

Olivier Hari*

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

Table des matières

- I. Résumé de l'ATF 134 III 452
 1. Etat de fait
 2. Résumé des motifs de l'arrêt
 - 2.1 Lésion des créanciers
 - 2.2 L'intention de lésion
 - 2.3 La reconnaissance de l'intention du débiteur par le tiers
- II. Le remboursement du prêt d'assainissement, *Sonderfall* de l'art. 288 LP
 1. Préambule
 2. La notion de prêt d'assainissement
 - 2.1 Examen du prêt d'assainissement à la lumière du but de l'action révocatoire
 - 2.2 Prêt et remboursement du prêt en tant que tout indissociable
 - 2.3 But et caractéristiques du prêt d'assainissement
 - a. But du prêt d'assainissement
 - b. Caractéristiques particulières
 - c. Le prêt d'assainissement est effectué dans l'intérêt des créanciers
 3. Action révocatoire et prêt d'assainissement de *lege ferenda*
- III. Effets pratiques de l'arrêt en matière de prêt

I. Résumé de l'ATF 134 III 452

1. Etat de fait

En août 1999, la Banque cantonale de Zurich ouvrit en faveur de SAirGroup une ligne de crédit de CHF 100 millions, qui fut entièrement épuisée. Le crédit fut plusieurs fois prolongé. Au début du mois de juillet 2001, SAirGroup et la Banque cantonale de Zurich convinrent que le crédit octroyé par cette dernière devait être immédiatement et intégralement remboursé par SAirGroup dans l'hypothèse où une banque tierce venait à décider de réduire, ne pas prolonger ou dénoncer un prêt octroyé à SAirGroup.

Les conditions d'application de cette clause s'avérant finalement remplies, SAirGroup s'exécuta et remboursa par conséquent à la Banque cantonale de Zurich CHF 30 millions à la date valeur du 21 août 2001,

CHF 30 millions à la date valeur du 5 septembre 2001, et CHF 20 millions à la date valeur du 27 septembre 2001, pour un montant total de CHF 80 516 263.90. Le 2 octobre 2001, le groupe Swissair cessa de faire voler sa flotte («Grounding»). Le 5 octobre 2001, SAirGroup obtint un sursis concordataire provisoire. Par jugement du 20 juin 2003, le Tribunal d'Arrondissement de Zurich homologua un concordat par abandon d'actifs.

En 2005, SAirGroup, en liquidation concordataire, introduisit une action révocatoire à l'encontre de la Banque cantonale de Zurich, fondée sur l'art. 288 LP. Elle concluait à ce que la banque paie à la masse le montant de CHF 80 516 263.90, avec intérêts à 5 % dès le 8 juin 2005. Le 10 janvier 2007, le Tribunal de commerce du Canton de Zurich rejeta la demande de SAirGroup, en liquidation concordataire.

SAirGroup, en liquidation concordataire, recourt auprès du Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il soit fait droit à sa demande et, subsidiairement, à ce que la cause soit retournée pour nouveau jugement au Tribunal de commerce. La Banque cantonale de Zurich conclut quant à elle à la recevabilité de la demande, mais au déboutement de la recourante.

2. Résumé des motifs de l'arrêt

Le Tribunal fédéral rappelle dans cet arrêt qu'en application de l'art. 288 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889¹, le demandeur à l'action révocatoire doit prouver trois conditions cumulatives: la lésion effective d'un ou de plusieurs créanciers (condition objective), l'intention de lésion ou de favoritisation du débiteur, et le caractère reconnaissable par l'autre partie du caractère préjudiciable de l'acte pour les créanciers (conditions subjectives)².

* Olivier Hari, avocat, Etude Schellenberg Wittmer, Genève, candidat au doctorat (Université de Neuchâtel).

¹ RS 281.1, abrégée ci-après «LP». L'art. 288 LP précise que «Sont enfin révocables tous actes faits par le débiteur dans les cinq ans qui précèdent la saisie ou la déclaration de faillite dans l'intention reconnaissable par l'autre partie de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains créanciers au détriment des autres».

² ATF 134 III 452, consid. 2.

2.1 Lésion des créanciers

Le Tribunal fédéral rappelle que l'on ne se trouve pas en présence d'une lésion lorsque l'acte juridique suppose un rapport d'échange entre prestation et contreprestation. Selon lui, le remboursement anticipé d'un prêt ne constitue pas une contreprestation équivalente, mais, l'exécution d'une obligation contractuelle³.

Pour le Tribunal fédéral, le remboursement anticipé d'un prêt non sécurisé à un créancier qui ne bénéficie pas d'un privilège dans l'exécution forcée lèse donc les autres créanciers en raison de la réduction du patrimoine que l'opération entraîne⁴.

2.2 L'intention de lésion

En application de l'art. 288 LP, un acte est révocable pour autant que le débiteur ait eu l'intention de léser un ou plusieurs créanciers, respectivement de favoriser un ou plusieurs créanciers au détriment d'autres créanciers. L'intention de lésion est présente dès lors que le débiteur aurait pu ou dû prévoir que l'acte juridique en cause lésait les créanciers ou favorisait certains au détriment des autres. Il n'est pas nécessaire que le débiteur ait voulu poursuivre ce résultat; il suffit qu'il ait envisagé que la lésion des créanciers, ou la favoritisation de certains d'entre eux serait la conséquence naturelle de la conclusion de l'acte juridique attaqué⁵.

Pour le Tribunal fédéral, l'intention de favoritisation existait bel et bien⁶. SAirGroup connaissait ses difficultés financières⁷ et structurelles, ainsi que l'ampleur de sa perte (2.8 mia), depuis le début de l'année 2001; un «Restructuring Plan» fut présenté par elle à ses partenaires bancaires en juillet 2001⁸. En dépit de ses difficultés financières, SAirGroup mit en place une politique durable de crédit⁹. SAirGroup aurait pu et dû se rendre compte qu'elle favorisait un créancier, étant notoirement en difficulté avant le premier remboursement: ses dettes se montaient à CHF 2 milliards et elle n'était plus du tout en mesure de faire face elle-même à ses besoins en fonds de roulement.

2.3 La reconnaissance de l'intention du débiteur par le tiers

Le dessein du débiteur, qu'il soit intentionnel ou par dol éventuel, doit par ailleurs être connu ou reconnaissable par le tiers¹⁰. Est réputée reconnaissable par un tiers toute situation ou comportement concret qui devrait

en principe éveiller l'attention commandée par les circonstances d'un tiers non négligent¹¹. Il suffit que le tiers ait pu ou dû envisager en fonction des circonstances que la lésion des créanciers, ou la favoritisation de certains d'entre eux serait la conséquence naturelle de la conclusion de l'acte juridique attaqué¹². Selon le Tribunal fédéral, un devoir général d'investigation ne peut cependant être mis à la charge de chaque cocontractant¹³. Ce n'est qu'en présence d'indices clairs¹⁴ de lésion que le cocontractant a un devoir¹⁵ de prudence accru, et qu'il doit interpellier le débiteur. Selon le Tribunal fédéral, il convient que le juge tienne compte de toutes les circonstances entourant le cas d'espèce pour déterminer si le tiers connaissait ou avait reconnu l'intention de lésion du débiteur au moment de la conclusion de l'acte juridique attaqué (question de fait), ou aurait pu ou dû s'en rendre compte en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances (question de droit), à défaut de quoi le tiers est réputé avoir été négligeant et devoir assumer les conséquences de sa négligence¹⁶.

La favoritisation était également reconnaissable par la banque¹⁷. Le Tribunal fédéral a jugé qu'il existait en 2001 un grand nombre d'indices¹⁸ qui auraient dû conduire la banque cantonale de Zurich à se douter que le remboursement du prêt par SAirGroup pouvait léser ses autres créanciers. Les difficultés de SAirGroup étaient connues du public depuis le début de l'année 2001. La banque ne pouvait ignorer, au plus tard en avril 2001, le montant de la perte essuyée par SAirGroup et le renouvellement de sa direction notamment. Le 1^{er} juin 2001, la banque n'a d'ailleurs prolongé le prêt que d'un mois, au lieu de deux, démontrant ainsi une certaine méfiance. Le Tribunal fédéral a également reproché à la banque d'être demeurée passive¹⁹: alors qu'elle se trouvait en présence d'indices clairs d'insolvabilité, elle aurait dû se renseigner sur la situation exacte de SAirGroup. Elle aurait en effet dû prendre en considération le fait que les remboursements effectués par son débiteur étaient susceptibles de léser d'autres créanciers, ou d'en favoriser certains au détriment des autres²⁰.

Dans le cadre de son analyse portant sur l'intention de lésion et sa reconnaissance par le tiers cocontractant, le Tribunal fédéral rappelle et précise une ancienne jurisprudence relative à la révocation du remboursement

³ ATF 134 III 452, consid. 3.1.

⁴ ATF 134 III 452, consid. 3.1 *in fine*.

⁵ ATF 134 III 452, consid. 4.1.

⁶ ATF 134 III 452, consid. 7.

⁷ ATF 134 III 452, consid. 7.2 et 7.4.

⁸ ATF 134 III 452, consid. 7.2.

⁹ ATF 134 III 452, consid. 7.3.

¹⁰ ATF 134 III 452, consid. 4.

¹¹ ATF 134 III 452, consid. 4.2.

¹² Cf. renvoi aux ATF 83 III 82, consid. 3b et 99 III 89, consid. 4b.

¹³ ATF 134 III 452, consid. 4.2.

¹⁴ «deutliche Anzeichen».

¹⁵ Qualifié d'incombance («Obliegenheit»).

¹⁶ ATF 134 III 452, consid. 4.2 *in fine*.

¹⁷ ATF 134 III 452, consid. 8.5.

¹⁸ ATF 134 III 452, consid. 8.4.

¹⁹ ATF 134 III 452, consid. 8.4.

²⁰ ATF 134 III 452, consid. 8.

d'un prêt d'assainissement²¹. Il rappelle que l'action révocatoire ne doit pas entraver les mesures d'assainissement, et qu'à certaines conditions, un prêt d'assainissement doit pouvoir être remboursé par le débiteur au prêteur sans pour autant que le prêteur ne coure le risque de devoir reverser à la masse le montant remboursé, et être ainsi soumis au dividende, concordataire ou de faillite, consacrant le principe d'irrévocabilité du remboursement du prêt d'assainissement.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral estime cependant que le prêt de la Banque cantonale de Zurich ne visait pas l'assainissement de SAirGroup, et que le remboursement s'inscrivait dans le cadre de la politique en matière de crédits non sécurisés adoptée par la banque²². La banque ne pouvait donc pas se prévaloir de l'exception jurisprudentielle consacrant l'irrévocabilité du remboursement des prêts d'assainissement. Le cas qui lui est soumis devait donc être apprécié en application des principes généraux développés s'agissant de l'art. 288 LP.

II. Le remboursement du prêt d'assainissement, *Sonderfall* de l'art. 288 LP²³

1. Préambule

En vertu de l'art. 288 LP, sont révocables tous les actes faits par le débiteur dans les cinq ans qui précèdent la saisie ou la déclaration de faillite dans l'intention reconnaissable par l'autre partie de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains créanciers au détriment des autres. L'art. 331 LP²⁴, applicable en cas d'homologation d'un concordat par abandon d'actif, renvoie à cette disposition. L'action révocatoire n'est pas ouverte en cas d'homologation d'un concordat ordinaire, mais la question est discutée en doctrine²⁵.

²¹ ATF 134 III 452, consid. 5.2.

²² ATF 134 III 452, consid. 6.2.

²³ L'analyse portera principalement sur les considérants de l'ATF 134 III 452. Des renvois à d'autres arrêts et à des auteurs traitant directement ou indirectement de la problématique, non cités par le Tribunal fédéral, seront également ponctuellement effectués.

²⁴ L'on mentionnera que cette disposition a récemment fait l'objet d'un arrêt publié du Tribunal fédéral (ATF 134 III 273), précisant que le délai de péremption de l'action révocatoire, de deux ans (art. 292 LP) commençait à courir dès que le jugement d'homologation du concordat par abandon d'actifs est devenu exécutoire, et non dès l'octroi du sursis.

²⁵ L'on peut se demander en effet s'il ne s'agit pas d'une incohérence de notre système juridique, et s'il ne conviendrait pas d'admettre la révocation indépendamment du type de concordat homologué. Cf. DOMINIQUE JUNOD MOSER/LOUIS GAILLARD, n° 5 ad art. 331 LP, in: Dallèves/Foëx/Jeandin (éd.), Commentaire Romand, Poursuite pour dettes et faillite, Bâle, Genève, Munich 2005, et la référence à HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Droit et actions révocatoires, Commentaire des art. 285 ss, n° 308 ad art. 285 LP.

Le remboursement intégral ou partiel d'un prêt non garanti à un créancier par un débiteur, contre lequel est prononcé par la suite un jugement de faillite ou qui obtient l'homologation d'un concordat par abandon d'actif, peut à l'évidence favoriser ce créancier. Le prêteur qui s'est fait rembourser dispose rapidement de l'intégralité du montant prêté, n'aura pas eu l'obligation d'attendre l'issue de la procédure d'exécution forcée pour récupérer – partiellement – son patrimoine et aura pu faire fructifier son argent. Les autres créanciers devront produire dans la procédure de faillite ou concordataire, et attendre la distribution du dividende, auquel ils seront soumis.

L'on verra toutefois ci-après qu'à certaines conditions, le remboursement d'un prêt par le débiteur peut échapper à la révocation. Il en va ainsi lorsque le prêt a été octroyé dans un but d'assainissement du débiteur. Dans ce cas, le prêt est effectué dans l'intérêt de tous les créanciers, et l'intention de lésion, respectivement de favoritisation est absente²⁶.

2. La notion de prêt d'assainissement

2.1 Examen du prêt d'assainissement à la lumière du but de l'action révocatoire

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 débiteur²⁷, 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 favoritisation ou de lésion existait²⁸.

2.2 Prêt et remboursement du prêt en tant que tout indissociable

Un prêt à très court terme, ou une avance, octroyé par un tiers pour que le débiteur puisse s'acquitter de certaines dettes, peut être valablement remboursé 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 tout²⁹. Ce principe ne trouve en revanche plus application si la situation du débiteur bénéficiaire de l'avance s'est notablement 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

²⁶ ATF 134 III 452, consid. 5.3.

²⁷ 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.

²⁸ ATF 134 III 452, consid. 4.2.

²⁹ ATF 134 III 452, consid. 5.3.

à long terme non garanti. Dans ce dernier cas, prestation et contre-prestation ne peuvent plus être considérées comme un tout³⁰.

A notre avis, c'est surtout l'aggravation de la situation du débiteur, connue du tiers et du débiteur lui-même, qui est déterminante. L'écoulement du temps ne devrait pas à lui seul jouer un rôle prépondérant. Par ailleurs, il paraît difficile de déterminer précisément dans quel délai une avance se transforme en prêt à long terme.

2.3 But et caractéristiques du prêt d'assainissement

a. But du prêt d'assainissement

Pour qu'un prêt puisse être qualifié de prêt d'assainissement, et partant être remboursé par le débiteur au prêteur sans risque de révocation, il faut qu'il poursuive effectivement un but d'assainissement³¹. Le prêt d'assainissement permet de surmonter rapidement une crise de liquidités, mais n'a qu'un effet bénéfique temporaire, du fait de son appartenance à la catégorie des fonds étrangers³². Il ne résout en effet pas une éventuelle situation de surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO.

Le prêt ne doit pas avoir été octroyé dans le but, pour le prêteur, d'être remboursé rapidement et de percevoir une rémunération élevée de ce prêt³³. Il faut donc en conclure que le taux auquel le prêt est octroyé doit être raisonnable, et non être proche de celui de l'usure. Le taux constitue un moyen de déterminer le but réel du prêteur. Ce dernier ne saurait prétendre aider le débiteur en appliquant au prêt un taux susceptible de mettre le débiteur dans la gêne. Le taux doit à notre avis être conforme à celui du marché, voire légèrement inférieur. L'on ne saurait aller jusqu'à exiger que le prêteur mette gratuitement des fonds à disposition du débiteur, sans enrichissement aucun.

b. Caractéristiques particulières

Les moyens mis à disposition doivent sérieusement permettre d'envisager un assainissement. De cette exigence, il ressort premièrement qu'un assainissement doit être objectivement envisageable. Deuxièmement, les moyens mis à disposition du débiteur doivent effectivement permettre d'atteindre le but fixé³⁴.

L'assainissement est objectivement envisageable lorsque la situation du débiteur n'est pas désespérée et qu'un prêt peut lui permettre de surmonter une crise de liquidités.

Avant que le prêt et ses conditions de remboursement ne soient convenus, il faut que le prêteur se livre à un pronostic relatif aux chances d'amélioration, qui doivent être présentes objectivement, clairement et sans ambiguïté³⁵, à long terme³⁶. Tous les créanciers doivent bénéficier de l'amélioration de la situation du débiteur³⁷. Un espoir seul ne suffit pas; il faut que l'éventualité d'une aggravation de la situation entre le moment du prêt et son remboursement soit exclue³⁸. Le prêteur doit, de bonne foi, ne pas pouvoir envisager l'aggravation de la situation de l'emprunteur, et considérer que le débiteur ne se trouve que temporairement dans une situation financière difficile³⁹, par exemple parce que des rentrées de liquidités tardent à se concrétiser.

Les moyens mis à disposition du débiteur doivent selon le Tribunal fédéral être en adéquation avec le besoins du débiteur et permettre effectivement d'atteindre le but fixé⁴⁰.

Cette exigence paraît assez stricte, lorsque l'on sait que l'octroi d'un prêt qui, par définition, constitue du capital étranger, à rembourser, a un effet neutre sur les pertes du débiteur et le surendettement, tant et aussi longtemps que l'argent prêté permet d'éponger le passif. *In abstracto*, le seul effet positif d'un prêt d'assainissement est qu'il donne la possibilité au débiteur de faire face aux échéances à court terme, et d'éviter qu'un créancier n'ouvre une procédure d'exécution forcée pouvant conduire à la faillite⁴¹.

Dans certains cas, il permet de réduire globalement le passif en offrant un argument de poids dans la négociation de rabais avec des fournisseurs, leurs factures pouvant être honorées à très bref délai. Mais ce n'est véritablement que si le prêt est transformé en fonds propres lors d'une augmentation de capital que les fonds propres du débiteur augmenteront, qu'un éventuel surendettement disparaîtra, et que l'on pourra réellement parler d'assainissement, au moins au sens de l'art. 725 CO.

³⁵ HANS MERZ, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1949–1952, ZBJV 90/1954, 168; JEAN CASTELLA, La connivence du bénéficiaire de l'acte révocable d'après l'art. 288 LP, JdT 1956 II 67, 79 ss, tous deux cités dans le considérant 5.3 de l'ATF 5A.29/2007.

³⁶ THOMAS REBSAMEN, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch das Aktienrecht, thèse Zurich, Bâle, Genève 2004, 170, n° 556 *in fine*.

³⁷ REBSAMEN (note 36), 162, n° 535 et la note de bas de page n° 922.

³⁸ ATF 78 III 83, 87, consid. 2.

³⁹ ATF 53 III 78, 80.

⁴⁰ ATF 74 III 48, 53, consid. 4; ATF 53 III 78, 80.

⁴¹ ATF 74 III 48, 53, consid. 4. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral constatait que le prêt octroyé par un tiers était censé éviter que des créanciers exaspérés n'ouvrent une procédure d'exécution forcée contre le débiteur. Le prêt a été cependant jugé insuffisamment élevé pour parvenir au résultat escompté et le droit de gage constitué en garantie de l'emprunt a été jugé révocable.

³⁰ ATF 78 III 83 consid. 2.

³¹ ATF 134 III 452, consid. 5.3 et 5.5.

³² ARMAND RUBLI, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, thèse Zurich 2002, 190.

³³ ATF 134 III 452, consid. 5.2 *in fine* et 5.5.

³⁴ ATF 134 III 452, consid. 5.3.

c. Le prêt d'assainissement est effectué dans l'intérêt des créanciers

Si les efforts visant à aboutir à un assainissement ont des chances d'être couronnés de succès, et si le prêt, sa prolongation ou son augmentation ont pour but l'assainissement de l'emprunteur, l'on part du principe qu'il est effectué dans l'intérêt de tous créanciers⁴². Son remboursement au prêteur par le débiteur ne saurait dès lors être attaqué par la voie de l'action révocatoire. Ce principe vaut aussi lorsque le prêt sert à désintéresser des créanciers privilégiés ou des créanciers gagistes, en permettant de libérer le gage⁴³. L'on pense particulièrement aux créances des assurances sociales, en rappelant que leur non paiement constitue une infraction pénale⁴⁴.

3. Action révocatoire et prêt d'assainissement de lege ferenda

Le groupe d'experts en charge de la révision du droit de la procédure concordataire a rendu en avril 2008 un rapport d'experts⁴⁵ accompagné d'un avant-projet de modification de certaines dispositions de la LP et du Code des Obligations⁴⁶. Le prêt d'assainissement et la nécessité d'un traitement privilégié ont été examinés. Le groupe d'experts arrive à la conclusion qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une modification substantielle de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite en ce sens. Selon lui, l'art. 310 al. 2 LP permet de qualifier de dettes de masse l'emprunt effectué à des fins d'assainissement par le débiteur avec l'accord du commissaire. Aucune solution spécifique n'est proposée s'agissant du même prêt d'assainissement et de son remboursement effectué avant une faillite du débiteur.

Le pragmatisme du groupe d'experts ne paraît pas porter le flan à la critique. En effet, préciser dans la loi chaque exception aux principes n'est pas absolument nécessaire. Il appartient à la jurisprudence, fédérale et cantonale, de développer des solutions et de préciser les exceptions, sans pour autant que la loi doive au gré de l'humeur des juges être constamment modifiée. Le présent arrêt du Tribunal fédéral et les longs développements qu'il consacre à la notion de prêt d'assainissement paraissent ainsi suffisamment précis.

⁴² ATF 134 III 452, consid. 5.3.

⁴³ ATF 99 III 27, 37, consid. 5.

⁴⁴ Cf. notamment l'art. 159 CP et les dispositions spéciales contenues dans la LAVS, la LAI, la LPP, la LAPG, la LAA et LIFD.

⁴⁵ Rapport de juin 2008 consulté en ligne le 5.11.2008 sur le site web de l'Office fédéral de la justice sous http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetriebung_und.Par.0003.File.tmp/ve-ber-d.pdf.

⁴⁶ Avant-projet de juin 2008 consulté en ligne le 5.11.2008 sur le site web de l'Office fédéral de la justice sous http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetriebung_und.Par.0004.File.tmp/ve-entw-d.pdf.

III. Effets pratiques de l'arrêt en matière de prêt

Cet arrêt récent a des conséquences pratiques importantes du point de vue des prêteurs, mais également beaucoup plus généralement.

Du côté des prêteurs, il intéressera les acteurs du capital investissement (*private equity, venture capital*) qui octroient des prêts convertibles (*convertible loans*) à des sociétés en difficulté. Leur investissement étant par définition destiné à faire fructifier un patrimoine, le Tribunal fédéral ne devrait pas considérer qu'un but d'assainissement est recherché. Toute clause contractuelle de remboursement anticipé du contrat de prêt en cas d'insolvabilité⁴⁷ du preneur serait donc contraire aux principes développés dans l'arrêt présentement commenté.

S'agissant des prêts bancaires, le constat est identique. Les remboursements faits en application de conditions générales des banques ou d'autres clauses contractuelles spécifiques prévoyant une obligation de remboursement d'un crédit, à charge d'un emprunteur en situation d'insolvabilité, pourraient donc être révocables, aux conditions mentionnées ci-dessus. L'on ajoutera que cette nouvelle jurisprudence est applicable *mutatis mutandis* à la constitution de sûretés en garantie du remboursement d'un prêt; ainsi, une cession globale de créances futures sécurisant un prêt qui ne serait pas qualifié de prêt d'assainissement caractérisé ne devrait pas échapper à la révocation.

Eu égard à la position stricte adoptée désormais, l'on peut en premier lieu conseiller aux organismes de prêt de davantage analyser la solvabilité de leur cocontractant avant d'octroyer un quelconque prêt. Dans la mesure du possible, le prêt, respectivement la ligne de crédit, devraient être sécurisés dès le début (gage mobilier ou immobilier, cession de factures par exemple). Un prêt d'assainissement devrait par ailleurs être qualifié comme tel dans le contrat. Enfin, le prêteur devrait suivre de près l'activité de son cocontractant, et exiger régulièrement de pouvoir consulter ses états financiers, afin de détecter au plus tôt tout risque de survenance d'une crise financière et de pouvoir dénoncer le contrat de prêt et se le faire rembourser lorsque le débiteur n'est pas encore insolvable.

Plus généralement, le Tribunal fédéral adopte une position relativement sévère envers les cocontractants de débiteurs en difficulté, contre lesquels un jugement de faillite – ou de concordat par abandon d'actif – serait rendu. En appliquant strictement les principes développés, l'on pourrait en effet estimer que le

⁴⁷ Suivie d'un jugement de faillite ou par l'homologation d'un concordat par abandon d'actifs, condition *sine qua non* pour que la question de la révocabilité se pose.

paiement de toute prestation effectuée par un tiers pour un débiteur en difficulté pourrait faire l'objet d'une action révocatoire si la prestation en question n'était pas nécessaire ou ne poursuivait pas un but d'assainissement. Une telle interprétation serait cependant insoutenable et aurait un effet plus que contreproductif. Elle reviendrait à priver le débiteur de tous ses cocontractants.

L'on ajoutera que le Tribunal fédéral dresse ici un catalogue des signaux d'alarme devant conduire un cocontractant à rechercher activement auprès de son débiteur des informations précises relatives à sa santé financière. Des pertes massives, un manque de liquidités et une trésorerie alimentée uniquement par des fonds étrangers, l'ouverture de nombreuses lignes de crédit, la vente rapide de sociétés du groupe ou de pans d'activités, des difficultés financières répercutées par les médias sont autant d'indices devant pousser le prêteur à penser que son débiteur est en difficulté.

Rappelons enfin que le caractère reconnaissable de la lésion est aussi avéré si le tiers bénéficiaire agit négligemment, en application de critères purement objectifs. Le tiers ne pourra donc en l'état de la jurisprudence pas se prévaloir d'excuses subjectives pour échapper à la révocation.
