la loi n'attribue pas cette compétence, même dans l'hypothèse où le commissaire remplace intégralement le débiteur dans l'exploitation de son entreprise⁸⁸¹. L'application de l'art. 211 al. 2 LP est parfois préconisée par la doctrine s'agissant des contrats de durée⁸⁸².

⁸⁷⁹ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 2 ad art. 298 LP.

⁸⁸⁰ MARCHAND, CR LP, n° 33 ad art. 310 LP, et les références citées ; contra: LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, p. 1210 et les références citées en note de bas de page 14 ; HARDMEIER, BSK SchKG, n° 23 ad art. 305, n° 7 ad art. 310 LP. A ce propos, voir infra Chapitre II, Section II, p. 141.

⁸⁸¹ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 2 ad art. 298 LP ; MEIER, Chapter 11 im Vergleich mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, p. 461 et la note de bas de page 33. Contra: LORANDI, *op. cit.*, p. 1220 s, qui considère que l'art. 211 al. 2 LP est applicable par analogie lorsque le commissaire est nommé en remplacement du débiteur.

⁸⁸² Voir à ce sujet MEIER / EXNER, Laufende Verträge, p. 85-118 (110), qui considère que l'art. 211 LP s'applique non seulement au liquidateur dans le concordat par abandon d'actif, mais également par analogie pendant le sursis.

- 314 Dans le cadre des restrictions du pouvoir de disposition et surtout de gestion du débiteur sursitaire, le commissaire aura cependant à donner son accord, ou même à prendre personnellement, en lieu et place du sursitaire, des décisions concernant la continuation de l'exécution de chaque contrat, de durée ou non⁸⁸³. L'ensemble du rapport contractuel concerné devra être poursuivi, ou non ; le commissaire n'a pas la possibilité de choisir d'autoriser le débiteur d'exécuter une prestation, à l'exclusion d'une autre, au sein du même rapport contractuel⁸⁸⁴. Les dettes ainsi contractées pendant le sursis, après la publication du sursis, avec l'accord exprès ou tacite⁸⁸⁵ du commissaire, constitueront des dettes de la masse dans un concordat par abandon d'actif ou dans une faillite subséquente. Ces mêmes dettes ne seront pas réduites au dividende concordataire ou soumises au moratoire en cas d'homologation d'un concordat ordinaire⁸⁸⁶.
- 315 S'agissant des contrats de durée, les créances renaissent périodiquement, indépendamment de toute manifestation de volonté du débiteur ou du cocontractant. Pour ne pas risquer de se voir opposer l'existence d'un accord tacite à l'exécution du contrat, ce qui aurait pour effet de conférer à la créance un superprivilège potentiellement très coûteux pour ce type de contrats⁸⁸⁷, le commissaire devra dès son entrée en fonction instruire le débiteur de résilier ou renégocier le contrat de durée dont la poursuite n'est pas nécessaire, ou à défaut, s'en charger personnellement.

B. En application de règles de droit privé

- 316 En règle générale, le droit suisse ne prévoit pas automatiquement la fin des contrats lors de l'octroi du sursis⁸⁸⁸. La partie générale du Code des obligations permet à celui dont les droits sont mis en péril par l'insolvabilité de son cocontractant de faire dépendre l'exécution de son obligation de la fourniture de sûretés⁸⁸⁹. Le sursis

⁸⁸³ Art. 298 al. 1 LP.

⁸⁸⁴ MEIER / EXNER, Laufende Verträge in Konkurs- und Nachlassverfahren, p. 111.

⁸⁸⁵ Il faut admettre par ailleurs que le fait pour le commissaire de s'abstenir d'intervenir, tout en ayant connaissance de certaines décisions du débiteur, équivaut à un consentement tacite (BÖNI, p. 62 ; ATF 100 III 30, consid. 1 = JdT 1975 II 41 (43)).

⁸⁸⁶ Art. 310 al. 1 LP.

⁸⁸⁷ Art. 310 al.2 LP.

⁸⁸⁸ LORANDI, *op. cit.*, p. 1211. HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 2 ad art. 298 LP.

⁸⁸⁹ Art. 83 CO. La question de la validité de clauses contractuelles ne sera pas examinée ici ; pour un examen de la question, voir STAEHELIN, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, PJA 2004, p. 363-383 (379 ss.) et les notes de bas de page 188 à 190.

concordataire, tout comme l'homologation d'un concordat, quelle que soit sa nature, constitue un cas d'insolvabilité⁸⁹⁰, permettant dès lors l'application de cette disposition⁸⁹¹. Des dispositions légales mettent fin automatiquement à certains contrats⁸⁹² en cas d'ouverture de la faillite d'une partie au contrat⁸⁹³, mais ne sont transposables qu'après l'homologation d'un concordat par abandon d'actif – qui constitue à plusieurs égards une faillite aux effets atténués – et sont en revanche inapplicables pendant la phase du sursis concordataire, lequel doit plutôt être appréhendé comme un simple aveu d'insolvabilité⁸⁹⁴. D'autres règles prévoient des mécanismes de protection particuliers en cas de faillite ou d'insolvabilité, qui peuvent conduire à la fin du contrat concerné. Il est généralement admis que le terme de faillite est excessivement restrictif et qu'en réalité sont visées toutes situations d'insolvabilité⁸⁹⁵ : c'est le cas notamment en droit du bail, des art. 261 et 266h CO dont la doctrine a étendu avec raison le champ de cette dernière disposition à toute situation d'insolvabilité et donc aussi au sursis concordataire et, plus généralement, à la procédure concordataire dans sa totalité⁸⁹⁶, de l'art. 337a CO pour le contrat de travail et de l'art. 316 CO s'agissant du contrat de prêt.

1. Cautio judicatum solvi (83 CO)

- 317 Lorsque le débiteur sursitaire est lié par un contrat bilatéral parfait⁸⁹⁷, valablement conclu avant le dépôt d'une requête de sursis concordataire⁸⁹⁸, à une partie qui ne s'est pas encore exécutée, ce cocontractant peut refuser d'exécuter sa prestation aussi longtemps que le débiteur sursitaire n'a pas garanti l'exécution de sa contre-

⁸⁹⁰ MARCHAND, FJS n°24, § 45.

⁸⁹¹ DALLÈVES, Des effets du concordat sur les contrats du débiteur, in Société anonyme suisse, Volume 54 (1982), p. 114-123 (119)

⁸⁹² Contrats de bail à ferme, mandat, agence, rente viagère, société simple.

⁸⁹³ Fermier, mandant ou mandataire, agent ou mandant, débiteur d'une rente viagère, associé(s).

⁸⁹⁴ MARCHAND, op.cit., FJS n°24, § 45.

⁸⁹⁵ Terme dont l'acception doit être entendue au sens large. Voir à ce sujet LORANDI, op. cit., p. 1214 et la référence à GAUCH en note de bas de page n° 62.

⁸⁹⁶ LORANDI, op. cit., p. 1214 et les références citées en notes de bas de page 62 à 65 (GAUCH, REHBINDER, STAHELIN/VISCHER, HIGI); DALLÈVES, op. cit., p. 116.

⁸⁹⁷ HOHL, CR CO I, n° 6 ad art. 83 CO; LEU, BSK OR I, n° 1 ad art. 83 CO. Il s'agit par exemple des contrats de vente, d'échange, de bail, de travail, d'entreprise, d'édition, de transport, de mandat onéreux et de dépôt onéreux.

⁸⁹⁸ Requête qui constitue ici l'externalisation de la situation d'insolvabilité. ATF 105 II 28 = JdT 1979 I 314 ; HOHL, CR CO I, n° 7 ad art. 83 CO ; LEU, BSK OR I, n° 2 ad art. 83 CO.

prestation à effectuer, en invoquant l'exception d'insolvabilité⁸⁹⁹. Il est généralement admis que lorsque l'obligation est de nature personnelle, l'insolvabilité ne met pas en péril son exécution⁹⁰⁰. Si le débiteur sursitaire ne fournit pas la garantie requise par son cocontractant dans le délai convenable imparti, le cocontractant est en droit de se départir du contrat⁹⁰¹. Cette règle est valable, que les deux prestations soient dues simultanément ou l'une après l'autre⁹⁰² et ce même si la contre-prestation menacée par l'insolvabilité du créancier (débiteur concordataire) n'est pas exigible⁹⁰³. Sont réservés les cas de fraude. La fourniture de sûretés par le débiteur avant l'ouverture de la procédure concordataire constitue un acte révocable en cas de faillite subséquente ou d'homologation d'un concordat par abandon d'actif⁹⁰⁴.

- 318 Le délai au terme duquel la fourniture de la garantie doit intervenir sera communiqué par le cocontractant au débiteur, si celui-ci continue seul son activité⁹⁰⁵, et simultanément au débiteur sursitaire et au commissaire⁹⁰⁶, si le juge du concordat a prescrit que certains actes ne pourraient être accomplis valablement qu'avec le concours du commissaire⁹⁰⁷ ou a désigné ce dernier pour poursuivre l'activité de l'entreprise à la place du débiteur⁹⁰⁸. Le caractère convenable du délai sera apprécié selon les mêmes principes que ceux s'appliquant au délai de grâce de l'art. 107 al. 1 CO⁹⁰⁹ et dépendra en grande partie des circonstances⁹¹⁰. Le délai fixé devra en tout cas tenir compte de ce que le cocontractant est au bénéfice d'un

⁸⁹⁹ Art. 83 al. 1 CO. Voir à ce sujet HOHL, CR CO I, n° 7 ad art. 83 CO; SCHRANER, ZK-OR, n° 29 ad art. 83 CO; LORANDI, Dauerverhältnisse im Nachlassverfahren, in: AJP/PJA 2004, p. 1209-1224 (1212).

⁹⁰⁰ HOHL, CR CO I, n° 8 ad art. 83 CO, deuxième phrase.

⁹⁰¹ Art. 83 al. 2 CO.

⁹⁰² HOHL, CR CO I, n° 3 ad art. 83.

⁹⁰³ ATF 105 II 28 = JdT 1979 I 314; HOHL, CR CO I, n° 6 ad art. 83 CO.

⁹⁰⁴ Art. 287 al. 1 ch. 1 LP; LORANDI, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, p. 1305

⁹⁰⁵ Art. 298 al. 1, première phrase, LP. Même si le commissaire ne remplace pas le débiteur, l'on admet que les demandes de sûretés qui lui sont adressées et leur non paiement dans le délai fixé permettent de mettre un terme au contrat, la notification étant parfaite (ZH, décision de l'Obergericht du 16 avril 1982 in: ZR 82 (1983), 62, p. 162).

⁹⁰⁶ LORANDI, op. cit., p. 1212 s.

⁹⁰⁷ Art. 298 al. 1 LP, seconde phrase, *ab initio*.

⁹⁰⁸ Art. 298 al. 1 LP, seconde phrase, *in fine*.

⁹⁰⁹ HOHL, CR-CO I, n° 11 ad art. 83 CO et la référence citée.

⁹¹⁰ THÉVENOZ, CR-CO I, n° 12 ad art. 107 CO.

sursis concordataire et sera plus long qu'il pourrait l'être hors sursis concordataire⁹¹¹. Il appartiendra au débiteur et/ou au commissaire de protester immédiatement et de réclamer une prolongation du délai, et de s'exécuter ou offrir de le faire au terme du délai qui leur paraîtra convenable⁹¹².

- 319 L'exécution d'un contrat peut parfois avoir un impact positif sur l'activité de l'entreprise du débiteur, et il faut envisager qu'il puisse présenter par ricochet des avantages pour les créanciers, en permettant par exemple en finalité d'augmenter leur dividende ou en apportant dans la masse à liquider des biens qui pourraient offrir une valeur supplémentaire à celle de leur acquisition par le débiteur. Ainsi, est-il souhaitable d'autoriser un seul ou plusieurs créanciers à garantir eux-mêmes l'exécution de la prestation du débiteur, en admettant que ce dernier se voie dans l'impossibilité de le faire pour des raisons économiques. Le commissaire aurait alors pour rôle d'informer les créanciers connus de l'exception soulevée par le cocontractant du débiteur sursitaire, et de tenter de recueillir d'un ou plusieurs créanciers qu'ils fournissent la garantie exigée. En partant de l'hypothèse que le débiteur sursitaire ne puisse pas exécuter sa contre-prestation et donc que la garantie soit perdue, il conviendrait d'assurer au(x) créancier(s) ayant fourni la garantie le remboursement intégral du montant engagé, avant toute distribution.
- 320 Si l'exécution de la prestation du débiteur sursitaire n'est pas garantie dans les délais, ou l'est insuffisamment, le cocontractant est en droit de résoudre le contrat. Il s'agira d'une résolution *ex nunc* pour les contrats de durée et *ex tunc* pour les contrats ordinaires. Il n'existe pas à l'égard de l'insolvable de prétention en dommage-intérêts, puisque la partie qui fait défaut dans la fourniture d'une garantie ne viole en principe pas une obligation contractuelle⁹¹³. Le cocontractant qui renoncerait à résoudre le contrat qui le lie au débiteur sursitaire est tenu d'exécuter sa prestation. La contrepartie qui reste due par le débiteur sursitaire constituera une dette soumise au concordat.

⁹¹¹ LORANDI, *op. cit.*, p. 1213 in fine, estime que le délai convenable doit être prolongé de deux à trois semaines pour tenir compte du fait que la partie tenue de garantir sa prestation occupe la position de débiteur sursitaire. Il ne faut pas oublier que, si le débiteur sursitaire a été autorisé à poursuivre seul son activité, il devra avoir le temps d'obtenir l'accord du commissaire ou du juge en fonction de la forme de la garantie. Ce qui vient d'être dit est également valable dans le cas où le commissaire poursuit l'activité de l'entreprise à la place du débiteur et doit requérir l'acquiescement du juge.

⁹¹² THÉVENOZ, CR CO I, n° 13 ad art. 107 CO.

⁹¹³ HOHL, CR CO I, n° 12 ad art. 83 CO ; LORANDI, *op. cit.*, p. 1213; ATF 64 II 264, consid. 1.

2. Demeure et droit de résolution (107 CO)

- 321 Aux conditions de l'art. 107 CO, le cocontractant du débiteur sursitaire peut, après lui avoir fixé un délai convenable pour s'exécuter, choisir de se départir du contrat (résolution) et exiger l'indemnisation de son intérêt négatif. Suivant la durée du délai imparti, le débiteur concordataire et/ou le commissaire ne devront pas omettre de protester pour se faire fixer un nouveau délai convenable. A défaut, ils seront réputés l'agréer⁹¹⁴. Passé ce délai, le débiteur concordataire qui ne se serait par hypothèse pas exécuté se trouvera en demeure qualifiée, ce qui autorisera le cocontractant à se départir du contrat. Il s'agira d'une résolution *ex nunc* pour la plupart des contrats, mais d'une résolution *ex tunc* pour les contrats de durée⁹¹⁵. La résolution du contrat autorise le créancier à ne pas fournir sa prestation, à répéter ce qu'il a payé et à demander à être remis dans la situation où il se trouverait s'il n'avait pas conclu le contrat⁹¹⁶. Cette indemnisation couvre essentiellement les frais engagés, les dommages-intérêts dus à des tiers en raison de l'inexécution du contrat résolu et le gain manqué⁹¹⁷.
- 322 Le concordat concerne toutes les créances nées avant le sursis, ainsi que les créances nées pendant le sursis sans l'accord du commissaire. En application de ce principe, l'indemnisation réclamée par le cocontractant, et confirmée par un jugement ou acceptée par le débiteur, est soumise au dividende concordataire. Dans l'hypothèse où le contrat prévoit pour le débiteur une obligation de faire, soit une créance en nature, l'exercice par un créancier de son droit de mise en demeure lui permettra de produire dans le concordat une créance en dommages-intérêts au lieu d'exiger une prestation du débiteur.

3. Résiliation pour justes motifs

- 323 L'octroi du sursis n'a qu'une influence réduite sur les rapports entre le débiteur concordataire et les créanciers et ne met pas encore à ce stade en péril les intérêts du cocontractant du débiteur concordataire. Par ailleurs, permettre aux cocontractants une résiliation systématique des contrats en cours pour justes motifs dès le sursis octroyé irait à l'encontre du but du sursis, c'est-à-dire la survie du

⁹¹⁴ THÉVENOZ, CR CO I, n° 13 ad art. 107 CO; WIEGAND, BSK OR I, n° 10 ad art. 107 CO.

⁹¹⁵ THÉVENOZ, CR CO I, n° 36 ad art. 107; WIEGAND, BSK OR I, n° 21 ad art. 107 CO; LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, p. 1214 et les références citées en note de bas de page 68.

⁹¹⁶ THÉVENOZ, CR CO I, n° 14 ad art. 109 CO et les ATF cités en note de bas de page 20 ; WIEGAND, BSK OR I, n° 8 ss ad art. 109 CO.

⁹¹⁷ THÉVENOZ, CR CO I, n° 14 ad art. 109 CO; WIEGAND, BSK OR I, n° 9 ad art. 109 CO.

débiteur, qui ne pourrait plus avoir de partenaires contractuels. Elle viderait également de sens le principe selon lequel les obligations contractées pendant le sursis avec l'assentiment du commissaire sont garanties et payées en plein.

- 324 Il convient donc de nier l'application des dispositions traitant de la résiliation pour justes motifs lors de l'octroi du sursis, et ni le débiteur concordataire ni le cocontractant ne devraient pouvoir s'en prévaloir⁹¹⁸. Seule l'ouverture de la faillite du cocontractant, et par analogie d'homologation d'un concordat par abandon d'actif, constituent des justes motifs⁹¹⁹.
- 325 Il se peut cependant qu'une procédure d'insolvabilité conduite à une situation justifiant une résiliation pour justes motifs du point de vue du cocontractant. Dans ce cas, ce n'est pas l'ouverture de la procédure elle-même qui constitue le juste motif, mais ses conséquences. Ainsi en va-t-il si l'insolvabilité de l'employeur conduit à des arriérés de salaire importants⁹²⁰.

4. Règles spéciales en cas de faillite ou d'insolvabilité

- 326 Le principe général s'appliquant en droit suisse est la continuation des contrats, également de durée, lorsqu'une situation d'insolvabilité implique l'un des cocontractants. Le législateur a cependant prévu que certains rapports contractuels prenaient automatiquement fin à l'ouverture d'une procédure de faillite à l'encontre de l'une ou l'autre des parties⁹²¹. Ces dispositions sont également applicables par analogie lorsque l'homologation d'un concordat par abandon d'actif est recherchée clairement dès le début de la procédure.
- 327 Au sein de la deuxième partie du Code des obligations traitant des diverses espèces de contrats, certaines dispositions règlent spécifiquement l'effet de la « faillite », ou de l'insolvabilité, d'une partie, sur certains contrats. C'est le cas :
- 328 pour le contrat de bail à loyer, où la faillite⁹²² du locataire 266h CO permet au bailleur, après la délivrance de la chose louée⁹²³, de faire usage de la faculté de

⁹¹⁸ Du même avis, LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, p. 1215.

⁹¹⁹ LORANDI, *op. cit.*, loc. cit.

⁹²⁰ JEANDIN, L'insolvabilité en relation avec les contrats de bail et de travail, p. 205.

⁹²¹ Voir notamment les art. 297a CO, art. 405 al. 1 CO, art. 418s al. 1 CO, art. 518 al. 3 CO, art. 545 al. 1, ch. 3 CO.

⁹²² Le texte légal ne parle que de faillite. Certains auteurs estiment cependant, avec raison, que la faillite n'est que l'expression visible de l'insolvabilité de la partie concernée (cf LORANDI, *op. cit.*, p. 1214 et la référence citée sous note de bas de page 60). Il ne faut dès lors pas réserver l'application de la règle sur la résiliation aux seuls cas d'ouverture de faillite, mais l'élargir aux cas d'insolvabilité.

résilier le contrat avec effet immédiat si des sûretés pour les loyers à échoir ne lui sont pas fournies ; le bailleur de locaux commerciaux est doublement protégé, puisque la loi lui octroie un droit de rétention sur les meubles du locataire servant soit à l'aménagement, soit à l'usage de ceux-ci (art. 268 al. 1 CO et 299c CO). La prise d'inventaire est destinée à sauvegarder les droits du créancier pour les loyers échus et les loyers courants. Pour le loyer courant non encore échu, le bailleur doit démontrer qu'il y a péril en la demeure. En vertu de l'art. 283 LP, le bailleur de locaux commerciaux peut requérir la prise d'inventaire pour la sauvegarde d'un droit de rétention. Le Tribunal fédéral a admis⁹²⁴ qu'une telle demande pouvait valablement être introduite pendant le sursis, mais ne devait être exécutée par l'office qu'à l'expiration du sursis, en vertu du principe de suspension des poursuites de l'art. 297 al. 1 et 2 LP, puisque le gage est en l'occurrence mobilier. Le bailleur sera par ailleurs en droit de réclamer au locataire d'un immeuble des dommages-intérêts, correspondant à une indemnité pour occupation illicite⁹²⁵.

- pour le bail à ferme, où la faillite du fermier (art. 297a CO) provoque automatiquement la fin du contrat, qui sera repoussée à l'année suivante si des sûretés suffisantes sont fournies au bailleur pour le fermage courant et les objets portés à l'inventaire ;
- en cas d'insolvabilité de l'emprunteur (art. 316 CO), laquelle autorise le prêteur à refuser d'exécuter sa prestation, et non seulement à la retenir jusqu'à l'obtention de garanties suffisantes⁹²⁶. Il convient de noter qu'une partie de la doctrine considère que l'art. 316 CO constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 83 CO⁹²⁷ ;
- en cas d'insolvabilité de l'employeur 337a CO⁹²⁸, ce qui permet au travailleur de suspendre sa prestation de travail ou de résilier immédiatement le

⁹²³ LACHAT, CR CO I, n° 2 ad art. 266h CO et les références citées. Si le bailleur entend se prévaloir de l'insolvabilité du locataire avant la délivrance de la chose louée, il devra le faire en se fondant sur l'art. 83 CO (voir supra, Chapitre II, Section III, p. 180).

⁹²⁴ ATF 129 III 395 = JdT 2004 II 22.

⁹²⁵ LACHAT, CR Co I, n° 11 ad art. 257^e CO.

⁹²⁶ BOVET, CR CO I, n° 4 ad art. 316 CO; SCHÄRER / MAURENBRECHER, BSK OR I, n° 11 ad art. 316 CO.

⁹²⁷ BOVET, CR CO I, n° 1 ad art. 316 CO; SCHÄRER / MAURENBRECHER, BSK OR I, n° 1 ad art. 316 CO.

⁹²⁸ Applicable également dans une procédure concordataire; JEANDIN, L'insolvabilité en relation avec les contrats de bail et de travail, RDS 124 (2005), I, 3, p. 205 ; JEANDIN, Resolving the Conflict between creditors and the weak party, p. 158.

contrat⁹²⁹, si des sûretés suffisantes ne lui sont pas fournies dans un délai convenable pour garantir ses prétentions contractuelles futures ;

- en cas de faillite du mandant ou du mandataire 405 CO si l'exécution de la prestation de la partie touchée peut être mise en péril⁹³⁰. Cette disposition ne s'applique cependant que si une procédure de faillite au sens de l'art. 171 LP est ouverte. Ce n'est qu'en cas de concordat en cours de faillite qu'elle déploiera tout son sens.

329 L'exercice du droit de résiliation mettra fin au contrat *ex nunc*, puisque les cas légaux précités de résiliation en cas de faillite ou d'insolvabilité d'une partie concernent principalement des contrats de durée (contrat de bail à loyer et de bail à ferme, contrat de travail) et un contrat analogue à un contrat de durée (contrat de mandat). Quant au contrat de prêt, la solution dépendra des circonstances. Il s'agit d'un contrat de durée⁹³¹, mais en principe le retrait de l'emprunteur a un effet *ex tunc*⁹³², sauf si l'exécution du contrat de prêt peut être faite par livraisons successives ou que le contrat n'a été que partiellement exécuté. La fourniture de sûretés par la partie insolvable a pour effet de supprimer, ou de repousser le droit légal de résilier le contrat. Le débiteur sursitaire duquel la fourniture de sûretés est exigée devra requérir le consentement du commissaire ou du juge du concordat, en fonction de la nature de la garantie⁹³³.

C. Exécution ou résiliation par le débiteur concordataire des contrats conclus avant l'octroi du sursis : quelle place pour le "cherry picking" ?

330 Les possibilités de résiliation, respectivement de résolution, pour le cocontractant du débiteur concordataire ont été examinées ci-dessus. Il n'en demeure bien sûr pas moins que du point de vue du débiteur concordataire aussi il peut être avantageux de mettre fin à certains contrats, particulièrement les contrats de durée, potentiellement coûteux. Le droit suisse de la faillite prévoit le principe du « *cherry picking* », qui permet aux organes de l'exécution forcée de choisir d'exécuter les contrats favorables au débiteur et de ne pas exécuter ceux qui ne le seraient pas, les

⁹²⁹ AUBERT, CR CO I, n° 5 ad art. 337a CO;

⁹³⁰ WERRO, CR CO I, n° 8 ad art. 405 CO.

⁹³¹ BOVET, CR CO I, n° 2 ad art. 312; SCHÄRER / MAURENBRECHER, BSK OR I, n° 3 ad art. 312 CO

⁹³² BOVET, CR CO I, n° 4 ad art. 316; SCHÄRER / MAURENBRECHER, BSK OR I, n° 11 ad art. 316 CO.

⁹³³ Art. 298 al. 2 LP. Pour plus de détails, voir supra §~~Error! Reference source not found.~~

créanciers des contrats non exécutés étant renvoyés à produire leur dommage dans la procédure en cours⁹³⁴.

- 331 En application analogique de l'art. 211 al. 2 LP, l'on doit admettre que le commissaire puisse faire interdiction au débiteur, respectivement refuser d'exécuter certains contrats conclus avant l'octroi du sursis concordataire, dans l'intérêt de la préservation du patrimoine du débiteur et de la majorité des créanciers. Pour qu'une telle décision ne soit pas perçue comme une inégalité de traitement entre les créanciers, elle devra néanmoins se justifier objectivement⁹³⁵. En pareilles circonstances, le cocontractant est en droit de demander des dommages-intérêts positifs pour cause d'inexécution du contrat, ou peut choisir de résoudre le contrat et demander des dommages-intérêts négatifs⁹³⁶. L'indemnité réclamée par le débiteur est soumise au dividende concordataire puisque l'obligation dont l'exécution est demandée, ou la contre-prestation demandée, née avant le sursis, est impérativement soumise au concordat⁹³⁷. Avant de prendre la décision de ne pas exécuter un contrat, le commissaire devra calculer s'il est plus avantageux pour le débiteur et la communauté des créanciers d'exécuter le contrat ou que des dommages-intérêts, cas échéant élevés, même en étant soumis au dividende, soient payés par le débiteur concordataire. L'on notera que le législateur a prévu d'introduire une nouvelle disposition autorisant expressément le commissaire à dénoncer un contrat de durée⁹³⁸.

⁹³⁴ Art. 211 al. 2 LP.

⁹³⁵ *Ibidem*.

⁹³⁶ ATF 107 III 139, consid. 4 a = JdT 1983 II 75 (81). Cf. *supra*, Chapitre II, Chapitre IISection III, p. 183.

⁹³⁷ Art. 310 LP. ATF 107 III 139, consid. 4a = JdT 1983 II 75 ss (81).

⁹³⁸ Art. 297a AP-LP 2009.

Section IV

Transfert de l'entreprise ou de certains actifs de l'entreprise pendant le sursis

- 332 *A priori*, de par la loi, la mission du commissaire n'est pas de réaliser au mieux pendant le sursis les actifs du débiteur⁹³⁹. Cette mission incombe aux liquidateurs d'un concordat par abandon d'actif, après approbation et homologation du concordat par abandon d'actifs. Si l'homologation d'un concordat ordinaire est recherchée, la question ne se pose en théorie pas : ensuite de l'homologation, le débiteur survit, et il n'y a aucune raison de vendre l'entreprise du débiteur. Toutefois, un assainissement peut devoir être réalisé par une réorganisation des activités de l'entreprise, et par la cession de certains pans d'activité à un tiers. La question qui se pose est de savoir si, exceptionnellement, un pan de l'entreprise du débiteur, voire, la totalité de l'entreprise, pourrait valablement être cédée pendant le sursis, par qui, et selon quelles règles.
- 333 Quand bien même il n'est pas contesté que la mission du commissaire n'est pas en priorité de réaliser au mieux pendant le sursis les actifs du débiteur, il convient néanmoins de lui laisser cette faculté lorsque les circonstances le justifient. Sa mission est en effet de sauvegarder les intérêts des créanciers, objectif qui peut devoir être réalisé par la vente de certains actifs ou de tous les actifs du débiteur déjà pendant le sursis. L'appréciation de la nécessité de procéder à la vente d'actifs du débiteur s'effectuera en application analogique de l'art. 243 LP, mais pas seulement. Il conviendra d'adopter une position plus souple et d'admettre le principe d'une vente lorsqu'elle paraît particulièrement opportune, sans pour autant être nécessaire. Il en va ainsi notamment pour les actifs immobiliers et pour la vente de l'entreprise du débiteur.
- 334 La réalisation anticipée d'actifs du débiteurs ou de l'entreprise, respectivement de pans de l'entreprise du débiteur poursuivra plusieurs buts, cumulatifs ou alternatifs. Elle pourra être un moyen pour le débiteur de disposer de trésorerie pendant le sursis, de produire des liquidités pour servir un dividende plus élevé dans un concordat ordinaire ou par abandon d'actif, ou encore d'éviter de perdre des actifs, par exemple si le bien est périssable ou si sa conservation est excessivement

⁹³⁹ VS, décision du tribunal cantonal en tant qu'autorité de recours en matière de faillite du 10 juin 1997, X. SA et Y. c/Juge I du district de Sion (VS), in : RVJ 1998 p. 153-154, consid. 3 b.

dispendieuse⁹⁴⁰. Enfin, l'on ne saurait perdre de vue qu'une entreprise en cours d'exploitation, avec sa clientèle, ses employés et son carnet de commande, est plus attractive pour un investisseur qu'une entreprise en liquidation.

- 335 Le transfert de l'entreprise du débiteur en cours de sursis concordataire n'est pas réglé par la loi et la problématique n'est que rarement abordée en détail par la doctrine suisse. Quelques auteurs se prononcent en faveur de la possibilité légale d'un tel transfert⁹⁴¹. Le transfert d'entreprise était déjà admis et pratiqué, tant pendant le sursis que dans le cadre de l'exécution du concordat, avant la modification de la LP de 1997⁹⁴², qui prévoit maintenant expressément le transfert de l'entreprise du débiteur à un tiers dans le cadre du concordat par abandon d'actif⁹⁴³. Pour autant, cela ne signifie pas encore que les nouvelles dispositions introduites rendent désormais impossible le transfert de l'entreprise du débiteur pendant le sursis, c'est-à-dire avant l'homologation du concordat.

A. Nature de la vente et conséquences pour le commissaire

- 336 Une vente de l'entreprise en cours de sursis n'a de sens que si un repreneur se présente, et que l'urgence requière qu'il ne puisse pas être sursis au transfert de l'entreprise à ce repreneur. Si ce n'est pas le cas, il n'y a aucune raison de vendre en cours de sursis les actifs du débiteur. Dès lors qu'un repreneur se présente, le transfert de l'entreprise en cours de sursis doit être qualifié d'homologation anticipée d'un concordat par abandon d'actif à un tiers. La cession de la totalité ou d'une part substantielle des biens du débiteur pendant le sursis constitue une exécution anticipée d'un concordat par abandon d'actif⁹⁴⁴. La vente de biens isolés pendant le sursis alors que l'homologation d'un concordat par abandon d'actif est clairement recherchée par le débiteur constituera aussi un acte de liquidation anticipé. Cela ne sera en revanche pas le cas s'agissant de la vente de biens isolés

⁹⁴⁰ LUDWIG, p. 187.

⁹⁴¹ FUCHS, p. 174 s. VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 10 et 17 ss. ad art. 298 LP; voir aussi WINKELMANN et al., BSK-SchKG, n° 10 ad art. 317 LP; MARCHAND/HARI, avec quelques limitations, p. 110.

⁹⁴² A propos de la pratique antérieure, voir VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 19 ad art. 298 LP.

⁹⁴³ Art. 317 LP. Le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève (Jugement du Tribunal de première instance 1208/2005 du 23 septembre 2005) a ainsi accepté que des actifs de la société CIT-Frantour soient cédés à un repreneur (avec les passifs et certains contrats de travail) pendant le sursis, au motif que la vente en cours de sursis était de toute évidence plus avantageuse que la liquidation, et permettait d'éviter l'augmentation des passifs.

⁹⁴⁴ MARCHAND / HARI, p. 109.

pendant le sursis alors qu'un concordat dividende est offert à ses créanciers par le débiteur.

- 337 La distinction revêt une importance capitale : si le concordat proposé aux créanciers est un concordat ordinaire, la vente ne constituera pas un acte d'exécution forcée et ne sera pas soumise aux règles de la LP⁹⁴⁵. En revanche, dans les autres cas, la vente en cours de sursis constitue une opération de liquidation anticipée et constitue alors un acte d'exécution forcée. Les deux ventes n'obéiront donc pas aux mêmes principes. Selon que la vente est un acte d'exécution forcée ou non, les règles en matière de liquidation⁹⁴⁶ s'appliqueront *mutatis mutandis*, ou non. Les frais de la vente seront ainsi à la charge de la masse concordataire dans le premier cas ou du débiteur dans le second. La réponse à la question de l'admissibilité d'une délégation à un tiers par le commissaire des opérations de réalisation d'actifs du débiteur dépend également de la nature de la vente. Si la réalisation de l'actif ne constitue pas un acte d'exécution forcée, rien ne s'oppose à sa délégation à un tiers par le commissaire. Si la réalisation est qualifiable d'acte d'exécution forcée, une délégation sera aussi possible, mais sous certaines conditions⁹⁴⁷ : les coûts engendrés devront respecter l'OELP, le tiers sera soumis à l'interdiction de contracter avec lui-même (art. 11 LP), les droits des créanciers gagistes devront être respectés. La voie de la plainte sera par ailleurs ouverte contre le tiers⁹⁴⁸. En tous les cas, le tiers sera considéré comme un auxiliaire d'une autorité de poursuite, en l'occurrence le commissaire⁹⁴⁹, et il engagera la responsabilité de la collectivité.
- 338 Mais l'essentiel est encore ailleurs. En effet, une question cruciale se posera lorsque la vente sera considérée comme un acte d'exécution forcée, c'est-à-dire les modalités de son exécution. Le liquidateur d'un concordat par abandon d'actif ordinaire a le choix entre une réalisation en bloc ou actif par actif (*piecemeal*)⁹⁵⁰. La réalisation a lieu par voie de recouvrement ou de vente s'agissant de créances, et par vente de gré à gré ou par enchères publiques s'il s'agit d'autres biens⁹⁵¹. C'est d'entente avec la commission des créanciers que le liquidateur du concordat par abandon d'actif fixe le mode et le moment de la réalisation⁹⁵². L'état de collocation

⁹⁴⁵ LORANDI, Der Freihandverkauf, p. 373.

⁹⁴⁶ Art. 322 ss LP.

⁹⁴⁷ LORANDI, Durchführung der Verwertung in der Zwangsvollstreckung durch Privatpersonen, p. 850

⁹⁴⁸ ATF 105 III 70; LORANDI, Durchführung der Verwertung in der Zwangsvollstreckung durch Privatpersonen, p. 855 s.

⁹⁴⁹ ATF 67 III 25.

⁹⁵⁰ Art. 322 al. 1 LP.

⁹⁵¹ Art. 322 al. 1 *in fine* LP.

⁹⁵² Art. 322 al. 2 LP.

doit être dressé avant toute réalisation de biens gagés⁹⁵³. Il n'est en particulier pas nécessaire pour les liquidateurs de requérir l'assentiment des créanciers gagistes que le prix de vente ne suffit pas à désintéresser avant de décider avec la commission des créanciers de réaliser les actifs de gré à gré. L'art. 256 al. 4 LP ne trouve pas application dans une liquidation d'un concordat par abandon d'actif, la loi traitant expressément la problématique : le liquidateur d'un concordat par abandon d'actif, qui devra avoir inventorié une créance contre le bénéficiaire de l'acte révocable, peut la recouvrer ou décider de la vendre⁹⁵⁴. Avant de renoncer définitivement au recouvrement et de procéder à la vente de la créance, le liquidateur doit en informer les créanciers par voie de circulaire et leur offrir la cession de la prétention⁹⁵⁵.

- 339 Lorsque les biens du débiteur sont transférés à un tiers par le biais d'un concordat par abandon d'actif à un tiers repreneur, les art. 322 et 323 LP ne sont pas applicables ; le mode de liquidation des biens et les garanties d'exécution de la cession à un tiers repreneur doivent alors figurer dans le concordat accepté par les créanciers et homologué par le juge⁹⁵⁶, un concordat lacunaire pouvant être complété d'office ou sur demande d'un créancier par le juge du concordat⁹⁵⁷. L'application de l'art. 256 al. 3 LP⁹⁵⁸, qui prévoit que les biens de valeur élevée et les immeubles du débiteur failli ne sont réalisés de gré à gré que si l'occasion a été donnée aux créanciers de formuler des offres supérieures, est incertaine⁹⁵⁹, mais doit être exclue en cas de transfert des actifs à un tiers repreneur, en application analogique de l'art. 323 al. 1 LP *ab initio*.
- 340 Eu égard à ce qui précède, force est de constater qu'une vente de l'entreprise du débiteur pendant le sursis ne peut se faire sans de nécessaires aménagements. Il conviendra de désigner un remplaçant à la commission des créanciers, inexistante en l'état au stade du sursis, qui sera en charge avec le commissaire de la procédure de vente. Le mode de réalisation des actifs, et la soumission éventuelle de la vente à la LFus, ainsi que les garanties d'exécution de la cession, devront également être fixés d'entente avec cet organe.

⁹⁵³ Art. 323, deuxième phrase *a contrario* LP ; art. 125 ORFI.

⁹⁵⁴ Art. 322 al. 1 LP.

⁹⁵⁵ Art. 325 LP.

⁹⁵⁶ Art. 318 al. 1, ch. 3 LP.

⁹⁵⁷ Art. 306 al. 3 LP.

⁹⁵⁸ Disposition de droit impératif. SG, décision de l'autorité de surveillance du 26 juin 1998, in : BISchK 1999 p. 112 ss ; FoËx, CR LP, n° 13 ad art. 256 LP.

⁹⁵⁹ La question n'est curieusement pas abordée par les différents commentateurs de l'art. 322 LP.

B. Compétence pour autoriser la vente

- 341 Si l'on considère que le transfert de l'entreprise en cours de sursis constitue une exécution anticipée d'un concordat par abandon d'actif, cela signifie que dit concordat doit avoir été homologué par anticipation. Or, la seule autorité compétente pour homologuer un concordat est le juge. Cette première conclusion relative à la compétence place donc en mains du juge la qualité pour autoriser la vente de l'entreprise en cours de sursis. Seule l'autorité judiciaire désignée par les lois cantonales d'application de la LP est en effet habilitée à homologuer un concordat, et donc *a fortiori* à l'homologuer de façon anticipée.
- 342 Le même résultat peut d'ailleurs être obtenu en appliquant l'art. 298 LP, qui prévoit que les actifs immobilisés, dont fait à l'évidence partie l'entreprise, ne peuvent être réalisés pendant le sursis sans l'autorisation du juge du concordat. En vertu de l'art. 298 al. 2 LP, il est interdit au débiteur d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit pendant la durée du sursis sans l'autorisation du juge du concordat, quel que soit le type de concordat envisagé. Les actifs immobilisés au sens de l'art. 298 al. 2 LP sont constitués de tous les biens, mobiliers ou immobiliers, nécessaires à long terme à l'activité du débiteur⁹⁶⁰. L'art. 298 LP protège indirectement les créanciers, en garantissant le maintien de la valeur des actifs du débiteur⁹⁶¹, jusqu'à ce que le concordat ait été approuvé (ou rejeté) par une majorité de créanciers et homologué (ou non) par l'autorité judiciaire du concordat⁹⁶². Le transfert de l'entreprise du débiteur en sursis concordataire tombe dans le champ d'application de cette disposition et il faut admettre que le débiteur, laissé par hypothèse libre de poursuivre l'activité de son entreprise, ne pourra pas lui-même procéder à la vente, sans avoir auparavant requis l'autorisation du juge⁹⁶³.
- 343 En vertu des principes énoncés ci-dessus et en l'état du droit actuel, dès lors que l'entreprise du débiteur en sursis est qualifiée et possède des actifs immobilisés⁹⁶⁴, ni le commissaire ni le débiteur ne sont autorisés à disposer de l'entreprise du débiteur dans sa totalité sans l'autorisation du juge du concordat, qui remplace en

⁹⁶⁰ Sur la notion d'actifs immobilisés, voir JAEGER, SchKG-Kommentar, N° 16 ad art. 298 LP. STOFFEL, § 12 n° 87.

⁹⁶¹ VOLLMAR, BSK-SCHKG, n° 1 ad art. 298 LP.

⁹⁶² JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 3 ad art. 298 LP.

⁹⁶³ MARCHAND, Transfer of the debtor's enterprise during the composition moratorium, p. 427; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 23 ad art. 298 LP.

⁹⁶⁴ Ce qui constitue le cas le plus fréquent.

quelque sorte ici la commission de surveillance des créanciers⁹⁶⁵. La vente de l'entreprise en cours de sursis devant être considérée comme une exécution anticipée d'un concordat par abandon d'actif, le juge doit dans tous les cas de figure donner son accord. Il en ira de même pour la vente de n'importe quels actifs, immobilisés ou non, lorsque l'homologation d'un concordat par abandon d'actif est visée. Dans l'hypothèse où un concordat ordinaire est proposé, les actifs non immobilisés pourront être vendus avec l'accord du commissaire. Le transfert non autorisé d'actifs immobilisés serait sans effet⁹⁶⁶ et susceptible de provoquer la révocation du sursis⁹⁶⁷ et la faillite du débiteur⁹⁶⁸.

C. Motifs pour exclure un transfert d'entreprise en cours de sursis

344 Le transfert partiel ou total de l'entreprise du débiteur en cours de sursis concordataire est souvent justifié par l'argument économique, la valeur de l'entreprise risquant d'être mise en péril si ce transfert n'a pas lieu dans les plus brefs délais, sans attendre l'homologation du concordat par abandon d'actif. A la nécessité du transfert et à l'urgence de la situation précitée, peuvent être opposés des arguments antagonistes, conduisant à l'exclusion du transfert de l'entreprise en cours de sursis. En décidant dans l'urgence, pendant le sursis, d'autoriser la vente de l'entreprise, le juge du concordat s'affranchit en effet sans aucun doute des très nombreuses règles de protection des créanciers, des actionnaires, des travailleurs et du repreneur que le législateur a posées en cas de transfert d'une entreprise solvable, et, dans une moindre mesure, en cas de transfert d'une entreprise insolvable. Les règles de protection des créanciers ne devraient pas être éludées et vidées de tout sens en cas de vente pendant le sursis. Dès lors qu'une procédure judiciaire d'exécution forcée a été ouverte, et que cette même procédure prévoit toute une série de règles pour assurer le meilleur désintéressement des créanciers, ce serait aller contre le but même de la loi que d'écarter les créanciers du processus de vente, simplement pour des raisons de temps et d'opportunité. De même est-il légitime de se demander si les actionnaires et les travailleurs ne mériteraient pas une protection renforcée.

⁹⁶⁵ VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 23 ad art. 298 LP. MARCHAND, Transfer of the debtor's enterprise during the composition moratorium, p. 426.

⁹⁶⁶ Art. 298, al. 2 LP; STOFFEL, § 12, n° 89; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 14 ad art. 298 LP. Contra : JAEGER, SCHKG-KOMMENTAR, n° 19 ad art. 298 LP, qui estime que le transfert non autorisé des actifs du débiteur doit être considéré comme nul et annulé.

⁹⁶⁷ Art. 298 al. 3 LP ; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 28 ad art. 298 LP.

⁹⁶⁸ Art. 309 LP.

1. Quelle protection pour les créanciers ?

345 Pendant le sursis, les créanciers, ne se voient réserver aucune possibilité d'intervention en amont d'une décision du commissaire et devront se contenter d'agir par la voie de la plainte pour contester ses décisions et actes. Les créanciers pourront par ailleurs recourir contre toute décision judiciaire, et notamment celle par laquelle le juge du concordat autorise la vente d'actifs immobilisés, auprès de l'autorité judiciaire supérieure. Le sursis concordataire accorde donc certes des droits aux créanciers, mais seulement en aval, sans droit de participation ou d'intervention en ce qui concerne la vente anticipée du débiteur concordataire. Divers éléments plaident en faveur d'une consultation des créanciers⁹⁶⁹ : le but du sursis, les conditions auxquelles une entreprise peut être vendue de gré à gré d'urgence en cours de faillite, les limites générales au pouvoir du juge dans la procédure concordataire, les conditions d'homologation du concordat et sa nature contractuelle, et l'absence de voie de recours.

1.1. But du sursis concordataire

346 Bien souvent, le sursis concordataire est requis par le débiteur pour éviter sa mise en faillite, particulièrement dans les cas d'application de l'art. 173a LP, par lequel l'autorité judiciaire de la faillite décide d'office ou sur requête du débiteur de transmettre le dossier au juge du concordat plutôt que de mettre le débiteur en faillite, ou encore lors de l'application de l'art. 332 LP, qui prévoit qu'un débiteur contre lequel une procédure de faillite a été ouverte peut proposer un concordat. La vente de gré à gré de l'entreprise est alors autorisée, mais restrictivement, aux conditions de l'art. 256 LP⁹⁷⁰. Dans une faillite, le transfert de l'entreprise du débiteur à une tierce partie n'est pas exclu, mais la décision doit avoir été prise par la majorité absolue des créanciers réunis en assemblée. Il n'est pas souhaitable que le juge du concordat se substitue aux créanciers dans le processus décisionnel menant éventuellement au transfert de l'entreprise du débiteur à un tiers repreneur, alors que la décision doit être prise à la majorité absolue des créanciers dans une procédure de faillite. En ce sens déjà, l'art. 298 al. 2 LP ne constitue pas une base légale suffisante pour permettre sans garde-fou la liquidation anticipée de l'entreprise⁹⁷¹.

⁹⁶⁹ MARCHAND / HARI, *op. cit.*, p. 109 ss.

⁹⁷⁰ Art. 256 LP. Les créanciers doivent avoir la possibilité de formuler des offres supérieures (art. 256 al. 3 LP). Pour un exemple de transfert d'une entreprise dans le cadre d'une faillite, voir BISchK 1999, p. 238.

⁹⁷¹ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 13 ad art. 298 LP.

1.2. Limites des pouvoirs du juge du concordat

- 347 Durant le sursis, le juge peut intervenir, mais seulement dans des cas précis, exhaustivement énumérés par la loi. Il peut ainsi autoriser la vente d'éléments de l'actif immobilisé, ou encore révoquer le sursis. Le juge du concordat peut aussi compléter une réglementation insuffisante du concordat sur demande d'un intéressé ou d'office⁹⁷². Toutefois, dans ce dernier cas, il est unanimement reconnu que l'autorité judiciaire ne peut qu'intervenir pour régler des questions mineures ou de seconde importance, et qu'elle n'est pas habilitée à revoir et modifier de façon substantielle le contenu d'un concordat, au risque de travestir l'accord donné par les créanciers⁹⁷³. Ce principe est également valable pendant la durée du sursis concordataire : si le juge du concordat possède un pouvoir limité d'amendement du concordat, il n'est pas cohérent d'estimer que le même juge du concordat puisse, avant le vote des créanciers, se substituer au pouvoir décisionnel des créanciers et s'attribuer des compétences discrétionnaires et illimitées à propos d'une question importante, tel que le transfert de l'entreprise du débiteur à un tiers.

1.3. Conditions légales d'homologation d'un concordat par abandon d'actif avec transfert à un tiers

- 348 Un concordat par abandon d'actif avec transfert à un tiers ne peut être homologué par le juge du concordat qu'à la condition que la somme offerte par le repreneur soit supérieure au prix qui pourrait être obtenu dans une procédure de faillite et que le repreneur amène des garanties suffisantes⁹⁷⁴. Afin de pouvoir examiner la condition du dividende, le juge du concordat ne peut que se baser sur l'inventaire des biens du débiteur établi par le commissaire et sur la liste de ses dettes : il est possible de ne pas attendre l'appel aux créanciers, puisque généralement, l'état des dettes du débiteur ressortira des livres comptables. L'autorité judiciaire devrait également si possible prendre en considération le rapport du commissaire⁹⁷⁵ et l'avis des créanciers⁹⁷⁶.
- 349 Le juge du concordat n'est donc pas en mesure de déterminer si cette condition légale est remplie avant que l'inventaire⁹⁷⁷ ait été effectué par le commissaire. En

⁹⁷² Art. 306 al. 3 LP.

⁹⁷³ HARDMEIER, BSK-SchKG, n° 27 ad art. 306 LP; STOFFEL, § 12, n° 111.

⁹⁷⁴ Art. 306 al. 2 LP.

⁹⁷⁵ RFJ 1999 p. 277.

⁹⁷⁶ ATF 95 III 60 = JdT 1970 II 101.

⁹⁷⁷ Art. 299 LP.

conclusion, le transfert de l'entreprise du débiteur pendant le sursis, à tout le moins avant l'inventaire, n'est matériellement pas possible, puisque le juge du concordat n'est pas en mesure d'examiner si les conditions de l'article 306 al. 2, ch. 1 LP seront remplies au moment où le transfert de l'entreprise devra être confirmé par l'homologation du concordat par abandon d'actifs.

1.4. Absence de voie de droit appropriée pour remettre en cause le transfert en cas de faillite subséquente

350 Lorsqu'un concordat est rejeté par les créanciers, le débiteur est très généralement mis en faillite, sur requête d'un créancier⁹⁷⁸. Dans ce cas, l'administration de la faillite n'aura pas à sa disposition de moyen approprié pour contester le transfert de l'entreprise du débiteur pendant la durée du sursis et se retrouvera face à une coquille vide, probablement vendue à vil prix à un ou plusieurs tiers. L'action révocatoire permet à l'administration de la faillite de contester des transferts d'actifs survenus avant la décision de faillite⁹⁷⁹, notamment en cas de dol⁹⁸⁰ ou si le débiteur a procédé à une donation ou donation mixte⁹⁸¹. Il est toutefois peu vraisemblable qu'une autorité judiciaire compétente pour statuer sur une action révocatoire ouverte par hypothèse contre l'acquéreur de l'entreprise pendant le sursis parvienne à la conclusion qu'il existait une intention de lésion, ou que le prix de vente a été volontairement sous-évalué, puisque le transfert des actifs en cours de sursis aura été effectué sous le contrôle du juge du concordat. Il paraît donc peu vraisemblable que l'autorité saisie condamne l'acquéreur à restituer les actifs acquis ou à payer un supplément.

1.5. Nature contractuelle du concordat

351 Un concordat ordinaire ou par abandon d'actif constitue un accord par lequel les créanciers acceptent de renoncer à une partie de leurs créances à l'encontre du débiteur⁹⁸². Ce renoncement requiert le consentement exprès de la majorité des créanciers, qui interviendra par le vote ayant trait à l'approbation du concordat,

⁹⁷⁸ L'article 309 LP prévoit que si le concordat est rejeté, chaque créancier peut, dans les 20 jours suivant la décision, requérir la faillite à l'encontre du débiteur.

⁹⁷⁹ VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 27 ad art. 298 LP; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 18 ad art. 298 LP. Voir infra, Chapitre II, Section II, p. 170.

⁹⁸⁰ Art. 288 LP.

⁹⁸¹ Art. 286 LP.

⁹⁸² Sur ce renoncement, voir RVJ 2001 299 consid. 10 b ; ATF 114 Ia 203, JdT 1990 II 191; AMONN / WALTHER, § 55 n° 3; LU, décision de Commission des poursuites et faillites du tribunal supérieur du 15 février 1984 in : LGVE 1984 I 35.

sans qu'il puisse être décrété par le juge du concordat. En autorisant le transfert de l'entreprise à un tiers repreneur contre paiement d'un montant déterminé pendant le sursis, le juge du concordat ne laisse pas d'autre choix aux créanciers que de ratifier le concordat par abandon d'actif avec transfert à un tiers. En agissant de la sorte, le juge du concordat va à l'encontre de l'essence contractuelle de l'institution concordataire⁹⁸³.

2. Quelle protection pour les actionnaires ?

- 352 L'intérêt de la participation des actionnaires à la préparation du plan de cession de l'entreprise sursitaire pendant le sursis et à son exécution après homologation d'un concordat par abandon d'actif est rarement évoqué mais est pourtant d'importance⁹⁸⁴. Toutefois, le droit actuel ne leur offre pas cette possibilité. Le droit de la société anonyme n'est pas d'un grand secours aux actionnaires, puisqu'il prévoit que le conseil d'administration est compétent pour prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts. La gestion de l'entreprise et les décisions stratégiques sont ainsi en règle générale du ressort du conseil d'administration. L'institution d'un contrôle spécial pendant le sursis se révélerait inutile, puisqu'il ne sert qu'à élucider des faits déterminés si cela est nécessaire à l'exercice de leurs droits par les actionnaires⁹⁸⁵. Or, la procédure concordataire n'octroie aucun droit spécial d'intervention ou d'information aux actionnaires : les créanciers sont seuls à bénéficier d'un droit d'information, et dans la teneur actuelle de la loi, pas même d'un droit d'intervention. En définitive, pendant le sursis, c'est le commissaire qui sera l'interlocuteur des actionnaires, ce qui n'est pas dénué d'intérêt, dès lors qu'une solution d'assainissement pourrait passer par eux. Mais il ne s'agit ici que d'une protection très indirecte.
- 353 Les actionnaires sont donc protégés en amont de la procédure concordataire, par leur droit aux renseignements, à l'institution d'un contrôle spécial, ou encore par l'art. 725 CO, et par la possibilité qui leur est offerte, s'ils sont simultanément créanciers, de déposer eux-mêmes une requête de sursis concordataire. Une fois le débiteur dessaisi et le commissaire en place, les actionnaires perdent toute protection.

⁹⁸³ A propos de la nature contractuelle du concordat (qui ne relève toutefois pas du droit privé), voir JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 6 ad art. 310 LP ; ATF 122 III 182 et ZH, décision de la III^{ème} Cour civile du tribunal supérieur du 27 octobre 1978 in : ZR 77 (1978), 103.

⁹⁸⁴ JEANNERET / PEYROT, p. 517.

⁹⁸⁵ Art. 697a al. 2 CO. SCHWARZENBACH/DANNECKER, p. 521.

3. Quelle protection pour les travailleurs

3.1. Application de l'art. 333 al. 1 CO ?

3.1.1. Situation actuelle en droit suisse

- 354 La question de l'application des art. 333 et 333a CO en cas d'acquisition d'une entreprise dans le cadre d'une faillite ou d'une procédure concordataire n'a pas été réglée par le législateur. Ce silence constitue à n'en pas douter une lacune⁹⁸⁶, dès lors que les travaux préparatoires eux-mêmes n'appréhendent en aucune manière cette hypothèse.
- 355 Le Tribunal fédéral s'est prononcé récemment sur l'application de l'art. 333 CO dans le cadre du transfert d'une entreprise en faillite⁹⁸⁷. Il a rappelé le caractère relativement impératif de cette disposition et rejeté son application au cas qui lui était soumis, estimant qu'à défaut d'une lettre claire, son but – le renforcement de la protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprises par le maintien des avantages acquis par les travailleurs en relation avec les droits découlant de la durée des rapports de travail et leur protection face à un nouvel employeur dont notamment la solvabilité est inconnue – était partiellement couvert par l'application dans les procédures d'insolvabilité de l'art. 219 al. 4 lit. a LP et s'opposait de toute façon aux reprises d'entreprises insolubles, le repreneur ne pouvant en général

⁹⁸⁶ En faveur d'une lacune: CAMPONOVO, ST 1998, p. 1420. *Contra* : AUBERT, *Insolence et transfert d'entreprise*, p. 10 s; LORANDI, *Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR im Zusammenhang mit Sanierung und Zwangsvollstreckung*, p. 101.

⁹⁸⁷ ATF 129 III 335 consid. 5.8 = JdT 2003 II 75. Ensuite d'une initiative parlementaire du 19 mars 1997 (97407n Iv.pa. Licenciements collectifs. Défense des intérêts des travailleurs (Gross Jost)), un projet de modification de loi avait été élaboré. Ces travaux de révision ont cependant été abandonnés par la Commission des affaires juridiques (Rapport du 19 août 2005). Cet abandon a été motivé par le fait que selon la Commission, l'arrêt 129 III 335 (JdT 2003 II 75) tranchait définitivement la question et que d'autre part les travaux de révision de la procédure concordataire, en cours, englobaient cette problématique. Dans un arrêt 134 III 102, consid. 2.2, le TF a été à nouveau confronté à l'application de l'art. 333 CO au transfert d'une entreprise (Swissair/SAirGroup) par un concordat par abandon d'actif. Il a cependant renoncé à trancher la question puisque l'issue de la cause était déjà scellée par un autre élément, la qualifiant néanmoins de « délicate ». AUBERT (*Insolence et transfert d'entreprise*, *op. cit.*, p. 13) estime, sur la base d'un arrêt 4C.37/1999 du 25 mars 1999, que le TF n'écarte pas l'art. 333 CO dans le cas d'un transfert opéré, avant la faillite, en vue du redressement de l'entreprise. Cet arrêt nous semble cependant devoir être interprété moins largement, dès lors que dans le cas tranché, le débiteur avait voulu non pas assainir son entreprise, mais recommencer la même activité sous une autre raison sociale, avec ses mêmes employés, licenciés et réengagés, laissant ainsi une coquille vide tomber en faillite.

souhaiter assumer une responsabilité solidaire pour les créances du travailleur échues avant l'ouverture de la procédure. En d'autres termes, l'application de l'art. 333 CO a été jugée contreproductive, de par le risque que son application ferait courir sur les possibilités de reprise de l'entreprise du débiteur. Le Tribunal fédéral a également appuyé sa décision sur la situation juridique prévalant en la matière dans l'Union européenne. La Directive européenne 01/23/CE prévoit que ses art. 3 et 4, lesquels régissent la protection des travailleurs, ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement, lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente ; les États membres peuvent cependant en disposer autrement⁹⁸⁸.

- 356 La doctrine est partagée : certains auteurs préconisent une application illimitée de l'art. 333 CO⁹⁸⁹, alors que d'autres l'excluent dans la faillite et la procédure concordataire⁹⁹⁰, voire même également en cas d'assainissement extrajudiciaire⁹⁹¹. D'autres auteurs enfin préconisent deux réponses différentes selon que la procédure ouverte est une procédure de faillite ou concordataire⁹⁹². L'Office fédéral de la justice s'est aussi prononcé en défaveur de l'application de l'art. 333 al. 1 CO, à la condition que la vente de l'entreprise se déroule sous la surveillance d'une autorité⁹⁹³. Le groupe d'expert en charge de la révision de la procédure concordataire préconise l'exclusion de l'application de l'art. 333 al. 1 CO, que l'entreprise débitrice soit en faillite, en sursis concordataire ou en liquidation concordataire ou pour cause de faillite.

⁹⁸⁸ Art. 5 § 1 de la Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, Journal officiel n° L 082 du 22/03/2001 p. 0016 – 0020.

⁹⁸⁹ Pour un aperçu exhaustif des positions de la doctrine, voir l'ATF 129 III 335, consid. 2.2.

⁹⁹⁰ STÖCKLI, Konsequenzen eines Betriebsübergangs, p. 485-488; LORANDI, Jusletter du 25 octobre 2004, n° 58 et les renvois, qui semble cependant avoir été moins catégorique par le passé (cf. Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR im Zusammenhang mit Sanierung und Zwangsvollstreckung, p. 115) ; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 18 *in fine* ad art. 298 LP et BAUER, ad n° 18 ad art. 298 LP ; JEANDIN, L'insolvabilité en relation avec les contrats de bail et de travail, *op. cit.*, p. 217. VERMEIL / SULMONI, p. 194; SPÜHLER / INFANGER, p. 230.

⁹⁹¹ CAMPONOVO, auquel le TF renvoie dans l'arrêt précité.

⁹⁹² AUBERT, Insolvence et transfert d'entreprise, p. 9 et 11 ; WYLER, p. 312.

⁹⁹³ Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 12 octobre 2001, Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 OR in einem Insolvenzverfahren. Swissair, in : JAAC 66.8, p. 103 ss.

- 357 Dans le cadre du projet de révision du droit de l'assainissement, le Conseil fédéral a estimé que l'application de l'art. 333 CO aux transferts de certains contrats de travail dans le cadre d'une procédure d'assainissement risquait de compromettre gravement les chances de reprise de l'entreprise en difficulté, et déployait des effets contreproductifs⁹⁹⁴. L'introduction d'un art. 333b al. 1 CO a été proposée, qui prévoit que lorsque l'entreprise est transférée à un tiers durant un sursis concordataire, dans le cadre d'une faillite ou dans celui d'un concordat par abandon d'actifs, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent si ce transfert a été convenu avec l'acquéreur et que le travailleur ne s'y oppose pas. Cette disposition ne révolutionne guère la situation actuelle.

3.1.2. Motifs pour exclure l'application de l'art. 333 CO

- 358 Tout comme en matière de faillite, il convient de partir du principe que l'art. 333 CO n'est pas non plus applicable dans une procédure concordataire⁹⁹⁵, pour plusieurs raisons. Ce qui suit vaut également en cas de vente de l'entreprise pendant le sursis, puisqu'en réalité, celle-ci ne constitue qu'une exécution anticipée d'un concordat par abandon d'actif. Ajoutons que les articles 333 et 333a CO, inspirés de la Directive 77/187/CEE, sont de manière générale eurocompatibles ; il y aura donc lieu de suivre l'évolution de la jurisprudence européenne, et le cas échéant de s'en inspirer⁹⁹⁶. L'on notera qu'une convention collective de travail prévoyant une application obligatoire de l'art. 333 CO serait aussi inefficace, pour les mêmes raisons qui suivent.

a) *Privilège de classe des travailleurs*

- 359 Les travailleurs qui par hypothèse seraient créanciers du débiteur concordataire sont déjà protégés par l'art. 219 LP, qui en fait des créanciers privilégiés, désintéressés en priorité. Ils bénéficient par ailleurs, en application de l'art. 306 al. 2 ch. 2 LP, d'une garantie quant à leur désintéressement total. Imposer au repreneur de réengager les employés et éventuellement de leur verser la part non couverte de leur créance envers leur ancien employeur revient à leur octroyer un « superprivilège », qui conduit à une importante inégalité de traitement des différents créanciers.

b) *Frein économique à la reprise*

⁹⁹⁴ Rapport explicatif du Conseil fédéral de décembre 2008 relatif à l'avant-projet de modification de la LP (procédure d'assainissement), p. 20.

⁹⁹⁵ STÖCKLI, Konsequenzen eines Betriebsübergangs, p. 487 s.

⁹⁹⁶ WYLER, p. 295.

360 D'un point de vue économique, il est également indiscutable que l'art. 333 al. 1 CO constitue un frein à la reprise d'une entreprise en difficulté par un tiers repreneur⁹⁹⁷. Il ne faut pas perdre de vue que, suivant le domaine d'activité concerné et la part de marché du repreneur, le tiers repreneur prend déjà un certain risque économique. En achetant l'entreprise en difficulté, le tiers repreneur permet déjà dans une large mesure le désintéressement des créanciers. Lui imposer en supplément de reprendre les employés, avec les droits et les obligations rattachés à leur contrat de travail, est excessif, et assurément contreproductif. Une entreprise en difficulté peut en effet requérir des mesures de réorganisation, passant par la suppression de places de travail, ce qui ne sera pas le cas pour un repreneur sain. Le fait que le repreneur doive reprendre les employés, et ne puisse par conséquent les licencier qu'en devant respecter les privilèges rattachés aux contrats de travail conclus avec l'ancienne entreprise, est assurément pénalisant. Par ailleurs, il existe un risque que le repreneur adapte son offre en fonction du montant des créances pour le paiement desquelles il sera tenu solidairement responsable⁹⁹⁸.

c) Absence de justification sociale

361 Enfin, le concordat est un outil d'assainissement, qui vise à permettre le meilleur désintéressement possible des créanciers, y compris des travailleurs, offrant une alternative à la faillite qui aurait inévitablement pour effet un bradage de l'entreprise, généralement son démantèlement complet. La pérennité de l'entreprise est aussi un des objectifs poursuivis. L'on voit mal sur quelle base le repreneur, grâce auquel les objectifs poursuivis sont remplis, devrait encore assumer une quelconque responsabilité sociale dans un système d'économie de marché où une extrême compétitivité est de mise.

3.1.3. Information et participation des travailleurs

362 L'exclusion de l'application de l'art. 333 CO conduit également logiquement à celle de l'art. 333a CO, qui ne se justifierait que si les contrats de travail sont repris. L'art. 333a CO a en effet pour seul rôle de permettre une correcte mise en œuvre de l'exercice par le travailleur de son droit de choisir de ne pas poursuivre avec le repreneur une relation contractuelle de travail⁹⁹⁹. En application de l'art. 9 al. 2 de la

⁹⁹⁷ SPÜHLER/INFANGER, p. 230.

⁹⁹⁸ VERMEIL/SULMONI, p. 191 ss.

⁹⁹⁹ PORTMANN, BSK OR I, n° 1 ad art. 333a CO; *contra* : MEIER/EXNER, p. 217 s. Cf. également le rapport du groupe d'expert, p. 33, qui semble vouloir continuer à appliquer l'art. 333a CO.

loi sur la participation¹⁰⁰⁰, l'employeur est toutefois tenu d'informer la représentation des travailleurs au moins une fois par an sur les conséquences de la marche des affaires sur l'emploi et pour le personnel. En ce sens, cette disposition instaure un standard minimum quant aux droits des employés à une information, qui n'existe pas *ipso iure* dans les procédures d'insolvabilité¹⁰⁰¹. Aucun autre droit de participation ne peut être tiré de la loi sur la participation, puisque l'art. 10 lit. b ne prévoit un droit de participation qu'en cas de transfert de l'entreprise au sens des art. 333 et 333a du Code des obligations, inapplicable en cas de transfert de l'entreprise pendant le sursis ou ensuite de l'homologation d'un concordat par abandon d'actif à un tiers.

3.2. Licenciements collectifs : application de l'art. 335f CO

363 Les grands licenciements, qui concernent dix salariés au moins, sont soumis à la procédure d'annonce et de consultation¹⁰⁰² des art. 335d ss. CO¹⁰⁰³. Ainsi l'employeur envisageant de procéder à un licenciement collectif est-il tenu de consulter la représentation des travailleurs, ou à défaut, les travailleurs. Il ne peut être dérogé à l'art. 335f CO en défaveur des employés, la disposition précitée étant de droit relativement impératif¹⁰⁰⁴. De même, l'employeur doit faire parvenir à l'office cantonal du travail l'annonce de son projet de licenciement. Parallèlement, l'employeur devra faire parvenir copie de cette notification aux représentants des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs eux-mêmes. L'art. 335f CO vise la protection des travailleurs en cas de projet concret¹⁰⁰⁵ de licenciement collectif. En vertu de l'art. 335e CO, il ne s'applique pas en cas de cessation d'activité de l'entreprise intervenue sur ordre du juge. Le but de cette disposition est d'assurer d'une part l'information des travailleurs, mais également leur consultation, qui

¹⁰⁰⁰ RS 822.14.

¹⁰⁰¹ MEIER / EXNER, op. cit., p. 223.

¹⁰⁰² En application de l'al. 4, l'employeur est tenu d'informer l'office cantonal de l'emploi du projet de licenciement collectif. « *Un licenciement ne produit aucun effet, aussi longtemps que la notification faite à l'Office conformément à l'art. 335g al. 4 CO n'a pas été opérée. Dans l'intervalle, les effets du licenciement sont suspendus, mais le licenciement n'est pas nul.* » (WYLER, p. 359). Le contrat se poursuit jusqu'au moment où une intervention de l'office cantonal ne pourrait plus être exécutée utilement; en particulier jusqu'à ce que le travailleur a pris un nouvel emploi (ATF 132 III 406 = SJ 2007 I pp. 129 ss).

¹⁰⁰³ Egalement à la procédure d'annonce selon le Règlement sur la statistique et à la procédure d'annonce de la LSE si l'entreprise est active dans le domaine de la location de services.

¹⁰⁰⁴ NE, Arrêt de la Cour de cassation civile du 24 novembre 2004 en la cause T. AG, consid. 5 c in: RJN 2004 p. 81-87.

¹⁰⁰⁵ PORTMANN, BSK OR I, n° 1 ad art. 335f CO.

portera sur le principe des licenciements, leur nombre et ses conséquences¹⁰⁰⁶. En réalité, cette dernière composante de l'art. 335f CO consacre la mise en œuvre d'un droit d'être entendu¹⁰⁰⁷ et la participation des employés à l'élaboration d'un plan de reprise par exemple. La représentation des travailleurs ou les travailleurs devront au moins pouvoir effectuer des propositions « sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences » (art. 335f al. 2 CO). Cela signifie que l'employeur devra communiquer aux travailleurs suffisamment d'éléments afin de leur permettre de se prononcer en connaissance de cause.

- 364 Le Tribunal fédéral rejette l'application de l'art. 335f CO dans le cadre d'une procédure de faillite ou de liquidation concordataire, estimant que le jugement de faillite constitue un cas d'application de l'art. 335e CO et que les travailleurs n'ont pas besoin dans ces circonstances d'une protection particulière, étant déjà suffisamment protégés par la LP¹⁰⁰⁸. Une partie de la doctrine conteste avec raison le point de vue du Tribunal fédéral¹⁰⁰⁹, au motif que le jugement de faillite ne conduit pas forcément immédiatement à une cessation de l'activité de l'entreprise, que la consultation des employés dans une procédure de faillite n'est pas toujours assurée, que l'avis des travailleurs peut être minorisé dans une assemblée des créanciers au sein de laquelle ils ne seraient pas majoritaires, et que les publications officielles prévues par la LP ne remplacent pas l'information due aux offices cantonaux du travail selon l'art. 335g al. 4 CO.
- 365 La situation n'est pas très différente s'agissant d'une procédure concordataire, en particulier pendant la phase du sursis. Une partie des arguments précités plaident pour l'application de l'art. 335f CO pourront donc être repris. Une interprétation littérale de l'art. 335e CO conduit à l'application de l'art. 335f dans une procédure concordataire, en tout cas pendant le sursis. Le jugement par lequel le juge octroie le sursis n'aboutit pas à la cessation d'activité de l'entreprise et ne saurait dès lors être assimilé à un cas d'application de l'art. 335e CO¹⁰¹⁰. Le but du sursis correspond précisément au contraire, à savoir permettre au débiteur de poursuivre son activité, selon des modalités de surveillance définie par le juge, et élaborer un projet de

¹⁰⁰⁶ AUBERT, CR CO I, n° 3 ad art. 335f CO.

¹⁰⁰⁷ PORTMANN, BSK OR I, n° 10 ad art. 335f CO.

¹⁰⁰⁸ ATF 134 III 67; ATF 130 III 108, consid. 3.1; ATF 123 III 176, consid. 3a = JdT 1998 I 14 (18).

¹⁰⁰⁹ PORTMANN, BSK OR I, n° 3 s ad art. 335e CO et les références à MEIER / EXNER et STREIFF / VON KAENEL ; MEIER / EXNER, Informations- und Konsultationsrechte in: ARV 2004, p. 214 s. et la note de bas de page 5.

¹⁰¹⁰ ATF 130 III 102; MEIER / EXNER, *op. cit.*, p. 215

concordat à l'abri de toute poursuite. Mais au-delà de la lettre de la loi, son but et son esprit font que l'application de l'art. 335f CO ne doit pas être exclue en cas de licenciement intervenant pendant le sursis, pour les raisons suivantes : tout d'abord, force est de constater que le droit suisse réglementant le sursis concordataire ne garantit qu'un droit à l'information, relatif – mais pour les créanciers uniquement – et non un droit d'être consulté. Il n'existe pas (encore) au stade du sursis de commission de surveillance composée de créanciers. Il se peut que les travailleurs ne soient pas créanciers du débiteur concordataire, leur employeur ayant par hypothèse pu s'acquitter conformément au contrat de travail du paiement des salaires. Si les travailleurs sont dans cette situation, ils n'ont donc *ex lege* pas de droit à l'information. En admettant que les travailleurs aient produit une créance, ils n'ont de ce fait qu'un droit à l'information, garanti par les art. 8a LP, 302 LP et 9 de la Loi sur la participation ; ils ne peuvent pas participer au processus d'adoption du concordat, puisque, dans la mesure où leur créance est privilégiée, ils ne sont pas comptés lors de la détermination des majorités requises pour l'acceptation du concordat¹⁰¹¹. Ces constats sont également et d'autant plus valables dans l'hypothèse où le juge octroie seulement un sursis provisoire, qui ne constitue qu'une mesure conservatoire¹⁰¹², pendant lequel la participation effective des créanciers, et donc cas échéant des travailleurs, est nulle. Les travailleurs ont donc besoin d'une protection accrue également pendant le sursis, comme si l'entreprise continuait normalement son activité et la procédure de licenciement collectif doit être suivie.

- 366 La consultation des travailleurs pourrait s'avérer souhaitable à bien des égards, pour plusieurs raisons. Avant tout, la consultation des employés permettrait de suppléer – partiellement – à l'absence de prise en compte de leurs voix dans le cadre de l'acceptation du concordat. Ensuite, les travailleurs peuvent être pourvoyeurs de solutions pour sortir l'entreprise de la crise qu'elle traverse. Il est même imaginable qu'une consultation ait pour effet une participation de certains employés à une augmentation du capital-actions. Se sentant plus impliqués dans la gestion de leur entreprise et de son avenir, les employés pourraient plus facilement consentir à des sacrifices pour l'avenir, ou accepter un report du versement de leur salaire. La « masse salariale » peut donc s'avérer un interlocuteur privilégié pour le commissaire, particulièrement si le concordat a été demandé contre la volonté du débiteur par un créancier et que la collaboration du débiteur est insatisfaisante. Enfin, l'avis obligatoire à l'office cantonal de l'emploi peut lui aussi contribuer à trouver un repreneur et à faciliter l'homologation d'un concordat par abandon

¹⁰¹¹ ATF 123 III 176, consid. 3 a = JdT 1998 I 14 ; art. 305 al. 1 LP.

¹⁰¹² ATF 134 III 67; ATF 130 III 102, consid. 3.1.

d'actif à un tiers repreneur ; en cela, une simple publication du sursis ne saurait remplacer ledit avis aux offices cantonaux.

- 367 Pour les raisons précitées, il faut considérer que l'obligation de l'employeur de consulter – et d'informer– ses travailleurs en cas de projet de licenciement collectif intervenant pendant le sursis, subsiste dès lors qu'un sursis concordataire provisoire ou définitif est octroyé par le juge¹⁰¹³. Il en découle que le congé intervenant pendant le sursis dans le cadre d'un licenciement collectif au sens de l'art. 335d CO, notifié au travailleur sans que précédemment la procédure d'information et de consultation de l'art. 335f CO ait été suivie sera qualifiable d'abusif et pourra donner lieu, pour autant que le travailleur ait manifesté son opposition au congé, à une indemnité, qui ne dépassera cependant pas deux mois de salaire du travailleur¹⁰¹⁴. C'est dire que le commissaire devra être attentif à cette problématique, qu'il résilie lui-même les contrats de travail dans le cadre du remplacement du débiteur, ou que ce soit le fait du débiteur concordataire lui-même. Il en va de l'intérêt des créanciers de ne pas voir le patrimoine du débiteur concordataire diminuer en raison d'une obligation de paiement d'une indemnité pour licenciement abusif.

3.3. Indemnité en cas d'insolvabilité (LACI)

- 368 En application de l'art. 51 LACI, les travailleurs assujettis au paiement des cotisations, qui sont au service d'un employeur insolvable sujet à une procédure d'exécution forcée en Suisse ou employant des travailleurs en Suisse, ont droit à une indemnité pour insolvabilité. Ainsi, en cas d'absence de paiement par l'employeur des salaires de ses employés, ces derniers seront en droit de percevoir l'indemnité précitée¹⁰¹⁵. Le commissaire devra cas échéant apporter son concours pour que les employés puissent exercer leurs droits et contacter les autorités cantonales compétentes.
- 369 Par sursis concordataire au sens de l'art. 58 LACI, il faut également entendre le sursis provisoire de l'art. 293 al. 3 LP¹⁰¹⁶. Le délai de 60 jours de l'art. 53 al. 1 LACI commence donc à courir dès l'octroi du sursis provisoire. Le droit à l'indemnité qui

¹⁰¹³ C'est d'ailleurs la solution retenue par le Tribunal fédéral, qui limite toutefois l'application des règles sur le licenciement collectif aux licenciements collectifs envisagés concrètement avant l'ouverture de la procédure concordataire (ATF 130 III 102 ; ATF 123 III 176). La position du Tribunal fédéral pose la question de la preuve. Contra GEISER, Betriebsübernahmen und Massenentlassungen, p. 119.

¹⁰¹⁴ Art. 336a al. 3 CO.

¹⁰¹⁵ Art. 58 et 51 ss LACI.

¹⁰¹⁶ ATF 131 V 454, consid. 6.4.2.

n'aurait pas été exercé en temps utile ne renaît pas rétroactivement en cas de faillite du débiteur sursitaire¹⁰¹⁷.

D. Institution d'un droit de participation

1. Des créanciers

- 370 Le législateur suisse a réussi par une délicate alchimie à sauvegarder au maximum les droits des créanciers, tout en laissant au débiteur concordataire le plus de liberté possible pendant le sursis. Les créanciers peuvent ainsi requérir eux-mêmes l'ouverture de la procédure concordataire, recourir contre la décision d'octroyer le sursis concordataire et ses modalités, doivent décider selon une double majorité s'ils acceptent ou non le concordat proposés ; l'homologation d'un concordat par abandon d'actif est subordonnée à la condition que la somme offerte par le repreneur soit supérieure au prix retiré en cas de liquidation par voie de faillite, le concordat devant contenir des dispositions sur le mode et les garanties d'exécution de la cession. Les créanciers peuvent enfin recourir contre le jugement d'homologation du concordat. Curieusement, les créanciers ne sont en revanche plus du tout protégés par une quelconque base légale et n'ont aucun droit de participation en cas de transfert anticipé de l'entreprise en cours de sursis¹⁰¹⁸. Il s'agit ici d'une lacune, le législateur n'ayant jamais envisagé au cours de ses travaux préparatoires la possibilité d'un tel transfert en cours de sursis. Pourtant, il est indéniable que dans certains cas, renoncer à vendre l'entreprise en cours de sursis équivaldrait à laisser passer une chance unique de tirer le meilleur profit des actifs du débiteur.
- 371 Il importe donc au moins d'informer les créanciers connus, tels qu'ils ressortent des livres de comptes et des déclarations du débiteur, par pli simple, et par publication afin d'atteindre les autres créanciers qui ne sont pas encore connus et ne se sont pas encore manifestés, de la vente imminente de l'entreprise, et de leur impartir un délai pour s'annoncer en tant qu'acquéreurs potentiels et faire une offre. Il conviendra par ailleurs obligatoirement de recueillir l'assentiment des créanciers gagistes pour la réalisation des biens gagés. Il serait également opportun d'offrir aux créanciers, par les mêmes canaux d'information que ceux précédemment invoqués,

¹⁰¹⁷ ATF 123 V 106.

¹⁰¹⁸ Dans une procédure de concordat par abandon d'actif, la conclusion d'un contrat de cession de l'entreprise du débiteur est soumise à l'approbation de la commission des créanciers. La décision peut être portée devant l'autorité de surveillance (art. 320 al. 2 LP). TG, décision de la commission de recours cantonale du 9 novembre 1960 in: BLSchK 1962 V 148 ss.

la possibilité de formuler des offres supérieures¹⁰¹⁹. L'avant-projet de révision de la LP mis en consultation au printemps 2009 prévoit qu'une commission de créanciers, représentative de la composition effective des groupes de créanciers¹⁰²⁰, puisse déjà être composée au stade du sursis¹⁰²¹. La solution proposée, en permettant d'assurer la sauvegarde des droits des créanciers par des créanciers, peut paraître à première vue adéquate, mais pourrait en pratique se révéler contreproductive. En généralisant l'institution d'une commission des créanciers au stade du sursis, l'on court le risque d'une paralysie de la procédure, dans l'hypothèse où la commission des créanciers s'opposerait systématiquement aux mesures prises et aux actes autorisés par le commissaire, ou le juge. Elle n'est par ailleurs pas nécessaire. Le commissaire a notamment pour mission de sauvegarder les intérêts des créanciers. L'institution d'une commission de créanciers sera surtout justifiée dans les cas complexes et lorsque la taille de l'entreprise est importante.

2. Des actionnaires

372 La loi ne prévoit aucune consultation et participation des actionnaires dans le cadre de l'adoption, de l'homologation et de l'exécution d'un concordat par abandon d'actif. Cela ne veut pourtant pas dire qu'il faut dénier sur cette base tout droit des actionnaires à être consulté en cas de transfert de l'entreprise en cours de sursis, au motif que ce transfert ne constitue que l'exécution anticipée d'un concordat par abandon d'actif sur lequel les actionnaires n'auraient de toute façon aucune influence. Bien que le débiteur concordataire soit légalement tenu de présenter en même temps que sa requête un projet de concordat¹⁰²², l'institution du sursis a précisément été conçue pour donner du temps au débiteur afin qu'il élabore le concordat à présenter aux créanciers, avec l'aide du commissaire. C'est dire que le débiteur n'est pas lié par le projet accompagnant sa requête de sursis et qu'il devrait pouvoir arriver que le type de concordat envisagé – ordinaire ou par abandon d'actif – soit modifié. Ainsi, alors même que le conseil d'administration ou la direction de l'entreprise a déposé un projet de concordat ordinaire, dividende ou moratoire, elle peut encore après l'octroi du sursis décider qu'un concordat par abandon d'actif à un tiers repreneur est plus opportun. Cela a pour corollaire que, dans le premier cas,

¹⁰¹⁹ Art. 256 al. 2 et 3 LP par analogie.

¹⁰²⁰ Rapport d'experts d'avril 2005, p. 27.

¹⁰²¹ Art 294 AP-LP 2009.

¹⁰²² Cette obligation est d'ailleurs prématurée à ce stade. Le sursis est précisément là pour permettre au débiteur de prendre le temps de préparer, à l'abri de toute poursuite, le concordat qu'il entend présenter à ses créanciers.

la survie de l'entreprise est assurée, alors que dans le second, elle sera liquidée, et que les parts des actionnaires perdront toute valeur. Dans ce contexte, un droit de participation devrait être réservé aux actionnaires, auxquels le Code des obligations donne la compétence inaliénable de décider de la dissolution de la société (art. 736 ch. 2 CO) et de prendre des mesures d'assainissement (art. 725 al. 1 CO). Ce principe devrait tant valoir avant qu'une requête de sursis soit déposée que pendant le sursis, en cas de transfert anticipé de l'entreprise.

3. Application de la LFus, solution miracle pour la protection des créanciers et des actionnaires ?

- 373 La loi sur la fusions privilégie l'intérêt des créanciers et des travailleurs, et dans une certaine mesure des sociétaires minoritaires¹⁰²³. Elle prévoit un mécanisme dont les caractéristiques permettraient son application en cas de transfert d'une partie ou de la totalité de l'entreprise du débiteur concordataire en cours de sursis : le transfert de patrimoine. A moins d'une modification de la loi, la fusion, même au sens de l'art. 6 LFus, peut d'emblée être exclue, puisqu'elle suppose la réunion de deux ou plusieurs entités en une seule, sans liquidation d'un des sujets. Or, en cas d'homologation d'un concordat par abandon d'actif, même anticipée, le débiteur concordataire disparaît après le transfert de ses actifs au tiers reprenneur.
- 374 Le transfert de patrimoine permet aux entreprises inscrites au Registre du commerce la transmission de tout ou partie de leur patrimoine, avec actifs et passifs, en un seul acte¹⁰²⁴ et moyennant le respect des dispositions légales et statutaires concernant la protection du capital et la liquidation¹⁰²⁵. Le transfert de patrimoine facilite la liquidation en permettant le transfert en bloc de tout le patrimoine du transférant¹⁰²⁶. Mais le fait d'imposer systématiquement l'application des art. 69 ss LFus à un reprenneur n'irait pas sans poser des problèmes insurmontables en cas de transfert total de l'entreprise en cours de sursis¹⁰²⁷ : application de l'art. 333 CO, responsabilité solidaire pendant trois ans du nouveau débiteur pour les dettes transférées nées avant le transfert de patrimoine, obligation subsidiaire de fournir des sûretés au sens de la LFus, sont autant

¹⁰²³ Art. 1 al. 2 LFus.

¹⁰²⁴ Art. 69 LFus.

¹⁰²⁵ Message concernant la LFus du 13 juin 2000, FF 2000 p. 4112.

¹⁰²⁶ Message LFus, FF 2000, p. 4018.

¹⁰²⁷ Voir PHILIPPIN, Questions choisies, p 38, qui indique que le transfert de patrimoine est envisagé par FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (§ 56, n° 108, p. 862) comme moyen, pour les liquidateurs ordinaires, l'administration de la faillite ou les organes du concordat, d'aliénation des actifs du débiteur et commente cette affirmation.

d'éléments qui, s'ils se comprennent facilement lorsque les sociétés sont solvables, constituent à l'évidence des freins à l'homologation d'un concordat par abandon d'actif, et sont en contradiction avec le but, l'esprit et la lettre de la LP. Le repreneur est néanmoins parfaitement libre de se faire transférer au sens de l'art. 69 LFus le patrimoine du débiteur concordataire¹⁰²⁸. L'on notera toutefois en tempérament à ce qui précède qu'un transfert de patrimoine au sens de l'art. 69 LFus ne pourra avoir lieu que si l'inventaire des actifs et des passifs présente un solde net positif¹⁰²⁹.

- 375 S'agissant de la vente d'actifs pendant le sursis, il est indiscutable que même si un contrat de transfert de patrimoine est conclu entre le débiteur concordataire et un repreneur, celui-ci ne sera valable et ne pourra déployer ses effets qu'à la condition que l'autorisation du juge soit obtenue. Le contrat devra à cet égard contenir une condition suspensive ou résolutoire.

E. Vente de biens immobiliers de gré à gré pendant le sursis

- 376 Il peut être opportun, particulièrement lorsque l'homologation d'un concordat par abandon d'actif est recherchée, de procéder à la réalisation d'immeubles du débiteur déjà pendant le sursis concordataire, afin d'en tirer le meilleur prix. Pour pouvoir effectuer cette vente, il sera nécessaire d'obtenir le consentement du juge du concordat et des créanciers gagistes si l'immeuble est gagé. Le commissaire pourra uniquement donner un avis, qui n'aura pas valeur de décision puisque la loi¹⁰³⁰ établit que seule l'autorité judiciaire du concordat est compétente pour autoriser ou interdire l'aliénation d'éléments de l'actif immobilisé. Si le commissaire refuse, à tort, de prêter son concours au débiteur pour l'établissement du projet de vente, le débiteur aura la possibilité de négocier lui-même la transaction projetée, et de la présenter au juge pour accord formel, avant qu'il soit procédé à tout acte d'exécution. Le sursis provisoire ne constituant qu'une mesure provisoire, et la mission du commissaire provisoire consistant uniquement à examiner l'état de fortune et des revenus du débiteur, ainsi que les perspectives du concordat et n'ayant pas pour objet de réaliser au mieux les actifs de la société, il convient de partir du principe que toute vente immobilière pendant le sursis provisoire doit être

¹⁰²⁸ PHILIPPIN, *op. cit.*, note de bas de page 204 et le renvoi à MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER; DE BOTH, p. 8-9. Par jugement du 23 septembre 2005, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a d'ailleurs autorisé que des succursales d'une société soient cédées en cours de sursis à un repreneur, avec actifs et passifs, y compris les contrats de travail. Le contrat passé entre le repreneur et la débitrice renvoyait expressément aux art. 69 ss LFus.

¹⁰²⁹ Art. 71 al. 2 LFus; MARCHAND, *Transfer of the debtor's enterprise during the composition moratorium*, p. 430; PHILIPPIN, *Questions choisies*, p. 38.

¹⁰³⁰ Art. 298 al. 2 LP.

prohibée, sauf cas exceptionnel motivé par une urgence particulière, en application analogique de l'art. 238 LP¹⁰³¹.

- 377 Pour déterminer si la conclusion du contrat de vente constitue un acte d'exécution forcée, il conviendra d'examiner le type de concordat envisagé. Si le concordat proposé aux créanciers est un concordat ordinaire, la vente ne constituera pas un acte d'exécution forcée. En revanche, si le débiteur recherche à faire homologuer un concordat par abandon d'actif, la vente en cours de sursis constitue une opération de liquidation anticipée et doit être qualifiée de ce fait d'acte d'exécution forcée. La question devient plus complexe dès lors qu'un concordat mixte est présenté : il faudra alors se référer au texte du concordat. Selon que la vente sera qualifiée d'acte d'exécution forcée ou non, les coûts liés à la vente et l'impôt sur les gains immobiliers seront à mettre à la charge de la (future) masse ou du débiteur. Les règles applicables à la réalisation ne seront pas non plus les mêmes. Si la vente est qualifiée d'acte d'exécution forcée, le commissaire a l'obligation de procéder conformément aux dispositions impératives de la LP et de l'ORFI régissant la vente de biens immobiliers. Tel ne sera pas le cas si la vente envisagée n'est pas un acte d'exécution forcée¹⁰³² ; le commissaire aura alors toute latitude pour procéder à une vente au mieux.
- 378 Dans un concordat par abandon d'actif, les liquidateurs ont le choix de réaliser les actifs du débiteur de gré à gré ou par enchères publiques¹⁰³³, d'entente avec la commission des créanciers. Ces dispositions sont applicables *mutatis mutandis* pendant le sursis, avec l'exception notable que la commission des créanciers n'existe pas encore à ce stade et que l'accord du juge devra être obtenu en lieu et place. La vente de gré à gré présente l'avantage de pouvoir rapidement intervenir, à la différence d'une vente aux enchères dont la mise sur pied et l'organisation répondent à un grand nombre d'exigences assez contraignantes. Avant qu'une quelconque vente de gré à gré soit conclue, et si l'immeuble est gagé, il conviendra que le commissaire impartisse un délai aux créanciers gagistes afin de leur donner la possibilité d'enchérir sur le prix offert¹⁰³⁴. Il n'est cependant pas obligatoire de leur offrir de surenchérir si l'acheteur potentiel a fait une nouvelle offre supérieure. Il peut cependant être opportun de procéder de la sorte afin d'obtenir le meilleur prix pour le bien mis en vente, et offrir ainsi aux créanciers concordataires le meilleur

¹⁰³¹ VS, arrêt du Tribunal cantonal en tant qu'autorité de recours en matière de faillite du 10 juin 1997 in: RVJ 1998 p. 153-154, consid. 3 b.

¹⁰³² LORANDI, Der Freihandverkauf p. 373.

¹⁰³³ Art. 322 LP.

¹⁰³⁴ ATF 101 III 52, consid. 3 lit. c; ATF 93 III 29; ATF 88 III 39, consid. 6; ATF 82 III 62; ATF 76 III 105. Cf également ZGGVP 1997 pp.163 ss, et le renvoi aux ATF 106 III 82 et 105 III 76.

dividende possible. Il conviendra de soigneusement porter au protocole (art. 8 LP) ces opérations, par définition délicates et potentiellement sujettes à la critique de la part de créanciers insatisfaits. Le débiteur établira ensuite avec le commissaire un projet de vente, qui contiendra tous les justificatifs nécessaires et les pièces utiles au juge du concordat, et notamment les accords formalisés des créanciers gagistes. Le projet de vente devra ensuite être soumis à l'autorité judiciaire concordataire compétente qui, de par la loi, est seule habilitée à autoriser ou interdire l'aliénation d'éléments de l'actif immobilisé. Pour décider d'autoriser ou non le débiteur à aliéner un immeuble, le juge se basera non seulement sur le prix de vente, mais également la suppression de certains risques liés à des garanties ou des obligations prises en relation avec l'immeuble. Le contrat de vente devra être passé en la forme authentique et inscrit au registre foncier ; ce n'est qu'ensuite de l'inscription que la vente déploiera ses effets¹⁰³⁵. Les créanciers gagistes seront immédiatement payés sur le produit de la réalisation du bien immobilier sur lequel ils avaient un droit de gage. Les paiements effectués pendant le sursis concordataire en faveur des créanciers gagistes pourront cas échéant être attaqués, principalement par les liquidateurs, par la voie de l'action révocatoire.

- 379 La question de la nécessité d'une vente d'urgence au sens de l'art. 243 al. 2 LP, peut également se poser lorsque le bien à réaliser est un immeuble. Si les conditions de l'urgence sont remplies, ce qui sera néanmoins rarement le cas, il faudra estimer que l'immeuble pourrait être vendu sans le consentement et les offres des créanciers gagistes¹⁰³⁶.

F. Remarques conclusives

- 380 De ce qu'il précède, il est possible de faire ressortir les grands principes devant mener, exceptionnellement, à une vente sous la protection judiciaire de l'entreprise exploitée par le débiteur, ou de certains autres actifs. En premier lieu, la vente doit être justifiée par une urgence à céder les actifs du débiteur en sursis concordataire, par exemple pour lui permettre de disposer de la trésorerie nécessaire pour faire face aux sollicitations des fournisseurs, qui bien souvent exigeront des garanties concrètes avant de décider de continuer à collaborer avec le sursitaire. L'interruption des relations contractuelles avec des fournisseurs pourra avoir des conséquences fatales, directement, ou indirectement par la crise de confiance engendrant une dépréciation rapide et irrémédiable de l'actif du sursitaire, c'est-à-dire son entreprise, voire sa marque. L'on songera ici particulièrement aux

¹⁰³⁵ SAHLI, p. 387 s.

¹⁰³⁶ GILLIÉRON, n° 26 ad art. 243 LP, question laissée ouverte par l'ATF 131 III 280, consid. 2.1.

entreprises actives dans le transport, ou encore dans la transformation de matières premières. La vente doit en second lieu être conforme aux intérêts des créanciers de l'entreprise, raison pour laquelle une vente ne saurait intervenir avant que l'inventaire ait été effectué, et que le passif ait été arrêté grâce aux livres de l'entreprise du débiteur. Enfin, la procédure d'offre mise en place par le commissaire au sursis doit permettre de garantir l'égalité des chances de tout acquéreur potentiel, ainsi que la vente des actifs à un prix conforme au prix du marché.

Chapitre III

ACTIVITÉS PROCÉDURALES

A. Publication du sursis et communication au registre foncier

- 381 Le jugement par lequel le tribunal octroie un sursis, provisoire ou non, et son dispositif, font l'objet d'une publication dans la FAO et la FOFC, en application de l'art. 296 LP¹⁰³⁷. Cette publication est nécessaire¹⁰³⁸, car elle seule permet aux créanciers d'avoir connaissance de la décision judiciaire et de recourir dans un délai de dix jours auprès de l'instance cantonale supérieure contre l'octroi du sursis, voire la désignation du commissaire¹⁰³⁹. L'avant-projet de modification de la LP du 28 décembre 2008 prévoit l'introduction d'un art. 293c AP-LP en application duquel le sursis provisoire ne serait rendu public que lorsque la protection des intérêts de tiers n'est pas garantie, se rapprochant en cela de l'art. 725a al. 3 CO. Cette disposition n'aurait aucun effet sur les sociétés cotées, qui continuent à être soumises à une obligation de publicité événementielle¹⁰⁴⁰. Un art. 293d AP-LP consacrerait en outre l'absence de voie de recours contre une décision de sursis provisoire. L'absence de voie de recours, couplée à l'obligation pour le juge d'assurer la protection des intérêts de tiers, permettrait donc de se passer de publication.
- 382 La publication sera effectuée par le commissaire, aux frais du débiteur¹⁰⁴¹. Elle mentionnera impérativement la date du jugement¹⁰⁴², l'identité du débiteur, du ou des commissaires, inclura l'appel aux créanciers (art. 300 LP), ce dernier élément ne s'entendant que si un sursis définitif est octroyé, l'appel à tout tiers détenant un bien, quel qu'il soit et à quelque titre que ce soit, de l'annoncer au commissaire et les voies et délais de recours contre le jugement octroyant le sursis. Figuretront également nécessairement l'étendue des pouvoirs du commissaire et du dessaisissement du débiteur, et les actes que le débiteur ne peut à l'avenir exécuter

¹⁰³⁷ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 2 ad art. 296 LP.

¹⁰³⁸ *Contra* ERKEN, p. 896.

¹⁰³⁹ Art. 294 al. 4 LP.

¹⁰⁴⁰ Art. 72 du Règlement de cotation SWX.

¹⁰⁴¹ VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 5 ad art. 296 LP.

¹⁰⁴² A partir de laquelle le sursis commence à déployer ses effets. GANI, CR LP n° 3 ad art. 296 LP.

sans l'accord du commissaire. Il est recommandé de faire publier dans la FOSC en toutes lettres les éléments du dispositif du jugement relatifs aux éléments précités. Il arrive en effet trop souvent que les publications concernant l'octroi du sursis soient lacunaires, et leur degré de précision varie excessivement en fonction du commissaire nommé¹⁰⁴³.

- 383 La publication de l'identité du commissaire et de l'étendue de ses pouvoirs, respectivement du mode de surveillance décidé, revêt une importance toute particulière, dès lors qu'elle permet aux tiers, actuels ou futurs partenaires contractuels du débiteur sursitaire, et aux créanciers, en fonction des autres éléments figurant dans le dispositif, de savoir précisément ce pour quoi le commissaire sera compétent et de savoir *a contrario* quels seront les actes que le débiteur pourra ou ne pourra pas faire. Cette publicité permettra également à un tiers de se manifester et d'attirer l'attention du juge sur l'existence éventuelle d'un lien par trop étroit méconnu du juge, entre le débiteur, respectivement un créancier, et le commissaire, qui pourrait fonder une récusation du commissaire.
- 384 De même, il conviendra que le commissaire veille à ce que l'autorité du concordat transmette le jugement au Registre du commerce¹⁰⁴⁴ – en vue de la modification de la raison sociale du débiteur (ajout de la mention « en sursis concordataire » et de l'indication de son identité, de ses pouvoirs, et de l'étendue des restrictions au pouvoir de disposer du débiteur – et à l'office des poursuites compétent *ratione loci* en fonction du siège du débiteur en sursis. Une restriction au droit d'aliéner¹⁰⁴⁵ reposant sur l'interdiction d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé sera inscrite au registre foncier sur réquisition du commissaire¹⁰⁴⁶.

B. Information du débiteur

- 385 Il est essentiel que le commissaire informe le débiteur, dès les premières heures suivant l'octroi du sursis, de l'effet de ce dernier sur ses droits et ses pouvoirs, et de son rôle dans la procédure¹⁰⁴⁷. En particulier, le commissaire prendra garde de préciser au débiteur l'étendue des restrictions à son pouvoir de disposition et la signification de l'art. 298 al. 2 LP, ainsi que les conséquences de sa violation (restriction totale au pouvoir de disposer, voire révocation du sursis, par l'autorité

¹⁰⁴³ Il suffit d'une consultation des dernières éditions de la FOSC (www.fosc.ch, rubrique concordats, sous-rubrique sursis concordataire) pour s'en convaincre.

¹⁰⁴⁴ Art. 160 ORC.

¹⁰⁴⁵ Art. 960 chiffre 2 CC.

¹⁰⁴⁶ Art. 296 LP, deuxième phrase.

¹⁰⁴⁷ RUEDIN, Problèmes du droit concordataire, p. 71.

judiciaire du concordat)¹⁰⁴⁸. Les modalités de la surveillance seront rapidement convenues. L'effet suspensif du sursis sur les procédures de poursuites implique que le commissaire sensibilise le débiteur à ce sujet et veille à ce qu'une éventuelle procédure de mainlevée pendante soit suspendue. Il conviendra de préciser au débiteur qu'un créancier est en droit d'exercer son droit de rétention pendant le sursis, conformément à l'art. 897 CC, et de poursuivre le débiteur concordataire en réalisation du gage. Le commissaire n'assume cependant aucune responsabilité liée à l'information qu'il donne au débiteur. Il appartient à ce dernier de se faire expliciter par un conseiller juridique les effets du sursis. Le commissaire n'a en ce sens pas à se substituer au conseil du débiteur¹⁰⁴⁹.

C. Information des créanciers sur le cours du sursis

- 386 En application de l'art. 8a LP, un prétendu créancier peut en tout temps s'adresser au commissaire dans le but d'obtenir des informations générales sur le déroulement de la procédure concordataire, ou sur des questions plus précises relatives par exemple à sa créance¹⁰⁵⁰. Le commissaire est tenu de fournir les renseignements requis, et ne pourra se retrancher derrière l'argument selon lequel l'information qu'il doit donner lui fait prendre parti pour le débiteur ou le créancier¹⁰⁵¹. Transmettre à un créancier des informations utiles à la reconnaissance de sa prétention entre parfaitement dans le cadre des attributions du commissaire¹⁰⁵² : un créancier qui ne connaîtrait pas les détails de la situation de sa créance, notamment s'il agit en qualité d'héritier ou de successeur dans l'entreprise d'un créancier qui entretenait des rapports juridiques avec le débiteur sursitaire, est légitimé à requérir du commissaire des indications sur la manière dont se sont déroulés les relations passées avec le débiteur¹⁰⁵³. En tempérament à ce qui précède, il convient de préciser que le commissaire n'a pas vocation à exercer le rôle de conseiller juridique des créanciers. Le commissaire occupant une position neutre, apparentée à celle de l'Office des faillites, n'est pas un mandataire du débiteur, mais doit veiller à la sauvegarde des intérêts du débiteur comme des créanciers.

¹⁰⁴⁸ CORADI, p. 21 ss.

¹⁰⁴⁹ GE, décision de l'autorité de surveillance du 23 mai 1979, in : BISCHK 1980, p. 82.

¹⁰⁵⁰ ATF 129 III 98. VOLLMAR, BSK SchKG, ad n° 20 ad art. 295 LP; DALLÈVES, L'avocat commissaire au concordat, p. 3.

¹⁰⁵¹ ATF 92 III 41, consid. 2 = JdT 1967 II 12 (16 s.) ; ATF 94 III 19, consid. 6 *in fine* = JdT 1968 II 70 (74).

¹⁰⁵² ATF 92 III 41, consid. 2 = JdT 1967 II 12 (16 s.) ; ATF 94 III 19, consid. 6 *in fine* = JdT 1968 II 70 (74).

¹⁰⁵³ ATF 92 III 41, consid. 2 *ab initio* = JdT 1967 II p. 12 (15).

387 La stratégie d'information joue un rôle particulièrement important pendant le sursis : les employés, clients et fournisseurs, seront plus ou moins durement concernés par la procédure concordataire. La transparence est essentielle, et la réussite ou l'échec du concordat peut partiellement mais notablement dépendre de celle-ci. Plus les créanciers et travailleurs savent quelle tournure prend la procédure, mieux ils seront informés, et plus ils seront enclins à accepter le concordat qui leur est proposé. Le commissaire pourrait anticiper des multiples demandes de la part des créanciers, et les informer spontanément, par le biais de circulaires, sur le déroulement du sursis concordataire, en consacrant une place à la description de ses dernières activités. Dans les grandes procédures concordataires, où les créanciers sont particulièrement nombreux, l'on peut même imaginer la mise en place d'un site web, impérativement tenu à jour, et sécurisé pour ses rubriques traitant d'informations confidentielles destinées aux seuls créanciers reconnus. La publication électronique n'aura aucune valeur juridique, les décisions devant être individuellement notifiées à chaque créancier, à son domicile ou au domicile élu en Suisse, avec indication des voies de recours.

D. Etablissement d'un procès-verbal

1. Tenue, contenu, force probante, rectification et conservation

388 Afin d'être en mesure de renseigner le juge du concordat, l'autorité de surveillance, et dans une certaine mesure les créanciers, le commissaire a l'obligation de dresser procès-verbal de ses opérations et des déclarations qu'il reçoit¹⁰⁵⁴. Le procès-verbal permettra aussi d'assurer une transmission facile du dossier en cas d'abandon volontaire ou forcé de ses fonctions par le commissaire. Le procès-verbal a la valeur probante des titres publics, à moins que la preuve du contraire soit amenée (art. 8 al. 2 LP et 9 CC). Eu égard à la relative similitude entre procédure de faillite d'une part et procédure concordataire d'autre part, les règles applicables en matière de tenue des procès-verbaux dans la faillite le seront également *mutatis mutandis* dans la procédure concordataire¹⁰⁵⁵. Le procès-verbal mentionnera les éléments essentiels relatifs à la procédure concordataire ; il ne saurait se substituer au(x) rapport(s) à remettre par le commissaire au juge du concordat. Seuls les dispositifs des décisions (et injonctions) du commissaire, ainsi que de celles du juge du concordat (jugement octroyant un sursis provisoire, ordinaire, autorisant l'aliénation d'actifs pendant le

¹⁰⁵⁴ Art. 295 al. 3 LP et 8 LP; GILLIÉRON, n° 33 ad art. 295 LP.

¹⁰⁵⁵ En particulier les art. 8 al. 2 à 15a OAOF, 25 à 30 OAOF, 33 à 37 OAOF, et 40 à 43 OAOF. Voir également le renvoi de l'art. 97 OAOF, concernant l'application des dispositions précitées à l'administration spéciale.

sursis par exemple) figureront au procès-verbal¹⁰⁵⁶. Au procès-verbal, seront annexés¹⁰⁵⁷ : la liste des annonces de créances (productions), consignées sur la formule prescrite par l'OAOF, et les indications du sursitaire relatives à la reconnaissance ou non des créances¹⁰⁵⁸, l'inventaire et l'estimation des gages¹⁰⁵⁹ effectués en application de l'art. 299 LP, les procès-verbaux rendant compte du déroulement de l'assemblée des créanciers¹⁰⁶⁰ et les adhésions reçues, ainsi que les rapports intermédiaires et le rapport final du commissaire. Les contrats par lesquels le sursitaire vend tout ou partie de son entreprise pendant le sursis avec l'accord du juge du concordat seront aussi annexés. Le commissaire prendra par ailleurs soin d'utiliser les formulaires-types tels qu'établis par la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral ou les autorités cantonales de surveillance¹⁰⁶¹. En vertu de l'art. 12 OAOF, les documents mentionnés ci-dessus devraient pouvoir être tenus et établis électroniquement par le commissaire. Le procès-verbal et ses annexes seront conservés pendant dix ans par le commissaire, ou l'office si le commissaire est désigné en son sein, à partir du jour auquel le concordat ordinaire est homologué, respectivement la liquidation terminée dans le cas d'un concordat par abandon d'actif. Une conservation sur support de données est envisageable, moyennant l'accord de l'autorité cantonale de surveillance¹⁰⁶². Le commissaire a la possibilité de rectifier d'office ou sur demande d'une personne concernée une inscription inexacte¹⁰⁶³. La décision par laquelle le commissaire refuserait de procéder à une rectification est attaquable par le biais d'une plainte à l'autorité cantonale de surveillance¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁵⁶ Art. 9 OAOF.

¹⁰⁵⁷ Art. 10 al. 3 OAOF.

¹⁰⁵⁸ Art. 55 OAOF.

¹⁰⁵⁹ Art. 25 ss OAOF.

¹⁰⁶⁰ HILDEBRANDT / GLARNER, p. 20. GILLIÉRON, n° 33 ad. art. 8 LP. Art. 42 OAOF.

¹⁰⁶¹ Art. 1-3 OAOF, art. 1 ss de l'ordonnance sur les formulaires et registres à employer en matière de poursuite pour dettes et de faillite et sur la comptabilité du 5 juin 1996 (RS 281.31).

¹⁰⁶² Art. 15a OAOF. Ordonnance sur la conservation des pièces relatives aux poursuites et aux faillites du 5 juin 1996, RS 281.33.

¹⁰⁶³ Art. 8 al. 3 LP.

¹⁰⁶⁴ DALLÈVES, CR LP, n° 12 ad art. 8; GILLIÉRON, n° 44 ad art. 8 LP.

2. Droit de consultation (art. 8a LP)

2.1. Principe et conditions

- 389 En application de l'art. 14 al. 1 LP, l'autorité de surveillance peut en tout temps exiger du commissaire copie du procès-verbal et de ses annexes. Le fait que le commissaire ne dresse pas correctement procès-verbal n'est en aucun cas susceptible de conduire au rejet du concordat¹⁰⁶⁵. Tout au plus peut-on imaginer que le commissaire soit sanctionné disciplinairement pour ce manquement. En particulier, une tenue lacunaire du procès-verbal ne saurait être suffisante pour que les créanciers s'opposent à l'homologation du concordat.
- 390 Les créanciers directs ont dans la procédure de faillite un intérêt digne de protection à exercer un droit de regard sur les actes de l'office et des organes (administration spéciale par exemple¹⁰⁶⁶). Ce principe est applicable *mutatis mutandis* aux créanciers pendant le sursis¹⁰⁶⁷ et, malgré l'absence de renvoi de l'art. 295 al. 3 LP à l'art. 8a LP, il convient d'admettre un droit à la consultation des pièces du concordat, et par extension, à obtenir des renseignements, utiles et nécessaires, du commissaire, par exemple sur les causes de l'insolvabilité et les perspectives d'assainissement¹⁰⁶⁸. Toute personne habile à rendre vraisemblable un intérêt particulier et actuel¹⁰⁶⁹ devrait être autorisée par le commissaire à consulter le procès-verbal, et pouvoir s'en faire délivrer des extraits¹⁰⁷⁰ moyennant paiement d'un émolument¹⁰⁷¹. Les autorités judiciaires et administratives sont évidemment titulaires de ce droit, et bénéficient de la gratuité. Cette gratuité profite aussi, conformément aux art. 32 et 80 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, aux organes des assurances sociales, par exemple à une caisse AVS¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁵ Voir à ce sujet une très ancienne décision de l'autorité cantonale supérieure de surveillance du canton de Berne du 23 août 1938, reproduite à la BISchK 1944 II 53, consid. 2 a, et à la ZBJ 76, 7, p. 351, qui a retenu la solution inverse.

¹⁰⁶⁶ ATF 93 III 4.

¹⁰⁶⁷ BE, décision de l'autorité de surveillance du 3 juillet 1997 in : BISchK 1997 IV p. 144.

¹⁰⁶⁸ PETER, BSK-SchKG, n° 16 ad art. 8a LP et le renvoi au Message concernant la révision de la LP du 8 mai 1991, p. 183 ; ZH, décision du tribunal de district du 31 mars 2003 in: BISchK 2003, 6, p. 263. GILLIÉRON, n° 48 ad art. 295 LP.

¹⁰⁶⁹ DALLÈVES, CR LP, n° 3 ad art. 8a LP.

¹⁰⁷⁰ GILLIÉRON, n° 9 s ad art. 8a LP.

¹⁰⁷¹ Art. 4, 9, 12 OELP, également applicables si le commissaire au sursis est désigné à l'extérieur de l'office.

¹⁰⁷² FR, arrêt du tribunal cantonal du 18 mars 2005, in : BISchK 70 (2006) 81. La Caisse souhaitait dans le cas d'espèce obtenir un extrait du registre des poursuites concernant un nouveau membre.

- 391 En pratique, dès lors que le prétendu créancier concordataire a produit une créance et que celle-ci est reconnue par le débiteur, il n'y a pas lieu de limiter son droit de consultation du procès-verbal¹⁰⁷³. Il serait judicieux que le commissaire consulte immédiatement le débiteur lors d'une requête d'information émanant d'un créancier, et qu'il rende une décision à propos de la consultation demandée seulement en cas de refus du débiteur. Il est souhaitable de laisser une certaine liberté d'appréciation au commissaire, qui devrait donner accès aux documents sollicités même si le débiteur ne reconnaît pas la créance, par pure mauvaise foi ou ignorance. Le droit de consulter les registres peut théoriquement être contesté, par exemple par le débiteur, qui pourra agir par la voie de la plainte¹⁰⁷⁴.
- 392 Il a été préalablement mentionné que les créanciers bénéficient d'un droit à l'information tout au long de la procédure, indépendant du droit de consultation des pièces du concordat¹⁰⁷⁵. L'étendue de l'information n'est cependant pas la même selon que le créancier exerce son droit à l'information découlant de l'art. 8a LP à n'importe quel stade de la procédure ou qu'il exerce son droit à l'accès aux pièces garanti par l'art. 301 LP. Dans le premier cas, le créancier bénéficiera d'un accès limité, ciblé sur tel ou tel document. Il ne pourra par exemple pas à intervalles régulier requérir du commissaire que ce dernier lui transmette copie de l'intégralité des pièces de la procédure. En revanche, pendant les vingt jours précédant l'assemblée des créanciers, l'accès à l'information est complet et non restreint. C'est par ailleurs le seul moment où le dossier sera véritablement complet et définitif, puisque le commissaire est amené à recueillir des informations tout au long de la procédure et qu'il évolue donc au quotidien.

E. Demande de prolongation du sursis (art. 295 al. 4 LP)

- 393 Une prolongation du sursis, menant respectivement la période totale du sursis à douze mois dans les cas ordinaires et vingt-quatre mois lors de cas particulièrement complexes¹⁰⁷⁶, peut être demandée par le commissaire, contrairement à la prolongation de l'ajournement de faillite que seul le débiteur, à l'exclusion du

¹⁰⁷³ Sous certaines conditions, les coobligés du débiteur concordataire sont titulaires d'un droit à l'information (voir infra, p. 249).

¹⁰⁷⁴ TG, arrêt du tribunal supérieur du 5 avril 2004 in : BISchK 2005 222.

¹⁰⁷⁵ Voir infra, § 386 ss.

¹⁰⁷⁶ Art. 295 al. 4 LP; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 50 ss ad art. 295 LP; VOLLMAR, BSK SchKG, n° 5 ss ad art. 295 LP; GANI, CR LP, n° 2 ad art. 295 LP. Cette notion est à déterminer au cas par cas et dépendra du nombre de créanciers, de la structure de l'entreprise (groupe de sociétés avec holding, flux financiers complexes, nombreuses filiales, également à l'étranger sont autant d'éléments qui feront qu'un cas peut être qualifié de complexe).

curateur, est légitimé à demander. A suivre la lettre de la loi, seul le commissaire possède la légitimation pour requérir la prolongation, à l'exclusion du débiteur et de tout créancier¹⁰⁷⁷. Certains auteurs¹⁰⁷⁸ se demandent si le débiteur et les créanciers ne pourraient pas eux-mêmes requérir du commissaire que celui-ci demande la prolongation du sursis, un éventuel refus étant attaquant par la voie de la plainte. Il convient de répondre par la négative à cette question, eu égard à ce que le commissaire n'est ni un représentant du débiteur, ni un représentant des créanciers, et qu'il agit tant pour le premier que pour les autres, sans favoritisme. Dès lors que le commissaire demanderait le sursis à la demande de l'une des parties à la procédure, il perdrait sa neutralité et agirait contrairement aux devoirs de sa charge. L'autorité compétente pour connaître d'une telle requête est le juge du concordat, à l'exclusion de l'autorité de surveillance¹⁰⁷⁹. La requête du commissaire sera obligatoirement motivée¹⁰⁸⁰, nécessité justifiée par le besoin d'information du juge et des créanciers, pour permettre ensuite à ces derniers de s'exprimer sur les preuves offertes, garantissant ainsi le respect de leur droit d'être entendu¹⁰⁸¹. Le commissaire, ainsi que le débiteur et tous les créanciers, ont la qualité pour recourir contre la décision du juge du concordat refusant de prolonger le sursis¹⁰⁸². Le droit de recours de tous les créanciers est justifié par au moins trois motifs. Premièrement, la décision de prolonger le sursis est une mesure incisive, qui a des effets sur tous les créanciers. Deuxièmement, la procédure concordataire constitue une procédure collective d'assainissement, respectivement de liquidation. Exclure la plupart des créanciers du processus décisionnel revient finalement à en faire une procédure individuelle, dans laquelle seul le débiteur, ou le créancier ayant requis le sursis, a voix au chapitre. Troisièmement, l'application analogique de l'art. 294 al. 3 LP¹⁰⁸³, qui conduit à ce que seuls le débiteur et le créancier ayant par hypothèse

¹⁰⁷⁷ SO, décision de l'autorité de surveillance du 27 décembre 1982 in : BISchK 1983 VI p. 235 ss.; question posée mais laissée ouverte. VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 4 ad art. 295 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 49 ad art. 295 LP ; GILLIÉRON, n° 19 ad art. 295 LP. JEANNERET/CAVADINI, p. 204.

¹⁰⁷⁸ JEANNERET / CAVADINI, *op. cit.*, p. 203. Les auteurs font d'ailleurs remarquer à juste titre que la contestation du refus du commissaire de prolonger le sursis par la voie de la plainte aurait automatiquement pour effet de prolonger le sursis.

¹⁰⁷⁹ SO, décision de l'autorité de surveillance du 27 décembre 1982 in : BISchK 1983 VI p. 235 ss. (consid. 4).

¹⁰⁸⁰ TI, décision de la Chambre des poursuites et faillites du 6 mars 1998 in : REP 1998, p. 304. HUNKELER, § 809 ; VOLLMAR, BSK-SchKG, ad n° 5 ad art. 295 LP.

¹⁰⁸¹ ATF 129 II 497 consid. 2.2 p. 504; ATF 127 I 54, consid. 2 b ; ATF 126 I 97 consid. 2 b.

¹⁰⁸² VS, arrêt du Tribunal cantonal du 11 mai 2006 in : ZWR 2007 pp. 211-213 ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 55 ad art. 295 LP ; HUNKELER, p. 217 n° 824.

¹⁰⁸³ VOLLMAR, n° 7 ad art. 295 LP.

requis le sursis peuvent recourir, n'est pas appropriée. Il est vrai que la décision de prolongation du sursis a des effets proches de celle par laquelle le sursis est octroyé ; mais, si le fait que cette disposition consacre un droit de recours contre l'octroi ou le refus du sursis aux seuls débiteur et créancier requérant le sursis se comprend au stade de l'octroi du sursis, puisque par définition les créanciers ne sont pas encore connus, ou que très partiellement, ce n'est plus le cas à l'échéance de la première période de sursis, qui devrait avoir logiquement vu tous les créanciers ou presque produire leur(s) créance(s). Il se justifie pour ces raisons d'appliquer plutôt l'art. 307 LP par analogie.

- 394 La mention par l'art. 295 al. 4, deuxième phrase LP, de l'obligation d'entendre les créanciers si la prolongation est supérieure à douze mois laisse quelque peu perplexe et il n'est pas aisé de distinguer si le destinataire de cette norme est le commissaire, le juge, ou les deux. S'agissant du premier, il est indéniable que le juge du sursis doit convoquer une audience de prolongation du sursis concordataire et y convoquer personnellement tous les créanciers connus, en ayant aussi soin de faire procéder à une publication de la tenue de l'audience dans la FOSC et la FAO, afin d'atteindre aussi les créanciers qui ne seraient pas encore répertoriés, et ce quelque soit la durée de la prolongation du sursis. L'on ne voit pas pour quels motifs essentiels le droit constitutionnel d'être entendu serait supprimé de la sorte devant une autorité judiciaire, ce d'autant moins que tous les créanciers – et le débiteur – doivent à l'évidence être légitimés à recourir¹⁰⁸⁴ auprès d'une autorité supérieure contre la prolongation, respectivement le refus de prolonger, le sursis, et qu'il peut arriver que cette autorité n'ait qu'un pouvoir de cognition limité. C'est ce principe que consacre d'ailleurs le législateur vaudois qui, à l'occasion de la révision de sa LVLP, a décidé d'aller au-delà des prescriptions du droit fédéral et du projet du Conseil d'État en prévoyant que le juge doit entendre les créanciers quelle que soit la durée de la prolongation requise¹⁰⁸⁵. En ce sens, la précision de l'art. 294 al. 4, deuxième phrase, LP doit être considérée comme une garantie minimale, laissant toute latitude aux cantons pour prévoir d'avantage.
- 395 S'agissant du second, dans l'exercice général de son activité, et en sa qualité d'autorité décisionnelle neutre en charge de la surveillance et de la direction de la

¹⁰⁸⁴ HUNKELER, n° 821 ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 55 ad art. 295 LP. Dans le même sens, cf. TI, décision de la Chambre des poursuites et faillites du 6 mars 1998, REP 1998, p. 304-309, consid. 1a à dd. Voir également GANI, CR LP, n° 4 ad art. 295 LP et JEANNERET / CAVADINI, qui estiment que dans le cas d'une prolongation menant à un sursis d'une durée supérieure à douze mois, tous les créanciers peuvent faire recours, alors que la possibilité de recourir est limitée aux seuls débiteur et créancier ayant requis le sursis dans les autres cas.

¹⁰⁸⁵ Art. 52 al. 3 LVLP ; VD, arrêt du tribunal cantonal du 7 avril 2005, in : BISchK 2006 p. 200-202.

procédure concordataire, le commissaire doit comme toute autre autorité respecter le droit d'être entendu des parties en présence, soit le débiteur concordataire et les créanciers. Même si ce n'est pas le commissaire lui-même qui prend formellement la décision de prolonger le sursis, il ne faut pas oublier que le juge ne s'écartera probablement pas sans réelle nécessité de l'avis du commissaire, à moins que de justes motifs étayés viennent contredire le point de vue du commissaire.

- 396 La prolongation du sursis constitue une décision loin d'être anecdotique, puisqu'elle implique de faire patienter encore un peu les créanciers jusqu'à ce qu'ils soient désintéressés ; elle est susceptible de mettre en péril les intérêts de certains créanciers qui pourraient connaître eux-mêmes des difficultés en n'étant pas désintéressés rapidement. Avant de proposer au juge du concordat la prolongation du sursis, le commissaire devra donc mettre soigneusement en balance les intérêts de la communauté des créanciers d'une part et du débiteur concordataire lui-même d'autre part. Pour ce faire, il est nécessaire que le commissaire consulte les créanciers, à tout le moins une partie représentative d'entre eux¹⁰⁸⁶, et le débiteur concordataire, dans ce dernier cas surtout dans l'hypothèse où le sursis a été demandé par un créancier ; il est ici admissible que la consultation par le commissaire n'aie pas lieu au cas où la prolongation mène à ce que la durée totale du sursis demeure inférieure à douze mois.

F. Demande de révocation du sursis (art. 295 al. 5 LP/ 298 al. 3 LP)

- 397 La demande de révocation du sursis – provisoire¹⁰⁸⁷ ou définitif – avant l'expiration du délai accordé par le juge, peut intervenir uniquement si elle est fondée sur la nécessité de conserver le patrimoine du débiteur ou lorsqu'il est manifeste qu'un concordat ne pourra pas être conclu, à l'exclusion d'autres motifs¹⁰⁸⁸. Seul le commissaire est légitimé à déposer une telle requête, qui doit impérativement être déposée avant l'expiration du sursis¹⁰⁸⁹. Le juge du concordat a d'office le pouvoir de révoquer le sursis¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁶ Cette conclusion plaide en faveur de l'insitution d'une commission de créanciers assez tôt dans la procédure, composée des grands groupes de créanciers (travailleurs, fournisseurs, banque), d'ailleurs prévue à l'art. 294a AP-LP 2009.

¹⁰⁸⁷ MARCHAND, FJS 24, n° 107. A noter que la question est discutée. Pour une décision niant la possibilité de révocation du sursis provisoire, voir TG, décision de la commission de recours du 26 janvier 1998, in: BR 97 152 = RBOG 98, 15, pp. 123 ss.

¹⁰⁸⁸ BE, décision de l'autorité cantonale de surveillance du 24 septembre 1973 in: BLSchK 1977, 3, pp. 86 ss (89). VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 33 s ad art. 295 LP.

¹⁰⁸⁹ GILLIÉRON, n° 24 ad art. 295 LP.

¹⁰⁹⁰ AMONN / WALTHER, § 54 n° 49.

- 398 La requête du commissaire au sursis tendant à la révocation du sursis ne peut pas être attaquée par la voie de la plainte¹⁰⁹¹, puisqu'elle ne constitue pas une décision : la requête de révocation, respectivement le fait d'informer le juge de la commission d'actes interdits ou du non-respect des injonctions du commissaire par le débiteur concordataire, n'a aucun effet autonome sur les droits et les obligations du débiteur et/ou des créanciers. Seule en définitive compte la décision judiciaire de révoquer le sursis, contre laquelle les créanciers et le débiteur peuvent d'ailleurs recourir auprès de l'autorité supérieure¹⁰⁹², laquelle a l'obligation d'entendre les créanciers, le débiteur et le commissaire¹⁰⁹³. A cet effet, elle convoquera les parties susmentionnées à l'audience de révocation, et fera paraître dans la FOSC et la FAO l'information de la tenue de l'audience de révocation afin d'atteindre les créanciers non encore répertoriés comme tels. A notre avis, le juge doit accepter d'entendre également un tiers reprenneur afin de vérifier le caractère sérieux de son intérêt et surseoir à la révocation.
- 399 L'omission, volontaire ou involontaire, par le commissaire d'informer le juge de la modification de la situation patrimoniale du débiteur ou de la survenance de faits importants susceptibles de léser les créanciers et aptes à entraîner la révocation du sursis peut être attaquée par la voie de la plainte, puisque le commissaire aura ainsi violé l'un des devoirs lui incombant *ex lege*. L'utilité de cette voie de droit est néanmoins à relativiser, puisque le juge peut choisir de révoquer d'office le sursis afin de protéger les intérêts de la communauté des créanciers s'il apprend que des actes proscriés ont été néanmoins effectués, en violation de l'art. 298 al. 2 LP ou que des injonctions du commissaire n'ont pas été respectées. Il suffirait donc que le créancier informe lui-même le juge pour réparer l'oubli du commissaire, lequel devra être interpellé puis entendu par le juge.

1. Conditions

- 400 Une demande de révocation du sursis est justifiée si :
- une perte notable de substance des actifs ou une augmentation sensible des passifs surviennent pendant le sursis ;

¹⁰⁹¹ Cf. pourtant la décision de l'autorité cantonale bernoise de surveillance du 24 septembre 1973 in: BLSchK 1977, 3, p. 86 (87 s.).

¹⁰⁹² Cf. *supra*, note de bas de page n° 1084; MARCHAND, FJS 24, n° 107 ; GANI, CR LP, n° 22 ad art. 295 LP ; JEANNERET/CAVADINI, op. cit., p. 205 ; d'un autre avis, VOLLMAR, BSK SchKG, n° 36 ad art. 295 LP, qui applique ici aussi l'art. 295 al. 4 LP par analogie et GILLIÉRON, qui est quant à lui d'avis qu'en plus du débiteur et du créancier ayant requis l'ouverture de la procédure concordataire, seuls les créanciers présents à l'audience de révocation (de première instance) ont la qualité pour recourir.

¹⁰⁹³ Art. 295 al. 5, 2^{ème} phrase, LP.

- il est manifeste que les majorités qualifiées des créanciers ne pourront être obtenues¹⁰⁹⁴;
- les conditions d'une homologation font défaut¹⁰⁹⁵ ;
- le débiteur concordataire contrevient aux règles de surveillance et de limitation de son pouvoir de disposition¹⁰⁹⁶, en particulier aux injonctions du commissaire et aux prescriptions de l'art. 298 al. 2 LP¹⁰⁹⁷.

401 Le commissaire n'est pas formellement obligé de demander expressément la révocation du sursis en cas de violation de l'art. 298 al. 2 LP et/ou de non respect de ses injonction, ni de motiver une éventuelle requête¹⁰⁹⁸ : en pareilles circonstances, il peut se contenter de rapporter les fait, le juge du concordat ayant de par la loi la possibilité de prendre d'office des mesures qui s'imposent – retrait total du pouvoir de disposer de ses biens ou révocation du sursis – après avoir dans tous les cas entendu le débiteur, et en cas de révocation, également le commissaire et les créanciers¹⁰⁹⁹.

2. Effets de la révocation

402 En application de l'art. 309 LP, tout créancier peut requérir la faillite dans un délai de vingt jours¹¹⁰⁰ suivant la décision de révoquer le sursis ordinaire en déposant auprès de l'autorité judiciaire compétente une requête de faillite sans poursuite préalable sommairement motivée¹¹⁰¹. La révocation du sursis provisoire n'a pas les mêmes effets que la révocation du sursis ordinaire ; en tant que mesure conservatoire décrétée par le juge, elle n'autorise pas une application de l'art. 309 LP, cette disposition ne renvoyant qu'aux art. 295 al. 5 et 298 al. 3 LP. L'ouverture d'une procédure de faillite sans poursuite préalable est ici exclue¹¹⁰². Une fois le jugement de révocation du sursis ordinaire entré en force, l'activité du commissaire cesse, les procédures de poursuites peuvent à nouveau être introduites,

¹⁰⁹⁴ ATF 128 V 15, consid. 3 a.

¹⁰⁹⁵ ATF 128 V 15, consid. 3a, TF, arrêt H 66/05 du 19 juillet 2006.

¹⁰⁹⁶ MARCHAND, FJS 24, n° 53.

¹⁰⁹⁷ Art. 298 al. 3 LP. GILLIÉRON, n° 22 s. ad art. 295 LP.

¹⁰⁹⁸ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 29 ad art. 298 LP.

¹⁰⁹⁹ Art. 298 al. 3 LP. VOLLMAR, BSK SchKG, n° 32 ad art. 295 LP; HUNKELER, n° 839 ss.; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 58 ad art. 295 LP.

¹¹⁰⁰ Art. 309 LP.

¹¹⁰¹ Art. 308 LP. Le dispositif du jugement sera publié, mentionnera la date à laquelle le sursis a été révoqué, et indiquera le délai et le Tribunal auxquels les créanciers ont la possibilité de s'adresser.

¹¹⁰² MARCHAND, FJS 24, n° 107.

respectivement continuées, le cours des intérêts reprend, ainsi que celui des délais de prescriptions et de péremption¹¹⁰³.

- 403 Le jugement de révocation, tout comme celui refusant l'homologation, constitue le point de départ au calcul du délai de péremption après l'écoulement duquel il ne sera plus possible à un créancier éventuellement lésé de faire valoir en justice une demande de réparation du dommage ; certains créanciers ont à cet égard un devoir plus élevé de diligence et prudence, leur commandant de suivre avec attention l'évolution de la procédure afin d'être informés au plus tôt du dommage, même partiel et de prendre à temps les mesures utiles à la sauvegarde de leurs droits¹¹⁰⁴.

G. Inventaire et estimation

1. Inventaire et estimation des actifs

1.1. Moment de l'inventaire

- 404 Immédiatement après sa désignation, le commissaire est chargé de dresser un inventaire des biens du débiteur¹¹⁰⁵, et d'estimer les biens inventoriés, à la valeur de continuation ou de liquidation, selon que ces actifs sont destinés à être immédiatement liquidés pour financer le sursis ou dans un concordat par abandon d'actif, ou au contraire qu'ils serviront à la continuation de l'activité du débiteur après l'homologation d'un concordat ordinaire¹¹⁰⁶. L'inventaire permettra notamment de définir l'assiette du dessaisissement du débiteur en application de l'art. 298 al. 2 LP, et servira au juge du concordat pour vérifier si l'offre du débiteur est en adéquation avec ses moyens¹¹⁰⁷.

1.2. Collaboration du débiteur, de tiers et d'autorités

- 405 A la différence des prescriptions applicables dans la faillite¹¹⁰⁸ et du droit bancaire¹¹⁰⁹, l'appel aux débiteurs du sursitaire et aux tiers en possession de biens appartenant

¹¹⁰³ GANI, CR LP, n° 23 ad art. 295 LP.

¹¹⁰⁴ Il en va notamment ainsi des organes de l'Etat comme par exemple les caisses de compensation. Cf. ATF 128 V 15, consid. 2 a, et les références aux ATF 119 V 92 consid. 3 et 118 V 196 consid. 3 a.

¹¹⁰⁵ Ceci vaut même si le juge du concordat a ordonné une prise d'inventaire.

¹¹⁰⁶ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 4 ad art. 299 LP; GANI, CR LP, n° 3 ad art. 299 LP; GILLIÉRON, n° 28 ad Remarques introductives aux art. 293-304 LP et 13 ad art. 299 LP; RUEDIN, Problèmes du droit concordataire, p. 73.

¹¹⁰⁷ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 1 ad art. 299 LP.

¹¹⁰⁸ Art. 232 al. 2 ch. 4 LP.

au débiteur n'est pas prévu expressément en procédure concordataire. Il convient cependant de partir du principe que l'art. 232 al. 2, ch. 3 et 4 est applicable par analogie lors de la publication du sursis¹¹¹⁰. La publication dans la FOSC et la FAO de l'octroi du sursis provisoire ou ordinaire contiendra par conséquent, en plus de la désignation d'un ou plusieurs commissaires et de l'appel aux créanciers, un appel aux débiteurs (ch. 3) et à tout tiers qui se trouverait en possession d'un bien (ch. 4), quel qu'il soit, dont le sursitaire est propriétaire, de se manifester auprès du commissaire, et de joindre les justificatifs de sa possession.

- 406 Le commissaire est en droit d'obtenir du débiteur une collaboration et des renseignements exacts sur sa situation patrimoniale ; le débiteur sursitaire qui chercherait à obtenir l'homologation d'un concordat judiciaire en induisant en erreur le commissaire sur sa situation pécuniaire encourt des poursuites pénales fondées sur l'art. 170 CP¹¹¹¹. Le commissaire nommé par le juge du concordat d'un canton peut demander l'assistance des offices des poursuites et faillites d'autres cantons¹¹¹² ; le commissaire est toutefois compétent pour agir en dehors de son arrondissement, déterminé en fonction du siège du débiteur, même sans l'accord de l'office compétent à raison du lieu, sauf pour les actes énumérés à l'art. 4 al. 2 *in fine* LP qui ressortissent exclusivement aux offices compétents à raison du lieu. S'agissant des biens localisés à l'étranger, le commissaire est habilité à saisir les autorités étrangères compétentes par la voie prévue par le droit dans lequel se trouvent les actifs. En vertu du principe de territorialité des procédures d'exécution forcée, le commissaire ne peut faire rentrer sans autre dans la masse suisse les actifs localisés à l'étranger, sauf si le droit étranger l'y autorise ou constituent le produit d'une infraction pénale¹¹¹³. L'inventaire doit être soumis au débiteur, appelé à se prononcer sur son caractère exact et exhaustif, et qui doit le signer, par le biais de l'organe compétent en fonction de la forme juridique de l'entreprise en sursis.
- 407 En application de l'art. 222 al. 1 et 3 LP, le failli doit permettre à l'office d'accéder à tous ses locaux et à tous ses actifs. Au besoin, l'office est autorisé à demander l'aide de la force publique, la police¹¹¹⁴. Le débiteur qui ne collabore pas est passible des peines prévues par l'art. 323 ch. 4 CP, voire 163 CP. La procédure concordataire constitue une procédure collective de liquidation générale du patrimoine, sauf si elle

¹¹⁰⁹ Art. 15 OFB-FINMA.

¹¹¹⁰ *Contra* : RUEDIN, Problèmes du droit concordataire, p. 74.

¹¹¹¹ ATF 84 IV 158, consid. 1 ss.

¹¹¹² Art. 4 LP; BÖTSCHI, p. 6.

¹¹¹³ STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz, p. 281.

¹¹¹⁴ VOUILLOZ, CR LP, n° 3 ad art. 222 LP; SCHÖBER, KUKO SchKG, n° 14 ad art. 222 LP; LUSTENBERGER, BSK-SchKG, n° 5 ad art. 222 LP; GILLIÉRO, n° 6 ad art. 222 LP.

se clôture par un concordat dividende, ordinaire ou moratoire. A ce titre, elle autorise une application analogique de l'art. 222 LP pendant le sursis provisoire ou le sursis ordinaire. Il est en effet dans l'intérêt des créanciers de connaître avec précision de quels actifs le débiteur dispose, et le substrat destiné à les désintéresser. Dans la procédure concordataire, les intérêts des créanciers sont sauvegardés par le commissaire, investi notamment de la mission d'effectuer un inventaire. Partant, il convient d'admettre que le commissaire au sursis peut requérir l'aide de la force publique dans l'hypothèse où le débiteur concordataire interdit l'accès à ses locaux.

1.3. Actifs à inventorier et estimation

- 408 Le commissaire doit dresser un inventaire, au moyen de celui déjà dressé par le débiteur et après vérification des états financiers du débiteur¹¹¹⁵. L'inventaire doit être dressé en application analogique des principes prévalant dans une procédure de faillite¹¹¹⁶. Doivent être inventoriés les biens, corporels ou non corporels, sur lesquels le débiteur est titulaire d'un droit de propriété exclusif ou partagé, au jour du jugement octroyant le sursis. Le commissaire doit inventorier les biens qui lui sembleraient insaisissables, incessibles¹¹¹⁷, dont l'existence n'est pas indubitablement avérée¹¹¹⁸ ou revendiqués ; il ne lui appartient en effet pas de trancher des questions de droit matériel¹¹¹⁹. En application analogique de l'art. 199 al. 2 LP, les biens saisis mais non encore réalisés ou moment de l'ouverture de la procédure concordataire, ainsi que les biens séquestrés, sont à inventorier et pourront servir à désintéresser les créanciers concordataires. Doivent également être pris en considération les biens qui pourraient échoir dans le futur au débiteur¹¹²⁰. Les actifs du débiteur localisés à l'étranger sont à inventorier¹¹²¹ : même si, en vertu du principe de territorialité des procédures d'insolvabilité, ils ne

¹¹¹⁵ GANI, CR LP, n° 2 ad art. 299 LP.

¹¹¹⁶ Art. 221 à 229 LP, 25 à 38 OAOF, HUNKELER, n°856 ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 3 ad art. 298 LP ; MARCHAND, FJS 24, § 49.

¹¹¹⁷ ATF 58 III 114.

¹¹¹⁸ ATF 72 III 121.

¹¹¹⁹ FR, arrêt de la Chambre des poursuites du 10 décembre 1961, in: SJZ 1964 p. 276. BISchK 1953 III p. 95 s.

¹¹²⁰ Art. 306 al. 2 ch. 1 LP. GANI, CR LP, n° 3 ad art. 299 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 10 ad art. 299 LP.

¹¹²¹ Art. 27 al. 1 OAOF ; AMONN/WALTHER, § 54 n°2. HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 3 ad art. 299 LP ; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 6 ad art. 297 LP et 5 s ad art. 299 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 16 ad art. 306 LP.

tomberont pas dans la masse des actifs réalisables sans autre démarche du commissaire, dépendantes du droit matériel de l'Etat étranger dans lequel se trouvent les biens, leur valeur devra être prise en compte pour déterminer la capacité financière totale du débiteur. Doivent figurer à l'inventaire des actifs, les prétentions de l'entreprise en sursis à l'encontre d'autres parties fondée sur tout type de responsabilité (civile, délictuelle, contractuelle, administrative, pénale et autonome), les prétentions fondées sur la responsabilité des personnes chargées de l'administration et du contrôle de la société débitrice¹¹²² et, dans l'hypothèse où l'homologation d'un concordat par abandon d'actifs est visée, les éventuelles prétentions révocatoires. Si cela est économiquement justifié, le commissaire doit être autorisé à faire appel à un expert pour déterminer le bien-fondé et le degré de responsabilité du tiers ou de l'organe considéré, ainsi que les chances de recouvrement. Les actifs inventoriés doivent faire l'objet d'une estimation, tant à leur valeur de continuation que de liquidation, indépendamment du type de concordat proposé dans la requête de sursis concordataire¹¹²³.

1.4. Droit de plainte du débiteur, des créanciers et des tiers contre l'inventaire

- 409 De par la formulation et la systématique de l'art. 299 LP, les créanciers concordataires et intervenants n'ont pas encore au moment de l'établissement de l'inventaire par le commissaire la qualité pour porter plainte contre l'inventaire et par extension contre une décision du commissaire refusant d'inventorier un bien¹¹²⁴. Le droit de recours des créanciers et des intéressés est expressément limité à ce stade à la contestation de l'estimation des gages. Les créanciers auxquels le droit à consulter les pièces du concordat aura été octroyé¹¹²⁵ pourront néanmoins par la suite contester l'inventaire et la valorisation des actifs du débiteur, par la voie de la plainte, dans un délai de dix jours dès la prise de connaissance de l'inventaire¹¹²⁶. Le

¹¹²² BE, décision de l'autorité de surveillance du 5 mai 1977 in: BLSchK 1977 V p. 144 ss. (consid. 2).

¹¹²³ Il est renvoyé pour le surplus au § 411 ss.

¹¹²⁴ VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 11 ad art. 299 LP; ce droit appartient toutefois à la masse en faillite : ATF 104 III 24, consid. 1 = JdT 1980 II 30

¹¹²⁵ Art. 301 al. 1, première phrase, LP.

¹¹²⁶ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 11 ad art. 299 LP et art. 134 LP par analogie. Contra, GILLIÉRON, n° 18 ad art. 299 LP, qui estime que le délai commence à courir du jour où le dossier du concordat peut être consulté, ce qui signifie que les créanciers devraient impérativement consulter le dossier durant les dix premiers jours des vingt jours, vidant ainsi de sens l'intérêt de cette disposition et contraignant les créanciers à impérativement exercer leur droit à la consultation durant la première moitié de la durée de consultation. Cela signifie que l'assemblée des créanciers doit avoir lieu au plus tôt dans les 30 jours suivant le dernier jour de la consultation.

débiteur a en tout temps qualité pour porter plainte contre l'inventaire et l'estimation. Il faut par ailleurs admettre que des tiers qui allèguent un droit de propriété doivent aussi se voir autorisés à agir en application analogique des art. 106 ss LP. La voie de la plainte doit également être ouverte pour contester la modification ou la correction de l'inventaire préexistant par le commissaire. Une plainte contre l'évaluation des actifs peut être envisagée tant dans le cadre d'un concordat ordinaire – l'estimation jouant un rôle dans l'appréciation du caractère proportionné du concordat par rapport aux actifs du débiteur – que dans le cadre d'un concordat par abandon d'actif – afin de vérifier le caractère plus avantageux qu'une faillite du concordat proposé et que les liquidateurs ne bradent pas l'actif sur la base de l'estimation par trop conservatrice effectuée antérieurement par le commissaire¹¹²⁷.

- 410 Notons que la situation actuelle n'est pas entièrement satisfaisante, puisqu'en cas de plainte, l'inventaire ne sera pas définitif au moment du déroulement de l'assemblée des créanciers. Il est toutefois incontestable qu'il serait souhaitable qu'il le soit à ce moment-là¹¹²⁸ ; partant, l'inventaire devrait être publié dès qu'il aura été achevé, et les créanciers ayant produit autorisés aussitôt à le consulter et cas échéant à le contester.

2. Inventaire et estimation des gages

- 411 Le mode d'inventaire et d'estimation des biens du débiteur sur lesquels existe un droit de gage fait l'objet d'une réglementation spécifique destinée à protéger les créanciers en faveur desquels il a été constitué et les autres créanciers. Le commissaire doit ainsi tenir à disposition de tous les créanciers la décision relative à l'estimation des gages qu'il devra communiquer par écrit, avant l'assemblée des créanciers, aux créanciers-gagistes et au débiteur lui-même¹¹²⁹. L'estimation des gages a une importance toute particulière puisqu'elle permet de déterminer la part de la créance des créanciers-gagistes qui sera couverte par le gage, respectivement la portion des actifs du débiteur dont le produit de réalisation ne pourra pas servir à désintéresser la communauté des créanciers¹¹³⁰. Les créanciers-gagistes ne pourront participer au processus d'adoption du concordat que dans la mesure où leur créance envers le débiteur n'est pas couverte par le gage.

¹¹²⁷ *Contra* : LUDWIG, p. 184.

¹¹²⁸ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 12 ad art. 299 LP.

¹¹²⁹ Art. 299 al. 1 LP.

¹¹³⁰ HARDMEIER, KUKO SchKG, n° 2 ad art. 300 LP; AG, arrêt du tribunal supérieur du 18 septembre 1936, in: BLSchK 1939 III p. 89 s. (consid. 2).

- 412 La méthode d'estimation de l'actif gagé ne sera pas la même selon qu'un concordat ordinaire ou qu'un concordat par abandon d'actif est envisagé. En effet, dans le cadre d'une procédure visant à ce qu'un concordat ordinaire soit homologué, les biens ne sont pas appelés à être réalisés pour désintéresser les créanciers, alors que si un concordat par abandon d'actif est homologué, les biens le seront à coup sûr et à relativement bref délai. Dans le premier cas, les biens seront estimés à leur valeur de continuation. L'estimation selon la valeur du marché¹¹³¹ a été critiquée, parce qu'elle n'incluait pas les coûts engendrés par la conservation du bien en question entre le moment de l'évaluation et le moment effectif de sa vente; une estimation à la valeur de continuation était alors préconisée¹¹³². Dans le second, les biens concernés seront évalués à la valeur de liquidation. Exceptionnellement, et même si les actifs du débiteur ne sont pas destinés à être liquidés, cette dernière méthode peut être utilisée pour estimer la valeur de marchandises sujettes à forte dépréciation¹¹³³. Au besoin, particulièrement lorsque le patrimoine gagé du débiteur est composé de biens peu courant difficilement estimables, il est admis que le commissaire fasse appel à un expert¹¹³⁴. L'estimation des gages doit obligatoirement être mise à disposition des créanciers avant l'assemblée des créanciers. Les créanciers gagistes et le débiteur se verront notifier par écrit la décision du commissaire relative à l'estimation des gages¹¹³⁵.
- 413 En application de l'art. 299 al. 3 LP, tout intéressé peut demander au juge du concordat qu'il procède à une nouvelle estimation des gages, dans les dix jours suivant et moyennant avance de frais. Cette disposition constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 9 al. 2 ORFI qui attribue la compétence pour connaître d'une demande de nouvelle estimation à l'autorité de surveillance. Contrairement aux principes prévalant en matière d'estimation du gage dans la procédure de faillite, le juge du concordat n'a ici que la compétence de décider d'une nouvelle estimation. Il ne peut pas lui-même statuer sur l'estimation. L'on notera que l'attribution de la compétence au juge du concordat pour statuer sur une demande d'estimation des gages est passablement discutée, avec raison¹¹³⁶ : les art. 9 et 99 ORFI attribuent la

¹¹³¹ Préconisée par THALMANN, p. 87 et JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 16 ad art. 299 LP. Contra : BÖTSCHI, p. 8, qui propose une estimation à la valeur de continuation, particulièrement appropriée en cas d'homologation d'un concordat ordinaire.

¹¹³² HILDEBRAND / GLARNER, p. 18

¹¹³³ ATF 107 III 40 ss. consid. 2 et 5; ZH, décision du tribunal de district de Bülach du 26 septembre 1991 in : BLSchK 1993 II p. 75 ss..

¹¹³⁴ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 13 ad art. 299 LP; GILLIÉRON, n° 17 ad art. 299 LP.

¹¹³⁵ Art. 299 al. 2 LP.

¹¹³⁶ THALMANN, p. 69 à 74.

compétence pour revoir l'estimation des gages et statuer sur une demande de nouvelle estimation¹¹³⁷. Constituent des intéressés les créanciers gagistes, le débiteur et tout prétendu créancier. Le délai de dix jours pour requérir une nouvelle estimation commence à courir pour le débiteur et les créanciers gagistes à compter du jour de la notification de la décision écrite. Pour les créanciers, le jour de la mise à disposition de l'estimation constituera le dies a quo, le dies ad quem coïncidant avec le jour du déroulement de l'assemblée des créanciers¹¹³⁸. Le coût de la nouvelle estimation est à la charge du requérant, qui doit faire l'avance des frais¹¹³⁹. Le remboursement des coûts d'estimation au requérant dépendra de l'issue de l'estimation. Ce n'est qu'en cas de notable différence que le juge du concordat pourra décider en opportunité de les faire rembourser, totalement ou en partie¹¹⁴⁰.

H. Appel aux créanciers

- 414 L'appel aux créanciers constitue le pendant de l'inventaire et de l'estimation des gages et permet la formation de la masse passive du débiteur, ainsi que la détermination des créanciers en droit de voter, et pour combien de voix. Seuls les votes des créanciers ayant produit dans le délai imparti sont en effet en principe pris en compte par le juge du concordat, sa décision concernant des votes tardifs étant réservée¹¹⁴¹.

1. Publication et avis spécial aux créanciers connus

- 415 L'art. 300 LP règle la question de l'avis aux créanciers et prévoit que le commissaire au sursis invite par publication¹¹⁴² les créanciers à produire leur(s) créance(s) dans un délai de vingt jours commençant à courir le lendemain de la date de publication de l'appel aux créanciers. En pratique¹¹⁴³, l'on admet que l'appel aux créanciers ait lieu en même temps que la publication du sursis concordataire, dans la FOSC et la FAO du canton du siège du débiteur¹¹⁴⁴. Dans les très grandes procédures concordataires, il est envisageable, voire conseillé, d'envisager des publications de l'assemblée des

¹¹³⁷ Cf. ATF 133 III 537.

¹¹³⁸ SO, décision de l'autorité de surveillance du 20 avril 1982, in : BISCH 1985 p. 196; ATF 94 III 25 = JdT 1970 II 34. GILLIÉRON, n° 18 ad art. 299 LP; GANI, CR LP, n° 6 ad art. 299 LP.

¹¹³⁹ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 14 ad art. 299 LP et le renvoi à l'ATF 61 III 20.

¹¹⁴⁰ GANI, CR LP, n° 6 ad art. 299 LP.

¹¹⁴¹ Art. 300 al. 1, première phrase, LP.

¹¹⁴² Art. 35 LP: VOLLMAR, BSK SchKG, n° 3 ad art. 300 LP.

¹¹⁴³ Voir www.fosc.ch, rubrique Concordats, sous-rubrique sursis concordataire.

¹¹⁴⁴ Cf. supra, § 381.

créanciers par voie de presse, dans des journaux ou tirages économiques de grands quotidiens ou hebdomadaires lus dans chaque région linguistique.

- 416 Le commissaire a l'obligation d'adresser par pli simple un exemplaire de la publication à tous les créanciers connus. Il s'agit d'un avis spécial, comparable à celui de l'art. 233 LP. Cela implique corollairement que les créanciers ou la plupart d'entre eux ont déjà été identifiés (qu'ils aient produit, ressortent des livres, aient été désignés par le débiteur par exemple) avant la publication, permettant ainsi un envoi sous pli simple plus ou moins simultané à la publication, ou dans la négative, que le pli simple sera expédié après la publication de l'appel aux créanciers. La loi prévoit que l'avis aux créanciers connus s'effectue par pli simple seulement. Si le législateur avait voulu donner à ce pli une valeur de notification et envisagé de faire courir un délai dès sa réception, il aurait appliqué à cet avis non seulement la forme écrite, mais cumulativement la notification par courrier recommandé ou par remise directe contre reçu¹¹⁴⁵. Cela signifie donc que même si cet avis peut être considéré en Suisse comme une communication officielle au sens de l'art. 34 LP¹¹⁴⁶, elle ne fait pas courir de délai¹¹⁴⁷. Par ailleurs, le principe cardinal d'égalité entre les créanciers serait bafoué si l'on venait à conclure que les créanciers connus doivent respecter un délai commençant à courir dès la réception du pli simple – difficile à prouver, à la différence d'un pli recommandé forcément plus long – les autres créanciers devant respecter un délai de vingt jours dès la publication. Le pli simple envoyé aux créanciers connus n'a ainsi qu'une valeur purement informative et ne recèle ni valeur probante ni n'a d'impact sur les délais de production.
- 417 Le délai de production commence donc à courir pour tous les créanciers le lendemain du jour de la publication de l'appel aux créanciers¹¹⁴⁸. Un créancier domicilié à l'étranger¹¹⁴⁹ qui par hypothèse aurait respecté un délai inférieur ou égal à vingt jours dès réception du pli simple pour produire sa créance, mais n'aurait pas pu respecter le délai commençant à courir dès le lendemain de la publication, ne devrait pas être écarté des délibérations¹¹⁵⁰. En cas d'exclusion des délibérations de ce créancier par le commissaire, le pli simple servira de moyen de preuve à l'appui d'une demande de restitution du délai¹¹⁵¹, voire dans d'autres circonstances de

¹¹⁴⁵ Art. 34 LP.

¹¹⁴⁶ VOUILLOZ, CR LP, n° 3 ad art. 233 LP; LUSTENBERGER, BSK SchKG, n° 5 ad art. 233 LP.

¹¹⁴⁷ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 6 ad art. 300 LP; VOLLMAR, BSK SchKG, n° 7 ad art. 300 LP.

¹¹⁴⁸ Art. 31 LP; GANI, CR LP, n° 2 ad art. 300 LP; VOLLMAR, BSK SchKG, n° 7 ad art. 300 ; JAEGER, SchKG-Kommenar, n° 18 ad art. 300 LP.

¹¹⁴⁹ Art. 33 al. 2 LP.

¹¹⁵⁰ JAEGER, SchKG-Kommenar, n° 18 ad art. 300 LP.

¹¹⁵¹ Art. 33 al. 2 LP.

prolongation du délai¹¹⁵². Nonobstant la question du pli simple, il est communément admis qu'une restitution du délai doit être octroyée au créancier domicilié hors d'Europe¹¹⁵³; cas échéant, l'on doit aussi admettre qu'un délai plus long soit prévu au moment de la publication pour tous les créanciers domiciliés à l'étranger¹¹⁵⁴, sans que cela puisse être considéré comme une inégalité de traitement entre créanciers. Le commissaire n'est pas habilité à octroyer lui-même une prolongation ou une restitution du délai au cas par cas¹¹⁵⁵. Toutes les productions reçues tardivement devront être qualifiées comme telles et rejetées, même si la créance ressort des livres¹¹⁵⁶, et le créancier ne pourra voter contre ou en faveur du concordat que conditionnellement. Pour que le créancier puisse contester par la voie de la plainte la décision du commissaire, il conviendra que ce dernier en informe rapidement le créancier concerné, avec indication de la voie et du délai de recours. L'absence totale d'appel aux créanciers conforme à l'art. 300 LP pendant le sursis peut être attaquée par la voie de la plainte auprès de l'autorité cantonale de surveillance.

- 418 Un appel aux créanciers qui serait par erreur déjà effectué après la publication du sursis provisoire¹¹⁵⁷ sans que le sursis définitif n'ait été octroyé, mais qui respecterait la forme légale prescrite par l'art. 300 al. 1 LP est valable, mais devra impérativement être renouvelé lors de la publication du sursis définitif. Le sursis provisoire ne constitue qu'une mesure provisoire, d'une durée de deux mois au plus, pendant laquelle un commissaire peut être nommé aux fins d'examiner l'état de la fortune et des revenus du débiteur, ainsi que les perspectives du concordat¹¹⁵⁸; l'octroi du sursis provisoire ne préjuge en rien de l'octroi ultérieur d'un sursis définitif. De par la loi¹¹⁵⁹, un appel aux créanciers n'est à ce stade pas requis, ce qui est logique, puisque l'activité du commissaire, déployée dans le cadre de l'annonce des créances, peut être rendue totalement inutile par le refus d'octroyer, à l'échéance des deux mois, un sursis définitif. En pratique d'ailleurs, l'appel aux créanciers n'est pas non plus nécessaire à ce stade, à moins que la comptabilité du débiteur soit si lacunaire qu'il constituerait l'unique moyen de reconstituer les passifs. Les créanciers ayant produit pendant le sursis provisoire, qui

¹¹⁵² Art. 33 al. 4 LP.

¹¹⁵³ JAEGER, SchKG-Kommenar, n° 18 ad art. 300 LP.

¹¹⁵⁴ Art. 33 al. 2 LP; HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 6 ad art. 300 LP; JAEGER, SchKG-Kommenar, n 18 ad art. 300 LP.

¹¹⁵⁵ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 6 ad art. 300 LP.

¹¹⁵⁶ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 7 ad art. 300 LP; GANI, CR LP, n° 4 ad art. 300 LP.

¹¹⁵⁷ Art. 293 al. 3 LP et 296 LP.

¹¹⁵⁸ Art. 293 al. 3, deuxième phrase LP.

¹¹⁵⁹ L'art. 293 al. 4 LP renvoie seulement aux art. 296, 297 et 298 LP.

ne se seraient pas à nouveau annoncés pendant le sursis définitif à l'occasion du nouvel appel aux créanciers, doivent évidemment être admis aux délibérations.

2. Forme et contenu de la production - devise et intérêts

- 419 Pour des motifs liés à la preuve, la production devra être adressée par courrier recommandé au commissaire¹¹⁶⁰. La production devra indiquer, les nom, prénom, domicile légal, nom d'un éventuel représentant en Suisse, titre et montant de la créance, et préciser si la créance est garantie par un gage. Les créances libellées en monnaie étrangère doivent être converties en monnaie suisse au jour du jugement par lequel le sursis – provisoire ou définitif – est octroyé¹¹⁶¹. Les créances non pécuniaires seront impérativement converties en créances de valeur équivalente au jour de l'octroi du sursis, sauf si le débiteur s'est exécuté pendant le sursis avec l'accord du commissaire¹¹⁶².
- 420 Les intérêts cessent de courir au jour de l'octroi du sursis¹¹⁶³, même si un jugement constatant la créance et condamnant le débiteur concordataire au paiement est rendu pendant le cours du sursis. Le principe de suspension des intérêts dès le sursis décidé est absolu et ne souffre pas d'exceptions. Ce qui vient d'être dit ne s'applique pas aux créances garanties par gage¹¹⁶⁴ ni aux dettes nées pendant le sursis avec l'accord du commissaire.

I. Etablissement du passif

1. Examen des productions

- 421 Afin de pouvoir prendre activement part au processus d'élaboration et d'acceptation du concordat, tous les créanciers du débiteur concordataire sont tenus de produire leur(s) créance(s), qu'ils soient créanciers privilégiés, gagistes ou ordinaires, qu'ils figurent ou non dans les livres du débiteur¹¹⁶⁵. Ce principe vaut également pour les créances de droit public qui ne jouissent d'aucun privilège en la

¹¹⁶⁰ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 8 ad art. 300 LP.

¹¹⁶¹ MARCHAND, CR LP, n° 9 ad art. 305 LP ; HARDMEIER, BSK-SchKG, n° 20 ad art. 305 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 10 ad art. 305 LP.

¹¹⁶² MARCHAND, CR LP, n° 12 ad art. 305 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 10 ad art. 300 LP. *Contra* : HARDMEIER, BSK-SchKG, n° 7 ad art. 305 LP.

¹¹⁶³ GANI, CR LP, n° 5 ad art. 300 LP ; HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 8 ad art. 300 LP, indique que le cours des intérêts est arrêté au jour du dépôt de la requête de sursis.

¹¹⁶⁴ Art. 299 al. 3 LP.

¹¹⁶⁵ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 5 ad art. 300 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 7 ad art. 300 LP.

matière¹¹⁶⁶. De même, le créancier dont le débiteur concordataire n'est qu'un coobligé doit-il produire¹¹⁶⁷. Les créanciers privilégiés devraient en principe s'annoncer comme tels ; cependant, pareille omission ne saurait avoir pour conséquence la suppression du privilège¹¹⁶⁸ qui, en tant qu'accessoire¹¹⁶⁹ de la créance, lui reste attaché, indépendamment de toute manifestation de volonté du bénéficiaire. Ce n'est que si le créancier ne souhaite pas bénéficier du privilège qu'il doit expressément le faire savoir, et qu'il retrouvera le droit de participer à l'assemblée des créanciers et de voter pour ou contre le concordat¹¹⁷⁰. Pour préserver leurs droits, les créanciers privilégiés qui n'ont pas renoncé à leur droit de garantie doivent impérativement produire leurs créances. A défaut, le concordat leur est opposable¹¹⁷¹. Un créancier peut aussi produire dans une procédure concordataire des créances pour lesquelles il a obtenu un acte de défaut de biens lors d'une procédure préalable¹¹⁷². Dans une procédure concordataire en cours de faillite, tous les créanciers admis définitivement à l'état de collocation seront pris en compte¹¹⁷³.

2. Productions tardives

- 422 Les créances doivent être produites dans le délai de 20 jours dès la publication de l'appel aux créanciers effectuée¹¹⁷⁴. Le commissaire ne peut pas prolonger ce délai impératif¹¹⁷⁵. Le caractère tardif d'une production n'entraîne pas de conséquence pour son admission au passif et n'a pour conséquence que la déchéance pour le créancier de prendre part aux délibérations¹¹⁷⁶. La créance demeure soumise au

¹¹⁶⁶ Lorandi / Camponovo, p. 163.

¹¹⁶⁷ GANI, CR LP, n° 5 ad art. 300 LP.

¹¹⁶⁸ ATF 97 III 83, consid. 6 = SJ 1972 p. 1-6 ; GANI, CR LP, n° 5 ad art. 300 LP.

¹¹⁶⁹ MARCHAND, Poursuite pour dettes et faillite, Du palais de justice à la salle des ventes, p. 154, et les références à l'ATF 49 III 201 et à l'art. 170 CO.

¹¹⁷⁰ MARCHAND, CR LP, n° 24 ad art. 305 LP; CORADI, p. 68; HARDMEIER, BSK SchKG, n° 26 ad art. 305 LP; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 24 ad art. 305 LP.

¹¹⁷¹ ATF 129 V 389, consid. 4.2 ; ATF 130 V 526 (consid. 4.4).

¹¹⁷² VOLLMAR, BSK SchKG, n° 6 ad art. 300 LP; GANI, CR LP, n° 5 ad art. 300 LP.

¹¹⁷³ THALMANN, p. 85.

¹¹⁷⁴ Art. 300 al. 1 LP.

¹¹⁷⁵ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 9 ad art. 300 LP.

¹¹⁷⁶ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 21 et 29 ad art. 300 LP. En droit belge, le délai pour produire était jusqu'il y a peu fixé judiciairement, et ne pouvait être fixé à moins de 8 jours ouvrables précédant l'expiration du sursis (art. 25 de la Loi relative au concordat judiciaire du 17 juillet 1997, abrogée par la Loi relative à la continuité des entreprises du 31 janvier 2009). L'art. 35 al. 2 de la loi

concordat et le créancier sera en droit de percevoir le dividende prévu¹¹⁷⁷. La question de la garantie de l'exécution du concordat pour les créanciers tardifs ne fait pas l'unanimité en doctrine, mais la plupart des rares jugements cantonaux traitant de la problématique l'admettent¹¹⁷⁸. Selon nous, il convient de partir du principe que les créanciers tardifs, mais qui ont produit avant la tenue de l'audience d'homologation doivent bénéficier de la garantie. Une créance ne figurant pas dans la comptabilité du débiteur qui ne serait par ailleurs pas produite est réputée inexistante. Une fois le concordat homologué, le créancier ne saurait en poursuivre le remboursement.

3. Créances résultant de la comptabilité du débiteur

- 423 En principe, les créances d'un débiteur soumis à l'obligation de tenir une comptabilité devraient toutes en ressortir. En bonne logique, le débiteur requérant le sursis concordataire se sera basé sur sa comptabilité pour proposer un projet de concordat réaliste. La loi n'indique pas si le commissaire doit les prendre en compte d'office ; toutefois, en application analogique de l'art. 32 LB, il faut considérer que les créances ressortant des livres doivent d'office être prises en compte par le commissaire pour l'établissement du passif, indépendamment de toute

relative au concordat judiciaire du 17 juillet 1997 précisait quant à lui que le créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans le délai prévu est tenu par les sursis définitif. Une déclaration tardive n'est seulement suivie d'effet, que dans la mesure où il n'est pas porté atteinte au plan approuvé. En droit français, le délai fixé pour la déclaration des créances est un délai de forclusion : « A défaut de déclaration dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait. En ce cas, ils ne peuvent concourir que pour la distribution des répartitions postérieures à leur demande. » (article L621-46). Par ailleurs, le débiteur est tenu de remettre à l'administrateur judiciaire, dans un délai de huit jours suivant le jugement ouvrant la procédure, une liste de ses créanciers, du montant de ses dettes et des principaux contrats en cours (art. L622-6 et 81 du Décret). Le droit allemand prévoit un délai variable fixé entre deux semaines et deux mois (art. 28 al. 1 InsO). Une production tardive est sanctionnée par l'obligation pour le créancier concerné de prendre en charge les coûts occasionnés (art. 177 al. 1 InsO, à comparer à l'art. 251 al. 2 LP).

¹¹⁷⁷ Art. 310 LP. VD, Cour des poursuites et faillites, Commune de Moudon c. Marcel Charpillot, 7 février 1980, JdT 1982 II p. 94 ; GILLIÉRON, n° 13 ad art. 300 LP.

¹¹⁷⁸ VS, Jugement du juge-instructeur III du district de Sierre du 17 juin 1982, RVJ 1982 p. 244-250, consid. 7 ; Pour : GILLIÉRON, n° 13 ad art. 300 LP ; GANI, CR LP, n° 3 ad art. 300 LP et MARCHAND, CR LP, n° 40 ad art. 306 LP. Se prononcent contre une garanties : HUNKELER, § 898 ss ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 29 ad art. 300 LP.

production¹¹⁷⁹. En l'état du droit applicable, les créanciers enregistrés dans la comptabilité du débiteur ne sont pas *ex lege* dispensés de produire : la production demeure en tous les cas un préalable nécessaire pour pouvoir voter. Les créanciers privilégiés ressortant de la comptabilité du débiteur, qui auraient produit tardivement ou n'auraient pas du tout produit, ne devraient pas être soumis au concordat¹¹⁸⁰. La comptabilité constituera aussi pour le commissaire un document essentiel pour examiner le bien-fondé des productions.

4. Pas de compétence décisionnelle du commissaire

- 424 Le commissaire n'a aucune compétence décisionnelle s'agissant du caractère tardif d'une production¹¹⁸¹, de l'existence ou du montant d'une créance, de son caractère éventuellement privilégié ou postposé, pas plus d'ailleurs que le commissaire ne décide définitivement du calcul des majorités aboutissant à l'acceptation ou au refus du concordat¹¹⁸². Toutes ces compétences appartiennent exclusivement à l'autorité judiciaire qui a décidé de mettre le débiteur au bénéfice d'un sursis concordataire, et qui est également compétente pour décider d'homologuer ou non le concordat proposé, en application des art. 305 et 306 LP. Le refus du commissaire de reconnaître un privilège ou une créance dans le cadre de l'admission au vote ne peut par conséquent pas faire l'objet d'une plainte au sens de l'art. 17 LP¹¹⁸³.

¹¹⁷⁹ ATF 69 III p. 22 ss (27) BISchK 1951 III p. 94, décision du Département de Justice et Police à H. Höfli, Directeur de la Hanker Treuhand AG, Zurich, du 27 juin 1950. GANI, CR LP, n° 4 ad art. 300 LP, et la référence à GILLIÉRON, n° 13 ad art. 300 LP. C'est d'ailleurs la solution adoptée en droit belge : « *[Le commissaire] pourra compléter [la liste des productions effectuées dans le délai] en y ajoutant les créanciers dont la créance serait portée à sa connaissance ultérieurement par le débiteur ou résulterait d'un premier examen des données comptables* » (Note technique relative aux missions en relation avec le concordat judiciaire approuvée par le Conseil de l'IRE le 30.10.1998 et par le Conseil de l'I.E.C. le 9.11.1998, § 4.3.1).

¹¹⁸⁰ Selon HUNKELER, n° 882, et les références citées en note de bas de page 619, les créanciers inscrits dans les livres du débiteur ne devraient pas être exclus des délibérations.

¹¹⁸¹ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 9 ad art. 300 LP.

¹¹⁸² SG, Décision de l'autorité de surveillance en matière de poursuites et faillites du 25 septembre 1968, in: BISchK 1975 V p. 151 s..

¹¹⁸³ *Contra* : ASA 50 (1981) p. 639-645 ; NE, décision de l'autorité de surveillance du 20 octobre 1997 in : BISchK 1999 p. 64-67 (65-66).

5. Vérification des créances

5.1. Par le commissaire

425 Le commissaire doit procéder à une vérification du bien-fondé des créances, en consultant la comptabilité du débiteur et le débiteur lui-même. Les règles du droit de la faillite¹¹⁸⁴ sont applicables *mutatis mutandis* dans la procédure concordataire. L'examen peut rester sommaire et la créance être établie, respectivement déclarée infondée, au stade de la vraisemblance. Le commissaire a la possibilité, mais non l'obligation de requérir des moyens de preuve supplémentaires de la part du créancier¹¹⁸⁵.

5.2. Prise de position du débiteur

426 Le débiteur concordataire doit pouvoir se prononcer sur les créances produites¹¹⁸⁶. Si le débiteur est une société en nom collectif ou en commandite, la déclaration sera effectuée par chacun des associés indéfiniment responsables présents, et autorisés à administrer la société ; pour les sociétés anonyme et coopérative, les organes seront compétents¹¹⁸⁷. La prise de position du débiteur, laquelle devrait être motivée¹¹⁸⁸, sera protocolée¹¹⁸⁹ et signée par le commissaire, en application de l'art. 55 OAOF, applicable par analogie ; elle ne liera cependant ni le juge, ni l'éventuel liquidateur subséquent¹¹⁹⁰, ni le commissaire, ce dernier devant dans son rapport prendre position sur les créances contestées par le débiteur¹¹⁹¹. Il n'appartient en principe pas à l'autorité concordataire d'examiner d'office si une créance produite et reconnue par le débiteur est fondée ou non. Exceptionnellement toutefois, et s'il apparaît indubitablement que le débiteur a fait preuve de mauvaise foi en reconnaissant la créance, le juge est en droit d'effectuer un examen plus détaillé du bien-fondé de la créance¹¹⁹². Il appartiendra au commissaire de récolter pendant le

¹¹⁸⁴ Art. 232 ch. 2 LP, 244 LP et 59 OAOF.

¹¹⁸⁵ TF, arrêt 5A.141/2008 du 6 août 2008 ; MEIER, die Anwendung des Privatrechts durch die Betreibungs- und Konkursbehörden, in: BLSchK 1985, p. 170 s.; HIERHOLZER, BSK-SchKG, n° 18 ad art. 244 LP; GILLIÉRON, n° 3 ad art. 244-251 LP; JACQUES, CR LP, n° 10-14 ad art. 244 LP.

¹¹⁸⁶ Art. 300 al. 2 LP.

¹¹⁸⁷ Art. 30 OAOF.

¹¹⁸⁸ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 10 ad art. 300 LP.

¹¹⁸⁹ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 10 ad art. 300 LP; JAEGER, Bk SchKG, n° 38 ad art. 300 LP.

¹¹⁹⁰ Art. 321 LP.

¹¹⁹¹ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 9 ad art. 300 LP.

¹¹⁹² ZR 25 (1926), 54.

sursis les preuves d'une éventuelle intention dolosive et de les communiquer au juge du concordat avec son rapport final. A moins d'une erreur manifeste ou de dol, la reconnaissance d'une dette par le débiteur sursitaire pendant la procédure concordataire vaut reconnaissance de dette passée en justice et titre de mainlevée provisoire dans une poursuite subséquente¹¹⁹³. La contestation d'une créance par le débiteur aura pour conséquence que le créancier pourra être écarté du vote par le juge¹¹⁹⁴ et devra ouvrir action au for du concordat pour faire reconnaître sa prétention, dans un délai de vingt jours suivant l'homologation du concordat¹¹⁹⁵.

5.3. Droit d'être entendu du tiers dont la créance est contestée

- 427 Il ne ressort pas de la loi que le commissaire doive aussi entendre le tiers intéressé dont la créance serait contestée par le débiteur concordataire. Cela n'est en effet pas nécessaire s'agissant de l'existence de la créance, puisque, lors de l'homologation du concordat, le juge doit assigner aux créanciers dont les réclamations sont contestées un délai de vingt jours pour agir au fond et faire reconnaître leur droit¹¹⁹⁶. Cependant, la reconnaissance ou non d'une grosse créance par le débiteur a un impact sur le calcul des majorités, puisque, après un examen sommaire, le juge doit décider, en traitant la créance comme une créance conditionnelle et en se limitant à la vraisemblance¹¹⁹⁷, si le créancier en question est en droit de voter ou non¹¹⁹⁸ et sur le dividende servi dans un concordat ordinaire, le montant du dividende afférant à une créance contestée devant en principe être consigné. L'avis du commissaire paraît donc à ce propos déterminant¹¹⁹⁹. Il apparaît par conséquent hautement souhaitable que le commissaire entende également le créancier dont la créance est contestée, afin de fournir au juge du concordat les éléments nécessaires à ce qu'il se forge sa propre opinion. L'enjeu est de taille, puisque par le jeu des majorités, une seule créance peut faire tendre le vote plutôt vers l'acceptation ou le rejet du concordat, ou l'inverse.

¹¹⁹³ TI, décision de la chambre des poursuites et faillites du 17 décembre 1951, in : BLSchK 1954 I p. 20 s = SJZ 1952 p. 380. MARCHAND, FJS 24, n° 54 et la référence à ZR 77 (1978), 103.

¹¹⁹⁴ Art. 305 al. 3 LP.

¹¹⁹⁵ Art. 315 LP.

¹¹⁹⁶ Art. 315 al. 1 LP.

¹¹⁹⁷ MARCHAND, FJS 24, n° 84, et les références citées.

¹¹⁹⁸ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 11 ad art. 300 LP; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 38 ad art. 300 LP; GILLIÉRON, n° 17 ad art. 300 LP; CORADI, p. 43.

¹¹⁹⁹ MARCHAND, *op. cit.*, *loc. cit.* et la référence à la LGVE 1983 I 48.

5.4. Droit de consultation et de contestation des créanciers

- 428 Les créanciers n'ont à ce stade pas le droit d'être entendus et de contester les créances reconnues par le débiteur. Ce n'est qu'après l'homologation qu'un ou plusieurs créanciers pourront contester les droits d'un autre créancier, soit en attaquant le jugement d'homologation du concordat¹²⁰⁰, notamment en faisant valoir des objections contre la prise en considération de créances injustifiées soit en réclamant du juge la révocation du concordat entaché de mauvaise foi suite à la reconnaissance de créances injustifiées (art. 313 LP), soit encore par le biais de l'action en contestation de l'état de collocation dans un concordat par abandon d'actif¹²⁰¹. La conséquence de la contestation par les créanciers d'une créance d'un tiers qui se prétend créancier sera autre s'agissant du droit de vote du créancier contesté¹²⁰².
- 429 Dans l'hypothèse où un concordat ordinaire est homologué en cours de faillite, et qu'un créancier avait ouvert action pour contester cette qualité à un tiers, deux cas de figure se présentent : soit le débiteur avait admis la prétention, et le créancier contestataire n'a d'autre choix que d'attaquer le jugement d'homologation du concordat¹²⁰³ ou demander sa révocation, soit le débiteur n'avait pas admis la prétention, et la créance doit être traitée par le juge comme une créance conditionnelle. Dans la procédure de concordat en cours de faillite, le créancier ne peut pas contester à nouveau une créance qu'il a déjà contestée sans succès dans une procédure de faillite¹²⁰⁴.

6. Tableau des créanciers

- 430 Au fur et à mesure de la réception des productions, le commissaire doit établir un tableau récapitulatif des créanciers, au sein duquel figurera l'intégralité des créances produites. Elles seront classées selon les privilèges dont elles bénéficient, par ordre d'arrivée. En face de chaque créance, devront être indiqués le fait que la production est tardive, que la créance est contestée par le débiteur, a été payée ou que les preuves de son existence n'ont pas été fournies.
- 431 Même si le commissaire ne possède pas *stricto sensu* de compétence décisionnelle quant à l'acceptation de l'existence d'une créance, il contribuera néanmoins de façon non négligeable à la formation de la masse passive en procédant avec le

¹²⁰⁰ Art. 310 LP; MARCHAND, CR LP, n° 3 ad art. 307 LP;

¹²⁰¹ HARDMEIER, BSK-SchKG, n° 31 ad art. 305 LP; art. 321 al. 2 LP et le renvoi à l'art. 250 LP.

¹²⁰² Cf. *infra*, § 482.

¹²⁰³ GILLIÉRON, n° 17 ad art. 305 LP.

¹²⁰⁴ SO, arrêt de l'Obergericht, du 24 août 1932 et du 3 novembre 1932, in: BLSchK 1937 VI p. 181-182.

débiteur à un examen des productions rentrantes, particulièrement s'il est homme de loi. Le préavis du commissaire à propos du caractère avéré ou non d'une créance permettra au juge d'orienter directement son analyse vers les créances litigieuses. L'on ne saurait demander au juge de procéder à un réexamen détaillé de toutes les productions, alors que l'examen a déjà eu lieu, en présence du commissaire et du débiteur.

- 432 Le commissaire devra ainsi nécessairement procéder à une vérification des créances, consulter le débiteur sur chacune d'elles, et effectuer un examen sommaire des prétentions admises par le débiteur, en vérifiant si la prétention n'est pas éteinte en raison de la prescription ou de la péremption, ou pour toute autre cause d'extinction. Il appartiendra également cas échéant au commissaire de recommander au débiteur de procéder à l'extinction de la créance par compensation.
- 433 Les travailleurs, employés par le débiteur concordataire, peuvent à certaines conditions percevoir une indemnité en cas d'insolvabilité¹²⁰⁵. La question qui se pose est celle de l'éventuel droit du commissaire, ou du débiteur, à réduire le montant de la créance du travailleur de celui auquel il aurait eu droit, mais qu'il n'a pas perçu parce que n'ayant pas entrepris les démarches nécessaires, ou trop tard. Il convient de répondre par la négative à cette question en raison de ce qui suit. En demandant à la caisse publique compétente une indemnisation, le créancier ne diminue pas son dommage : la caisse est subrogée à l'assuré dans ses droits concernant la créance de salaire, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité qu'elle a versée et des cotisations des assurances sociales qu'elle a acquittées¹²⁰⁶. La créance en salaire reste due par l'employeur en plein, privilège compris, la caisse n'effectuant en définitive qu'une avance. Il ne serait donc juridiquement et économiquement pas justifié de pénaliser le travailleur de la sorte.

J. Convocation des créanciers à l'assemblée des créanciers (art. 301 LP)

- 434 En vertu de l'art. 301 LP, le commissaire doit convoquer le débiteur et les créanciers à une assemblée des créanciers, après avoir déterminé le cercle des créanciers habilités à y participer. L'assemblée des créanciers doit permettre aux créanciers d'avoir un aperçu des plus complets sur la situation patrimoniale du débiteur, au regard de ses actifs et passifs, et de poser des questions au débiteur. Le projet de concordat leur sera présenté à cette occasion, et ils pourront déjà pendant

¹²⁰⁵ Art. 53 LACI.

¹²⁰⁶ Art. 54 al. 1 LACI.

l'assemblée décider d'adhérer ou non. En l'état actuel du droit, il n'appartient pas directement au commissaire de veiller à la correcte élaboration du projet de concordat¹²⁰⁷. Le Conseil fédéral a toutefois récemment proposé de modifier les art. 30 et 295 al. 1 LP, en ce sens que dorénavant il appartiendrait au commissaire d'établir le projet de concordat (art. 295 al. 2 lit. AP-LP).

- 435 L'assemblée n'est généralement pas considérée comme un organe, pas même temporaire¹²⁰⁸. Ce point de vue, basé sur le constat que l'assemblée ne dispose d'aucune compétence décisionnelle¹²⁰⁹, est discutable : l'assemblée est compétente pour décider de l'acceptation du concordat, pour choisir le surveillant à l'exécution du concordat¹²¹⁰ ou le liquidateur¹²¹¹ et dans ce dernier cas aussi pour élire une commission des créanciers ; elle devrait donc plus logiquement être qualifiée d'organe temporaire atypique de la poursuite¹²¹².

1. Modalités de la convocation

- 436 L'assemblée des créanciers doit être convoquée – en principe une seule fois¹²¹³ – tant par le biais d'une publication officielle dans la FOSC et la FAO du siège du débiteur¹²¹⁴, que par pli simple¹²¹⁵, adressé à tous les créanciers connus¹²¹⁶, avec indication de la date, de l'heure, du lieu, de l'ordre du jour¹²¹⁷ et du fait que les

¹²⁰⁷ BE, décision de l'autorité de surveillance du 14 janvier 1939 in : BLSchK 1941 II p. 59 ss. = ZBJ 76, 12, p. 591.

¹²⁰⁸ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 2 ad art. 302 LP.

¹²⁰⁹ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 2 ad art. 302 LP; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 2 ad art. 303 LP.

¹²¹⁰ Art. 314 al. 2 LP.

¹²¹¹ Art. 317 al. 2 LP.

¹²¹² Du même avis, HUNKELER, n°938 (et les références à GILLIÉRON et à l'ATF 82 III 89), qui estime que les décisions relatives à la désignation du liquidateur et de la commission des créanciers sont attaques par la voie de la plainte. Il est évidemment éminemment souhaitable que l'autorité concordataire puisse homologuer le concordat et confirmer définitivement les liquidateurs et la commission des créanciers dans leurs fonctions. Le fait que le jugement d'homologation puisse être attaqué uniquement au motif que les liquidateurs et la commission des créanciers sont contestés n'est pas souhaitable et susceptible, par l'écoulement du temps entre les différentes instances, de nuire aux créanciers. Contra : VOLLMAR, BSK SchKG, n° 23 ad art. 302 LP.

¹²¹³ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 3 ad art. 302 LP.

¹²¹⁴ Art. 35 LP.

¹²¹⁵ Ce qui a été dit plus haut à ce sujet est aussi applicable ici, par renvoi de l'art. 301 al. 2 LP à l'art. 300 al. 1, deuxième phrase LP ; cf. supra Chapitre III, p. 233.

¹²¹⁶ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 3 ad art. 301 LP.

¹²¹⁷ Il s'agira en particulier de la lecture du rapport du commissaire sur la situation du débiteur (art. 302 al. 1 LP), d'une séance de questions, de l'acceptation du concordat proposé et de la

créanciers peuvent, dans un délai de vingt jours commençant à courir le lendemain de la publication, prendre connaissance des pièces du concordat, dans les locaux du commissaire¹²¹⁸. En pratique, il est admis que l'appel aux créanciers et la convocation de l'assemblée des créanciers soit effectués en une seule et même publication¹²¹⁹. Si tel est le cas, le commissaire peut valablement renoncer à effectuer une deuxième publication séparée. L'assemblée ne peut être tenue qu'à l'échéance de l'écoulement d'un délai d'un mois commençant à courir le lendemain de la publication¹²²⁰. La tenue prématurée d'une assemblée est valable mais peut, sur plainte d'un créancier n'ayant pas pu participer, démontrant n'avoir pas pu prendre connaissance des pièces du concordat, ou être lésé de toute autre manière, être annulée et tenue à nouveau¹²²¹.

- 437 Le débiteur est tenu de participer à l'assemblée des créanciers¹²²². Même si la loi n'impose pas la convocation du débiteur, elle peut s'avérer utile. Le caractère impératif de la présence du débiteur et surtout ses conséquences sont discutées : dès lors que le droit actuel permet en quelque sorte d'imposer un concordat au débiteur, sur requête d'un créancier poursuivant, il convient de partir du principe que la présence du débiteur n'est pas une condition de validité de la tenue de l'assemblée et n'est pas susceptible de conduire à l'annulation, sur demande d'un créancier, des décisions prises à l'assemblée, ou à la révocation du sursis¹²²³. Notons que le débiteur peut valablement être représenté par un tiers pouvant attester de ses pouvoirs.
- 438 A admettre que la présence du débiteur soit nécessaire, des sanctions pénales pourraient être envisagées en cas d'absence, ce d'autant plus que le concordat peut

désignation d'un surveillant à l'exécution (concordat ordinaire) ou d'un liquidateur et d'une commission des créanciers (concordat par abandon d'actif).

¹²¹⁸ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 4 ad art. 301; GANI, CR LP, n° 2 ad art. 302 LP.

¹²¹⁹ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 4 ad art. 301 LP.

¹²²⁰ Art. 301 LP et 31 al. 1 LP.

¹²²¹ Selon VOLLMAR, BSK SchKG, n° 7 ad art. 301 LP, tout créancier peut demander une nouvelle convocation conforme à la loi. Une légitimation aussi large n'est cependant pas entièrement justifiée, voire inutile. L'assemblée ne devrait ainsi être annulée que sur demande d'un créancier alléguant et démontrant avoir été lésé. Ce n'est que très exceptionnellement et en cas de lésion grave et avérée des créanciers que l'homologation du concordat peut être refusée par le juge (BE, décision de l'autorité cantonale supérieure de surveillance du 23 août 1938, in : BJSchK 1944 II p. 53 ss consid. 2 a, et à la ZBJ Bd. 76, Heft 7, p. 351).

¹²²² Art. 302 al. 2 LP.

¹²²³ Art. 298 al. 3 LP. VOLLMAR, BSK SchKG, n° 14 ad art. 302 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 14 ad art. 302 LP. Contra : GANI, CoRO LP, n° 4 ad art. 302 LP.

être demandé et imposé par les créanciers. Certes, le Code pénal ne réprime que le fait pour un failli de ne pas rester à la disposition de l'administration de la faillite¹²²⁴. Le principe de légalité interdit donc l'application analogique de cette base légale au débiteur concordataire, mais le législateur pourrait s'inspirer de cette disposition pour modifier l'art. 323 CP et également punir le débiteur concordataire qui refuserait de prendre part à l'assemblée des créanciers et plus généralement de collaborer avec le commissaire au sursis.

2. Information des créanciers

439 Les créanciers votants doivent pouvoir être en possession de toutes les informations leur permettant de se forger leur intime conviction sur la situation financière du débiteur, la valeur du concordat proposé, son caractère plus avantageux qu'une faillite, son adéquation avec les ressources du débiteur, et décider d'y adhérer par un consentement éclairé. Pour cette raison, le législateur a prévu que le commissaire doit pendant les vingt jours antérieurs au déroulement de l'assemblée des créanciers laisser à disposition des créanciers et de leurs représentants¹²²⁵, à l'exclusion des tiers¹²²⁶, les pièces du concordat, chez le débiteur ou dans les locaux du commissaire au sursis. Afin de garantir l'égalité de traitement entre créanciers, le législateur a prévu que les créanciers devaient exercer leur droit à l'information pendant les vingt jours précédant l'assemblée des créanciers. Un créancier qui se serait vu définitivement interdire l'accès aux pièces est légitimé à agir par la voie de la plainte auprès de l'autorité de surveillance pour qu'il soit donné suite à sa demande de consultation ; simultanément, il pourra demander l'annulation de l'assemblée et des décisions qui auront été prises¹²²⁷, et sa nouvelle convocation, à condition qu'il prouve que sa voix aurait pu modifier le vote. L'art. 301 al. 1 LP ne parle que de prise de connaissance des pièces, sans qu'il soit fait mention d'un quelconque droit à l'obtention de copies personnelles. Il faut cependant admettre que les créanciers sont habilités à se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces du concordat, moyennant paiement d'un émolument de deux francs par photocopie¹²²⁸, pour autant cependant que pareille requête soit justifiée par une certaine nécessité et n'entraîne pas une activité démesurée et coûteuse de la part du commissaire.

¹²²⁴ Art. 323 ch. 5 CP.

¹²²⁵ CORADI, p. 46.

¹²²⁶ HARDMEIER, n° 8 ad art. 301 LP.

¹²²⁷ GANI, CR LP, n° 6 ad art. 301 LP.

¹²²⁸ Art. 9 al. 3 OELP; ATF 106 III 31.

- 440 Par pièces du concordat, il faut entendre le procès-verbal tenu par le commissaire, ainsi que ses annexes, et en particulier un tableau des productions, avec mention des créances contestées par le débiteur et les motifs de la contestation, l'inventaire des biens du débiteur et l'estimation des gages, ainsi que la copie, cas échéant caviardée sur certains points, d'éventuels contrats de cession d'actifs conclu pendant le sursis. La requête de sursis et ses annexes, actualisées, (bilan, compte de pertes et profits, budget prévisionnel, plan de trésorerie, business plan), ainsi que les jugements (cantonaux et fédéraux) concernant l'insolvabilité du débiteur (ajournement de faillite, sursis provisoire, sursis) devraient aussi être accessibles, puisqu'à eux seuls, ils sont susceptibles de fournir un grand nombre de renseignements aux créanciers. Le commissaire aura toutefois soin de respecter le secret des affaires du débiteur et limitera les documents à ceux nécessaires à l'établissement de la santé financière passée, présente et escomptée.
- 441 Le délai pour attaquer les actes du commissaire non encore connus mais ressortant des pièces mises à disposition des créanciers, pour demander une nouvelle estimation d'un bien immobilier du débiteur¹²²⁹, ou encore pour contester l'exhaustivité des pièces et faire constater le caractère lacunaire de l'information¹²³⁰ commence à courir le lendemain de la publication informant les créanciers de la convocation de l'assemblée des créanciers, soit du jour auquel les pièces sont mises effectivement à libre disposition des créanciers et auquel ils auraient pu prendre connaissance de leur contenu¹²³¹ – en principe conformément à la date indiquée dans la publication et le pli envoyé aux créanciers connus et aux créanciers gagistes. Le délai est identique pour tous les créanciers, sans égard à la date réelle à laquelle ils prennent connaissance des pièces. Cette solution n'est pas idéale, mais est motivée par le souci que soit présenté à l'assemblée des créanciers un état de la procédure des plus définitifs ; les créanciers doivent pouvoir savoir avec certitude si des actes de commissaire- et lesquels – sont remis en cause, et si l'inventaire et l'estimation risquent d'être modifiés¹²³². Une plainte peut ce nonobstant valablement être reçue après la tenue de l'assemblée des créanciers, si le créancier requérant démontre avoir été empêché de la déposer dans les délais¹²³³: les décisions prises alors devraient être annulées, non pas d'office mais sur demande du créancier. Une plainte déposée avant la tenue de l'assemblée des créanciers ne saurait retarder la tenue de celle-ci.

¹²²⁹ Art. 9 ORFI.

¹²³⁰ GANI, CR LP, n° 6 ad art. 302 LP.

¹²³¹ CORADI, p. 47.

¹²³² ATF 94 III 25, consid. 2.

¹²³³ Art. 33 al. 4 LP.

2.1. Etendue

- 442 Le droit de consultation ne se limite pas aux seuls documents émanant du commissaire ou produits par lui en annexe à ses rapports, mais à tous les documents et renseignements oraux nécessaires aux créanciers pour évaluer la solvabilité du débiteur et voter en conséquence sur l'octroi ou le rejet du concordat, voir proposer des solutions alternatives d'assainissement¹²³⁴. Il en ira ainsi de la requête de sursis concordataire et de ses annexes, et donc de la comptabilité du sursitaire qui le plus souvent accompagne la requête. Un jugement a reconnu aux créanciers d'une société en sursis concordataire un droit à prendre non seulement connaissance de tous les documents de la société, mais également celui de consulter les procès-verbaux du conseil d'administration¹²³⁵, au motif que lesdits créanciers devaient pouvoir avoir accès à tous les éléments susceptibles de les renseigner sur le dividende escomptable. Cette jurisprudence va assez loin dans l'étendue du droit au renseignement et devrait demeurer l'exception. Notons que le droit de consultation est étroitement lié au rapport juridique de celui qui s'en prévaut avec le débiteur sursitaire.
- 443 Le droit de consultation des créanciers s'étend au-delà des seules pièces relatives au débiteur, et concerne toutes les pièces du concordat. Un créancier a notamment le droit de prendre connaissance en détail de l'activité effectuée par le commissaire. Partant du constat que les créanciers ont même droit à l'accès aux « *timesheets* » des liquidateurs, aux contacts que ceux-ci ont entretenus et à la liste des actes effectués¹²³⁶, il faut considérer que cette jurisprudence s'applique *mutatis mutandis* au commissaire, en prenant néanmoins garde à ce que la demande du créancier ne soit pas chicanière mais justifiée par un but précis.

2.2. Limitation

- 444 Le droit de regard peut être limité par des intérêts publics ou privés au secret, qui ne peuvent pas être définis de manière générale et doivent faire l'objet d'une analyse au cas par cas¹²³⁷. Le droit de regard peut être aussi restreint lorsque son exercice ne vise pas un but déterminé, mais procède d'une attitude chicanière du

¹²³⁴ ZH, décision du tribunal de district du 31 mars 2003 in: BISChK 2003, 6, p. 263 s. ; GILLIÉRON, n° 40 ad art. 295 LP.

¹²³⁵ ZH, décision du tribunal de district du 31 mars 2003 in: BISChK 2003, 6, p. 263 ss.

¹²³⁶ BISChK 1997 p. 144 ss.

¹²³⁷ ATF 102 III 62, 105 III 39, 110 III 51, 117 Ib 481, ATF 91 III 94 consid. 4).

créancier¹²³⁸ ou vise à satisfaire une simple curiosité. Les documents couverts par un secret professionnel, de fonction, ou bancaire pourront être naturellement exclus de la consultation. En revanche, le secret d'affaires ne devrait en principe pas être systématiquement opposable aux créanciers. Cependant, et dès lors que l'on admet que les procès-verbaux du conseil d'administration du débiteur sursitaire fassent partie des documents auxquels les créanciers ont droit, le secret d'affaire pourra justifier le refus de l'accès à ces documents à un concurrent, qui serait par hypothèse aussi créancier. Un refus peut être motivé par un impérieux devoir de discrétion mais visera uniquement les pièces qui devraient rester secrètes¹²³⁹. Ce refus ne peut en tout cas pas être motivé par des difficultés pratiques¹²⁴⁰. Le droit de consultation du procès-verbal par les participants à la procédure concordataire ne s'éteint pas une fois le délai de garde atteint et dépassé ; tant que les documents ne sont pas détruits, lesdites parties, et uniquement elles, conservent leur droit de consultation¹²⁴¹.

3. Détermination des créanciers en droit d'être présents

- 445 L'assemblée a non seulement pour but le recueil des adhésions (composante délibérative), mais également de permettre aux créanciers de poser des questions (composante informative), de proposer des amendements au concordat, ou encore de désigner un surveillant à l'exécution du concordat, ou un liquidateur et une commission des créanciers (composante délibérative annexe). Des créanciers qui ne seraient pas en droit de voter s'agissant de concordat lui-même ont néanmoins un droit de vote relatif à la désignation de l'organe d'exécution et de surveillance de l'exécution du concordat et un droit à l'information.
- 446 Tous les créanciers chirographaires ayant produit, y compris les créanciers non reconnus et contestés par le débiteur, qu'une procédure judiciaire soit pendante ou non, qui font la démonstration de la vraisemblance¹²⁴² de leur qualité de créancier,

¹²³⁸ ATF 93 III 3 s., 110 III 49 s. ; ZH, décision du tribunal de district du 31 mars 2003 in: BISChK 2003, 6, p. 263 et les références citées ; GE, décision de la Commission de surveillance des offices des poursuites et faillite du 3 mai 2000 = SJ 2001 I pp. 373-375.

¹²³⁹ Message du CF à l'appui d'un projet de loi sur la procédure administrative du 24 septembre 1965, FF 1965 II p. 1403 et références citées, ainsi que l'art. 24 al. 2 du projet de loi, loc. cit., p. 1418.

¹²⁴⁰ ATF 85 III 118.

¹²⁴¹ ATF 130 III 42, consid. 3.2 = JdT 2004 II 28.

¹²⁴² TF, arrêt 5A.169/2008 du 29 janvier 2009 (se prononçant contre GILLIÉRON, n° 18 ad art. 305 LP); VOLLMAR, BSK SchKG, n° 4 ad art. 302 LP. THALMANN, p. 88. Cela signifie que le commissaire ne doit pas convoquer et accepter un créancier dont la production est fantaisiste et qui serait donc en réalité juridiquement à qualifier de tiers.

ont le droit d'être présents¹²⁴³, ce qui ne préjuge en rien de leurs droits respectifs de voter et de l'effet du vote¹²⁴⁴. Les créanciers privilégiés, et également ceux dont cette qualité est contestée, devront être admis à l'assemblée dès lors que leur créance doit faire l'objet d'une garantie suffisante et qu'ils doivent pouvoir s'en assurer, ce d'autant plus que l'assemblée des créanciers peut être le lieu pour les créanciers privilégiés de renoncer à leur garantie¹²⁴⁵. Les créanciers dont le gage porte sur un immeuble, pour lequel le débiteur a demandé la suspension de la réalisation, doivent aussi être présents; ils seront d'ailleurs convoqués personnellement par pli simple¹²⁴⁶.

- 447 Les créanciers dont les créances ressortent des livres mais qui n'ont pas produit ou ont produit tardivement devraient être admis aux délibérations, leur vote étant réservé¹²⁴⁷; de même, les autres créanciers n'ayant pas produit dans le délai imparti par le commissaire devraient pouvoir participer à l'assemblée des créanciers, leur vote étant reçu conditionnellement et son effet étant réservé, pour les raisons suivantes.¹²⁴⁸ D'une part c'est le juge du concordat qui est exclusivement compétent pour décider de l'admission des productions, ainsi que de la prise en compte des créances et des votes des créanciers dans le calcul des majorités. D'autre part, les créanciers qui ont produit en retard peuvent, aux conditions de l'art. 33 al. 4 LP, demander une restitution du délai. Enfin, les adhésions peuvent parvenir au juge du concordat après la tenue de l'assemblée des créanciers, jusqu'à l'audience d'homologation.

¹²⁴³ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 4 ad art. 302.

¹²⁴⁴ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 4 ad art. 302 LP. Le droit d'être présent à l'assemblée générale, et donc d'être informé du déroulement de la procédure doit être distingué du droit de participer à la procédure d'adoption du concordat. Cf. HÜSSY, p. 117, et la référence à KELLER.

¹²⁴⁵ Art. 306 al. 2 ch. 2 LP. JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 4 ad art. 302 LP.

¹²⁴⁶ Art. 306a al. 2 LP, renvoyant à l'art. 302 LP. Ces mêmes créanciers gagistes seront aussi convoqués à l'audience d'homologation.

¹²⁴⁷ Contra: GILLIÉRON, n° 7 ad art. 302 LP; HUNKELER, § 882, note de bas de page 619.

¹²⁴⁸ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 4 ad art. 302 LP; contra: JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 4 ad art. 302 LP; CORADI, p. 50; GANI, CR LP, n° 5 ad art. 302 LP, GILLIÉRON, n° 7 ad art. 302 LP. Le refus du commissaire est susceptible d'engager la responsabilité du canton au sens de l'art. 5 LP (VS, Jugement du juge-instructeur III du district de Sierre du 17 juin 1982, RVJ 1982 p. 244-250, consid. 7; ledit jugement a exonéré le canton de sa responsabilité, le débiteur n'ayant pas tout fait pour diminuer son dommage, en l'occurrence en portant plainte contre la décision du commissaire).

- 448 Il est admis que chaque créancier peut être représenté par un tiers devant impérativement pouvoir justifier de ses pouvoirs, sous peine d'être exclu¹²⁴⁹. Une liste des présences doit être tenue par le commissaire ou ses auxiliaires, laquelle sera jointe au procès-verbal du concordat.

4. Tâches particulières du commissaire

4.1. Présider l'assemblée des créanciers et tenir procès-verbal

- 449 En sa qualité de président de l'assemblée des créanciers, le commissaire dirige les débats¹²⁵⁰. A cet effet, il remettra avant le début de l'assemblée un ordre du jour aux créanciers présents. Un secrétaire sera désigné pour tenir le procès-verbal de l'assemblée¹²⁵¹, et retranscrire les questions des créanciers et les réponses du débiteur. Le secrétaire devrait dans la mesure du possible être un auxiliaire du commissaire, neutre et non impliqué comme partie dans la procédure. Un créancier peut officier en qualité de secrétaire, avec le risque que le procès-verbal soit orienté vers les points subjectivement importants pour ledit créancier. Le procès-verbal de l'assemblée des créanciers fera partie intégrante du procès-verbal de la procédure. Il contiendra la retranscription exhaustive des interventions des créanciers et des réponses apportées par le débiteur.
- 450 Avant que le vote portant sur le choix du surveillant à l'exécution du concordat, ou du liquidateur et de la commission des créanciers, ne soit ouvert, il conviendra de s'assurer que les créanciers sans droit de vote acceptés à l'assemblée puissent être facilement distingués des autres¹²⁵². Si l'assemblée est constituée de nombreux créanciers, des scrutateurs devront être désignés parmi les auxiliaires du commissaire ou les créanciers.

4.2. Présenter un rapport sur la situation du débiteur

- 451 L'assemblée des créanciers permet au commissaire de commenter les pièces mises au préalable à disposition des créanciers. Il s'agit notamment de revenir en détail sur l'inventaire et l'estimation des gages, ainsi que sur les productions, le but étant de donner une image réaliste de l'état des revenus et de la fortune du débiteur et

¹²⁴⁹ VOLLMAR, BSK SchKG ; n° 5 ad art. 302 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 7 ad art. 302 LP ; GANI, CR LP, n° 2 in fine ad art. 302 LP ; GILLIÉRON, n° 7 ad art. 302 LP.

¹²⁵⁰ Art. 302 al. 1 LP.

¹²⁵¹ GILLIÉRON, n° 6 ad art. 302 LP.

¹²⁵² Des feuilles de couleur seront par exemple uniquement remises aux créanciers ayant le droit de vote.

sur son évolution depuis le début de la procédure. Des détails sur d'éventuelles procédures judiciaires en cours, impliquant le débiteur comme demandeur ou défendeur, seront communiqués aux créanciers, avec un pronostic sur ses chances de succès, respectivement les risques qu'il soit condamné au paiement d'une somme d'argent, diminuant d'autant la masse active. Il appartient au commissaire de décider si la distribution d'annexes est nécessaire et économiquement justifiée¹²⁵³.

4.3. Présenter un projet de concordat

4.3.1. Elaboration

452 En l'état du droit actuel, il n'incombe pas au commissaire d'élaborer lui-même le projet de concordat. Son expérience sera bien sûr précieuse s'agissant des clauses proposées et du contenu, mais en finalité l'essentiel de la tâche revient au débiteur. S'agissant d'un sursis concordataire requis par un créancier, l'on peut admettre que le commissaire élabore lui-même la plus grande partie du projet, à admettre que la collaboration du débiteur sur ce point ne puisse pas être obtenue¹²⁵⁴. La restriction légale au pouvoir de disposition du débiteur, inscrite à l'art. 298 al. 2 LP, ainsi que le retrait total du pouvoir de disposition, prévu par l'art. 298 al. 3 LP, ne modifient en rien l'aptitude du débiteur à élaborer le concordat¹²⁵⁵. A admettre l'inverse, l'on devrait considérer que le débiteur ne pourrait jamais lui-même insérer dans le concordat des clauses relatives au transfert de biens sur lesquels il n'a pas le pouvoir de disposition pendant le sursis. Ce n'est bien sûr pas le cas, et le débiteur demeure libre de proposer le contenu qu'il souhaite. D'ailleurs, rien ne justifie ce point de vue, puisque le concordat ne déploie aucun effet tant qu'il n'a pas été cumulativement accepté par les créanciers, et homologué par le juge du concordat. Le commissaire, pas plus que les créanciers, n'est habilité à imposer au débiteur des clauses non voulues, sauf si la requête de sursis concordataire a été déposée par un créancier et que le débiteur refuse de collaborer. Seul le juge peut modifier le concordat accepté, et seulement si cela est nécessaire d'un point de vue légal, ou pratique, pour sa mise en œuvre par exemple.

¹²⁵³ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 8 ad art. 302 LP.

¹²⁵⁴ L'on peut cependant alors douter que le débiteur exécute correctement un concordat qu'il n'a pas voulu et qui lui a été intégralement imposé, sauf s'il s'agit d'un concordat par abandon d'actif aux créanciers ou à un tiers.

¹²⁵⁵ D'un autre avis HUNKELER, qui estime qu'il appartient aussi au commissaire d'élaborer le projet de concordat dès lors que le débiteur a été privé de son pouvoir de disposition et que ce dernier a été attribué au commissaire.

- 453 Les créanciers sont par ailleurs libres, à moins que cela ne procède d'une démarche chicanière, de proposer des amendements au concordat¹²⁵⁶, qui seront discutés à l'assemblée, sans que le débiteur n'ait aucune obligation de modifier le concordat proposé¹²⁵⁷. La possibilité qu'un ou plusieurs créanciers propose un concordat totalement différent, voire d'une nature autre que celle initialement prévue, et le soumette pour adhésion aux créanciers, après que l'assemblée des créanciers consultée ne s'y soit pas déclarée opposée¹²⁵⁸, doit être exclue¹²⁵⁹. Le concordat est de nature contractuelle ; il n'est donc absolument pas envisageable d'imposer unilatéralement au débiteur un contenu qu'il n'a pas lui-même choisi ; les créanciers et le débiteur sont sur pieds d'égalité, et seul le juge du concordat peut compléter un concordat lacunaire¹²⁶⁰. Eu égard à la nature contractuelle du concordat, certains auteurs se prononcent en faveur d'une application souple du principe d'égalité de traitement des créanciers, et considèrent que certains créanciers de la même classe peuvent être traités différemment¹²⁶¹. Ce point de vue peut être suivi, mais avec précaution, étant précisé qu'il est toutefois exclu de favoriser un seul créancier, que les catégories de créanciers ont été objectivement déterminées, que la réglementation du concordat poursuive un but tendant au meilleur désintéressement du plus grand nombre et que les créanciers concernés ont donné leur accord.

4.3.2. Contenu

- 454 Le concordat contiendra des clauses :
Pour un concordat ordinaire sur : le pourcentage du dividende offert¹²⁶², le délai d'exécution¹²⁶³, une éventuelle contre-prestation du débiteur concordataire sous forme de participation aux bénéfices futurs, de bons de jouissance ou de certificat de préemption¹²⁶⁴ permettant d'augmenter le dividende, la date d'arrêt du cours des

¹²⁵⁶ GANI, CR LP, n° 7 ad art. 302 LP ; VOLLMAR, BSK SchKG, n° 17 ad art. 302 LP.

¹²⁵⁷ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 17 ad art. 302 LP.

¹²⁵⁸ GANI, CR LP, n° 7 ad art. 302 LP et la référence à JEANNERET/CAVADINI.

¹²⁵⁹ Du même avis, HUNKELER, n° 912.

¹²⁶⁰ Art. 306 al. 3 LP.

¹²⁶¹ HARDMEIER, BSK SchKG, n° 8 ad art. 305 LP, qui donne comme exemple les créanciers dont la créance est inférieure à un certain montant.

¹²⁶² Contenu nécessaire du concordat (art. 314 al. 1 LP).

¹²⁶³ Contenu nécessaire du concordat (art. 314 al. 1 LP).

¹²⁶⁴ « *Besserungschein* ». Pour une définition, voir BAHAR, p. 485.

intérêts et de la conversion de la créance en monnaie suisse¹²⁶⁵, la mention d'une remise conventionnelle de dettes de certains créanciers ou de leur renonciation à percevoir un dividende, la mention de l'extinction de la créance des créanciers après versement du dividende, la mention de ce que l'exécution du concordat est garantie¹²⁶⁶, l'indication de ce que les créanciers privilégiés sont intégralement désintéressés¹²⁶⁷, la mention d'une éventuelle suspension de la réalisation des gages¹²⁶⁸, le nom du surveillant à l'exécution du concordat, la mention de ce que le concordat n'entrera en force qu'après que le jugement d'homologation sera devenu définitif et exécutoire, la signature du débiteur.

- 455 Pour un concordat par abandon d'actif sur : le fait que le concordat confère au créanciers le droit de disposer des biens du débiteur, ou que le débiteur les transfère à un tiers, avec dans ce dernier cas la mention du mode de transfert, du prix à payer par le tiers reprenneur et de l'obtention de garanties pour ce paiement¹²⁶⁹, la mention d'éventuelles réalisations opérées pendant le sursis par le commissaire avec l'accord du juge, le renvoi à la loi sur la fusion si des biens sont transférés - ou ont été transférés pendant le sursis - par voie de transfert de patrimoine¹²⁷⁰, le nom du liquidateur et les identités des membres de la commission des créanciers¹²⁷¹, la date d'arrêt du cours des intérêts et de la conversion de la créance en monnaie suisse, la mention de la remise conventionnelle de dettes de certains créanciers ou de leur renonciation à percevoir un dividende, la mention de l'extinction de la créance des créanciers et la renonciation¹²⁷² à la part de la créance non couverte par le prix du transfert des biens à un tiers ou par produit de réalisation des biens liquidés par les liquidateurs, conformément aux art. 322 ss LP, ou selon un autre mode de liquidation alors impérativement indiqué dans le concordat¹²⁷³, l'indication de ce que les créanciers privilégiés sont intégralement

¹²⁶⁵ MARCHAND, FJS 24, § 62; GILLIÉRON, n° 15 ad art. 300 LP.

¹²⁶⁶ Contenu nécessaire du concordat (art. 314 al. 1 LP).

¹²⁶⁷ Contenu nécessaire du concordat ou en tous les cas conditions sine qua non à l'homologation (art. 306 al. 2 ch. 2 LP).

¹²⁶⁸ Art. 306a LP ; GANI, CR LP, n° 5 ad art. 301 LP.

¹²⁶⁹ Contenu nécessaire du concordat (art. 318 al. 1 ch. 3 in fine LP).

¹²⁷⁰ Avec les inconvénients mentionnés sous Chapitre II Section IVD.3. ; contenu nécessaire du concordat (art. 318 al. 1 ch. 3 in fine LP).

¹²⁷¹ Contenu nécessaire du concordat (art. 318 al. 1 ch. 2 LP).

¹²⁷² Contenu nécessaire du concordat (art. 318 al. 1 ch. 1 LP).

¹²⁷³ Contenu nécessaire du concordat (art. 318 al. 1 ch. 3 ab initio LP).

désintéressés¹²⁷⁴, la composition de la masse active, avec inventaire annexé, et la délimitation univoque des biens transférés et des biens demeurant dans le patrimoine du débiteur en cas de concordat mixte ou concordat par abandon partiel d'actifs¹²⁷⁵, des précisions quant aux actifs cédés, le mode et les garanties d'exécution de la cession à un tiers¹²⁷⁶, la mention d'une éventuelle suspension de la réalisation des gages¹²⁷⁷, des dispositions concernant l'activité de la commission des créanciers et des liquidateurs¹²⁷⁸, la mention de ce que le concordat n'entrera en force qu'après que le jugement d'homologation sera devenu définitif et exécutoire, l'indication des canaux d'information et de publication¹²⁷⁹, la signature du débiteur.

- 456 Dans l'hypothèse où le débiteur propose un concordat par abandon d'actif avec fondation d'une société de sauvetage, le concordat devra contenir des dispositions détaillées relatives aux droits patrimoniaux¹²⁸⁰ et sociaux des créanciers dans la nouvelle société dont ils acquièrent des parts sociales¹²⁸¹. Lors de la proposition du dividende et l'évaluation des besoins de liquidités pour assurer l'exécution du concordat, il conviendra que le commissaire prenne en compte les intérêts courus pendant le sursis pour les créances garanties par gage.

4.3.3. Forme

a) Du concordat

- 457 Même si la loi ne le précise pas, la forme écrite¹²⁸² est requise. Le débiteur apposera sa signature au bas du texte du concordat ; les créanciers s'engageront valablement en signant les bulletins d'adhésion remis par le commissaire¹²⁸³. Le Code des obligations admet qu'une signature électronique qualifiée, basée sur un certificat qualifié émanant d'un fournisseur de services de certification reconnu au sens de la

¹²⁷⁴ Contenu nécessaire du concordat ou en tous les cas conditions *sine qua non* à l'homologation (art. 306 al. 2 ch. 2 LP).

¹²⁷⁵ Contenu nécessaire du concordat (art. 318 al. 2 LP).

¹²⁷⁶ Contenu nécessaire du concordat (art. 318 al. 1 ch. 3 *in fine* LP).

¹²⁷⁷ Art. 306a LP ; GANI, CR LP, n° 5 ad art. 301 LP.

¹²⁷⁸ Contenu nécessaire du concordat (art. 318 al. 1 ch. 2 LP).

¹²⁷⁹ Contenu nécessaire du concordat (art. 318 al. 1 ch. 4 LP).

¹²⁸⁰ Sous forme de bons de jouissance, certificats de prétentions (« *Besserungsscheine* ») par exemple.

¹²⁸¹ HURTER, p. 91-116.

¹²⁸² Art. 13 CO.

¹²⁸³ Art. 302 al. 3 *in fine* LP.

loi du 19 décembre 2003 sur la signature électronique vaut signature manuscrite¹²⁸⁴. Toutefois, ce mode de signature n'est pas encore utilisable dans le cadre d'une procédure judiciaire. La raison en est principalement que le concordat doit être examiné par le juge, pour ensuite être homologué, et qu'à l'heure actuelle, les autorités judiciaires cantonales n'acceptent pas cette méthode de communication.

b) Du contrat de cession d'actifs au repreneur

458 Le tiers repreneur, qui peut être une personne physique ou morale, n'est pas partie au concordat. Le débiteur et lui seront parties à un contrat innommé¹²⁸⁵, présentant de nombreuses caractéristiques du contrat de vente, mais notamment sans les garanties prévues par le Code des obligations, par lequel le premier vend au second une partie ou la totalité de ses actifs. Bien que non exigée par la loi, la forme écrite est bien entendu hautement souhaitable, dans un souci de sécurité et de transparence à l'égard des créanciers, et de l'autorité concordataire, dans l'hypothèse où l'acte a été conclu pendant le sursis avec son autorisation. L'on admet généralement que la forme authentique n'est jamais nécessaire, même si des immeubles sont vendus ; cette forme vise à garantir la protection des parties et la précision du contrat de vente, mais ces buts sont atteints par d'autres moyens dans la procédure d'exécution forcée, en particulier par la surveillance du commissaire et l'homologation du juge¹²⁸⁶.

4.4. Recueillir les adhésions

459 Les créanciers peuvent adhérer au concordat au plus tôt au moment du déroulement de l'assemblée des créanciers¹²⁸⁷ et au plus tard lors de l'audience d'homologation¹²⁸⁸. Il existe deux récipiendaires des manifestations d'adhésion des créanciers : en premier lieu le commissaire, puis le juge du concordat, pour tenir compte des manifestations de volonté des créanciers à intervenir entre le moment auquel le commissaire a déposé son rapport et l'audience d'homologation. Pour des raisons pratiques, il est impératif qu'un seul destinataire soit indiqué dans la publication. Étant donné que de par la loi, il appartient au commissaire de rendre compte au juge, dans son rapport, des déclarations d'adhésion déjà reçues et de simultanément, recommander l'octroi ou le refus du concordat (art. 304 al. 1 LP), il

¹²⁸⁴ Art. 14 al. 2^{bis} CO.

¹²⁸⁵ De droit privé selon FUCHS, p. 67 ; de droit public selon LORANDI, cité par FUCHS, note de bas de page n° 239.

¹²⁸⁶ HUNKELER, n° 927 ss.

¹²⁸⁷ Art. 302 al. 3 LP.

¹²⁸⁸ Art. 305 al. 1 LP.

tombe sous le sens que lesdites déclarations doivent lui être adressées directement. Il est également préférable que tout le processus des adhésions soit centralisé auprès d'une personne physique ou morale qui n'a pas d'intérêt dans la procédure, afin de minimiser les risques d'achat de voix ; pour cette raison, il ne paraît absolument pas opportun de faire transmettre ces déclarations à la société débitrice. Les déclarations d'acceptation envoyées directement au juge du concordat doivent naturellement aussi être prises en considération¹²⁸⁹.

- 460 Le commissaire n'a aucun pouvoir décisionnel concernant l'admission au vote de tel ou tel autre créancier et la prise en compte de telle ou telle autre créance¹²⁹⁰. Cependant, le commissaire doit dans son rapport faire état des adhésions déjà reçues, et recommander l'homologation ou le rejet du concordat¹²⁹¹. Le rapport ne serait pas complet s'il ne faisait pas déjà état des majorités acquises. Le juge n'est en principe pas lié par le calcul du commissaire ; en pratique cependant, il devrait pouvoir se limiter à vérifier les calculs du commissaire qui aura en principe fourni tous les éléments permettant au tribunal de statuer à bref délai, en complétant les données en sa possession avec les adhésions qu'il aura encore reçues.

4.4.1. Caractéristiques de l'adhésion

- 461 L'adhésion, doit être expresse, et ne peut intervenir ni tacitement, ni par actes concluants¹²⁹². La déclaration d'acceptation du concordat doit se faire sans réserve : si elle devait contenir des conditions qui ne sont pas prévues dans le projet de concordat, elle sera considérée comme nulle et inexistante. L'adhésion, sera signée par le créancier¹²⁹³, ou son représentant pouvant justifier de ses pouvoirs¹²⁹⁴. Cette exigence disparaît si le créancier se présente à l'audience d'homologation, auquel cas son adhésion sera protocolée par le juge¹²⁹⁵. L'on doit enfin admettre que les adhésions puissent être rendues électroniquement¹²⁹⁶, mais restrictivement et pour autant qu'un système parfaitement sécurisé et réservé aux seuls créanciers titulaires du droit de vote ait été mis sur place avec l'accord du juge. Il est admis que

¹²⁸⁹ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 8 ad art. 305 LP.

¹²⁹⁰ LU, arrêt du tribunal supérieur du 18 avril 1983, in : LGVE 1983-I-48 (p. 83)

¹²⁹¹ Art. 304 al. 1 LP.

¹²⁹² ATF 106 III 37 = JdT 1982 II 57; HARDMEIER, p. 511; VOLLMAR, BSK SchKG, n° 18 ss ad art. 302 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 9 ad art. 305 LP; THALMANN, p. 101.

¹²⁹³ AMMON / WALTHER, § 54 n° 67.

¹²⁹⁴ HARDMEIER, BSK SchKG, n° 19 ad art. 305 LP.

¹²⁹⁵ HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 10 ad art. 305 LP.

¹²⁹⁶ HUNKELER, *op. cit.*, *loc. cit.*

l'adhésion est recevable jusqu'à la décision judiciaire d'homologation de première instance¹²⁹⁷. Toutefois, en application analogique de l'art. 174 al. 2 LP, l'autorité d'appel doit pouvoir admettre des adhésions supplémentaires et annuler le jugement refusant l'homologation du concordat.

- 462 Le caractère irrévocable de l'adhésion est controversé. Certains auteurs estiment que l'adhésion est irrévocable¹²⁹⁸. D'autres estiment au contraire qu'un créancier peut parfaitement révoquer sa déclaration d'acceptation, en tout temps¹²⁹⁹. Enfin, quelques auteurs admettent une révocation uniquement si le créancier peut se prévaloir d'un vice de la volonté¹³⁰⁰. En vertu d'une composante indéniablement contractuelle du concordat, mais de considérations nécessairement pragmatiques, à savoir que le décompte des voix deviendrait vite ingérable si les créanciers étaient admis à changer d'avis jusqu'à l'audience d'homologation, mettant en péril le sort même de la procédure concordataire, il convient d'admettre le principe de révocation des adhésions, mais cependant très limitativement, et de se rallier à cette dernière proposition.

4.4.2. Créanciers exclus du vote

- 463 En application de l'art. 305 al. 1 LP, le concordat est accepté à la condition qu'une majorité de créanciers, représentant au moins les deux tiers des créances, ou qu'un quart des créanciers, représentant au moins les trois quarts des créances, ait adhéré. Un double décompte par tête et par créance doit ainsi être effectué. La loi prévoit que certaines créances ne doivent pas être prises en compte, ou que partiellement, dans le décompte.

a) Créanciers gagistes (art. 305 al. 2 LP)

- 464 Dans le cadre de la procédure concordataire, la notion de gage doit être entendue dans un sens plus large que celle de l'art. 37 al. 3 LP et étendue à certaines constructions juridiques jouant le même rôle qu'un gage¹³⁰¹. Constituent ainsi des créanciers gagistes non seulement les titulaires d'un droit de gage énumérés limitativement par le Code civil (*numerus clausus* des droits réels), mais également d'autres créanciers dont la créance envers le débiteur sursitaire est garantie au

¹²⁹⁷ HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 9 ad art. 305 LP et n° 15 ad art. 307 LP.

¹²⁹⁸ HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 11 ad art. 305 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 28 ad art. 302 LP.

¹²⁹⁹ AMMON / WALTHER, § 54 n°67.

¹³⁰⁰ Art. 23 ss. CO; MARCHAND, CR LP, n° 43 ad art. 305 LP ; HARDMEIER, BSK-SchKG, n° 16 ad art. 305 LP; THALMANN, p. 101.

¹³⁰¹ NE, Jugement de la Cour civile du 2 novembre 1987, RJN 197 p. 282 s. ; MARCHAND, CR LP, n° 27 ad art. 305.

moyen d'une construction juridique ad hoc, comme la cession aux fins de garantie, le pacte de réserve de propriété, ou encore la cession à titre fiduciaire aux fins de garantie.

- 465 Le droit de vote des créanciers gagistes est nécessairement très limité. Celui-ci est en effet assuré d'être désintéressé grâce au produit de réalisation du gage. Ce n'est que dans la mesure de son découvert après réalisation que le créancier gagiste peut voter. Ainsi, pour le décompte par tête, les créanciers gagistes ne sont pas comptés à raison de leur personne ; ils ne peuvent donc pas voter. Pour le décompte par créance, seule la part de la dette personnelle du débiteur sursitaire qui n'est pas couverte par le gage est prise en compte dans le calcul nécessaire à la détermination du quorum, même si le débiteur sursitaire n'est pas le débiteur principal mais la caution¹³⁰², sauf si le créancier gagiste ne dispose d'aucune action personnelle à l'encontre du débiteur¹³⁰³. Pour déterminer la part exacte de la créance demeurant non couverte, il convient de se fonder non sur la valeur que la chose remise en nantissement a pour son propriétaire en cas d'utilisation ou selon sa valeur vénale, mais sur la valeur actuelle de marché, pondérée par une éventuelle modification intervenant selon les projections à bref délai, telle qu'établie par le commissaire, ou le juge saisi d'un recours¹³⁰⁴. Les créances garanties par des objets qui sont en tout ou en partie la propriété de tiers sont réputées non garanties et doivent être intégralement comptabilisées¹³⁰⁵. Le créancier dont la créance est garantie par le gage d'un tiers est compté tant pour sa créance que pour sa tête, le gage étant mentionné pour mémoire ; l'art. 61 OAOF est applicable¹³⁰⁶. Si le gage est réalisé, le propriétaire du gage est subrogé dans les droits du créancier concordataire et a droit au dividende en lieu et place du créancier gagiste. Dans l'hypothèse où le produit de réalisation du gage ne suffit pas pour désintéresser entièrement le créancier concordataire, ce dernier devra être compté pour la part non couverte, comme un créancier chirographaire ordinaire, le propriétaire du gage demeurant subrogé dans les droits du créancier concordataire.

¹³⁰² BL, décision du tribunal supérieur du 15 décembre 1964 in: BISchK 1967 I p. 24 s. HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 15 ad art. 305 LP ; MARCHAND, CR LP, n° 26 ad art. 305 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 27 ad art. 305 LP.

¹³⁰³ JAEGER, BK-SchKG, n° 27 ad art. 305 LP ; MARCHAND FJS 24, § 81.

¹³⁰⁴ Art. 299 al. 3 LP ; HARDMEIER, BSK-SchKG, n° 29 ad art. 305 LP ; MARCHAND FJS 24, § 81.

¹³⁰⁵ VS, Arrêt du Tribunal cantonal du 28 septembre 2000, in : RVJ 2001 pp. 299 ss ; MARCHAND, FJS 24, § 82.

¹³⁰⁶ HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 15 ad art. 305 LP ; MARCHAND, CR LP, n° 29 ad art. 305 LP ; HARDMEIER, BSK-SchKG, n° 20 et 29 ad art. 300 LP.

466 Ne constitue pas un créancier gagiste au sens de l'art. 305 al. 2, 2^{ème} phrase LP, le créancier cocontractant du débiteur concordataire qui, alors qu'il est au bénéfice d'une réserve de propriété légale ou conventionnelle, a produit sa créance. En agissant ainsi, il est réputé renoncer à exercer son droit de revendiquer l'objet transféré au débiteur ; par conséquent, il doit être compté dans les majorités, et le concordat est obligatoire pour lui. Si le créancier n'a pas produit, le créancier est réputé revendiquer l'objet, que le commissaire doit sortir de la masse active, et cas échéant inventorier une créance en restitution des acomptes reçus (éventuellement sous déduction d'un loyer équitable et d'une indemnité d'usure suivant la nature de l'objet). En cas de concordat par abandon d'actif, le commissaire doit réserver le droit des organes de la masse concordataire de contester la validité du pacte de réserve de propriété, ainsi que le droit de la masse d'exécuter le contrat en application de l'art. 211 al. 2 LP, en indiquant les conséquences de cette décision sur la composition de la masse active, sur l'état de collocation et sur la distribution du produit de la réalisation¹³⁰⁷.

b) Créanciers privilégiés

467 Seuls les créanciers privilégiés en application d'une norme de droit suisse – soit les créanciers de première classe et de deuxième classe – ne sont ni comptés à raison de leur personne, ni à raison de leur créance, leur créance devant de par la loi être entièrement payée par le débiteur¹³⁰⁸, sauf si le créancier a renoncé à son privilège¹³⁰⁹. En vertu du principe de territorialité des procédures d'exécution forcée, les créanciers au bénéfice d'un privilège accordé par le droit étranger perdent ce privilège dans une procédure collective ouverte en Suisse.

468 Le concordat est opposable aux créanciers privilégiés qui n'ont pas produit du tout¹³¹⁰, à moins qu'ils ne ressortent clairement de la comptabilité du débiteur, avec leur privilège¹³¹¹. Il serait excessivement formaliste et injustifié de déchoir ce créancier – identifié et identifiable – de son privilège, uniquement parce qu'il n'a pas produit, alors qu'il est connu. La situation sera autre pour les créanciers privilégiés qui ne ressortiraient pas de la comptabilité et n'auraient pas produit du tout¹³¹².

¹³⁰⁷ ATF 106 II 320 = JdT 1982 II 115, consid. 5.

¹³⁰⁸ Art. 306 al. 2 ch. 2 LP. GILLIÉRON, n° 12 ad art. 305 LP.

¹³⁰⁹ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 24 ad art. 305 LP.

¹³¹⁰ ATF 130 V 526 ; ATF 129 V 387 ; ATF 61 III 198 ; ATF 64 II 276. BE, décision de l'autorité cantonale supérieure de surveillance du 23 août 1938, in BISchK 1944 II p. 53 ss (consid. 2 a), et à la ZBJ 76, 7, p. 351.

¹³¹¹ HUNKELER, n° 882 et les références citées en note de bas de page 619.

¹³¹² ATF 130 V 526.

dans ce cas, leur créance sera soumise au concordat. La question de savoir si le créancier privilégié qui n'a pas produit du tout est soumis au concordat ou est lui aussi légitimé à poursuivre le remboursement de sa créance après l'homologation du concordat dépend de l'importance que l'on donne au privilège, respectivement au but du moratoire, par rapport aux intérêts du débiteur¹³¹³. Il serait toutefois particulièrement choquant que le débiteur tombe en faillite peu après avoir exécuté un concordat ordinaire parce qu'il n'est pas à même d'honorer le remboursement d'une dette privilégiée non annoncée et non comptabilisée. Ce qui précède ne vaut naturellement que pour un concordat ordinaire ; dans le cas d'un concordat par abandon d'actif, il est admis que les productions peuvent intervenir jusqu'à la clôture de la liquidation.

- 469 Même si les créanciers privilégiés devraient en principe s'annoncer comme tels, l'omission de la mention du privilège ne devrait pas avoir pour conséquence la suppression du privilège¹³¹⁴, accessoire¹³¹⁵ de la créance, existant indépendamment de toute manifestation de volonté¹³¹⁶ du bénéficiaire. Les créanciers privilégiés peuvent renoncer à la garantie de leur remboursement intégral¹³¹⁷. Si le créancier ne souhaite pas bénéficier du privilège, il doit expressément l'indiquer, et il retrouvera le droit de participer à l'assemblée des créanciers et de voter¹³¹⁸. Renoncer aux sûretés ne signifie pas automatiquement renoncer au privilège, auquel il est possible par ailleurs de renoncer également. Dans ces dernier cas également, les créanciers renonçant doivent pouvoir voter.
- 470 Les salariés du débiteur concordataire, qui sont créanciers en raison de salaire ou gratification contractuellement dus mais impayés, devront produire comme tous les autres créanciers privilégiés, même si en principe la créance devrait ressortir des livres du débiteur. Il peut arriver qu'un même créancier, en particulier un travailleur, soit privilégié pour une partie de sa créance seulement : en effet, s'agissant de cette catégorie de créanciers, seule la créance née dans les six mois précédent le

¹³¹³ HUNKELER, n° 987.

¹³¹⁴ ATF 97 III 83, consid. 6 = SJ 1972 p. 1-6 ; GANI, CR LP, n° 5 ad art. 300 LP.

¹³¹⁵ MARCHAND, Poursuite pour dettes et faillite, Du palais de justice à la salle des ventes, p. 154, et les références à l'ATF 49 III 201 et à l'art. 170 CO.

¹³¹⁶ Le privilège n'est subordonné à aucune condition ni réserve à raison de la cause ou de l'origine de la créance. ATF 97 III 83 = JdT 1973 II 22.

¹³¹⁷ Art. 306 al. 2 ch. 2 LP.

¹³¹⁸ MARCHAND, CR LP, n° 24 ad art. 305 LP; CORADI, p. 68; HARDMEIER, BSK SchKG, n° 26 ad art. 305 LP; JAEGER, BK SchKG, n° 24 ad art. 305 LP.

jugement par lequel un sursis est octroyé au débiteur est privilégiée¹³¹⁹. Pour la part non privilégiée, le créancier compte pour le décompte par tête et par créance¹³²⁰.

c) Créanciers postposés

- 471 Les créanciers qui ont accepté que leur créance soit postposée au sens de l'art. 725 al. 2 CO sont exclus du vote et leur créance n'est pas comptée. En effet, par une postposition, le créancier accepte d'être désintéressé en dernier, et renonce à concourir avec les créanciers ordinaires¹³²¹. Admettre que les créanciers postposés ont le droit de voter reviendrait à leur donner l'occasion d'unilatéralement revenir sur leur accord de postposition, et par hypothèse d'imposer aux autres créanciers un concordat dans leur intérêt ; il arrive en effet fréquemment que les créanciers postposés soient détenteurs de parts du capital de la société. Les autoriser à voter leur permettrait de revenir sur leur déclaration de postposition et de mettre celle-là à néant, par le simple jeu des majorités.

d) Cautions du débiteur et débiteur-caution

- 472 Le créancier qui peut rechercher une ou plusieurs cautions du débiteur est décompté dans le calcul par tête et dans le calcul par créance. Dans l'hypothèse où le coobligé désintéresse le créancier pendant le cours de sursis, il conviendra de supprimer le droit de vote du créancier, qui n'a plus aucun intérêt légitime à faire valoir. Le coobligé devra être admis par le commissaire à l'assemblée des créanciers¹³²² ; il pourra également voter. La créance subsistera telle quelle dans le décompte par créances, puisque la substitution dans la personne du débiteur n'a aucune influence sur la créance elle-même ; seule l'identité du créancier changera. Hors cas de désintéressement, le créancier peut participer à l'assemblée des créanciers et décider d'adhérer, à la condition d'avoir au préalable (10 jours à l'avance) offert aux coobligés du débiteur concordataire la possibilité de le

¹³¹⁹ Art. 219 al. 4 lit. a LP. Le créancier de salaire n'est pas tenu, pour sauvegarder ses droits dans le concordat, d'engager une procédure de poursuite contre le débiteur sursitaire pendant la durée du sursis. Arrêt du TF de la deuxième cour civile du 17 novembre 1950 in: BLSchK 1952 II p. 62 ss. (consid. 2 et 3).

¹³²⁰ HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 13 ad art. 305 LP LP.

¹³²¹ MARCHAND, CR LP, n° 33 ad art. 305; HUNKELER, n° 971 ss ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 48 ad art. 305 LP. Contra : HARDMEIER, n° 28 ad art. 305 LP qui plus généralement estime que le droit de vote peut être restreint en application du principe de la bonne foi : il en irait ainsi si le créancier exerçant son droit de vote a un intérêt particulier à l'homologation du concordat. En suivant ce raisonnement, l'on devrait toujours arriver à la conclusion que le créancier postposé possède un intérêt évident à la réussite du concordat, puisque, si le débiteur tombe en faillite du fait du rejet du concordat, c'est à fonds perdus qu'il aura investi.

¹³²² Art. 303 al. 2 LP.

désintéresser et de se rendre à l'assemblée des créanciers à sa place¹³²³. Enfin, le créancier peut également autoriser les coobligés à assister aux délibérations et s'en remettre à leur décision¹³²⁴; alternativement, il peut aussi recueillir leurs instructions et voter dans le sens prescrit¹³²⁵. Corollaire du droit de vote des coobligés, même représentés par le créancier : un droit à l'information. Car que les coobligés instruisent le créancier est une chose, qu'ils le fassent en connaissance de cause en est une autre. Il faut ainsi considérer que les coobligés ont un droit à obtenir du commissaire au sursis toute pièce utile à forger leur opinion, comme tout créancier. Une créance seulement partiellement garantie par un coobligé est économiquement divisée par deux¹³²⁶ : cela revient à dire qu'un créancier dont la prétention n'est que partiellement garantie peut voter pour la part de la créance non couverte, et réserver l'adhésion du coobligé.

- 473 Il peut arriver que le débiteur concordataire ait lui-même cautionné la dette d'un tiers. Le créancier du tiers peut, à certaines conditions, s'en prendre à la caution pour le tout. Le créancier sera plus facilement admis au vote dans le contexte d'un cautionnement solidaire¹³²⁷ que d'un cautionnement simple¹³²⁸ : dans le premier cas, le créancier peut aisément rechercher la caution, les conditions de l'art. 496 CO étant facilement réalisables¹³²⁹. Tant que le créancier n'a pas fait appel à la caution, la créance doit être considérée par le commissaire comme incertaine, et traitée comme une créance conditionnelle. Seul le juge sera en finalité habilité, au dernier moment, à admettre ou non la créance dans le décompte, dépendant de l'exercice par le créancier de droit d'appeler la caution.

e) Créanciers tardifs

i. Le texte de loi

- 474 En vertu de l'art. 310 LP, le concordat a force obligatoire pour toutes les créances nées avant l'ouverture de la procédure concordataire. Pour savoir si une créance est concernée par un concordat par abandon d'actif en cours de faillite, il y a lieu de considérer le moment de sa naissance et non celui où elle a été produite dans la

¹³²³ Art. 303 al. 2 LP.

¹³²⁴ Art. 303 al. 3 LP.

¹³²⁵ HARI, Droits du créancier contre les coobligés du débiteur concordataire.

¹³²⁶ GILLIÉRON, n° 20 ad art. 305 LP.

¹³²⁷ Art. 496 CO.

¹³²⁸ Art. 495 CO.

¹³²⁹ MARCHAND, CR LP, n° 36 ad art. 305 LP.

faillite¹³³⁰. Selon la lettre de l'art. 300 al. 1, première phrase LP, les créanciers doivent indiquer au commissaire leurs créances dans les 20 jours suivant la publication, sous peine d'être exclus des délibérations. Il en a été déduit qu'une production hors délai conduisait à la mise à l'écart des délibérations du créancier tardif. La formulation de la disposition précitée est également interprétée dans le sens que l'exclusion des délibérations ne s'adresse en définitive qu'aux créanciers qui n'ont pas produit du tout¹³³¹. Indépendamment de la question du droit de vote, tant les créanciers ordinaires qui ont produit, que ceux qui ont produit tardivement – et même ceux qui n'ont pas produit du tout – sont liés par le concordat¹³³², une fois la décision d'homologation devenue exécutoire.

- 475 L'admission au vote des créanciers ayant produit en retard est très discutée¹³³³ et dépend de l'interprétation qui est faite de l'art. 300 LP et de l'art. 305 al. 3 LP. Si l'art. 300 LP contient un délai d'ordre, il n'y a pas de raison d'arriver à la conclusion que les créanciers ayant produit tardivement ne doivent pas être autorisés à adhérer. En revanche, si dit délai constitue un délai de déchéance, il y aurait motif à exclure du vote les créanciers tardifs ; mais un délai de déchéance doit cependant être justifié ; il conviendra donc de lui trouver un fondement. Une interprétation grammaticale de l'art. 305 al. 3 LP, qui mentionne que le juge est libre de décider d'accepter ou non les créanciers contestés, dont les créances sont subordonnées à une condition suspensive ou à un terme incertain, mais ne mentionne pas les créanciers tardifs, conduit à la conclusion que le droit de vote des créanciers ne doit pas être supprimé, mais que ceux-ci doivent compter avec le fait qu'ils peuvent être simplement exclus de l'assemblée des créanciers.

ii. *Motifs à l'exclusion du droit de vote ?*

¹³³⁰ ZH, décision de la 3^{ème} chambre civile du tribunal supérieur du 9 janvier 1961 in : BLSchK 1964 V p. 143 ss.

¹³³¹ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 21 ad art. 300 LP.

¹³³² HARDMEIER, BSK SchKG, n° 5 ad art. 310 LP; SchKG-Kommentar, n° 8 ad art. 310 LP; MARCHAND, CR LP, n° 26 ad art. 310 LP; GILLIÉRON, n° 9 ad art. 310 LP;

¹³³³ Selon MARCHAND, CR LP, n° 38 ad art. 295 LP, le juge peut exclure du vote les créanciers tardifs ; GANI, CR LP, n° 3 ad art. 300 LP, et n° 2 ad art. 302 LP, indique que les créanciers ayant produit tardivement sont déchus de tout droit dans la procédure concordataire : il ne peuvent ni prendre part au vote, ni requérir une seconde estimation des gages, et ni recourir contre l'homologation du concordat ; cet auteur est cependant d'avis que le créancier tardif peut participer à l'assemblée des créanciers, mais sans droit de vote ; HARDMEIER, BSK SchKG, n° 24 ad art. 305 LP, dénie tout droit de vote aux créanciers tardifs ; HUNKELER, n° 949 et 888, estime que les créanciers tardifs doivent compter avec le fait qu'ils ne soient pas pris en comptes dans le décompte menant à l'acceptation ou au refus par les créanciers du concordat.

- 476 La sanction est souvent justifiée par la nécessité pour le commissaire de pouvoir consulter le débiteur sur les productions, et d'avoir assez tôt une vision réaliste du rapport existant entre le total des actifs et le total des passifs¹³³⁴. Cette double argumentation est discutable. Il est matériellement tout à fait possible de consulter le débiteur sur les productions tardives, jusqu'à la clôture de la procédure préparatoire. En outre, en l'état actuel de la loi et de la jurisprudence, le passif concordataire évolue de toute façon au fil de la procédure, puisqu'il est communément admis que les créanciers qui ont produit au-delà du délai de 20 jours sont néanmoins pris en compte dans le concordat¹³³⁵ ; il est même admis, certes pas unanimement, qu'ils bénéficient de la garantie de l'exécution du concordat. S'agissant des voix – puisque c'est leur suppression qui constitue la sanction – il convient de rappeler que les adhésions peuvent parvenir au juge jusqu'à l'audience d'homologation : c'est dire que jusqu'à l'audience d'homologation, il règne une certaine incertitude sur le montant du passif concordataire, encore accentuée par le fait que le juge a le choix de prendre en compte ou non dans le calcul des voix les créanciers contestés. Enfin, l'on ne saurait justifier la sanction par des questions organisationnelles liées à un hypothétique surcroît de travail causé par des productions tardives : le surcroît de travail ne justifie jamais la suppression d'un droit.
- 477 Au-delà des considérations exprimées ci-dessus, la seule admission au vote des créanciers ayant produit dans les 20 jours pourrait être justifiée par la nécessité d'un accès complet à l'information, qui pourrait expliquer également la nature de la « sanction ». Par son adhésion, le créancier adhère irrévocablement à ce qui représente à biens des égards un contrat avec le débiteur. Comme pour tout contrat, il est nécessaire que le cocontractant puisse exprimer sa manifestation de volonté en connaissance de cause et fournisse un consentement éclairé. En ce sens, la procédure d'annonce de créance permet de déterminer le cercle des créanciers qui a ensuite accès à l'information ; cette hypothèse ne sera bien entendu réalisée que si le commissaire prend soin d'avertir par pli simple les créanciers, qui ont produit, de la mise à disposition des pièces du concordat et de la tenue d'une assemblée des créanciers¹³³⁶. Le cercle des créanciers pourra, ensuite de l'accès aux informations, recourir contre l'inventaire et l'estimation des gages, et contre des décisions du commissaire qui n'auraient pas encore été portées à leur connaissance. L'interdiction d'adhérer peut en ce sens être comprise comme poursuivant un but

¹³³⁴ HUNKELER, n° 879 ss.

¹³³⁵ Les productions sont admises jusqu'à la clôture de la liquidation dans un concordat par abandon d'actif, l'article 251 LP étant applicable par analogie (renvoi de l'art. 321 al. 2 LP).

¹³³⁶ Art. 301 al. 2 et 300 al. 1 deuxième phrase LP.

de protection des créanciers contre eux-mêmes. Seuls les créanciers ayant participé à toute la procédure, et maîtrisant, grâce à l'information qu'ils ont reçue, tous les tenants et aboutissants de la procédure concordataire, pourraient voter. Les autres, qui n'ont été que spectateurs très partiels, ne seraient pas admis. L'égalité de traitement entre créanciers est aussi assurée : en effet, un créancier autorisé à voter, sans qu'il n'ait pourtant eu accès à l'information, peut recourir contre les décisions du commissaire ensuite de l'accès à l'information et participé à l'assemblée des créanciers, pourrait prendre ensuite ombrage de ces éléments et se plaindre d'une inégalité de traitement, voire remettre en cause son adhésion en raison d'un vice du consentement. Si l'accès à l'information constitue le préalable au droit de vote, rien ne s'oppose par ailleurs à ce que les créances produites tardivement bénéficient de la garantie de l'exécution du concordat¹³³⁷. Il est également envisageable que le but recherché par le législateur soit l'égalité de traitement entre créanciers : tous les créanciers doivent produire dans les 20 jours ; il n'y aurait pas de raison que ceux qui ne respectent pas ce délai restent « impunis ».

iii. Admission d'office des créanciers figurant dans la comptabilité

- 478 Tout débiteur soumis à la procédure par voie de faillite ou de saisie peut faire l'objet d'une procédure concordataire¹³³⁸. En pratique, beaucoup de débiteurs requérant et obtenant un sursis concordataire sont soumis à l'obligation de tenir une comptabilité¹³³⁹ : personne physique exploitant une entreprise individuelle dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à CHF 100'000.-- (art. 36 ORC), sociétés en nom collectif et en commandite (art. 40 ORC), anonyme (art. 43 ORC), en commandite par action (art. 66 ORC), à responsabilité limitée (art. 71 ORC), coopérative (art. 84 ORC), société en commandite de placements collectifs (art. 98 ORC), société d'investissement à capital fixe (art. 101 ORC) et variable (art. 102 ORC). L'intégralité, ou à tout le moins la majeure partie des créanciers, devrait donc ressortir des livres. Or, en application de l'art. 300 al. 1 LP, deuxième phrase, le commissaire doit expédier à tous les créanciers connus un exemplaire de la publication contenant l'appel aux créanciers. Ces créanciers devraient donc être admis aux délibérations, indépendamment du caractère tardif de leur production.

iv. Conclusion

¹³³⁷ HARDMEIER, BSK SchKG, n°20 ad art. 306 LP.

¹³³⁸ Art. 293 al. 2 LP.

¹³³⁹ Art. 957 al. 1 CO.

479 Trop d'incertitude règne dans le système actuel. Le fait qu'autant d'avis divergents et différents émanent de la doctrine est la preuve que la loi n'est pas claire et laisse trop de place à l'interprétation. Selon le système actuel, il existe un risque non négligeable qu'un créancier important n'ayant pas respecté le délai de 20 jours ne puisse influencer sur le processus du concordat, alors que son intérêt est indéniable. Suivre les partisans d'une interprétation stricte de l'art. 300 LP aboutit à un résultat conforme à la lettre de la loi, mais néanmoins choquant. Aussi convient-il de partir du principe que le délai de 20 jours est un délai d'ordre, comme dans une procédure de faillite, et que tous les créanciers, même ceux qui ont produit tardivement, peuvent être admis aux délibérations.

f) Créancier conditionnel, contesté par le débiteur, à terme incertain

480 L'admission au vote de créanciers dont la créance est contestée par le débiteur est tranchée par le juge du concordat, lequel se basera sur le préavis du commissaire contenu dans son rapport¹³⁴⁰. Le juge est libre de décider si ces créances entrent dans le calcul final¹³⁴¹, en se limitant à l'examen de la vraisemblance ; cette décision relève de son pouvoir d'appréciation¹³⁴². L'on ne peut exiger du juge qu'il se livre à un examen approfondi de la question litigieuse.

481 Par créances contestées, il faut entendre les créances contestées par le débiteur¹³⁴³, la loi n'instituant pas expressis verbis au stade du sursis de véritable droit pour les créanciers de contester les créances produites, qu'elles soient reconnues ou non. La créance produite qui peut faire l'objet par le débiteur en sursis d'une compensation fait partie des créances contestées¹³⁴⁴.

g) Créance contestée par les créanciers

482 S'agissant de la prise en compte de la voix du créancier, reconnu par le débiteur mais contesté par un ou plusieurs créanciers, l'on devrait admettre que le juge puisse traiter la créance comme une créance conditionnelle, et l'exclure du vote s'il lui apparaît, selon un examen sommaire et au stade de la vraisemblance¹³⁴⁵, qu'elle n'est absolument pas due.

¹³⁴⁰ BISchK 1975, 151.

¹³⁴¹ Art. 305 al. 3 LP.

¹³⁴² TF, arrêt 5A.169/2008 du 29 janvier 2009; TI, Chambres des poursuites et faillites, décision du 4 mai 1999, in: REP 1999 p. 310 ss.

¹³⁴³ Art. 300 al. 2 LP.

¹³⁴⁴ GILLIÉRON, n° 22 ad Remarques introductives aux art. 293-304 LP.

¹³⁴⁵ TI, décision de la chambres des poursuites et faillites du 4 mai 1999, in : REP 1999 p. 310 ss.

483 Il a été précisé plus haut qu'aucune voie de droit n'était à proprement parler mise à disposition des créanciers pendant le sursis pour contester l'existence d'une créance. Mais il pourrait arriver qu'un débiteur tente d'augmenter artificiellement son passif, proposant corollairement un dividende moins élevé à ses créanciers légitimes. Les créanciers se doutant des manœuvres dilatoires du débiteur, n'auraient d'autre moyen que d'alerter le commissaire et de lui indiquer leur point de vue, charge à celui-ci d'en faire état dans son rapport et de recommander, après enquête, et éventuellement audition du créancier contesté, le retrait du droit de vote au pseudo-créancier.

h) Conjoint du débiteur et proches

484 Le conjoint ou le partenaire enregistré du débiteur¹³⁴⁶ sont exclus des délibérations, que la créance soit privilégiée ou non¹³⁴⁷. Le risque est en effet trop grand que le lien étroit liant le débiteur et les personnes susmentionnées n'aboutisse à une entente susceptible d'imposer aux créanciers une solution non désirée. Ce qui précède vaut aussi pour les proches du débiteur, que le lien soit affectif ou économique¹³⁴⁸. Dans ce dernier cas, les créanciers pourront voter, mais, en vertu du principe de la bonne foi, le juge doit être habilité à ne pas prendre en compte le vote s'il s'avère, sur rapport du commissaire, que l'objectivité nécessaire manquait au moment du vote¹³⁴⁹.

i) Créancier de la masse concordataire

485 Les créances nées pendant le sursis, avec l'accord du créancier, ne sont pas soumises au concordat¹³⁵⁰. Les créanciers dont les prétentions sont nées pendant le sursis provisoire ou définitif n'ont donc aucun intérêt au concordat et ne sont pas légitimés à voter. Ils seront payés en principe au fur et à mesure, afin d'éviter un échec du concordat du fait de dettes de masses dont le paiement a été omis et d'assurer leur paiement intégral.

j) Créances fiscales et de droit public

486 A de nombreuses reprises, la question de savoir si certaines créances fiscales et de droit public, dérivant directement de la loi et prenant naissance avant le sursis

¹³⁴⁶ Art. 305 al. 2 LP.

¹³⁴⁷ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 25 ad art. 305 LP.

¹³⁴⁸ ZH, arrêt de l'Obergericht du 2 octobre 1979, in: ZR 79 (1980), 18 ; Contra: HARDMEIER, BSK SchKG, n° 28 ad art. 305 LP.

¹³⁴⁹ HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 14 ad art. 305 LP ; MARCHAND, CR LP, n° 39 ad art. 305 LP.

¹³⁵⁰ Art. 306 al. 2 ch. 2 LP.

indépendamment de toute manifestation de volonté du débiteur sursitaire¹³⁵¹, devaient profiter du privilège découlant de l'art. 310 al. 2 LP, s'est posée. Il faut se prononcer contre une interprétation par trop extensive de l'art. 310 al. 2 LP et répondre par la négative¹³⁵². Les créances fiscales et de droit public ne faisant l'objet d'aucun privilège légal au sens de l'art. 219 de la LP ou d'autres lois spéciales suisses ne doivent pas jouir d'un privilège artificiel fondé sur un tel cas de figure¹³⁵³.

4.4.3. Cas spécifiques dans lesquels le créancier doit être admis à voter

a) Créanciers dont la créance n'est pas encore exigible

487 Le concordat est obligatoire pour les créances non exigibles, nées avant l'octroi du sursis concordataire. Ces créances sont donc comptabilisées dans le passif, et le montant du dividende – dans un concordat ordinaire comme dans un concordat par abandon d'actif – est consigné jusqu'à la date d'exigibilité¹³⁵⁴. Les créanciers dont la prétention n'est pas exigible doivent donc logiquement être admis aux délibérations. Pour savoir si une créance est soumise au concordat par abandon d'actif présenté en cours de faillite, il y a lieu de considérer le moment de sa naissance et non celui où elle a été produite dans la faillite¹³⁵⁵.

b) Créances non pécuniaires

488 La force obligatoire du concordat pour les créances non pécuniaires, et l'application analogique de l'art. 211 est discutée¹³⁵⁶. En vertu du but fixé par le concordat, il sied d'approuver l'avis de la doctrine favorable à l'application de l'art. 211 LP : le concordat, en tant qu'outil d'assainissement, permet d'apurer le passif d'un débiteur en difficulté, autorisant ainsi sa survie ; bien que, du point de vue du créancier de la prestation, l'exécution d'une obligation en nature n'implique pas le versement d'une somme d'argent, elle aura pourtant cet effet dans le patrimoine du

¹³⁵¹ Impôt fédéral direct, impôt cantonal sur le revenu et la fortune, impôt à la source.

¹³⁵² ASA 39 (1970) p. 22-24 (24) = RDAF 1973 p. 98-101 ; ASA 50 (1981) p. 639-645 (642) et les références citées ; GILLIÉRON, n° 33 ad art. 310 LP.

¹³⁵³ ATF 134 III 115 ; TF, ASA 50, p. 426 (429), et les références à BLUMENSTEIN, Schweiz. Steuerrecht, p. 638/639 et à l'ATF 96-I-247 consid. 3 = JdT 1974 I 22. Une notable exception est

¹³⁵⁴ MARCHAND, CR LP, n° 27 ad art. 310 LP.

¹³⁵⁵ ZH, décision de la chambre civile de l'Obergericht du 9 janvier 1961 in : BISchK 1964 V p. 143 ss.

¹³⁵⁶ MARCHAND, CR LP, n° 33 ad art. 310 LP.

débiteur concordataire¹³⁵⁷. Les créanciers non pécuniaires doivent être admis au vote.

4.4.4. Dies ad quem

- 489 Les adhésions peuvent parvenir au juge jusqu'à l'audience d'homologation¹³⁵⁸. La loi ne précise pas si des adhésions peuvent être amenées en deuxième instance. Mais, comme d'ailleurs en matière de sûretés¹³⁵⁹, les adhésions devraient encore être reçues par l'autorité supérieure de jugement *in appellatorio nova*¹³⁶⁰, en tout cas jusqu'au dépôt du recours¹³⁶¹. Il est regrettable que le législateur ait confié aux cantons la maîtrise de cet aspect de la procédure concordataire ; il eût été souhaitable d'effectuer un renvoi clair à l'art. 174 LP, ou de prévoir une disposition spécifique dans le droit de la procédure concordataire. De plus, les inégalités consacrées par le système actuel – certains cantons admettant les véritables *nova* et d'autres pas – ne sont pas admissibles. Eu égard au but poursuivi par la procédure concordataire, l'on ne saurait se satisfaire de cet état des lieux, selon lequel l'admission des créanciers après la décision de première instance, avant la décision sur appel, constitue une question relevant du droit procédural cantonal¹³⁶².

K. Rapports intermédiaires

- 490 Le commissaire peut être amené, sur demande du juge du concordat, à lui remettre des rapports intermédiaires¹³⁶³. Le juge peut en particulier décider d'astreindre le commissaire à lui faire rapport régulier dans les cas où la situation est complexe, ou que la situation financière du débiteur est susceptible d'être rapidement péjorée, le rapport constatant alors l'avancement de la procédure, faisant état de l'augmentation, de la stabilité ou de la diminution des passifs du débiteur, et

¹³⁵⁷ De plus, comme le relève MARCHAND, renoncer à inclure les créances non pécuniaires dans le concordat reviendrait d'une part à effectuer une inégalité de traitement entre les créanciers ayant eu le temps de mettre en demeure le débiteur - et convertir leur créance en prétention en dommages et intérêts - et les autres, et d'autre part à faire courir au débiteur concordataire le risque d'être mis en faillite pour ces dettes non pécuniaires peu de temps après l'homologation du concordat.

¹³⁵⁸ Art. 305 al.1 LP.

¹³⁵⁹ Cf. *infra*, § 501.

¹³⁶⁰ HARDMEIER, BSK SchKG, n° 13 ad art. 307 LP.

¹³⁶¹ GR, décision du Tribunal cantonal du 20 octobre 2003 in: SKG 03 25, PKG 2003 N°14.

¹³⁶² TF, arrêt 5A.517/2007 du 13 février 2008 ; MARCHAND, CR LP, n° 41 ad art. 305 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 3 ad art. 305 LP ; BROGLI, La procédure sommaire en droit des poursuites, p. 195.

¹³⁶³ Art. 295 al. 2 lit. c LP *ab initio*; VOLLMAR, BSK SchKG, n° 19 ad art. 295 LP.

recommandant l'acceptation ou le rejet d'une éventuelle requête en prolongation du sursis. L'obligation de remettre des rapports intermédiaire est souvent confondue¹³⁶⁴ avec l'obligation de motiver une éventuelle requête de prolongation de sursis¹³⁶⁵.

- 491 Par application analogique de l'art. 330 al. 2 LP, un rapport intermédiaire devrait aussi être spontanément fourni par le commissaire dans les cas où le sursis est octroyé pour plus d'un an. Il sied de préciser qu'à lecture de la loi, seul le juge du concordat est habile à demander des rapports intermédiaires sur la procédure en cours. En application de l'art. 14 LP, il faut admettre que l'autorité de surveillance est aussi légitimée à demander des rapports au commissaire mais de toute autre nature : il ne s'agira pas alors de demander des renseignements sur une procédure spécifique en cours, mais sur les procédures en général, que le commissaire dirige en parallèle, afin notamment de s'assurer qu'il peut leur consacrer tout le temps nécessaire.

L. Rapport final au juge

1. Généralités

- 492 Le commissaire est chargé de remettre au juge, peu avant l'expiration du sursis et avant la tenue de l'audience d'homologation, un rapport¹³⁶⁶ contenant toutes les pièces du concordat¹³⁶⁷ ainsi que les adhésions reçues, dans lequel il recommande l'octroi ou le refus du concordat¹³⁶⁸ en fonction des conditions légales d'homologation fixées à l'art. 306 LP¹³⁶⁹. Le juge du concordat n'est cependant pas lié par l'avis du commissaire ; cependant, il ne devrait pas s'en écarter sans réelle nécessité¹³⁷⁰. Une fois le rapport en sa possession, le juge pourra alors convoquer une audience d'homologation. Les effets du sursis se prolongeront jusqu'au jour de l'entrée en force du jugement final d'homologation¹³⁷¹. Le rapport du commissaire au juge sera fondé principalement sur celui présenté à l'assemblée des créanciers. Il contiendra par ailleurs un récapitulatif des productions et indiquera distinctement le

¹³⁶⁴ HUNKELER, n° 809 s; VOLLMAR, BSK SchKG, n° 19 ad art. 295 LP.

¹³⁶⁵ Art. 295 al. 4 LP.

¹³⁶⁶ Art. 304 al. 1 LP.

¹³⁶⁷ Art. 301 al. 1 LP 1^{ère} phrase LP.

¹³⁶⁸ Art. 304 al. 1 *in fine* LP.

¹³⁶⁹ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 10 ad art. 304 LP; MARCHAND, FJS 24, § 63.

¹³⁷⁰ ATF 98 III 60 ss (consid. 6 b)) = JdT 1972 II 101 ss (111)

¹³⁷¹ GILLIÉRON, n° 9 ad art. 304 LP, et les ATF cités.

total des créances privilégiées, des créances chirographaires, et distinguera les créances nées avec l'approbation du commissaire des autres, afin que le juge puisse déterminer sans aucun doute possible quelles seront les créances englobées par le concordat¹³⁷². Ces éléments auront également leur importance s'agissant des sûretés à fournir par le débiteur concordataire envers qui le concordat accepté et homologué a force obligatoire. Le rapport contiendra des indications précises relatives aux conditions légales d'homologation¹³⁷³, lesquelles seront différentes selon que le concordat homologué est un concordat ordinaire ou par abandon d'actif. Cas échéant, le rapport du commissaire sera le lieu pour ce dernier de dénoncer d'éventuelles irrégularités qu'il aurait constatées et qui pourraient par la suite conduire à une révocation du concordat¹³⁷⁴, voire à l'ouverture de l'action pénale¹³⁷⁵.

2. Contenu

2.1. Adéquation de l'offre du débiteur avec ses ressources (proportionnalité)

493 La *ratio legis* de l'art. 306 al. 2 ch. 1 LP est la vérification de l'adéquation du sacrifice du débiteur avec ses ressources. Il s'agit d'une part de déterminer si le débiteur ne s'est pas montré trop généreux, en offrant un dividende irréaliste, ou au contraire pas assez. Cette disposition ne s'applique qu'aux concordats ordinaires, et aux concordats mixtes, avec cession partielle d'actifs¹³⁷⁶. S'agissant d'un concordat par abandon d'actif proprement dit, il s'agira bien plus de vérifier que le dividende proposé est supérieur à celui qui aurait pu être obtenu en cas de faillite¹³⁷⁷. Dans les deux cas, le juge se basera sur l'inventaire des actifs du débiteur¹³⁷⁸, et prendra également en considération l'éventuel soutien de tiers, légal ou non¹³⁷⁹ et

¹³⁷² Art. 310 al. 1, 1^{ère} phrase LP.

¹³⁷³ Art. 306 LP.

¹³⁷⁴ SCHÜPBACH, Révocation du concordat, p. 275.

¹³⁷⁵ En application en particulier de l'art. 170 CP.

¹³⁷⁶ ATF 122 III 176=JdT 1998 II 140; VS, Décision du Juge instructeur du district de Sierre in: RVJ 1983, p. 343; HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 5 ad art. 306 LP; MARCHAND, CR LP, n° 30 ad art. 306 LP; HUNKELER, § 1001; HARDMEIER, BSK SchKG, n° 7 ad art. 305 LP; AMONN / WALTHER, §54 n° 75; GILLIÉRON, n° 20 ad art. 306 LP.

¹³⁷⁷ Art. 306 al. 2 ch. 1bis LP.

¹³⁷⁸ Voir infra, Chapitre III, p. 226 ss.

¹³⁷⁹ MARCHAND, CR LP, n° 35 ad art. 306 LP; MARCHAND, FJS 24, § 70; BK-JAEGER, n° 13 ad art. 306 LP; HARDMEIER, BSK-SchKG, n° 15 ad art. 306 LP.

l'hypothétique bénéfice que l'entreprise pourrait faire¹³⁸⁰. Quand bien même la loi ne contient-elle qu'un critère quantitatif, il convient cependant d'étudier la proposition dans son ensemble¹³⁸¹, et de prendre par exemple en considération le délai dans lequel une partie ou la totalité du dividende sera versé par le débiteur (critère qualitatif).

2.2. Caractère plus avantageux qu'une faillite

- 494 En cas d'homologation d'un concordat par abandon d'actif, le produit de la réalisation des actifs ou la somme offerte par un tiers reprenneur doit apparaître supérieur au prix qui pourrait être obtenu dans une faillite¹³⁸². En d'autre terme, le juge du concordat doit vérifier si le dividende servi dans le cadre du concordat est inférieur, supérieur ou égal à celui qui aurait pu être versé dans une faillite. Établir des critères objectifs permettant de déterminer avec certitude si un concordat par abandon d'actif sauvegarde mieux les intérêts des créanciers qu'une faillite n'est pas chose aisée¹³⁸³. Le législateur avait bien conscience de la totale impossibilité d'apprécier de façon sûre et certaine, avant toute liquidation, que le concordat rapporte davantage aux créanciers qu'une faillite : le produit de la réalisation – ou la somme offerte par le tiers reprenneur – doit seulement « apparaître » supérieur au prix qui pourrait être obtenu dans une liquidation par voie de faillite¹³⁸⁴. L'examen se cantonnera donc au stade de la vraisemblance¹³⁸⁵. Très généralement, et en fonction de la composition des actifs du débiteur sursitaire, il sera souvent bien plus avantageux de procéder à leur liquidation dans le cadre d'une procédure concordataire, et même déjà pendant le sursis, que dans une procédure de faillite, beaucoup moins souple.

2.3. Garantie suffisante

- 495 L'exécution du concordat, le paiement intégral des créanciers privilégiés reconnus et l'exécution des obligations contractées pendant le sursis avec l'accord du commissaire doivent impérativement faire l'objet d'une garantie suffisante, à moins

¹³⁸⁰ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 13 ad art. 306 LP.

¹³⁸¹ HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 8 ad art. 306 LP.

¹³⁸² Art. 306 al 2 ch. 1^{bis} LP.

¹³⁸³ ATF 98 III 60.

¹³⁸⁴ ZH, arrêt du tribunal supérieur du 26 mars 1938 in: BISchK 1941 VI p. 182 s. = ZR 39 (1940), 19/20, p. 313.

¹³⁸⁵ GILLIÉRON, n° 24 ad art. 306 LP ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 18 ad art. 306 LP.

que chaque créancier y ait expressément renoncé¹³⁸⁶. Il appartient donc au commissaire¹³⁸⁷ de contrôler et préciser dans son rapport que le débiteur, ou un tiers, a fourni une garantie financière, sous forme de sûretés personnelles ou réelles¹³⁸⁸, afin de garantir l'exécution du concordat, le paiement intégral des créanciers privilégiés reconnus et l'exécution des obligations contractées pendant le sursis avec son consentement.

- 496 Par garanties, il faut entendre tout gage immobilier ou mobilier, consignation par le débiteur ou un tiers d'espèce, caution simple ou solidaire, porte-fort, cession de créance, reprise de dette¹³⁸⁹. Dans un groupe de sociétés, une société sœur, mère ou fille, même domiciliée à l'étranger¹³⁹⁰, doit pouvoir être autorisée à garantir l'exécution du concordat d'une société parente, pour autant que les éventuels actes par lesquels la société tierce s'engage à garantir le concordat soient soumis au droit suisse et qu'une prorogation de for en faveur des tribunaux suisses ait été convenue.
- 497 Sur la base du rapport et du préavis du commissaire, l'autorité concordataire sera chargée de vérifier si les sûretés ont été valablement constituées et sont suffisantes pour assurer un paiement intégral de tous les créanciers ayant produit avant l'audience d'homologation et sont en mains ou facilement à disposition des créanciers¹³⁹¹, raison pour laquelle il est en général requis que les documents contractuels par lesquels un tiers s'engage à garantir le remboursement des créanciers concordataires soient soumis au droit suisse et qu'une prorogation en faveur des tribunaux suisse, dans l'idéal du for du concordat, soit convenue, respectivement prévue. La fourniture de sûretés est une condition matérielle d'homologation du concordat ; l'autorité concordataire ne peut pas homologuer un concordat si des sûretés suffisantes ne sont pas fournies, à moins que certains créanciers aient renoncé expressément à la garantie pour leur créance¹³⁹². Eu égard au caractère exprès que la renonciation doit revêtir, le concordat ne saurait

¹³⁸⁶ Art. 306 al. 2 ch. 2 LP.

¹³⁸⁷ HABERTHÜR, in: BISchK 14 (1950), VI, p. 162.

¹³⁸⁸ BE, décision de l'autorité cantonale de surveillance en tant qu'autorité concordataire supérieure du 28 février 1967, in : BISchK 1968 III p. 88 ss. (consid. 2).

¹³⁸⁹ RUEDIN, Problèmes du droit concordataire, p. 77.

¹³⁹⁰ *Contra* : GILLIÉRON, n° 28 ad art. 306 LP.

¹³⁹¹ La couverture des créances doit paraître vraisemblable, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de doutes à l'encontre d'une telle éventualité. OW, décision de l'Obergerichtskommission du 24 avril 1985, in : BISchK 1989 I p. 33 ss.; HABERTHÜR, p. 162.

¹³⁹² Art. 306 al. 2 ch. 2 *in fine* LP.

valablement contenir une clause générale de renonciation à la garantie d'exécution du concordat.

- 498 La fourniture de sûretés n'est exigée que dans le cadre de l'homologation d'un concordat ordinaire, qui voit le débiteur rester propriétaire de ses biens et retrouver après l'homologation du concordat la libre disposition sur ses actifs¹³⁹³. Ensuite de l'homologation d'un concordat par abandon d'actif, le débiteur abandonne ses biens aux créanciers – ou à un tiers – et est liquidé, n'étant par conséquent plus en mesure de fournir des sûretés, puisque étant dépossédé de ses d'actifs¹³⁹⁴. La protection – relative – des créanciers est assurée par le fait que le débiteur en sursis doit démontrer que le concordat par abandon d'actif proposé est plus avantageux que la faillite, sauf si le débiteur promet un dividende minimal ; dans ce dernier cas, une garantie devra être fournie. Dans le cas d'un concordat par abandon d'actif à un tiers, la question ne se posera pas de la même manière, puisque l'on considère que l'obligation de fournir une garantie passe alors au tiers repreneur¹³⁹⁵.
- 499 Le fait que le débiteur ne puisse pas fournir les sûretés suffisantes ne devrait pas avoir d'autre conséquence que le refus d'homologation par le juge. En particulier, le juge ne saurait autoriser une modification ou modifier le concordat d'office¹³⁹⁶ en réduisant le dividende concordataire, puisque le concordat, dans sa composante contractuelle, ne peut plus être amendé après que les créanciers ont adhéré. La fourniture de sûretés constitue par ailleurs sans aucun doute un élément essentiel du contrat¹³⁹⁷, dont l'absence plaide en faveur d'un refus d'homologation judiciaire. En effet, en l'absence de garanties, il existe manifestement un vice du consentement, les créanciers s'attendant à ce que cette condition légale soit remplie, sauf manifestation de volonté contraire.
- 500 La fourniture des sûretés doit pouvoir intervenir encore entre les jugements cantonaux de première et de deuxième instance, *in appellatorio nova*, en tout cas jusqu'au dépôt du recours¹³⁹⁸. En effet, le but du concordat est de permettre au débiteur d'assainir son entreprise surendettée. Le rôle des règles procédurales n'est

¹³⁹³ HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 13 ad art. 306 LP et HUNKELER, § 1006 ; HARDMEIER, BSK SchKG, n° 20 ad art. 306; MARCHAND, CR LP, n° 37 ad art. 306 LP ; MARCHAND, FJS 24, §72 ; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 27 ad art. 306 LP; RUEDIN, Problèmes du droit concordataire, p. 76.

¹³⁹⁴ HARDMEIER, BSK SchKG, n° 17 ad art. 306; MARCHAND, FJS 24, §72.

¹³⁹⁵ AMONN / WALTHER, § 54 n° 77; MARCHAND, FJS 24, §72.

¹³⁹⁶ Art. 306 al. 3 LP.

¹³⁹⁷ FR, décision de la Cour d'appel du 26 janvier 1982 in : BISchK 1987 II p. 76 ss. (consid. 3).

¹³⁹⁸ GR, décision du Tribunal cantonal du 20 octobre 2003 in: SKG 03 25, PKG 2003 N°14; *contra*, HABERTHÜR, Die Sicherstellung in der Nachlassstundung, BISchK 14 (1950), VI, p. 162, qui estime que les sûretés doivent être fournies au plus tard au jour de l'audience d'homologation.

pas d'entraver la réussite d'un concordat. L'on ne peut donc se satisfaire du point de vue selon lequel l'admission des garanties après la décision de première instance, avant la décision sur appel, est une pure question de droit de procédure cantonal¹³⁹⁹ ; bien plus convient-il d'appliquer par analogie l'art. 174 al. 2 LP et de considérer que la preuve de la garantie du concordat peut être amenée également en appel¹⁴⁰⁰. L'on ne saurait en revanche admettre que des opérations de vente d'éléments de l'actif puissent avoir lieu par le commissaire au stade de l'appel pour permettre de dégager de la trésorerie aux fins de garantie, situation aboutissant *de facto* à la modification de la nature du concordat homologué, qui de concordat ordinaire, deviendrait un concordat mixte, par abandon d'actif. Par ailleurs, seul le juge du concordat (de première instance) peut autoriser la vente de l'actif immobilisé pendant le sursis (art. 298 LP), même si la mission du commissaire ne prend fin qu'une fois la décision d'homologation devenue exécutoire,

- 501 La garantie fournie par le débiteur ou un tiers à l'autorité concordataire ne sera restituée que lorsque la preuve que le concordat a été correctement exécuté aura été amenée par le surveillant à l'exécution du concordat, respectivement le liquidateur d'un concordat par abandon d'actif à un tiers repreneur, sans oublier de contrôler que les créanciers privilégiés ont été intégralement payés. Ce qui vient d'être dit ne vaut cependant pas si les créanciers ont procédé à un abandon de créance ou si le débiteur concordataire fournit une autre garantie pour les créances impayées¹⁴⁰¹.
- 502 Le paiement intégral des créances privilégiées, même contestées, doit impérativement être garanti¹⁴⁰², raison pour laquelle dits créanciers privilégiés sont exclus du vote. Une partie de la doctrine¹⁴⁰³ indique qu'une créance privilégiée non annoncée dans le délai de 20 jours perd le bénéfice de la garantie de l'art. 306 al. 2 ch. 2 LP, la loi réservant cette sécurité aux seuls « *angemeldeten privilegierten Gläubiger* »¹⁴⁰⁴. Cette affirmation doit être nuancée et précisée, en ce sens que les

¹³⁹⁹ TF, arrêt 5A.517/2007 du 13 février 2008 ; cf décisions cantonales citées par MARCHAND, CR LP, n° 22 ad art. 306 LP.

¹⁴⁰⁰ Dans le même sens, HARDMEIER, BSK SchKG, n° 13 ad art. 307 LP. Contra: BE, décision de l'autorité cantonale de surveillance du canton en tant qu'autorité concordataire supérieure du 28 février 1967 in :BISchK 1968 III p. 88 ss. (consid. 2).

¹⁴⁰¹ ZH, décision de la 1^{ère} section du Tribunal de district de Bülach du 6 septembre 1995 in : BISchK 1997 II p. 75 ss.

¹⁴⁰² Art. 306 al. 2 ch. 2 LP.

¹⁴⁰³ HUNKELER, n° 894 ; JAEGER, SchKG Kommentar, n° 36 s ad art. 306 LP.

¹⁴⁰⁴ Les textes italien et français diffèrent sur ce point, ceux-ci établissant que le paiement intégral des créanciers privilégiés « reconnus » (en italien « *ammessi* » et « *insinuati* ») par le débiteur au sens de l'art. 300 al. 2 LP doit être garanti.

créances privilégiées produites, même en retard, avant l'audience d'homologation, doivent être garanties¹⁴⁰⁵. En revanche, les autres créances privilégiées, qui n'auraient pas été annoncées et ne ressortiraient pas des livres, perdent le bénéfice de la sûreté. Les créances contestées, privilégiées ou non, conditionnelles ou à terme incertain devraient théoriquement également faire l'objet d'une garantie suffisante, à moins que la production apparaisse fantaisiste¹⁴⁰⁶. Il appartiendra ici au juge d'en décider, mais il serait contraire au droit d'accepter qu'une créance privilégiée contestée mais objet d'un procès ne soit pas garantie, ne serait-ce que provisoirement¹⁴⁰⁷. Le remboursement des dettes contractées pendant le sursis par le débiteur avec l'accord du commissaire doit enfin être aussi garanti. Les dettes contractées sans l'accord du commissaire n'ont pas à être garanties. Bien souvent, cette garantie ne sera pas nécessaire, puisque le paiement d'une dette consentie par le commissaire peut avoir lieu immédiatement, déjà pendant le sursis, sans attendre l'homologation du concordat¹⁴⁰⁸. Enfin, le montant dû au commissaire au titre d'honoraires non encore payé doit également être garanti¹⁴⁰⁹, tout comme les frais de procédure¹⁴¹⁰.

3. Rapport final tardif

- 503 L'article 304 al. 1 LP impose au commissaire de transmettre un rapport final au juge du concordat avant l'expiration du sursis. Dans un arrêt déjà ancien¹⁴¹¹, intervenu à l'aune de l'ancien article 304 al. 1 LP, le Tribunal fédéral estimait qu'une homologation devait être exclue et qualifiée d'arbitraire dès lors que le commissaire avait transmis son rapport après l'expiration du sursis. A l'appui de sa décision¹⁴¹²,

¹⁴⁰⁵ HARDMEIER, BSK SchKG, n° 20 ad art. 306 LP; MARCHAND, FJS 24, n° 87.

¹⁴⁰⁶ Application analogique de l'art. 305 al. 3 LP, qui autorise le juge du concordat à ne pas prendre en compte le vote des créanciers dont la créance est contestée. Cf. KRAMPF, p. 574 s.; HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 17 ad art. 306 LP.

¹⁴⁰⁷ MARCHAND, CR LP, n° 15 ad art. 306 LP.

¹⁴⁰⁸ HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 18 ad art. 306 LP.

¹⁴⁰⁹ HUNKELER, KUKO-SchKG, n° 22 ad art. 306 LP.

¹⁴¹⁰ MARCHAND, CR LP, n° 19 ad art. 306 LP et le renvoi à la SJ 1994 436; JAEGER, SchKG-Kommentar, n° 35 ad art. 306 LP.

¹⁴¹¹ ATF 27 I 3; ATF 85 I 77, consid. 2; voir également la décision de l'autorité cantonale supérieure de surveillance du canton de Berne du 23 août 1938, in: BJSchK 1944 II p. 53 ss consid. 2 a), = ZBJ 76, 7, p. 351., qui exigeait une lésion avérée des intérêts d'une partie. Dans le même sens, Maximen du canton de Lucerne, p. 187, in: BJSchK 1945 I p. 22 s.

¹⁴¹² Pour des décisions cantonales postérieures allant dans le même sens, voir RVJ 1983 p. 343-352 et REP 1994 p. 435-436

notre haute Cour fédérale invoquait une possible lésion des intérêts des créanciers. Peu importait cependant que le commissaire ait transmis son rapport postérieurement aux 10 jours suivant l'assemblée des créanciers, ce délai ne constituant qu'un délai d'ordre¹⁴¹³.

- 504 Lors de la révision de la LP de 1997, le législateur a adopté une nouvelle formulation de l'article 304 al. 1, codifiant la jurisprudence. La transmission tardive – c'est-à-dire intervenant après l'expiration du sursis¹⁴¹⁴ – du rapport final par le commissaire, entraîne l'impossibilité pour le juge de statuer sur l'homologation du concordat et l'irrecevabilité de la demande d'homologation¹⁴¹⁵. La solution adoptée est dure¹⁴¹⁶, tant pour les créanciers que pour le débiteur, mais justifiée¹⁴¹⁷. Sans rapport du commissaire, le juge est dans l'impossibilité matérielle de statuer. De plus, le sursis est octroyé pour une période limitée, et ses effets, soit notamment la surveillance du débiteur, l'interdiction d'effectuer certains actes¹⁴¹⁸ et l'impossibilité pour la plupart des créanciers de poursuivre le débiteur¹⁴¹⁹, prennent fin automatiquement à son échéance¹⁴²⁰; il ne serait pas souhaitable, et contraire au principe de sécurité juridique, de le prolonger artificiellement en fonction du bon vouloir du commissaire¹⁴²¹.
- 505 Indépendamment de ce dernier point, la transmission tardive du dossier et le défaut consécutif de jugement d'homologation permettent, si les conditions sont remplies, l'ouverture par le débiteur ou les créanciers d'une action en responsabilité à l'encontre du canton¹⁴²² qui répond principalement du dommage causé par l'absence de jugement d'homologation imputable au commissaire au sursis. Libre au canton de faire ensuite usage ou non de son action récursoire à l'encontre du commissaire fautif. Il ne sera pas forcément évident pour le ou les demandeurs d'amener la preuve du dommage causé par le commissaire dans l'exercice de sa mission officielle, sachant qu'une demande de concordat peut à tout moment de nouveau

¹⁴¹³ RVJ 1983 p. 343-352 et la référence à la FJS 958b p. 3. THALMANN, p. 71.

¹⁴¹⁴ L'expiration du sursis concordataire au sens de l'article 295 LP constitue un délai péremptoire.

¹⁴¹⁵ ATF 85 I 75 (78).

¹⁴¹⁶ CORADI, p. 63 s.

¹⁴¹⁷ Voir également HUNKELER, Streiflichter durch das gerichtliche Nachlassverfahren, p. 299. VOLLMAR, BSK SchKG, n° 3 ad art. 304 LP.

¹⁴¹⁸ Art. 298 al. 1 deuxième phrase et al. 2 LP.

¹⁴¹⁹ Art. 297 al. 1 LP.

¹⁴²⁰ ATF 130 III 380.

¹⁴²¹ THALMANN, p. 72.

¹⁴²² Art. 5 LP. VOLLMAR, BSK SchKG, n° 4 ad art. 304 LP.

être déposée par le débiteur ou l'un des pseudo-créanciers. Un des chefs de responsabilité invocable sera sans aucun doute la perte d'une chance, avec des chances de succès relativement réduites. Le refus par le juge de statuer sans être en possession du rapport final ne saurait cependant être assimilé à un refus d'homologation¹⁴²³, la conséquence pour le débiteur – sa mise en faillite – étant particulièrement arbitraire. La cause devrait en pareilles circonstances être simplement radiée du rôle.

- 506 Les conséquences de la transmission tardive du rapport final du commissaire à l'autorité concordataire revêtent un caractère excessivement punitif autant pour le débiteur que pour les créanciers. Une solution envisageable serait de modifier la loi actuelle et d'imposer au commissaire de rendre un rapport final plusieurs jours avant l'expiration du sursis, ou quelques jours après l'assemblée des créanciers¹⁴²⁴. De cette manière, le sursis continuera à déployer ses effets et le temps à disposition jusqu'à son expiration pourra soit permettre au commissaire de terminer son rapport, soit autoriser sa révocation¹⁴²⁵ et son remplacement par un autre commissaire qui disposera d'un laps de temps pour fournir lui-même un rapport. Une prolongation exceptionnelle du sursis¹⁴²⁶ de quelques semaines paraît également envisageable dans le cas du remplacement du commissaire.

M. Résumé des activités procédurales incombant au commissaire

- 507 Le commissaire au sursis est débiteur d'un devoir d'information, à l'égard du sursitaire, des créanciers, du juge du concordat ainsi que d'autres autorités. L'ampleur du droit à l'information des créanciers tout au long du sursis concordataire n'est pas la même : si généralement, les créanciers ont le droit d'obtenir des informations très générales sur le cours du sursis à tout moment, ce droit à l'information s'étend dans les 20 jours précédents l'assemblée des créanciers à tout document utile aux créanciers pour se forger leur intime conviction de l'intérêt d'adhérer au concordat. Pour le juge, le droit à l'information se matérialisera dans les différents rapports, intermédiaire et final, que le commissaire lui remettra. Le commissaire au sursis est également en charge de l'établissement du passif concordataire, déterminé, après l'appel aux créanciers, sur la base des

¹⁴²³ Art. 309 LP.

¹⁴²⁴ Voir l'art. 40 al. 1 de la loi belge relative au concordat judiciaire du 17 juillet 1997 qui fixe la transmission du rapport final du commissaire à un mois avant l'expiration du sursis.

¹⁴²⁵ Voir l'Insolvency Act anglais de 1986, section 2(4)(a) et Les Insolvency Rules 1986, r. 1.8 ; BAILEY, p. 24 s.

¹⁴²⁶ Prolongation qu'autorise déjà la LP dans d'autres circonstances (art. 295 al. 4) lorsque le commissaire le demande. Une convocation de l'assemblée des créanciers sera aussi justifiée.

productions reçues. Si le débiteur en sursis tient une comptabilité, celle-ci devra servir de base, en tout premier lieu. Corollaire de cette mission, le commissaire doit aussi établir l'état de l'actif du débiteur, et procéder à l'inventaire et l'estimation des biens appartenant au débiteur. Sur la base de ces deux éléments – état du passif d'une part et de l'actif d'autre part, le commissaire dressera un projet de concordat. Il incombera au commissaire de convoquer, d'organiser et de diriger l'assemblée des créanciers, au cours de laquelle il brossera le tableau des activités effectuées, informera les créanciers sur les derniers développements, et recueillera les premières adhésions. Enfin, le commissaire a la compétence de demander la prolongation du sursis, mais aussi sa révocation.

Chapitre IV

ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL

A. Application des principes généraux du droit suisse (LDIP)

1. Introduction

- 508 L'insolvabilité internationale est traitée en droit suisse par la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé¹⁴²⁷, qui prévoit une procédure particulière d'entraide¹⁴²⁸ lorsque des actifs du débiteur concerné par une procédure étrangère d'insolvabilité sont sis en Suisse. En application de cette loi, un concordat étranger, soit un acte juridique homologué en principe par une autorité judiciaire administrative, par lequel un débiteur propose et soumet à l'accord des créanciers des modalités de remboursement de ses dettes, ou une procédure analogue, peut être reconnu en Suisse en application de l'art. 175 LDIP, par le juge du for de situation des biens¹⁴²⁹. La qualification de la procédure dont la reconnaissance est requise s'opère selon la *lex fori*¹⁴³⁰.
- 509 Une décision étrangère provisoire à vocation universelle, préalable à un concordat, telle que le sursis, qui est d'une durée limitée et mène nécessairement soit à l'assainissement, soit à la liquidation du débiteur, mais qui ne fait pas intervenir l'accord des créanciers, doit être qualifiée de procédure analogue, dont le but et les effets sont comparables à ceux du sursis concordataire suisse, et être également reconnue en application de cette base légale¹⁴³¹. Les conditions de la reconnaissance prévues par l'art. 166 LDIP s'appliquent *mutatis mutandis* aux procédures de concordat et analogues¹⁴³². S'agissant de la reconnaissance d'une décision étrangère

¹⁴²⁷ RS 291, abrégée « LDIP ».

¹⁴²⁸ SPÜHLER, Annerkennung von ausländischen Insolvenzscheidungen, p. 86.

¹⁴²⁹ Art. 167 al. 1 LDIP.

¹⁴³⁰ BOPP, BSK-IPRG, n° 4 ad art. 175 LDIP.

¹⁴³¹ SJ 1997, p. 101 ss, en particulier le consid. 3 ; ATF 115 III 148 ; MARCHAND Sylvain, Exécution de décisions étrangères en matière de faillite p. 183 ; KAUFMANN-KOHLER/SCHÖLL, CR LP, n° 9 ad art. 175 LDIP.

¹⁴³² Pour plus de précisions sur les conditions de reconnaissance voir: TF, arrêt 5A.267/2007 du 30 septembre 2008 ; KAUFMANN-KOHLER/SCHÖLL, CR LP, n° 12 ss ad art. 175 LDIP ; STAHELIN, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz, pp. 179ss. ; JAUQUES, La

homologuant un concordat, le texte légal prévoit cependant une condition supplémentaire, soit que les créanciers domiciliés en Suisse doivent être entendus¹⁴³³.

- 510 De par le renvoi de l'art. 175 LDIP à l'art. 170 LDIP, un concordat étranger ou une décision analogue reconnus ont, en Suisse, les effets de la faillite ou du concordat tels que prévus par le droit suisse¹⁴³⁴. Contrairement à ce que laisse supposer la formulation de la loi, seuls les effets procéduraux sont ici visés par l'application du droit suisse, à l'exclusion des effets de droit matériel sur les droits des créanciers, qui précisément font l'objet de la reconnaissance et sont réglés par le droit étranger, à moins qu'ils ne soient contraires à l'ordre public¹⁴³⁵. Pour définir les effets procéduraux suisses de la décision étrangère, il sera nécessaire au préalable de qualifier en application du droit suisse la décision reconnue, c'est-à-dire déterminer si la décision est comparable à une décision de sursis, à l'homologation d'un concordat ordinaire, ou à l'homologation d'un concordat par abandon d'actifs. Ce n'est qu'ensuite qu'il sera possible de déterminer les effets procéduraux de la décision.

2. Effets procéduraux en Suisse de la reconnaissance d'une décision étrangère comparable à un sursis concordataire

- 511 Une décision étrangère qualifiée de décision de sursis concordataire aura généralement en Suisse les effets matériels et procéduraux d'un sursis concordataire au sens des art. 293 ss LP¹⁴³⁶. La première conséquence majeure de la reconnaissance d'une décision comparable à un sursis sera la formation en Suisse d'une masse active comprenant tous les actifs localisés en Suisse du débiteur dont l'insolvabilité a été reconnue par un tribunal étranger¹⁴³⁷. Les autres effets seront limités ; il s'agira principalement de la suspension des procédures de poursuites¹⁴³⁸ et la désignation d'un commissaire au sursis provisoire ou définitif, dépendant de la

reconnaissance en Suisse du concordat homologué en faveur du groupe Parmalat, in : Jusletter du 2 février 2009.

¹⁴³³ Art. 175, deuxième phrase, LDIP.

¹⁴³⁴ Art. 170 al. 1 et 175 LDIP.

¹⁴³⁵ STAEHELIN, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz, p. 182.

¹⁴³⁶ Art. 170 al. 1 LP applicable par analogie, de par le renvoi de l'art. 175 LDIP, deuxième phrase.

¹⁴³⁷ BOPP, BSK-IPRG, n° 27 ad art. 175 LDIP.

¹⁴³⁸ En matière internationale, cette suspension sera plus large que dans une procédure nationale et vaudra non seulement pour les créanciers privilégiés de première classe, mais aussi de deuxième classe, domiciliés en Suisse, ainsi que pour les créanciers gagistes (art. 172 al 1 LDIP lu avec l'art. 297 al. 2 LP).

nature de la procédure étrangère reconnue. Il se peut que la décision ouvrant à l'étranger une procédure collective d'insolvabilité déploie en application de la *lex fori* des effets de droit des poursuites et de droit matériel autres que ceux d'un sursis suisse ; dans ce cas, et pour autant qu'ils puissent être reconnus par le juge de l'exequatur en tant qu'ils ne sont pas contraire à l'ordre public suisse¹⁴³⁹, ils cohabiteront avec les effets du sursis suisse. L'ordre public suisse étant une notion à géométrie variable, il est difficile de dégager des principes généraux. Toutefois, un juge suisse devrait par exemple refuser de reconnaître des effets inconnus en droit suisse et incompatibles avec la prévisibilité du droit, et donc contraires à l'ordre public suisse. En application de l'art. 298 al. 2 LP, le débiteur ne sera que relativement dessaisi, sauf si le droit étranger prévoit plus de restrictions, destinées à protéger les créanciers et donc compatibles avec l'ordre public suisse.

- 512 En vertu du principe de territorialité, un organe d'une procédure d'insolvabilité étrangère ne peut agir sans autre formalité en Suisse si les actes qu'elle accomplit impliquent des mesures de coercition¹⁴⁴⁰. S'il présume que des biens du failli se trouvent en Suisse, l'administrateur d'une masse en faillite étrangère doit recourir à la procédure d'entraide internationale mise sur pied par les art. 166 ss LDIP et demander la reconnaissance en Suisse de la décision étrangère de faillite, qui permet l'ouverture en Suisse d'une procédure ancillaire par rapport à la faillite principale étrangère¹⁴⁴¹. Il en découle que les actes d'autorité conduisant à la formation, à l'administration d'une masse active en Suisse ne peuvent être

¹⁴³⁹ *Contra* BOPP, Sanierung im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, p. 272, qui est d'avis qu'il convient de soumettre les effets en Suisse de la décision étrangère sur les contrats en cours au droit étranger. Le même auteur (BOPP, BSK-IPRG, n° 31 ad art. 175 LDIP) admet toutefois que les effets de la décision étrangère reconnue seront ceux du droit suisse si les rapports contractuels en question se limitent au territoire suisse.

¹⁴⁴⁰ ATF 134 II 366, consid. 5.1.2. NEURONI / NAEF, p. 1399.

Dans un ATF 129 III 683, le TF a indiqué que l'administration d'une faillite étrangère avait la compétence pour demander en Suisse la reconnaissance de la décision étrangère de faillite, demander des mesures conservatoires et intenter l'action révocatoire. Il convient de préciser toutefois que la jurisprudence est quelque peu fluctuante. Voir également l'ATF 109 III 112 = JdT 1986 II 3, lequel indique qu'une masse en faillite étrangère qui a la capacité civile et la capacité d'ester selon le droit étranger a qualité pour exercer l'action en contestation de l'état de collocation, en particulier si les droits qu'elle fait valoir ne concourent pas avec des prétentions que la débiteur étranger ou ses créanciers font valoir directement.

VD, arrêt du tribunal cantonal du 29 mars 2000, consid. 3 bb in : JdT 2000 II 125, qui précise que l'administration d'une faillite étrangère peut agir en Suisse tant que les actes qu'elle accomplit ne requièrent pas de mesure de coercition.

¹⁴⁴¹ ATF 130 III 620, consid. 3.4.2. = SJ 2004 I 576.

qu'accomplis par un organe de l'exécution forcée désigné par un tribunal suisse, soit ici par le juge de l'exequatur. Rien ne s'oppose à ce que le juge de l'exequatur désigne un administrateur étranger aux charges de droit¹⁴⁴², bien qu'il paraisse préférable de désigner un commissaire auquel le droit suisse de l'exécution forcée soit familier et eu égard au conflit d'intérêts auquel il pourrait être confronté du fait du traitement privilégié des créanciers privilégiés suisses, bien souvent contraire aux principes du droit étranger, particulièrement pour les pays membres de l'UE et ayant ratifié le Règlement CE 1346/2000 du 29 mai 2000. Par ailleurs, le principe de responsabilité primaire des cantons en cas de dommage causé par un commissaire dans l'exercice de sa charge pourrait également constituer un frein à la désignation d'un administrateur étranger aux charges de droit, puisque le canton devrait théoriquement exercer une éventuelle action récursoire à l'étranger ; cela ne constitue pas pour autant un obstacle insurmontable¹⁴⁴³. Pour les mêmes raisons que déjà évoquées ci-dessus, la décision de reconnaissance d'une décision étrangère ouvrant une procédure d'insolvabilité analogue à une procédure concordataire ne devrait pas systématiquement avoir pour conséquence l'ouverture d'une procédure ancillaire totalement autonome et menant à l'homologation d'un concordat en Suisse¹⁴⁴⁴.

- 513 Le juge suisse de l'exequatur aura le choix de prononcer les différentes mesures de surveillance de l'art. 298 LP, mais, à moins que le débiteur exploite en Suisse une succursale¹⁴⁴⁵, le commissaire sera généralement essentiellement en charge de l'inventaire et de l'estimation des gages¹⁴⁴⁶, de l'appel aux créanciers¹⁴⁴⁷ et de la conservation des actifs du débiteur en Suisse. La reconnaissance d'une décision étrangère avec comme conséquence la désignation d'un commissaire pose la question de la compétence pour autoriser les actes en Suisse d'un débiteur étranger possédant en Suisse une succursale. Quant à l'élaboration d'un projet de concordat avec le débiteur, elle dépendra essentiellement du but de la procédure conduite à l'étranger. En principe, le commissaire suisse ne devrait qu'apporter une aide à l'élaboration du plan étranger, en fournissant les indications nécessaires relatives à la composition de l'actif et du passif en Suisse. Il en ira quelque peu différemment si la procédure étrangère est destinée à aboutir à l'homologation d'un acte qualifiable

¹⁴⁴² FF 1983 I 430; BOPP, Sanierung im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, p. 281; le même, BSK-IPRG, n° 36 ad art. 175 LDIP; contra: STAEHELIN, die Anerkennung p. 183.

¹⁴⁴³ BOPP, Sanierung im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, p. 282.

¹⁴⁴⁴ BOPP, *op. cit.*, p. 261.

¹⁴⁴⁵ Art. 166 al. 2 LDIP. Cf. également infra, lettre E.

¹⁴⁴⁶ Art. 299 LP.

¹⁴⁴⁷ Art. 300 LP.

en Suisse de concordat par abandon d'actif, dès lors que dans cette hypothèse, il est admis qu'une procédure ancillaire, similaire à une procédure de faillite ancillaire, soit ouverte en Suisse en faveur des seuls créanciers privilégiés suisses¹⁴⁴⁸. Dans ce cas, le commissaire devra s'assurer que le plan étranger est conforme aux exigences du droit suisse et, à défaut, établir un plan de désintéressement, prévoyant le remboursement intégral des créanciers privilégiés suisses, à moins que ces derniers renoncent à leur privilège, et des créanciers gagistes.

3. Effets procéduraux en Suisse de la reconnaissance d'une décision homologuant un concordat

- 514 Une partie de la doctrine se prononce en faveur de l'ouverture en Suisse d'une procédure concordataire ancillaire ensuite de la reconnaissance d'un concordat étranger, par application analogique des règles sur la reconnaissance des décisions de faillite étrangère, et parmi elles l'art. 172 al. 1 LDIP qui permet aux seuls créanciers gagistes, et aux créanciers privilégiés domiciliés en Suisse qui se sont annoncés comme tels et qui n'ont pas renoncé à leur privilège¹⁴⁴⁹, d'être désintéressés en premier lieu avant que le solde des actifs subsistant soit alloué aux autres créanciers, suisses et étrangers¹⁴⁵⁰. L'ouverture d'une procédure concordataire ancillaire suisse indépendante, ayant pour seul but le désintéressement des créanciers privilégiés suisses, ne doit cependant pas constituer la règle, pour plusieurs raisons.
- 515 Premièrement, l'art. 175 LDIP ne renvoie pas à l'art. 172 LDIP, pas plus d'ailleurs qu'à l'art. 173 LDIP ; il n'existe donc aucune base légale fondant une éventuelle obligation de désintéressement des créanciers privilégiés suisses, avant toute distribution d'actif à d'autres créanciers suisses et étrangers, sauf dans le cadre de la reconnaissance d'un concordat par abandon d'actifs, dont l'analogie avec la faillite n'est plus à démontrer. En revanche, cela ne sera pas le cas s'agissant de d'homologation d'un concordat ordinaire, ou avec création d'une société de sauvetage.
- 516 Deuxièmement, un désintéressement forcé des créanciers privilégiés suisses, par hypothèse non prévu dans le concordat original, va à l'encontre même de

¹⁴⁴⁸ Art. 172 LDIP.

¹⁴⁴⁹ BOPP, BSK-IPRG, n° 39 ad art. 175 LDIP.

¹⁴⁵⁰ DUTOIT, n° 3 ad art. 175 LDIP; VOLKEN, n° 26 ad art. 175 LDIP; STAEHELIN, Die Anerkennug ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz, p. 183; KAUFMANN-KOHLER/SCHÖLL, CR LP, n° 28 ad art. 175 LDIP, qui laissent la question ouverte. Contra, BOPP, Sanierung im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, pp. 261 ss ; le même, BSK-IPRG, n° 38 ad art. 175 LDIP.

l'institution de l'exequatur, par la modification qu'il opère sur les effets matériels du concordat étranger, alors pourtant que ce sont précisément ces effets qui auront été reconnus par le juge de l'exequatur. Le législateur suisse a d'ailleurs clairement indiqué que le processus d'élaboration, d'acceptation et d'homologation d'un concordat étranger reste soumis au droit étranger¹⁴⁵¹. Une procédure ancillaire n'est pas adaptée non plus pour la raison suivante : la reconnaissance d'un concordat étranger étend potentiellement son effet matériel à tous les créanciers domiciliés en Suisse, qu'ils aient ou non participé à la procédure étrangère et voté pour ou contre le plan proposé¹⁴⁵².

- 517 En découle une conséquence procédurale majeure, à savoir qu'il n'est point besoin de prévoir un processus d'acceptation du concordat et donc de nommer un commissaire au sursis concordataire et, de convoquer une assemblée des créanciers, ces derniers étant protégés en amont, par le juge de l'exequatur, qui ne devrait accepter de reconnaître un concordat que si les créanciers suisses ont pu participer au processus d'acceptation en connaissance de cause et n'ont pas été discriminés, aspects faisant partie de l'ordre public suisse. L'obligation de protection des créanciers privilégiés suisses par le juge de l'exequatur est concrétisée par l'art. 175 LDIP, troisième phrase, qui prévoit que les créanciers suisses sont entendus. L'audition permettra au juge de l'exequatur d'établir le traitement qui aura été réservé aux créanciers suisses dans le processus d'adoption du concordat. En pratique, le juge de l'exequatur procédera à la publication, dans la FOSC et d'autres journaux officiels cantonaux, des considérants de sa décision de reconnaissance. Afin de mettre en œuvre l'obligation d'entendre les créanciers, il impartira aux créanciers privilégiés suisses un délai pour se manifester et manifester leur volonté de voir leur créance garantie intégralement ou non (art. 306 al. 2, ch. 2 LP).
- 518 Enfin, une procédure ancillaire, destinée à désintéresser en intégralité les créanciers privilégiés suisses, est susceptible de mettre en péril l'exécution globale du concordat, en thésaurisant certains actifs qui ne profiteraient qu'aux créanciers suisses. Dans le cadre de la reconnaissance d'un concordat par abandon d'actifs, qui recèle d'évidentes similarités avec une procédure de faillite, l'on peut admettre l'application analogique de l'art. 172 LDIP. Aussi, si des créanciers privilégiés se sont manifestés dans le délai imparti par le juge de l'exequatur, un liquidateur devra être désigné¹⁴⁵³, avec pour mission de désintéresser les créanciers privilégiés,

¹⁴⁵¹ KAUFMANN-KOHLER/SCHÖLL, CR LP, n° 28 et 34 ad art. 175 LDIP; BREITENSTEIN, n° 340.

¹⁴⁵² KAUFMANN-KOHLER/SCHÖLL, CR LP, n° 22 ad art. 175 LDIP.

¹⁴⁵³ STAEHELIN, Die Anerkennug ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz, p. 184. Ce qui a été dit ci-dessus s'agissant de la possibilité de désigner un administrateur étranger aux charges de commissaire est applicable mutatis mutandis au liquidateur.

conformément aux articles 317 ss LP¹⁴⁵⁴. Dans l'hypothèse où un concordat ordinaire est reconnu, rien n'empêche le juge de l'exequatur de désigner un surveillant à l'exécution du concordat¹⁴⁵⁵.

- 519 En tous les cas, et à admettre que l'art. 172 LDIP soit applicable à tout type de concordat, malgré l'absence de renvoi de l'art. 175 LDIP, une procédure ancillaire n'est absolument pas nécessaire dès lors qu'aucun créancier privilégié n'est domicilié en Suisse¹⁴⁵⁶. Aucun commissaire au sursis suisse ne devrait dès lors être nommé, puisque le concordat aura déjà été homologué à l'étranger. Pour le surplus, la décision de reconnaissance d'un concordat étranger, ordinaire ou par abandon d'actif, aura pour conséquence principale notable l'extinction des procédures de poursuites pour des créances modifiées par le concordat¹⁴⁵⁷.

4. La problématique de la succursale suisse d'un débiteur étranger

- 520 La succursale suisse inscrite au registre du commerce d'un débiteur étranger insolvable devrait pouvoir être mise au bénéfice d'un sursis concordataire, en tout cas dans un premier temps¹⁴⁵⁸. En application de l'art. 166 LDIP, une procédure de poursuite peut en effet être exercée et continuée contre la succursale¹⁴⁵⁹ en Suisse d'un débiteur étranger pour des dettes de la succursale jusqu'au moment où l'état de collocation au sens de l'art. 172 LDIP, soit celui de la procédure ancillaire ouverte en Suisse ensuite de la reconnaissance de la procédure étrangère de faillite, est définitif. Eu égard à ce qui précède, force est donc d'admettre qu'un jugement de faillite suisse peut être rendu contre une succursale en Suisse d'un débiteur étranger. Rien ne s'oppose donc à ce que, par analogie, une procédure de sursis suisse soit ouverte s'agissant de la succursale en Suisse d'un débiteur étranger¹⁴⁶⁰.
- 521 Une procédure concordataire menant à un concordat par abandon d'actif peut suivre son cours jusqu'à la date de l'entrée en force de l'état de collocation de la procédure ancillaire ouverte ensuite de la reconnaissance de la décision ouvrant la

¹⁴⁵⁴ BOPP, BSK-IPRG, n° 41 ad art. 175 LDIP.

¹⁴⁵⁵ Art. 314 al. 2 LP.

¹⁴⁵⁶ TF, arrêt 5A.267/2007 du 30 septembre 2008, consid. 5.

¹⁴⁵⁷ Art. 311 LP.

¹⁴⁵⁸ VOLLMAR, BSK SchKG, n° 15 ad art. 293, et les références citées. JEANNERET, Cross Border Insolvency, p. 171 ss.

¹⁴⁵⁹ L'on précisera que les art. 50 LP et 166 LDIP emploient une terminologie différente, le premier parlant d'établissement et le deuxième de succursale. Cf. STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, p. 272 s.

¹⁴⁶⁰ KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI, CR LP, n° 87 ad art. 166 LDIP.

procédure étrangère, après quoi tous les actifs du débiteur localisés en Suisse et non réalisés seront alloués à l'administration de la procédure étrangère. Les cas de figure précités concernent des procédures suisse et étrangère simultanées, ou presque. En revanche, si le concordat par abandon d'actif présenté par la succursale en Suisse d'un débiteur étranger est homologué avant que l'état de collocation ou qu'une procédure d'insolvabilité étrangers soit reconnus, la procédure suisse suit son cours – englobant tous les actifs attribuables à la succursale et liés à son exploitation¹⁴⁶¹ déterminés, en matière bancaire, en application de l'art. 3 al. 3 OFB-FINMA – et aboutira à la liquidation et la radiation de la succursale. Si l'homologation d'un concordat ordinaire est recherché par la succursale suisse, il serait théoriquement possible de poursuivre l'assainissement de la succursale jusqu'au bout, sans égard à la procédure étrangère. Dans la pratique, cela serait un non sens économique, est les procédures devront impérativement être coordonnées. L'on voit ici les limites du principe absolu de territorialité des procédures d'insolvabilité.

B. Application des principes généraux du droit européen (RPI 1346/2000)

1. Le Règlement (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000

522 Depuis le début des années 2000, la conception nationale du droit des procédures collectives d'insolvabilité a laissé la place à une internationalisation, respectivement une communautarisation desdites procédures. L'avancée la plus remarquable en matière de communautarisation réside probablement en l'adoption le 29 mai 2000 du Règlement du Conseil n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité¹⁴⁶². Le Règlement a été adopté par la grande majorité des Etats membres de l'Union européenne, à la notable exception du Danemark. Il existe également certaines limites à son application dans tous les Etats membres, s'il s'avère qu'il est incompatible avec des obligations en matière de faillite résultant d'une convention adoptée antérieurement à son entrée en vigueur par l'Etat concerné, et au Royaume-Uni, dans la mesure où il y aurait une incompatibilité avec des accords conclu précédemment dans le cadre du Commonwealth. Sont par ailleurs exclus du champ d'application du RPI les procédures d'insolvabilité concernant les entreprises d'assurance, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement qui

¹⁴⁶¹ VOLKEN, n° 107 ad art. 166 LDIP.

¹⁴⁶² Abrégé ci-après « RPI ». Le RPI est notamment applicable en matière de concordat judiciaire belge et de redressement judiciaire français avec nomination d'un administrateur (Annexe B), et qualifie le commissaire au sursis belge de syndic (Annexe C).

fournissent des services impliquant la détention de fonds ou de valeurs mobilières de tiers et les organismes de placement collectif.

2. Le principe de reconnaissance de plein droit

- 523 Le RPI consacre le principe de la reconnaissance de plein droit dans tout Etat ayant ratifié le RPI de toute procédure collective d'insolvabilité – la procédure principale¹⁴⁶³ – ouverte par une juridiction d'un Etat membre où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur¹⁴⁶⁴, sans nécessité d'*exequatur*¹⁴⁶⁵. La CJCE a précisé que le COMI est présumé situé au siège statutaire du débiteur. Cette présomption peut toutefois être renversée lorsque « *des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter* »¹⁴⁶⁶.
- 524 Si le débiteur possède un ou plusieurs établissements¹⁴⁶⁷ dans des Etats membres, la procédure principale ouverte par la juridiction du COMI et reconnue dans un autre Etat membre permet d'ouvrir dans ces autres Etats membres des procédures secondaires de liquidation¹⁴⁶⁸, sans que l'insolvabilité du débiteur soit examinée dans cet autre Etat¹⁴⁶⁹, limitées aux biens du débiteur situés dans l'Etat dans lequel la procédure secondaire a été ouverte. La procédure secondaire poursuit deux objectifs¹⁴⁷⁰, très différents. En premier lieu, elle permet de sauvegarder les intérêts des créanciers de l'établissement étranger ; en cela, elle constitue une concession au principe de communautarisation. En second lieu, la procédure secondaire permet une gestion efficiente des procédures d'insolvabilité lorsque le débiteur possède dans d'autres Etats que celui de son COMI des établissements de taille importante,

¹⁴⁶³ Art. 3 § 1 RPI.

¹⁴⁶⁴ Abrégé ci-après « COMI ».

¹⁴⁶⁵ En application de l'art. 16 RPI, la décision est reconnue dans tous les Etats membres dès qu'elle est entrée en force dans l'Etat d'ouverture.

¹⁴⁶⁶ CJCE, arrêt du 2 mai 2006 dans l'affaire Eurofood IFSC Ltd, n° C-341-04. L'on notera que la théorie de l'effectivité retenue par la juridiction précitée est susceptible d'entrer en conflit avec la théorie de l'incorporation, ou de l'immatriculation, appliquée en droit suisse et d'avoir pour conséquence l'ouverture par un Etat membre appliquant le RPI d'une procédure collective d'insolvabilité contre une entreprise incorporée statutairement en Suisse. Pour plus de détail sur le centre des intérêts principaux en droit communautaire, voir ATTINGER, p. 17-113 et STAAK, p. 21 ss.

¹⁴⁶⁷ Par établissement, il faut entendre tout lieu d'opération où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens. Cf. STAAK, p. 34.

¹⁴⁶⁸ Art. 3 § 2 RPI.

¹⁴⁶⁹ Art. 27 RPI.

¹⁴⁷⁰ STAAK, p. 33 s.

par la répartition des tâches entre le syndic de la procédure principale et le syndic de la procédure secondaire. La procédure secondaire peut être ouverte sur requête du syndic de la procédure principale ou de toute autre personne ou autorité habilitée à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel l'ouverture de la procédure secondaire est demandée¹⁴⁷¹. Elle demeure subordonnée à la procédure principale. De par la formulation de l'art. 3 § 2 RPI et l'art. 27 RPI, il faut en déduire qu'une procédure analogue à une procédure concordataire ouverte dans un Etat membre ne saurait avoir pour effet l'ouverture d'une procédure secondaire¹⁴⁷².

3. Etendue des pouvoirs du syndic dans les Etats membres

- 525 A côté du principe général de reconnaissance automatique, sans formalité, de la décision d'une juridiction du COMI dans les autres Etats membres, le RPI contient plusieurs dispositions relatives aux pouvoirs du syndic dans les autres Etats membres, et consacre le principe d'une coopération transfrontalière. Les pouvoirs du syndic dans un autre Etat membres sont établis par la présentation d'une copie certifiée conforme à l'original de la décision qui le nomme, ou par tout autre certificat établi par la juridiction compétente.¹⁴⁷³ Tant qu'aucune procédure d'insolvabilité secondaire n'a été ouverte dans un autre Etat membre¹⁴⁷⁴ ou qu'aucune mesure conservatoire contraire n'y a été prise, le syndic peut exercer sur le territoire d'un autre Etat membre tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'Etat d'ouverture. Le syndic a l'obligation d'informer les créanciers connus, qu'ils soient localisés dans l'Etat du COMI ou dans un Etats membres¹⁴⁷⁵. Tout créancier, domiciliés ou ayant leur résidence habituelle dans ou hors de l'Etat d'ouverture, a le droit de produire sa créance¹⁴⁷⁶.
- 526 Le syndic est autorisé à prendre des mesures en vue de l'établissement, de la protection et de la prise de possession des biens composant l'actif du débiteur¹⁴⁷⁷. Le syndic peut notamment déplacer des biens du débiteur hors du territoire¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷¹ Art. 29 RPI.

¹⁴⁷² Seules les procédures énumérées dans l'Annexe B peuvent donner lieu à une procédure secondaire ; il en va ainsi pour la Belgique de la faillite, pour la France de la liquidation judiciaire.

¹⁴⁷³ Art. 19 RPI.

¹⁴⁷⁴ Ce qui est toujours le cas dans l'hypothèse où la procédure n'aboutit pas à la liquidation.

¹⁴⁷⁵ Art. 40 RPI.

¹⁴⁷⁶ Art. 39 RPI.

¹⁴⁷⁷ STAAK, p. 142.

¹⁴⁷⁸ Art. 18 § 1 RPI.

Toutefois, les pouvoirs du syndic sont limités en ce qu'ils ne peuvent inclure l'emploi de moyens contraignants, ni le droit de statuer sur un litige ou un différend¹⁴⁷⁹. Le droit de l'Etat dans lequel il intervient doit en tous les cas être respecté¹⁴⁸⁰; si une personne physique ou morale refuse de volontairement prêter son concours à une action du syndic, ce dernier devra agir devant les tribunaux locaux¹⁴⁸¹.

- 527 Si une ou plusieurs procédures secondaires ont été ouvertes, ce qui ne devrait pas être le cas si la procédure telle que mentionnée dans l'Annexe B du RPI n'aboutit pas à la liquidation du débiteur, le syndic de la procédure principale perd son pouvoir de disposer des actifs du débiteur¹⁴⁸². Le syndic de la procédure principale et les syndics des procédures secondaires sont tenus d'un devoir de coopération et d'information réciproque et doivent communiquer sans délai tout renseignement utile à l'autre procédure, notamment l'état de la production et de la vérification des créances¹⁴⁸³. Le syndic d'une procédure principale ou secondaire est habilité à participer à une autre procédure, par exemple en prenant part à une assemblée des créanciers¹⁴⁸⁴.

C. Discussion et conclusion

- 528 En résumé, le droit européen permet au syndic d'une procédure d'assainissement comparable au sursis concordataire suisse, à distinguer d'une procédure de liquidation qui seule peut donner lieu à l'ouverture d'une procédure secondaire, d'agir de plein droit dans les autres Etats membres, sur simple présentation d'une copie certifiée conforme de la décision le nommant, le bien-fondé de la décision n'étant pas revu. Le droit du syndic européen qui entend agir dans un Etat membre étranger est limité. Premièrement, le syndic a l'obligation de se conformer aux règles de l'Etat dans lequel il entend agir. Deuxièmement, le syndic a les pouvoirs qui lui sont conférés par l'Etat dans lequel il a été nommé. Tous les créanciers peuvent prendre part à la procédure de l'Etat d'ouverture. En résumé, l'actif et le passif du débiteur partie à une procédure ne menant pas à sa liquidation sont consolidés.
- 529 Le syndic d'une procédure européenne ne peut en revanche pas agir en Suisse sans avoir au préalable fait reconnaître la décision par la voie de l'*exequatur*. Le juge

¹⁴⁷⁹ Art. 18 § 3 RPI.

¹⁴⁸⁰ Art. 18 § 3 RPI.

¹⁴⁸¹ VIRGOS / SCHMIT, n° 164.

¹⁴⁸² VIRGOS / SCHMIT, n° 163.

¹⁴⁸³ T'KINT / DERUCK, p. 204.

¹⁴⁸⁴ T'KINT / DERUCK, *op. cit.*, *loc. cit.*

suisse statuant sur requête d'*exequatur* pourra notamment refuser de reconnaître la décision si la réciprocité n'est pas donnée avec l'Etat de la juridiction qui a rendu la décision à reconnaître. En principe, la reconnaissance de la décision étrangère a pour effet l'ouverture en Suisse d'une procédure comparable dans une certaine mesure à une procédure secondaire. Toutefois, la LDIP ne met pas à la charge du commissaire au sursis nommé par hypothèse en Suisse un quelconque devoir d'information envers son homologue européen.

- 530 L'ouverture automatique d'une procédure locale d'insolvabilité censée protéger les créanciers privilégiés est critiquable, particulièrement lorsque le débiteur ne disposait en Suisse que d'actifs et n'y exploitait pas d'établissement ni n'y avait des créanciers. Elle est même très contreproductive s'agissant d'une procédure d'assainissement, où il paraît évident de préconiser une consolidation transfrontalière globale des actifs et des passifs. Un temps précieux est par ailleurs perdu pour satisfaire des considérations protectionnistes injustifiées. Les créanciers suisses ne seraient par ailleurs pas perdants si la Suisse venait à prévoir une collaboration entre les organes du sursis concordataire suisse et ceux des Etats européens ayant ratifié le RPI. Bien au contraire, des informations transfrontalières relatives aux actifs du débiteur permettraient une élaboration fiable et précise d'un concordat proportionné aux ressources – globales – du débiteur.
- 531 En conclusion, force est de constater que le principe de territorialité, certes relativisé sur bien des points par le TF, et de protection des créanciers privilégiés suisses, ne constitue pas la panacée : il rompt l'égalité de traitement entre créanciers, ne permet pas une meilleure information des créanciers de la procédure locale, peut dans une certaine mesure encourager le débiteur à profiter du principe de territorialité en localisant les plus gros actifs à l'étranger et est inapproprié dans le cas où l'assainissement du débiteur est recherché.

PARTIE IV
LE CHARGÉ D'ENQUÊTE
ET LE DÉLÉGUÉ À L'ASSAINISSEMENT BANCAIRE

- 532 La loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne ne détaille pas les rôle, fonction et responsabilité du délégué à l'assainissement bancaire et du chargé d'enquête. Seul un article est consacré au délégué¹⁴⁸⁵. Cette particularité se comprend, dès lors que l'on verra que la volonté du législateur était de ne conférer que peu d'autonomie et de pouvoir décisionnel propre aux mandataires de la FINMA. C'est peut-être en cela que diffère singulièrement l'activité du commissaire au sursis d'une part de celle des mandataires de la FINMA d'autre part. Aucune procédure d'assainissement bancaire n'a été ouverte par la CFB ni par la FINMA depuis l'introduction en 2004 des nouvelles dispositions en matière d'insolvabilité bancaire¹⁴⁸⁶. Une solution informelle paraît être privilégiée par l'autorité de surveillance des banques, que l'on sent réticente à faire usage de cette procédure d'assainissement.
- 533 Il est vrai que l'un des choix du législateur a de quoi surprendre, dans un environnement particulièrement sensible où la clientèle peut facilement perdre confiance et décider de retirer tous ses avoirs d'un établissement sujet à des difficultés passagères. En effet, la procédure actuelle prévoit chronologiquement la désignation d'un délégué à l'assainissement, puis l'élaboration par lui d'un plan d'assainissement. La désignation d'un délégué à l'assainissement sera en principe publiée, en tous les cas connue, et l'absence à ce stade d'un quelconque plan d'assainissement pourrait s'avérer extrêmement dommageable, la clientèle perdant toute confiance et une pression inutile étant placée sur le délégué à l'assainissement. Il paraît souhaitable que la désignation d'un délégué à l'assainissement en charge notamment de l'élaboration d'un plan d'assainissement soit tenue absolument confidentielle et ne fasse pas l'objet d'une publication. Ce n'est qu'après que le plan aura été dressé qu'une publication en faisant état pourra intervenir, indiquant par ailleurs l'identité du ou des mandataires FINMA en charge de la procédure.

¹⁴⁸⁵ Art. 28 al. 1 LB.

¹⁴⁸⁶ Rapport FINMA, Bank Insolvency, The situation in Switzerland and internationally, janvier 2008, p. 15.

Chapitre I

LE SURSIS / LA PROROGATION DES ÉCHÉANCES ET LA PROCÉDURE D'ASSAINISSEMENT BANCAIRE

A. Ouverture de la procédure par la FINMA

- 534 Depuis le 1er juillet 2004, l'insolvabilité des banques, caisses d'épargne, bourses et négociants en valeurs mobilières est exclusivement traitée par la LB et la LBVM, qui constituent une *lex specialis* interdisant, sauf renvoi exprès¹⁴⁸⁷, toute application des règles de la LP¹⁴⁸⁸. L'urgence et la nature particulière de l'exercice de la pratique bancaire justifient l'adoption de règles spécifiques, une certaine souplesse et l'attribution exclusive de la compétence pour décider de l'ouverture d'une procédure de mesures protectrices ou de faillite à l'autorité de tutelle de l'assujetti¹⁴⁸⁹. L'on ajoutera que l'application de certains articles de la LB applicables en cas d'insolvabilité bancaire ont récemment été suspendus au bénéfice de dispositions introduites par le biais de l'adoption d'une loi urgente du 19 décembre 2008¹⁴⁹⁰.
- 535 Les articles 25 à 37g LB indiquent les mesures à prendre par la FINMA en cas de risques d'insolvabilité touchant un assujetti ; les art. 28 à 32 LB prévoient que seule la FINMA est compétente pour ordonner l'ouverture d'une procédure d'assainissement. La FINMA concentre ainsi en ses mains tout le pouvoir décisionnel en la matière, à l'exclusion des tribunaux cantonaux¹⁴⁹¹. Les dispositions en matière d'insolvabilité bancaire sont applicables non seulement aux banques, banquiers

¹⁴⁸⁷ BAUER, BSK BG, n° 1 ad art. 28 LB.

¹⁴⁸⁸ Désormais, les banques ne peuvent qu'être soumises au sursis bancaire au sens de l'art. 26 al.1 lit. h LB. L'ancien droit, qui prévoyait que seules les banques non surendettées pouvaient être mises au bénéfice d'un sursis bancaire, les autres banques - surendettées - étant renvoyées à agir devant le juge ordinaire est donc dépassé (Message LB du 20 novembre 2002, FF 2002 p. 7480 – ci-après Message LB”).

¹⁴⁸⁹ Message LB, FF 2002 p. 8061. BERTSCHINGER, p. 23; ZULAUF, Procédure devant la CFB, p. 171; BIZZORERO, p. 21; HÜPKES, Insolvency – What is different about banks?, p. 472 s.

¹⁴⁹⁰ FF 2008 7951.

¹⁴⁹¹ HÜPKES, BSK BG, n° 8 ad Vor 11. Abschnitt.

privés et caisses d'épargne¹⁴⁹², mais également aux bourses et négociants en valeurs mobilières¹⁴⁹³. Les entités exerçant sans autorisation une activité similaire sont également soumises à la législation spéciale¹⁴⁹⁴. Si l'une ou plusieurs des conditions de l'art. 25 al. 1 LB sont remplies, en particulier en cas de risque de surendettement, problèmes de liquidités, risques conjoncturels¹⁴⁹⁵, la FINMA peut décider de prendre immédiatement l'une ou plusieurs des mesures provisoires ou préprovisoires prévues à l'art. 26 LB, dont le sursis et la prorogation des échéances font partie, et mandater un chargé d'enquête, qui devra surveiller l'assujetti, analyser la situation financière de la banque et faire rapport à la FINMA.

- 536 Des raisons sérieuses de craindre un surendettement existent non seulement si un assujetti ne remplit effectivement plus ses engagements envers ses créanciers, mais déjà dès l'instant où une nouvelle évaluation des actifs suscite des doutes quant à la couverture des prétentions des créanciers. Pour que l'article 25 LB trouve application, il faut et il suffit que des circonstances particulières permettent de conclure à l'existence ou à l'apparition prochaine d'un surendettement ; la preuve formelle du surendettement n'est pas nécessaire¹⁴⁹⁶. L'on considère qu'un assujetti fait face à des problèmes de liquidités importants s'il n'est pas en mesure de se procurer des liquidités suffisantes, aux conditions du marché, et qu'il faut dès lors présumer que la liquidité existante ne couvre plus les engagements échus ou qui viendront prochainement à échéance¹⁴⁹⁷.
- 537 Une fois le résultat de l'enquête connu, et si par ailleurs il lui apparaît qu'un assainissement est vraisemblable, la FINMA pourra ouvrir une procédure d'assainissement et désigner un délégué à l'assainissement¹⁴⁹⁸. Dépendant des circonstances, elle pourra aussi renoncer à désigner un délégué à l'assainissement, tout en exigeant d'avoir accès au plan d'assainissement décidé par l'assujetti lui-même, afin d'en évaluer la crédibilité et d'en surveiller la mise en l'œuvre et l'efficacité¹⁴⁹⁹. En l'absence de perspectives d'assainissement, la FINMA prononcera la faillite de l'assujetti concerné. La FINMA peut aussi décider d'ouvrir directement une procédure d'assainissement en nommant un délégué à l'assainissement,

¹⁴⁹² Art. 1 LB.

¹⁴⁹³ Art. 36a LBVM.

¹⁴⁹⁴ ATF 132 III 382; 131 II 306.

¹⁴⁹⁵ EMCH / RENZ / ARPAGAU, n° 3014.

¹⁴⁹⁶ Message LB, FF 2002 p. 7496.

¹⁴⁹⁷ Message LB, FF 2002 p. 7496.

¹⁴⁹⁸ Art. 28 al. 1 LB ; EMCH/RENTZ/ARPAGAU, n° 3018.

¹⁴⁹⁹ Art. 28 al. 1 *in fine* LB („peut“); BAUER, BSK BG, n° 18 ad art. 28 LB.

notamment dans les cas où la situation ne requiert pas une analyse préalable approfondie. Rien n'oblige la FINMA à simultanément prononcer un sursis ou une prorogation d'échéances, et l'opportunité de telles décisions sera analysée au cas par cas par elle. Dès lors que les effets du sursis, et a fortiori d'une prorogation d'échéances, ne sont finalement qu'assez peu incisifs comparés à l'effet dévastateur que pourraient avoir des retraits massifs, rien ne devrait s'opposer à ce que l'une ou l'autre des mesures soient décidées assez systématiquement dans le cadre d'une procédure d'assainissement¹⁵⁰⁰.

- 538 La loi sépare distinctement mesures provisoires d'une part et procédure d'assainissement d'autre part, mais laisse la FINMA libre de décider d'adopter des mesures provisoires parallèlement à l'ouverture d'une procédure d'assainissement, ou de laisser subsister dans une procédure d'assainissement les mesures provisoires décrétées auparavant dans les cas où la FINMA n'a pas immédiatement ouvert une procédure d'assainissement mais a au préalable fait mené une enquête par ses mandataires¹⁵⁰¹.
- 539 Conformément à l'article 30 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 20 décembre 1968¹⁵⁰², la FINMA entend les parties avant de rendre une décision. En application de l'article 39 let. c PA, en relation avec l'article 55 al. 2 PA, la FINMA peut décider de l'exécution immédiate de la décision rendue. L'ouverture d'une procédure motivée par l'insolvabilité effective ou le risque d'insolvabilité d'un assujetti ayant notamment pour but la protection et l'égalité de traitement des créanciers, il paraît indispensable que les mesures ordonnées soient immédiatement exécutoires¹⁵⁰³. Tout recours déposé devant le Tribunal administratif fédéral contre une décision de la FINMA devrait donc être dépourvu d'effet suspensif¹⁵⁰⁴. Enfin, les coûts de la procédure de la FINMA seront mis à la charge de l'assujetti¹⁵⁰⁵.

¹⁵⁰⁰ HÜPKES, *Insolvency – What is different about banks?*, p. 479.

¹⁵⁰¹ Art. 25 al. 2 LB.

¹⁵⁰² PA ; RS 172.021.

¹⁵⁰³ Application analogique de l'art. 174 LP.

¹⁵⁰⁴ Cf. également art. 295b al. 2 AP de modification de la LP (procédure d'assainissement) du 28 décembre 2008.

¹⁵⁰⁵ Art. 5 et 8 de l'ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA ; RS 956.122 ; Oém-FINMA).

1. Le sursis

- 540 Par ses effets étendus, le sursis bancaire constitue, à la différence de la prorogation des échéances, un moyen d'assainissement devant permettre à un assujetti de se mettre à l'abri des poursuites de créanciers pendant un certain temps¹⁵⁰⁶. Certains auteurs considèrent que le sursis ne peut être décidé par la FINMA que si les dettes de l'assujetti sont entièrement couvertes par les actifs, en d'autres termes que cet assujetti n'est pas en perte de capital ou surendetté¹⁵⁰⁷ : cette position restrictive va toutefois au-delà de ce qu'a prévu le législateur et n'est pas une exigence fondée. Même si un éventuel surendettement laisse supposer à première vue que l'assujetti ne sera pas en mesure à l'échéance du sursis de rembourser ses engagements, une telle mesure protectrice permettra à coup sûr d'éviter une aggravation de la situation et partant d'envisager des mesures d'assainissement.
- 541 Le sursis au sens de l'art. 26 LB a pour les créanciers les mêmes effets que l'art. 297 LP¹⁵⁰⁸ : suspension des poursuites, interruption des délais de prescription et de péremption, arrêt du cours des intérêts – à moins que la FINMA n'en décide autrement – et compensation possible seulement aux conditions des art. 213 et 214 LP. Un séquestre ne saurait être admis¹⁵⁰⁹ : certes, le juge du séquestre pourra rendre une ordonnance de séquestre, mais l'Office des poursuites ne l'exécutera pas, puisque le séquestre ne pourra jamais être validé ; il serait en effet absurde d'admettre que les biens soient séquestrés pendant plusieurs semaines en sachant qu'aucune validation n'est possible¹⁵¹⁰. Un séquestre requis avant le sursis ne pourrait être validé pendant le sursis¹⁵¹¹, sauf si le créancier requérant est habilité à introduire une poursuite pour des créances de première classe¹⁵¹². Les accords de compensation (*netting*)¹⁵¹³ valablement conclus antérieurement au sursis demeurent valables ; les cocontractants de l'établissement insolvable pourront effectuer des opérations de *close-out netting*¹⁵¹⁴. Les créances gagées des centrales d'émission de lettres de gage sont toutefois exclues du sursis¹⁵¹⁵.

¹⁵⁰⁶ ATF 117 III 83, consid. 4a; LUTZ, p. 253.

¹⁵⁰⁷ LUTZ, *op. cit.*, p. 253; SPÜHLER, *Bankenstundung und Nachlassstundung*, p. 561.

¹⁵⁰⁸ Art. 26 al. 3 LB. Voir supra, Chapitre II, Section II, pp. 165 ss.

¹⁵⁰⁹ HARDMEIER, KUKO-SchKG, n° 4 ad art. 297 LP.

¹⁵¹⁰ *Contra*, GILLIÉRON, n° 14 ad art. 297 LP.

¹⁵¹¹ ARROYO, p. 242 et la note de bas de page 60.

¹⁵¹² Art. 297 al. 2 ch. 2 LP.

¹⁵¹³ Art. 26 al. 3 LB; art. 16a et 17a OB.

¹⁵¹⁴ Message LB, p. 7500.

¹⁵¹⁵ Art. 61 al. 1 OB. Voir également art. 39 LLG (RS 211.423.4).

- 542 En l'absence de renvoi de l'art. 26 LB à l'art. 298 LP, il faut en conclure que le législateur n'a pas voulu que le sursis bancaire déploie automatiquement des effets restrictifs sur les droits du débiteur, lequel demeure par conséquent, sauf décision contraire de la FINMA, entièrement libre de continuer seul l'exploitation de son activité¹⁵¹⁶ et n'est en rien dessaisi, pas même relativement, comme il le serait en application de l'art. 298 al. 2 LP. Les droits du débiteur seront donc, si nécessaire, limités par d'autres mesures protectrices, énumérées aux lettres a à g de l'art. 26 LB : instructions aux organes de la banque, retrait du pouvoir de représentation ou destitution des organes, limitation de l'activité de la banque, interdiction d'opérer des paiements, d'accepter des versements ou d'effectuer des transactions sur titres, fermeture de la banque. Il s'avère donc que *de facto*, la FINMA peut prononcer un ensemble de mesures dont les effets cumulés sur les droits du débiteur seront identiques à ceux d'un sursis concordataire au sens de l'art. 298 LP.
- 543 *Ex lege*, la FINMA a toute latitude pour décider de la durée du sursis qui, au regard de l'activité particulière déployée par une banque, sera nécessairement d'une durée inférieure à celle du sursis ordinaire prévue aux art. 293 ss LP. En application de l'art. 26 al. 2 LB, les mesures protectrices prévues par l'art. 26 al. 1 LB ne doivent être publiées que si la publication est nécessaire à l'exécution des mesures ou à la protection des tiers¹⁵¹⁷. Ainsi, le sursis pourrait théoriquement ne pas être publié. Eu égard aux effets du sursis sur les droits des créanciers, et aux éventuelles autres mesures dont il pourrait être assorti qui déploieraient des effets restrictifs sur les droits de l'assujetti, il paraît opportun de systématiquement procéder à sa publication, sur le site web de la FINMA et dans la FOOSC. La décision de sursis sert de point de départ à la détermination du délai maximum de trois mois dans lequel la Garantie des Dépôts des Banques et négociants en valeurs mobilières Suisses doit procéder au remboursement des dépôts garantis¹⁵¹⁸. La FINMA n'a à notre connaissance jamais prononcé de sursis, probablement en raison de son effet sur le cours des intérêts.

2. La prorogation des échéances

- 544 La décision de proroger les échéances d'un assujetti a des effets de droit privé, et permet d'éviter qu'une banque dont les guichets ont été fermés par une mesure de droit administratif continue néanmoins à être tenue de rembourser les dettes exigibles ou qui le seraient devenues pendant la période de protection décidée par

¹⁵¹⁶ SCHWOB, BODMER / KLEINER / LUTZ Kommentar, n° 12 ad art. 26 LB; BACHMANN, p. 61.

¹⁵¹⁷ MEIER, Confidentiality and publicity in insolvency law, p. 319.

¹⁵¹⁸ Art. 37h al. 3 lit. a LB.

la FINMA¹⁵¹⁹. A la différence du sursis, qui ne modifie pas le contenu de l'obligation tant que le concordat, respectivement que le plan d'assainissement n'a pas été homologué et est entré en force, la décision de prorogation des échéances modifie unilatéralement l'obligation de l'assujetti envers tous ses créanciers, en repoussant le moment de l'exigibilité de la dette de l'assujetti placé sous surveillance envers ses créanciers¹⁵²⁰. Les intérêts continuent cependant à courir¹⁵²¹. En d'autres termes, aucune dette de l'assujetti ne peut plus devenir exigible pendant la période de prorogation, son exigibilité étant repoussée au premier jour suivant la fin de la période de prorogation des échéances décidée par la FINMA. La prorogation des échéances ne s'applique pas rétroactivement à des créances déjà exigibles¹⁵²². Si la FINMA a pour objectif de figer le patrimoine de la banque au jour de sa décision, elle devra en parallèle prononcer une interdiction de paiement. Ainsi, les créances déjà exigibles ne devront pas être payées par l'assujetti.

- 545 En principe, la prorogation des échéances devrait être prononcée avant que l'assujetti ne soit complètement à court de liquidités, afin d'éviter qu'une crise de confiance de la clientèle ne mène à des retraits massifs¹⁵²³. Elle ne constitue pas une mesure d'assainissement, mais bien plus un moyen d'éviter la péjoration de la situation de l'assujetti. La prorogation d'échéance permet à une banque ou un négociant de poursuivre ses activités : la FINMA peut décider d'exclure certaines créances de la prorogation, et les opérations de changes et les transferts de compte à compte se poursuivre.
- 546 Cette mesure se distingue du sursis en ce sens qu'elle n'interdit pas à un créancier l'ouverture d'une procédure de poursuites ou de requérir la continuation d'une procédure de poursuite ouverte auparavant s'agissant de créances devenues exigibles avant la décision de proroger les échéances. De même les intérêts continuent-ils de courir. En revanche, la compensation par un cocontractant de sa dette envers l'assujetti avec une créance contre ce dernier dont l'exigibilité était censée survenir pendant la prorogation des échéances n'est pas possible, puisque la dette de l'assujetti envers ses créanciers n'est pas exigible au sens de l'art. 120 CO. Afin d'assurer l'égalité de traitement entre créanciers, il est souhaitable que la FINMA couple prorogation des échéances et interdiction de paiements¹⁵²⁴.

¹⁵¹⁹ Message LB, FF 2002 7486.

¹⁵²⁰ Clients, tiers, fournisseurs, employés, prestataires de services etc.

¹⁵²¹ SPÜHLER, *Bankenstundung und Nachlassstundung*, p. 561 et la note de bas de page 11 ; LUTZ, p. 252.

¹⁵²² *Contra*: LUTZ, *op. cit.*, p. 252.

¹⁵²³ BACHMANN, p. 11.

¹⁵²⁴ Art. 26 al. 1 lit. h LB.

- 547 Comme en matière de sursis, la loi ne prévoit pas de durée maximale s'agissant de la prorogation des échéances. Il appartient à la FINMA de décider de la durée de la période de prorogation des échéances, qui ne devrait pas dépasser quelques deux ou trois mois, eu égard à l'activité particulière déployée par les établissements assujettis à la LB et à la LBVM. La durée initiale pourra si nécessaire être prolongée. Contrairement à ce que laisse sous-entendre l'art. 26 al. 2 LB, la décision de proroger les échéances d'un assujetti sera, compte tenu de son impact sur les droits des créanciers, nécessairement publiée, sur le site web de la FINMA et dans la FOSC. De par ses effets de droit privé sur les créances, la publication d'une mesure de prorogation d'échéances devrait systématiquement avoir lieu¹⁵²⁵.
- 548 En vertu de l'art. 61 al. 1 OB, les créances gagées des centrales d'émission de lettres de gage sont exclues de la prorogation des échéances, comme d'ailleurs du sursis. La FINMA possède la compétence d'élargir les exceptions et de décider que d'autres créances sont exclues de la prorogation. La décision de prorogation commence à faire courir le délai maximum de trois mois dans lequel la Garantie des Dépôts des Banques et négociants en valeurs mobilières Suisses doit procéder au remboursement des dépôts garantis¹⁵²⁶.

3. La problématique de la compensation pendant une prorogation d'échéances ou un sursis

3.1. En général

- 549 En l'absence de convention¹⁵²⁷, toute compensation est exclue pendant la période de prorogation d'échéances, cette mesure ayant un effet modificateur de droit privé sur les créances, les rendant non exigibles. La condition prévue à l'art. 120 CO ne serait donc plus remplie¹⁵²⁸, étant précisé que, selon la doctrine majoritaire, la condition d'exigibilité ne concerne que la créance compensante. Ainsi, un déposant débiteur de l'assujetti et recherché par l'assujetti ne pourrait exciper de compensation. La compensation demeure toutefois possible s'agissant de créances devenues exigibles avant la décision de la FINMA de proroger les échéances.
- 550 Se pose la question de savoir si, en l'absence de convention, l'interdiction de paiement éventuellement décidée par la FINMA a un effet sur les droits privés des créanciers de l'assujetti, qui pourraient unilatéralement procéder à une

¹⁵²⁵ MEIER, *op. cit.*, *loc.cit.*

¹⁵²⁶ Art. 37h al. 3 lit. a LB.

¹⁵²⁷ Art. 27 al. 3 LB.

¹⁵²⁸ JEANDIN, CR CO I, n° 11 ad art. 120 CO ; PETER, BSK OR I, n° 4 ad art. 120 CO et les références citées.

compensation, et déploie un effet sur la compensation de créances pourtant exigibles. Cela revient à se demander si l'interdiction de paiement que la FINMA peut décréter constitue une pure mesure de droit administratif ou au contraire a des effets de droit privé. En effet, en droit privé, la créance compensante doit pouvoir être déduite en justice¹⁵²⁹. Si l'interdiction de paiement a des effets de droit privé, l'assujetti, dans cette hypothèse débiteur, pourrait paralyser la demande du créancier en faisant valoir une exception, ce qu'il ne pourrait faire si la mesure n'est que de droit administratif. Le fait que l'art. 27 al. 3 précise que les mesures prévues aux lettres e) à h) ne touchent pas les accords de compensation prévus antérieurement laisse supposer qu'à défaut de tels accords, la compensation est exclue, un déposant débiteur de l'assujetti recherché par ce dernier ne pouvant exciper de compensation.

- 551 Pendant le sursis bancaire, et toujours en l'absence de convention¹⁵³⁰, la compensation par un tiers de sa dette envers l'assujetti avec sa créance envers lui est autorisée aux mêmes conditions que pendant le sursis concordataire¹⁵³¹, pour autant que les créances compensées¹⁵³² et compensante¹⁵³³ ne soient pas nées postérieurement à la décision de la FINMA décrétant un sursis. La compensation peut être valablement contestée si la créance a été acquise par le débiteur de la banque insolvable alors qu'il la savait dans cette situation, agissant en vue de se procurer ou procurer à un tiers, au moyen de la compensation, un avantage au préjudice des créanciers. Il sied de préciser que la FINMA n'est pas obligée de prononcer les mesures protectrices telles que la prorogation d'échéances et le sursis, avec pour conséquence que la compensation serait autorisée inconditionnellement pendant une procédure d'assainissement.
- 552 La problématique développée ci-dessus demeurera bien souvent théorique, puisque dans la plupart des cas, déposants et assujetti auront conclu une ou plusieurs conventions spécifiques. Il est même probable que les conditions générales traitent de la question de la compensation.

¹⁵²⁹ JEANDIN, CR CO I, n° 12 ad art. 120 CO

¹⁵³⁰ Art. 27 al. 3 LB.

¹⁵³¹ Art. 26 al. 3 LB, qui renvoie à l'art. 297 LP, qui renvoie lui-même aux art. 213 s LP.

¹⁵³² Art. 213 al. 2 ch. 1 LP.

¹⁵³³ Art. 213 al. 2 ch. 2 LP.

3.2. Le cas particulier de la compensation avec des fonds de fiduciaires

- 553 Le chargé d'enquête et le délégué à l'assainissement, qui sont notamment en charge de la protection des intérêts des déposants, devront être sensibles à la problématique de la compensation par des tiers de dettes de la banque insolvable avec des fonds déposés par celle-ci chez le tiers, mais qui sont en réalité déposés à titre fiduciaire et n'appartiennent donc pas à l'établissement insolvable. En principe, le fiduciaire est protégé en droit suisse par différentes normes, tant du droit fédéral qu'associatives.
- 554 Le droit de compenser n'est ainsi réservé qu'au tiers de bonne foi, qui n'aurait donc pas dû connaître le caractère fiduciaire de la créance¹⁵³⁴. Cette limitation ne fait cependant pas l'unanimité¹⁵³⁵. En matière bancaire, le risque de compensation avec des biens détenus à titre fiduciaire par une contrepartie fait l'objet d'une réglementation tant légale qu'associative. Ainsi les organes de révision doivent-ils s'exprimer dans leurs rapports de révision sur l'adéquation de la protection du fiduciaire par rapport au risque de compensation de ses avoirs avec des créances du bénéficiaire envers la banque¹⁵³⁶. La FINMA a publié des Directives¹⁵³⁷, et l'ASB des Recommandations¹⁵³⁸ relatives aux opérations fiduciaires, conseillant à ses membres

¹⁵³⁴ ATF 130 III 312, consid. 5.2 = JdT 2005 I 261 (265), et les nombreuses références doctrinales citées.

¹⁵³⁵ ATF 130 III 312, consid. 5.2 = JdT 2005 I 261 (265-266).

¹⁵³⁶ Art. 44 lit. g OB.

¹⁵³⁷ Directives sur les dispositions régissant l'établissement des comptes du 14 décembre 1994, § 29 p. 102, 198 210b et 238. Il en ressort notamment que le placement fiduciaire doit être effectué sur la base d'un contrat de mandat écrit mentionnant l'identité du fiduciaire, que le fiduciaire ne doit supporter que le risque de change, de transfert, de cours et de recouvrement des placements fiduciaires et que les avoirs détenus à titre fiduciaire par la banque doivent être comptabilisés séparément dans sa comptabilité et figurer "hors bilan".

¹⁵³⁸ Circulaire n° 1079D du 22 juin 1993, chapitre III.1.b : « D'autre part, le risque de compensation entre les avoirs et les créances doit également être limité. En particulier, il y a lieu d'éviter les conflits d'intérêt qui peuvent surgir entre la banque et le client, lorsque les placements fiduciaires se trouvent dans un rapport de dépendance directe avec les dettes de la banque fiduciaire vis-à-vis de la banque étrangère auprès de laquelle les placements sont effectués. Il serait notamment inapproprié voire même abusif que la banque étrangère n'accorde un crédit à la banque suisse que si cette dernière effectue en contrepartie des placements auprès de la banque étrangère et qu'il s'agisse d'avoirs de la clientèle placés à titre fiduciaire. En pareil cas, les mesures suivantes devraient être prises: - La banque auprès de laquelle les placements sont effectués devrait être informée qu'il s'agit de placements fiduciaires de la clientèle, afin qu'elle ne puisse pas faire valoir ultérieurement la bonne foi, ou - Un accord stipulant expressément la renonciation à la compensation en matière de placements fiduciaires devrait être conclu. »

de clairement indiquer le caractère fiduciaire des biens ou de conclure avec l'établissement tiers un accord de renonciation à la compensation pour les placements fiduciaires conclus.

- 555 La problématique d'une telle compensation dans le cadre d'une procédure d'assainissement bancaire alors qu'aucune mesure protectrice n'a été prononcée n'est pas spécialement traitée par la loi, les principes généraux demeurant applicables. Le délégué à l'assainissement bancaire devra donc être particulièrement attentif à cet aspect lorsqu'il recevra des déclarations de tiers ayant procédé à une compensation. Il devrait immédiatement informer le tiers de ce que la créance compensante n'est pas une créance de la banque, mais d'un fiduciaire. Simultanément, il conviendra qu'il identifie les fiduciaires et les informe de la situation, afin que ceux-ci puissent immédiatement agir, en Suisse ou à l'étranger.

B. Ouverture de la procédure d'assainissement

- 556 Une procédure d'assainissement¹⁵³⁹ peut être ouverte à l'initiative de la FINMA¹⁵⁴⁰, si existent alternativement des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée, qu'elle souffre de problèmes de liquidités importants, ou encore que les prescriptions en matière de fonds propres ne soient pas respectées¹⁵⁴¹, en d'autres termes que l'institut bancaire soit insolvable : la protection des intérêts des créanciers constitue la *ratio legis* des dispositions légales consacrées à l'insolvabilité bancaire au sens large¹⁵⁴², un assainissement devant apparaître objectivement et concrètement hautement vraisemblable¹⁵⁴³.
- 557 La FINMA devrait pouvoir ouvrir une telle procédure d'assainissement sans autres formalités, si un établissement bancaire étranger, présent en Suisse – succursale ou

¹⁵³⁹ Art. 28 à 32 LB.

¹⁵⁴⁰ SCHWOB, BODMER / KLEINER / LUTZ Kommentar, n° 5 ad art. 28 LB ; BAUER, BSK BG, n° 17 ad art. 28 LB ; en cas de soupçons, éventuellement à la suite de renseignements communiqués par la banque elle-même, l'organe de révision, un tiers, le chargé d'enquêtes et lors de publicité ad hoc.

¹⁵⁴¹ Art. 25 al. 1 lit. b LB.

¹⁵⁴² HÜPKES, BSK BG, n° 32 ad Vor 11. Abschnitt.

¹⁵⁴³ Art. 28 al. 1 LB. BAUER, BSK BG, n° 9 et n° 16 ad art. 28 LB. L'on notera que dans le cadre du projet de loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires (LGDB) (cf. rapport explicatif LGDB, p. 25 et 51), une nouveauté est introduite s'agissant de l'ouverture d'une procédure d'assainissement. Celle-ci pourrait également être ouverte sans que l'assujetti ne soit maintenu sous sa forme existante, si des services bancaires peuvent de ce fait être maintenus (art. 28 al. 1 P-LB 2009). L'on pense ici à la cession d'une partie des activités bancaires à un repreneur, comparable à un concordat par abandon d'actif à un tiers. La FINMA serait toujours compétente pour édicter les mesures et décisions nécessaires à la mise en œuvre de la procédure d'assainissement (prorogation des échéances, sursis bancaire ou autres, voir art. 26 al.1 LB).

filiale d'une banque étrangère – ou un établissement bancaire suisse actif à l'étranger fait à l'étranger l'objet de mesures d'assainissement. Il n'est pas nécessaire que la procédure ouverte à l'étranger ait formellement fait l'objet d'une requête d'exequatur au sens de l'art. 37g LB. La procédure d'assainissement est en principe réservée aux cas difficiles ; la FINMA n'a en effet jamais caché qu'elle privilégiait - à raison eu égard à la nature de l'activité exercée par les banques et à l'effet que pourrait avoir sur les clients l'ouverture d'une procédure « officielle » - des méthodes discrètes d'assainissement.

Chapitre II

DÉSIGNATION ET STATUT DU CHARGÉ D'ENQUÊTE ET DU DÉLÉGUÉ À L'ASSAINISSEMENT BANCAIRE

A. Désignation et critères de nomination

- 558 A la différence du commissaire au sursis, désigné par une autorité judiciaire civile, le délégué à l'assainissement et le chargé d'enquête sont nommés sur décision de la FINMA, établissement de droit public doté d'une personnalité juridique propre disposant de compétences judiciaires de droit administratif, et dans une moindre mesure de droit civil¹⁵⁴⁴. La FINMA les choisit parmi un pool composé d'une cinquantaine de personnes physiques ou morales présélectionnées¹⁵⁴⁵. L'acte de nomination est constitué de l'ordonnance de la FINMA ouvrant la procédure de mesures protectrices ou d'assainissement, à comparer avec le jugement accordant le sursis, valant aussi acte de nomination. Il ne ressort pas clairement de la loi si la FINMA peut nommer plusieurs chargés d'enquête ou délégués à l'assainissement. Rien ne s'y oppose toutefois; au contraire, cela s'avérera souhaitable, particulièrement si l'ampleur et la complexité du dossier le justifient. Il serait d'ailleurs généralement particulièrement opportun de nommer deux chargés d'assainissement, l'un avocat et l'autre spécialiste en économie bancaire¹⁵⁴⁶, principalement pour des raisons d'efficacité et de bonne compréhension des spécificités propres à l'activité bancaire. Pour des raisons d'efficacité, il est souhaitable que le chargé d'enquête soit nommé délégué à l'assainissement dans une procédure d'assainissement postérieure aux mesures protectrices¹⁵⁴⁷.
- 559 Chargé d'enquête et délégué à l'assainissement peuvent être aussi bien une personne physique ou morale¹⁵⁴⁸. Les mandataires de la FINMA – personnes physiques ou morales – doivent remplir un certain nombre de conditions pour

¹⁵⁴⁴ Art. 4 al. 1 LFINMA.

¹⁵⁴⁵ http://www.ebk.ch/d/wegleit/pdf/wegl_070503_f.pdf.

¹⁵⁴⁶ L'on veillera toutefois dans ce dernier cas à éviter tout conflit d'intérêt.

¹⁵⁴⁷ ATF 132 II 382, consid. 3.4 publié in: Bulletin CFB 49/2006, p. 166. SCHWOB, BODMER / KLEINER / LUTZ Kommentar, n° 6 ad art. 28 LB.

¹⁵⁴⁸ ZOBL, BODMER / KLEINER / LUTZ Kommentar, n° 9 ad art. 23^{quater} LB.

pouvoir être désignés ès qualité : sont notamment déterminants le nombre de collaborateurs de l'entreprise, leur expérience, leur formation, et les taux horaire pratiqués¹⁵⁴⁹. Les mandataires de la FINMA doivent être au bénéfice d'une assurance responsabilité civile permettant d'indemniser d'éventuels lésés¹⁵⁵⁰. Afin d'éviter tout risque de conflit d'intérêts susceptible de nuire à la bonne exécution de son mandat et à la nécessaire objectivité qu'il doit revêtir¹⁵⁵¹, le délégué à l'assainissement ou le chargé d'enquête devra être choisi parmi des personnes indépendantes de la banque¹⁵⁵², ce qui exclut les organes, passés ou présents. Les mêmes règles que celles prévalant pour la récusation du commissaire au sursis concordataires peuvent être appliquées *mutatis mutandis* au chargé d'enquête et au délégué à l'assainissement¹⁵⁵³.

B. Nature juridique de l'octroi du "mandat"

1. Application du droit des marchés publics ?

- 560 Les mandataires de la FINMA – dont font partie le délégué à l'assainissement et le chargé d'enquêtes¹⁵⁵⁴, mais également le liquidateur¹⁵⁵⁵, le liquidateur de faillite bancaire¹⁵⁵⁶, le gérant¹⁵⁵⁷ et l'expert chargé des estimations¹⁵⁵⁸ – sont choisis sur appel d'offres public par la FINMA.
- 561 La défunte CFB indiquait que le droit des marchés publics n'était pas applicable¹⁵⁵⁹ lorsqu'elle recourait à des mandataires, pour quatre raisons. Premièrement, les

¹⁵⁴⁹ La FINMA a ainsi décidé qu'un taux horaire situé entre CHF 260.- et CHF 430.- était adéquat, se basant pour les déterminer sur les tarifs en matière de révision bancaire du 26 janvier 1995 et des recommandations de la Chambre fiduciaire du 1^{er} janvier 1998. Un tarif supérieur à CHF 430.- ne doit être appliqué que dans des cas exceptionnels.

¹⁵⁵⁰ Cf. infra, p. 312.

¹⁵⁵¹ ZULAUF, Finanzmarktenforcement – Verfahren der FINMA, p. 49.

¹⁵⁵² SCHWOB, BODMER / KLEINER / LUTZ Kommentar, n° 6 ad art. 28 LB ; BAUER, BSK BG, n° 19 ad art. 28 LB.

¹⁵⁵³ Voir supra, Chapitre I, p. 39.

¹⁵⁵⁴ Art. 23^{quater} LB, 36a LBVM et 137 LPCC.

¹⁵⁵⁵ Art. 23^{quinquies} al. 2 LB, art. 36 al. 2 LBVM, art. 134 al. 3 et 135 al. 1 LPCC.

¹⁵⁵⁶ Art. 33 al. 2 LB et 36a LBVM.

¹⁵⁵⁷ Art. 138 LPCC.

¹⁵⁵⁸ Art. 136 et 64 LPCC.

¹⁵⁵⁹ Rapport de la Commission fédérale des banques, Mandataires de la FINMA, 2008, p. 15, consultable en ligne sur le site web de la Commission fédérale des Banques sous http://www.ebk.admin.ch/f/aktuell/20080320/20080320_02f.pdf.

coûts résultant du recours à des mandataires sont à la charge des établissements concernés. Deuxièmement, la valeur seuil de CHF 248'950.- ne serait en général pas atteinte¹⁵⁶⁰. Troisièmement, l'activité du chargé d'enquête ou du délégué à l'assainissement ne constitue pas un service au sens de l'annexe 1 de l'ordonnance sur les marchés publics. Enfin, l'urgence du marché autoriserait en tous les cas une adjudication de gré à gré¹⁵⁶¹. La CFB renonçait par conséquent à se qualifier de pouvoir adjudicateur, au sens de l'art. 2 al. 1 lit. b LMP.

- 562 La motivation retenue par la CFB mérite quelques commentaires. La CFB, en tant que partie intégrante de l'administration générale de la Confédération, était soumise à la LMP. Il a été précédemment mentionné¹⁵⁶² que le fait que la rémunération de la prestation ne soit pas à la charge de la collectivité n'était pas forcément un argument pertinent, l'arrêt du Tribunal fédéral à ce sujet ayant été très critiqué et étant contraire à la pratique de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics. Certes, il se peut que la valeur-seuil de CHF 248'950.- ne soit pas toujours atteinte ; c'est cependant éluder la question que de se baser sur une généralité qui par définition suppose des exceptions. En outre, les activités de servie comptable et de gestion figurent dans le champ d'application de l'AIMP. Toutefois, et c'est en cela que l'argumentaire de la CFB est le plus solide, l'urgence permet effectivement une adjudication de gré à gré.
- 563 Indépendamment de ce qu'il précède, la CFB a été remplacée au 1^{er} janvier 2009 par la FINMA, établissement de droit public doté d'une personnalité juridique propre¹⁵⁶³, réglant elle-même son organisation selon des principes économiques¹⁵⁶⁴, et qui ne fait pas partie de l'administration fédérale générale. Ses actes n'entrent donc pas dans le champ d'application de la LMP. Cette nouvelle autorité devrait selon toute vraisemblance pérenniser le système d'appel d'offres établi par la CFB. Mais eu égard à son indépendance, financière et structurelle, de l'administration fédérale, l'on ne devrait pas considérer qu'elle soit obligée de veiller au respect de l'égalité de traitement entre concurrents dans le cadre de l'attribution des mandats.

¹⁵⁶⁰ Rapport de la Commission fédérale des banques, Mandataires de la FINMA, 2008, p. 15.

¹⁵⁶¹ Art. 13 al. 1 let. d OMP.

¹⁵⁶² Cf. supra Chapitre I, Section II, p. 121.

¹⁵⁶³ Art. 4 al. 1 et 21 LFINMA.

¹⁵⁶⁴ Art. 4 al. 3 LFINMA.

2. Délégation, concession ou acte *sui generis* ?

- 564 La loi ne précise pas la nature de l'attribution des tâches de surveillance et d'assainissement¹⁵⁶⁵. Une interprétation grammaticale ne permet pas d'arriver à une conclusion satisfaisante, les termes employés en allemand, français et italien variant¹⁵⁶⁶.
- 565 Qualifier la nomination du mandataire de délégation reviendrait à considérer qu'il revient en premier lieu à la FINMA de procéder aux enquêtes requises par la situation, de mettre en œuvre ses décisions de mesures protectrices ou d'élaborer un plan d'assainissement. Compte tenu de la formulation de la loi, force est de constater que rien ne s'oppose à cette conclusion : en effet, le législateur a choisi de donner à la défunte FINMA, puis à la FINMA, la possibilité de nommer un chargé d'enquête¹⁵⁶⁷ ou un délégué à l'assainissement¹⁵⁶⁸. L'on pourrait en déduire que la FINMA peut également déployer elle-même, par l'intermédiaire des membres de son personnel, ce type d'activités¹⁵⁶⁹. Cependant, le mode de rémunération des mandataires de la FINMA contredit cette thèse. Le chargé d'enquête et le délégué à l'assainissement sont rémunérés par l'assujetti, la FINMA ne garantissant le paiement des honoraires qu'à condition que ceux-ci aient en temps utile exercé leur droit de demander une avance de frais, que celle-ci n'ait pas été honorée et que son mandataire lui ait cédé ses droits. Or, la cession précitée suppose une dissociation juridique absolue entre la FINMA d'une part et le chargé d'enquête ou le délégué à l'assainissement d'autre part. L'on ne saurait donc affirmer que le chargé d'enquête et le délégué à l'assainissement agissent sur délégation.
- 566 Pour les mêmes raisons que pour le commissaire au sursis, l'on ne saurait parler non plus de concession. Chargé d'enquête et délégué à l'assainissement agissent pour le compte de la FINMA, dans l'intérêt des créanciers et dans une certaine mesure du débiteur lui-même. Certes, ils engagent davantage leur responsabilité que le

¹⁵⁶⁵ S'agissant des différences entre la concession et la délégation, il est renvoyé à ce qui a été dit à ce sujet précédemment (Partie II, Section I, lit. B).

¹⁵⁶⁶ En allemand, le terme "*Beauftragte*" est employé, alors qu'en français, le loi parle de chargé d'enquête ou de délégué à l'assainissement. En italien, le législateur a employé le terme *incaricato*.

¹⁵⁶⁷ Art. 36 al. 1 LFINMA.

¹⁵⁶⁸ Art. 27 LB.

¹⁵⁶⁹ Art. 23 LB. Il est cependant possible, voire probable, que le législateur ait utilisé le verbe pouvoir pour marquer le fait que l'assujetti n'a pas un droit à voir une procédure d'assainissement ouverte en lieu et place d'une procédure de faillite (cf. Message LB, p 7502).

commissaire, encore que la question soit discutée¹⁵⁷⁰ ; mais le concessionnaire agit en son nom, pour son propre compte et à ses risques et périls. La stabilité et la durabilité de l'activité font défaut, les mandataires de la FINMA étant nommés pour exercer une activité temporellement limitée. L'exercice de leur activité par les mandataires ne dépend pas de leur propre volonté, mais est conditionnée à l'ouverture d'une procédure par la FINMA. Les mandataires ne doivent pas s'acquitter d'un émolument et d'une redevance pour exercer leur activité. Enfin, aucun rapport juridique ne lie les mandataires à l'assujetti, la FINMA demeurant le seul interlocuteur et l'assujetti étant seulement débiteur du paiement des honoraires.

3. Mandat de droit public ?

- 567 La FINMA elle-même, excluant la délégation et la concession, qualifie le rapport juridique la liant au chargé d'enquête et au délégué à l'assainissement de mandat¹⁵⁷¹ de droit public¹⁵⁷², ajoutant pour le surplus que le rapport de droit liant la FINMA au délégué à l'assainissement est précisé dans l'acte de nomination. La qualification du rapport juridique opérée par la FINMA doit être suivie¹⁵⁷³. L'élément bilatéral caractérisant tout contrat de mandat est présent dans la relation liant la FINMA au chargé d'enquête et au délégué à l'assainissement. L'on peut exclure un rapport juridique tripartite, dès lors que l'assujetti ne traite jamais avec le chargé d'enquête ou le délégué *ad personam*, mais avec lui en tant que représentant de la FINMA. En acceptant sa désignation, le chargé d'enquête ou le délégué s'engage à effectuer un certain nombre de tâches définies par la FINMA au préalable, en suivant ses instructions, sans obligation de résultat, et contre rémunération. Le fait que la rémunération soit due par l'établissement bancaire¹⁵⁷⁴ est sans importance, et ne constitue qu'une modalité de paiement. Par ailleurs, la rémunération n'est en soi pas un élément caractéristique nécessaire du contrat de mandat, qui peut être

¹⁵⁷⁰ BERTSCHINGER, BSK BG, n° 23 ad art. 39 LB et le renvoi à la décision in: ZR 77 (1978), 96; Message LB, p. 7523 ss.

¹⁵⁷¹ Guide FINMA, mise en oeuvre de la surveillance par des mandataires, Berne 2005, consultable en ligne sur le site web de la Commission fédérale des Banques sous http://www.ebk.ch/f/archiv/2004/20041118/wegl_041118_f.pdf; Rapport de la Commission fédérale des banques, Mandataires de la FINMA, 2008, p. 18.

¹⁵⁷² Rapport de la Commission fédérale des banques, Mandataires de la FINMA, 2008, p. 18.

¹⁵⁷³ ZOBL, BODEMER / KLEINER / LUTZ, n° 6 ad art. 28 LB ; BAUER, BSK BG, n° 22 ad art. 28 LB ; ZULAUF / WYSS / ROTH, Finanzmarkktenforcement, p. 189; BOVET, Observateurs et liquidateurs en droit bancaire, p. 723 ; BERTSCHINGER, Zur Untersuchung von Effekttentransaktionen durch die Aufsichtsbehörde, p. 24 ; WINZELER, Banken- und Börsenaufsicht, p. 161.

¹⁵⁷⁴ Zulauf / Wyss / Roth, p. 192.

conclu à titre gratuit¹⁵⁷⁵. La terminologie utilisée par le législateur dans le cadre de l'adoption de la LFINMA ne laisse d'ailleurs planer aucun doute sur le fait que la FINMA et le délégué se trouveront dans un rapport de mandat¹⁵⁷⁶. Ce qui est déterminant en définitive est le fait que le chargé d'enquête ou le délégué à l'assainissement n'ait pas de pouvoir décisionnel propre et soit instrumenté par la FINMA.

C. Conséquences de la qualification

1. Absence théorique de pouvoir souverain

- 568 Il découle de la qualification susmentionnée qu'en tant que mandataires de la FINMA, le chargé d'enquête et le délégué à l'assainissement, contrairement au commissaire au sursis, ne constituent pas des organes de l'exécution forcée¹⁵⁷⁷, et ne disposeraient pas de compétences décisionnelles et de coercition propres¹⁵⁷⁸. Le chargé d'enquête et le délégué constitueraient en quelque sorte une « extension » de la FINMA¹⁵⁷⁹, exerçant le pouvoir décisionnel de cette dernière¹⁵⁸⁰. Par conséquent, lorsque les mandataires de la FINMA constatent qu'une décision est nécessaire s'agissant de mener à bien leur activité, ils en seraient théoriquement réduits à demander à la FINMA de la prendre¹⁵⁸¹.
- 569 Si elle se comprend dans des cas d'observation pure, où il s'agit de constater tel ou tel manquement de l'assujetti, l'absence – théorique – de pouvoirs souverains conférés aux mandataires de la FINMA est susceptible d'aboutir à une situation hautement insatisfaisante lorsque la FINMA aura décrété des mesures provisoires en cas d'insolvabilité et dans une procédure d'assainissement. L'on voit mal que le

¹⁵⁷⁵ Art. 394 al. 3 CO. WERRO, CR Co, n° 37 ss ad art. 394 CO; WEBER, BSK- OR I, n° 36 ad art. 394 CO.

¹⁵⁷⁶ Art. 14 al. 4 LFINMA.

¹⁵⁷⁷ SCHWOB, BODEMER / KLEINER / LUTZ Kommentar, n° 7 ad art. 28 LB ; BAUER, BSK BG, n° 22 ad art. 28 LB.

¹⁵⁷⁸ BAUER, BSK BG, n° 22 ad art. 28 LB ; BERTSCHINGER, p. 26s. qui cite deux arrêts du Tribunal fédéral non publiés, par lesquels notre haute Cour arrive à la conclusion que dans les cas qui lui étaient soumis, les chargés d'enquête devaient se limiter à constater l'état de fait, sans en déduire une quelconque situation juridique. L'auteur critique, à raison, cette jurisprudence, qui va très manifestement largement au-delà de ce que le législateur lui-même avait voulu.

¹⁵⁷⁹ Rapport FINMA, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵⁸⁰ Paradoxalement, la FINMA semble l'oublier lorsqu'elle mentionne dans son rapport de mars 2008 sur les mandataires qu'« il peut arriver qu'un mandataire ne soit pas capable de travailler de manière autonome, qu'il évite les décisions et demande l'aval de la FINMA pour la moindre brouille » (Rapport FINMA, p. 23).

¹⁵⁸¹ Message LB, p. 7495.

chargé d'enquête ou le délégué à l'assainissement doivent systématiquement en référer à la FINMA et ne puissent pas prendre des décisions opposables à des tiers, ou donner des injonctions valables aux organes de la banque alors qu'ils constatent que ceux-ci ne respectent pas les restrictions ou interdictions décidées par la FINMA, sous peine d'asphyxie de cette dernière¹⁵⁸². Ce qui précède vaut également pour le chargé d'enquête nommé dans le cadre d'une décision de prorogation d'échéances ou de sursis, sa mission ne consistant plus alors uniquement en l'analyse des faits relevant du droit de la surveillance¹⁵⁸³. A notre avis, lorsque la FINMA a décrété des mesures protectrices pour un assujetti présentant des risques d'insolvabilité, et qu'une prorogation des échéances ou un sursis a été par exemple prononcé, le chargé d'enquête et le délégué à l'assainissement doivent se voir attribuer un pouvoir décisionnel propre et pouvoir prendre des mesures, qu'ils seront habilités à notifier aux destinataires, en application analogique de l'art. 6 al. 1 OFB. Ces mesures pourront faire l'objet par le destinataire d'une dénonciation à la FINMA¹⁵⁸⁴, qui tranchera sur leur bien-fondé.

2. Application des règles du mandat (art. 394 ss CO)

- 570 La formation du contrat, l'étendue du mandat, les obligations du mandataire, les obligations du mandant et la fin du contrat, à l'exclusion de la responsabilité du mandataire, sont régis par le Code des obligations. Le droit bancaire complète ponctuellement la législation précitée, en particulier en précisant la tâche du chargé d'enquête¹⁵⁸⁵ et du délégué à l'assainissement¹⁵⁸⁶, en matière de secret¹⁵⁸⁷, et s'agissant de la responsabilité civile et pénale des mandataires¹⁵⁸⁸.
- 571 Au regard de l'urgence inhérente à ce type de procédure, l'on pourrait considérer que le mandat officiel débute automatiquement, dès la décision prise. A notre avis, les règles du droit du mandat s'opposent à cette conclusion, et ce n'est qu'une fois que la mission officielle a été acceptée par le tiers, expressément ou par actes concluants, que le mandat officiel débute.

¹⁵⁸² C'est d'ailleurs précisément ce que veut éviter la FINMA (voir supra, note de bas de page 1105).

¹⁵⁸³ Rapport FINMA, p. 22.

¹⁵⁸⁴ Art. 6 al. 2 OFB.

¹⁵⁸⁵ Art. 36 LFINMA.

¹⁵⁸⁶ Art. 28 ss LB.

¹⁵⁸⁷ Art. 14 al. 4 LFINMA.

¹⁵⁸⁸ Art. 19 LFINMA.

3. Devoirs du chargé d'enquête et du délégué à l'assainissement envers la FINMA

572 Les obligations du mandataire sont régies par les règles du droit bancaire, soit par les dispositions de la LB¹⁵⁸⁹, de l'OB¹⁵⁹⁰ et de l'OFB-FINMA, ainsi que par la LFINMA¹⁵⁹¹. Dans une certaine mesure, et en cas de lacune de ces lois spéciales, le droit du mandat du Code des obligations est applicable à titre subsidiaire. La nature exacte et l'étendue des obligations du chargé d'enquête et du délégué à l'assainissement seront également déterminées et précisées par la décision de la FINMA, qui détaille au cas par cas l'étendue du mandat.

3.1. Obligations générales découlant du droit du mandat

573 La LFINMA, la LB, l'OB et l'OFB-FINMA contiennent un grand nombre de dispositions prévoyant directement ou indirectement les droits et obligations des mandataires de la FINMA. Toutefois, ces dispositions peuvent ne pas tout prévoir. Le rapport de mandat public existant entre la FINMA et le mandataire autorise en cas de lacune des lois spéciales l'application à titre supplétif et subsidiaire seulement du droit du mandat du Code des obligations¹⁵⁹². En application de ce qui précède, le premier devoir du mandataire, absent de la législation bancaire, est un devoir de fidélité et de diligence vis-à-vis de son mandant, la FINMA ; une série d'obligations en découlent, comme notamment l'obligation d'information, de reddition de compte, d'absence de conflits d'intérêts, le devoir de discrétion et l'obligation d'exécution personnelle du mandat. Parmi les obligations précitées, toutes ne sont pas reprises par la législation bancaire applicable au chargé d'enquête et au délégué à l'assainissement.

3.1.1. Information et reddition de compte

574 Chargé d'enquête et délégué à l'assainissement sont débiteurs d'une obligation d'information permanente envers la FINMA, sous forme orale ou ponctuellement de rapports, intermédiaires et finaux, écrits¹⁵⁹³. Il appartiendra à cette autorité de fixer à ses mandataires des délais pour qu'ils lui rendent des rapports détaillant le déroulement et la progression de la procédure, et les éventuels problèmes

¹⁵⁸⁹ Art. 28 ss LB, également pour les bourses et les négociants en valeurs mobilières (art. 36a LBVM).

¹⁵⁹⁰ Art. 57 OB.

¹⁵⁹¹ Art. 14 al. 4 LFINMA

¹⁵⁹² BERTSCHINGER, p. 25.

¹⁵⁹³ ZULAUF / WYSS / ROTH, p. 191; ZULAUF, Finanzmarktenforcement – Verfahren der FINMA, p. 50.

rencontrés. Les mandataires de la FINMA sont soumis à une obligation de conservation des documents en rapport avec le mandat¹⁵⁹⁴ ; corollaire de l'absence d'indépendance des mandataires, la FINMA garde l'entière souveraineté sur ceux-ci.

3.1.2. Exécution personnelle

- 575 Il est communément admis que le mandataire se doit d'exécuter personnellement le mandat¹⁵⁹⁵. Rien ne s'oppose toutefois à ce que les personnes physiques nommées mandataires par la FINMA ne confient l'exécution de certaines tâches à un ou plusieurs auxiliaires. En revanche, les mandataires de la FINMA ne sauraient mandater eux-mêmes un tiers pour les remplacer dans le déploiement de certaines activités sans l'accord de la FINMA. Un tel sous-mandat sera particulièrement approprié dans l'hypothèse où les mandataires doivent agir ou défendre judiciairement : dans ce cas, un avocat sera mandaté, ce qui permettra notamment l'allocation de dépens, ce qui ne serait pas possible si les mandataires FINMA agissent en tant que tels, même s'ils sont avocats.

3.2. Respect du secret professionnel / de fonction / bancaire

- 576 Les mandataires de la FINMA sont soumis aux dispositions relatives au secret professionnel et au secret de fonction¹⁵⁹⁶. Les informations et documents obtenus ainsi que les rapports effectués par les mandataires ne peuvent être transmis à des tiers qu'avec l'accord exprès de la FINMA. L'obligation de garder le secret subsiste après la fin du mandat¹⁵⁹⁷. Dans l'hypothèse où le chargé d'enquête ou le délégué à l'assainissement est amené à communiquer des documents à des tiers¹⁵⁹⁸, le secret bancaire devra dans tous les cas être respecté¹⁵⁹⁹. Les communications écrites destinées à des déposants devront être expédiées à l'adresse indiquée dans la documentation d'ouverture de compte ; en tant que membres d'une autorité, les mandataires ne seront pas liés par une éventuelle clause de banque restante¹⁶⁰⁰. Les mandataires FINMA nommés pour agir auprès d'une bourse ou d'un négociant en

¹⁵⁹⁴ Guide FINMA février 2005, mise en œuvre de la surveillance par des mandataires, p. 4.

¹⁵⁹⁵ WERRO, CR CO I, n° 4 ss ad art. 398 CO ; WEBER, BSK OR I, n° 2 ss ad art. 398 CO.

¹⁵⁹⁶ Art. 14 LFINMA.

¹⁵⁹⁷ Art. 14 al. 2 LFINMA.

¹⁵⁹⁸ Il pourra s'agir par exemple d'investisseurs potentiels ou, dans le cadre de la communication du plan d'assainissement par le délégué à l'assainissement, des créanciers et propriétaires (art. 29 al. 2 LB).

¹⁵⁹⁹ Art. 47 LB.

¹⁶⁰⁰ Art. 4 al. 2 OFB-FINMA par analogie.

valeurs mobilières devront eux aussi respecter le secret¹⁶⁰¹. Le secret bancaire et le secret des bourses et négociants en valeurs mobilières devront être simultanément respectés si l'assujetti surveillé est autorisé en tant que banque et comme négociant en valeurs mobilières. La Garantie des Dépôts des Banques et Négociants en Valeurs mobilières Suisse est elle aussi soumise au respect des dispositions sur le secret bancaire. Les mandataires pourront communiquer librement avec elle si elle a été mise en œuvre par la FINMA. La loi prévoit d'ailleurs que la Garantie des Dépôts est au bénéfice d'un droit de consultation illimité du plan de remboursement dans le cadre d'une faillite¹⁶⁰². Il devrait en aller de même s'agissant du plan d'assainissement dans l'hypothèse où un paiement partiel des déposants est prévu.

4. Rapport du mandataire avec l'assujetti

- 577 Aucun rapport juridique ne lie l'assujetti au chargé d'enquête ou au délégué à l'assainissement, comme c'est le cas s'agissant du rapport existant entre la FINMA et l'assujetti. Seul un rapport juridique existe entre le mandataire et la FINMA, rapport précédemment qualifié de mandat de droit public. Cela ne signifie toutefois pas que l'assujetti n'a aucun droit à faire valoir vis-à-vis de la FINMA, et des mandataires, en sa qualité de partie à la procédure ouverte par la FINMA¹⁶⁰³. Ainsi, les mandataires FINMA doivent-ils s'abstenir de faire preuve d'arbitraire ; ils ont l'obligation de respecter le principe d'égalité de traitement dans la loi et devant la loi, tout comme ils doivent agir en respectant le principe de la bonne foi¹⁶⁰⁴. L'assujetti a le droit d'être entendu et informé¹⁶⁰⁵ ; il dispose dans une certaine mesure d'un droit de participation. Le mandataire ne doit pas se trouver dans une situation de conflit d'intérêt¹⁶⁰⁶.
- 578 En application de l'art. 36 al. 3 LFINMA, applicable au chargé d'enquête mais également par analogie au délégué à l'assainissement, les mandataires de la FINMA disposent d'un droit d'information et de regard complet exhaustif sur tous les documents pertinents et nécessaires à la bonne exécution du mandat, ainsi que d'un droit d'accès illimité aux locaux et systèmes informatiques de l'assujetti. Les mandataires FINMA n'ont qu'un pouvoir décisionnel autonome propre limité.

¹⁶⁰¹ Art. 43 LBVM.

¹⁶⁰² Art. 57 OB.

¹⁶⁰³ ZULAUF, Finanzmarktenforcement – Verfahren der FINMA, p. 48.

¹⁶⁰⁴ ATF 126 II 111, consid. 3 b.

¹⁶⁰⁵ Art. 26 et 29 PA applicable à la FINMA en application de l'art. 1 al. 2 lit. d PA et par renvoi de l'art. 53 LFINMA.

¹⁶⁰⁶ AMONN, Die Aufgaben des Sachwalters nach dem Bundesgesetz über die Anlagefonds, p. 57.

Toutefois, ils sont habilités à prendre au quotidien des mesures concrétisant la décision de la FINMA. Ainsi, en application de l'art. 222 al. 1 et 3 LP, par analogie, qui prévoit que le failli doit permettre à l'office d'accéder à tous ses locaux et à tous ses actifs, au besoin, aidé par la police¹⁶⁰⁷, les mandataires FINMA nommés en cas d'insolvabilité d'un assujetti peuvent également requérir l'intervention de la force publique dans l'hypothèse d'un assujetti ne collaborant pas. L'assujetti qui ne collabore pas est passible des peines prévues par l'art. 323 ch. 4 CP. Les procédures de sursis ou de prorogation d'échéances ouvertes pas la FINMA en cas de soupçon d'insolvabilité ou d'insolvabilité avérée d'un assujetti sont susceptibles d'être suivies d'une procédure collective de liquidation générale du patrimoine, ou d'une procédure d'assainissement. A ce titre, elles autorisent une application analogique de l'art. 222 LP¹⁶⁰⁸ au stade des mesures protectrices déjà.

- 579 L'assujetti, comme d'ailleurs tous les tiers touchés dans leurs droits par les mesures du mandataire, sont habilités à contester les mesures des mandataires par la voie de la dénonciation auprès de la FINMA¹⁶⁰⁹, à qui il appartiendra de confirmer ou d'infirmer la mesure contestée. Enfin, l'assujetti est débiteur de la créance en rémunération du mandataire¹⁶¹⁰.

D. Responsabilité

1. Responsabilité civile

- 580 En vertu de l'ancien art. 39 al. 2 lit. a LB, la responsabilité des mandataires nommés par la FINMA était régie par les art. 752 à 760 CO, en particulier 754 CO ; il s'agissait donc d'une responsabilité primaire du chargé d'enquête et du délégué à l'assainissement, pour le dommage causé en violation fautive des devoirs, par négligence, ou volontairement. L'application des articles précités au chargé d'enquête et au délégué à l'assainissement bancaire était critiquable¹⁶¹¹. Les mandataires de la FINMA étant, selon la FINMA, dépourvus de compétences décisionnelles propres, et constituant en quelque sorte son bras armé, il eût été plus logique d'instituer une responsabilité primaire de la Confédération pour son

¹⁶⁰⁷ VOUILLOZ, CR LP, n° 3 ad art. 222 LP; SCHÖBER, KUKO SchKG, n° 14 ad art. 222 LP; LUSTENBERGER, BSK-SchKG, n° 5 ad art. 222 LP; GILLIÉRON, commentaire, n° 6 ad art. 222 LP.

¹⁶⁰⁸ Cette disposition est d'ailleurs expressément applicable dans une procédure de faillite impliquant une banque, une caisse d'épargne, un négociant en valeur mobilières ou une bourse, par le renvoi effectué au sein de l'art. 34 al. 2 LB.

¹⁶⁰⁹ Art. 6 OFB-FINMA applicable par analogie.

¹⁶¹⁰ Art. 36 al. 4 LFINMA.

¹⁶¹¹ BERTSCHINGER, BSK BG, n° 12 ad art. 39 LB; EMMENEGGER, p. 256.

autorité, avec la possibilité d'introduire une action récursoire contre le délégué à l'assainissement. L'art. 39 al. 2 lit. a LB devait être interprété en ce sens que le chargé d'enquête ou le délégué à l'assainissement, qui provoque un dommage à la banque, aux actionnaires ou encore aux créanciers, en exécutant son mandat conformément à ses devoirs et aux instructions de la FINMA, ne sauraient être poursuivis en application analogique de l'art. 754 CO. En pareilles circonstances, la responsabilité de la Confédération était engagée, en application de la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité. Le renvoi de l'art. 39 ne concernait donc que les situations où le chargé d'enquête ou le délégué à l'assainissement violent les devoirs de leur charge. C'est d'ailleurs ce que précisait le Message concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne¹⁶¹².

581 L'entrée en vigueur de la FINMA a eu pour effet d'abroger l'art. 39 al. 2 LB. La FINMA, dotée d'une personnalité juridique propre¹⁶¹³, engage désormais sa propre responsabilité et peut être poursuivie en premier lieu¹⁶¹⁴, directement¹⁶¹⁵, en cas de violation essentielle par le mandataire de ses devoirs de fonction¹⁶¹⁶. La Confédération répond subsidiairement, en application de l'art. 19 al. 1 lit. a LRCF¹⁶¹⁷. La FINMA supporte donc une responsabilité primaire, pour faute grave, sauf si le dommage est causé à la Confédération : dans ce cas, le mandataire répondra directement envers elle du dommage causé¹⁶¹⁸. Le principe selon lequel la responsabilité de la FINMA n'est engagée qu'en cas de violation d'un devoir essentiel de fonction s'applique également aux personnes qu'elle aura mandatées, qui ne répondront en général que subsidiairement¹⁶¹⁹. En d'autres termes, seule une faute manifeste ouvrira la porte à une action en responsabilité¹⁶²⁰, dirigée contre la FINMA. La FINMA dispose d'une action récursoire contre le mandataire fautif, en vertu du renvoi opéré par l'art. 19 al. 1 lit. a LRCF aux articles 7 et 9 LRCF¹⁶²¹. Ce

¹⁶¹² Cf. Message concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 20 novembre 2002, FF 2002 7524.

¹⁶¹³ Art. 4 al. 1 LFINMA.

¹⁶¹⁴ Art. 19 al. 1 lit. a LRCF.

¹⁶¹⁵ Art. 19 LFINMA.

¹⁶¹⁶ Art. 19 LFINMA ; WERLEN/SULZER, *Verantwortlichkeit der FINMA*, p. 545-56 et la note de bas de page 31.

¹⁶¹⁷ ZULAUF / WYSS / ROTH, *Finanzmarktenforcement*, p. 195.

¹⁶¹⁸ Art. 19 al. 1 lit. b et 8 et 9 LRCF.

¹⁶¹⁹ Art. 7 et 9 LRCF.

¹⁶²⁰ Message concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA) du 1er février 2006 (FF 2006 2784).

¹⁶²¹ ZULAUF / WYSS / ROTH, p. 195.

nouveau système de responsabilité se rapproche grandement de celui applicable au commissaire au sursis.

2. Responsabilité pénale

- 582 A côtés des dispositions pénales applicables au commissaire au sursis en cas de crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes¹⁶²², les art. 47 et 48 LB instituent une responsabilité pénale spéciale, n'entrant en considération qu'en matière bancaire. L'art. 47 LB protège le respect du secret de fonction par un cercle qualifié de personnes, travaillant ou intervenant dans un établissement bancaire, tandis que l'art. 48 LB réprime l'atteinte au crédit d'une banque ou d'une centrale d'émissions de lettres de gage. Les art. 47 et 48 LB constituent des dispositions spéciales excluant, pour l'art. 47 LB, l'application de l'art. 320 CP, et pour l'art. 48 LB, celle de l'art. 174 CP. La première disposition réprime un délit propre pur, que peut notamment commettre un chargé d'enquête ou un délégué à l'assainissement : sera ainsi puni de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende de 50 000 francs au plus celui qui aura révélé un secret à lui confié ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi¹⁶²³, ou celui qui aura incité autrui à violer le secret professionnel¹⁶²⁴. L'infraction par négligence est réprimée par une amende maximale de 30'000 francs¹⁶²⁵. La violation du secret demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin ou que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession¹⁶²⁶. L'art. 43 LBVM, applicable dans l'hypothèse où le mandataire exerce son activité auprès d'une bourse ou d'un négociant en valeurs mobilières¹⁶²⁷ recèle le même contenu que l'art. 47 LB, sans précision quant au montant de l'amende. L'art. 48 LB, dont l'auteur peut être toute personne, sans égard à sa fonction, punit sur plainte celui qui en produisant ou en répandant des allégations qu'il savait fausses, aura porté atteinte au crédit d'une banque ou des centrales d'émission de lettres de gage, ou encore l'aura compromis, de l'emprisonnement ou de l'amende.
- 583 En application de l'art. 38 al. 3 LFINMA, lorsque la FINMA a connaissance de crimes ou de délits de droit commun, ou d'infractions à la présente loi ou aux lois sur les marchés financiers, elle en informe les autorités de poursuite pénale compétentes.

¹⁶²² Cf. supra, partie IV, Section II, p. 116 ss.

¹⁶²³ Art. 47 ch. 1 LB.

¹⁶²⁴ Art. 47 ch. 1, deuxième phrase, LB.

¹⁶²⁵ Art. 47 ch. 2 LB.

¹⁶²⁶ Art. 47 ch. 3 LB.

¹⁶²⁷ Art. 36a LBVM, qui renvoie aux art. 25 ss LB.

En application de cette disposition, il convient de considérer que les mandataires FINMA doivent impérativement faire part à la FINMA de tout doute relatif à la commission d'une infraction rentrant dans le cadre de l'obligation de dénonciation. Il faut également considérer par extension que les mandataires FINMA sont eux-mêmes débiteurs d'une obligation d'annonce aux autorités pénales compétentes.

E. Surveillance

- 584 La loi ne confère pas expressément à la FINMA un rôle d'autorité supérieure de surveillance du chargé d'enquête ou du délégué à l'assainissement, ce qui s'explique par la conception défendue par la FINMA selon laquelle chargé d'enquête et délégué à l'assainissement ne disposent que d'une indépendance toute relative et ne sont pas détenteurs d'un pouvoir décisionnel propre. La FINMA ne peut ainsi pas prononcer de sanctions à l'encontre de l'un de ses mandataires. Les actions ou omissions des mandataires peuvent faire l'objet d'une dénonciation auprès de la FINMA, en application analogique de l'art. 6 OFB-FINMA¹⁶²⁸. La FINMA est alors tenue de rendre une décision formelle¹⁶²⁹. Le tiers, qui doit être dans ces circonstances qualifié de dénonciateur, et non de partie à la procédure, n'est pas titulaire d'un droit absolu à l'obtention d'une décision constatatoire des carences du chargé d'enquête ou du délégué, voire une décision formatrice qui révoquerait le mandataire, et n'est pas considéré comme une partie au sens de la procédure administrative, ne pouvant donc pas recourir contre la décision de la FINMA auprès du Tribunal administratif fédéral. Avant qu'une décision, constatatoire ou formatrice, soit prise dans le sens de ce qui précède, il conviendra que la FINMA entende son mandataire et lui donne la possibilité de s'exprimer sur les allégations du dénonciateur et/ ou lésé. Il faut admettre que la décision de la FINMA peut être déférée au Tribunal administratif fédéral, sur recours du chargé d'enquête ou du délégué à l'assainissement, mais non du tiers qui n'a pas la qualité de partie.

F. Honoraires

- 585 Le débiteur de la créance d'honoraires est l'assujetti, soit l'établissement dans lequel interviennent le chargé d'enquête et le délégué à l'assainissement¹⁶³⁰. Comme le commissaire au sursis, le délégué devra requérir de l'assujetti le versement d'une provision. L'impossibilité pour l'assujetti de verser la provision au mandataire

¹⁶²⁸ Contra: BAUER, BSK BG, n° 23 ad art. 28 LB ; HÜPKES, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht, p. 137 in fine.

¹⁶²⁹ Art. 6 al. 2 OFB applicable par analogie; voir également le Message LB, p. 7495.

¹⁶³⁰ Art. 36 al. 4 LFINMA, applicable par analogie au délégué à l'assainissement.

devrait conduire la FINMA à ouvrir immédiatement la faillite de l'assujetti, à moins de perspectives d'assainissement concrètes.

- 586 En pratique, il arrive que la FINMA garantisse aux mandataires qu'elle a nommés le versement d'un montant maximal convenu au moment de l'octroi du mandat, pour autant que les mandataires aient demandé le versement de provisions avant l'ouverture de la faillite¹⁶³¹, qu'elles n'aient pas été payées, et que la créance en paiement des honoraires ait été cédée par le mandataire à la FINMA. Il semble que la FINMA ne garantisse que très parcimonieusement le paiement des honoraires lorsque le mandat est effectué auprès d'établissements autorisés, pour les mandats de liquidateur ou de liquidateur de faillite bancaire, ou pour les mandats résultant de la LPCC¹⁶³². Le Rapport FINMA ne traite pas spécifiquement de la question de la garantie des honoraires dus au délégué à l'assainissement. Il semble que la tâche du délégué à l'assainissement est plus proche de celle du chargé d'enquête ; par ailleurs, il peut arriver que le chargé d'enquête soit ensuite désigné délégué à l'assainissement. Partant, il faut se prononcer en faveur d'un traitement identique du chargé d'enquête et du délégué à l'assainissement, et estimer que les honoraires de ce dernier doivent aussi pouvoir bénéficier de la garantie de la FINMA. L'on ajoutera qu'il semblerait assez contreproductif de refuser pareille garantie au délégué à l'assainissement, aucun mandataire ne voulant à coup sûr prendre le risque de déployer une activité rémunérée par un établissement dont la solvabilité ne lui est pas encore connue. Afin que le mandataire de la FINMA dispose d'un titre de mainlevée lui permettant de poursuivre l'assujetti pour des honoraires impayés, il arrive que la FINMA décide par la voie de l'ordonnance du montant dû au mandataire¹⁶³³.
- 587 Se basant sur le tarif des indemnités pour la révision bancaire¹⁶³⁴ adopté par la FINMA le 26 juin 1995 et des recommandations concernant les honoraires de la Chambre fiduciaire suisse du 10 juin 1997¹⁶³⁵, la FINMA autorise un taux horaire variant entre 260 et 420 francs¹⁶³⁶. Ce n'est que si l'ampleur du dossier et la complexité du cas le justifient que la FINMA acceptera qu'un tarif supérieur soit applicable. Les mandataires de la FINMA doivent régulièrement effectuer des

¹⁶³¹ Art. 36 al. 4 LFINMA.

¹⁶³² Rapport de la Commission fédérale des banques, Mandataires de la FINMA, 2008, p. 26.

¹⁶³³ ZULAUF, Finanzmarktenforcement, p. 189.

¹⁶³⁴ Bulletin CFB 28/11.

¹⁶³⁵ Tarif B, catégorie F1.

¹⁶³⁶ Notons que ces tarifs ont été adoptés il y a près de dix ans et qu'ils devraient théoriquement être revus à la hausse à moyen terme. Compte tenu du renchérissement intervenu depuis 1997, ils devraient déjà à ce jour plutôt se situer entre 280 et 460 francs.

demandes de provision, et régulièrement et spontanément rendre compte des frais engagés¹⁶³⁷. La facturation du mandataire est soumise à l'approbation finale de la FINMA, qui a pour effet de rendre la créance déterminée et exigible. Il faut en déduire que la FINMA peut décider de réduire le montant des honoraires dus par l'assujetti et exiger du mandataire la restitution d'une partie des provisions engagées.

- 588 Les honoraires du délégué à l'assainissement, tout comme ceux du liquidateur d'une faillite bancaire, ne sont pas soumis à la TVA, l'activité étant considérée par l'Administration fiscale comme étant déployée dans l'exercice de la puissance publique¹⁶³⁸, ce qui précède ne valant pas s'agissant des honoraires du chargé d'enquête. Le chargé d'enquête nommé alors que des mesures protectrices telles que l'interdiction de procéder à des paiements, la prorogation des échéances ou encore le sursis ont été décidées est à l'évidence détenteur d'une parcelle de puissance publique, puisqu'il aura pour mission de surveiller l'assujetti et d'autoriser certains actes de celui-ci. Dans ce cas, les prestations du chargé d'enquête ne devraient pas être soumises à la perception de la TVA.

G. Fin du mandat

- 589 Le mandat du chargé d'enquête nommé pour surveiller un assujetti insolvable prend fin à l'échéance de la période prorogation des échéances ou du sursis, ou en cas de mise en faillite de l'assujetti. Celui du délégué à l'assainissement se termine, sauf circonstances exceptionnelles, avec l'homologation du plan d'assainissement par la FINMA, respectivement par le Tribunal administratif fédéral¹⁶³⁹. En cas d'échec de l'assainissement, la FINMA devrait pouvoir nommer le chargé d'enquête ou le délégué à l'assainissement liquidateur d'une faillite subséquente, tout comme le chargé d'enquête peut lui-même être désigné aux charges de délégué à l'assainissement.
- 590 En application de l'art. 404 al. 1 CO, la FINMA peut aussi résilier le mandat à tout moment de la procédure, en particulier si elle est informée de carences dans l'activité du délégué, que le délégué ne remplit plus les conditions pour être nommé mandataire, ou qu'il apparaît que le délégué se trouve en situation de conflit

¹⁶³⁷ Guide FINMA février 2005, mise en œuvre de la surveillance par des mandataires, p.3-4.

¹⁶³⁸ Art. 23 LTVA ; AFC, Brochure spéciale n° 2, Assujettissement à la TVA, valable dès le 1^{er} janvier 2008 ; rapport de la Commission fédérale des banques, Mandataires de la FINMA, 2008, p. 28.

¹⁶³⁹ Art. 31 LB, 33 lit. f LTAF; BAUER, BSK BG, n° 21 ad art. 28 LB.

d'intérêts. Le délégué, en tant que mandataire, devrait de son côté pouvoir résilier en tout temps le mandat, sauf en tant inopportun¹⁶⁴⁰.

¹⁶⁴⁰ Art. 404 al. 2 CO.

Chapitre III

ACTIVITÉS DU CHARGÉ D'ENQUÊTE EN CAS D'INSOLVABILITÉ DE L'ASSUJETTI

A. Etablissement de la solvabilité de l'assujetti

- 591 La mission du chargé d'enquête au sens de l'art. 26 al. 1 lit. b LB se distingue de celle du chargé d'enquête nommé en application de l'art. 36 LFINMA¹⁶⁴¹ en ce qu'elle consistera toujours à élucider un complexe de faits liés à l'évaluation de la solvabilité de l'assujetti, respectivement à indiquer à la FINMA si existe une situation d'insolvabilité devant conduire à la mise en liquidation de l'assujetti, ou des perspectives d'assainissement. Il s'agit ici d'une mission de surveillance et d'élucidation de faits en lien avec des risques d'insolvabilité uniquement.
- 592 Un ou plusieurs chargés d'enquête seront aussi nommés dans l'hypothèse où le FINMA est saisie d'une demande d'*exequatur*¹⁶⁴², d'une décision de faillite¹⁶⁴³, de concordat ou une procédure analogue¹⁶⁴⁴ prononcée par une juridiction étrangère contre un établissement bancaire dont le siège est situé à l'étranger et qui dispose d'actifs en Suisse, afin notamment d'effectuer un inventaire des actifs et de clarifier leur situation juridique¹⁶⁴⁵.
- 593 Généralement, l'étendue de la mission, les points à élucider et les droits du chargé d'enquête envers l'assujetti seront définis au cas par cas dans la décision de la FINMA. Le chargé d'enquête sera prié de remettre à la FINMA un ou plusieurs rapports à dates fixes. En application du droit d'être entendu, ces rapports, qui n'ont pour la FINMA aucun effet contraignant, seront communiqués à l'assujetti qui doit être entendu et peut se déterminer sur leur contenu. L'assujetti ne saurait se prévaloir des exigences de la procédure administrative fédérale (PA) s'agissant de

¹⁶⁴¹ Qui remplace l'art. 23^{bis} al. 2 aLB.

¹⁶⁴² Art. 37g LB.

¹⁶⁴³ Art. 166 LDIP.

¹⁶⁴⁴ Art. 175 LDIP.

¹⁶⁴⁵ C'est-à-dire leur disponibilité en fonction des différentes prétentions que des tiers font valoir et d'éventuels droits de gage

chaque acte du chargé d'enquête. Il suffit que la procédure ouverte par la FINMA réponde dans son ensemble aux garanties constitutionnelles et légales de procédure¹⁶⁴⁶. En tous les cas, il appartiendra au chargé d'enquête d'effectuer un inventaire et une estimation complète des actifs de l'assujetti, y compris ceux localisés à l'étranger, au besoin avec l'aide de la force publique¹⁶⁴⁷.

B. Activités de surveillance et de gestion

594 Le chargé d'enquête a principalement pour mission de clarifier en toute objectivité une situation factuelle peu claire dans un rapport à rendre à la FINMA dans le délai fixé par elle¹⁶⁴⁸. A côté de sa mission d'enquête traditionnelle telle que définie par la décision de la FINMA¹⁶⁴⁹, le chargé d'enquête a également pour mission de mettre en œuvre les mesures protectrices décrétées par la FINMA et vérifier leur respect par l'assujetti¹⁶⁵⁰.

1. Contrôle de l'interdiction de toute sortie de fonds

595 En cas de sursis ou de prorogation d'échéances, tout retrait par des déposants sera interdit dans le cadre de la relation banque-client. Les ordres d'achat de titres ou de placements fiduciaires, valeurs ségréguées en cas de faillite, passés par des déposants pendant une prorogation des échéances ou un sursis, n'auront pas à être exécutés, dès lors que leur exécution et la ségrégation subséquente reviendrait *de facto* à les autoriser à un retrait égal à la valeur d'achat des titres ou au montant du placement fiduciaire, en violation du principe d'égalité de traitement entre créanciers et de l'interdiction de toute sortie de fonds. Les ventes de titres et les remboursements de dépôts fiduciaires pourront être autorisés ; en cas de faillite subséquente, il faut admettre que le privilège de l'art. 37d LB s'appliquera aussi aux liquidités ainsi produites et déposées sur le compte du déposant concerné. A admettre que l'art. 37d LB ne puisse être interprété en ce sens, une conclusion identique s'imposerait puisqu'il faudrait considérer que les liquidités en question, qui constituent des créances du déposant envers l'assujetti, sont des engagements superprivilégiés car contractés pendant les mesures protectrices au sens de l'art. 37 LB. Avant d'autoriser inconditionnellement des ventes de titres, les mandataires FINMA devront vérifier si le déposant est débiteur de l'assujetti et si ses titres ne

¹⁶⁴⁶ Bulletin CFB 46 (2004), p. 66.

¹⁶⁴⁷ Art. 222 al. 3 LP par analogie.

¹⁶⁴⁸ AKDAS, p. 5.

¹⁶⁴⁹ Cf. infra, § 591.

¹⁶⁵⁰ AKDAS, *op.cit.*, p. 5.

sont pas gagés en faveur de l'assujetti ou d'un tiers le refinançant. Le droit de gage de l'assujetti ou du tiers s'opposerait à une ségrégation inconditionnelle et prime le superprivilège de l'art. 37 LB. Les écritures internes pourront être autorisées sans restriction tant que le résultat de l'opération est comptablement neutre.

2. Respect de l'égalité de traitement entre créanciers

596 Plus généralement, dans le cadre des mesures protectrices, en particulier d'un sursis ou d'une prorogation d'échéances, assortie par exemple d'une interdiction de paiement, les mandataires devront s'assurer que le principe cardinal d'égalité de traitement entre créanciers est assuré, tant par l'assujetti qu'eux-mêmes¹⁶⁵¹.

3. Traitement des engagements contractés pendant les mesures protectrices

597 Les obligations de la banque, nées pendant la durée des mesures provisoires avec l'accord de la FINMA et/ou des mandataires¹⁶⁵², font l'objet d'un « super-privilège » et constituent des dettes de masse, payées en priorité dans une procédure de liquidation subséquente. Par analogie avec la procédure de sursis ordinaire, il faut considérer que des dettes de masse pourront être honorées immédiatement par les mandataires¹⁶⁵³. Cela sera notamment le cas s'agissant du paiement des salaires des travailleurs salariés de l'assujetti.

4. Paiement immédiat d'une partie des dépôts

598 En application de l'art. 37a^{bis} LB, qui se substitue temporairement à l'art. 37a LB¹⁶⁵⁴, l'intégralité des créanciers, indépendamment du montant de leur dépôt, doivent pouvoir être immédiatement désintéressés, hors toute procédure de collocation, avec les liquidités encore disponibles de l'assujetti, à hauteur d'un montant maximal que la FINMA est chargée de fixer au cas par cas en fonction de l'état des liquidités et du montant total des créances privilégiées au sens de l'art. 219 al. 4 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. L'on pense ici notamment aux

¹⁶⁵¹ Les mandataires devront par exemple renoncer à accepter d'accorder des entretiens individuels à certains clients en faisant la demande, sous peine de devoir accepter de recevoir sans restriction tous les autres créanciers de la même classe.

¹⁶⁵² Art. 37 LB.

¹⁶⁵³ Du même avis, Hess, BSK BG, n° 36 ad art. 26 LB; Roth, Equal versus privileged treatment of creditors in bankruptcy proceedings, p. 147.

¹⁶⁵⁴ Message concernant la modification de la loi sur les banques (Renforcement de la protection des déposants), FF 2008 7951 (7960).

travailleurs qui pourraient potentiellement être lésés par une sortie massive d'actifs en faveur des déposants qui ne tiendrait pas compte de leurs créances.

- 599 La formulation de l'art. 37a LB ne laisse planer aucun doute sur le fait que cette disposition s'applique non seulement après l'ouverture par la FINMA d'une procédure de faillite, mais également au stade des mesures protectrices. Dans l'hypothèse où la FINMA a décidé d'interdire à l'assujetti d'effectuer tout paiement¹⁶⁵⁵, elle devra mentionner dans sa décision qu'elle autorise ses mandataires à disposer des liquidités de l'assujetti pour rembourser immédiatement une partie des dépôts. Le texte légal ne prévoit pas de délai dans lequel le versement doit intervenir ; le délai variera en fonction des circonstances et de la complexité du cas, mais ne devrait pas excéder deux semaines.
- 600 Tous les déposants bénéficient désormais de la possibilité d'être immédiatement remboursés pour un montant maximum fixé au préalable par la FINMA, intérêts compris, et non plus seulement uniquement ceux qui, comme par le passé, disposaient d'un dépôt inférieur à CHF 5'000. Ainsi, paiement immédiat et remboursement par la Garantie des Dépôts se cumulent, alors qu'ils s'excluaient auparavant, en ce sens que ce ne sont plus seulement les déposants qui possèdent un dépôt ne dépassant pas un montant déterminé – en l'occurrence 5'000.- ou moins – qui peuvent être immédiatement payés, à l'exclusion des autres déposants qui, selon le droit actuellement suspendu, seraient contraints d'attendre un paiement de l'organisme de garantie. Les déposants ne recevront toutefois pas plus que CHF 100'000.- en tout, hors dividende de faillite. L'art. 37a^{bis} renvoie en effet à l'art. 37b al. 1^{bis} LB : ce sont donc les dépôts privilégiés à hauteur de CHF 100'000.- et colloqués en deuxième classe dans une procédure de liquidation pour cause de faillite qui peuvent être immédiatement partiellement remboursés. Il faut donc partir du principe que ces CHF 100'000.- (au maximum) seront payés en deux fois, c'est-à-dire en partie immédiatement, au moyen des liquidités disponibles, le reste étant payé par l'organisme de garantie dans un délai de soixante jours commençant à courir dès le prononcé par la FINMA des mesures protectrices ou de la faillite de l'assujetti. Considérer que le paiement immédiat n'impute pas le montant maximum de CHF 100'000.- reviendrait à instaurer deux privilèges pour les créanciers. Cela ne semble pas être la volonté du législateur.
- 601 Dans le cadre de l'adoption en 2002 de l'art. 37a LB dans sa nouvelle teneur, le Conseil fédéral avait précisé que les créances des déposants ne devaient pas être compensées avec les créances de l'assujetti, « car les recherches nécessaires à cet effet occasionneraient des frais démesurés et prendraient trop de temps »¹⁶⁵⁶. Ce

¹⁶⁵⁵ Art. 26 al. 1 lit. f LB.

¹⁶⁵⁶ Message LB, p. 7511.

principe a été repris lors de l'adoption urgente de l'art. 37a^{bis} LB, ce qui est discutable. Si cette approche se justifiait en effet à l'aune de l'ancienne législation - qui prévoyait qu'un montant, modeste, de CHF 5'000.- au maximum était immédiatement remboursable - tel ne devrait plus être le cas aujourd'hui. Plus le montant maximal décidé par la FINMA sera élevé, plus il conviendrait d'être restrictif dans l'acceptation d'une renonciation à la compensation. Égalité de traitement entre créanciers oblige, il devrait être exclu de considérer que, dans la même procédure, la compensation peut avoir lieu seulement lorsque le déposant a envers l'assujetti, dans la limite du montant maximal fixé par la FINMA, une créance supérieure à un montant déterminé. Dans la même procédure, soit la compensation est autorisée, soit elle ne l'est pas. La FINMA pourrait admettre comme par le passé que la compensation est exclue si le montant maximum distribué par déposant est égal ou inférieur à CHF 5'000.-. En revanche, au dessus de cette somme, la FINMA devrait autoriser l'assujetti à procéder à une compensation. L'argument selon lequel l'autorisation de compenser serait la source d'un travail considérable n'est par ailleurs pas forcément le plus pertinent, dès lors que cette information ressort souvent clairement des livres de l'assujetti. Dans le cadre de la détermination de la créance colloquée en deuxième classe à hauteur de CHF 100'000.- au maximum et dont le remboursement à moyen terme est garanti par l'organisme de garantie exigé par le LB, la compensation sera toutefois autorisée¹⁶⁵⁷.

- 602 Compte tenu de ce qui précède, la tâche du mandataire nommé par la FINMA consistera à déterminer le montant des liquidités ainsi que des créances des déposants et des créanciers privilégiés envers l'assujetti, afin de pouvoir indiquer à la FINMA quelle est la capacité de l'assujetti à rembourser les « petits » dépôts et pour quel montant maximum. Il convient de mentionner que cette tâche incombera le plus souvent au chargé d'enquête, mandaté pour dresser un état aussi précis que possible de la solvabilité de l'assujetti et que très rarement au délégué à l'assainissement, qui intervient en principe à un stade ultérieur, après que la situation aura été éclaircie par le chargé d'enquête.

5. Mise en œuvre de la Garantie des Dépôts des Banques et Négociants en valeurs mobilières Suisses

- 603 En application de l'art. 55 OB, la FINMA est tenue de communiquer à l'organisme de garantie des dépôts le prononcé de mesures protectrices au sens de l'art. 26 al. 1 lit. e à h LB. Elle peut néanmoins s'en abstenir aussi longtemps que, dans le cadre d'un assainissement, il existe une perspective fondée que les mesures protectrices

¹⁶⁵⁷ Dans les limites de l'art. 3 de la Convention des Banques et Négociants en Valeurs mobilières suisses relative à la Garantie des Dépôts.

ordonnées seront levées, ou si les créances privilégiées au sens des art. 37b LB et 23 OFB ne sont pas affectées par les mesures protectrices ordonnées.

- 604 Il appartiendra aux mandataires de la FINMA de fournir à cette dernière les données financières nécessaires à l'appel aux contributions que l'organisme de garantie effectuera. S'agissant du montant à payer par déposant, il ne pourra dépasser CHF 100'000.-, intérêt compris et déduction faite du montant payé immédiatement en application de l'art. 37a^{bis} LB. Il conviendra de ne pas omettre de prélever l'impôt anticipé, mais uniquement pour la part de l'intérêt effectivement payée. L'organisme de garantie et les mandataires auront soin de coordonner leurs interventions et de s'entendre sur les détails de l'exécution des paiements, devant intervenir dans les soixante jours¹⁶⁵⁸.

6. Remplacement des organes

- 605 La FINMA peut procéder au retrait partiel ou total du pouvoir de représentation des organes, ou les démettre de leurs fonctions¹⁶⁵⁹. La loi ne précise pas pour autant quel est le nouveau titulaire des pouvoirs de signature nécessaires pour agir au nom de l'assujetti. Il paraît souhaitable d'opter pour une attribution de tout ou partie de ces compétences au chargé d'enquête¹⁶⁶⁰, qui devrait par ailleurs être autorisé à agir avec une certaine indépendance, sans devoir systématiquement en référer à la FINMA pour qu'elle prenne formellement des décisions l'autorisant à agir¹⁶⁶¹. S'agissant de questions particulièrement délicates, juridiques ou même politiques, elles devront être résolues conjointement avec la FINMA.
- 606 Les mandataires de la FINMA sont soumis au secret de fonction¹⁶⁶², naturellement non opposable à la FINMA. Le fait qu'un mandataire de la FINMA remplace les organes ne signifie en aucun cas qu'il puisse s'affranchir de l'obligation de garder le secret, notamment envers les actionnaires et autres intéressés, en particulier la clientèle¹⁶⁶³.

¹⁶⁵⁸ Art. 56 al. 1 OB.

¹⁶⁵⁹ Art. 26 al. 1 lit. c LB.

¹⁶⁶⁰ Pour BAUER, BSK BG, n° 29 ad art. 28 LB, le délégué à l'assainissement ne devrait cependant pas être détenteur d'un pouvoir de représentation. Le délégué à l'assainissement perdrait de son impartialité, et par ricochet de son pouvoir de persuasion en cas de nécessité de négocier avec des créanciers.

¹⁶⁶¹ Rapport SCHAERER, p. 48 ;

¹⁶⁶² Art. 14 LFINMA.

¹⁶⁶³ *Contra* : HESS, BSK BG, n° 21 ad art. 26 LB, qui estime que les art. 400 CO et 11 LBVM entrent en collision avec l'art. 47 LB. C'est omettre que le mandataire n'a aucune obligation contractuelle envers l'assujetti.

C. Activités procédurales

1. Information de l'assujetti

607 S'agissant spécifiquement de la prorogation d'échéances, assortie d'une interdiction de paiement, et du sursis, les mandataires auront pour mission primordiale d'informer immédiatement l'assujetti sur l'effet concret des mesures sur ses droits et surtout ses obligations, et, pragmatiquement, sur ses activités quotidiennes. Concrètement, la prorogation d'échéances est synonyme d'interdiction de toute sortie de fonds destinée à éteindre une dette non encore exigible au moment du prononcé de la mesure. Les dettes exigibles avant le prononcé de la mesure pourront être valablement honorées. Assortie d'une interdiction de paiement, la prorogation d'échéances aura pour effet d'interdire tout paiement. Le sursis aura des effets identiques, avec en plus l'arrêt du cours des intérêts.

2. Information du public

608 Lors d'une prorogation d'échéances ou d'un sursis, mesures nécessairement publiées sur le site web de la FINMA et dans la FOISC, les mandataires auront la délicate mission d'informer le public, c'est-à-dire principalement la clientèle. Selon la nature de l'activité de l'assujetti, le site web de ce dernier pourra être modifié, une hotline téléphonique mise en place et une adresse de courriel dédiée. Les mandataires sont tenus au secret de fonction¹⁶⁶⁴; aussi conviendra-t-il qu'ils déterminent conjointement avec la FINMA quelles sont les informations qui peuvent être rendues publiques et lesquelles doivent demeurer confidentielles, après avoir effectué une pesée entre d'une part l'intérêt du public à être informé sur la situation de l'assujetti et d'autre part celui de la banque à ne pas dévoiler trop en détail l'ampleur de ses difficultés et pouvoir négocier discrètement avec des investisseurs et/ou repreneurs potentiels potentiellement effrayés par une trop grande publicité entourant la procédure.

3. Autres devoirs liés à l'information

609 Par analogie avec le commissaire au sursis, il faut admettre que le chargé d'enquête doit tenir un procès-verbal de ses activités. Toute décision et événement important devront être portés au procès-verbal. A intervalles réguliers, le chargé d'enquête transmettra un rapport intermédiaire à la FINMA, dont la forme aura été au préalable convenue. Dans le cas où la procédure de surveillance dure plus d'un an, un rapport au 31 décembre devra être établi, et sera accompagné d'états financiers.

¹⁶⁶⁴ Art. 14 al. 4 LFINMA.

Chapitre IV

ACTIVITÉS DU DÉLÉGUÉ À L'ASSAINISSEMENT

A. Mise en œuvre des éventuelles mesures protectrices / gestion de la banque

- 610 Les mesures protectrices décidées par la FINMA avant l'ouverture d'une procédure d'assainissement ne deviennent pas pour autant caduques après une décision de la FINMA de nommer un délégué à l'assainissement. C'est dans ce sens que l'art. 28 al. 2 LB, lu avec l'art. 25 al. 2 LB, doit être interprété. Dans l'hypothèse où la FINMA a adopté précédemment des mesures protectrices au sens de l'art. 26 LB, le délégué à l'assainissement, comme le chargé d'enquête, aura pour mission d'assurer ici aussi leur mise en œuvre et leur respect par l'assujetti. Le rôle du délégué à l'assainissement ne sera alors pas différent de celui du chargé d'enquête et il est ici renvoyé à ce qui a été dit plus haut à ce sujet¹⁶⁶⁵. L'on ajoutera que par gain de temps et soucis d'économie, le chargé d'enquête nommé par la FINMA devrait être ensuite désigné chargé d'enquête¹⁶⁶⁶.

B. Remboursements immédiats et Garantie des Dépôts

- 611 Le délégué à l'assainissement pourra devoir procéder au paiement immédiat d'une partie des dépôts privilégiés¹⁶⁶⁷, cette mesure étant en particulier concevable dans le cadre d'une procédure d'assainissement pendant laquelle une prorogation d'échéances¹⁶⁶⁸, une interdiction de paiements¹⁶⁶⁹ ou un sursis¹⁶⁷⁰ perdurent ou sont ordonnés. Le fait que la masse active de l'assujetti ne suffise pas à désintéresser ces créanciers-ci aura pour conséquence qu'un assainissement est manifestement exclu.
- 612 En fonction de la lésion par le plan d'assainissement des intérêts des déposants, il se peut que le délégué à l'assainissement doive être amené à mettre en œuvre l'organisme de garantie des dépôts. Cela sera notamment le cas si le plan prévoit

¹⁶⁶⁵ Cf. p. en page 327.

¹⁶⁶⁶ SCHWOB, BODMER / KLEINER / LUTZ Kommentar, n° 6 ad art. 28 LB.

¹⁶⁶⁷ Art. 37a^{bis} LB à lire avec l'art. 37b al. 1^{bis} LB.

¹⁶⁶⁸ Art. 26 al. 1 lit. h LB.

¹⁶⁶⁹ Art. 26 al. 1 lit. f LB.

¹⁶⁷⁰ Art. 26 al. 1 lit. h LB.

une atteinte aux créances privilégiées telles que définies par les art. 37 ss LB¹⁶⁷¹. La mise en œuvre ne pourra intervenir qu'une fois que le plan aura été accepté par les créanciers et homologué par la FINMA, puisque ce n'est qu'ensuite de l'entrée en force du plan que le dommage sera réellement éprouvé par des déposants.

C. Elaboration et mise en œuvre du plan d'assainissement

- 613 La tâche principale du délégué à l'assainissement consiste en l'élaboration¹⁶⁷², la mise en œuvre et la surveillance de la mise en œuvre d'un plan censé permettre à l'assujetti un assainissement effectif et durable. S'agissant de l'assainissement proprement dit, l'activité du délégué se divisera en trois volets : analyse de la nature et des causes de l'insolvabilité, élaboration du plan, et surveillance de la bonne mise en œuvre par la banque du plan homologué par la FINMA.
- 614 Sachant que le délégué à l'assainissement est désigné en principe très principalement pour tenter de trouver et mettre en œuvre des solutions permettant l'assainissement de l'assujetti, il est capital qu'il possède une vision précise et exhaustive de la situation en analysant la nature de l'insolvabilité (insuffisance passagère de trésorerie, ou fonds propres insuffisants), le(s) but(s) à rechercher, la nature des mesures à prendre, leur efficacité, et la possibilité de mise en œuvre. Il serait en réalité souhaitable que la situation financière soit précisément connue avant l'ouverture de la procédure d'assainissement, cette mission incombant sans nul doute au chargé d'enquête.

1. Actes préparatoires

1.1. Inventaire et établissement du passif

- 615 Un plan d'assainissement, et ses chances de succès, ne pourront être évalués que si les actifs et les passifs de la banque sont déterminés avec précision par le délégué à l'assainissement, à moins que des chargés d'enquête aient au préalable été mis en œuvre par la FINMA. Un état détaillé des actifs et des passifs, de la trésorerie, un

¹⁶⁷¹ Art. 55 al. 2 OB.

¹⁶⁷² Cette partie des tâches incombant au délégué à l'assainissement est dans les faits rare. Fréquemment, les grandes lignes de l'assainissement sont déjà connues et négociées avant l'ouverture de la procédure d'assainissement par la FINMA (rapport explicatif LGDB, p. 53). La tâche du délégué à l'assainissement se limite alors à la vérification de la conformité du plan avec les prescriptions légales protégeant les créanciers et les propriétaires de l'assujetti (art. 29 ss LB), ainsi qu'à la vérification que le « nouvel » assujetti né de la reprise de certaines activités ou de l'abandon de pans d'activités respecte les conditions requises pour l'obtention d'une autorisation (art. 29 P-LB 2009) et à la surveillance de l'exécution du plan d'assainissement.

budget prévisionnel de l'assujetti, la structure du groupe, l'existence de filiales ou de succursales à l'étranger, les différents contrats et leur impact financier, ou encore la masse salariale devront être impérativement communiqués au délégué à l'assainissement.

1.1.1. Actif

- 616 L'art. 299 al. 1 et 2 LP est applicable par analogie au délégué à l'assainissement. S'agissant d'un établissement bancaire, l'on devrait escompter que l'inventaire puisse être intégralement réalisé sur la base du bilan et des comptes. Pour le surplus, ce qui a déjà été dit concernant l'établissement par le commissaire au sursis d'un inventaire est applicable *mutatis mutandis* au délégué à l'assainissement, à l'exception de ce qui a trait au devoir de communication aux créanciers gagistes et au débiteur de l'estimation des gages. Autant les principes d'établissement d'un inventaire sont-ils applicables sans autre, faute de précision de la LB à ce sujet, autant l'obligation de communication est elle exclusivement réservée aux créanciers concordataires, la LB n'imposant pas ce devoir d'information et privilégiant au contraire le secret¹⁶⁷³.
- 617 Les actifs de la banque doivent être évalués prudemment¹⁶⁷⁴, selon une analyse réaliste et conservatrice¹⁶⁷⁵. Doivent ainsi être considérées la situation générale de l'économie, l'évolution de la conjoncture et la situation économique des entreprises tierces envers lesquelles la banque a des créances ou dans lesquelles elle a des participations. L'estimation des gages doit être réaliste et tenir compte de dépréciations présentes et/ou futures ; en particulier, les gages doivent être évalués à leur valeur actuelle de marché. La perspective de pertes doit entraîner des provisions ou corrections de valeurs suffisantes¹⁶⁷⁶. L'obligation d'évaluer prudemment les actifs constitue une condition d'homologation du plan d'assainissement¹⁶⁷⁷.

1.1.2. Passif

- 618 Les dispositions du droit concordataire réglant l'établissement du passif ne sont pas applicables en matière d'assainissement bancaire. Alors que l'art. 300 LP prévoit qu'un appel aux créanciers doit avoir lieu, la LB y renonce, même en cas de

¹⁶⁷³ Art. 5 OFB-FINMA par analogie.

¹⁶⁷⁴ Art. 31 lit. a LB.

¹⁶⁷⁵ Message LB, FF 2002 7504.

¹⁶⁷⁶ Message LB, FF 2002 7504.

¹⁶⁷⁷ Art. 31 lit. a LB.

liquidation de l'assujetti¹⁶⁷⁸. Le passif sera donc établi de la même manière que l'actif, soit à la lumière de l'examen des états financiers. Pour des raisons évidentes, aucune obligation de vérifier les créances à inscrire dans le plan de remboursement sur la base des livres de la banque n'incombe au mandataire, qui est cependant habilité à ne pas inscrire dans le plan de remboursement les créances manifestement injustifiées¹⁶⁷⁹. La liste des créanciers devra être établie par ordre d'importance et de privilège¹⁶⁸⁰, pour permettre l'élaboration d'un plan de remboursement¹⁶⁸¹.

1.1.3. Dettes de masse

- 619 Les engagements contractés par un assujetti avec l'accord de la FINMA ou du délégué à l'assainissement après le prononcé de mesures protectrices au sens de l'art. 26 LB¹⁶⁸², et notamment d'une prorogation des échéances, d'un sursis, d'une limitation des activités de la banque, de l'interdiction d'effectuer des versements ou d'accepter des paiements ou d'une fermeture sont traités comme des dettes de masse et payés en priorité dans une liquidation, avant le remboursement immédiat des dépôts à concurrence d'un plafond déterminé par la FINMA¹⁶⁸³.
- 620 Il faut admettre ici que le délégué à l'assainissement, bien qu'il ne jouisse *a priori* pas d'un pouvoir décisionnel propre, a la compétence d'autoriser certains engagements sans en référer auparavant systématiquement à la FINMA. Cette manière de voir est dans l'intérêt de la FINMA, déchargée dans la mesure de l'intervention autonome du délégué à l'assainissement, et de l'assujetti, dont le délégué à l'assainissement connaît les besoins au quotidien.

2. Consultation des créanciers et des propriétaires

2.1. Conditions

- 621 La décision d'homologuer le plan d'assainissement appartient exclusivement à la FINMA¹⁶⁸⁴. Le délégué n'a pas au préalable à obtenir une pré-approbation du plan

¹⁶⁷⁸ Art. 36 al. 1 LB.

¹⁶⁷⁹ Art. 57 al. 2 OB.

¹⁶⁸⁰ Art. 37, 37a et 37b LB, existence de droits de gage.

¹⁶⁸¹ Art. 57 OB.

¹⁶⁸² Des dettes de masse ne peuvent pas naître en l'absence de décision de mesures protectrices (art. 37 LB).

¹⁶⁸³ Message LB, FF 2002 7511.

¹⁶⁸⁴ Art. 31 LB.

des organes de l'assujetti – sous réserve de l'obligation de communiquer le plan ou une partie de plan aux propriétaires dont les droits sont lésés par le plan – quand bien même les mesures prises relèveraient de la compétence de l'assemblée générale, ce afin d'éviter un ralentissement de la procédure, voire un blocage de la part d'actionnaires mécontents¹⁶⁸⁵.

- 622 Le législateur est parti du principe que le plan d'assainissement ne devait pas systématiquement avoir pour conséquence une atteinte aux intérêts des créanciers ou des propriétaires¹⁶⁸⁶. Si tel devait néanmoins être le cas¹⁶⁸⁷, le délégué sera tenu de communiquer le plan d'assainissement aux propriétaires (ou actionnaires) et créanciers, suisses ou étrangers, touchés dans leurs droits¹⁶⁸⁸. Les créanciers et/ou des propriétaires pourront alors, dans un délai de 20 jours dès réception du plan, faire part au délégué de leurs « objections »¹⁶⁸⁹. Contrairement à ce qui est prévu dans une procédure concordataire ordinaire¹⁶⁹⁰, le législateur a ici renoncé à prévoir un droit de consultation généralisé des créanciers et de tous les propriétaires, difficile voire impossible à mettre en œuvre vu la multitude de créanciers que peut avoir un établissement bancaire. Il est par ailleurs admis que le délégué ne communique aux créanciers que le contenu du plan qui les concerne directement¹⁶⁹¹, afin de protéger certaines informations confidentielles et le secret bancaire.
- 623 La notion de propriétaires englobe tous les propriétaires de parts du capital social de l'assujetti, personnes physiques ou morales. Sont notamment ainsi des propriétaires au sens de la loi les actionnaires d'une société anonyme, les associés d'une société en nom collectif, d'une société à responsabilité limitée, les associés et commanditaires d'une société en commandite ou en commandite par actions, ou encore les coopérateurs titulaires de parts sociales. Sont considérés comme

¹⁶⁸⁵ Message LB, p. 7503.

¹⁶⁸⁶ Art. 29 al. 2 LB *a contrario*.

¹⁶⁸⁷ Comme le relève HÜPKES, BSK BG, n° 21 ad art. 29 LB, seul le contenu du plan d'assainissement compte pour déterminer le cercle des lésés. Il ne saurait être question de prendre en compte l'effet des mesures provisoires adoptées par la FINMA, sous peine de conférer un droit général à l'information et à la participation, ce que le législateur a précisément voulu éviter pour que la procédure se déroule rapidement (Message LB, p. 7503).

¹⁶⁸⁸ Il n'existe ainsi pas un droit général de participer pour tous les créanciers et propriétaires (Message LB, p. 7503 ; HÜPKES, BSK BG, n° 16 s ad art. 29 LB), qui doivent être qualifiés d'intéressés et non de parties à la procédure.

¹⁶⁸⁹ Art. 29 al. 2 LB.

¹⁶⁹⁰ Art. 301 al. 1 LP.

¹⁶⁹¹ HÜPKES, BSK BG, n° 20 ad art. 29 LB.

créanciers au sens de l'art. 29 LB tous les cocontractants suisses et étrangers créanciers de l'assujetti, y compris ceux d'une succursale étrangère de l'assujetti¹⁶⁹².

- 624 Par atteinte directe aux droits des créanciers et propriétaires, il faut entendre toute mesure d'assainissement ayant une influence directe sur le patrimoine de l'intéressé, mais également sur les modalités d'exécution d'une obligation. Constituent des atteintes directes la réduction de la créance et/ou du taux d'intérêt, le report des échéances¹⁶⁹³, la dilution des participations dans l'hypothèse d'une augmentation de capital avec abandon de droit de souscription préférentiel des actionnaires actuels pour permettre l'entrée d'un nouvel actionnaire, ou d'une fusion, dans l'hypothèse où les sociétaires ne reçoivent pas de parts sociales, respectivement de droits de sociétariat, mais un dédommagement inférieur à la valeur de leur droit (art. 8 al. 2 LFus). Une atteinte qui ne serait qu'indirecte ne fonde pas un droit de consultation. L'art. 29 al. 2 LB consacre un droit de participation assez large, puisque le délégué à l'assainissement doit tenir compte des observations des créanciers et propriétaires, et, s'il s'en écarte, motiver sa position.

2.2. Forme

- 625 La forme de l'invitation à la consultation n'est pas définie par la loi. La question d'une éventuelle obligation pour le délégué de faire procéder à une publication dans la FOSC du plan d'assainissement proposé et du délai pour déposer les observations est discutable. L'intérêt de tous les créanciers à exercer leur droit de participation s'oppose à l'intérêt de l'assujetti à ce que ses difficultés ne soient pas forcément connues de tout un chacun, étant rappelé que les mesures protectrices ne sont pas obligatoirement publiées¹⁶⁹⁴. Il faut cependant trancher en faveur d'une publication dans la FOSC¹⁶⁹⁵, nécessaire pour atteindre ceux parmi les créanciers, et en particulier la clientèle domiciliée à l'étranger, qui ne pourraient pas être atteints autrement. L'intérêt de l'assujetti à la confidentialité peut donc céder le pas, d'autant plus que la confidentialité de la procédure sera passablement réduite en raison du grand nombre de créanciers concernés. La publication dans la FOSC permet par ailleurs de faire partir pour tous les créanciers le délai de vingt jours, assurant ainsi leur égalité de traitement. Puisqu'en principe tous les créanciers sont

¹⁶⁹² HÜPKES, BSK BG, n° 18 ad art. 29 LB, qui applique avec raison l'art. 3 al. 2 OFB par analogie à la procédure d'assainissement.

¹⁶⁹³ HÜPKES, BSK BG, n° 22 ad art. 29 LB.

¹⁶⁹⁴ Art. 26 al. 2 LB.

¹⁶⁹⁵ HÜPKES, BSK BG, n° 19 ad art. 29 LB.

connus, et que les propriétaires le sont avec certitude, il n'est pas inadéquat d'imposer que le délégué à l'assainissement procède également par pli simple – sans égard aux éventuelles clauses de banque restante, pour autant que l'adresse soit connue – à l'information du cercle des personnes dont la protection est visée par l'art. 29 al. 2 LB, avec la mention du jour d'échéance du délai de vingt jours et de l'adresse à laquelle les observations doivent être retournées par écrit, signées. Le délégué à l'assainissement pourra également procéder à une publication par voie de presse dans les rubriques économiques de certains périodiques.

- 626 Sous réserve de la protection du secret bancaire, le délégué à l'assainissement devra mettre à disposition des créanciers, dans ses locaux ou dans ceux de la banque, les documents de la procédure nécessaire à leur appréciation du plan d'assainissement et de sa nécessité.

2.3. Exigences formelles et matérielles relatives aux objections

- 627 Les objections doivent parvenir par écrit au délégué, dans le délai de vingt jours imparti. Par souci de célérité, il conviendra d'écarter toutes objections qui n'auraient pas été reçues dans le délai imparti. Le législateur n'a pas envisagé de dispositions traitant de la restitution des délais, à l'image de ce que prévoit l'art. 33 LP. Il ressort en général du Message LB que le législateur voulait privilégier une procédure rapide. Selon le même Message, le délégué à l'assainissement a l'obligation de tenir compte des observations, même s'il peut décider ensuite de ne pas les suivre. Malgré ce dernier élément, il convient d'estimer qu'eu égard au potentiel très grand nombre de créanciers, le délai de 20 jours constitue un délai de déchéance et que toute demande de restitution des délais doit être rejetée, sous peine de rendre la procédure d'assainissement excessivement longue. Rien n'empêche toutefois le délégué à l'assainissement de prendre en compte des observations tardives, en opportunité.
- 628 Le contenu des objections n'a pas non plus été précisé par le législateur. Le terme employé¹⁶⁹⁶ signifie que seule des contestations relatives au plan sont recevables. Sinon, le législateur aurait probablement usé du terme « observations ». Le texte soumis par les créanciers et les propriétaires sera concis, et expliquera brièvement en quoi le plan porte atteinte à leurs droits et pourquoi ils ne l'acceptent pas. Il n'est pas nécessaire d'expliquer le contexte de faits, connus de l'assujetti. Seul le fondement juridique de la créance sera indiqué. Créanciers et propriétaires devront apporter une ou plusieurs propositions concrètes d'alternatives permettant d'aboutir à un assainissement ou expliquer en quoi la liquidation de l'assujetti est préférable. Afin d'éviter un encombrement de la procédure dû au grand nombre de

¹⁶⁹⁶ « *Objections* » en français, « *Einwendungen* » en allemand et « *obiezioni* » dans le texte italien.

documents envoyés par les créanciers, le délégué à l'assainissement pourra envoyer aux créanciers un formulaire type à remplir et signer, avec des champs relatifs au nom, prénom(s), domicile, date de naissance, fondement de la créance, et quelques lignes laissées vides s'agissant des objections à formuler, ainsi que deux cases à cocher, relatives à l'acceptation ou non du plan.

2.4. Critique du système

- 629 L'intention du législateur, consistant à donner aux créanciers un droit de participation lorsque le plan d'assainissement porte atteinte à leur situation juridique, est louable. La loi souffre cependant de plusieurs lacunes. Premièrement, elle ne dit mot sur le contenu (ni la forme) des « objections ». Le risque est alors grand que le délégué à l'assainissement croule sous une multitude de courriers de formes diverses et variées. Ensuite, la loi consacre une incohérence entre l'art. 30 LB et l'art. 29 LB lu à la lumière du Message. En effet, le délégué à l'assainissement doit tenir compte des observations des créanciers – et des propriétaires – lors de l'élaboration du plan d'assainissement¹⁶⁹⁷. Or, l'art. 30 LB prévoit qu'une majorité peut, dans le délai de notification des objections, refuser le plan d'assainissement, provoquant ainsi la liquidation de l'assujetti. Cette dernière disposition vide de sens le droit de participation des créanciers. L'on s'attendrait plutôt à ce que le délégué soumette un deuxième plan d'assainissement tenant compte des observations, ou les rejetant, avec motivation, et qu'alors seulement les créanciers puissent se prononcer contre le plan d'assainissement selon la majorité prévue par l'art. 30 LB.

3. Calcul des majorités

- 630 En application de l'art. 30 LB, les créanciers représentant selon les livres de la banque plus de la moitié des créances colloquées en troisième classe¹⁶⁹⁸ peuvent décider de refuser le plan d'assainissement, avec pour conséquence l'ouverture par la FINMA d'une procédure de liquidation. Le texte de la loi est quelque peu trompeur, puisqu'un état de collocation n'est pas encore dressé et ne le sera précisément qu'en cas de liquidation. Il eût été plus adéquat de préciser le texte légal en ce sens.
- 631 Il découle de cette disposition que le délégué à l'assainissement a cas échéant pour tâche de procéder au décompte des voix des créanciers. Pour ce faire, seules les créances ressortant des livres, qui sont d'ailleurs réputées avoir été produites dans

¹⁶⁹⁷ Message LB, FF 2002 7503.

¹⁶⁹⁸ Art. 219 al. 4 LP.

une procédure de liquidation subséquente¹⁶⁹⁹, doivent être prises en compte d'office.

- 632 Les voix des déposants privilégiés au sens de l'art. 37b LP n'entrent pas dans le décompte¹⁷⁰⁰, s'il apparaît que le privilège dont elles bénéficient pourra être respecté. La loi ne précise pas si le privilège est considéré comme respecté s'il est nécessaire de faire intervenir l'organisme de garantie des banques et négociants en valeurs mobilières suisses ; à notre avis tel n'est pas le cas, puisque l'organisme de garantie se subrogera aux déposants qu'il désintéresse. De même, les autres créanciers privilégiés et ceux dont la créance fait l'objet d'une garantie¹⁷⁰¹ n'ont pas le droit de voter¹⁷⁰², excepté pour la part de la créance qui ne serait pas couverte. Ne sont pas non plus titulaires d'un quelconque droit de vote les créanciers dont la créance est née après la décision de la FINMA de prendre d'éventuelles mesures protectrices au sens de l'art. 26 al. 1 lit. e à h, en particulier après la décision de limiter l'activité de la banque, d'interdire l'acceptation de versements, ou d'accorder un sursis. En application de l'art. 37 LB, ces créanciers deviennent des dettes de masse et sont désintéressés en priorité, avant tout autre créancier. La voix des créanciers postposés ne compte pas non plus, puisque souvent directement intéressés, et tant que propriétaires¹⁷⁰³.

4. Le plan d'assainissement en détail

4.1. Préambule

- 633 La tâche principale du délégué à l'assainissement consiste en l'élaboration d'un plan d'assainissement. Ce n'est que si la FINMA a adopté des mesures protectrices que les compétences du délégué à l'assainissement sont très nettement élargies, se rapprochant alors de celles du commissaire au sursis concordataire de la LP. Le plan d'assainissement ne pourra être homologué que si les cinq conditions, cumulatives, prévues à l'art. 31 LB, sont remplies. La FINMA doit donc être convaincue par le délégué à l'assainissement que toutes ces conditions sont remplies. Le plan sera ainsi accompagné d'un rapport explicatif du délégué à l'assainissement traitant de ces cinq points. Le rapport portera sur la méthode d'évaluation des actifs¹⁷⁰⁴, le

¹⁶⁹⁹ Art. 36 al. 1 LB.

¹⁷⁰⁰ Message LB, FF 2002 7504.

¹⁷⁰¹ Par exemple parce qu'elles sont garanties par un droit de gage mobilier ou immobilier.

¹⁷⁰² Message LB, FF 2002 7503 ; HÜPKES, BSK BG, n° 3 ad art. 30 LB.

¹⁷⁰³ Cf. supra, § 471. HÜPKES, BSK BG, n° 5 ad art. 30 LB.

¹⁷⁰⁴ Cf. supra, ch. 1.1.1.

caractère préférable à une faillite de l'assainissement, la prise en compte, ou au contraire le rejet, des objections soulevées par des créanciers et/ou des propriétaires lésés dans leurs droits¹⁷⁰⁵, le respect des privilèges de collocation légaux, ainsi que le traitement préférable des créanciers par rapports aux actionnaires, et finalement la garantie que l'établissement remplira les conditions d'autorisations et les autres exigences légales applicables aux banques¹⁷⁰⁶.

4.2. But et caractéristiques générales

- 634 Le plan d'assainissement poursuit deux objectifs, d'égale valeur : le sauvetage de la banque, ou d'une partie de ses activités, et le désintéressement optimal des créanciers¹⁷⁰⁷, par des mesures qui soient économiquement adéquates pour les actionnaires ou propriétaires de l'établissement concerné. L'assainissement doit apparaître préférable à une liquidation pour cause de faillite¹⁷⁰⁸.
- 635 L'activité du délégué sera ainsi concentrée sur la stratégie à adopter en vue de parvenir à un assainissement¹⁷⁰⁹, éliminant durablement et concrètement les problèmes financiers et organisationnels¹⁷¹⁰. En particulier, un assainissement comptable ne suffira pas toujours; des modifications plus profondes devront être planifiées et une véritable stratégie adoptée¹⁷¹¹, afin de prévenir la survenance périodique d'une situation d'insolvabilité. Pourront entrer en ligne de compte la reprise de l'établissement par un tiers, une réorientation des activités, une fusion par absorption, une scission, la vente de certains actifs, respectivement des désinvestissements, dans ces deux cas seulement si le produit de la vente est supérieur à leur valeur comptable, une augmentation de capital, voire une diminution suivie d'une augmentation, une dissolution de réserves latentes, des

¹⁷⁰⁵ Cf. infra, ch. 4.4.

¹⁷⁰⁶ Le plan énumérera en sus les services bancaires maintenus, soit isolément, soit en combinaison avec l'assainissement du reste de la banque (art. 30 al. 1 P-LB 2009 ; rapport explicatif LGDB, p. 54).

¹⁷⁰⁷ SCHWOB, BODEMER / KLEINER / LUTZ Kommentar, n° 2 ad art. 29 LB; Message LB, FF 2002 7504.

¹⁷⁰⁸ Art. 31 lit. b LB.

¹⁷⁰⁹ Dans le cadre de l'adoption de la LGDB, l'assainissement pourra intervenir cas échéant par la cession de pans d'activités rentables à un tiers et/ ou à la constitution d'une banque relais (art. 30 P-LB 2009 ; rapport explicatif LGDB, p. 54). Les dispositions de la LFus, notamment celles sur le transfert de patrimoine, seraient dans ce cas exclues (art. 30 al. 3 P-LB 2009 ; rapport explicatif LGDB, p. 54).

¹⁷¹⁰ SCHWOB, BODEMER / KLEINER / LUTZ Kommentar, n° 1 ad art. 29 LB.

¹⁷¹¹ Message LB, p. 7502.

opérations de *Debt-to-Equity Swap*, la négociation d'abandon ou de subordination partiels ou totaux de certaines créances ou de prêts subordonnés.

- 636 Le plan doit être concret et précis¹⁷¹² : outre le fait de prévoir les différentes mesures permettant d'aboutir à un assainissement, il contiendra en annexes les différents engagements irrévocables des tiers, actionnaires ou propriétaires, de reprendre certains actifs et passifs, de participer à une augmentation de capital¹⁷¹³, de procéder à une remise conventionnelle de dette, et mentionner la contre-prestation éventuelle, sous forme de bons de jouissance ou de certificat de préemption¹⁷¹⁴. Sans ces engagements, la FINMA ne pourrait pas homologuer le plan d'assainissement, qui serait trop vague et ne présenterait pas de garanties d'exécution. Le plan doit aussi préciser si la banque est autorisée à ouvrir des procédures révocatoires ensuite de l'homologation du plan¹⁷¹⁵.

4.3. Caractère plus favorable qu'une faillite (art. 31 lit. b LB)

- 637 Le désintéressement des créanciers intervenant dans le cadre d'un assainissement doit être meilleur qu'en cas de faillite et de liquidation de l'établissement¹⁷¹⁶. Il s'agit d'une condition d'homologation du plan, reprise par l'art. 306 al. 2 ch. 1^{bis} LP, adopté postérieurement à l'ancien article 37 al. 6 LB¹⁷¹⁷. Une preuve stricte du respect de cette condition ne pouvant pour des raisons évidentes pas être amenées, la FINMA, à l'image du juge du concordat, se contentera de la vraisemblance, que le délégué à l'assainissement devra démontrer dans son rapport explicatif, en procédant à une comparaison du dividende perçu par les créanciers en application du plan et de celui qu'ils auraient reçu en cas de liquidation pour cause de faillite.

4.4. Prise en compte des objections (art. 31 lit. c LB)

- 638 En cas d'atteinte directe aux droits des propriétaires et/ou des créanciers, le délégué à l'assainissement a l'obligation de transmettre le plan ou une partie du plan y relative aux potentiels lésés, afin de permettre à ceux-ci d'exercer leur droit

¹⁷¹² SCHWOB, BODEMER / KLEINER / LUTZ Kommentar, n° 5 ad art. 29 LB; HÜPKES, BSK BG, n° 6 ad art. 29 LB.

¹⁷¹³ HÜPKES, BSK BG, n° 7 ad art. 29 LB.

¹⁷¹⁴ « *Besserungschein* ». Pour une définition, voir BAHAR, p. 485.

¹⁷¹⁵ Art. 32 al. 2 LB *a contrario*.

¹⁷¹⁶ Art. 31 lit. b LB. Rappelons que l'avant-projet de modification de la LP de décembre 2008 (procédure d'assainissement) abandonne - à tort - cette exigence s'agissant des conditions d'homologation d'un concordat ordinaire (art. 306 al. 1 ch. 1^{bis} AP-LP). Par souci de cohérence, le législateur devrait uniformiser les conditions d'homologation et également supprimer cette exigence en matière bancaire.

¹⁷¹⁷ HUNKELER, n° 1017 s.

de formuler des objections. En application du droit d'être entendu, le délégué à l'assainissement a l'obligation de tenir compte des objections formulées. S'il ne le fait pas, il devra indiquer dans son rapport quelles objections ont été écartées et pour quelle raison.¹⁷¹⁸.

4.5. Respect des privilèges et traitement préférable des créanciers (art. 31 lit. d LB)

4.5.1. Egalité de traitement

- 639 L'art. 220 LP, qui établit en particulier à son alinéa premier que les créanciers concourent dans chaque classe à droit égaux, est applicable dans le cadre de la liquidation forcée d'un assujetti pour cause de faillite¹⁷¹⁹ ; en revanche, le législateur n'a pas opéré de renvoi à cette disposition s'agissant du plan d'assainissement. Il ne ressort donc pas clairement de la loi que le plan d'assainissement a l'obligation de traiter de la même manière les créanciers de la même classe, comme le prévoit l'art. 220 LP pour le désintéressement des créanciers dans la faillite.
- 640 Selon la jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur de l'art. 37a LB, une favoritisation de certains créanciers, indépendamment de causes légitimes de préférence, n'était justifiée qu'en application du principe de l'économie des frais et de l'allègement de la procédure, ou de manière plus large, en présence de motifs légitimes¹⁷²⁰. En matière concordataire, les opinions divergent ; certains auteurs estiment qu'il n'existe pas une obligation absolue d'égalité de traitement entre créanciers de même classe¹⁷²¹, alors que d'autres estiment qu'un concordat qui favorise certains créanciers de la même classe ne peut être homologué¹⁷²², l'opinion intermédiaire selon laquelle une inégalité est possible si le concordat le prévoit de manière transparente étant aussi émise¹⁷²³.
- 641 Se prononcer en faveur d'une inégalité de traitement entre créanciers d'une même classe à condition qu'elle soit effectuée dans l'intérêt de la majorité des

¹⁷¹⁸ Message LB, FF 2002 7505.

¹⁷¹⁹ Art. 34 LB.

¹⁷²⁰ ATF 123 III 60, consid. 5 c et les références citées. ATF 111 III 86 consid. 2b ; ATF 105 III 92, consid. 2 a.

¹⁷²¹ JAEGER, SchKG-Kommentar, n° n° 20 ad art. 305 LP ; HARDMEIER, BSK SchKG, n° 8 ad art. 305 LP, plus nuancé.

¹⁷²² MARCHAND, CR LP, n° 26 ad art. 306 LP

¹⁷²³ TF, arrêt 5P.164/2003 du 29 octobre 2003, consid. 4.6, et la référence à l'ATF 111 III 86 consid. 2b ; HARDMEIER, BSK SchKG, n° 8 ad art. 305 LP.

créanciers¹⁷²⁴ est discutable pour plusieurs raisons. Premièrement, le principe d'égalité de traitement entre créanciers de même classe au sens de l'art. 220 LP doit être considéré comme un principe cardinal du droit suisse de l'insolvabilité. Deuxièmement, en l'absence de toute base légale, une certaine circonspection doit prévaloir lors du comblement de lacune, et une atteinte aux droits des créanciers ne devrait pouvoir être prévue que si elle est expressément prévue par la loi. Troisièmement, les dispositions du droit fédéral sur l'assainissement des banques ont été modifiées et sont entrées en vigueur dans leur nouvelle teneur au 1^{er} juillet 2004¹⁷²⁵. A cette occasion, des privilèges de collocation ont été étendus¹⁷²⁶; le Conseil fédéral a alors rappelé que le « rang des intéressés correspond à un principe généralement reconnu »¹⁷²⁷. De cette mention l'on peut déduire que le législateur n'a pas souhaité déroger aux principes généraux applicables au traitement des créanciers, dont font partie les rangs et privilèges¹⁷²⁸, mais aussi l'égalité de traitement. Ainsi, en l'absence de dispositions expresses à ce sujet, il convient d'estimer que toute inégalité de traitement entre créanciers de même classe est absolument prohibée et qu'une inégalité de traitement mènerait à l'illégalité du plan.

4.5.2. Ordre de collocation

642 Il a été précisé ci-dessus que les principes de l'art. 220 LP étaient également applicables dans le cadre de l'homologation d'un plan d'assainissement. Il faut en déduire qu'un plan qui traite mieux des créanciers de troisième classe ou de deuxième classe que de deuxième classe ou de première classe ne devrait en principe pas être homologué, sauf si les créanciers potentiellement lésés ont été dûment mis en garde sur l'atteinte à leurs droits mais ont expressément renoncé à les faire valoir et expressément consenti à ce que des créanciers placés hiérarchiquement dans une classe inférieure de créanciers soient désintéressés en priorité.

¹⁷²⁴ HÜPKES, BSK BG, n° 9 ad art. 30 LB.

¹⁷²⁵ RO 2004 2767.

¹⁷²⁶ FF 2002 7483, 7489.

¹⁷²⁷ FF 2002 7505.

¹⁷²⁸ Dans le même sens, HÜPKES, BSK BG, n° 6 ad art. 31 LB.

4.5.3. Traitement plus favorable des créanciers face aux propriétaires

643 Le plan doit opérer une distinction entre intérêts des créanciers et intérêts des propriétaires. Comme les créanciers postposés, les intérêts des propriétaires doivent céder le pas face aux intérêts des autres créanciers¹⁷²⁹. Le législateur a ainsi en quelque sorte érigé deux classes de créanciers supplémentaires que celles déjà prévues à l'art. 219 LP, soit les créanciers postposés, puis les propriétaires. Le plan d'assainissement pourra exiger d'avantage de sacrifice des propriétaires simultanément salariés de l'entreprise qu'il ne le ferait pour un autre créancier de première classe.

4.6. Garantie du respect des conditions à l'exercice de l'activité bancaire

644 Une fois le plan d'assainissement entré en force et totalement exécuté, les conditions d'autorisation et d'exercice de l'activité bancaire¹⁷³⁰, boursière¹⁷³¹ ou du négoce de valeurs mobilières¹⁷³² doivent à nouveau être remplies par l'assujetti. En cas d'insolvabilité d'un assujetti, ce sont tout particulièrement les exigences en matière de libération de capital minimum, de fonds propres, de liquidités, des prêts et avances accordées aux clients et de répartition des risques qui feront l'objet d'un examen approfondi de la FINMA. Les exigences en matière de fonds propres doivent en tous les cas être remplies, aucune dérogation n'étant acceptable à l'issue de l'exécution du plan d'assainissement¹⁷³³.

4.7. Prétentions révocatoires (art. 32 LB)

645 Il existe une différence notable entre la procédure de la LP réglant la procédure concordataire, et la procédure d'assainissement bancaire de la LB, qui a trait à l'action révocatoire. Il a été précisé que la LP ne prévoyait pas la possibilité d'introduire des actions révocatoires après l'homologation d'un concordat ordinaire, cette faculté étant réservée au liquidateur dans le cadre de l'homologation d'un concordat par abandon d'actif. Cependant, tel n'est en revanche pas le cas s'agissant de la procédure d'assainissement de la LB, ayant pourtant les mêmes

¹⁷²⁹ FF 2002 7505.

¹⁷³⁰ Art. 3 ss LB, 4 ss OB.

¹⁷³¹ Art. 3 ss LBVM; art. 6 ss OBVM.

¹⁷³² Art. 10 ss LBVM; art. 17 ss OBVM.

¹⁷³³ Message LB, FF 2002 7505.

effets qu'un concordat ordinaire et le même objectif, soit la survie de l'entreprise en difficulté. L'art. 32 LB prévoit qu'après que le plan a été homologué, l'assujetti peut demander la révocation d'actes juridiques, en application des art. 285ss LP, et l'ouverture d'actions en responsabilité à l'encontre des fondateurs, des organes chargés de la gestion, de la direction générale, de la surveillance et du contrôle de la banque, des liquidateurs, de l'organe de révision, du chargé d'enquête et du délégué à l'assainissement¹⁷³⁴.

- 646 Le plan d'assainissement peut cependant prévoir que la banque ne sera pas autorisée à agir¹⁷³⁵. C'est dire que le plan d'assainissement contiendra obligatoirement une ou plusieurs clauses relatives à la renonciation - ou à l'absence de renonciation - par la banque de son droit de demander la révocation d'actes juridiques et d'ouvrir action en responsabilité. En cas de silence du plan d'assainissement sur ce point, il faut partir du principe que la banque est autorisée à agir¹⁷³⁶. L'on notera que par défaut, c'est l'assujetti lui-même qui est légitimé à faire valoir en justice la révocabilité d'actes juridiques conclus avec des tiers. Le choix du législateur est quelque peu surprenant : l'assujetti sera notamment amené à faire la démonstration de ce qu'il a lui-même, par ses agissements, contribué à la diminution volontaire, ou en tous les cas envisagée, de son patrimoine, en faveur d'un ou plusieurs créanciers, au détriment des autres.
- 647 Selon le Tribunal fédéral, le risque d'une révocation d'actes juridiques ne doit pas avoir pour conséquence de rendre impossible ou d'entraver les tentatives de sauvetage déployées en faveur d'un débiteur¹⁷³⁷, celle-ci étant dans l'intérêt des créanciers. Le but de l'acte juridique donnant lieu à action révocatoire et le contexte de faits dans lequel il s'inscrit doivent donc être examinés afin de déterminer si une intention de favoritisme ou de lésion existait¹⁷³⁸. Un prêt à très court terme, ou une avance, octroyé par un tiers pour que le débiteur puisse s'acquitter de certaines dettes, peuvent être valablement remboursés à bref délai sans risque de révocation. En effet, prestation et contre-prestation sont dans un rapport d'échange et doivent être considérés comme un tout¹⁷³⁹. Ce principe ne trouve en revanche plus application si la situation du débiteur bénéficiaire de l'avance s'est notablement

¹⁷³⁴ Art. 39 LB.

¹⁷³⁵ Art. 32 al. 2 LB.

¹⁷³⁶ Dans le même sens BAUER, BSK BG, n° 13 ad art. 32 ; SCHWOB, BODEMER / KLEINER / LUTZ Kommentar, n° 7 ad art. 32 LB

¹⁷³⁷ ATF 134 III 452, consid. 4.2 et 5.2; ATF 99 III 27, 37, consid. 5; ATF 78 III 83, 87 s, consid. 2; ATF 33 II 345.

¹⁷³⁸ ATF 134 III 452, consid. 4.2.

¹⁷³⁹ ATF 134 III 452, consid. 5.3.

aggravée entre l'octroi du prêt et le remboursement effectué par le débiteur. L'écoulement du temps, combiné à l'aggravation de la situation, transforment alors la nature de la créance, qui d'avance devient un prêt à long terme non garanti¹⁷⁴⁰. Dans ce dernier cas, prestation et contre-prestation ne peuvent plus être considérés comme un tout¹⁷⁴¹. Le plan d'assainissement pourra cas échéant préciser que certains des actes remplissant les critères précités ne sont pas révocables, assurant ainsi les créanciers qui ont apporté une aide au débiteur de ce qu'ils ne seront pas ensuite recherchés par la banque elle-même ou certains créanciers.

D. Surveillance de l'exécution du plan d'assainissement

- 648 La période d'assainissement, comprenant l'exécution du plan d'assainissement, doit obligatoirement être limitée dans le temps. A l'échéance du délai dans lequel le plan doit être entièrement et correctement exécuté, l'assujetti doit se retrouver dans la situation dans laquelle il aurait été normalement. En particulier, il doit remplir toutes les conditions d'obtention d'une autorisation d'exercice de son activité. Bien que cela ne ressorte pas de la loi, il paraît logique de confier au délégué à l'assainissement la mission de surveillance de la mise en œuvre du plan et le contrôle de la satisfaction par l'assujetti des conditions d'obtention d'une autorisation d'exercer une activité bancaire à l'échéance du délai fixé pour l'exécution totale du plan.

¹⁷⁴⁰ Pour plus de détails sur la révocation d'actes juridiques destinés à contribuer à l'assainissement du débiteur voir HARI, Action révocatoire et prêt d'assainissement p. 372 ss.

¹⁷⁴¹ ATF 78 III 83 consid. 2. L'avance, payée par le comptable de la société, devait permettre de payer les salaires.

Chapitre V

INSOLVABILITÉ BANCAIRE INTERNATIONALE

- 649 La FINMA, à l'exclusion de toute juridiction ordinaire, sera seule compétente pour connaître d'une requête de reconnaissance en Suisse d'une décision étrangère de faillite ou de mesures protectrices ou d'assainissement dirigée contre un établissement localisé à l'étranger d'une banque, une caisse d'épargne, une bourse ou un négociant en valeurs mobilières suisse autorisé ou non autorisé par la FINMA. Ceci vaudra également s'agissant d'établissements étrangers soumis ou devant être soumis dans le pays du siège à la surveillance d'un régulateur des marchés financiers qui possèdent, en Suisse, des actifs¹⁷⁴². La FINMA est compétente pour déterminer la procédure applicable¹⁷⁴³. La FINMA dispose ici d'une grande liberté, et choisira la procédure la plus adéquate en fonction des caractéristiques de la procédure étrangère, qu'elle devra qualifier en application du droit bancaire suisse, et également en prenant en compte les buts du droit bancaire et boursier, soit la protection des créanciers, ainsi que la stabilité et l'intégrité du système financier suisse¹⁷⁴⁴. La FINMA doit par ailleurs respecter le principe de proportionnalité et ne pas décider d'ouvrir envers l'assujetti une procédure beaucoup plus incisive que ne le serait la procédure étrangère¹⁷⁴⁵.
- 650 En pratique, la FINMA a le choix entre deux procédures, soit d'une part d'ouvrir une procédure d'assainissement et de nommer un chargé d'enquête au sens des art. 28 ss LB, soit d'autre part de décider d'adopter de mesures protectrices au sens de l'art. 26 LB, procédure offrant plus de souplesse que la précédente; la FINMA pourra aussi choisir d'ouvrir une procédure d'assainissement et décider simultanément d'adopter des mesures protectrices. Si par hypothèse la FINMA décide de ne pas ouvrir une procédure d'assainissement, la désignation d'un ou de plusieurs chargés d'enquête s'impose en toutes circonstances. Leur rôle sera d'effectuer un inventaire des biens en Suisse du débiteur étranger, cas échéant de décider si des biens doivent revenir à un éventuel établissement en Suisse en application de l'art. 3 al. 3

¹⁷⁴² Art. 37g LB et art. 1 de l'Ordonnance de la FINMA sur les banques étrangères (OBE-FINMA, RS 952-111).

¹⁷⁴³ Art. 10 al. 4 OFB-FINMA.

¹⁷⁴⁴ ATF 131 II 306, consid. 3.1 ; ATF 126 II 111, consid. 3b.

¹⁷⁴⁵ ATF 116 Ib 193, consid. 2 d. JDT ; ALTHAUS, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, p. 276.

OFB, et de veiller à la conservation et à l'administration de l'actif. En application analogique de l'art. 37f LB, la FINMA coordonne autant que possible la procédure suisse avec la procédure étrangère de sursis ou d'assainissement ; en d'autres termes, dans son choix de la procédure applicable, la FINMA aura soin de choisir la procédure la plus apte à entrer en coordination avec son pendant étranger. La FINMA demeure libre de décider de publier sa décision ou non, après avoir effectué une pesée des intérêts en présence¹⁷⁴⁶. En vertu du principe de territorialité des procédures d'exécution forcée, les chargés d'enquête ou les délégués à l'assainissement nommés en Suisse ne devraient pas être autorisés à exercer un quelconque pouvoir coercitif à l'étranger. La FINMA a cependant développé une intense collaboration avec les autorités administratives étrangères¹⁷⁴⁷ qui devrait également profiter aux chargés d'enquête et délégués à l'assainissement suisses nommés par elles¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴⁶ Cf supra, pp. 291 ss.

¹⁷⁴⁷ Art. 42 LFINMA.

¹⁷⁴⁸ ZULAUF, Finanzmarktenforcement – Verfahren der FINMA, p. 51.

EXCURSUS :

PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION PROBABLE

A. Projet de révision de la LP

651 Les procédures concordataires des sociétés du groupe Swissair ont donné lieu à plusieurs interventions parlementaires et ont permis de mettre en lumière certaines limites du droit de la procédure concordataire actuel. Forte de ces constats, l'Office fédéral de la justice a nommé un groupe d'experts et de réflexion chargé d'examiner la nécessité de légiférer. En mars 2005, le groupe d'experts a remis un premier rapport. En août 2006, l'Office fédéral de la justice a rappelé le groupe d'experts et l'a prié de poursuivre ses travaux sur la base des résultats de la phase 1 et de lui remettre un rapport succinct accompagné d'un avant-projet pouvant servir de base pour une révision de la loi. Le groupe d'experts a rendu en juin 2008 un avant-projet et un rapport explicatif. En décembre 2008, le Conseil fédéral a déposé un avant-projet de modification de la LP et un rapport explicatif, et a ouvert la procédure de consultation. Les modifications susceptibles de modifier l'activité du commissaire au sursis sont brièvement présentées ci-après.

1. Consolidation procédurale (art. 4a P-LP)

652 En l'état du droit actuel, les procédures concordataires impliquant deux ou plusieurs débiteurs commerciaux faisant partie d'un groupe de sociétés sont en principe menées à bien parallèlement, par des juges et commissaires différents. Pour autant que le juge du concordat soit compétent *ratione loci* pour tous les débiteurs concernés, il peut bien entendu décider de nommer la même personne pour fonctionner en qualité de commissaire dans les différentes procédures. Le projet se propose de codifier cette pratique éprouvée dans les procédures concordataires des sociétés du groupe Swissair et de l'élargir dans l'hypothèse où le for des procédures n'est pas sis au même endroit. Le nouvel art. 4a introduit ainsi une nouvelle notion de consolidation dans les procédures d'insolvabilité. Le législateur prévoit ici seulement le principe de consolidation procédurale - et non matérielle, mais fondée sur des critères matériels. Aucune consolidation matérielle n'est à ce stade prévue. Elle serait pourtant envisageable de manière limitée en cas d'insolvabilité de groupes de sociétés et de holdings pures, afin de placer tous les créanciers du groupe sur pied d'égalité, et éviter que certaines sociétés du groupe, et les créanciers de ces sociétés, ne soient sacrifiés au profit d'autres sociétés du groupe

et de leurs créanciers par l'utilisation habile de flux de trésorerie dirigés là où les créanciers sont les moins nombreux.

- 653 Pour les sociétés de capitaux, les critères matériels à prendre en considération en vue de déterminer si une consolidation procédurale doit avoir lieu sont divers. Une consolidation procédurale devrait avoir lieu lorsque les sociétés en sursis ont l'obligation légale de consolider leurs comptes au sens de l'art. 663e al.1CO. De même, lorsque les entreprises en question constituent un groupe de sociétés au sens économique du terme, c'est-à-dire « une entité économique constituée de sociétés commerciales juridiquement indépendantes réunies sous une direction unique, au moyen de participations financières »¹⁷⁴⁹ ; peu importe qu'il s'agisse d'un groupe horizontal, d'un groupe vertical ou d'un conglomérat. Les associations d'entreprises, en particulier les consortiums, devraient aussi bénéficier de la consolidation procédurale. Pour les sociétés de personnes, l'obligation de consolider serait plus délicate à déterminer. Une consolidation procédurale aura en particulier lieu si un seul et même sociétaire dispose de la majorité des parts sociales dans deux ou plusieurs sociétés en difficulté. Il n'y a pas lieu d'opérer une consolidation lorsque l'on se trouve face à un cartel composé de plusieurs sociétés de personnes ou de capitaux.
- 654 L'introduction de la disposition précitée aura deux effets. Premièrement, les différentes autorités judiciaires compétentes *ratione loci*, les autorités de surveillance et les commissaires au sursis en tant qu'organes de l'exécution forcée ont l'obligation, et non seulement la possibilité, de coordonner autant que faire se peut leurs actions. Deuxièmement, la consolidation procédurale peut aboutir à une centralisation des compétences judiciaire ou de surveillance, pour autant que les diverses autorités compétentes *ratione loci* trouvent un accord sur ce point. S'agissant spécifiquement du commissaire au sursis, et dans l'hypothèse où plusieurs commissaires ont été nommés en fonction des différents fors, la consolidation procédurale se traduira notamment par la mise en place d'une politique d'autorisation cohérente, par une cohérence dans les instructions données aux différents débiteurs, et par une politique d'information des créanciers uniformisée et commune.

2. Assainissement ou homologation d'un concordat en tant que finalité du sursis

- 655 Procédure d'assainissement et procédure concordataire suivent en l'état deux voies différentes. L'avis obligatoire au juge entraîne soit l'ouverture de la faillite, soit son

¹⁷⁴⁹ CHARDONNENS, Comptabilité des groupes, p. 19.

ajournement si le conseil d'administration le requière et démontre à satisfaction qu'un assainissement est possible. Le juge de la faillite peut alors prendre toutes mesures utiles à la conservation de l'actif social¹⁷⁵⁰ et nommer un curateur¹⁷⁵¹ chargé de surveiller l'activité du débiteur, consentir à certains actes et rendre à la fin de son mandat un rapport au juge par lequel il constate que l'assainissement est réussi ou non. Le projet vise à supprimer la procédure actuellement applicable en matière d'ajournement de faillite en vue de l'assainissement du débiteur et prévoit que l'assainissement et la préparation du concordat seront désormais effectués durant le sursis des art. 293 ss LP¹⁷⁵².

2.1. Art. 295 P-LP

- 656 Les tâches du commissaire ne devraient pas être rigoureusement identiques dans un cas ou dans l'autre. L'étendue de la mission de surveillance du commissaire sera identique que l'assainissement ou l'homologation d'un concordat soient recherchés. Dans les deux hypothèses, le commissaire devra constater par écrit dans un rapport, à l'échéance du sursis s'agissant du concordat et n'importe quand durant le sursis s'agissant de l'assainissement, que le concordat a été approuvé, respectivement l'assainissement réussi. Lorsque l'homologation du concordat sera recherchée, le commissaire devra en plus effectuer toute une série de tâches procédurales spécifiques. Il appartiendrait par ailleurs désormais *expressis verbis* au commissaire d'élaborer le projet de concordat, ce qui constitue une nouveauté. L'intervention du commissaire dans le processus d'assainissement n'est pas réglée par le projet. Il serait cependant souhaitable que la mission du commissaire soit d'avantage détaillée lorsque l'assainissement est visé. Le commissaire devrait ainsi pouvoir intervenir activement dans le processus d'assainissement, prendre part aux négociations avec les créanciers, voire revoir et collaborer à la rédaction de certains actes. L'on notera enfin que le juge du concordat devient également le juge de l'assainissement, et que la terminologie de la loi devrait être modifiée dans ce sens.

2.2. Art. 296 a P-LP

- 657 Le projet vise l'intégration dans la procédure concordataire de la procédure d'assainissement judiciaire actuellement prévue dans le droit de la société anonyme et applicable par analogie à d'autres formes de sociétés. Pour cette raison, plus de place doit être laissée à l'assainissement en tant que voie indépendante du

¹⁷⁵⁰ Art. 725a al. 1 in fine et al. 2 CO.

¹⁷⁵¹ Art. 725 al. 2 CO.

¹⁷⁵² Art. 725 al. 2, 3^{ème} phrase AP-CO du 28 décembre 2008.

concordat. Le juge doit tant être amené à homologuer le concordat qu'à constater dans un jugement l'assainissement du débiteur.

3. Requête de sursis et moyens de preuve (art. 293 P-LP)

- 658 L'art. 293 al. 1 LP, première phrase, impose au débiteur requérant le sursis de produire un projet de concordat. Il a été démontré précédemment que cette exigence était infondée et difficilement praticable. Aussi, c'est à juste titre que l'art. 293 lit. a P-LP abandonne l'obligation qui était faite au débiteur de produire un projet de concordat, qui en pratique était amené à largement évoluer et être modifié, et même changer de nature (concordat ordinaire ou par abandon d'actif). Toujours selon cette disposition, qui reprend la formulation actuelle, un bilan doit être également fourni par le débiteur. L'on comprend de la formulation employée dans le projet que le bilan n'a pas besoin d'être audité. Le préciser dans le texte de la loi serait souhaitable et éviterait les différences cantonales de pratique que l'on connaît actuellement en matière d'avis au juge. Puisque la procédure d'assainissement et la procédure concordataire suivent une seule et même voie, pendant le sursis, l'on ne saurait exiger du débiteur visant l'assainissement qu'il produise un bilan audité, alors que le débiteur visant l'homologation d'un concordat en serait exonéré. Il conviendrait par ailleurs que la loi précise que les états financiers produits doivent être récents, afin que l'autorité judiciaire saisie puisse apprécier la situation financière actuelle.

4. Recours contre la désignation du commissaire provisoire (art. 293d P-LP)

- 659 L'actuel art. 293 LP ne précise pas si une décision judiciaire accordant un sursis provisoire est susceptible de recours. Il est cependant généralement admis qu'en tant que mesure conservatoire, elle n'est pas attaquable. Le projet précise désormais que la désignation d'un commissaire provisoire n'est pas susceptible de recours. Il faut ici considérer que tant le débiteur que les créanciers n'ont pas la qualité pour agir contre le principe de la désignation d'un commissaire provisoire. En revanche, le débiteur comme les créanciers devraient pouvoir se plaindre de l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts insurmontable du commissaire qui serait inconnu du juge. La loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite ne prévoit pas dans sa teneur actuelle de procédure spécifique s'agissant d'une demande de récusation dirigée contre un commissaire. Eu égard à la suppression du droit de recours envisagée, les créanciers, les tiers intéressés disposant d'un intérêt pratique et actuel à agir, ou le débiteur, devraient pouvoir la requérir par la voie de la plainte auprès de l'autorité cantonale de surveillance, soit abstraitement, en démontrant qu'il existe un risque concret de lésion dû au manque d'indépendance et

d'impartialité du commissaire, soit concrètement, en attaquant une décision du commissaire.

5. Nouveautés en matière d'actes autorisés par le commissaire

5.1. Résiliation des contrats de durée avec l'accord du commissaire (art. 297a P-LP)

660 Le nouveau droit prévoit que le débiteur peut, avec l'accord du commissaire, dénoncer en tout temps un contrat de durée, pour un terme à sa convenance, tout en ayant l'obligation d'indemniser son cocontractant. L'indemnité est réduite au dividende concordataire. Le contrat sera alors résolu avec effet *ex nunc*. Sans autres précisions du texte légal proposé, l'on pressent que le calcul de l'indemnité se fera en application de l'art. 109 CO. L'art. 297a (nouveau) pose la question de l'effet d'une clause pénale en cas de résiliation par le débiteur avec l'accord du commissaire d'un contrat de durée. L'art. 297a première phrase AP-LP indique que le débiteur doit indemniser l'autre partie contractante, sans préciser si l'indemnisation est due même sans survenance d'un dommage. Or, l'art. 161 al. 1 CO dispose que la peine est encourue même si le créancier n'a subi aucun dommage. Pour éviter que le paiement d'une clause pénale ne soit dû alors que le créancier du débiteur en sursis n'a subi aucun dommage, il conviendrait de modifier le texte légal en précisant que le débiteur ne doit indemniser l'autre partie contractante seulement en cas de dommage, toute convention contraire étant nulle de plein droit, l'art. 161 al. 1 CO n'étant pas applicable. L'indemnité vaut créance concordataire.

5.2. Irrévocabilité des actes autorisés (art. 285 al. 3 P-LP)

- 661 Les art. 285 ss LP applicables en matière d'action révocatoire ne prévoient pas expressément des cas où le tiers cocontractant pourrait être protégé contre le risque de révocation lorsqu'il intervient dans des circonstances particulières, dans l'intérêt de la communauté des créanciers. Le Tribunal fédéral a seulement très récemment développé certains principes applicables en matière de prêt d'assainissement et de perception d'honoraires par un organe de révision intervenant en période d'insolvabilité¹⁷⁵³.
- 662 L'avant-projet prévoit l'introduction dans la loi d'une protection pour les tiers ayant contracté avec le débiteur en sursis durant le sursis avec l'accord du juge du concordat ou d'une commission des créanciers. Cet alinéa est toutefois incomplet,

¹⁷⁵³ ATF 134 III 452 ; TF, arrêt 5°.559/2007 du 16 avril 2008.

Excursus :
Perspectives d'évolution probable

dans le sens où il devrait mentionner que les actes autorisés par le commissaire – alors que l'aval du juge n'est pas nécessaire - ne sont pas non plus révocables. L'on rappellera en effet que l'accord du juge du concordat n'est nécessaire que pour des opérations portant sur des éléments de l'actif immobilisé¹⁷⁵⁴. Le juge dispose de la compétence de décider de soumettre certains actes du débiteur à l'autorisation du commissaire.

6. Droit de participation des créanciers

663 Dans le cadre d'un sursis gouverné par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite en sa mouture actuelle, les créanciers ne sont que titulaires d'un droit d'information individuel, leur participation étant limitée à l'acceptation ou le refus du concordat proposé par le débiteur. La communauté des créanciers n'est pas en tant que telle représentée par un organe démocratique comme elle l'est dans une procédure de faillite ou dans la phase d'exécution d'un concordat par abandon d'actif. La problématique est particulièrement aigüe lorsque l'entreprise du débiteur, ou des actifs importants lui appartenant doivent être réalisés pendant le sursis : aucune consultation des créanciers ne peut en l'état avoir lieu.

6.1. Art. 294 a P-LP

664 Le projet prévoit une participation accrue des créanciers, notamment lorsque le sursis dépasse une certaine durée. La formulation de la loi laisse subsister quelque incertitude sur cette durée. Il faut comprendre du texte légal proposé que l'obligation de convoquer une assemblée des créanciers naît dès lors que la durée totale du sursis, après prolongation et addition du sursis déjà écoulé, est supérieure à 12 mois. La prolongation du sursis pour une durée totale supérieure à 12 mois impose au commissaire de convoquer une assemblée des créanciers, qui se voit en particulier attribuer la compétence de désigner un nouveau commissaire. Cette attribution de compétence est problématique à plus d'un titre. Premièrement, le juge du concordat est exclusivement compétent pour nommer le commissaire au sursis ; en toute logique, c'est donc toujours le juge du concordat qui doit pouvoir révoquer le commissaire et en désigner un nouveau, cas échéant sur demande de la commission des créanciers. Deuxièmement, le législateur donne ici le pouvoir à une commission composée de créanciers qui ne seront pas obligatoirement familiers des procédures concordataires de destituer un commissaire, qui plus est après neuf mois. Pareille décision est susceptible de nuire considérablement au bon déroulement de la procédure. Si un commissaire doit être remplacé en cours de

¹⁷⁵⁴ Art. 298 al. 2 LP.

procédure, c'est évidemment bien avant, et en cas de très graves manquements aux devoirs de sa charge. La destitution est possible en tout temps, et il n'est pas nécessaire d'introduire dans la loi une précision exprès qui laisse croire qu'une destitution n'est possible qu'en cas de prolongation du sursis. En outre, l'on notera que pareille attribution de compétence est susceptible d'être utilisée abusivement pour sanctionner un commissaire en raison de simples divergences d'opinion. En conclusion, cette attribution de compétence doit être supprimée. La commission des créanciers doit pouvoir seulement proposer au juge la destitution du commissaire, pour des motifs fondés.

6.2. Art. 295a P-LP

665 Le projet prévoit que le juge peut instituer une commission des créanciers, lorsque les circonstances l'exigent. Cette commission constitue un organe atypique de l'exécution forcée, eu égard au pouvoir décisionnel qu'elle se voit conférer, non exempt de toute critique. La commission pourra être mise sur pieds dans le contexte de très grandes procédures concordataires, et en cas d'urgence, lorsqu'il apparaît que l'entreprise du débiteur ou une grande partie de ses biens devront être très rapidement réalisés, pendant le sursis. Les créanciers ne sont cependant pas titulaires d'un droit à l'institution d'une commission des créanciers, et ne devraient pas être légitimés à agir en justice pour en demander l'institution. Le fait que la commission des créanciers puisse donner des instructions au commissaire peut s'avérer problématique. Il serait plus opportun de prévoir un droit de proposition de la commission des créanciers, qui devrait alors avoir qualité pour porter plainte contre les actes du commissaire. Le projet de loi n'indique pas comment la commission est censée s'organiser. Il pourrait être souhaitable de faire figurer dans la loi les principes gouvernant son organisation, à l'image de ce que dispose l'art. 318 al. 1 ch. 2 P-LP.

7. Contribution équitable des titulaires de parts (art. 306 al. 1 ch. 3 P-LP)

666 Dans un souci d'égalité des sacrifices entre créanciers et titulaires de parts du débiteur, le projet prévoit qu'en cas de concordat ordinaire, les titulaires de part doivent s'acquitter d'une contribution équitable à l'assainissement du débiteur, ce que le commissaire sera amené à constater dans son rapport recommandant l'homologation ou non du concordat. Dans la pratique, parallèlement à la procédure concordataire, une diminution et une augmentation du capital sont souvent prévues lorsque le débiteur est une société anonyme. La disposition du projet consacre cette obligation pour tous les types de sociétés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. Cette obligation risque d'avoir pour conséquence que le débiteur va privilégier le concordat par abandon d'actif au concordat ordinaire. Il nous semble

que le sacrifice des titulaires de parts, qui est effectivement équitable, devrait être incité, à l'initiative du juge, pendant une audience par exemple, mais pas imposé.

8. Proposition de modifications supplémentaires

8.1. Publication du sursis (art. 296a P-LP)

667 En l'état du droit actuel, il existe quelque incertitude quant à l'identité du destinataire de l'art. 296 LP. En pratique, le juge cantonal ordonne souvent dans son jugement la publication du dispositif du jugement, aux frais du débiteur, et transmet lui-même le jugement aux autorités administratives. La modification de la loi pourrait permettre de clarifier ce point. La clarification serait également souhaitable en matière de responsabilité civile. L'absence de publication pourrait permettre à un créancier ou un tiers d'agir en responsabilité. Il agira contre le canton qui assume une responsabilité primaire, tant en matière de dommage causé par le juge cantonal que le commissaire. Le canton disposera d'une action récursoire ; c'est dans le cadre de ce deuxième volet qu'il sera important de connaître le destinataire de la norme.

8.2. Ouverture de la faillite (art. 296 b P-LP)

668 Le projet prévoit que le juge peut ouvrir la faillite d'office, sous certaines conditions, avant l'expiration du sursis. La loi ne prévoit cependant pas obligatoirement l'audition du débiteur, du commissaire, du créancier requérant, voire de la commission des créanciers, ce qui constitue une violation du droit d'être entendu injustifiée.

B. Projet de révision de la LB

669 Les marchés financiers ont subi en 2008 et 2009 une crise profonde. De nombreux établissements bancaires ont été mis en faillite, notamment aux USA, en Grande-Bretagne et en Islande. Les systèmes nationaux de garantie des dépôts ont été mis à contribution parfois pour la première fois. En Suisse, des nouvelles dispositions urgentes relatives à la protection des déposants sont entrées en vigueur le 20 décembre 2008 pour une période limitée à fin 2010. Le 11 septembre 2009, le Conseil fédéral a déposé un projet de loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires et un Rapport explicatif relatif à la loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires. En même temps qu'il propose l'introduction d'une loi sur la garantie des dépôts bancaires (LGDB), le Conseil fédéral souhaite parallèlement modifier les dispositions de la LB applicables à la procédure d'assainissement.

1. Ouverture de la procédure d'assainissement (art. 28 al. 1 P-LB 2009)

670 A ce jour, une procédure d'assainissement peut être ouverte par la FINMA si l'assainissement de l'assujetti est vraisemblable, étant entendu que la banque est maintenue sous sa forme existante. La modification proposée vise à permettre également une ouverture de la procédure d'assainissement si seule une partie des services bancaires peut être maintenue, soit au sein de l'assujetti, soit par son transfert à un tiers, indépendamment de la pérennité de l'assujetti. Autrement dit, constitue désormais un assainissement aux yeux de la LB le transfert d'actifs et de passifs à un tiers, comme l'est le concordat par abandon d'actif à un tiers reprenneur dans la procédure concordataire. L'assujetti peut même aller jusqu'à disparaître sous sa forme actuelle. Cet élargissement de la notion d'assainissement était hautement souhaitable, car il n'est pas évident de parvenir dans un assainissement victorieux à conserver l'entité à assainir sous la même forme qu'elle revêtait en phase de préassainissement. L'on notera que l'article 28 al. 1 P-LB 2009 pourrait être complété par la précision que l'ouverture de la procédure d'assainissement n'est pas publiée automatiquement dans l'hypothèse où aucune mesure limitant les droits des créanciers ou de l'assujetti¹⁷⁵⁵ ne sont prises par la FINMA.

2. Désignation d'un délégué à l'assainissement (art. 28 al. 3 P-LB 2009)

671 Actuellement, le droit bancaire prévoit la désignation d'un délégué à l'assainissement dont le rôle est l'élaboration d'un plan d'assainissement. La FINMA a cependant constaté que bien souvent, au moment où elle ouvrait la procédure d'assainissement, le plan avait déjà été élaboré dans le détail. Dans le nouveau droit de l'assainissement bancaire, il serait donc possible pour la FINMA d'ouvrir une procédure d'assainissement sans nommer immédiatement un délégué à l'assainissement, évitant ainsi une publicité nuisible. Le délégué à l'assainissement interviendra en tant que tel à un stade ultérieur, dans le cadre du processus d'homologation. Pratiquement, il est naturellement souhaitable que le délégué à l'assainissement, même s'il n'officie pas encore en tant que tel, soit associé au processus d'élaboration, afin de s'assurer notamment que le plan est conforme aux prescriptions de l'actuel art. 31 LB (conditions d'homologation). L'art. 28 al. 3 P-LB 2009 pourrait en outre mentionner le fait que la désignation d'un délégué à

¹⁷⁵⁵ Art. 26 LB.

Excursus :
Perspectives d'évolution probable

l'assainissement n'est pas obligatoirement publiée lorsqu'elle ne s'accompagne pas de mesures limitant les droits des créanciers ou de l'assujetti¹⁷⁵⁶.

3. Contenu du plan d'assainissement (art. 30 P-LB 2009)

672 L'exigence de pérennité de l'assujetti dans sa globalité est abandonnée par le nouvel art. 30 LB. L'objectif de la procédure d'assainissement telle que prévue dans les nouvelles dispositions proposées par le Conseil fédéral est d'avantage de préserver les services bancaires destinés aux clients. L'enjeu n'est plus le sauvetage de la banque existante¹⁷⁵⁷. Une procédure d'assainissement au sens de la LB pourra dès lors être ouverte même si le plan prévoit un transfert de pans d'activités rentables à un tiers, avec actifs, passifs et contrats, et la mort économique et juridique de l'assujetti. La procédure d'assainissement bancaire, jusqu'alors proche de l'art. 725 CO qui exige l'assainissement et la survie de l'entité sous surveillance judiciaire, se rapprocherait ainsi d'avantage de la procédure concordataire avec homologation d'un concordat par abandon d'actifs à un tiers reprenneur. Une solidarité parfaite du reprenneur est exigée, lequel se substitue aux yeux des déposants dans les rapports que ceux-ci entretenaient avec l'assujetti. Les règles de la LFus sont en particulier inapplicables.

¹⁷⁵⁶ Au sens de l'art. 26 LB.

¹⁷⁵⁷ Rapport explicatif LGDB, p. 54.

CONCLUSION

- 673 L'étude de la fonction, du rôle, de la responsabilité du commissaire au sursis permet d'aboutir en outre à plusieurs conclusions intermédiaires, relatives à son statut et à la nature de ses tâches d'une part, et aux activités de surveillance et de gestion qu'il déploie d'autre part. Premièrement, le statut d'organe de l'Etat du commissaire au sursis, neutre et indépendant, jouissant d'un pouvoir décisionnel propre, a des répercussions importantes. Cette qualification permet tout d'abord l'application des art. 11 ss de la LP au commissaire au sursis, qu'il s'agisse d'une personne privée, physique ou morale, choisie à l'intérieur ou à l'extérieur d'un office des faillites. De même ce statut, et le pouvoir décisionnel propre qui en découle, autorise-t-il l'application de l'art. 17 LP, qui permet à tout justiciable qui s'estime atteint dans ses droit d'agir par la voie de la plainte auprès de l'autorité cantonale de surveillance pour contester une décision du commissaire au sursis.
- 674 Le commissaire est placé sous la surveillance de l'autorité cantonale de surveillance, qui peut prononcer à l'égard du commissaire des sanctions disciplinaires. La question de la compétence pour destituer un commissaire au sursis est débattue, certains évoquant la compétence exclusive du juge du concordat, d'autre la compétence unique de l'autorité de surveillance, d'autres les deux. La question doit être tranchée de la façon suivante. Le juge du concordat a uniquement la compétence de remplacer un commissaire en cas de fin ordinaire de ses fonctions (décès, faillite, souhait de ne plus occuper). En cas de mauvaise exécution de son activité par le commissaire, le juge du concordat doit transmettre le dossier à l'autorité de surveillance, qui entendra le commissaire et prendra la décision qui s'impose, cas échéant en révoquant immédiatement le commissaire en cas de manquements objectivement graves et répétés. Si l'autorité de surveillance décide de révoquer le commissaire, il appartiendra au juge du concordat de nommer un nouveau commissaire au sursis.
- 675 Le statut d'organe de l'Etat a également des répercussions en matière de responsabilité. S'agissant de la responsabilité civile, le commissaire ne répond pas directement du dommage causé à un administré du fait d'une action ou inaction, mais engage en premier lieu la responsabilité du canton, la voie de l'action récursoire étant ouverte contre le commissaire. Le commissaire ne peut être exonéré de toute responsabilité si l'un de ses auxiliaires cause un dommage, et endosse ici en quelque sort une responsabilité objective simple. S'agissant de la responsabilité pénale, le commissaire, qui doit être qualifié de membre d'une autorité au sens pénal du terme, voire de fonctionnaire, toujours dans une acception pénale, encoure une responsabilité particulière de ce fait et peut être

Conclusion

poursuivi pour des délits propres purs qui ne sont imputables qu'à des membres d'une autorité ou des fonctionnaires. Enfin, le fait que le commissaire exerce une activité publique exclut l'application de la garantie constitutionnelle du libre accès à une activité lucrative, l'application de la LMI ainsi que l'application (en l'état) du droit des marchés publics. Partant, aucune personne physique ou morale ne peut se targuer de jouir d'un droit à être désignée commissaire au sursis concordataire. Il n'en demeure pas moins que les juges du concordat désignés par les lois cantonales d'application de la LP devraient respecter l'égalité de traitement lorsqu'ils décident de nommer tel ou telle autre personne, physique ou morale, aux charges de droit. En revanche, les dispositions cantonales retraçant l'accès à l'exercice de la fonction de commissaire ne seront pas pour autant licites, bien au contraire : en application du principe de primauté du droit fédéral, pour être valable, une disposition cantonale qui aurait cet effet devrait poursuivre un intérêt public particulier. Deuxièmement, l'étude a démontré que le commissaire au sursis déployait, de par la loi et le jugement le nommant, deux types d'activité : les activités purement procédurales d'une part, et celles de gestion et de surveillance d'autre part. Les premières ont été introduites par le législateur pour assurer notamment l'égalité de traitement entre créanciers, le droit à l'information de ceux-ci, et plus généralement pour assurer la fluidité et le bon déroulement de la procédure. Les secondes visent principalement la protection du substrat destiné potentiellement au désintéressement des créanciers, et aboutissent à un dessaisissement du débiteur, plus ou moins incisif selon le type de surveillance décidé par le juge.

- 676 Il est une activité à laquelle contribue parfois le commissaire en pratique qui n'a pas été réglementée par le législateur : la vente de l'entreprise du débiteur, ou d'une partie de l'entreprise, pendant le sursis. Certes, il semble que le législateur soit d'avis que le rôle du commissaire n'est pas de vendre au mieux pendant le sursis l'entreprise ou une partie de l'entreprise du débiteur pendant le sursis. Toutefois, un assainissement peut devoir être réalisé par une réorganisation des activités de l'entreprise, et par la cession de certains pans d'activité à un tiers. La question qui se pose est de savoir si, exceptionnellement, un pan de l'entreprise du débiteur, voire, la totalité de l'entreprise, pourrait valablement être cédée pendant le sursis, par qui, et selon quelles règles. L'on aboutit ici à la conclusion que la vente de l'entreprise, ou d'une partie de l'entreprise, en cours de sursis, requière pour être valable l'autorisation impérative du juge. Cela ne signifie cependant pas que le commissaire n'a aucun rôle à jouer dans la préparation et l'exécution de la vente de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise du débiteur, bien au contraire. En particulier, c'est à lui qu'il incombera de préparer avec le débiteur la totalité du transfert de l'entreprise, les actes de cession, et de mettre en place une procédure d'offre assurant l'égalité des chances des tous les acquéreurs potentiels s'étant présentés, ainsi que la vente des actifs au meilleur prix, conforme au prix du marché, afin de

sauvegarder les intérêts des créanciers qui à ce stade n'auront pas pu se prononcer et seront mis devant le fait accompli. Il importe donc que la vente soit soigneusement préparée et réfléchie, afin d'éviter que des créanciers ne contestent par la suite judiciairement la validité du transfert.

- 677 Le statut des mandataires de la FINMA – chargés d'enquête ou délégués à l'assainissement – est très différent de celui du commissaire au sursis. De par leur qualification, les mandataires de droit public de la FINMA souffrent d'un manque d'autonomie parfois gênant, et d'un manque de crédibilité auprès des assujettis, qui ne les voient que comme le bras armé de la FINMA, sans pouvoir décisionnel propre. Le statut de mandataire ne s'oppose pourtant pas à ce qu'une parcelle de puissance publique soit octroyée aux mandataires de la FINMA. Lorsque la FINMA nomme un mandataire, elle définit très précisément le cadre de son activité. Dès lors, tant que le pouvoir décisionnel est exercé avec mesure dans les limites prédéfinies par la FINMA, il ne devrait pas prêter le flanc à la critique.
- 678 A ce jour, compte tenu des défis modernes auxquels sont confrontés les acteurs des procédures d'assainissement, et notamment le commissaire au sursis, le cadre légal réglementant l'activité du commissaire au sursis doit nécessairement être interprété pour apporter les réponses concrètes aux problèmes se posant. Ce n'est pas pour autant qu'il faut déjà conclure ici à la nécessité de légiférer. La loi ne peut à l'évidence pas tout réglementer dans le moindre détail. Il existe même à coup sûr un certain intérêt à ce que la loi laisse une place à l'interprétation, afin de permettre son adéquation et son adaptation régulière aux nouveaux défis qui se présentent au fil du temps. C'est précisément le rôle des tribunaux et de la doctrine. L'étude a montré que le caractère sommaire de la loi contribuait à une certaine insécurité juridique. Toutefois, en raisonnant par analogie, et en appliquant les principes généraux prévalant en droit public, en droit administratif, dans les procédures collectives d'insolvabilité et dans une certaine mesure en droit privé, l'on arrive à trouver des solutions satisfaisantes aux différentes problématiques.

« Il dépensait un argent fou; le ruissellement de sa caisse continuait, sans que les sources de ce fleuve d'or eussent été encore découvertes » (Zola, la Curée). Parfois, la source devient ruisseau, ruisselet, goutte, puis se tarit définitivement. Survient alors la faillite, tant redoutée par les entrepreneurs. La tragédie de la faillite, qu'elle touche une entreprise ou un individu, a de tous temps inspiré les écrivains, de la littérature française ou d'ailleurs. La faillite marque les esprits de ceux qui la subissent, qu'il s'agisse des créanciers, ou du débiteur. Mais pour les premiers, seul un goût amer d'insatisfaction et un ventre creux, qui se remplira toutefois rapidement, subsistera après que l'appétit de l'ogre de la communauté des créanciers se soit – très partiellement – rassasié. En revanche, pour le second, la

Conclusion

honte de la banqueroute demeurera probablement à tout jamais, et le suivra comme une ombre sous un soleil terni, tout au long de sa vie économique.

La générosité n'est parfois vue que comme la pitié des âmes nobles (de Chamfort). Elle peut toutefois être l'expression d'une rare intelligence de la part d'un créancier averti, voire retord, lequel, sous couvert de charité, aura bien compris que quelques concessions valent mieux que l'acharnement et la soif de vengeance du créancier dépouillé. Ce créancier proposera alors un concordat, ou votera en sa faveur. En permettant au débiteur d'échapper à la honte de la faillite, le créancier échappera aussi à sa propre ruine, et joueur fût d'une partie de pocker menteur, pourra se refaire, en poursuivant avec le débiteur désormais assaini et sain la collaboration préexistante. C'est tout l'intérêt du concordat, et de sa bonne préparation, pendant le sursis, avec l'aide précieuse d'un commissaire avisé.