

WENGER PLATTNER

W P F O C U S

A V O C A T S

LA PROCEDURE CONCORDATAIRE SELON LA LOI REVISEE
SUR LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE

TABLE DES MATIERES

.....

Introduction	1
1. Le sursis concordataire	1
1.1 La demande de sursis concordataire	1
1.2 Les conditions d'octroi du sursis concordataire	3
1.3 Le sursis concordataire provisoire	3
1.4 L'octroi du sursis concordataire	4
1.5 Les effets du sursis concordataire	5
1.6 Les devoirs et compétences du commissaire	6
1.7 La fin du sursis concordataire	8
2. Le concordat	8
2.1 La conclusion du concordat	8
2.2 La suspension de la réalisation des gages immobiliers (art. 306 a LP rev.)	9
2.3 Les effets du concordat en général	10
2.4 Le concordat ordinaire	10
2.5 Le concordat par abandon d'actif	11
3. Le règlement amiable privé des dettes	13
3.1 L'objectif de la nouvelle procédure	13
3.2 La procédure	13
3.3 Les effets du sursis	14
3.4 Les tâches du commissaire	14
3.5 Le contenu du règlement amiable des dettes	14
4. Remarque finale	14

LIC. IUR. KARL WÜTHRICH

LA PROCEDURE CONCORDATAIRE SELON LA LOI REVISEE SUR LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE

.....

INTRODUCTION

La Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) date de 1889. Elle est donc une des plus anciennes lois fédérales de la Suisse. Depuis son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1892, elle n'a jamais été soumise à une révision intégrale. C'est pourquoi, au milieu des années soixante-dix, le Conseil fédéral a mandaté une commission d'experts pour réviser la LP dans la perspective de la science et de la pratique. La commission d'experts est arrivée à la conclusion que le concept fondamental de la LP continue à faire ses preuves malgré son âge et les nouveaux besoins de l'économie. Elle n'a donc proposé qu'une révision partielle de la loi. Le Parlement a adopté cette révision partielle en 1994. La LP révisée entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1997.

La révision de la LP ne représente en grande partie qu'un affinement des réglementations légales existantes. Elle tient aussi compte de la pratique du Tribunal fédéral. Mais, durant les délibérations parlementaires, c'est la révision du 11^e titre, le concordat, qui s'est révélée être l'élément essentiel.

On y a procédé à des adaptations fondamentales, afin que la procédure du concordat puisse remplir les exigences actuelles de l'économie. A la suite de cette révision, le droit relatif au concordat est devenu un véritable droit d'assainissement.

LES PRINCIPALES MODIFICATIONS DANS LE DROIT CONCORDATAIRE

- Droit des créanciers dûment qualifiés de requérir le sursis concordataire
- Mise en œuvre d'office du sursis concordataire par le juge de faillite
- Sursis concordataire provisoire
- Durée du sursis concordataire: deux ans au maximum
- Possibilité du juge de fixer les pouvoirs de gestion du débiteur selon la situation
- Extension des tâches et des compétences du commissaire.

On trouvera ci-après un exposé des innovations du droit concordataire et leurs incidences pratiques.

1. LE SURSIS CONCORDATAIRE

.....

1.1 LA DEMANDE DE SURSIS CONCORDATAIRE

a) Compétence

La procédure de sursis concordataire est introduite par la remise d'une requête de sursis auprès du juge du concordat (art. 293, al. 1 LP rév.). Selon l'ancien droit, c'était l'autorité concordataire qui était compétente pour la procédure de concordat. Le nouveau droit institue désormais expressément un tribunal concordataire.

Les cantons doivent désigner le juge du concordat dans le cadre de leur organisation judiciaire.

L'application du nouveau droit concordataire requiert beaucoup de connaissances professionnel-

les et d'expérience de la part du juge. Pour assurer une application uniforme et efficace du droit, il s'impose à notre avis de créer dans les grands cantons un seul tribunal concordataire.

En outre, en tant qu'instance de recours, les cantons peuvent instituer un tribunal concordataire cantonal supérieur.

b) Légitimation active

Alors que, selon l'ancien droit, seul le débiteur pouvait lui-même demander le sursis concordataire, désormais chaque créancier en mesure de requérir la faillite peut demander l'ouverture de la procédure concordataire (art. 293, al. 2, LP). Que signifie la restriction «...en mesure de requérir la faillite...»? Dans le cas normal, cela signifie que le créancier doit avoir mis en œuvre une procédure d'introduction. La commination de faillite selon art. 159 LP rév. doit avoir été notifiée au débiteur. Si les conditions prescrites à l'art. 190 LP rév. pour l'ouverture de la faillite sans poursuite préalable sont remplies, chaque créancier doit pouvoir présenter une demande de sursis concordataire sans avoir mis en œuvre auparavant la procédure de poursuite. En pareil cas, tous les créanciers peuvent requérir l'ouverture immédiate de la faillite sans poursuite. Dès lors, ils doivent également pouvoir présenter une demande de sursis concordataire, qui va moins loin. Une autre interprétation de l'art. 293, al. 2, LP rév. serait incohérente.

Dans ce cadre, l'état de fait de l'art. 190, al. 1, ch. 2 LP, à savoir qu'un débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements, joue un rôle important. En pratique, devant les tribunaux, cet état de fait est, à vrai dire, soumis à des exigences élevées. Néanmoins, il y a constamment des cas où le débiteur est manifestement incapable de payer, sans pour autant recourir lui-même aux mesures offertes. En vertu de l'ancien droit, les créanciers ne disposaient alors que de la réquisition de faillite.

Désormais, ils ont aussi la possibilité de demander le sursis concordataire qui sauvegarde mieux leurs intérêts. De ce fait, ils peuvent également introduire une procédure d'assainissement contre la volonté du débiteur. Il ne faut toutefois pas oublier que le créancier qui soumet la demande peut être appelé, le cas échéant, à avancer les frais de la procédure concordataire (cf. ch. 1.1c ci-après).

Une autre nouveauté réside dans la compétence du juge de faillite d'ajourner d'office le jugement de faillite – sans requête du débiteur – s'il existe des éléments d'informations concernant la réalisation d'un concordat (art. 173a, al. 1, LP rév.). Il transmet alors le dossier au juge du concordat. Si ce dernier rejette la demande de sursis, le juge de faillite ouvre la faillite d'office sans autre intervention d'un créancier (art. 173 a, al. 3, LP rév.). La pratique montrera si les juges de faillite feront usage de ce droit ou si cette disposition restera lettre morte. Le législateur impose en effet des exigences élevées au juge de faillite. Ce dernier ne disposera que rarement d'un niveau d'informations qui justifiera une intervention d'office. Pour procéder lui-même à une enquête complémentaire, il n'aura guère de temps, vu la surcharge chronique des tribunaux.

c) Exigences formelles

Avec la demande de sursis concordataire, il conviendra de remettre, outre le projet de concordat, des documents concernant les conditions financières du débiteur, telles que bilan, compte d'exploitation, documents fiscaux, etc. Le juge du concordat doit être mis en mesure de pouvoir apprécier si les conditions de l'octroi du sursis concordataire sont remplies (art. 294, al. 2, LP rév.). Si la demande de sursis a été présentée par un créancier, le juge peut exiger du débiteur la production des documents correspondants (art. 294, al. 1, LP rév.).

ANNEXE A LA DEMANDE DE SURSIS CONCORDATAIRE

- Projet de concordat
- Extrait du registre du commerce
- Comptabilité intégrale des 3-4 dernières années
- Solde actuel du bilan
- Etat actuel des avoirs
- Liste actuelle des créanciers
- Liste actuelle des débiteurs
- Liste des employés avec rémunérations et salaires
- Indications sur l'organisation de la prévoyance sociale en faveur du personnel
- En cas d'avoirs immobiliers : extraits du registre foncier
- Extraits bancaires et correspondance bancaire des 3-4 dernières années
- Contrats importants, tels que location, leasing, prêts, etc.
- Indications sur les avoirs à l'étranger
- Extrait actuel du registre des poursuites

La coutume veut aujourd'hui que l'autorité concordataire, après avoir reçu une demande de sursis, exige une avance pour les frais de commissaire et de procédure, avant d'entrer en matière sur la demande. Selon le nombre des créanciers et le volume des affaires, on exige, par exemple dans le canton de Zurich, des avances de frais s'élevant à plusieurs dizaines de milliers de francs. Le Tribunal fédéral a considéré que cette pratique n'est pas contraire au droit fédéral. C'est le droit de procédure cantonal qui serait applicable. Le droit concordataire révisé ne contient pas de disposition qui interdirait au juge du concordat d'exiger une avance de frais s'il y est habilité par le droit cantonal. Dès lors, la pratique actuelle sera probablement maintenue.

d) Effets

Le dépôt d'une demande de sursis concordataire n'entraîne en lui-même aucun effet sur les droits d'exécution des créanciers. Le juge du concordat peut toutefois ajourner le jugement de faillite (art. 173a, al. 1, LP rév.).

1.2 LES CONDITIONS D'OCTROI DU SURSIS CONCORDATAIRE

Dans sa décision sur l'octroi du sursis concordataire, le juge du concordat tient notamment compte, selon le nouveau droit, de la situation des avoirs et revenus du débiteur, et notamment des perspectives de la réalisation d'un concordat. Le critère de la possibilité d'octroyer le concordat – comportement en affaires et causes empêchant le débiteur de satisfaire à ses engagements – a par contre été abandonné.

Le juge du concordat n'accordera pas de sursis s'il appert des documents que les conditions obligatoires pour la conclusion d'un concordat selon art. 306, al. 1, ch. 2, LP rév. ne sont pas remplies (cf. ch. 2.1.b ci-après).

1.3 LE SURSIS CONCORDATAIRE PROVISOIRE

Une des innovations les plus importantes est probablement le sursis concordataire provisoire. Le juge du concordat peut, dans des cas fondés, après avoir reçu une demande de sursis – de la part du débiteur ou d'un créancier – ou après transmission par le juge de faillite selon art. 173a LP rév., autoriser pour deux mois au plus un sursis concordataire provisoire (art. 293, al. 3, LP rév.). Il nomme alors un commissaire provisoire et le charge d'examiner l'état de la fortune et des revenus du débiteur, ainsi que les perspectives éventuelles d'assainisse-

ment. Ce sursis concordataire provisoire est rendu public (art. 296 LP rév.). Il a les mêmes effets que le sursis concordataire ordinaire (art. 297 et 298 LP rév.; cf. ch. 1.4 ci-après).

Le sursis concordataire provisoire est un des éléments qui ont transformé le nouveau droit concordataire en un droit d'assainissement. Tant le débiteur que les créanciers peuvent obtenir rapidement, à l'aide de cette voie de droit, la protection du sursis concordataire pour déterminer avec l'aide d'un tiers non impliqué – le commissaire – les possibilités d'assainissement et introduire les mesures éventuellement nécessaires. Un débiteur récalcitrant peut également être contraint à une procédure d'assainissement (cf. ch. 1.1.b ci-dessus). Le cas échéant, on peut même lui retirer la compétence de poursuivre la gestion de l'entreprise et la déléguer au commissaire (cf. ch. 1.4 ci-après). La question demeure toutefois en suspens de savoir si les juges concordataires sont disposés, même contre la volonté de l'intéressé, à édicter – par la voie d'ordonnances provisoires – des mesures qui portent atteinte à la liberté de disposition du débiteur.

Par ailleurs, on peut empêcher que des créanciers isolés n'entravent les efforts d'assainissement dans leur propre intérêt. En particulier, durant le sursis concordataire provisoire, il n'est pas possible d'introduire des poursuites, ni de les continuer. On peut ainsi éviter la situation actuelle où, par exemple, des autorités fiscales, ne pouvant faire valoir leurs créances que par la poursuite par voie de saisie, peuvent exiger dans une procédure avancée de saisie la vente des objets saisis, même si une demande de sursis est déjà en cours.

1.4 L'OCTROI DU SURSIS CONCORDATAIRE

a) Procédure

Alors que, selon l'ancien droit, l'autorité concordataire n'entendait que le débiteur, il convient en vertu du nouveau droit de citer également à l'audience un créancier qui a déposé une requête.

En outre, le juge du concordat peut entendre également d'autres créanciers. Si c'est un créancier qui a déposé la requête, l'audience de sursis concordataire devient une audience contradictoire entre parties.

Le juge du concordat peut exiger du débiteur qu'il remette tous les documents nécessaires à l'appréciation de la requête, tels que bilans, comptes de pertes et profits, etc. Si le débiteur devait refuser de satisfaire à son obligation, le juge serait en droit d'appliquer d'une part les moyens coercitifs du droit judiciaire cantonal ou, d'autre part, de charger, dans le cadre d'un sursis concordataire provisoire, le commissaire de produire les documents nécessaires (art. 293, al. 3, LP rév.).

Dans les cantons où il existe un tribunal concordataire cantonal, le débiteur et le créancier qui a présenté une requête peuvent lui soumettre le jugement rendu par le juge du concordat au sujet du sursis concordataire (art. 294, al. 3, LP rév.).

Dans le sens de la jurisprudence suivie jusqu'ici par le Tribunal fédéral, la loi stipule expressément que tous les créanciers ont un droit de recours en ce qui concerne la désignation du commissaire (art. 294, al. 4, LP rév.). En vertu du nouveau droit également, il n'est pas possible de recourir au Tribunal fédéral.

b) Durée du sursis concordataire

Le juge du concordat peut – et c'est une nouveauté – autoriser un sursis concordataire de quatre à six mois. La durée d'un sursis concordataire provisoire éventuel n'est pas comptée (art. 295, al. 1, LP rév.). Sur proposition du commissaire, le sursis concordata-

ire peut être prolongé jusqu'à douze mois et dans les cas particulièrement complexes, même jusqu'à 24 mois (art. 295, al. 4, LP rév.).

Selon l'ancien droit, la durée maximum d'un sursis concordataire n'était que de six mois. La prolongation de la durée du sursis concordataire est un élément supplémentaire qui souligne la transformation du droit concordataire en un droit d'assainissement. La longue durée du sursis concordataire permet en effet de rechercher des solutions de redressement sans être soumis à une pression trop forte dans le temps.

1.5 LES EFFETS DU SURSIS CONCORDATAIRE

a) Sur les droits d'exécution des créanciers (art. 297, al. 1 et 2, LP rév.)

Durant le sursis concordataire, aucune nouvelle poursuite ne peut être exercée et les poursuites existantes ne peuvent être continuées. Font exception les poursuites par voie de saisie pour des créances privilégiées colloquées en première classe et les poursuites en réalisation de gages de créances garanties par gage immobilier. La réalisation du gage immobilier demeure toutefois exclue.

En revanche, les délais de prescription et de péremption cessent de courir durant le sursis concordataire.

b) Sur le cours des intérêts (art. 297, al. 3, LP rév.)

Le nouveau droit stipule désormais expressément que le cours des intérêts est arrêté par l'octroi du sursis pour toutes les créances qui ne sont pas garanties par gage. Dans le concordat, on peut éventuellement prévoir une autre réglementation. Si le sursis concordataire est à nouveau supprimé ou si aucun concordat n'est réalisé, l'arrêt du cours des intérêts est abrogé avec effet rétroactif. Les créan-

ces portent à nouveau intérêt comme si aucun sursis concordataire n'avait été accordé.

c) Sur la compensation (art. 297, al. 4, LP rév.)

A titre de nouveauté, les règles de la compensation en matière de droit de faillite sont déclarées applicables par les art. 213 à 214a LP rév. Un débiteur du failli ne peut faire valoir en compensation une contre-créance que si elle est née avant l'ouverture de la faillite. En outre, la compensation peut être attaquée si la situation de compensation a été suscitée en connaissance de l'insolvabilité. En cas de sursis concordataire, l'ouverture de la faillite est remplacée par la publication officielle du sursis ou d'un ajournement antérieur éventuel de la faillite selon art. 725a, 764, 817 ou 903 CO. A cet égard, il est intéressant de relever que, dans la faillite, un ajournement antérieur de la faillite ne doit pas avoir le même effet – tout au moins selon la teneur de la loi. Il convient dès lors de se demander si, en l'occurrence, une application analogue de l'art. 297, al. 4, LP rév. ne s'impose pas pour combler cette lacune.

d) Sur l'activité commerciale et les compétences de disposition du débiteur (art. 298 LP rév.)

De même que dans l'ancien droit, le débiteur peut en principe poursuivre son activité sous la surveillance du commissaire. A titre de nouveauté, le juge du concordat peut cependant prescrire que le débiteur ne peut accomplir certains actes qu'avec le concours du commissaire. Il peut même aller plus loin et déléguer au commissaire l'autorisation de poursuivre l'activité de l'entreprise à la place du débiteur. Le législateur a ici en vue des cas où le débiteur n'est pas capable ou ne veut pas diriger correctement les affaires en sauvegardant les intérêts des créanciers. Si le sursis concordataire a été obtenu par un créancier contre la volonté du

débiteur et si ce dernier n'est pas disposé à coopérer avec le commissaire, sa destitution totale est la seule manière efficace de procéder. Il faut également songer au cas d'un sursis concordataire provisoire contre lequel le débiteur aurait interjeté recours.

Les limitations de la capacité d'agir du débiteur durant le sursis concordataire ne peuvent, à notre avis, s'avérer efficaces envers des tiers que si ces derniers en ont ou peuvent en avoir connaissance. Les restrictions spécialement stipulées par le juge du concordat en matière de capacité d'agir du débiteur devraient dès lors figurer dans la publication du sursis concordataire.

Selon l'ancien droit, le débiteur ne pouvait plus disposer valablement de biens-fonds après la publication du sursis concordataire, constituer des gages, se porter caution ou disposer à titre gratuit. Or, précisément dans le domaine des dispositions sur les biens-fonds, cette clause a entraîné parfois un blocage inutile d'une procédure d'assainissement.

Dans le nouveau droit, ces opérations juridiques sont désormais possibles avec l'autorisation du juge du concordat. Mais, simultanément, la nécessité d'obtenir l'autorisation est étendue à toutes les dispositions concernant les actifs de l'avoir immobilisé. Ainsi, la capacité d'agir du débiteur et du commissaire a été accrue dans son ensemble.

Une infraction du débiteur aux restrictions de disposition peut être sanctionnée par le juge du concordat sur rapport du commissaire, soit par un retrait total du pouvoir de disposer, soit par la révocation du sursis. Le débiteur et les créanciers doivent être entendus avant une telle décision.

1.6 LES DEVOIRS ET COMPÉTENCES DU COMMISSAIRE

a) Surveillance du débiteur, information des créanciers et devoirs en matière de gestion de l'entreprise

La surveillance de l'activité commerciale du débiteur fait partie des tâches indispensables du commissaire (art. 295, al.2, lettre a, LP rév.). Il lui appartient de prendre les dispositions appropriées – restriction du droit de signature du débiteur envers les banques et l'office de chèques postaux, etc. – afin de pouvoir remplir ses tâches de surveillance. Une autre fonction importante du commissaire est l'information des créanciers sur le cours du sursis concordataire. Les mille rumeurs qui naissent dans le cadre d'effondrements d'entreprises entraînent souvent une émotionnalisation de la procédure. Le commissaire a la possibilité, grâce à une information correcte et objective, d'instaurer de nouveau une certaine objectivité dans la procédure. Il importe dès lors que le commissaire soit respecté par les créanciers en tant que personne neutre.

Quant à déterminer si le commissaire est tenu de diriger indépendamment l'affaire, cela dépend des tâches qui lui ont été imparties par le juge du concordat lors de l'octroi du sursis concordataire (cf. ch. 1.5.d ci-dessus).

b) Prise d'inventaire des actifs (art. 299 LP rév.)

Dès sa nomination, le commissaire procède à une prise d'inventaire des gages et à une estimation de ces derniers.

Dans cette procédure, l'estimation de la valeur des gages est importante. Elle permet de fixer si, et dans quelle mesure, les créanciers gagistes participent au concordat pour un montant réputé non garanti suivant l'estimation du commissaire (art. 305, al.2, LP rév.). Il appartient au commissaire de

tenir à la disposition des créanciers sa décision sur l'estimation des gages et de la communiquer aux créanciers gagistes et au débiteur avant l'assemblée des créanciers. Les créanciers et le débiteur peuvent demander au juge du concordat, dans les dix jours et moyennant avance des frais, de procéder à une nouvelle estimation des gages. Le créancier ne pourra réclamer au débiteur le remboursement des frais que si la première estimation a été notablement modifiée.

c) Inventaire des passifs (art. 300 LP rév.)

Comme par le passé, le commissaire invite les créanciers, au moyen d'une publication, à lui indiquer leurs créances dans les 20 jours. Simultanément, il relève que les créanciers de créances non annoncées ou annoncées trop tard n'auront pas le droit de vote lors des délibérations relatives au concordat.

Une nouvelle disposition veut que le commissaire adresse à chaque créancier, dont le nom et le domicile lui sont connus, l'appel aux créanciers par lettre recommandée. Si la comptabilité est convenablement tenue, cela signifie que l'appel aux créanciers doit être communiquée à tous les créanciers. Quelles sont les conséquences d'une infraction à cette disposition ? La procédure est-elle invalidée ? – A notre avis, cela ne peut être le cas. Une faute du commissaire ne saurait avoir des conséquences aussi graves. D'un autre côté, un créancier touché par cette omission ne doit pas subir de désavantage. En particulier, les conséquences d'une annonce de créance tardive de ce fait – privation du droit de vote – ne devraient pas le toucher.

A l'expiration du délai d'annonce, le commissaire invite le débiteur à se prononcer sur les créances produites (art. 300, al.2, LP rév.). Ceci joue tout particulièrement un rôle important dans le concordat ordinaire (garantie de dividende) (art. 315, al.1, LP rév.; cf. ch. 2.4.b ci-après).

d) Préparation et tenue de l'Assemblée des créanciers (art. 301 et 302 LP rév.)

Le projet de concordat peut être élaboré en se basant sur les actifs inventoriés et sur les créances annoncées. La loi ne dit pas par qui ce projet doit ou peut être proposé. Selon l'ancien droit, le concordat ne pouvait émaner que du débiteur, car il était le seul à pouvoir introduire la procédure concordataire. En revanche, le nouveau droit part de l'idée que la procédure concordataire peut être également menée contre la volonté du débiteur. Si le sursis concordataire a été ordonné sur demande d'un créancier et si le débiteur refuse de soumettre un concordat aux créanciers, il appartient à notre avis au commissaire d'élaborer le concordat et de le soumettre aux créanciers. Toutefois, le débiteur doit être entendu et il doit avoir la possibilité de se déterminer à ce sujet.

Dès que le projet de contrat est disponible, le commissaire convoque l'Assemblée des créanciers par publication officielle. Cette publication doit intervenir au moins un mois avant l'assemblée. Il y a lieu de remettre à chaque créancier dont le nom et le domicile sont connus une convocation par lettre recommandée (voir chiffre 1.6.c ci-dessus).

A l'Assemblée des créanciers, c'est le commissaire qui mène les délibérations. Il rend compte aux créanciers de la situation en ce qui concerne les avoirs et le revenu. Le débiteur doit participer à l'Assemblée et éventuellement fournir des renseignements.

Le concordat sera soumis aux créanciers pour adhésion écrite. Les déclarations d'adhésion peuvent toutefois être déposées encore jusqu'à la décision d'homologation du juge du concordat (art. 305, al.1, LP rév.). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, jusqu'ici il convenait seulement de tenir compte des déclarations d'adhésion reçues jusqu'aux délibérations de confirmation.

e) Rapport et proposition au juge du concordat (art. 303 LP rév.)

Avant l'expiration du sursis, le commissaire soumet tous les documents au juge du concordat et il fait rapport sur ses constatations et sur l'évolution du sursis concordataire. Il informe des adhésions déjà reçues et recommande l'homologation ou le refus de ce dernier. Le rapport du commissaire devra également contenir des indications sur le droit de vote des créanciers, les quorums nécessaires à l'acceptation du concordat, le fait de remplir les conditions impératives pour l'homologation du concordat (art. 306, al. 1, ch. 2, LP rév.), ainsi que les créances contestées par le débiteur.

1.7 LA FIN DU SURSIS CONCORDATAIRE

Dans le cas normal, le sursis concordataire prend fin par l'homologation ou le refus du concordat. Si le concordat se concrétise, il sera exécuté. Par contre, s'il est rejeté par les créanciers ou s'il n'est pas homologué par le juge du concordat, ou si ce dernier révoque le sursis concordataire, tout créancier peut requérir l'ouverture immédiate de la faillite contre le débiteur dans un délai de 20 jours (art. 309 LP rév.). Selon l'ancien droit, la demande de faillite ne pouvait intervenir qu'à l'égard d'un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite. Le nouvel art. 309 LP rév. introduit, pour le cas spécial où un sursis concordataire a été octroyé, mais où aucun concordat n'est venu à chef, la déclaration en faillite pour tous les débiteurs.

2. LE CONCORDAT

2.1 LA CONCLUSION DU CONCORDAT

a) L'acceptation par les créanciers (art. 305 LP rév.)

Pour qu'un concordat puisse venir à chef, il faut, soit que la majorité des créanciers représentant au moins les deux tiers des créances à recouvrer, soit le quart des créanciers représentant au moins les trois quarts des créances à recouvrer, y aient adhéré. Il n'est tenu compte que des créanciers et des créances en droit de participer à la répartition (art. 300 LP rév.; cf. ch. 1.6.c ci-dessus). Le quorum alternatif est une nouveauté. Il doit empêcher qu'une majorité de petits créanciers, représentant une petite partie du montant des créances, puisse décider de la concrétisation du concordat.

b) Les conditions d'homologation du concordat par le juge du concordat (art. 306 LP rév.)

Comme condition impérative pour l'homologation du concordat, il faut être certain que les créanciers ayant des créances privilégiées puissent être intégralement satisfaits. On ne peut y renoncer que si l'un des créanciers en cause renonce à exiger une garantie suffisante pour sa propre créance. La révision de l'ordre des créanciers stipulé à l'art. 219 LP rév. fait que cet obstacle ne sera plus aussi élevé sous le nouveau droit que c'était le cas jusqu'ici. Il n'y a désormais plus que deux classes privilégiées. Demeurent en première classe les privilèges que les travailleurs peuvent faire valoir en vertu du droit du travail pour les six derniers mois, des assurés pour les prétentions découlant de la Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA), ainsi que de la prévoyance professionnelle non obligatoire, les créances des institutions de prévoyance à l'égard des employeurs affiliés et les créances pécuniaires d'entretien et d'aliments découlant du droit de la

famille et nées dans les six mois précédant l'ouverture de la faillite. En deuxième classe, on ne trouve plus que le privilège envers le détenteur de l'autorité parentale pour les créances découlant de la gestion de fortune. Tous les autres privilèges de faillite, notamment pour les primes des assurances sociales publiques ou pour les créances fiscales ont été abandonnés.

Dans le concordat ordinaire, il faut également que les dividendes offerts soient en rapport adéquat avec les possibilités financières du débiteur. Dans ce cadre, le juge peut prendre en considération les biens qui pourraient échoir à ce dernier.

Dans le concordat par abandon d'actif, le résultat de l'estimation ou la somme offerte par un tiers doit paraître plus élevé que le résultat découlant d'une faillite.

Le commissaire devra apprécier dans son rapport si les conditions précitées sont remplies. En fin de compte toutefois, c'est une question d'appréciation que le juge du concordat devra trancher. La condition du mérite du concordat a été abandonnée dans le nouveau droit (cf. ch. 1.2).

c) La procédure d'homologation

Après avoir reçu le rapport du commissaire, le juge du concordat fixe les délibérations sur l'homologation du concordat. Le lieu et la date de l'audience sont annoncés aux créanciers par voie de publication. Dans la publication, ils sont avisés qu'ils peuvent s'y présenter pour faire valoir leurs moyens d'opposition (art. 304 LP rév.).

Selon l'ancien droit, la confirmation du concordat était effectuée par l'autorité de concordat uniquement sur demande du débiteur. Comme nouveauté, un concordat peut également être conclu contre sa volonté (cf. ch. 1.6.d ci-dessus). Le débiteur doit dès lors avoir la possibilité de soumettre une demande de rejet au juge du concordat et de la motiver.

La décision du juge du concordat peut être déférée

par les créanciers et le débiteur, dans les 10 jours après son prononcé, au tribunal concordataire cantonal supérieur, lorsqu'il existe une telle instance. Il n'est par contre pas prévu de pouvoir recourir au Tribunal fédéral.

Dès que le jugement est devenu exécutoire, il est rendu public. Simultanément, il est communiqué à l'office des poursuites et au registre foncier. En cas de concordat par abandon d'actif, le jugement est également communiqué au registre du commerce, pour autant que le débiteur y soit inscrit (art. 308 LP rév.).

2.2 LA SUSPENSION DE LA REALISATION DES GAGES IMMOBILIERS (ART. 306A LP REV.)

Sur demande du débiteur, dans le cadre de l'homologation du concordat, le juge du concordat peut suspendre la réalisation d'un immeuble grevé d'un gage en raison d'une créance antérieure à l'introduction de la procédure concordataire. La durée de la suspension est au maximum d'une année dès l'homologation du concordat. Pour que la suspension puisse être accordée, les conditions suivantes doivent être remplies cumulativement :

- Il faut que les intérêts de la dette hypothécaire n'aient pas été impayés depuis plus d'une année.
- Le débiteur doit rendre vraisemblable que l'immeuble lui est nécessaire pour l'exploitation de son entreprise et que la réalisation risquerait de compromettre sa situation matérielle.

Les créanciers gagistes intéressés doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations écrites avant les débats sur l'homologation du concordat. Ils sont convoqués personnellement, tant à l'Assemblée des créanciers qu'aux débats devant le juge de concordat.

La suspension de la réalisation est caduque de plein droit lorsque le débiteur aliène volontairement le gage ou qu'il décède. Le juge peut révoquer la suspension de la réalisation sur demande d'un créancier intéressé, si ce dernier rend vraisemblable que

- le débiteur a obtenu la suspension du concordat en fournissant des indications inexactes,
- la fortune ou le revenu du débiteur se sont améliorés de manière qu'il peut rembourser la dette sans compromettre sa situation matérielle, ou
- la réalisation ne risque plus de compromettre la situation matérielle du débiteur.

Le débiteur devra être entendu avant le jugement.

2.3 LES EFFETS DU CONCORDAT EN GENERAL

- a) Force obligatoire pour tous les créanciers (art. 310 LP rév.)

Par principe, le concordat homologué a force obligatoire pour tous les créanciers pour autant que leurs créances soient nées avant la publication du sursis. Sont exceptés les créanciers gagistes à concurrence du montant couvert par leur gage. Le concordat a également force obligatoire à l'égard de créances qui sont nées après la publication du sursis sans l'approbation du commissaire.

La nouveauté est donc que, d'une manière générale, les engagements contractés durant le sursis avec l'approbation du commissaire grèvent la masse en cas de concordat par abandon d'actif ou d'une éventuelle faillite ultérieure. Cette disposition n'était applicable dans l'ancien droit que pour le concordat par abandon d'actif. Quant à la question qui revient constamment sur le tapis, à savoir si les honoraires du commissaire représentent une telle créance privilégiée, elle n'est pas non plus réglée

expressément par la loi révisée. Il faut toutefois admettre que la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'ancien droit, selon laquelle les honoraires du commissaire devaient être qualifiés de créance de masse si un concordat par abandon d'actif avait été prévu dès le début, a désormais généralement force de loi pour la procédure concordataire.

- b) Effets sur des poursuites en cours (art. 311 LP rév.)

Toutes les poursuites intentées à l'encontre du débiteur avant le sursis sont éteintes par l'homologation du concordat. Sont exceptées les poursuites en réalisation de gage. Comme jusqu'ici, cela ne s'applique au gage que dans la mesure où la réalisation des objets gagés n'a pas encore eu lieu, mais, à titre de nouveauté, avec la restriction que le délai de participation à la saisie doit être échu (art.199,al. 2, LP rév.).

2.4 LE CONCORDAT ORDINAIRE

- a) Contenu (art. 314 LP rév.)

Dans le concordat ordinaire, il y a lieu d'indiquer dans quelle mesure les créanciers renoncent à leurs créances et comment le débiteur exécutera ses obligations et, au besoin, les sûretés qu'il fournira.

A titre de nouveauté, la loi stipule que l'on peut charger l'ancien commissaire ou un tiers de prendre les mesures de surveillance, de gestion et de liquidation nécessaires pour assurer l'exécution du concordat. Si le débiteur n'est pas d'accord avec le concordat, le juge du concordat sera contraint de charger le commissaire ou un tiers d'assurer la réalisation du contrat. Dans ce cas, c'est uniquement après l'exécution du contrat que le débiteur sera à nouveau libre de pouvoir disposer de ses biens.

- b) Traitement de créances litigieuses (art. 315 LP rév.)

La réglementation en vigueur jusqu'ici au sujet du traitement de créances litigieuses a été reprise. En homologant le concordat, le juge de concordat assigne aux créanciers intéressés un délai de 20 jours pour intenter action en vue de reconnaissance des créances litigieuses, sous peine que, si ce droit est inutilisé à l'échéance, leur droit à la garantie de dividende sera perdu. Une nouveauté fixée par la loi est que l'action doit être intentée au for de la procédure concordataire. La jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la compétence territoriale a ainsi été reprise par la loi. Demeure en suspens la question de savoir si un autre for convenu contractuellement doit être respecté. Si le Tribunal fédéral maintient la pratique suivie jusqu'ici, il convient de répondre par l'affirmative.

- c) Non-exécution du concordat à l'égard de certains créanciers (art. 316 LP rév.)

Comme par le passé, un créancier à l'égard duquel le concordat n'a pas été exécuté peut demander au juge du concordat la révocation de ce dernier pour sa créance. Malgré une telle demande, il ne perd pas ses droits découlant du concordat.

Le jugement du juge du concordat concernant la révocation de ce dernier à l'égard d'un créancier peut être soumis à un tribunal de concordat supérieur, s'il en existe éventuellement un.

2.5 LE CONCORDAT PAR ABANDON D'ACTIF

- a) Généralités

Le droit actuel relatif au concordat par abandon d'actif ne subit que peu de modifications matérielles. Il est exposé formellement, à titre de nouveauté, aux art. 317-331 LP rév.

- b) Principe et contenu (art. 317 et 318 LP rév.)

Comme c'était le cas jusqu'ici, les créanciers peuvent se voir conférer le droit de disposer des biens du débiteur au moyen du concordat par abandon d'actif. A titre de nouveauté, il est stipulé expressément que l'actif peut être transféré en tout ou partie à un tiers – p.ex. à une société rachetant une ancienne société en déconfiture. Cette pratique, qui a été très souvent exercée jusqu'ici en procédure d'assainissement, est désormais ancrée dans la loi. A cet égard, il est intéressant de relever que l'on peut y recourir sans doute aussi contre la volonté du débiteur (cf. ch. 1.6.d ci-dessus).

Les créanciers exercent leurs droits par l'intermédiaire de liquidateurs et d'une commission des créanciers, élus par l'Assemblée des créanciers. De ce fait, la commission des créanciers demeure un organe obligatoire en procédure concordataire par abandon d'actif.

En ce qui concerne le contenu du concordat, la réglementation existant jusqu'ici est reprise dans ses grandes lignes. A titre de nouveauté, en cas d'abandon d'actif à un tiers, le concordat doit régler la manière et les sûretés de l'exécution de cet abandon.

CONTENU DU CONCORDAT PAR ABANDON D'ACTIF

- Renonciation des créanciers à la part de la créance qui n'est pas couverte par le produit de la liquidation des biens ou la cession d'actif.
- Eventuellement : réglementation précise d'un droit éventuel des droits réservés à ce sujet.
- Désignation des liquidateurs et des membres de la commission des créanciers.
- Délimitation des compétences entre liquidateurs et commission des créanciers.
- Mode de liquidation des biens.
- Mode et garantie d'exécution d'un éventuel abandon des biens à un tiers.
- Désignation des organes de publication autres que les feuilles officielles.

c) Effets (art. 319 LP rév.)

L'entrée en vigueur de l'homologation du concordat entraîne pour le débiteur la perte du droit de disposer de ses biens. De même, les droits de signature des personnes qui le possédaient jusqu'alors sont abrogés.

L'inscription de l'entreprise d'un débiteur au registre du commerce est complétée par la mention «en liquidation concordataire».

d) Tâches des organes de liquidation

Les liquidateurs sont tenus d'accomplir tous les actes nécessaires à la conservation et à la réalisation de la masse. En cas de cession des biens à un tiers, il leur appartient d'accomplir tous les actes nécessaires au transfert des biens (art. 319, al.3, LP rév.).

Les liquidateurs sont soumis à la surveillance et au contrôle de la commission des créanciers. La déli-

mitation des pouvoirs des deux organes doit être réglée dans le concordat.

e) Détermination des créanciers en droit de participer à la répartition

Pour déterminer les créanciers en droit de participer à la répartition, ainsi que leurs créances, il y a lieu d'appliquer une procédure de collocation.

Dans le nouveau droit, les dispositions relatives à la procédure de collocation en matière de faillite (art.244-251 LP rév.) sont déclarées applicables (art.321,al.2, LP rév.).Ainsi, la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle la procédure de collocation devait s'appliquer non seulement aux créances non garanties, mais aussi aux créances hypothécaires et aux gages mobiliers, est ancrée dans la loi. Pour déterminer l'existence de charges sur des immeubles (servitudes, charges foncières, gages immobiliers et droits personnels annotés), l'art. 323 LP rév. considère expressément l'état de collocation (état des charges) comme déterminant.

f) La réalisation des actifs

Ici aussi, ce sont les règles existantes qui s'appliquent essentiellement. Les créances sont recouvrées. Les autres biens sont réalisés par ventes de gré à gré ou par enchères publiques (art. 322 LP rév.). Le concordat peut contenir des dispositions spéciales concernant le mode de réalisation des actifs.

Si les liquidateurs et la commission des créanciers renoncent à faire valoir des prétentions litigieuses ou difficiles à encaisser, il convient d'offrir aux créanciers la cession du droit de diriger la procédure au sens de l'art. 260 LP rév. (art. 325 LP rév.).

A titre de nouveauté, la loi contient des dispositions spéciales pour la réalisation d'immeubles grevés d'un gage et de gages mobiliers (art. 323 et 324, al.2, LP rév.). Il est seulement possible de procéder à une vente de gré à gré d'un immeuble grevé d'un

gage si, soit aucun créancier gagiste ne subit une perte de gage, soit les créanciers subissant une perte de gage donnent leur assentiment à une vente de gré à gré. Si ces conditions ne sont pas remplies, il faut procéder aux enchères publiques.

Les créanciers gagistes continuent à ne pas être tenus en principe de livrer les gages au liquidateur. Ils peuvent procéder à une réalisation des gages par poursuite en réalisation de gage ou, dans la mesure où ils y sont habilités contractuellement, par une réalisation privée. Si l'intérêt de la masse l'exige, les liquidateurs ont toutefois le droit d'impartir au créancier gagiste un délai de six mois au moins pour procéder à la réalisation. Ils le somment simultanément, s'il n'agit pas dans ce délai, de leur remettre le gage. Ils combinent cette exigence avec la menace que le droit de gage s'éteindra si le créancier gagiste ne remet pas le gage sans excuse suffisante.

g) Dispositions générales de procédure

De même que dans la procédure de faillite, les liquidateurs doivent établir lors de chaque acompte un tableau de distribution dont un extrait sera adressé à chacun des créanciers (art. 326 LP rév.).

Au terme de la procédure, un compte final sera établi qui comprendra également la liste des frais (art. 328 LP rév.). Les liquidateurs élaboreront un rapport final, qui devra être approuvé par la commission des créanciers, transmis au juge du concordat et soumis aux créanciers pour en prendre connaissance (art. 330 LP rév.).

Si la liquidation concordataire dure plus d'un an, les liquidateurs seront tenus d'élaborer chaque année un rapport sur leur activité. Ce rapport devra être approuvé par la commission des créanciers, transmis au juge du concordat et soumis aux créanciers pour qu'ils en prennent connaissance (art.330,al. 2, LP rév.).

3. LE REGLEMENT AMIABLE PRIVE DES DETTES

3.1 L'OBJECTIF DE LA NOUVELLE PROCEDURE

La procédure nouvellement introduite de règlement amiable privé des dettes (art. 333-336 LP rév.) vise à fournir aux débiteurs privés non inscrits au registre du commerce une alternative à la déclaration d'insolvabilité selon art. 190 LP rév. Ils doivent avoir la possibilité de régler leurs dettes avec l'aide d'un tiers sous la protection d'un sursis judiciaire. Le législateur a en vue des conditions simples, portant sur un nombre restreint de créanciers.

3.2 LA PROCEDURE

Un débiteur non soumis à la poursuite par voie de faillite peut présenter au juge du concordat une demande de procéder à un règlement amiable privé des dettes. Il doit exposer dans sa requête l'état de ses dettes et revenus, ainsi que sa situation patrimoniale (art. 333 LP rév.).

Le juge du concordat octroie au débiteur un sursis de trois mois au maximum et il désigne un commissaire, pour autant que les conditions suivantes soient remplies (art. 334,al.1, LP rév.):

- Un règlement des dettes n'apparaît pas exclu d'emblée.
- Les frais de la procédure sont garantis.

Sur demande du commissaire, le sursis peut être prolongé jusqu'à six mois au plus. S'il est manifeste qu'un règlement ne pourra être obtenu, le sursis pourra être révoqué (art. 334,al.2, LP rév.). La décision du juge du concordat est communiquée aux créanciers. S'il existe un tribunal concordataire cantonal supérieur, un recours peut lui être adressé (art. 334,al.4, LP rév.).

En cas de procédure concordataire subséquente, la durée du sursis octroyé en vue du règlement amiable privé des dettes sera imputée sur celle du sursis concordataire (art. 336 LP rév.).

3.3 LES EFFETS DU SURSIS

Le sursis a les effets suivants (art.334,al.3, LP rév.):

- Une poursuite ne peut être exercée contre le débiteur que pour les contributions périodiques au titre de l'entretien et des aliments.
- Les délais prévus pour la réquisition de saisie (art. 88 LP rév.), la demande de réalisation en cas de poursuite par voie de saisie (art. 116 LP rév.) et la réquisition de réalisation de gage (art. 154 LP rév.) sont interrompus.
- Une éventuelle saisie de salaire est également suspendue pour la durée du sursis (art. 93, al.2, LP rév.).

3.4 LES TACHES DU COMMISSAIRE

Le commissaire assiste le débiteur dans l'élaboration d'une proposition d'apurement des dettes. Il conduit les pourparlers avec les créanciers (art.335,al. 1 et 2 LP rév.).

En outre, le juge peut charger le commissaire de surveiller le débiteur en ce qui concerne l'exécution de la convention de règlement des dettes conclue avec les créanciers (art. 335,al.3, LP rév.).

3.5 LE CONTENU DU REGLEMENT AMIABLE DES DETTES

Il n'est pas nécessaire de soumettre au juge du concordat la convention portant au règlement amiable des dettes, car elle a été réalisée avec l'accord de tous les créanciers. De ce fait, à notre avis, le débiteur et les créanciers sont libres en ce qui concerne la conception du règlement des dettes.

Sont expressément prévus dans la loi un dividende, un moratoire des prétentions et l'octroi d'autres facilités de paiement des intérêts ou du capital (art.335,al.1, LP rév.).

La loi ne prévoit pas de convention semblable au concordat par abandon d'actif. Elle ne l'exclut toutefois pas expressément.

4. REMARQUE FINALE

A la suite de la révision, le droit concordataire s'est transformé en un véritable droit d'assainissement. Les éléments déterminants à cet égard sont les nouveaux droits de proposition et de coopération des créanciers, la possibilité du sursis concordataire provisoire, la forte extension de la durée du sursis concordataire et les nouvelles possibilités d'octroi de compétences au commissaire. Quant à savoir si la loi tiendra ses promesses, c'est une question qui dépend à notre avis pour beaucoup du fait que les juges du concordat assumeront ou non leurs nouvelles compétences et leurs possibilités d'agir. Si, par exemple, ils devaient se montrer très restrictifs en matière d'ordonnance de sursis concordataire provisoire, les avantages du nouveau droit seraient fortement restreints.

AUTEUR: LIC. IUR.KARL WÜTHRICH

.....

Né en 1953, associé,avocat; études de droit à l'Université de Zurich; de 1983 à 1993, conseiller juridique au sein d'une grande société fiduciaire suisse. Principaux domaines d'activité: droit du recouvrement des dettes et des procédures collectives de liquidation judiciaire des entreprises, restructurations et réorganisations, droit des contrats et des sociétés, régime des biens meubles et immeubles, conduite des procès.

DR. IUR. WERNER WENGER
DR. IUR. JÜRIG PLATTNER
DR. IUR. PETER MOSIMANN
LIC. IUR. STEPHAN CUENI
PROF. DR. IUR. GERHARD SCHMID
DR. IUR. JÜRIG RIEBEN
DR. IUR. MARKUS METZ
DR. IUR. DIETER GRÄNICH
LIC. IUR. KARL WÜTHRICH
LIC. IUR. YVES MEILI
LIC. IUR. FILIPPO TH. BECK, M.C.J.
DR. IUR. FRITZ ROTHENBÜHLER
DR. IUR. BERNHARD HEUSLER
LIC. IUR. SUZANNE ECKERT
LIC. IUR. DOMINIQUE PORTMANN
DR. IUR. ALEXANDER GUTMANS, LL.M.
LIC. IUR. URS FANKHAUSER, LL.M.
DR. IUR. FELIX UHLMANN, LL.M.
LIC. IUR. TATJANA KUNZ
LIC. IUR. JASCHA PREUSS
PD DR. IUR. MARKUS MÜLLER-CHEN
LIC. IUR. ET OEC. PUBL. ROLAND MATHYS
LIC. IUR. THOMAS REBSAMEN
DR. IUR. MARC S. NATER, LL.M.
DR. ASTRID BOOS-HERSBERGER, LL.M.
LIC. IUR. MARTIN SOHM
LIC. IUR. RETO ASCHENBERGER
BRIGITTE UMBACH-SPAHN, LL.M.
LIC. IUR. GUDRUN ÖSTERREICHER
LIC. IUR. JAMES KOCH

ANDREAS MAESCHI
FÜRSPRECHER, CONSEILLER

HANS ULRICH HARDMEIER
AVOCAT, CONSEILLER